Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

THESIS / THÈSE

DOCTEUR EN SCIENCES JURIDIQUES

Trouble mental et capacité : de l'évaluation médicale au soutien social

Pour un repositionnement du curseur entre autonomie et protection

Rommelaere, Claire

Award date:
2020

Awarding institution:
Universite de Namur

Link to publication

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 03. Jul. 2025

Trouble mental et capacité : de l'évaluation médicale au soutien social

Pour un repositionnement du curseur entre autonomie et protection

Claire ROMMELAERE

Thèse de doctorat en sciences juridiques, défendue le 30 juin 2020

Manuscrit révisé en 2021

Membres du jury

Jacques FIERENS (membre du comité d'accompagnement - UNamur), Isabelle HACHEZ (USaintLouis), Christophe LEMMENS (UAntwerpen), Marc NIHOUL, (Président du jury - UNamur), Étienne MONTERO (promoteur –UNamur), Laurent RAVEZ (membre du comité d'accompagnement - UNamur), Emmanuelle RIAL-SEBBAG (Inserm, France)

INTRODUCTION GÉNÉRALE **1**
I. CONTEXTE DE LA RECHERCHE **1**
II. STRUCTURE **4**
III. MÉTHODOLOGIE **5**
IV. LIMITES **12**
V. ORIGINALITÉ **15**
VI. THÈSE DÉFENDUE **16**
PREMIERE PARTIE. CONTEXTE HISTORIQUE ET CADRE CONCEPTUEL DE LA RECHERCHE **17**
INTRODUCTION **17**
TITRE PRÉLIMINAIRE. CONCEPTS ET DISTINCTIONS DÉLIMITANT L'OBJET DE LA RECHERCHE **17**
Chapitre 1er. Capacité de jouissance, d'exercice, de droit, de fait **17**
Section 1ère. Principes 17
Section 2. Exceptions 18
Section 3. Evaluation 19
Chapitre 2. Trouble mental et capacité **20**
Section 1ère. Trouble mental : une définition par les conséquences 20
Section 2. De l'influence du trouble mental sur la capacité 22
Chapitre 3. Capacité et consentement : des questions liées mais distinctes **23**
Section 1ère. Capacité d'exercice et exercice du droit de consentir 23
Section 2. Importance de la distinction pour l'exercice des droits du patient 23
TITRE I. TROUBLE MENTAL ET INCAPACITÉ : UNE LONGUE HISTOIRE **24**
Introduction **24**
Chapitre 1er. Aux origines de l'incapacité pour cause de *folie* : bref aperçu **25**
Section 1ère. Rome et la *folie* 26
§1er. Aux sources de l'incapacité de droit *27*
§2. Une incapacité de droit discontinue *28*
§3. Modernité du droit romain *29*
Section 2. Quelques règles en vigueur au Moyen Age ou sous l'Ancien Régime 30
§1er. Ambiguïté de la perception de la folie *30*
§2. Influences romaines *31*
§3. (Dis)continuité de l'incapacité ? *32*
Conclusions du chapitre 1er. Des mécanismes juridiques de leur temps, mais point insensés 33

Chapitre 2. Les régimes d'incapacité sous l'empire du Code civil, aux XIX^e^ et XX^e^ siècles 34

Section 1ère. Le Code de 1804 et l'incapacité liée aux désordres de l'esprit 35

§1er. L'interdiction et ses causes pseudo-médicales 35

1. Un statut pour les *imbéciles* et les *fous* 35

2. Un statut d'incapacité totale 36

§2. Le conseil judiciaire 37

1. Une mesure pour les *fous de dépenses* 37

2. Une assistance anti-ruine familiale 38

Section 2. Internement-incapacité : « je t'aime, moi non plus » 38

§1er. La loi du 18 juin 1850 sur le régime des aliénés 38

§2. La loi de défense sociale du 9 avril 1930 39

Section 3. La minorité prolongée 40

§1er. Une alternative à l'interdiction destinée aux arriérés mentaux 40

§2. Un statut d'incapacité totale 40

§3. Objectif : protéger de grands enfants 41

Section 4. L'administration provisoire ou la voie vers la réforme 43

§1er. Une mesure détachée du diagnostic 43

§2. Une mesure centrée sur l'intérêt de la « personne protégée » 45

§3. Une incapacité partielle 46

§4. Le rôle dévolu aux proches 47

§5. Les liens avec l'hospitalisation contrainte 48

Conclusions du chapitre 2. Un dédale de mesures obsolètes, malgré une double émancipation 48

Chapitre 3. Droits du patient et statut de protection conforme à la dignité humaine : la capacité dans les soins de santé aujourd'hui 53

Section 1ère. La capacité du patient dans la loi de 2002, en 2002 53

§1er. La première version des articles 13 et 14 de la loi du 22 août 2002 53

1. L'article 13 et l'incapacité de droit 54

2. L'article 14 et l'incapacité de fait : la représentation *en cascade* 55

§2. Le rôle du praticien professionnel 56

§3. Le rôle de la « personne de confiance » 57

Section 2. La réforme des régimes d'incapacité et son impact en matière de soins 58

§1er. La réforme en quelques mots ... *58*
1. La protection extrajudiciaire ... 60
2. La protection judiciaire ... 61
a) … de la personne… ... 62
b) … et/ou de ses biens ... 62
c) Volonté assistée ou substituée ... 64
d) Sort des actes strictement personnels ... 65
e) Rôle des proches ... 66
§2. Incapacité et décisions relatives aux soins ... *68*
1. La primauté de la capacité de fait du patient ... 69
2. Le mandataire du patient comme représentant prioritaire ... 70
3. L'administrateur de la personne ... 70
a) Depuis le 1er mars 2019 ... 70
b) Du 1er septembre 2014 au 1er mars 2019 : un régime de surprotection ... 71
i. Le mécanisme de l'autorisation préalable ... 71
ii. Une précaution inutile, un système incohérent ... 73
iii. Et en pratique ? ... 75
4. La représentation en cascade par les proches du patient [renvoi] ... 77
Conclusions du chapitre 3. De la capacité-statut à la capacité-discernement ... 77
Conclusions du titre I. Révolutions sociales et évolutions juridiques ... 79
TITRE II. VOUS AVEZ DIT « AUTONOMIE » ? CONSTRUCTION JURIDIQUE D'UN CONCEPT À LA MODE ... 80
Introduction ... 80
Chapitre 1er. L'autonomie, une capacité entre indépendance et interaction ... 84
Section 1ère. L'autonomie comme exercice de la capacité juridique ... 85
§1er. Une conception indépendantiste de l'autonomie ... *85*
§2. Être autonome : compétences internes et externes ... *87*
§3. Influence de textes internationaux ... *89*
Section 2. L'autonomie comme objectif de l'incapacité juridique ... 90
§1er. L'article 497 du Code civil ... *90*
§2. Apports de textes internationaux ... *91*
§3. Bref détour philosophique : l'autonomie relationnelle ... *93*
1. A. Jaworska et la *capacity to value* ... 93

2. J. Nedelsky et l'ancrage social de l'autonomie 95
Section 3. L'autonomie telle que conçue par le droit des majeurs incapables 96
§1er. Définition juridique de l'autonomie 96
§2. Liens avec la capacité 98
Chapitre 2. La protection : un antagonisme de l'autonomie ? 99
Section 1ère. Une signification juridique spécifique 99
Section 2. Protection et autonomie 102
Chapitre 3. La dignité humaine, principe directeur 103
Section 1ère. La dignité humaine comme valeur de référence 103
Section 2. Dignité humaine et autonomie 108
Conclusions du titre II. L'autonomie dans ses rapports avec la protection et la dignité humaine : cadre conceptuel de la recherche 109
CONCLUSIONS DE LA PREMIÈRE PARTIE. UNE QUESTION DE RECHERCHE : LA CONSTRUCTION ACTUELLE DE LA CAPACITÉ JURIDIQUE DES MAJEURS EST-ELLE CONCILIABLE AVEC L'IMPÉRATIF DU RESPECT DE L'AUTONOMIE ? 110
DEUXIEME PARTIE. EXPLORATION D'UNE NOTION-CHARNIÈRE MÉCONNUE : LA CAPACITÉ DE FAIT 112
INTRODUCTION 112
TITRE I. LA CAPACITÉ DE FAIT SAISIE PAR LE DROIT 114
Introduction 114
Chapitre 1er. La capacité de fait ici et ailleurs 115
Section 1ère. Un concept-fantôme du droit belge ? 115
§1er. Capacité de fait et contrats : la question du consentement 115
§2. Capacité de fait et exercice des droits du patient 118
Section 2. Sources d'inspiration étrangères 120
§1er. La description de la capacité de fait dans la loi : les exemples de l'Angleterre et de l'Ontario 120
1. Le Mental Capacity Act anglais 120
2. La législation ontarienne 122
a) Loi sur la prise de décision au nom d'autrui 122
b) Loi sur le consentement aux soins de santé 125
§2. La description de la capacité de fait par un corps professionnel ou une solution d'entre-deux : l'exemple de la KNMG 125
Chapitre 2. La capacité de fait : tentatives de définitions 127

Section 1ère. La capacité de fait du citoyen : définition générale et abstraite 127
§1er. La capacité de fait comme compétence cognitive.....*127*
1. Processus cognitif *versus* acte matériel.....128
2. Une capacité de *discernement* ?.....130
§2. Lacune dans les facultés mentales : seule source légitime de l'incapacité de droit ?.....*132*
1. Protection judiciaire en raison de l'*état de santé*.....132
2. Choix de société.....136
3. Et la C.I.F. là-dedans ?.....139
4. L'association, une obligation *subsidiaire*.....142
Section 2. La capacité de fait du patient : définition spécifique et concrète.....143
§1er. Une aptitude au processus décisionnel.....*143*
§2. Les éléments constitutifs de la capacité de fait du patient.....*144*
1. Assessing Competence to Consent to Treatment.....144
2. Bref commentaire systématique.....147
a) Comprendre l'information pertinente.....147
b) Raisonner quant aux différentes options.....147
c) Apprécier sa propre situation et les conséquences raisonnablement prévisibles, pour soi-même, de la décision.....149
d) Communiquer un choix.....150
Chapitre 3. Qui évalue la capacité de fait du patient ?.....151
Section 1ère. Évolution du rôle du juge de paix.....152
§1er. Du 1er septembre 2014 au 1er mars 2019 : une évaluation à tâtons.....*152*
§2. Depuis le 1er mars 2019 : plus d'évaluation de la capacité du patient par le juge de paix.....*154*
Section 2. Le « praticien professionnel ».....155
Conclusions du titre I. Évaluation de la capacité ou confirmation de l'incapacité présumée ?.....157
TITRE II. DE LA CAPACITÉ DE FAIT DU PATIENT. ÉVALUER OU NE PAS ÉVALUER ?.....159
Introduction.....159
Chapitre 1er. La capacité de fait s'évalue-t-elle ?.....161
Section 1ère. Evaluation de la capacité et capacité de l'évaluateur.....161
§1er. La relation de soins, une asymétrie scientifique, juridique… et cognitive ? 162
§2. Sommes-nous naturellement rationnels ?.....*164*

Section 2. De quelques obstacles à l'évaluation rationnelle de la capacité de fait du patient....166
§1er. Biais de raisonnement....167
1. Quand les conclusions précèdent la raison....167
2. Jugement et substitution : résoudre un problème complexe en répondant à une question simple....171
§2. Epuisement des ressources mentales nécessaires à la délibération....173
Section 3. L'évaluation experte ou l'humble application d'un protocole simple.174
§1er. Peut-on développer une intuition experte en matière de capacité de fait ?174
§2. L'expert est celui qui doute....176
Chapitre 2. Évaluer le moins possible la capacité de fait du patient....178
Section 1ère. La capacité de fait, « présomption fictive »....178
§1er. De la nature de la capacité de fait....178
1. Présomption légale implicite....178
2. Des différentes fonctions des présomptions légales....179
§2. La capacité de fait, présomption et fiction ?....181
1. Une proximité indéniable....181
2. Proximité sans assimilation....182
§3. La capacité de fait, une présomption réfragable… À l'extrême ?....184
1. De la réfragabilité variable des présomptions....184
2. La présomption comme norme de comportement....185
Section 2. « La capacité est la règle, l'incapacité l'exception »....186
§1er. Limiter le renversement de la présomption de capacité de fait....187
§2. Subordonner l'évaluation de la capacité du patient à l'existence de motifs spécifiques....188
1. Réflexions sur les déclencheurs de l'évaluation de la capacité de fait....188
2. Proposition d'un modèle....190
a) Une condition indispensable… 190
b) … À cumuler avec une ou plusieurs autre(s) condition(s).... 190
i. Le conflit persistant patient-praticien(s)-proche(s).... 191
ii. L'isolement social du patient.... 192
iii. L'impossibilité de connaître la décision du patient conscient.... 192
iv. La présence d'un administrateur compétent 193
3. Conséquence : une irréfragabilité illégale ?....194

Section 3. Le soutien à la capacité du patient....195
§1er. De l'évaluation informelle à l'évaluation formelle....195
§2. Qui sont les « proches » du patient ?....197
§3. Les proches et la capacité....200
1. Les juridictions cantonales comme source d'inspiration....200
2. La cocapacité des patients....202
§4. Aider les aidants, dans le respect du secret professionnel....203
Chapitre 3. Évaluer le mieux possible la capacité de fait du patient....207
Section 1ère. Rendre sa juste place à la capacité de fait....207
§1er. De la double peine des évalués....207
§2. La capacité de fait comme progrès et moindre mal....208
Section 2. Canaliser l'évaluation de la capacité du patient....210
§1er. De l'obligation de démontrer l'incapacité du patient....210
§2. De l'obligation d'adopter une approche fonctionnelle....211
1. Evaluation d'un processus, procédure d'évaluation....211
2. Intérêts des procédures formalisées....213
a) Intérêt clinique....213
b) Intérêt procédural....213
c) Intérêt scientifique....213
Section 3. Pistes de réflexions pour la construction d'un protocole clinique modulable....214
§1er. Volet descriptif....214
1. La capacité de fait du patient : définition et limites....214
2. Les implications de la présomption de capacité....214
§2. Volet méthodologique....215
1. Pourquoi suivre une procédure particulière ?....215
2. Quelle procédure adopter ?....217
Conclusions du titre II. Canaliser l'évaluation de la capacité de fait des patients....218
TITRE III. RECOURS CONTRE LA DÉCISION DU PRATICIEN SUR LA CAPACITÉ DU PATIENT....220
Introduction....220
Chapitre 1er. La capacité de fait dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : rapide tour d'horizon....220

Section 1ère. L('évaluation de l)a capacité de fait au crible des droits de l'homme 220
§1er. Droit à la vie (art. 2) *220*
§2. Droit à la liberté (art. 5) *221*
§3. Droit à un procès équitable (art. 6) *223*
§4. Droit à la vie privée et familiale (art. 8) *224*
Section 2. Implications pour le droit belge 225
Chapitre 2. Contester la décision du praticien, en droit belge 227
Section 1ère. Enjeux et position de la question 227
§1er. Rappel du rôle du praticien *227*
§2. Enjeux cliniques et juridiques *228*
§3. Objectifs de cette énonciation théorique *231*
Section 2. Recours judiciaires 232
§ 1er. Recours judiciaires par le patient lui-même *232*
§2. Recours judiciaires par les proches du patient *233*
Section 3. Un exemple de recours spécifique : la Commission ontarienne du consentement et de la capacité (CCC) 233
§1er. Aperçu des compétences de la CCC *233*
§2. Un modèle à importer ? *235*
Section 4. Le rôle de la fonction de médiation 236
§1er. La fonction de médiation en très bref *236*
§2. Patient incapable et recours à la médiation *237*
1. Par le patient lui-même 237
2. Par le représentant du patient 238
3. Par un tiers : régime dérogatoire à l'ordre légal de représentation du patient 238
a) Personnes visées par le régime dérogatoire 238
b) Difficultés du régime dérogatoire 239
§3. Décalage entre la loi et les pratiques *240*
Conclusions du titre III. Se donner les moyens de la contestation 243
CONCLUSIONS DE LA DEUXIÈME PARTIE 244
TROISIEME PARTIE. LE CONCEPT DE CAPACITÉ À LA LUMIÈRE DE LA CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES 247
INTRODUCTION 247

TITRE I. DÉPLOIEMENT DE L'IDÉE D'UNE *CAPACITÉ JURIDIQUE UNIVERSELLE* 249

Chapitre 1er. L'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées et sa réception en droit belge 250

Section 1ère. Texte et contexte de l'article 12 250

Section 2. La traduction de l'article 12 en droit belge : la réforme des régimes d'incapacité 253

§1er. La première évaluation belge (2014) 253

1. Convention et révision des régimes d'incapacité 253

2. La réforme est-elle conforme ? *Oui*, dit l'État belge… 255

3. La réforme est-elle conforme ? … *Non*, dit le Comité 258

§2. La deuxième évaluation belge (2019-2020) 258

Chapitre 2. L'observation générale n° 1 du Comité des droits des personnes handicapées : « Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité » 260

Section 1ère. Le Comité des droits des personnes handicapées 260

Section 2. L'observation générale n° 1 expliquée 262

§1er. Contenu normatif de l'article 12 263

1. (Ré)unification de la capacité de jouissance et de la capacité d'exercice 263

2. Dissociation de la capacité mentale et de la capacité juridique 265

3. Distinction entre l'incapacité juridique et le soutien à la capacité juridique 267

4. Accompagnement et prévention des abus 270

§2. Obligations des États parties 272

1. Reconnaître la capacité juridique universelle et abolir les régimes de prise de décisions substitutive 272

2. Instaurer des mécanismes de prise de décisions assistée, assortis de garanties 274

3. Commencer tout de suite… 276

§3. Relations avec d'autres dispositions de la Convention 277

1. Égalité et non-discrimination (article 5) 277

2. Liens avec d'autres articles de la Convention 281

§4. Mise en œuvre au niveau national 282

Section 3. L'observation générale n° 1 discutée 284

§1er. Crispations : une interprétation extensive et impraticable 285

1. La critique juridique : une interprétation extensive 285

a) Critique externe 285
i. Rôle interprétatif douteux du Comité 285
ii. Incompatibilité avec d'autres textes internationaux 287
iii. Représentativité insuffisante du Comité 290
b) Critique interne 291
2. La critique pratique : une interprétation impraticable 293
§2. Enthousiasmes : un changement de paradigme porteur d'espoirs 296
1. La capacité juridique universelle comme reconnaissance citoyenne 297
2. L'accompagnement sur la base de l'égalité avec les autres 302
3. L'abolition des décisions substituées 307
4. La participation 310
Chapitre 3. Faire vivre la controverse, du droit international au droit interne 311
Section 1ère. Le contexte international de la première observation générale du Comité des droits des personnes handicapées 311
§1er. Singularité de la position du Comité 311
§2. Capacité juridique et interprétation évolutive de la Cour européenne des droits de l'homme 313
Section 2. Brève réflexion sur la justiciabilité de l'article 12 317
Conclusions du titre I. Penser l'accompagnement capacitant à l'exercice des droits 322
TITRE II. COMBATTRE L'INJUSTICE EPISTEMIQUE ET ELARGIR LES PISTES DE REFLEXIONS 324
Chapitre 1er. Le concept d'injustice épistémique appliqué à l'observation générale n°1 325
Section 1ère. L'objectivité scientifique de l'homme blanc occidental : brève histoire épistémologique 326
§1er. Héritage scientifique 326
§2. Contestation : l'objectivité renforcée ou la confrontation des subjectivités 327
§3. Émergence du concept d'injustice épistémique 329
Section 2. Justice épistémique et observation générale n° 1 332
§1er. Opinion militante, opinion dilettante ? 332
§2. Capacité et pouvoir épistémique 335
§3. Justice herméneutique : « Rien sur nous, sans nous » ou la participation 339
1. Participation et méta-participation 339
2. Recherche participative 344

Chapitre 2. Faire preuve d'ouverture épistémique… Et ensuite ? 347
Précision liminaire : éviter la confusion des registres épistémique et normatif.348
Section 1ère. Détacher l'accompagnement d'une évaluation incapacitante 349
Section 2. Détacher l'accompagnement de la contrainte 352
§1er. L'arbre ne doit pas cacher la forêt.....352
§2. Capacité et contraintes légales des personnes handicapées 353
§3. Capacité, contrainte et soins de santé.....355
Conclusions du titre II 358
CONCLUSIONS DE LA TROISIÈME PARTIE 359
CONCLUSIONS GÉNÉRALES.....361
BIBLIOGRAPHIE.....371
TABLE DES SCHEMAS 390

How was I supposed to learn about the world if I was locked away from it?
Robert Martin[1]

Le droit ne règlera pas tous les problèmes, toutes les difficultés. Il a sa place certes, mais sans arrogance, ni prétenttion. Le droit peut être utile mais il peut aussi être imparfait et même inutile, surtout lorsqu'il ne se construit pas au départ de l'expérience et du savoir des personnes, des femmes, des hommes, des enfants, qui vivent une situation de handicap.
Françoise Tulkens[2]

INTRODUCTION GÉNÉRALE

I. Contexte de la recherche

La présente dissertation doctorale porte sur la manière dont le droit belge appréhende la capacité des personnes vivant avec un trouble mental.

Une évolution importante en la matière a été formalisée par la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, dans laquelle l'équilibre entre autonomie et protection se veut être la clé de voûte.

> Il y a lieu de trouver dans la loi un équilibre nouveau et correct entre, d'une part, le respect de l'autonomie, à savoir des choix et des souhaits de la personne présentant des troubles de fonctionnement, et, d'autre part, la protection appropriée et efficace de cette personne contre toutes sortes de conséquences négatives et d'abus qui peuvent résulter de ces troubles et qui constituent, non seulement pour la personne elle-même mais aussi pour son entourage, une source de préoccupation justifiée. Dans la recherche de cet équilibre, la personne présentant des troubles de fonctionnement doit se voir attribuer un rôle approprié dans le processus décisionnel relatif à toutes les matières qui la concernent[3].

Contrairement au terme de « protection », qui revêt une signification juridique et désigne notamment les mécanismes d'incapacité des majeurs, la notion d'« autonomie » ne jouit pas d'une acception précise, en droit. L'impératif du respect de l'autonomie appelle dès lors immédiatement un questionnement sur son propre contenu.

[1] Robert MARTIN (membre du Comité onusien des droits des personnes handicapées), intervention du 18 juin 2019, dans le cadre de la *11th International Disability Law Summer School* (17-21 juin 2019) du Centre for Disability Law and Policy (CDLP) de l'Université Nationale d'Irlande à Galway.
[2] Préface de l'ouvrage collectif rédigé sous la direction d'Isabelle HACHEZ et Jogchum VRIELINK, *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 10.
[3] Proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1009/001, p. 6.

La doctrine portant sur la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient traduit régulièrement l'autonomie du patient comme le droit d'accepter ou de refuser l'intervention proposée par un praticien professionnel[4]. Dans cette acception, l'autonomie se confond avec la capacité juridique reconnue au patient et n'apporte alors aucune plus-value. En outre, réduire l'autonomie à la capacité contredit les nouvelles dispositions du Code civil relatives à la protection des majeurs, qui présentent l'incapacité comme un moyen de soutenir l'autonomie des personnes protégées.

La recherche du sens à donner à l'autonomie devrait donc se soucier d'articuler ce concept avec celui de capacité, en partant du principe qu'ils peuvent s'envisager de façon distincte. En effet, l'autonomie n'offre une grille de lecture pertinente pour l'analyse de règles relatives à la capacité que si elle ne se confond pas avec cette capacité. La première partie de la thèse approfondira la notion d'autonomie ainsi envisagée et en proposera une définition précise.

La notion de capacité nécessite aussi quelques éclaircissements. La présente recherche porte sur la capacité d'exercice, légalement reconnue à toute personne majeure. À l'âge de dix-huit ans, le citoyen est présumé posséder les aptitudes cognitives suffisantes pour exercer personnellement ses droits. La présomption d'une certaine *capacité de fait* fonde dès lors la reconnaissance d'une pleine *capacité de droit*.

Pour la plupart d'entre nous, cette présomption n'est pas remise en cause. Toutefois, certaines personnes voient leur capacité de fait évaluée et leur capacité juridique diminuée en conséquence de cette évaluation, sur le mode des vases communicants. Il s'ensuit que la définition et l'évaluation de la capacité de fait revêtent une importance cruciale, car elles déterminent à quelles conditions un citoyen, en général, ou un patient, en particulier, peuvent être représentés dans l'exercice de leurs droits. L'évaluation de la capacité de fait est donc susceptible de modifier profondément le contexte sociojuridique dans lequel l'autonomie d'une personne peut se déployer.

L'analyse de la capacité de fait du patient joue un rôle de laboratoire de réflexion, en vue d'une étude plus générale de la capacité de fait. En effet, les droits du patient font l'objet d'une abondante littérature médico-juridique sur la capacité de fait et son évaluation, de sorte que l'application clinique[5] du concept de capacité de fait est parfois présentée comme l'origine de

[4] Les contributions de deux auteurs de référence en droit médical, notamment, illustrent cette tendance à traduire l'autonomie par le droit de prendre ses propres décisions en matière de soins, éventuellement de manière anticipée : G. GENICOT, « Arrêt de traitement, droit à la vie, autonomie personnelle et patients vulnérables » *J.T.*, 2016, pp. 17-31 et G. SCHAMPS, « L'autonomie de la personne en matière médicale : du début à la fin de la vie », *Le temps et le droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 543-573.

[5] L'adjectif « clinique » revêt une acception très spécifique en contexte de soins : « 1. Qui concerne le malade au lit ; qui est effectué, constaté ou enseigné par le médecin au chevet des malades. 2. Partie de la médecine qui comprend l'ensemble des connaissances acquises par l'observation directe des malades (…) » (*Dictionnaire médical*, 5ème éd., Paris, Elsevier Masson, 2007, p. 196). Plus généralement, « Qui concerne l'observation du patient. L'information clinique est recueillie par l'interrogatoire et l'examen direct d'un patient, conduits par le médecin dans une intention diagnostique » (*Petit Larousse de la médecine*, Paris, Larousse, 2001, p. 182). Ces dictionnaires médicaux mentionnent uniquement le *médecin* bien que, dans le langage courant, tout praticien de la santé exerçant sa profession par le contact avec les patients est perçu comme ayant une « pratique clinique » ou comme « clinicien », indépendamment de son diplôme ou du lieu où il exerce.

son utilisation dans les règles générales gouvernant la capacité des majeurs[6]. En droit belge, l'étude de la capacité de fait du patient s'inscrit dans le cadre de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. Conformément à celle-ci, les termes « praticien » ou « praticien de la santé » utilisés dans cette recherche désignent donc « le praticien visé à l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé ainsi que le praticien professionnel ayant une pratique non conventionnelle, telle que visée dans la loi du 29 avril 1999 relative aux pratiques non conventionnelles dans les domaines de l'art médical, de l'art pharmaceutique, de la kinésithérapie, de l'art infirmier et des professions paramédicales »[7].

Dans l'immense majorité des cas, c'est une forme de trouble mental qui est considérée comme une entrave à la capacité de fait et provoque alors éventuellement la mise en place d'un mécanisme de représentation dans l'exercice des droits. La situation des personnes vivant avec un « trouble mental » s'est dès lors vite imposée en filigrane de la réflexion. Il est vrai que la représentation légale est également utilisée dans d'autres situations, comme le coma. Toutefois, lorsque la représentation a pour cause un trouble mental, la personne représentée est en principe consciente, y compris, par exemple, en cas de démence à un stade avancé, au sens où elle continue « à réagir à des contacts ou autres stimuli extérieurs »[8]. La plupart des personnes vivant avec un trouble mental peuvent donc communiquer leurs préférences ou leur désaccord, ce qui rend d'autant plus visible les éventuels conflits entre le respect de l'autonomie de la personne et la protection que des tiers estiment devoir lui apporter.

Depuis les travaux relatifs à la réforme de l'internement[9], cette expression « trouble mental » est celle utilisée pour désigner l'ensemble des affections susceptibles d'altérer la capacité de jugement d'une personne : « [le terme "trouble mental"] est en effet plus en adéquation avec les conceptions actuelles de la psychiatrie et recouvre tant les handicaps que les maladies mentales. Ce terme de "trouble mental" présente également l'avantage d'être suffisamment large pour pouvoir continuer à être utilisé en fonction des évolutions futures des connaissances scientifiques en la matière. De plus, ce terme est aussi celui qui est internationalement reconnu notamment par l'OMS (Organisation mondiale de la santé) et par l'*American Psychiatric Association*. Il est également conforme à la recommandation de la Commission Internement »[10].

---

[6] L. SERIES, A. NILSSON, « Article 12 CRPD Equal Recognition before the Law », *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 352.

[7] Art. 2, 3°, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. Il s'agit concrètement des médecins, pharmaciens, kinésithérapeutes, infirmiers, sages-femmes, secouristes-ambulanciers, psychologues cliniciens, aides-soignants… Les pratiques non conventionnelles reconnues par la loi du 29 avril 1999 sont l'homéopathie, la chiropraxie, l'ostéopathie et l'acupuncture (art. 2, §1er, 2°). La loi coordonnée du 10 mai 2015 relative à l'exercice des professions des soins de santé reprend l'essentiel de l'arrêté royal n°78, toujours en vigueur.

[8] S. DEFLOOR, H. NYS, « Les droits des patients atteints de la maladie d'Alzheimer ou de maladies apparentées », Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, 2008, www.kbs-frb.be, p. 16.

[9] Réforme d'abord portée par la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental abrogeant, en ce qui concerne l'internement, la loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux, des délinquants d'habitude et des auteurs de certains délits sexuels. Toutefois, avant son entrée en vigueur, cette loi du 21 avril 2007 a été abrogée par la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement.

[10] Projet de loi relatif à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 2841/001, p. 7.

Les troubles mentaux peuvent donc prendre différentes formes : maladie psychiatrique, handicap intellectuel congénital, démence… Chacune de ces formes de trouble mental est susceptible d'engendrer une situation de handicap, au sens de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées[11]. L'article 12 de celle-ci porte sur la reconnaissance de la personnalité juridique des personnes handicapées, dans des conditions d'égalité, et implique notamment que « les États Parties reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres »[12].

Le thème de la capacité juridique est également celui de la première observation générale du Comité des droits des personnes handicapées, organe onusien chargé de veiller à la bonne application de la Convention par les États parties. Dans son observation générale n° 1, ce Comité défend une conception inédite de la capacité juridique des majeurs[13], qui réinterroge les liens entre autonomie et capacité.

À partir de ces différents terreaux de réflexion, la question de recherche est la suivante : la construction actuelle de la capacité juridique des majeurs est-elle conciliable avec l'impératif du respect de l'autonomie ?

II. Structure

La première partie de la présente thèse propose une brève rétrospective historique des mesures d'incapacité juridique pour cause de trouble mental, ainsi qu'une analyse de la construction juridique des concepts d'autonomie, de protection et de dignité humaine. L'approche historique et conceptuelle permet d'aboutir, en fin de première partie, à la question de recherche suivante : la construction actuelle de la capacité juridique des majeurs est-elle conciliable avec l'impératif du respect de l'autonomie ?

La deuxième partie explore la notion de « capacité de fait ». En effet, pour interroger les règles relatives à la capacité juridique, il convient d'avoir égard à leur en-deçà, soit aux facultés concrètes justifiant l'attribution de la capacité juridique pleine et entière à tout citoyen de plus de dix-huit ans et qui, si elles font défaut, peuvent conduire à une diminution de cette capacité juridique. Il est prêté une attention particulière à l'évaluation de la capacité de fait du patient,

[11] Convention relative aux droits des personnes handicapées, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 décembre 2006 et approuvée par l'Etat fédéral et les entités fédérées belges en 2009. Dans un tel cas, il faudrait en principe citer en référence l'ensemble des normes internes d'assentiment (N. BERNARD (dir.), *Guide des citations, références et abréviations juridiques*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2017, p. 77). Compte tenu du fait que cela aboutirait en l'espèce à une note infrapaginale démesurée, je me permets de renvoyer à une proposition de loi les mentionnant *in extenso*, à savoir la proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1009/001, p. 5, note n° 12. Cette précision sera donnée la première fois que la Convention est citée, au sein de chacune des trois parties de ce travail, puis sera référencée sous le nom de « Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées ».

[12] Art. 12, §2, de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées.

[13] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1.

compte tenu de l'abondante littérature médico-juridique à ce sujet et de la possibilité d'extrapolation de certains résultats à la capacité du citoyen, en général.

La troisième partie inscrit les réflexions relatives à la capacité de fait du patient au sein d'un débat plus large sur l'accompagnement des citoyens à l'exercice de leurs droits, prévu par l'article 12 de la Convention des Nation Unies relative aux droits des personnes handicapées. Cette disposition faisant l'objet de la première, et controversée, observation générale du Comité onusien des droits des personnes handicapées, celle-ci est explicitée en détails. L'étude s'attarde également sur la nécessité d'intégrer au débat scientifique les arguments de groupes perçus comme militants, sans forcément les adopter intégralement, et suggère des pistes de réflexions pour faire vivre la controverse en droit interne.

III. Méthodologie

Une thèse en sciences juridiques se fonde naturellement sur de nombreuses sources juridiques. En l'espèce, elles relèvent du droit interne, international et étranger comme cela sera explicité dans un premier temps. Dans un second temps, il sera montré que la recherche a un ancrage interdisciplinaire et qu'elle traverse plusieurs domaines juridiques et non-juridiques. Des précisions stylistiques seront enfin fournies, dans un troisième temps.

- ***Sélection et traitement des sources juridiques de l'étude***

Dispositions internes

En droit belge, la présente étude s'appuie essentiellement sur les règles du Code civil relatives aux « personnes protégées »[14] et sur la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, en particulier sur les articles concernant la représentation du patient considéré comme incapable[15]. Ces corpus de règles cristallisent en effet les réflexions relatives à l'équilibre à préserver entre l'autonomie et la protection de la personne. Ils ont également en commun de faire reposer cet équilibre sur une évaluation de la capacité de fait, destinée à délimiter la capacité juridique reconnue à la personne concernée.

La recherche s'inscrit dans une démarche positiviste, en ce qu'elle s'attache à décrire et expliquer certains aspects du droit belge, tel qu'il est[16]. L'élaboration d'une thèse en sciences juridiques se conçoit en effet difficilement sans l'analyse des mécanismes qui lui servent de fondements. À l'aide des travaux parlementaires et de la doctrine juridique, le fonctionnement des régimes de protection des majeurs est ainsi explicité et illustré par des décisions de

[14] Art. 488/1 et s. du Code civil.
[15] Art. 13 (abrogé par la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine), 14 et 15 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[16] A. VIALA, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011/2 (Volume 67), pp. 95-117.

jurisprudence. Une démarche similaire est suivie pour rappeler les règles relatives à la représentation du patient, depuis leur adoption jusque dans leurs modifications récentes.

Les développements descriptifs relatifs à la protection des majeurs et aux droits des patients restent toutefois limités, dans la mesure où ils sont au service de la thèse. La description du droit tel qu'il existe sert essentiellement à mener une réflexion critique sur des thèmes précis tels que l'appréhension juridique de la capacité de fait ou la conformité des mécanismes à un texte de droit international, la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées. C'est également dans cette perspective que l'étude mobilise fonctionnellement des dispositions provenant d'autres branches du droit, pour alimenter et étayer le raisonnement.

Le traitement de l'incapacité pour cause de trouble mental par le Code civil et, plus récemment, par la loi relative aux droits du patient, fait l'objet d'une brève analyse historique, initiant une démarche de type « *Law in Context* ». Cette approche consiste plus particulièrement à élargir les perspectives de la recherche juridique par le recours à des études provenant d'autres sciences, avec pour objectif de mieux comprendre le fonctionnement des règles examinées : « *A contextual approach involves treating legal subjects broadly, using materials from other humanities and social sciences, and from any other discipline that helps to explain the operation in practice of the particular legal field or legal phenomena under investigation* »[17].

Dispositions internationales

L'impact d'un trouble mental sur la capacité juridique des citoyens est l'un des thèmes centraux de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées. Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 décembre 2006, elle impose aux États parties d'éradiquer les obstacles à la jouissance et à l'exercice, par les personnes handicapées, de leurs droits fondamentaux. En appliquant ces droits à la situation spécifique des personnes handicapées, la Convention a rendu visible une minorité extrêmement importante[18] et fait partie aujourd'hui des principaux instruments des Nations Unies relatifs aux droits humains[19].

La présente recherche s'attarde sur l'article 12 de cette Convention, relatif à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité, et sur la lecture qui en est faite par le Comité des droits des personnes handicapées dans sa première observation générale[20]. Le Comité fonde notamment ses observations générales sur les rapports périodiques qui lui sont

[17] CAMBRIDGE UNIVERSITY, « Cambridge Series, Law in Context », General Editors : K. ARMSTRONG, M. DEL MAR, S. SHELDON, www.cambridge.org/core/ ; W. TWINING, *Law in Context : Enlarging a Discipline*, Oxford, Oxford University Press, 1997.
[18] J. DHOMMEAUX, « La Convention relative aux droits des personnes handicapées et son Protocole du 13 décembre 2006 », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, p. 532.
[19] Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), « Les instruments internationaux des droits de l'homme » (en anglais, « The Core International Human Rights Instruments and their monitoring bodies », https://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx
[20] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1.

remis par les États parties[21]. Les recommandations du Comité devraient dès lors nourrir la recherche, en alimentant les controverses politiques et juridiques au sein de ces États.

En outre, certains instruments juridiques non contraignants du Conseil de l'Europe ont contribué à forger le droit belge en matière de capacité et de représentation, en général ou dans l'exercice des droits du patient[22]. La Cour européenne des droits de l'homme joue par ailleurs un rôle unique en matière de réflexion évolutive sur l'application des droits fondamentaux au sein du Conseil de l'Europe. Dans le cadre de cette recherche, sa jurisprudence étaye le raisonnement en matière de recours contre une décision relative à la capacité du patient. Il est également prêté attention à la jurisprudence que la Cour a développée ces dernières années en matière de reconnaissance de la capacité juridique des citoyens, en dialogue avec les principes de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées.

Tant les sources internes qu'internationales susmentionnées sont mobilisées dans le cadre d'une analyse textuelle, pour cerner la construction juridique des concepts d'« autonomie », de « protection » et de « dignité humaine ». L'étude du sens de ces termes dans différents textes juridiques a pour objectif d'en proposer une définition cohérente, au regard du cadre légal de la recherche, et utile à l'évaluation de ce dernier.

Concrètement, dans les instruments sélectionnés, les occurrences des termes « autonomie », « protection » et « dignité humaine » ont été relevées, afin de comprendre dans quels contextes particuliers ces concepts sont mentionnés et quel sens général pourrait en être induit. Cette méthode inductive présente l'intérêt d'enrichir l'analyse en faisant émerger des significations éventuellement non voulues par les auteurs des textes eux-mêmes ou en mettant en évidence une différence conceptuelle entre la version francophone et la version néerlandophone d'une même disposition de droit belge. Sur ce dernier point, l'analyse a bénéficié de la supervision du service de traduction des documents parlementaires de la Chambre des représentants[23].

[21] En application des articles 35 et 36 de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées.

[22] Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Oviedo, 4 avril 1997 (convention non signée par la Belgique mais susceptible d'influencer sa politique en la matière) ; Recommandation N° R (83) 2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires ; Recommandation N° R (99) 4 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables; Recommandation Rec(2004)10 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux ; Recommandation CM/Rec(2009)3 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le suivi de la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux ; Recommandation CM/Rec(2009)11 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité.

[23] Plus particulièrement de celle de M. Thierry DEKOCK, linguiste et réviseur, et M. Jean-François BAUDUIN, philologue, réviseur et documentaliste, qui ont répondu à toutes mes questions avec beaucoup de patience.

Dispositions étrangères

Au regard de son objet, il était indispensable de nourrir la présente recherche par l'apport de certaines législations étrangères. En effet, si l'exploration de la capacité de fait constitue l'un des piliers de l'étude, cette notion n'est abordée qu'implicitement en droit belge.
L'Angleterre et l'Ontario, deux régions de *Common Law*, ont été sélectionnées car leur droit porte une attention particulière à la question de la capacité de fait. D'une part, le *Mental Capacity Act* anglais de 2005 offre de nombreux éléments quant à sa définition et son évaluation[24]. D'autre part, l'Ontario, outre la description de la capacité de fait dans plusieurs textes de loi[25], connaît une instance de recours spécifique : le *Consent and Capacity Board* ou la Commission de révision du consentement et de la capacité[26]. Les Pays-Bas font quant à eux figure de comparateur de tradition civiliste, en matière de capacité juridique des majeurs[27].

La démarche relève ici plus de l'approche fonctionnelle que d'une véritable analyse de droit comparé : en effet, les informations provenant de systèmes juridiques étrangers « sont occasionnelles et visent à compléter l'exposé du droit national par une incision comparative, fugace et résumée »[28]. Entre autres atouts, cet usage fonctionnel du droit comparé peut combler un vide juridique ou permettre, par la mise en perspective, de mieux comprendre le droit national[29]. En l'occurrence, les législations étrangères remédient au silence du droit belge en matière de capacité de fait des citoyens majeurs et alimentent la réflexion sur la façon d'appréhender ce concept dans notre contexte juridique.

- ***Sélection et traitement des principales sources non juridiques de l'étude***

Compte tenu des thèmes développés, l'analyse juridique ne se suffit pas à elle-même. Le raisonnement s'appuie dès lors ponctuellement sur des réflexions importées d'autres disciplines.

La recherche fait ainsi appel à des travaux de philosophie, essentiellement pour déployer la notion d'autonomie qui émerge de l'analyse textuelle menée en première partie et pour appuyer l'intérêt d'un discours *situé*, exposé en troisième partie. L'autonomie représentant un thème central de la philosophie morale[30], cette discipline s'est naturellement imposée pour donner plus d'épaisseur à la réflexion juridique. L'autre branche de la philosophie convoquée ponctuellement est l'épistémologie qui, en tant qu'étude de la connaissance[31], aide à porter un

[24] Mental Capacity Act 2005, www.legislation.gov.uk
[25] Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui et loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, www.ontario.ca/fr/lois
[26] Commission du consentement et de la capacité, instaurée par la loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, www.ontario.ca/fr/lois
[27] Art. 32.1 et 446-468 du Burgerlijk Wetboek, www.wetboek-online.nl
[28] L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, Tome II, Paris, LGDJ, 1974, p. 26.
[29] A. MANSOURI, « Approche méthodologique et fonctionnelle du droit comparé », *RDIDC*, 2006, pp. 189-190.
[30] M. CANTO-SPERBER, R. OGIEN, *La philosophie morale*, Paris, Presses Universitaires de France, 2017.
[31] M. STEUP, « Epistemology », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy,* Edward N. Zalta (ed.), Winter 2018 Edition, https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/epistemology/

regard critique sur la façon dont nous envisageons les sciences et construisons les savoirs sur lesquels nous nous appuyons.

La volonté d'explorer le concept de capacité de fait, parfois désignée par les termes de « capacité de discernement »[32] ou de « capacité mentale »[33], conduit en outre naturellement à s'intéresser aux recherches de praticiens de la santé, et notamment à l'ouvrage pionnier « *Assessing Competence to Consent to Treatment. A Guide for Physicians and Other Health Professionals* », de P. Appelbaum et Th. Grisso[34]. Toujours dans le but de nuancer les réflexions relatives à la capacité de fait, certaines découvertes de la psychologie cognitive sont également transposées à la présente recherche, à partir d'un livre de D. Kahneman, nobellisé en 2002 pour ses travaux sur le jugement et la prise de décision. Son dernier ouvrage synthétise des décennies de recherches menées dans ce domaine, par lui-même mais aussi par d'autres scientifiques reconnus[35].

De façon plus hétérogène, le choix des thèmes et la façon de les aborder sont influencés par les expériences de ceux qui sont régulièrement confrontés à la question du respect des droits des personnes vivant avec un trouble mental : patients, proches de patients, associations représentant les personnes en situation de handicap, praticiens de la santé, avocats-administrateurs, assistants sociaux, coordinateurs de plateformes de concertation en santé mentale, médiateurs hospitaliers… Si les écrits des praticiens fournissent l'essentiel de cette réflexion pratique, les contacts avec le monde de la santé mentale et du handicap ont également nourri la réflexion. En effet, l'expérience personnelle constitue une source non juridique dont l'influence sur ma dissertation doctorale, potentiellement importante, est difficilement quantifiable. Ainsi, le travail de thèse a été l'occasion d'effectuer un stage d'observation en hôpital psychiatrique[36] et un séjour de recherche au sein du *Centre for Disability Law and Policy* de l'Université Nationale d'Irlande, à Galway[37]. En outre, j'appartiens depuis près de dix ans au Centre de Bioéthique de l'Université de Namur, où nous travaillons en permanence avec les praticiens de la santé. Leurs visions du droit et des droits du patient, leurs dilemmes, leurs recherches de solutions pragmatiques éclairées, etc., ont façonné ma façon de considérer ma propre discipline et de communiquer à son propos.

Les connaissances issues d'autres disciplines apparaissent comme des outils au service de la réflexion juridique : elles doivent être suffisamment expliquées pour n'être point trahies mais, le but étant de soutenir une thèse en sciences juridiques, il n'est délibérément pas fait droit aux

[32] Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018.
[33] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1.
[34] P. APPELBAUM, Th. GRISSO, *Assessing Competence to Consent to Treatment*, Oxford University Press, 1998.
[35] D. KAHNEMAN, *Système 1 Système 2 Les deux vitesses de la pensée*, Paris, Flammarion, 2016. Édition originale : *Thinking, fast and slow*, New-York, Farrar, Straus and Giroux, 2011.
[36] Stage d'observation à l'hôpital psychiatrique du Beau Vallon, Namur, du lundi 22 juin au vendredi 26 juin 2015 (maître de stage : dr Fr. DE GREGORIO).
[37] Centre for Disability Law and Policy (CDLP – dir. E. FLYNN), NUY-Galway. Séjour financé par le FNRS pour la période du 3 au 22 juin 2019, qui fut l'occasion de participer à l'*International Disability Law Summer School* (17-21 juin) organisée annuellement par le CDLP.

multiples controverses qu'elles soulèvent dans d'autres contextes. La perspective interdisciplinaire reste donc limitée, voire utilitaire. À ce propos, H. Dumont et A. Bailleux évoquent un « point de vue interne modérément ouvert »[38] : « la science du droit devrait idéalement décrire et expliquer le système juridique tel qu'il résulte des activités de création, d'application et d'interprétation, y compris doctrinale, du droit, d'un point de vue externe, à la différence de la doctrine qui est encore essentiellement dans le point de vue interne au droit, en recourant aux explications extra-juridiques qui relèvent des sciences humaines comme la sociologie politique du droit, mais en tenant dûment compte du point de vue interne qui est celui des organes de création et d'application du droit et de la doctrine »[39]. Cette approche rejoint le souci d'une contextualisation des mécanismes juridiques évoqués au fil de la recherche, à l'aide de connaissances issues d'autres disciplines.

- ***Emploi des langues***

Un certain nombre de sources belges, internationales ou étrangères n'existent qu'en langue néerlandaise ou anglaise. Les textes rédigés en anglais et français seront cités en version originale. Les textes uniquement disponibles en néerlandais feront quant à eux l'objet d'une traduction libre, afin de permettre leur compréhension par les lecteurs étrangers qui ne seraient pas familiers de la langue de Vondel.

- ***Précisions de style***

Pourquoi je dis « je »

Dans les travaux de sciences juridiques, l'usage veut que l'auteur s'exprime à la première personne du pluriel. Il ne s'agit pas d'un « nous » de majesté mais de modestie[40].

À rebours de cette tradition, la présente étude emploie la première personne du singulier. Cela dit, cette tournure reste marginale et ne gomme pas, bien évidemment, les appuis extérieurs soutenant le raisonnement, dûment référencés.

Pourquoi avoir fait ce choix ?

D'une part, parce que je n'ai jamais aimé parler à la première personne du pluriel, ne percevant pas l'intérêt de l'exercice. Autant le « vous » de politesse jouit d'une reconnaissance sociale lui conférant une plus-value, autant le « nous » de modestie est réservé à la rédaction de certaines études et n'est pas compris – voire mal interprété – par les lecteurs, en dehors de l'université.

[38] A. BAILLEUX, H. DUMONT, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et société*, 2010/75, p. 287.
[39] *Ibidem,* p. 284.
[40] M. LENOBLE-PINSON, *Dire et écrire le droit en français correct*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 489.

D'autre part, parce qu'une thèse révèle la subjectivité de son auteur et que je trouve intéressant de faire apparaître cette inévitable coloration personnelle. Il s'agit, en quelque sorte, d'énoncer d'emblée une limite intrinsèque à toute recherche, même scientifique[41]. Ainsi que le défend la troisième partie de la thèse, une recherche humaine ne peut pas être neutre, mais la reconnaissance de cette impossibilité en atténue les effets négatifs.

Enfin, si l'emploi du « nous » de modestie est plus fréquent, il ne constitue pas une obligation[42] ni une preuve de la modestie réelle de l'auteur. Je demande dès lors à mes lecteurs de me laisser le bénéfice du doute.

> Plusieurs raisons sont avancées pour expliquer cette transgression [de l'exigence de l'absence pronominale du chercheur] : avec l'individualisation de la société moderne, l'auteur peut ressentir le besoin croissant de construire un moi clairement discernable dans son texte pour souligner sa contribution au sujet et agrandir son prestige. Mais en choisissant un discours personnel, l'auteur peut également vouloir exprimer son discernement du rôle non négligeable du chercheur dans les sciences et faire preuve d'une modestie nouvelle, qui invite le lecteur à la discussion, le fait respecter comme partenaire et peut finalement se révéler plus agréable que certains résultats subjectifs cachés derrière des expressions apparemment objectives[43].

Pourquoi l'écriture sacrifie à la règle selon laquelle « le masculin l'emporte »

Le manuscrit n'intègre pas l'écriture inclusive[44], dont je reconnais pourtant la pertinence. Lorsque j'ai compris l'intérêt de la démarche, l'essentiel de la thèse avait déjà été rédigé et l'ampleur du travail de révision nécessaire m'a découragée. L'écriture inclusive relève d'une tournure d'esprit qui s'acquiert et se déploie progressivement, de sorte qu'il est complexe de l'intégrer à un travail déjà écrit.

Pourquoi les notes de bas de page se répètent

Lorsque les mêmes références se retrouvent en plusieurs endroits, la règle veut que l'on ne les réécrive pas *in extenso*, mais que l'on renvoie à leur mention originelle, au moyen de l'expression « *op. cit.* »[45]. Pour faciliter la lecture du document, le choix a ici été fait de toujours référencer les sources *in extenso*, à moins qu'elles se suivent immédiatement (« *Ibidem* »).

---

[41] En ce sens, U. REUTNER, « *De nobis ipsis silemus* ? Les marques de personne dans l'article scientifique », *Revue de linguistique et de didactique des langues*, 2010, pp. 97-98.
[42] Voy., par exemple, J.-F. NEVEN, *La référence à la vulnérabilité dans le droit de la protection sociale. Des sciences humaines et sociales au droit positif*, thèse de doctorat, Université de Namur, 2018.
[43] U. REUTNER, « *De nobis ipsis silemus* ? Les marques de personne dans l'article scientifique », *Revue de linguistique et de didactique des langues*, 2010, pp. 97-98.
[44] MOTS-CLÉS, *Manuel d'écriture inclusive*, 3e éd., Paris, Sésame Studio, 2019.
[45] N. BERNARD (dir.), *Guide des citations, références et abréviations juridiques*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2017, p. 186.

IV. Limites

- ***Limites dans les contenus de la recherche***

Tout d'abord, la recherche se limite aux personnes majeures. Dans la ligne de la réforme des statuts d'incapacité[46], il est fait le choix de refuser l'assimilation – juridique ou sociale – des mineurs et des majeurs. Quel que soit le soutien dont il a besoin, un adulte n'est pas un enfant. À l'inverse, un enfant n'est pas « un adulte en plus petit »[47] et bénéficie pour cette raison d'un statut particulier.

Par ailleurs, bien que l'étude adopte le prisme de la situation de la personne vivant avec un trouble mental, elle ne passe pas par une typologie des différents troubles mentaux. La classification de l'Organisation mondiale de la santé, pour prendre un exemple, permet d'entrevoir la complexité et les infinies variations des troubles mentaux[48]. D'un point de vue médical, il est évident que ces différentes affections ne peuvent être traitées sur un pied d'égalité. Une recherche juridique peut cependant se permettre de toutes les englober sous le vocable « trouble mental », pour la simple raison que ce n'est pas le diagnostic qui est pertinent, ici, mais l'impact éventuel du trouble mental – quel qu'il soit – sur la capacité décisionnelle de la personne concernée.

À cet égard, la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées s'avère éclairante : « *Reconnaissant* que la notion de handicap évolue et que le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres (…). Par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres »[49]. Le handicap n'est donc pas réductible à une forme d'incapacité individuelle : il surgit lorsque les personnes vivant avec une incapacité – quelle qu'elle soit – ne peuvent s'épanouir en tant que citoyens de notre société, car celle-ci ne propose pas de solutions adaptées.

Dans le même ordre d'idée, ce qui intéresse la présente recherche n'est pas le *diagnostic* précis du trouble mental en cause, mais le *handicap* qui en résulte éventuellement. Au sens de la Convention des Nations Unies, le handicap n'est pas le trouble mental lui-même mais le fait que ce trouble mental empêche, dans certaines situations, le déploiement de l'autonomie. Ce

[46] Proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1009/001, p. 8.
[47] J. FIERENS, G. MATHIEU, « Les droits de la personnalité des personnes mineures ou vulnérables », *Les droits de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 279.
[48] OMS, « International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision» (Chapter V Mental and behavioural disorders), http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2015/en ; la onzième version (International Classification of Diseases 11th Revision (ICD (11)), https://icd.who.int/browse11/l-m/en), adoptée en mai 2019, entrera en vigueur le 1er janvier 2022.
[49] Préambule, (e) et art. 1er de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées.

risque appelle une réflexion sociale et une réponse plurielle. Pour les besoins de la présente recherche, le trouble mental désigne dès lors « toute affection perçue comme la cause d'une perturbation des facultés cognitives et donc susceptible d'entraver l'exercice des droits d'une personne consciente »[50].

Il faut également souligner que la présente étude ne discute pas le modèle social du handicap, porté par la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, bien que cette approche ne fasse pas l'unanimité[51]. Concernant la Convention elle-même, la thèse vise avant tout à en expliciter l'article 12, relatif à la capacité juridique, et à mettre en évidence les divergences d'interprétation qui existent entre les États parties et le Comité des droits des personnes handicapées. Dans ce cadre, le modèle social du handicap apparaît seulement comme un élément dont il faut tenir compte pour comprendre la Convention dans son ensemble.

Par ailleurs, la recherche ne traite pas du consentement aux soins en tant que tel. Il est vrai que cette question cristallise souvent les conflits relatifs à la capacité du patient à exercer ses droits. Toutefois, le consentement ne représente que l'une des manifestations possibles, importante mais spécifique, de la capacité d'exercice. Si les droits du patient inspirent indéniablement la réflexion, la recherche vise à explorer plus largement la conception de la capacité d'exercice des droits. Il ne s'agit pas de masquer artificiellement les liens évidents entre la question de la capacité du patient et celle de la validité de son consentement. D'une part, l'ouvrage pionnier mentionné ci-dessus réduit l'objet des évaluations de la capacité du patient à la capacité de consentir à un traitement[52]. D'autre part, certains aspects de l'évaluation de la capacité du patient, développés *infra*, pourraient aisément se voir transposés à des réflexions relatives au consentement éclairé[53].

Le choix d'une posture englobante permet néanmoins d'articuler la réflexion sur la capacité du patient à celle sur la capacité générale des citoyens à exercer leurs droits. Par ailleurs, la question du consentement à l'intervention d'un praticien professionnel, au sens de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, fait déjà l'objet d'innombrables commentaires, dont

---

[50] *Cf. infra*, Première partie, Titre préliminaire, Chapitre 2, Section 1ère. Trouble mental : une définition par les conséquences.

[51] Entre autres, voyez D. ANASTASIOU, J. KAUFFMAN, « The Social Model of Disability : Dichotomy between Impairment and Disability », *Journal of Medicine and Philiosophy*, 2013, Iiv. 38, pp. 441-459 ; C. BARNES, « Understanding the social model of disability. Past, present and future », *Routledge Handbook of Disability Studies*, New York, Routledge, 2012, pp. 12-29 ; J. DAMAMME, « Les définitions du handicap », *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 121-150 ; I. HACHEZ, « L'inclusion des personnes en situation de handicap : du *soft law* au *hard law* et inversement », *Soft law et droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2017, spec. pp. 256-258 (interrogation à laquelle une réponse intéressante est apportée, dans une contribution ultérieure : V. GHESQUIÈRE, I. HACHEZ et C. VAN BASSELAERE, « La discrimination fondée sur le handicap », *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, Liège, Anthemis, 2018, pp. 95-96, *cf. infra*, Troisième partie, Introduction) ; M. JOUAN, « De l'autonomie revendiquée à l'autonomie extorquée », *Voies et voix du handicap*, Grenoble, PUG, 2013, pp. 84-85 ; J. OWENS, « Exploring the critiques of the social model of disability : the transformative possibility of Arendt's notion of power », *Sociology of Health & Illness*, 2014; M. VANDERSTRAETEN, « Définir, c'est exclure : le cas du handicap », *RIEJ*, 2015, pp. 91-108.

[52] P. APPELBAUM, Th. GRISSO, *Assessing Competence to Consent to Treatment*, Oxford University Press, 1998.

[53] Il en est ainsi, par exemple, de la réflexion sur les biais cognitifs affectant les capacités décisionnelles (*cf. infra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre 1er, Section 2. La capacité de fait s'évalue-t-elle ?).

une thèse de doctorat récente[54]. Dans ce contexte, il semble plus utile de renvoyer à la doctrine autorisée que de s'en faire l'écho, sans garantie d'une quelconque plus-value pour la thèse ici défendue.

Enfin, si l'étude met en évidence des arguments en faveur du développement de mesures d'accompagnement à l'exercice des droits et obligations qui ne privent pas la personne accompagnée de sa capacité juridique, elle ne débouche pas sur des propositions de mesures concrètes en ce sens. Cela dépasserait le cadre de la présente recherche, essentiellement pour deux raisons. Premièrement, si le *projet* de développer des mesures d'accompagnement capacitantes s'accommode bien d'une posture englobante, qui transcende les différents types de troubles ou de droits, il n'en va pas de même de sa *réalisation* : travailler concrètement à l'élaboration de telles mesures implique de mener des recherches par domaines, comme celui des contrats, de la famille ou du consentement aux soins de santé. Dans chaque domaine spécifique, en outre, il faudrait pouvoir diversifier les accompagnements proposés, pour augmenter les chances de rencontrer les besoins des différentes personnes concernées. Deuxièmement, il serait artificiel de concevoir de tels modèles d'accompagnement dans le cadre d'une étude théorique. L'élaboration d'un panel de mesures d'accompagnement à l'exercice des droits nécessite la participation des premiers destinataires de ces mesures, à savoir les citoyens vivant avec un trouble mental. Plus largement, le développement de mesures d'accompagnement innovantes et effectives requiert la collaboration de toutes les personnes concernées : familles, praticiens de la santé, avocats-administrateurs, notaires, juges de paix… Une telle recherche participative constitue une recherche à part entière. Il ne serait pas opportun de s'y atteler dans le cadre de cette dissertation doctorale, mais elle pourrait faire l'objet de travaux ultérieurs.

- **Limites dans le traitement des sources**

Tout d'abord, la perspective adoptée pour mener la présente recherche constitue une limite dans le traitement des sources. En effet, les sources juridiques sont essentiellement analysées sous l'angle de la situation de la personne vivant avec un trouble mental, bien que certaines dispositions aient un champ d'application plus large.

Ensuite, de manière générale, la thèse articule les ressources de plusieurs domaines juridiques (droit des personnes, droit des obligations, droit international) et non juridiques (philosophie, médecine, psychologie) sans s'installer véritablement dans aucun de ceux-ci, de sorte que la recherche documentaire n'est pas exhaustive, dans ces différents domaines. La présente étude n'a toutefois pas pour objectif de constituer un traité de référence pour chaque point analysé mais de contribuer de façon originale à la réflexion juridique sur l'autonomie des personnes accompagnées dans l'exercice de leurs droits.

[54] E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, Antwerpen, Intersentia, 2019. D'autres références sont répertoriées *infra*, Première partie, Titre préliminaire, Chapitre 3. Capacité et consentement : des questions liées mais distinctes (dernière note de bas de page).

Enfin, dans le traitement de son objet principal, la reconnaissance de la capacité juridique des personnes vivant avec un trouble mental, la présente thèse admet une tension entre le pragmatisme de la réflexion menée dans la deuxième partie, qui concerne particulièrement la loi belge relative aux droits du patient, et l'intérêt marqué, dans la troisième partie, pour la position du Comité onusien des droits des personnes handicapées.

Cet intérêt provient d'abord de la volonté d'expliquer correctement cette position inédite, exprimée dans la première observation générale du Comité[55]. En effet, l'observation générale n° 1 est peu discutée dans les travaux juridiques belges. Pourtant, bien qu'elle ne soit pas contraignante sur le plan juridique, elle fait désormais figure de repère et, que l'on souscrive ou non à la vision du Comité, on ne peut l'intégrer à la recherche juridique sans en avoir d'abord compris le sens et la portée.

Tout le projet de la troisième partie de la thèse est là : faire entendre et comprendre la position du Comité en matière de capacité juridique. Il ne s'agit pas de défendre à tout prix les arguments du Comité, mais de tenter de restaurer l'équilibre entre le discours classique sur l'incapacité juridique et des arguments qui, en raison de leur originalité, mériteraient d'être plus amplement débattus. Le choix de mettre en évidence la position du Comité s'explique précisément par le fait qu'elle n'est pas consensuelle : la vision du Comité défie nos mécanismes d'incapacité et provoque un choc des cultures stimulant et productif. Plusieurs auteurs reconnus, cités tout au long de la présente étude, analysent la raison d'être, le fonctionnement et les limites des mécanismes d'incapacité. Plutôt que de s'en faire l'écho, la recherche ici menée attire l'attention sur un point de vue marginal et cherche à convaincre de l'intérêt de l'intégrer à de futures recherches.

V. Originalité

La thèse se présente comme une dissertation personnelle et transversale sur la capacité, notion-charnière de la réflexion juridique sur l'autonomie et la protection des personnes vivant avec un trouble mental. Elle est construite à partir d'analyses inédites de concepts peu abordés en sciences juridiques.

En termes de contenus, la recherche donne une signification juridique précise aux notions d'*autonomie* et de *capacité de fait* du patient et du citoyen, pour les mettre ensuite en perspective avec l'idée de « *capacité juridique universelle* » portée par le Comité onusien des droits des personnes handicapées[56]. En outre, l'étude de (l'évaluation de) la capacité de fait du patient aboutit à la proposition de lignes directrices, susceptibles de contribuer aux réflexions des équipes soignantes en matière de capacité.

[55] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1.
[56] *Ibidem*.

L'originalité tient également à la méthodologie de certaines analyses. Un soin particulier a ainsi été apporté à l'analyse textuelle à l'origine de la définition de l'autonomie, car il s'agit d'une technique rarement usitée en sciences juridiques.

Une autre originalité tient à l'exploration de la capacité de fait du patient, en tant que laboratoire de réflexion sur la capacité de fait du citoyen, en général. Par rapport à d'autres travaux sur ce sujet, la réflexion menée ici se distingue par son pragmatisme, issu d'une expérience professionnelle au contact des praticiens de la santé.

Enfin, la manière d'aborder la position du Comité des droits des personnes handicapées constitue l'une des originalités de la recherche : militer pour *faire entendre* un discours considéré comme militant, sans toutefois chercher à imposer l'adoption de ce dernier. Cette posture confère à la troisième partie de la recherche un haut potentiel dialectique.

Globalement, la thèse est construite de manière cohérente à partir d'un ensemble relativement hétérogène de ressources juridiques et non juridiques, traitées de manières diverses. Cette structure explique nombre de limites de la recherche mais est également consubstantielle de l'originalité de celle-ci, dans la forme comme dans le fond.

VI. Thèse défendue

La construction actuelle de la capacité juridique des majeurs ne se conforme pas suffisamment à l'impératif du respect de l'autonomie, dans la mesure où l'incapacité juridique constitue la réponse principale au besoin d'accompagnement à l'exercice des droits et obligations de certaines personnes vivant avec un trouble mental. Pour que la capacité soit vraiment la règle et que l'incapacité demeure vraiment l'exception, il faut travailler à l'élaboration d'un panel de mesures d'accompagnement à l'exercice des droits, dont la majorité ne priveraient pas les citoyens de leur capacité juridique.

PREMIERE PARTIE. CONTEXTE HISTORIQUE ET CADRE CONCEPTUEL DE LA RECHERCHE

INTRODUCTION

D'où vient l'idée d'interroger le concept de capacité de fait et, en particulier, la capacité de fait du patient ?

Avant toute chose, le titre préliminaire vise à rafraîchir les mémoires : nombre d'entre nous ne se souviennent probablement que de la distinction entre la capacité de jouissance et la capacité d'exercice, dont ils ont en partie gommé les nuances et autres sous-catégories. La présente recherche ne peut cependant se déployer que si le concept de capacité et son articulation avec les notions de *trouble mental* ou de *consentement* sont clairement définis.

La recherche analyse une notion juridique millénaire, la *capacité*, à la lumière du respect de *l'autonomie* et ce, au départ de la relation médicale. Afin de contextualiser les éléments essentiels à cette réflexion, le titre I expose brièvement l'histoire des régimes d'incapacité liés aux troubles mentaux, tandis que le titre II s'attache à la façon dont le droit appréhende aujourd'hui les concepts d'autonomie, de protection et de dignité humaine.

Ce double cheminement pose le cadre matériel et conceptuel permettant l'élaboration de la question de recherche, en fin de première partie.

TITRE PRÉLIMINAIRE. CONCEPTS ET DISTINCTIONS DÉLIMITANT L'OBJET DE LA RECHERCHE

Chapitre 1er. Capacité de jouissance, d'exercice, de droit, de fait…

Section 1ère. Principes

Toute personne juridique soit, pour les personnes physiques, tout être humain né vivant et viable, est titulaire de droits et d'obligations : c'est la *capacité de jouissance*, « aptitude à être titulaire de droits et d'obligations »[57]. La *capacité d'exercice* représente quant à elle « l'aptitude à faire valoir personnellement ces droits et obligations »[58].

La capacité est la règle, l'incapacité l'exception. En principe, donc, les personnes physiques sont capables de jouissance et d'exercice.

[57] P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 260.
[58] *Ibidem*.

La capacité d'exercice peut en outre se subdiviser en la *capacité de droit* et la *capacité de fait*. La *capacité de droit* renvoie à la présomption légale selon laquelle toute personne majeure présente le discernement suffisant pour, entre autres, poser des actes juridiques et engager sa responsabilité, présomption qui ne peut être mise en cause que par la loi elle-même ou par un juge. La *capacité de fait* désigne quant à elle les facultés de discernement réelles d'une personne, au vu de la situation concrète, *in casu* : si j'arrive inconsciente à l'hôpital, je suis toujours capable de droit, mais non de fait ; plus subtilement, le comportement d'un patient conscient peut interpeller le praticien de la santé au point qu'il remette en cause la présomption de capacité, vu la situation concrète qui se présente à lui.

La capacité de droit comporte donc nécessairement une part de fiction, en raison du possible décalage entre le statut juridique d'une personne et la réalité des faits. Si une personne majeure est par principe capable en droit, elle peut s'avérer incapable en fait. À l'inverse, un majeur judiciairement désigné comme incapable de poser certains actes, pourrait s'en révéler capable, en fait, à certains moments.

Section 2. Exceptions

A titre d'exemple d'incapacité de jouissance, on peut citer l'absence de droit de vote pour les mineurs[59] ou l'interdiction, pour un médecin, de recevoir un legs d'une personne qu'il a traitée durant sa dernière maladie[60] : il s'agit bien d'incapacités de jouissance puisque ces droits n'existent pas pour les personnes concernées et ne peuvent donc *a fortiori* pas être exercés, pas même par l'intermédiaire d'un tiers.

Une incapacité de jouissance est toujours spéciale : l'incapacité générale de jouissance équivaudrait à priver une personne de tout droit et donc à la condamner à la « mort civile », abolie par la Constitution belge[61].

Les exceptions à la capacité d'exercice peuvent, par contre, être générales ou spéciales.

Le mineur est ainsi généralement incapable et doit être représenté par ses parents[62]. Comme exemple d'incapacité d'exercice relative à un acte précis, certains auteurs citent le fait de vendre un immeuble dont on est le seul propriétaire mais qui sert de logement principal à la famille[63].

---

[59] Art. 1er du Code électoral.
[60] Art. 909 du Code civil.
[61] Art. 18 de la Constitution.
[62] Art. 372 du Code civil : « L'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation ». Il existe des tempéraments à ce principe, notamment en matière de droits du patient :
« § 1er. Si le patient est mineur, les droits fixés par la présente loi sont exercés par les parents exerçant l'autorité sur le mineur ou par son tuteur.
§ 2. Suivant son âge et sa maturité, le patient est associé à l'exercice de ses droits. Les droits énumérés dans cette loi peuvent être exercés de manière autonome par le patient mineur qui peut être estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts » (art. 12 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient ; je souligne).
[63] Il faudra dans ce cas l'accord du conjoint ou du juge (art. 215 du Code civil ; exemple donné par A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), *DE PAGE Traité de droit civil belge. Les personnes*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 32). D'après

La loi du 22 août 2002 a introduit une possibilité d'incapacité ponctuelle, spécifiquement liée à l'exercice des droits du patient : si le praticien constate qu'un patient majeur n'est pas apte à l'exercice de ses droits, il peut s'adresser à un représentant, selon l'ordre de priorité établi par la loi[64].

Enfin, lorsque le discernement d'un majeur est altéré au point de mettre à mal l'exercice de ses droits, tant en matière personnelle que patrimoniale, le juge de paix peut décider d'une mesure d'incapacité plus ou moins étendue, en fonction des aptitudes concrètes de la personne concernée[65]. Par nature, ces mesures dites « de protection judiciaire » ne concernent que la capacité de droit.

Section 3. Evaluation

Une grande partie du travail porte sur l'évaluation de la capacité de fait. La capacité de droit ne s'évalue pas ou très rapidement : tout majeur est capable de droit s'il n'en a pas été décidé autrement par la loi ou par un juge, indépendamment des circonstances de vie réelles.

Dans la relation de soins, c'est la situation concrète d'une personne qui intéresse le praticien de la santé, lorsqu'il doit jauger l'aptitude de cette personne à exercer ses droits de patient. Comment le praticien de la santé doit-il évaluer, concrètement, la capacité de fait ? Comment la décrire et l'apprécier ? Il s'agit ici de s'intéresser à un concept peu fouillé en matière de droits du patient et pourtant fondamental : en fonction de son appréciation, le praticien de la santé décidera *in fine* de s'adresser au patient lui-même uniquement ou de solliciter un représentant. Bien qu'ils puissent coïncider dans les faits, le questionnement sur la capacité de fait du patient se situe donc en principe en amont de la discussion visant à obtenir le consentement de ce patient.

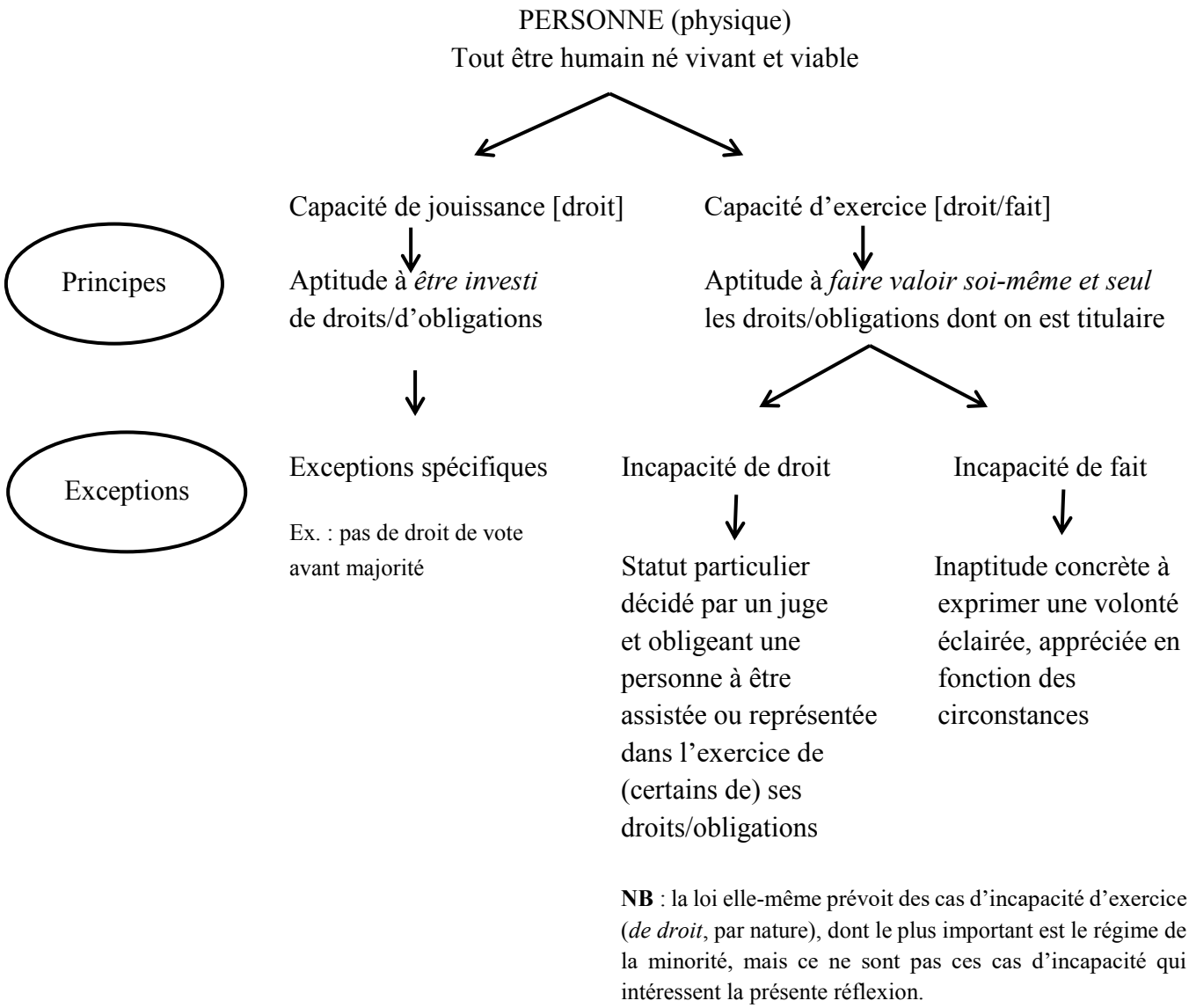
La thèse ne s'intéresse qu'à la capacité d'exercice, qui implique nécessairement l'existence de la capacité de jouissance. Par conséquent, dans la suite du texte, les termes « capacité », « capacité de droit » et « capacité de fait » renvoient toujours à la capacité d'exercice.

d'autres auteurs, toutefois, il s'agit dans ce cas d'une limitation de *pouvoir* et non de *capacité* : J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. 1, Le contrat, le consentement*, Paris, LGDJ, 2013, p. 781 ; en ce sens également, P. ANCEL, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois : approche comparative*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 347-348.

[64] Art. 14 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

[65] Art. 488/1 et s. du Code civil.

Figure 1 : vous avez dit incapacité ?



NB : la loi elle-même prévoit des cas d'incapacité d'exercice (*de droit*, par nature), dont le plus important est le régime de la minorité, mais ce ne sont pas ces cas d'incapacité qui intéressent la présente réflexion.

Chapitre 2. Trouble mental et capacité

Section 1ère. Trouble mental : une définition par les conséquences

L'expression de « trouble mental » est celle utilisée, depuis les travaux relatifs à la réforme de l'internement, pour désigner l'ensemble des affections susceptibles d'altérer la capacité de jugement d'une personne : maladie psychiatrique, handicap intellectuel, démence, …[66]. Il faut y inclure les termes actuels de *troubles psycho-sociaux*, *troubles cognitifs* ou *troubles psychiques*.

[66] Projet de loi relatif à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 2841/001, p. 7.

Il ne s'agit donc pas d'un terme médical, puisqu'il rassemble sous un même vocable les personnes vivant avec une maladie psychiatrique connue, une affection intellectuelle congénitale, une maladie neurodégénérative ou encore avec des difficultés cognitives d'origine accidentelle. Du point de vue des soins de santé, ces patients seront évidemment accompagnés différemment, en fonction de la spécialité dont ils relèvent et selon les classifications médicales officielles. Parmi celles-ci, on peut citer le *Diagnostic and Statistical Manual* (DSM)[67], aussi célèbre que critiqué[68], la classification générale de l'Organisation mondiale de la santé[69] ou encore la Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé adoptée le 22 mai 2001 par la cinquante-quatrième Assemblée mondiale de la Santé[70].

Dans la rédaction de leur thèse, certains docteurs en droit ont vu la nécessité d'établir une typologie des troubles mentaux[71] ou de distinguer nettement la « maladie mentale » de la « déficience intellectuelle »[72]. Ces approches se comprennent au regard de l'objet des recherches concernées. Compte tenu de l'objet de la présente recherche, je fais toutefois le choix de retenir une définition par les conséquences, plutôt que par les origines ou les caractéristiques du trouble.

Dans le cadre de cette étude, le trouble mental désigne toute affection perçue comme la cause d'une perturbation des facultés cognitives et donc susceptible d'entraver l'exercice des droits d'une personne consciente. Seules sont visées les personnes conscientes, au sens où elles sont aptes à réagir de façon visible à des stimuli extérieurs ou à formuler des préférences, car c'est essentiellement dans ce type de circonstances qu'émerge le questionnement sur la capacité à reconnaître à la personne vivant avec un trouble mental.

Cette approche par les conséquences rejoint la compréhension du *handicap* portée par la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées : « le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres (…) »[73]. La présente recherche s'intéresse

---

[67] AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM-5,* 5e éd., 2013.

[68] J. DAVIES, *Cracked. Why psychiatry is doing more harm than good*, London, Icon Books Ltd, 2013, pp. 21 et s. (*2 The DSM – a great work of fiction?*) ; N. ZDANOWICZ, P. SCHEPENS, *Tous fous ou la psychiatrie 5.0*, Louvain-la-Neuve, Academia – L'Harmattan, 2015.

[69] OMS, « International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision» (Chapter V Mental and behavioural disorders), http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2015/en ; la onzième version (International Classification of Diseases 11th Revision (ICD (11)), https://icd.who.int/browse11/l-m/en), adoptée en mai 2019, entrera en vigueur le 1er janvier 2022.

[70] Pour une raison obscure, cette classification avait originairement été imposée aux médecins rédigeant un certificat médical dans le cadre d'une demande de protection judiciaire (annexe à l'arrêté royal du 31 août 2014 déterminant la forme et le contenu du formulaire type de certificat médical circonstancié pris en exécution de l'article 1241, alinéas 2 et 3, du Code judiciaire, p. 2) ; l'arrêté royal du 31 août 2014 a toutefois été abrogé par celui du 29 juillet 2019 déterminant la forme et le contenu du formulaire type de certificat médical circonstancié pris en exécution de l'article 1241, § 1er, alinéa 1er, du Code judiciaire, qui ne fait plus référence à la Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé.

[71] Fr. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgelijk Recht*, Anvers, Intersentia, 2000, pp. 11 et s.

[72] V. DE GREEF, *Droit au travail et troubles mentaux*, Bruxelles, La Charte, 2016, pp. 13-16.

[73] Préambule, (e) et art. 1er de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

aux troubles mentaux dans leur ensemble, dans la mesure où ils sont susceptibles de créer une situation de handicap : en effet, combinés à d'autres facteurs, ils peuvent entraver l'exercice de la capacité juridique de la personne concernée.

A contrecourant des classifications médicales classiques, qui véhiculent une vision très individuelle du trouble mental, le choix est ici délibérément fait de s'inscrire dans une vision sociale du handicap[74]. En ce sens, le trouble mental n'est finalement qu'un des facteurs créant la situation de handicap d'une personne. C'est pour cette raison que la définition retenue fait allusion à toute affection *perçue* comme la cause d'une perturbation des facultés cognitives : que l'affection soit réellement à l'origine d'une perturbation des facultés cognitives ou pas, la situation de la personne concernée dépendra surtout de la perception qu'auront ses interlocuteurs des conséquences éventuelles de cette affection[75].

Section 2. De l'influence du trouble mental sur la capacité

La présence d'un trouble mental est susceptible de n'avoir un impact que sur la capacité d'exercice : la personne vivant avec un trouble mental peut en effet ne pas présenter le discernement suffisant pour exercer elle-même ses droits et dès lors avoir besoin de l'aide de tiers pour ce faire, aide qui sera éventuellement formalisée par une mesure judiciaire d'incapacité. Dans la suite du texte, l'expression « capacité » ou « incapacité » renvoie donc toujours à la capacité ou à l'incapacité d'exercice.

Par ailleurs, le trouble mental n'est en aucun cas une garantie d'incapacité, ni de droit ni de fait : l'incapacité de droit ne peut, dans ce contexte, être prononcée que par un juge et l'incapacité de fait doit s'apprécier concrètement, au regard de la situation réelle, au cas par cas. Ainsi, une personne dépressive peut s'avérer parfaitement capable d'exercer ses droits et obligations, au quotidien, de même qu'une personne suivant un traitement pour un trouble bipolaire. A l'inverse, l'incapacité peut avoir une cause différente d'un trouble mental : le patient dans le coma n'est pas capable d'exercer lui-même ses droits.

---

[74] A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 18-20 ; G. QUINN, « Personhood & Legal Capacity. Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD », Concept paper, HPOD Conference, Harvard Law School, 20 février 2010, www.inclusionireland.ie ; pour des explications sur les différentes perceptions du handicap, voy. J. DAMAMME, « Les définitions du handicap », *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 121-150 ; D. GOODLEY, *Disability Studies. An Interdisciplinary Introduction*, Londres, SAGE Publications Ltd, 2011, pp. 5 et s.

[75] Une récente thèse en philosophie porte spécifiquement sur cette conception externaliste de la capacité, en lien avec la question de l'autonomie : C. MEURIS, *Faire et défaire la capacité d'autonomie. Enquête sur la prise en charge des patients atteints de la maladie d'Alzheimer hospitalisés en service gériatrique de soins aigus*, thèse de doctorat, Université Libre de Bruxelles et Université Sorbonne Paris Cité, 2017.

Chapitre 3. Capacité et consentement : des questions liées mais distinctes

Section 1ère. Capacité d'exercice et exercice du droit de consentir

Chez les personnes physiques majeures, la capacité d'exercice pleine et entière est la règle et se voit donc présumée.

Sous réserves de nuances amenées *infra*, il est justifié de considérer la capacité, en général, comme un *état*[76], là où le consentement consiste en l'exercice ponctuel d'un droit : celui qui exerce son droit de consentir à une intervention s'engage dans un *processus* volontaire spécifique au terme duquel il exprime ou refuse son accord à la création d'un acte juridique.

L'acte qui résulte de ce processus de consentement n'est considéré comme valide que si la personne concernée dispose, en fait, du discernement nécessaire pour prendre la décision de (ne pas) consentir. La question de la capacité de fait intervient dès lors en amont de celle relative au consentement, à la validité duquel elle représente une condition *sine qua non*.

Section 2. Importance de la distinction pour l'exercice des droits du patient

L'application de ces principes aux droits du patient appelle trois clarifications.

Premièrement, conformément à ce qui sera expliqué *infra*, seule l'incapacité (d'exercice) *de fait* d'un patient est susceptible de mettre à mal la validité de son consentement.

Deuxièmement, l'insistance sur la notion de consentement tend à faire oublier son contraire, à savoir le refus de consentement, or le principe est le même : *pas de (refus de) consentement sans capacité de fait*. Il faut en outre souligner l'absence de causalité nécessaire entre la décision du patient et ses facultés de raisonnement ou sa capacité de fait : le patient qui consent n'est pas forcément capable de fait, de même que celui qui refuse son consentement n'est pas pour autant incapable de fait. La précision se justifie, au regard d'une pratique qui tend parfois à corréler le consentement et la capacité ou le refus de consentement et l'incapacité[77].

Troisièmement, le spectre de la capacité de fait s'avère omniprésent en matière d'exercice des droits du patient, là où le consentement n'est qu'un droit parmi d'autres. La capacité de fait conditionne en effet l'exercice de *tous* les droits du patient, qu'il s'agisse de donner son consentement, de consulter son dossier, de demander une seconde opinion, … D'où l'intérêt

[76] En ce sens, J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. 1, Le contrat, le consentement*, Paris, LGDJ, 2013, p. 780 : « la capacité est un état dérivé de la personnalité juridique qui permet à toute personne physique ou morale de jouir de ses droits propres et de les exercer ».

[77] En ce sens, Ch. LEMMENS, « De handelings- en wilsonbekwamen », *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 939-940. *Cf. infra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre 3, Section 2. Canaliser l'évaluation de la capacité du patient.

d'explorer en particulier le concept de capacité de fait. Par ailleurs, la notion de consentement du patient fait déjà l'objet de commentaires doctrinaux abondants, auxquels je me permets de renvoyer[78].

Cela dit, la distinction consentement-capacité présente elle-même des limites et certains aspects de l'exposé concernant l'évaluation de la capacité du patient pourraient aisément se voir transposés à des réflexions relatives au consentement éclairé. Il en va ainsi, par exemple, dans la deuxième partie de la thèse, où sont explorés certains mécanismes de la prise de décision : les biais de raisonnement guettent tant l'évaluation de la capacité de fait du patient que l'élaboration de la décision médicale en tant que telle, et affectent à la fois les patients et les praticiens[79]. En théorie, ce n'est toutefois qu'au stade de la réflexion sur la capacité de fait du patient que se joue la reconnaissance de sa capacité de droit.

TITRE I. TROUBLE MENTAL ET INCAPACITÉ : UNE LONGUE HISTOIRE…

Introduction

Vivre avec un trouble mental n'implique jamais d'office que l'on soit incapable d'exercer soi-même ses droits. À l'heure actuelle, toute personne majeure est capable d'exercer ses droits, à moins qu'un juge en ait décidé autrement, au terme d'une procédure spécifique[80]. Toutefois, des conséquences juridiques sont également attachées à *l'incapacité de simple fait*, soit lorsqu'une personne majeure non déclarée incapable par un juge s'avère, en fait, incapable d'exercer ses droits : c'est le cas, par exemple, de la personne dans le coma ou délirante.

[78] Sans prétendre à l'exhaustivité, les références mentionnées ici donnent un bon aperçu de la question du consentement à l'intervention du praticien, depuis l'adoption de la loi du 22 août 2002 jusqu'aux dernières évolutions légales et jurisprudentielles en la matière : G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 156-229 ; P. HENRY ET B. DE COCQUÉAU, « L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises », *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 25-82 ; Fl. GEORGE, « La responsabilité des médecins sous l'angle de l'obligation d'information », *Responsabilités professionnelles*, Liège, Anthemis, 2020, pp. 47-103 ; R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations – Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 », *J.T.*, 2019, pp. 713-724 ; Ch. LEMMENS, « Over de bewijslast bij de schending van een informatieverplichting: het Hof van Cassatie keert terug naar de regel dat de patiënt moet bewijzen », *T. Gez.* / *Rev. dr. santé*, 2018/2019, pp. 318-322 ; H. NYS, *Geneeskunde recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2016, pp. 120-137 ; M. VAN OVERSTRAETEN, « Une manifestation particulière du droit du patient au consentement libre et éclairé : la faculté de rédiger une déclaration anticipée », *Évolution des droits du patient…*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 83-145 ; Th. VANSWEEVELT ET S. TACK, « Het recht op gezondheidtoestandinformatie en geïnformeerde toestemming », *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, pp. 331-428 ; E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, Antwerpen, Intersentia, 2019.

[79] *Cf. infra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre 1er. La capacité de fait s'évalue-t-elle ?

[80] Art. 488/1 et s. du Code civil.

Depuis longtemps le droit se soucie de pallier l'incapacité d'une personne en désignant un représentant, chargé d'exercer les droits de l'incapable au nom et pour le compte de ce dernier. La rétrospective historique qui suit n'a pas pour objectif de donner tous les détails et conséquences des différents régimes d'incapacité pour chaque époque concernée, mais de permettre d'en saisir l'évolution et la philosophie générale.

Chapitre 1er. Aux origines de l'incapacité pour cause de *folie* : bref aperçu

La distinction entre la capacité de jouissance et la capacité d'exercice date du XIXe siècle[81]. Avant d'aborder certaines règles en vigueur en droit romain ou dans nos régions avant l'avènement du Code civil, il faut donc se familiariser avec un tout autre schéma de pensée, dans lequel les critères socio-familiaux sont prépondérants. Par conséquent, la détermination de la capacité juridique des individus s'établit d'abord en fonction du groupe auquel ils appartiennent.

A Rome, seul le citoyen de sexe masculin[82], libre, majeur, sain d'esprit et *sui iuris*, c'est-à-dire qui ne dépend plus d'un *pater familias*, peut exercer une pleine capacité juridique[83]. Cette organisation s'explique par la nécessité de sauvegarder l'unité du patrimoine familial, dans une société essentiellement agricole à l'origine[84].
Il ne faut pas en déduire que les autres membres de la société ne pouvaient jamais s'engager valablement. Le droit romain module la capacité juridique en fonction de la *condition* de la personne, eu égard à des *statuts* fondamentaux de la société romaine :

> Tout individu n'est pas sujet de droit et, parmi ceux qui accèdent à cette qualité, de grandes différences ont toujours existé. Il s'agit alors de la *condition* de la personne. Cette condition dépend de la place dans le groupe social, famille, cité ou groupe des hommes libres. Les Romains parlaient alors de *status* (…). [Concernant les personnes] Paul (D. 4, 5, 11) en énumérait trois : "Nous avons trois *status*, la liberté, la cité, la famille". Il entendait par là désigner la place de l'homme dans chacun de ces groupes. C'est alors qu'apparaissent les différences de la condition juridique reconnue à chacun. L'éventail était ouvert. Il allait de la plénitude des droits reconnus au citoyen romain, chef de famille, au refus de tout droit

[81] I. MARIA, « Jouir et/ou exercer ses droits en situation de vulnérabilité : les concepts civilistes revisités à la lumière de la Convention », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 67. *Cf. infra,* introduction au Chapitre 2.
[82] Du moins jusqu'au IIe siècle. A cette époque en effet, les femmes citoyennes majeures et *sui iuris* gèrent en général librement leurs affaires (R. ROBAYE, *Le droit romain*, 4e éd., Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2014, p. 65).
[83] J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3e éd., Paris, Lextenso éditions, 2009, p. 28.
[84] Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, p. 22.
Une lecture moderne consiste à considérer la citoyenneté, la liberté et l'indépendance familiale comme des conditions de la capacité de jouissance, tandis que la majorité, la masculinité et le fait d'être sain d'esprit seraient des conditions de la capacité d'exercice (en ce sens, R. ROBAYE, *Le droit romain*, 4e éd., Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2014, p. 53 et s.). Si cette analyse anachronique a des vertus pédagogiques, elle ne cadre toutefois pas précisément avec la conception romaine de la capacité juridique (Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, pp. 19-31).

> opposé à l'esclave. Entre les deux, de multiples situations, où la personne apparaît plus ou moins favorisée dans l'attribution de droits individuels. Parmi ceux qui ne jouissent pas de tous les droits, les femmes, les enfants sous puissance paternelle, les Latins, les pérégrins, etc. [85].

La responsabilité de la gestion des biens incombant au premier chef au *pater familias*, cette logique se répercute sur la façon de pallier la défaillance éventuelle d'individus perçus comme *insensés* : le droit romain ne se souciera de leur procurer un représentant que dans la mesure où il s'agit de citoyens assumant la gestion de biens familiaux.

Dans la société médiévale, l'individu n'existe qu'à travers le groupe auquel il appartient. Par conséquent, il était probablement rarement nécessaire de recourir à la représentation juridique officielle de tel ou tel individu, en raison d'une perturbation de ses facultés cognitives. Si certains mécanismes coutumiers ou d'inspiration romaine ont parfois été utilisés en ce sens, il ne faut pas pour autant tenter de les raccrocher à nos catégories actuelles en matière d'incapacité.

Section 1ère. Rome et la *folie*

Le texte ci-dessous s'inspire essentiellement de travaux rédigés à la fin du XIXe siècle par un avocat à la Cour d'appel de Paris[86], un professeur à la faculté de droit de l'Université de Paris[87] et un psychiatre parisien connu pour ses analyses médico-légales[88]. Les informations ainsi recueillies ont en outre été confrontées au texte du Digeste[89] et au contenu d'ouvrages actuels de droit romain[90].

[85] P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 28.
[86] A. COUSIN, *Des incapacités résultant de la folie en droit romain et en droit français, Thèse pour le doctorat, présentée et soutenue le mercredi 13 juillet 1881*, Paris, Alphonse Derenne, 1881.
[87] C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, 3e éd., Paris, A. Cotillon et Cie Editeurs, 1879.
[88] DR LEGRAND DU SAULLE, *Etude médico-légale sur l'interdiction des aliénés et sur le conseil judiciaire, suivie de recherches sur la situation des fous et des incapables à l'époque romaine*, Paris, A. Delahaye et E. Lecrosnier Editeurs, 1881.
[89] *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien* (Traduits en français par feu M. Hulot, Docteur-agrégé de la Faculté de Droit de Paris et Avocat au Parlement, pour les quarante-quatre premiers Livres, et pour les six derniers par m. Berthelot, ancien Docteur-agrégé de la même Faculté, Avocat au Parlement, Censeur royal pour la jurisprudence, et maintenant Professeur de législation à l'Ecole centrale du Gard. Sur un exemplaire des Pandectes Florentines, conféré avec l'édition originale de Contius, celle de Denis Godefroy par Elzévirs et plusieurs autres), Livre XXVII, Titre X, « Des curateurs donnés aux insensés, et à d'autres qu'à des mineurs, 1803, pp. 80 et s.
[90] J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3e éd., Paris, Lextenso éditions, 2009 ; P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2009 ; R. ROBAYE, *Le droit romain*, 4e éd., Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2014.

§1er. Aux sources de l'incapacité de droit

Dès le droit romain ancien, la *loi des XII Tables*[91] prévoit que le *furiosus*, l'insensé « dont l'état est habituel, sans doute, mais susceptible de rémissions et d'intervalles lucides »[92], puisse être pourvu d'un curateur. Ce dernier a pour mission d'assurer la gestion des biens du *furiosus* et la garde de sa personne[93] : « le curateur apportait son intelligence et ses soins à la personne en curatelle, en lui conservant ses habitudes de bien être, en cherchant les moyens de le guérir »[94].

Le droit romain ancien ne se préoccupe que du *furiosus*, auquel d'éventuels intervalles lucides permettent de s'engager valablement et de représenter par conséquent un risque pour le patrimoine familial. Par contre, le *mente captus*, « dont la folie est continue, permanente, sans aucune période de lucidité »[95], ne peut jamais s'engager valablement et n'est donc pas considéré comme un danger pour le patrimoine familial[96].

La loi des Douze Tables veut effectivement préserver le patrimoine familial avant tout, au bénéfice des héritiers légitimes du *furiosus*. C'est dès lors à ces héritiers légitimes qu'incombe la charge d'assurer la curatelle et, à défaut d'héritiers légitimes, point de curatelle[97] : le droit ancien ne se préoccupe pas de protéger le citoyen dont la dilapidation du patrimoine ne nuirait qu'à lui-même.

Par la suite, le *droit prétorien*[98] étend la protection aux citoyens dépourvus d'héritiers légitimes, afin d'éviter qu'un citoyen pâtisse de sa propre folie. Lorsqu'il existe des héritiers légitimes, la curatelle ne leur est désormais déférée qu'en connaissance de cause, c'est-à-dire après s'être convaincu de la réalité de la folie, qui était parfois alléguée par les héritiers à la seule fin de

---

[91] Recueil incomplet et hétéroclite de règles issues de la coutume, élaboré aux alentours de 450 ACN et considéré comme le premier texte de droit romain (J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3e éd., Paris, Lextenso éditions, 2009, p. 6).

[92] DR LEGRAND DU SAULLE, *Etude médico-légale sur l'interdiction des aliénés et sur le conseil judiciaire, suivie de recherches sur la situation des fous et des incapables à l'époque romaine*, Paris, A. Delahaye et E. Lecrosnier Editeurs, 1881, p. 449.

[93] P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 243.

[94] A. COUSIN, *Des incapacités résultant de la folie en droit romain et en droit français*, Paris, Alphonse Derenne, 1881, p. 68.

[95] DR LEGRAND DU SAULLE, *Etude médico-légale sur l'interdiction des aliénés et sur le conseil judiciaire, suivie de recherches sur la situation des fous et des incapables à l'époque romaine*, Paris, A. Delahaye et E. Lecrosnier Editeurs, 1881, p. 449.

[96] *Ibidem*, p. 461. Comme le fait très justement remarquer C. ACCARIAS, « si tel fut le motif des Douze Tables [pour ne prévoir de curatelle que pour le *furiosus* et non pour le *mente captus*], il faut en conclure que primitivement et nonobstant les discussions qui s'élevèrent plus tard à ce sujet, la survenance d'un intervalle lucide ne faisait pas cesser la gestion du curateur, et en effet cela paraît probable (L. 4, §3, *De tut. et rat.*, XXVII, 3) ; il faut que reconnaitre aussi que les decemvirs manquèrent de logique en admettant que le *furiosus* recouvrerait sa capacité juridique pendant la durée des intervalles lucides » (C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, 3e éd., Paris, A. Cotillon et Cie Editeurs, 1879, p. 403).

[97] DR LEGRAND DU SAULLE, *Etude médico-légale sur l'interdiction des aliénés et sur le conseil judiciaire, suivie de recherches sur la situation des fous et des incapables à l'époque romaine*, Paris, A. Delahaye et E. Lecrosnier Editeurs, 1881, p. 462

[98] Equivalent romain de notre *jurisprudence* : droit créé par les juges.

prendre la direction des affaires du soi-disant *furiosus* ou encore simulée par ce dernier pour échapper aux charges civiles[99].

Le préteur accepte également de nommer un curateur au *mente captus*, dont le manque de discernement est continu[100]. Bien que le *mente captus* ne puisse pas, par définition, s'engager valablement, on peut comprendre cette extension par la nécessité d'assurer la gestion du patrimoine, lequel pâtit tant d'actes irréfléchis que d'une totale absence d'actes, et par la volonté de veiller aux intérêts personnels du *mente captus*.

§2. Une incapacité de droit discontinue

Spécificité du droit romain, l'incapacité découle de la perturbation mentale elle-même, non de la nomination du curateur[101], dont la mission épouse par conséquent les contours de cette perturbation : lorsque le curateur agit, ses pouvoirs sont très étendus car l'état du *furiosus* est supposé annihiler toute volonté de sa part et le frapper d'une incapacité totale ; par contre, tout intervalle lucide entraîne la cessation des pouvoirs du curateur[102].

Du point de vue de la sécurité juridique, un tel système laisse clairement à désirer, puisqu'un acte passé par une personne en curatelle reste valable, à moins qu'il soit démontré qu'elle a passé cet acte en période de déséquilibre et non lors d'un intervalle lucide[103]. A cet égard, l'existence d'un curateur joue seulement un éventuel rôle de facilitateur de la preuve du manque de discernement[104]. Toutefois, l'intérêt de nommer un curateur est aussi de s'assurer que le patrimoine du *furiosus* continue d'être géré, quand bien même le *furiosus* lui-même négligerait de s'en occuper[105].

Le cas du prodigue confirme cette logique selon laquelle l'incapacité découle directement du comportement perçu comme pathologique. En effet, celui dont la seule folie consiste à dilapider

---

[99] A. COUSIN, *Des incapacités résultant de la folie en droit romain et en droit français*, Paris, Alphonse Derenne, 1881, pp. 66-67.

[100] DR LEGRAND DU SAULLE, *Etude médico-légale sur l'interdiction des aliénés et sur le conseil judiciaire, suivie de recherches sur la situation des fous et des incapables à l'époque romaine*, Paris, A. Delahaye et E. Lecrosnier Editeurs, 1881, p. 462.

[101] *Ibidem*, p. 476.

[102] Plus précisément, selon la majorité des jurisconsultes, la curatelle s'éteignait en cas d'intervalle lucide, mais Justinien décida que l'intervalle lucide devait seulement suspendre les fonctions du curateur (A. COUSIN, *Des incapacités résultant de la folie en droit romain et en droit français*, Paris, Alphonse Derenne, 1881, pp. 71-72 ; DR LEGRAND DU SAULLE, *Etude médico-légale sur l'interdiction des aliénés et sur le conseil judiciaire, suivie de recherches sur la situation des fous et des incapables à l'époque romaine*, Paris, A. Delahaye et E. Lecrosnier Editeurs, 1881, p. 473 ; P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 242).

[103] A. COUSIN, *Des incapacités résultant de la folie en droit romain et en droit français*, Paris, Alphonse Derenne, 1881, p. 11 ; R. ROBAYE, *Le droit romain*, 4e éd., Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2014, p. 66.

[104] C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, 3e éd., Paris, A. Cotillon et Cie Editeurs, 1879, p. 411 ; A. COUSIN, *Des incapacités résultant de la folie en droit romain et en droit français*, Paris, Alphonse Derenne, 1881, p. 11 ; DR LEGRAND DU SAULLE, *Etude médico-légale sur l'interdiction des aliénés et sur le conseil judiciaire, suivie de recherches sur la situation des fous et des incapables à l'époque romaine*, Paris, A. Delahaye et E. Lecrosnier Editeurs, 1881, p. 476.

[105] A. COUSIN, *Des incapacités résultant de la folie en droit romain et en droit français*, Paris, Alphonse Derenne, 1881, p. 61 ; P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 219.

son patrimoine est sain d'esprit, bien que dispendieux, et conserve donc la capacité de conclure des actes juridiques valables. Sa mise en curatelle doit alors s'accompagner de son *interdiction* : cette mesure, prise par décret, rend le prodigue incapable jusqu'à décision contraire du préteur[106]. S'il s'agit dans ce cas d'une incapacité continue, contrairement à celle du *furiosus*, elle n'est cependant pas totale, car le prodigue passe valablement les actes qui lui sont favorables et reste toujours « maître de sa personne », le curateur ne le suppléant que pour assurer une bonne gestion *patrimoniale*[107].

§3. Modernité du droit romain

Par ses règles relatives à la capacité et à la représentation des insensés, le droit romain manifeste déjà la volonté d'aller au-delà de la simple protection patrimoniale des *agnats*[108] et de protéger plus largement les citoyens susceptibles de nuire aux intérêts de leurs héritiers, mais aussi aux leurs, en raison de leur *folie*.

Une telle évolution s'inscrit dans un mouvement global :

> [La tutelle et curatelle] ont commencé l'une et l'autre par être organisées sur le type unilatéral de toutes les puissances romaines, sous la forme de droits purs et simples reconnus, sans contrepoids, aux tuteurs et aux curateurs dans leur propre intérêt ; et elles sont devenues toutes deux des charges qui leurs sont imposées dans l'intérêt des incapables, si bien même que celle des tutelles qui ne pouvait s'accommoder à ce nouveau point de vue, la tutelle des femmes, a fini par disparaître[109].

Le droit romain apparaît comme moderne également dans l'étendue des personnes auxquelles il accorde sa protection. Là où les législations modernes se sont longuement entêtées à lier la protection légale à un diagnostic pseudo-médical[110], le droit romain s'attache davantage aux conséquences de l'affection de la personne qu'à la définition de cette affection : doit être considéré comme incapable et protégé comme tel tout citoyen *sui iuris* dont le discernement paraît insuffisant pour valider les actes juridiques qu'il devrait poser afin de gérer ses affaires. Ce n'est que comme cela que l'on peut expliquer que le droit romain connaisse la curatelle des

---

[106] C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, 3e éd., Paris, A. Cotillon et Cie Editeurs, 1879, p. 404 ; A. COUSIN, *Des incapacités résultant de la folie en droit romain et en droit français*, Paris, Alphonse Derenne, 1881, pp. 9-10 ; J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3e éd., Paris, Lextenso éditions, 2009, p. 85 ; DR LEGRAND DU SAULLE, *Etude médico-légale sur l'interdiction des aliénés et sur le conseil judiciaire, suivie de recherches sur la situation des fous et des incapables à l'époque romaine*, Paris, A. Delahaye et E. Lecrosnier Editeurs, 1881, p. 493 ; R. ROBAYE, *Le droit romain*, 4e éd., Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2014, p. 66.

[107] DR LEGRAND DU SAULLE, *Etude médico-légale sur l'interdiction des aliénés et sur le conseil judiciaire, suivie de recherches sur la situation des fous et des incapables à l'époque romaine*, Paris, A. Delahaye et E. Lecrosnier Editeurs, 1881, pp. 493-494.

[108] « Héritiers présomptifs » (C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, 3e éd., Paris, A. Cotillon et Cie Editeurs, 1879, p. 403).

[109] P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 219. Notons que notre droit médiéval avait conservé ou réinstauré la tutelle des femmes (E. DEFACQZ, *Ancien droit Belgique ou Précis analytique des lois et coutumes observées en Belgique avant le code civil*, Tome premier, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1873, p. 558).

[110] *Cf. infra*, Chapitre 2, Section 1ère. Le Code de 1804 et l'incapacité liée aux désordres de l'esprit.

individus perçus comme insensés, mais aussi celle des personnes sourdes ou muettes et plus généralement de « tous ceux qu'une infirmité perpétuelle rendait », à l'époque, « incapables de veiller à leurs intérêts et d'administrer leurs biens »[111].

Notons enfin qu'une personne pouvait se voir attribuer plusieurs curateurs, dont certains limitaient alors leur mission à une surveillance de la curatelle[112]. Cette mission n'est pas sans rappeler celle des actuelles « personnes de confiance », dans le cadre de l'administration des biens ou de la personne[113].

Section 2. Quelques règles en vigueur au Moyen Age ou sous l'Ancien Régime

Les informations ci-dessous proviennent des travaux d'un professeur de droit et avocat à la Cour de cassation de Belgique[114], durant la seconde moitié du XIX^{e} siècle, mais aussi des recherches de professeurs contemporains, juriste[115] ou historiens[116].

§1er. Ambiguïté de la perception de la folie

Dans dans son célèbre traité, Henri De Page dépeint un sombre portrait :

> Au moyen âge, et dans l'ancien droit Belgique, le sort des aliénés était loin d'être enviable. Les fous furieux étaient enfermés dans des cachots ou des couvents, souvent enchaînés et soumis aux traitements les plus cruels. On les traitait comme des démoniaques ou comme des criminels. Les aliénés paisibles étaient en général laissés en liberté, mais leur situation n'était guère meilleure, car on les abandonnait aux injures et à la risée publique[117].

Toutefois, le Moyen Age et « l'ancien droit Belgique » couvrent une période s'étendant du V^{e} au XVIII^{e} siècle, sur des territoires aussi vastes que les particularités locales étaient nombreuses. Cet état de fait empêche de s'en tenir aux clichés de cruauté – fous croupissant, abandonnés, torturés – comme de bienveillance – insensés heureux, libres et insouciants, évoluant en harmonie avec la nature, dans une société qui les accepte tels qu'ils sont[118].

---

[111] DR LEGRAND DU SAULLE, *Etude médico-légale sur l'interdiction des aliénés et sur le conseil judiciaire, suivie de recherches sur la situation des fous et des incapables à l'époque romaine*, Paris, A. Delahaye et E. Lecrosnier Editeurs, 1881, p. 449.
[112] *Ibidem*, p. 471.
[113] Code civil, art. 488/1 et s. *Cf. infra,* Chapitre 3, Section 2. La réforme des régimes d'incapacité et son impact en matière de soins.
[114] E. DEFACQZ, *Ancien droit Belgique ou Précis analytique des lois et coutumes observées en Belgique avant le code civil*, Tome premier, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1873.
[115] G. LEPOINTE, « La protection des incapables au Moyen Age à l'exclusion de ce qui concerne la femme », *Contributions françaises aux IIIe et IVe Congrès internationaux de Droit comparé*, Paris, Sirey, 1959.
[116] B. CHAPUT, « La condition juridique et sociale de l'aliéné mental », *Aspects de la marginalité au Moyen Age*, Montréal, Les Editions de l'Aurore, 1975, pp. 39-56 ; M. LAHARIE, *La folie au Moyen Age, XI^{e} – XIII^{e} siècles*, Paris, Le Léopard d'Or, 1991.
[117] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^{e} éd., II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 282.
[118] M. LAHARIE, *La folie au Moyen Age, XI^{e} – XIII^{e} siècles*, Paris, Le Léopard d'Or, 1991, p. 171.

Forcément, la diversité de temps, de lieux et de mœurs entraîne des réactions variées face à la manifestation de troubles mentaux[119] : l'*insensé* est considéré comme un envoyé du Ciel, comme un possédé du Diable ou comme un malade ; les traitements sont tantôt spirituels, tantôt physiques, doux ou brutaux. Ni l'intégration de la personne concernée à la vie sociale, ni son exclusion, ne vont de soi : l'individu perçu comme *insensé* est parfois rejeté, parfois accepté, libre ou gardé, par sa famille, en prison ou dans un hôpital, avec d'autres marginaux. Le maintien en famille ou l'hospitalisation ne vont pas forcément de pair avec des tentatives de guérison et, inversement, les proches ou la communauté peuvent chercher à soigner la personne restée libre.

§2. Influences romaines

Sur le plan du droit, la Belgique était un pays de *droit coutumier*, par opposition aux pays de *droit écrit*, dont le droit romain constituait la source principale[120]. Toutefois, malgré la faible influence du droit romain dans nos contrées, les mécanismes de tutelle ou curatelle[121] appliquent les principes romains[122].

Cela s'explique par leur (ré-)apparition plus tardive, en raison de la primauté accordée au groupe familial sur l'individu. Comme en droit romain en effet, la prépondérance de la famille réduit fortement les pouvoirs individuels : celui qui, même majeur, réside toujours avec ses parents, reste « sous la puissance de la communauté de fait constituée par le groupement familial, sous la dépendance par conséquent du *chef d'hostel*, pratiquement le père de famille » et n'a donc pas d'intérêts patrimoniaux personnels[123]. Plus généralement, la vie communautaire rend rares les situations où une personne, ayant des intérêts patrimoniaux personnels, serait incapable de les gérer. Lorsque le besoin s'est néanmoins fait ressentir d'empêcher un membre de la famille d'engager le patrimoine commun, les mécanismes romains ont été repris, moyennant de légères modifications.

Les règles relatives à l'incapacité juridique de la personne considérée comme insensée visent avant tout la protection du patrimoine familial. Des mesures spécifiques existent, telles que la

---

[119] B. CHAPUT, « La condition juridique et sociale de l'aliéné mental », *Aspects de la marginalité au Moyen Age*, Montréal, Les Editions de l'Aurore, 1975, pp. 39-56 ; M. LAHARIE, *La folie au Moyen Age, XI^e – XIII^e siècles*, Paris, Le Léopard d'Or, 1991 ; J. TOUSSAINT (dir.), *Images de la folie du Moyen-Age au siècle des lumières*, Namur, Société archéologique de Namur, 2012.

[120] E. DEFACQZ, *Ancien droit Belgique ou Précis analytique des lois et coutumes observées en Belgique avant le code civil*, Tome premier, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1873, p. 129.

[121] Les deux termes sont apparemment interchangeables au Moyen Age (M. LAHARIE, *La folie au Moyen Age, XI^e – XIII^e siècles*, Paris, Le Léopard d'Or, 1991, p. 246).

[122] E. DEFACQZ, *Ancien droit Belgique ou Précis analytique des lois et coutumes observées en Belgique avant le code civil*, Tome premier, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1873, p. 563 ; G. LEPOINTE, « La protection des incapables au Moyen Age à l'exclusion de ce qui concerne la femme », *Contributions françaises aux IIIe et IVe Congrès internationaux de Droit comparé*, Paris, Sirey, 1959, p. 58.

[123] G. LEPOINTE, « La protection des incapables au Moyen Age à l'exclusion de ce qui concerne la femme », *Contributions françaises aux IIIe et IVe Congrès internationaux de Droit comparé*, Paris, Sirey, 1959, p. 74.

déchéance du droit d'aînesse du *fils insensé*, mais on retrouve également trace de l'interdiction comme mesure générale de protection des biens et de la personne[124].

Concrètement, la personne dont l'état mental ne lui permet pas d'administrer correctement son patrimoine, pourvu qu'elle en ait un, peut se voir imposer un tuteur ou curateur, à la demande de ses proches et souvent, plus précisément, des héritiers présomptifs[125]. Le curateur a pour mission d'administrer les biens et de veiller sur la personne de l'insensé, ce qui signifie le protéger mais aussi protéger autrui de lui, en empêchant que soient commis des actes attentant à l'intégrité de tiers[126].

§3. (Dis)continuité de l'incapacité ?

Les sources examinées m'ont d'abord amenée à penser que la désignation d'un curateur allait de pair avec une décision d'interdiction[127]. Compte tenu des explications connexes, il semblerait qu'il s'agisse plutôt d'un mécanisme de curatelle amélioré, dans la ligne du droit romain : la curatelle, décidée par le juge après analyse de la situation, n'est pas supprimée mais simplement suspendue durant les intervalles lucides, tandis que sa cessation, en cas de retour durable à la raison, ne peut résulter que d'une mainlevée judiciaire[128]. Une véritable interdiction, comme celle du prodigue en droit romain, n'a en principe qu'un caractère patrimonial et ne tolère pas de suspension durant un « intervalle lucide », rendant l'incapacité continue, indépendamment de la situation concrète de la personne.

Si la désignation d'un curateur entraînait l'interdiction, la question la validité d'un acte passé par une personne pourvue d'un curateur ne se poserait donc pas : l'acte serait nul, à moins qu'il bénéficie à l'interdit. Or, l'étude d'E. Defacqz confirme que s'est posée « la question de savoir si un acte devait être présumé fait dans les moments d'aliénation ou sous l'empire de la raison », ce à quoi l'auteur répond que ses propres sources « s'accordaient assez à reconnaitre qu'il fallait surtout en chercher la solution dans l'acte lui-même et dans les circonstances propres à le faire

---

[124] M. LAHARIE, *La folie au Moyen Age, XI^e – XIII^e siècles*, Paris, Le Léopard d'Or, 1991, p. 246. Comme le dit l'auteur, la mesure est fonction du « niveau social du fou ».

[125] B. CHAPUT, « La condition juridique et sociale de l'aliéné mental », *Aspects de la marginalité au Moyen Age*, Montréal, Les Editions de l'Aurore, 1975, p. 42.

[126] M. LAHARIE, *La folie au Moyen Age, XI^e – XIII^e siècles*, Paris, Le Léopard d'Or, 1991, p. 246

[127] B. CHAPUT, « La condition juridique et sociale de l'aliéné mental », *Aspects de la marginalité au Moyen Age*, Montréal, Les Editions de l'Aurore, 1975, p. 42 : « Toute personne qui par suite de maladie mentale se trouve dans l'incapacité d'administrer son patrimoine, peut être déclarée incapable par la justice et ce, à la demande des parents ou, dans la plupart des cas, à celle des héritiers présomptifs. La cour nomme alors un tuteur ou un curateur chargé de la personne du fou et de l'administration de ses biens (…) » ; E. DEFACQZ, *Ancien droit Belgique ou Précis analytique des lois et coutumes observées en Belgique avant le code civil*, Tome premier, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1873, p. 564 [à propos de la curatelle] « C'était, dans toutes les circonstances, un devoir rigoureux pour le juge de ne prononcer l'interdiction qu'avec prudence (…) » ; M. LAHARIE, *La folie au Moyen Age, XI^e – XIII^e siècles*, Paris, Le Léopard d'Or, 1991, p. 246 : « L'interdiction du fou ou du prodigue est prononcée par le juge sur requête de l'entourage. La même sentence désigne un curateur ou un tuteur (les deux termes sont équivalents à l'époque) (…) ». Je souligne.

[128] E. DEFACQZ, *Ancien droit Belgique ou Précis analytique des lois et coutumes observées en Belgique avant le code civil*, Tome premier, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1873, p. 564-565.

apprécier »[129]. En fonction de l'acte lui-même et du contexte dans lequel il est passé, la charge de la preuve pèse plus lourdement sur l'une ou l'autre partie. Cette analyse confirme que l'incapacité résultant de la curatelle médiévale et de l'Ancien Régime se caractérise, elle aussi, par la discontinuité.

Conclusions du chapitre 1er. Des mécanismes juridiques de leur temps, mais point insensés

Alors qu'en droit romain ancien, une partie de la loi des XII Tables est consacrée à « la curatelle des fous », le droit médiéval ou de l'Ancien Régime semblent n'avoir dégagé aucun corps de règles propre aux insensés : ces derniers étaient des incapables parmi d'autres[130]. Toutefois, le droit romain a finalement étendu la curatelle à tous ceux qui se trouvaient dans l'incapacité d'administrer leurs biens et de veiller à leurs intérêts personnels. Ces systèmes juridiques ont donc eu en commun de s'attacher plus aux conséquences du trouble qu'à ses causes : ils ne s'inquiètent en effet que de pallier l'incapacité, quelle qu'en soit l'origine. Si le législateur, à l'époque contemporaine, avait suivi cette logique, il aurait évité le désordre conceptuel dont il sera question ci-dessous.

Généralement, les anciens mécanismes d'incapacité juridique ne permettent pratiquement pas de moduler cette incapacité : une personne est totalement capable ou totalement incapable, fut-ce d'un moment à l'autre, compte tenu de la discontinuité qui caractérise les principaux régimes d'incapacité. En outre, il semble que la parole de l'insensé soit totalement disqualifiée, par effet des mesures d'incapacité mais même avant qu'une telle mesure soit décidée : en effet, la personne dont la curatelle était sollicitée était normalement entendue par le juge, à moins qu'il ne s'agisse d'un « insensé », « la formalité étant considérée comme inutile à son égard »[131]. La volonté de moduler l'incapacité en fonction de la situation concrète de la personne et la considération de la parole de cette personne seraient donc le fruit de législations récentes[132].

Enfin, le rôle du groupe familial s'avère prépondérant. C'est la famille qui veille sur la personne considérée comme insensée et demande éventuellement une mesure d'incapacité, dont elle assumera sans doute la charge dans la plupart des cas et, souvent, pour la sauvegarde de ses propres intérêts.

---

[129] *Ibidem*, p. 565.
[130] M. FRITZ, « Expériences médiévales de la folie : le fou aux multiples visages », *Images de la folie du Moyen-Age au siècle des lumières*, Namur, Société archéologique de Namur, 2012, p. 19.
[131] E. DEFACQZ, *Ancien droit Belgique ou Précis analytique des lois et coutumes observées en Belgique avant le code civil*, Tome premier, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1873, p. 564.
[132] *Cf. infra,* Section 4 (L'administration provisoire ou la voie vers la réforme) et Chapitre 3 (Droits du patient et statut de protection conforme à la dignité humaine : la capacité dans les soins de santé aujourd'hui).

Chapitre 2. Les régimes d'incapacité sous l'empire du Code civil, aux XIX^e^ et XX^e^ siècles

La théorie politique libérale issue de la philosophie des Lumières insiste sur l'importance de la rationalité pour déterminer les facultés d'un individu à prendre part au contrat social, en tant que sujet de droit[133]. Ce schéma de pensée présente toutefois le risque d'exclure de la personnalité juridique tous les individus considérés comme irrationnels, principalement les *enfants* et les *fous*. Pour adoucir cette théorie du « droit volonté », des auteurs allemands du XIX^e^ siècle ont opéré la distinction entre la capacité de jouissance et la capacité d'exercice, telle que nous la connaissons aujourd'hui[134].

Cette distinction correspond à la fois aux exigences humanistes et à la pensée économique de l'époque. Elle pose en effet les jalons d'une théorie de la personnalité juridique englobant l'ensemble des êtres humains. En ce sens, la philosophie des Lumières a fait le premier pas vers la reconnaissance des personnes handicapées comme sujets politiques[135]. Par ailleurs, la différenciation entre la capacité de jouissance et la capacité d'exercice permet de n'accorder la pleine capacité juridique qu'à ceux présumés aptes à poursuivre leurs intérêts au sein d'un marché compétitif, pour le plus grand bénéfice de la société dans son ensemble[136].

Désormais la capacité juridique se dissocie du groupe social pour s'attacher à l'individu, en fonction des facultés mentales de ce dernier : les personnes aux facultés cognitives perçues comme lacunaires se voient imposer des statuts limitant *l'exercice* de leur capacité juridique[137].

Les sections ci-dessous synthétisent les régimes d'incapacité liés aux lacunes de discernement des personnes majeures, depuis le Code civil de 1804 jusqu'à la réforme entrée en vigueur le 1^er^ septembre 2014[138].

---

[133] A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 65-66.
[134] I. MARIA, « Jouir et/ou exercer ses droits en situation de vulnérabilité : les concepts civilistes revisités à la lumière de la Convention », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 67.
[135] J. KRISTEVA, « Citoyenneté et handicap », *Ethiques et Handicaps*, Namur, Presses Universitaires de Namur, 2018, p. 96.
[136] A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 65-66.
[137] *Ibidem*, pp. 67-68.
[138] En vertu de la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine. À quelques exceptions près, les dispositions légales mentionnées en références ont aujourd'hui été modifiées ou abrogées par cette réforme, voire antérieurement à celle-ci : lorsqu'il est fait référence à un article datant de 1804 et aujourd'hui abrogé, la note de bas de page mentionne qu'il s'agit d'une disposition « du Code civil de 1804 » ; s'il s'agit d'un article inséré plus tardivement, il est présenté comme un article « ancien » du même code.

Section 1ère. Le Code de 1804 et l'incapacité liée aux désordres de l'esprit

§1er. L'interdiction et ses causes pseudo-médicales

1. Un statut pour les *imbéciles* et les *fous*

Le Code civil de 1804 ne retient qu'un seul statut d'incapacité officiellement lié à des troubles mentaux : « Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécilité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides »[139]. Dans son « Cours de Code civil », le professeur Charles Demolombe précise que ces causes peuvent en réalité tenir en une seule, à savoir « l'absence de la raison et du libre arbitre résultant de l'état des facultés mentales »[140].

Le même auteur explique le sens des états désignés par les rédacteurs du Code civil comme causes précises de l'interdiction :

> L'imbécilité, c'est la faiblesse d'un esprit, qui n'a pas la force de concevoir (*imbecilis*) ; c'est l'absence d'idées, l'idiotisme ; elle est le plus souvent originelle, quoiqu'elle puisse aussi résulter de quelque violente commotion et surtout du grand âge et de la longue vieillesse ; l'imbécilité n'est pas seulement habituelle ; elle est permanente et n'admet pas d'intervalles.
> La démence, c'est le désordre des idées ; ce n'est plus la faiblesse, c'est le dérangement des organes, dont les fonctions sont altérées. Le dément ne manque pas d'idées ; tout au contraire ! Il en a presque toujours même beaucoup trop, mais des idées déréglées, discordantes ; cet état est continu ou intermittent, suivant sa plus ou moins grande gravité.
> La fureur enfin, c'est la démence avec un caractère de plus ; la démence exaltée, exaspérée, qui se porte à des excès dangereux pour celui qu'elle travaille, ou pour les autres. Elle n'est pas continue, elle ne pourrait pas l'être, sans épuiser bientôt toutes les forces de l'organisation ; et même ses accès sont presque toujours suivis d'une sorte de prostration et d'anéantissement[141].

Cette énumération n'a jamais, ou jamais entièrement, joui d'une réputation d'exactitude sur le plan médical[142], sans que cela apparaisse forcément comme une tare : en effet, des termes flous permettent aux juges de s'adapter plus aisément aux circonstances de fait[143]. Le même résultat aurait toutefois pu être atteint sans faire appel à de pseudo-diagnostics, par référence à un état

---

[139] Art. 489 du Code civil de 1804, *Code civil des Français*, Paris, Imprimerie de la République, 1804, p. 120, www.gallica.bnf.fr ; ci-après, « Code civil de 1804 ».
[140] Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. IV, Bruxelles, J. Stienon, 1852, p. 339.
[141] *Ibidem*.
[142] *Ibidem* ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3e éd., II Les incapables – Les obligations (Première partie), Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 280-281 ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, t. I, l. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 84 ; M. SACASE, *De la folie considérée dans ses rapports avec la capacité civile*, Paris, Videcoq Fils Aîné, 1951, p. 19.
[143] CH. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. IV, Bruxelles, J. Stienon, 1852, p. 339.

– peu importe lequel précisément – empêchant celui dont l'interdiction est demandée de gérer ses biens et de veiller à ses intérêts personnels[144].

Ces termes inexacts au plan médical et inutiles au plan juridique se sont toutefois maintenus un temps record : à l'exception de la référence à la « fureur », jugée obsolète et supprimée à l'occasion de l'adoption du Code judiciaire, en 1967[145], le texte est resté tel quel jusqu'à la suppression du régime d'interdiction par la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, entrée en vigueur le 1er septembre 2014.

2. Un statut d'incapacité totale

L'interdiction est une mesure d'incapacité totale, qui prive l'interdit de la gestion de ses biens et de la gouvernance de sa personne. Le tuteur, désigné au terme d'une procédure judiciaire complexe, représente l'interdit, au nom duquel il passe les actes patrimoniaux et personnels qui s'imposent. L'interdit ne peut plus accomplir valablement aucun acte juridique : il est frappé d'une présomption irréfragable de folie continue[146]. ´

Pour le temps de la procédure judiciaire, un « administrateur provisoire » peut être nommé[147], avec pour tâche de procéder aux actes personnels ou patrimoniaux *urgents et nécessaires*, au nom et pour le compte de ceux dont l'interdiction est demandée[148]. La capacité juridique restant formellement intouchée tant que l'interdiction n'est pas prononcée, la doctrine a en effet jugé bon de préciser que l'administrateur provisoire ne pouvait dès lors accomplir qu'un type d'actes bien spécifiques : ceux qui, en raison de leur urgente nécessité, ne pouvaient souffrir aucun délai.

Dans une perspective historique, il faut relever que le Code civil de 1804 visait en fait à subordonner l'internement, alors mesure administrative[149], à l'interdiction, mesure judiciaire[150].

---

[144] En ce sens, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3e éd., II Les incapables – Les obligations (Première partie), Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 281.

[145] Loi du 10 octobre 1967 contenant le Code judiciaire, art. 3 (modifications législatives) / art. 94, *Pasin*., Suppl. 1967, Code judiciaire, p. 254 ; projet de loi contenant le Code judiciaire, Rapport de M. Charles Van Reepinghen, *Pasin*., Sénat, 1963-1964, p. 484. Il est amusant de lire, dans les travaux préparatoires cités, que, contrairement à la « fureur », « les termes de *démence* et d'*imbécilité* correspondent à des diagnostics précis et peuvent par conséquent être maintenus ». « Il se peut que leur emploi implique en jurisprudence quelque entorse à la terminologie psychiatrique (…) Si les causes de l'interdiction sont *de lege ferenda*, susceptibles d'être précisées, nous n'avons pas cru pouvoir régler ce problème dans le cadre de la réforme de la procédure civile ».

[146] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3e éd., II Les incapables – Les obligations (Première partie), Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 289.

[147] Art. 497 du Code civil de 1804.

[148] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3e éd., II Les incapables – Les obligations (Première partie), Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 319.

[149] Prise en application de l'art. 95 de la Loi communale de l'époque (Projet de loi sur le régime des aliénés, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 1848-1849, n° 215, p. 3).

[150] Projet de loi sur le régime des aliénés, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 1848-1849, n° 215, p. 14 ; E. VIEUJEAN, « De la majorité, de l'administration provisoire, de l'interdiction et du conseil judiciaire », *J.T.*, 2004, p. 275.

L'insuccès chronique de l'interdiction, procédure lourde et probablement perçue comme humiliante et disproportionnée, amena toutefois le législateur à élaborer une loi spécifique à l'internement, allégeant les conditions de celui-ci[151]. Cette loi, du 18 juin 1850, sera abordée *infra*[152].

§2. Le conseil judiciaire

1. Une mesure pour les *fous de dépenses*

Une autre mesure d'incapacité, partielle cette fois, existe dans le Code civil de 1804. Il s'agit de la mise sous conseil judiciaire, en principe réservée à une catégorie bien particulière : « Il peut être défendu aux prodigues de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner, ni de grever leurs biens d'hypothèque, sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal »[153]. Le prodigue, « c'est le dissipateur sans frein, celui qui gaspille follement son patrimoine »[154].

Plus précisément, H. De Page identifie deux critères cumulatifs[155] de la prodigalité : des dépenses *supérieures aux revenus*, qui entrainent donc une dilapidation du patrimoine, et qui présentent un *caractère injustifié*, c'est-à-dire qu'elles ne résultent pas d'un aléa de gestion, par exemple boursière[156]. Ces critères semblent *mutatis mutandis* refléter les dépenses citées en exemple par Ch. Demolombe dans son *Cours de Code civil*, au XIX^e^ siècle : « Des dépenses désordonnées, au jeu, en festins, en habits, en chevaux, en ameublements, en présents frivoles ou honteux ; des constructions voluptuaires et extravagantes (…) »[157].

Le prodigue est réputé sain d'esprit, quoi que l'on ait pu voir, au XIX^e^ siècle, une forme de « faiblesse d'esprit » dans la dilapidation injustifiée du patrimoine familial[158]. La mise sous conseil judiciaire a d'ailleurs pu être utilisée dans des cas d'« imbécilité » jugée insuffisante pour déboucher sur une interdiction : l'article 499 du Code civil de 1804 prévoit en effet que le

---

[151] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e^ éd., II Les incapables – Les obligations (Première partie), Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 286-289 ; M. VAN DE KERCHOVE, « L'organisation d'asiles spéciaux pour aliénés criminels et aliénés dangereux. Aux sources de la loi de défense sociale », p. 119 ; E. VIEUJEAN, « De la majorité, de l'administration provisoire, de l'interdiction et du conseil judiciaire », *J.T.*, 2004, p. 275.
[152] *Cf. infra*, Section 2, §1^er^. La loi du 18 juin 1850 sur le régime des aliénés.
[153] Art. 513 du Code civil de 1804.
[154] Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. IV, Bruxelles, J. Stienon, 1852, p. 400.
[155] *Contra* : Y.-H. LELEU, « Minorité prolongée, interdiction et conseil judiciaire : les dernières années », *Les incapacités*, Liège, CUP, 2003, p. 308 ; l'auteur sépare ces critères par « ou », non « et », ce qui laisse supposer qu'il les considère comme alternatifs et la jurisprudence citée à l'appui de cette définition (Mons, 20 janvier 1998, *J.T.,* 1998, p. 456) ne permet pas de tirer de conclusions sur ce point : la Cour constate en effet d'emblée que la personne dont l'interdiction est demandée n'a rien d'un prodigue et ne se préoccupe donc pas de définir la prodigalité en des termes précis.
[156] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e^ éd., II Les incapables – Les obligations (Première partie), Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 363 : ces critères sont présentés comme cumulatifs, ce qui me semble logique.
[157] Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. IV, Bruxelles, J. Stienon, 1852, p. 400.
[158] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e^ éd., II Les incapables – Les obligations (Première partie), Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 280.

juge qui rejette une demande d'interdiction peut, « si les circonstances l'exigent », désigner un conseil judiciaire par le même jugement[159] :

> Notre droit, tout en déclarant civilement incapable l'homme privé du plein exercice de sa raison, a encore, dans sa secourable prévoyance, fourni un soutien à celui qui, bien que doué du libre arbitre, possède une conception tellement bornée et imparfaite, qu'il n'a su acquérir même cette médiocre entente des affaires qui sont le fonds commun de l'existence sociale. Ce dernier cas est celui de la dation d'un conseil judiciaire, le premier celui de l'interdiction[160].

En dépit des termes de l'article 499 du Code civil de 1804, il a été considéré que la mise sous conseil judiciaire pouvait être d'emblée sollicitée en cas de faiblesse d'esprit, sans détour obligatoire par une demande d'interdiction[161].

2. Une assistance anti-ruine familiale

Le conseil judiciaire vise dès lors très précisément à éviter la dilapidation du patrimoine familial, ce qui entraîne une incapacité partielle, tant par son objet que par sa forme : le conseil judiciaire n'est compétent que pour des actes patrimoniaux et cette compétence ne s'exerce pas par la représentation mais par *l'assistance*. La personne qui se voit désigner un conseil judiciaire exerce donc elle-même ses droits mais doit s'assurer, pour une série d'actes patrimoniaux, du concours de son conseil, sans l'aval duquel ces actes ne sont pas valides.

Section 2. Internement-incapacité : « je t'aime, moi non plus »

§1er. La loi du 18 juin 1850 sur le régime des aliénés

La loi de 1850 règle ce que l'on appelle, à l'époque, « l'internement » ou la « collocation » des « aliénés » : elle poursuit le triple objectif « 1° De protéger les citoyens contre les accidents que peuvent occasionner les aliénés laissés en liberté ; 2° De garantir la liberté individuelle en prévenant les séquestrations fondées sur une aliénation mentale supposée ; 3° De pourvoir au traitement et aux soins que réclame la guérison des aliénés »[162].

À partir de 1850, l'internement se dissocie donc officiellement de l'incapacité, du moins en amont, au sens où il n'est plus subordonné à une mesure d'incapacité.

---

[159] Art. 499 du Code civil de 1804.
[160] M. SACASE, *De la folie considérée dans ses rapports avec la capacité civile*, Paris, Videcoq Fils Aîné, 1951, p. 60.
[161] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3e éd., II Les incapables – Les obligations (Première partie), Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 357. La tradition s'est poursuivie sous l'empire de l'art. 1247, ancien, du Code judiciaire qui a, lors de sa création, repris les termes de l'art. 499 du Code civil de 1804 (Y.-H. LELEU, « Minorité prolongée, interdiction et conseil judiciaire : les dernières années », *Les incapacités*, Liège, CUP, 2003, p. 307).
[162] Projet de loi sur le régime des aliénés, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 1848-1849, n° 215, p. 4.

En aval, toutefois, l'internement est susceptible d'avoir un impact sur la reconnaissance de la capacité de la personne concernée, de deux manières. D'une part, la personne internée est présumée incapable pour les actes qu'elle passerait durant l'internement[163] : concrètement, *si* l'acte est attaqué a posteriori, c'est à l'autre partie de prouver que l'acte a été passé durant un intervalle lucide. D'autre part, le juge peut donner à la personne internée un « administrateur provisoire »[164].

Ce dernier ne doit pas être confondu avec l'administrateur donné à la personne dont l'interdiction est demandée, pour le temps de la procédure. Les deux fonctions présentent toutefois des points communs intéressants. Essentiellement, ces administrateurs ne *représentent* pas formellement la personne, de sorte que, en l'absence d'incapacité de droit, ils ne sont supposés agir qu'en cas de défaillance de la personne elle-même[165]. Il en découle logiquement des pouvoirs limités, même s'ils le sont de manière différente pour les deux régimes. Ainsi, entre autres divergences, l'administrateur provisoire de la personne dont l'interdiction est demandée ne peut accomplir que des actes urgents et nécessaires, mais qui peuvent se rapporter tant à des intérêts patrimoniaux que personnels, tandis que l'administrateur provisoire de la personne internée ne peut accomplir que les actes patrimoniaux énumérés par la loi[166].

§2. La loi de défense sociale du 9 avril 1930

Quatre-vingts ans plus tard, la loi du 9 avril 1930 « de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude » entreprend d'organiser spécifiquement l'internement des « anormaux » ayant commis un crime ou un délit.

Si rien n'est prévu, au départ, concernant l'exercice des droits de l'interné en défense sociale, la loi du 1er juillet 1964 « de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude »[167], instaure la possibilité de désigner un « administrateur provisoire », aux

[163] Art. 34 de la loi du 18 juin 1850 sur le régime des aliénés, *Pasin*., 1850, p. 191 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3e éd., II Les incapables – Les obligations (Première partie), Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 342 et s.
[164] Art. 34 de la loi du 18 juin 1850 sur le régime des aliénés, *Pasin*., 1850, p. 190.
[165] Ceci est resté vrai, en dépit des termes de l'art. 1246, ancien, du Code judiciaire, venu remplacer l'art. 497 du Code civil de 1804 et qui précisait désormais que l'administrateur provisoire avait « les pouvoirs du tuteur ». Cette disposition prêtait à confusion et ne signifiait pas, en réalité, que l'administrateur avait tous les pouvoirs du tuteur ; comme auparavant, la personne non encore interdite restait capable et l'administrateur ne pouvait intervenir que pour pallier une carence de gestion préjudiciable (P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, t. I, l. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 106).
[166] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3e éd., II Les incapables – Les obligations (Première partie), Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 347-348.
[167] Loi du 1er juillet 1964 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude, *Pasin*., 1964, p. 921 ; cette loi a remplacé la loi du 9 avril 1930 sans l'avoir abrogée à proprement parler, ce qui expliquerait que ces deux lois au contenu identique aient connu une évolution parallèle entre 1964 et 2016. En effet, la loi du 5 mai 2014 relative à l'inernement, qui abroge la loi du 9 avril 1930, est entrée en vigueur le 1er octobre 2016.

fonctions similaires à celles de celui qui peut être désigné en cas de « collocation » d'un « aliéné » non délinquant, en vertu de la loi du 18 juin 1850 sur le régime des aliénés[168].

Section 3. La minorité prolongée

§1er. Une alternative à l'interdiction destinée aux arriérés mentaux

En 1973, le Code civil voit son répertoire de statuts d'incapacité élargi par la création de la « minorité prolongée »[169]. Sur la base du constat de l'échec, en pratique, du régime d'interdiction, le législateur a cherché à offrir une solution légale adaptée aux besoins de personnes « dont les facultés intellectuelles ne se sont pas développées et qui sont demeurées à un stade infantile de compréhension et d'expression de leur volonté »[170].

Dorénavant, « le mineur dont il est établi qu'en raison de son arriération mentale grave, il est et paraît devoir rester incapable de gouverner sa personne et d'administrer ses biens, peut être placé sous statut de minorité prolongée ». « Par arriération mentale grave, il faut entendre un état de déficience mentale congénitale ou ayant débuté au cours de la petite enfance, caractérisé par un manque de développement de l'ensemble des facultés intellectuelles, affectives et volitives »[171]. La même demande peut toutefois être formulée à l'égard d'un majeur, s'il répondait déjà aux conditions précitées durant sa minorité[172].

§2. Un statut d'incapacité totale

Comme son nom l'indique, la minorité prolongée entraîne un maintien du statut de minorité de la personne, sans limite d'âge. Plus précisément, le mineur prolongé « est, quant à sa personne et à ses biens, assimilé à un mineur de moins de quinze ans »[173]. Cette limite d'âge permet d'éviter toute possibilité d'émancipation[174], ouverte dès quinze ans accomplis, et de disposition de biens par testament, ouverte à certaines conditions aux mineurs d'au moins seize ans[175].

---

[168] Art. 29 et 30 de la loi du 1er juillet 1964 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude ; Projet de loi de défense sociale à l'égard des anormaux, Rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. parl.*, Sénat, 1963-1964, n° 270, p. 2.
[169] Loi du 29 juin 1973 complétant le complétant le Titre X du Livre I du Code civil en y insérant le statut de minorité prolongée.
[170] Projet de loi complétant le complétant le Titre X du Livre I du Code civil en y insérant le statut de minorité prolongée, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, 1968-1969, n° 303, p. 1.
[171] Art. 487*bis*, ancien, du Code civil.
[172] *Ibidem*.
[173] *Ibidem*.
[174] Art. 477 du Code civil ; l'émancipation permet à un mineur d'être considéré comme un majeur pour certains actes.
[175] Art. 904 du Code civil.

Logiquement, ce statut entraîne la prolongation indéfinie de la « puissance paternelle » des père et mère[176], expression qui sera remplacée par les termes « autorité parentale » en 1987[177]. Il reste toutefois possible, pour le père, la mère ou le procureur du Roi, de solliciter la désignation d'un tuteur et de substituer ainsi la tutelle à l'autorité parentale[178]. Le mineur prolongé reste sous la responsabilité de ses père et mère[179], éventuellement de son tuteur, et doit être représenté par eux dans tous les actes juridiques. Il est donc frappé d'une incapacité totale, tant par sa forme – la représentation – que par son objet – tout acte juridique, peu importe qu'il concerne des intérêts patrimoniaux ou personnels.

§3. Objectif : protéger de grands enfants

La philosophie de ce nouveau régime paraît assez limpide : la personne souffrant « d'arriération mentale grave » s'apparente à un jeune enfant, que le droit doit protéger comme tel. Les travaux préparatoires confirment cette impression en indiquant que « les parents d'arriérés mentaux montrent une profonde répugnance à l'égard d'une mesure d'interdiction qui leur paraît une dégradation, tandis que la minorité prolongée leur semble être la législation d'un état de fait »[180].

Par rapport aux principaux régimes d'incapacité de l'époque, la minorité prolongée apparaît comme une solution pratique, procéduralement moins lourde que l'interdiction, et plus sécurisante que l'incapacité partielle qu'entraîne la désignation d'un conseil judiciaire.

Pour le surplus, ce nouveau régime ne rompt pas avec la tradition du Code civil : comme pour l'interdiction, il s'agit de pallier l'incapacité résultant d'une *sorte de diagnostic*, plus précis cependant que ceux supposés entraîner l'interdiction[181]. Dans la droite ligne de l'interdiction et de la mise sous conseil judiciaire, la minorité prolongée reste un régime de « conception familiale »[182]. La priorité des intérêts familiaux, dans ces trois régimes, se marque essentiellement par le fait qu'il n'est pas possible pour la personne concernée de solliciter elle-même un statut d'incapacité, cette tâche revenant par principe aux proches parents[183]. Dans le

[176] Art. 487*quater*, ancien, du Code civil.
[177] Art. 64 de la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation.
[178] Art. 487*quater*, ancien, du Code civil.
[179] Sur le plan de la responsabilité civile en effet, on considère que le fait du mineur prolongé entre dans le champ d'application de l'article 1384 du Code civil (Cass., 11 février 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 62 ; Cass., 6 janvier 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 477), lequel est rédigé comme il suit : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.
Le père et la mère sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs (…) ».
[180] Projet de loi complétant le complétant le Titre X du Livre I du Code civil en y insérant le statut de minorité prolongée, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, 1972-1973, n° 417/2, p. 5.
[181] P. MARCHAL , « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, t. I, l. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 84.
[182] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3e éd., II Les incapables – Les obligations (Première partie), Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 285 et s. ; Y.-H. LELEU, « Minorité prolongée, interdiction et conseil judiciaire : les dernières années », *Les incapacités*, Liège, CUP, 2003, p. 299 ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, t. I, l. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 87.
[183] Plus précisément, dans l'esprit du Code de 1804, seuls les parents jusqu'au quatrième degré sont recevables à solliciter l'interdiction ; le ministère public ne peut le faire qu'en cas de « fureur » et seulement si les parents sont

cas de la minorité prolongée, la règle veut que les père et mère du mineur prolongé continuent à exercer sur lui l'autorité parentale. Concernant l'interdiction, le choix du tuteur est normalement libre[184].

Il subsiste cependant, dans l'esprit du texte, une différence majeure entre les intérêts familiaux protégés par l'interdiction et le conseil judiciaire et ceux auxquels tente de répondre la minorité prolongée : là où l'interdiction et la mise sous conseil judiciaire protègent essentiellement des intérêts familiaux *patrimoniaux*, la minorité prolongée vise à protéger l'intérêt moral, dans le chef des père et mère, à poursuivre leur rôle de représentant légal auprès d'un enfant ne présentant pas le discernement suffisant pour exercer lui-même ses droits à l'âge adulte[185].

A propos des régimes d'incapacité des majeurs, H. De page soulignait lapidairement que « le droit reconnu à la famille ne se fonde pas sur un intérêt moral, mais sur un *intérêt patrimonial* : la crainte de voir se dissiper une fortune qui doit revenir aux héritiers de l'infirme ». « Conception égoïste, comme on le voit. La pitié, la commisération n'ont rien à voir en ce domaine ; l'intérêt, sous la forme des espérances successorales, est, seul, au premier plan »[186]. Si ces observations correspondent à l'esprit de l'interdiction et de la mise sous conseil judiciaire, elles semblent injustes pour ce qui concerne la minorité prolongée.

---

défaillants ou, dans les autres cas que la fureur, si la personne concernée n'a pas de parents ou conjoint connus (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3e éd., II Les incapables – Les obligations (Première partie), Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 299). Même si le régime s'est assoupli, l'interdiction n'a jamais pu être provoquée que par « tout parent » (ce qui exclut les alliés) ou par l'époux de la personne concernée (art. 1238 du Code judiciaire, jusqu'à sa modification par la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine). Le conseil judiciaire est demandé par les mêmes personnes que celles qui peuvent demander l'interdiction (art. 514 du Code civil, depuis 1804 jusqu'à son abrogation par la loi précitée du 17 mars 2013). La demande de minorité prolongée, enfin, ne peut être introduite que par le père, la mère ou le tuteur de la personne ou, « à défaut d'initiative de ceux-ci, par le procureur du Roi » ; si la personne concernée par la demande est déjà majeure, le droit d'initiative est étendu à « tout parent », qui doit se comprendre comme tout parent jusqu'au quatrième degré, comme en matière d'interdiction ou de conseil judiciaire, ainsi qu'au tuteur du majeur interdit et au procureur du Roi (art. 487*ter* du Code civil tel qu'inséré par la loi du 29 juin 1973 et inchangé sur ce point jusqu'à son abrogation par la loi précitée du 17 mars 2013 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 4e éd., II Les personnes, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 1390).

[184] À une exception près, introduite en 1909 et supprimée en 2001 (par l'article 24 de la loi du 29 avril 2001 modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs), l'époux est de droit le tuteur de l'autre époux interdit (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3e éd., II Les incapables – Les obligations (Première partie), Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 321). Il est aussi refusé à l'époux, aux ascendants et descendants de l'interdit de solliciter leur remplacement en tant que tuteur de l'interdit, tandis que tout autre tuteur a le droit de d'être remplacé au bout de dix ans (art. 508 du Code civil de 1804, inchangé jusqu'à l'abrogation du régime d'interdiction par la loi précitée du 17 mars 2013).

[185] Projet de loi complétant le complétant le Titre X du Livre I du Code civil en y insérant le statut de minorité prolongée, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Sénat, 1972-1973, n° 15, p. 3 ;Projet de loi complétant le complétant le Titre X du Livre I du Code civil en y insérant le statut de minorité prolongée, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, 1972-1973, n° 417/2, p. 4.

[186] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 4e éd., II Les personnes, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 1372. L'auteur a raison de préciser « au premier plan », car le Code civil impose quand même au tuteur, dès 1804, d'employer essentiellement les revenus d'un interdit « à adoucir son sort et à accélérer sa guérison » (art. 510 du Code civil de 1804, inchangé sur ce point jusqu'à son abrogation par la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine).

Section 4. L'administration provisoire ou la voie vers la réforme

§1er. Une mesure détachée du diagnostic

En 1991, l'« administration provisoire des biens » voit le jour, sous la forme de l'article 488*bis* du Code civil[187]. L'objectif est simple : permettre à toute personne totalement ou partiellement incapable, en raison de son état physique ou mental, d'assumer la gestion de ses biens, d'être représentée par un tiers pour ce faire, sur décision du juge de paix.

Sans entrer dans les détails de ce statut, il faut souligner que l'incapacité n'est plus liée à un *diagnostic* d'aucune sorte : au juge d'apprécier s'il se trouve effectivement face à un « majeur qui, en raison de son état de santé, est totalement ou partiellement hors d'état de gérer ses biens, fût-ce temporairement »[188]. Le juge est aidé d'éléments médicaux, puisque la demande doit, sous peine d'irrecevabilité, être accompagnée d'un « certificat médical circonstancié »[189], mais il ne doit plus tenter de raccrocher le cas qui lui est soumis à un diagnostic déterminé par le législateur, ce qui paraît plus respectueux des compétences de chacun.

Pour appréhender la situation de la personne concernée par la demande, le juge « s'entoure de tous les renseignements utiles »[190] et peut entendre, outre la personne elle-même et certains de ses proches, d'office convoqués à l'audience, « toute personne qu'il estime apte à le renseigner »[191].

Une autre rupture, par rapport aux régimes antérieurs, réside dans le fait que l'incapacité peut désormais avoir une cause physique, là où les législateurs n'avaient jusqu'à présent envisagé de mesures spécifiques d'incapacité que pour les personnes dont les facultés mentales étaient jugées insuffisantes[192]. L'administration provisoire peut, quant à elle, être décidée pour toute personne majeure dont l'*état de santé* empêche la gestion des biens. Ces termes d'« état de santé » sous-entendent que la cause de l'incapacité peut être mentale *ou* physique, comme l'indique d'ailleurs l'intitulé de la loi : loi du 18 juillet 1991 relative à la protection des biens

[187] Loi du 18 juillet 1991 relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental.
[188] Art. 488*bis* A., ancien, du Code civil, abrogé par la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine.
[189] Art. 488*bis* B., §6, ancien, du Code civil ; l'art. 488*bis* B., §7, ancien, prévoit quant à lui que le juge « peut désigner un médecin-expert qui donnera son avis sur l'état de santé de la personne à protéger ainsi que sur sa capacité à exprimer seule sa volonté ».
[190] Art. 488*bis* B., §7, ancien, du Code civil.
[191] *Ibidem*, dernier alinéa.
[192] Le terme « insensé » traduit en effet correctement l'esprit des régimes romains de tutelle et curatelle, repris sous l'Ancien droit (*cf. supra*, Chapitre 1er. Aux origines de l'incapacité pour cause de folie : bref aperçu) ; les régimes du Code civil de 1804 s'appliquent quant à eux aux « imbéciles », « déments » pour l'interdiction, aux « faibles d'esprit » pour le conseil judiciaire (*cf. supra*, Section 1ère. Le Code de 1804 et l'incapacité liée aux désordres de l'esprit, §1er et §2) ; enfin, la minorité prolongée a été spécifiquement élaborée pour les personnes atteintes d'« arriération mentale grave » (*cf. supra*, Section 3. La minorité prolongée). Le moins que l'on puisse dire, c'est que l'ensemble de ces expressions expriment des lacunes dans les aptitudes cognitives, indépendamment des facultés physiques de la personne concernée.

des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur *état physique ou mental*.

La doctrine considère habituellement qu'un affaiblissement de la condition physique d'une personne ne peut entraîner la désignation d'un administrateur provisoire que si cet état physique *altère (l'expression de) la volonté la personne* et entraîne l'impossibilité de gérer ses biens[193]. Les extraits de travaux préparatoires citées à l'appui de cette interprétation[194] sont issus de discussions qui reflètent cependant surtout la difficulté de déterminer le champ d'application de la mesure et les hésitations des parlementaires quant aux termes à employer, de sorte que seule la formulation de l'article 488*bis* du Code civil représente un consensus fiable.
À suivre le texte à la lettre, l'administration provisoire est dès lors susceptible de s'appliquer chaque fois qu'une personne est confrontée à l'impossibilité de gérer ses biens en raison de son état de santé, quel qu'il soit[195]. A l'inverse, une impossibilité de gestion causée par l'absence ou la détention d'une personne ne tombe pas sous le champ d'application de l'administration provisoire[196].

À titre d'illustrations concrètes, Patrick Senaeve cite les personnes vivant avec une maladie mentale, les personnes âgées démentes ou séniles, les personnes intellectuellement handicapées, les prodigues, les patients comateux et « les personnes qui, en raison de leur état santé physique, ne sont plus en mesure de gérer leur patrimoine, bien qu'elles ne souffrent d'aucun affaiblissement de leurs facultés mentales (par exemple, des personnes alcooliques chroniques (…), des personnes très âgées n'ayant plus l'énergie de gérer un patrimoine important, même si elles ne présentent aucun signe de sénilité) »[197].

Au regard du prescrit légal, cette énumération est correcte. Je préfère toutefois nettement l'interprétation restrictive consistant, en cas d'incapacité physique, à n'appliquer l'administration provisoire qu'aux cas où cette incapacité entrave « la capacité de la personne à protéger à exercer et à manifester sa volonté » [198]. Cette interprétation est toutefois davantage

---

[193] Th. DELAHAYE, *L'administration provisoire (article 488bis du Code civil)*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 31 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 210 ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs – L'administration provisoire », *Rép. not.*, t. I, l. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 228.
[194] Principalement le projet de loi relatif à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, 1968-1969, n° 297, p. 5 et le projet de loi relatif à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Sénat, 1990-1991, n° 1102-3, p. 8 et pp. 21 et s.
[195] P. SENAEVE, *Compedium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, pp. 274-275 ; Th. DELAHAYE, *L'administration provisoire (article 488bis du Code civil)*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 33, citant de la doctrine néerlandophone. Il est tentant d'imaginer, dès lors, que l'interprétation donnée par la doctrine néerlandophone est stricte – conforme à la lettre de la loi – et celle donnée par les auteurs francophones, restrictive.
[196] Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 212 ; P. SENAEVE, *Compedium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, p. 275.
[197] P. SENAEVE, *Compedium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, pp. 274-275. Traduction libre.
[198] N. GALLUS, « Les incapables », *Droit des personnes* et *des familles : chronique de* jurisprudence *2005-2010*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 842-843.

inspirée par une tendance jurisprudentielle[199] que par les travaux préparatoires, qui sont loin d'apporter une réponse univoque.

§2. Une mesure centrée sur l'intérêt de la « personne protégée »

Considération, personnalisation, souplesse, tels semblent être les maîtres mots du régime de l'administration provisoire, qui place au centre des réflexions les intérêts de la « personne protégée », selon l'appellation consacrée par le Code civil, plutôt que ceux de ses proches[200]. Différentes dispositions reflètent la volonté du législateur de personnaliser la mesure et c'est notamment pour renforcer cette personnalisation que la loi du 3 mai 2003 complètera le système[201].

Compte tenu de cette « révolution copernicienne »[202], il devient possible de concevoir que l'on sollicite pour son propre bénéfice la désignation d'un administrateur provisoire et que la demande puisse, quelle que soit la situation, être formulée par « toute personne intéressée » ou encore par le procureur du Roi[203]. Dans le même ordre d'idée, « chacun peut faire, devant le juge de paix de sa résidence et, subsidiairement, de son domicile ou devant un notaire, une déclaration dans laquelle il indique sa préférence en ce qui concerne l'administrateur provisoire à désigner s'il n'était plus en état de gérer ses biens »[204], ladite déclaration étant consignée dans un registre central tenu par la Fédération royale du notariat belge[205]. Toujours dans le souci de répondre au mieux aux besoins réels de la personne concernée, le juge peut moduler l'incapacité en désignant précisément les actes auxquels la mesure est applicable, la personne protégée retenant la pleine capacité juridique pour tous les autres[206].

La volonté de promouvoir le bien-être de la personne protégée ressort en outre particulièrement des instructions de gestion à respecter par l'administrateur provisoire. La personne protégée doit ainsi pouvoir rester aussi longtemps que possible dans son logement, toute disposition de droits y afférents devant faire l'objet d'une autorisation du juge de paix[207]. Plus généralement, « dans les limites des revenus qu'il encaisse, l'administrateur provisoire règle les frais d'entretien et de traitement à charge de la personne protégée et met à la disposition de celle-ci, après en avoir conféré avec elle ou avec la personne de confiance, les sommes qu'il juge nécessaires à l'amélioration de son sort »[208].

---

[199] *Ibidem*.
[200] Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire, Loi du 3 mai 2003*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 11.
[201] Loi du 3 mai 2003 modifiant la législation relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental.
[202] Fr. UREEL, « L'administration provisoire et son contrôle : propos introductifs », *Mental'Idées*, 2012, n° 17, p. 57.
[203] Art. 488*bis* A., ancien, du Code civil.
[204] Art. 488*bis* B., §2, ancien, du Code civil.
[205] *Ibidem*.
[206] Art. 488*bis* F., §2, ancien, du Code civil.
[207] Art. 488*bis* F., §4, ancien, du Code civil.
[208] Art. 488*bis* F., §5, ancien, du Code civil.

Dans l'esprit de la loi, l'administrateur n'a pas la mission de conserver à tout prix le patrimoine familial ou de le faire fructifier, mais d'assurer à la personne protégée la meilleure situation possible, eu égard à l'état de sa fortune[209]. Il doit également rendre compte de sa gestion, entre autres à la personne protégée et à la personne de confiance[210], informer la personne protégée ou, si des circonstances particulières le justifient, la personne de confiance, des actes qu'il accomplit dans le cadre de sa gestion[211] ou encore se concerter régulièrement avec la personne protégée ou la personne de confiance[212].

La « personne de confiance » mentionnée ci-dessus est apparue en 2003 et a pour rôle de soutenir la relation entre la personne protégée et son administrateur provisoire et de contribuer ainsi à personnaliser l'administration : en bref, la personne de confiance « est d'abord le pôle d'un dialogue soutenu entre les protagonistes »[213]. Elle bénéficie en outre d'une position lui permettant de s'assurer que l'administrateur remplit ses devoirs et elle doit, si ce n'est pas le cas, solliciter le juge de paix[214]. Cette mission de contrôle est réciproque, l'administrateur devant également signaler au juge les abus dont la personne de confiance se rendrait coupable[215].

§3. Une incapacité partielle

L'administration provisoire des biens est, comme son nom l'indique, un régime d'incapacité exclusivement patrimoniale et donc nécessairement partielle, dans son *champ d'application*. L'incapacité patrimoniale peut elle-même être partielle, si le juge l'estime approprié : il détermine alors dans son ordonnance les actes pour lesquels l'administrateur est compétent ; à défaut, ce dernier sera généralement compétent en matière patrimoniale[216].

Par contre, quelle que soit son étendue, l'incapacité est, à l'origine, totale en ce qui concerne son *fonctionnement* : l'administrateur provisoire exerce sa mission par le mécanisme de la représentation et agit dès lors au nom et pour le compte de la personne protégée.

En 2003 cependant, le législateur élargit les modalités de l'administration : le juge peut désormais décider d'une mesure d'*assistance*, en lieu et place de la traditionnelle *représentation*[217]. Le régime par défaut reste la représentation, mais le juge peut préciser que l'administrateur n'aura qu'une mission d'assistance, pour tous les actes concernés par la mesure ou pour certains d'entre eux[218].

---

[209] En ce sens, Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire, Loi du 3 mai 2003*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 116.
[210] Art. 488*bis* C., §3, ancien, du Code civil.
[211] *Ibidem*.
[212] Art. 488*bis* F., §1er, ancien, du Code civil.
[213] Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 221.
[214] Art. 488*bis* B., §4, ancien, du Code civil.
[215] Art. 488*bis* D., ancien, du Code civil.
[216] Art. 488*bis*, E. §2 et §3, anciens, du Code civil.
[217] Art. 488*bis* F., §1er, ancien, du Code civil.
[218] Art. 488*bis* F., §2, ancien, du Code civil.

La possibilité de laisser à la personne protégée l'initiative des actes à poser tout en veillant à ce que ceux-ci ne lui portent pas préjudice semble de nature à accroître la personnalisation de la mesure. Toutefois, l'assistance n'a rencontré qu'un succès pratique très mitigé[219].

§4. Le rôle dévolu aux proches

Il subsiste une certaine continuité dans l'innovation, puisque les proches restent ceux à qui le juge est supposé déférer l'administration, par préférence à toute autre personne. En l'absence de déclaration préalable exprimant un souhait différent, « le juge de paix choisit de préférence en qualité d'administrateur provisoire le cas échéant son père et/ou sa mère, le conjoint, le cohabitant légal, la personne vivant maritalement avec la personne à protéger, un membre de la proche famille ou, le cas échéant, la personne de confiance de la personne à protéger »[220]. Hormis les « membres de la proche famille », ces personnes font en outre figure d'interlocuteurs privilégiés dans le cadre de la procédure[221].

Si ce dernier point semble parfaitement logique, il n'en va pas de même de l'obligation de déférer *prioritairement* l'administration aux proches, dans la mesure où les liens affectifs supposés ne garantissent pas une saine gestion financière[222]. De plus, l'administrateur doit en principe cantonner son avis aux intérêts patrimoniaux de la personne protégée – « Oui, tu as assez sur ton compte épargne pour payer ce billet d'avion… » – sans se mêler de ce qui relève des choix personnels de cette dernière – « …Mais ce voyage organisé par l'institution est trop dangereux, donc je refuse ». Cette dissociation semble d'autant plus difficile que l'administrateur est un proche.

Face à la longue tradition des régimes de conception familiale, le législateur s'est sans doute senti obligé de consacrer la primauté de l'administrateur familial. L'absence de cette priorité n'aurait toutefois pas empêché d'entendre les proches durant la procédure ou de les désigner comme administrateurs si cela s'avérait adéquat, au vu des circonstances propres à chaque cas.

---

[219] La doctrine rapporte peu de cas de jurisprudence ayant abouti à une mesure d'assistance et les cas rapportés semblent exceptionnels voire contestables. Par exemple, un administrateur provisoire s'est déjà vu confier une mission d'assistance pour une personne qui se désintéressait notoirement d'un litige de voisinage. A priori, on ne voit pas bien l'intérêt de la mission d'assistance, qui laisse le pouvoir d'initiative à la personne protégée, mais le juge semble en réalité vouloir souligner la capacité globale de la personne protégée, qui s'avère seulement inapte à régler un problème de copropriété. Le juge tente donc d'abord la mesure de l'assistance, en précisant expressément qu'« à la demande de toute partie ou/et de l'administrateur provisoire de biens, la mission susvisée pourra être étendue ou modifiée, après d'autres débats contradictoires » (J.P. Charleroi, 18 mars 2010, *J.J.P.*, 2012, pp. 53-54). Par ailleurs, j'ai un jour entendu une juge de paix déclarer qu'elle ne s'était servi qu'une seule fois de la possibilité de désigner un administrateur provisoire avec une mission d'assistance, dans une situation très particulière : la personne à protéger, qui faisait d'ailleurs la demande elle-même, avait eu un accident de voiture suite auquel il lui arrivait parfois de ne pas pouvoir lire les chiffres ; elle souhaitait donc être assistée pour les actes importants impliquant la manipulation de données chiffrées.

[220] Art. 488*bis* C., §1er, ancien, du Code civil.

[221] Art. 488*bis* B., §7, ancien, du Code civil.

[222] Et inversement, la gestion financière peut porter préjudice à la relation avec un proche : D. CHEVALIER, « Administration provisoire, malades mentaux et internés : de la théorie à la pratique », *Mental'Idées*, 2012, n° 17, p. 64 (sur le cas particulier de la personne mise en observation et pourvue d'un administrateur provisoire).

En pratique, toutefois, le juge peut facilement trouver des raisons de préférer un administrateur professionnel : situation patrimoniale complexe, tensions familiales, conflits d'intérêts, absence de relations effectives avec les proches désignés par le Code civil[223], ...

§5. Les liens avec l'hospitalisation contrainte

Enfin, l'ancien article 488*bis* du Code civil fait le lien entre la mise en observation prévue par la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux[224] et une éventuelle incapacité, en prévoyant que le juge saisi d'une demande relevant de la loi de 1990 peut désigner un administrateur provisoire pour la personne concernée[225].

A l'époque, le législateur n'a malheureusement pas saisi l'occasion de revoir également la loi du 1er juillet 1964 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude, laquelle prévoit toujours la possibilité de nommer un « administrateur provisoire » aux pouvoirs pratiquement aussi étendus que ceux d'un administrateur désigné par le juge de paix, mais sans le contrôle et les balises imposées à ce dernier[226].

Conclusions du chapitre 2. Un dédale de mesures obsolètes, malgré une double émancipation

A l'aube du XXIe siècle, le Code civil propose donc, outre la minorité, quatre régimes d'incapacité différents, sans véritable vue d'ensemble, chaque régime répondant à sa propre logique, notamment historique.

Et comme un tableau vaut mieux qu'un long discours…

---

[223] Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire, Loi du 3 mai 2003*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 58-59 ; N. GALLUS, « Les incapables », *Droit des personnes* et *des familles : chronique de* jurisprudence *2005-2010*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 845.

[224] Cette loi, qui abroge la loi du 18 juin 1850 sur le régime des aliénés, est entrée en vigueur la veille de l'entrée en vigueur de la loi relative à l'administration provisoire, soit le 27 juillet 1991.

[225] Art. 488*bis* B., §1er, ancien, du Code civil.

[226] Art. 29 et 30 et la loi du 1er juillet 1964 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude ; D. CHEVALIER, « Administration provisoire, malades mentaux et internés : de la théorie à la pratique », *Mental'Idées*, 2012, n° 17, p. 65.

Figure 2 : régimes d'incapacité des majeurs prévus par le Code civil au début du XXI[e] siècle

NOM	INDICATIONS	CONSEQUENCES	INTERETS PROTEGES	FREQUENCE D'UTILISATION
Interdiction **(1804 - 2014)**	Fureur (=> 1967) Imbécilité Démence	Incapacité totale • Actes patrimoniaux et personnels • Représentation (tutelle)	Intérêts patrimoniaux des héritiers	XXI[e] siècle : insuccès chronique [A] 2000 : 3[B] 2013 : 1[C]
Conseil judiciaire **(1804 - 2014)**	Prodigalité Faiblesse d'esprit	Incapacité partielle • Actes patrimoniaux • Assistance	Intérêts patrimoniaux des héritiers	2000 : 4[B] 2013 : 0 [C]
Minorité prolongée **(1973 - 2014)**	Arriération mentale grave	Incapacité totale • Actes patrimoniaux et personnels • Représentation (autorité parentale)	Intérêts moraux des père et mère	2000 : 408 [D] 2010 : 505 [E]
Administration provisoire **(1991- 2014)** **Ne pas confondre avec l'« administrateur provisoire » qui peut être désigné pendant une procédure en interdiction ou par une commission de défense sociale** !	Etat physique ou mental rendant totalement ou partiellement incapable de gérer ses biens	Incapacité partielle • Ensemble ou partie des actes patrimoniaux • Représentation ou assistance	Intérêts de la personne protégée	2000 : 25063[F] 2010 : 70148[G] N.B. pour l'administration provisoire uniquement, il s'agit du nombre *total* de décisions rendues (*placement* sous administration *ou autre*)

Notes de la figure 2

[A] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3e éd., II Les incapables – Les obligations (Première partie), Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 286-289 ; M. VAN DE KERCHOVE, « L'organisation d'asiles spéciaux pour aliénés criminels et aliénés dangereux. Aux sources de la loi de défense sociale », *Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880-1914)*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 118 ; E. VIEUJEAN, « De la majorité, de l'administration provisoire, de l'interdiction et du conseil judiciaire », *J.T.*, 2004, p. 275.

[B] Tableau récapitulatif des décisions judiciaires portant interdiction et mainlevée d'interdiction et portant nomination, remplacement et décharge de conseil, prononcés du 1er janvier 2000 au 31 décembre 2000 inclus (article 1253 du Code judiciaire), *M.B.*, 1er février 2001.

[C] Tableau récapitulatif des décisions judiciaires portant interdiction et mainlevée d'interdiction et portant nomination, remplacement et décharge de conseil, prononcés du 1er janvier 2013 au 31 décembre 2013 inclus (article 1253 du Code judiciaire), *M.B.*, 24 janvier 2014.

[D] Question n° 0603 de M. Alfons Borginondu du 25 avril 2005, *Q.R.,* Chambre, 2004-2005, n° 76, p. 12723.

[E] Question n° 0280 de Mme Kristien Van Vaerenbergh du 18 janvier 2011, *Q.R.,* Chambre, 2010-2011, n° 21, p. 30.

[F] SPF Justice, *Les statistiques annuelles des cours et tribunaux, Données 2000,* p. 21, www.tribunaux-rechtbanken.be

[G] SPF Justice, *Les statistiques annuelles des cours et tribunaux, Données 2010, Justices de Paix*, p. 21, www.tribunaux-rechtbanken.be

NB : les statistiques du SPF Justice précisent uniquement le nombre d'ordonnances définitives rendues sur la base de l'art. 488*bis* du Code civil, sans préciser s'il s'agit de placement sous administration provisoire, de refus d'un tel placement, d'une mainlevée, du remplacement de l'administrateur…)

Obsolescence et confusions

Le moins que l'on puisse dire, c'est que la cohérence interne du système ne saute pas aux yeux. Si H. De Page critique la méthodologie du législateur de 1804[227], force est de constater qu'une expérience de deux cents ans n'a pas suffi à la corriger : des régimes obsolètes[228] se sont maintenus formellement, malgré leur double emploi avec des législations plus modernes, leur utilisation douteuse de termes pseudo-médicaux et leur désuétude confirmée en pratique.

Le législateur n'a pas non plus entièrement corrigé l'étrange confusion entre règles de fond et règles de procédure. Si le Code judiciaire avait dûment pris à sa charge la procédure de l'interdiction en 1967, les législateurs ultérieurs n'ont apparemment pas jugé utile de poursuivre en cette voie : en effet, les articles 487*bis* et suivants, anciens, du Code civil mélangent les aspects matériels et procéduraux de la minorité prolongée et de l'administration provisoire.

[227] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 4e éd., II Les personnes, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 1367-1368.

[228] Notamment dans les termes employés, même si certains commentateurs ont pris la peine de les traduire dans un langage actuel : voy., par exemple, Y.-H. LELEU, « Minorité prolongée, interdiction et conseil judiciaire : les dernières années », *Les incapacités*, Liège, CUP, 2003, p. 298.

Un régime plus moderne… réservé aux biens

L'administration provisoire, en se mettant résolument au service de la personne protégée, inaugure un régime d'incapacité moderne. Elle ne va toutefois pas au bout de ce processus, puisqu'elle entretient le vide, en fait, en matière de protection des intérêts personnels, voire favorise les abus de pouvoir dans le chef des administrateurs provisoires : ceux-ci se voient en effet conférer un rôle exclusivement patrimonial tout en devant prêter une attention extrême au bien-être de la personne[229].

La mission n'est pas dépourvue d'ambiguïté : « de manière générale, [l'administrateur provisoire] libère dans la mesure du possible les moyens financiers nécessaires à la mise en œuvre d'une décision prise par la personne dans l'exercice de ses droits personnels (…) Il décide en tenant compte des aspirations de la personne, s'il les connaît, ou de celles qu'il estimerait être les siennes »[230]. S'il est facile, en théorie, de dissocier les aspects financiers et personnels d'une décision, ce l'est beaucoup moins en pratique, et d'autant moins que l'administrateur s'investit personnellement dans sa mission et a à cœur le bien-être de la personne protégée, comme la loi le lui demande expressément. Se concerter régulièrement avec la personne protégée, lui expliquer ce que l'on fait et pourquoi, tenter de cerner ses besoins… Et garder pour soi toute opinion autre que financière semble particulièrement difficile à mettre en œuvre au quotidien.

Pour les personnes ayant besoin d'aide tant pour les actes personnels, par exemple les décisions en matière de soins, que patrimoniaux, les seuls régimes d'incapacité possibles sont la minorité prolongée et l'interdiction, qui ne sont plus des solutions satisfaisantes : la minorité prolongée n'a vocation à s'appliquer qu'aux cas spécifiques d'« arriération mentale grave », tandis que l'interdiction est tombée en désuétude. Ces deux régimes n'offrent en outre aucune modulation dans l'incapacité, c'est du *tout ou rien*. Cela peut expliquer en partie que l'administration provisoire soit devenue « le droit commun des incapables majeurs »[231], malgré son caractère incomplet, et que certains administrateurs aient pu outrepasser leurs fonctions.

Notons enfin que le succès de l'administration provisoire a asphyxié les justices de paix, au détriment de la personnalisation voulue par le législateur : une vraie modulation du régime sur la base des aptitudes de chacun demande du temps et des moyens, dont manquent cruellement les juridictions cantonales[232].

---

[229] Th. DELAHAYE souligne le caractère paradoxal de cette mission (*L'administrateur provisoire, Loi du 3 mai 2003*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 12 et p. 101) ; voy. également Fr. UREEL, « L'administration provisoire et son contrôle : propos introductifs », *Mental'Idées*, 2012, n° 17, p. 57.
[230] Y.-H. LELEU, Droit des personnes et des familles, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 224.
[231] Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire, Loi du 3 mai 2003*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 12-13.
[232] *Ibidem*, p. 13.

Un virage des priorités

Avec la minorité prolongée puis l'administration provisoire, le Code civil se dote de statuts d'incapacité qui se détachent des intérêts patrimoniaux de la famille. La minorité prolongée est d'abord motivée par les intérêts *moraux* des père et mère, tandis que l'administration provisoire se voit quant à elle justifiée exclusivement par les intérêts propres de la personne concernée par la mesure.

Même en matière d'administration provisoire, les proches restent des interlocuteurs privilégiés du juge de paix. Toutefois, l'objectif premier du régime d'incapacité qui va supplanter tous les autres est de répondre aux besoins de la personne administrée elle-même.

Une double émancipation significative

Deux évolutions essentielles à la modernisation du système ont eu lieu au cours des XIX^{e} et XX^{e} siècles. Le droit des incapacités s'est en effet doublement émancipé, en se détachant de l'internement, d'une part, du diagnostic, d'autre part.

Dissociation d'avec l'internement, d'abord. La loi du 18 juin 1850 sur le régime des aliénés a commencé par faire de l'internement une décision indépendante de l'incapacité, l'internement n'étant plus subordonné à l'interdiction. L'internement fondait toutefois une présomption d'incapacité dans le chef de l'interné[233], à laquelle les lois de 1990 sur la mise en observation[234] et de 1991 sur l'administration provisoire ont mis fin. Désormais, ce n'est que si la personne mise en observation a effectivement besoin d'un administrateur que le juge de paix en désignera un.

Dissociation d'avec le diagnostic, ensuite. Le Code civil s'est longtemps efforcé de faire correspondre les régimes d'incapacité à de pseudo-diagnostics médicaux. Rompant aved cette méthodologie, l'administration provisoire a vocation à s'appliquer à toute personne qui se trouve, en raison de son état de santé, dans l'impossibilité de gérer ses biens, indépendamment de la cause précise de cette impossibilité.

Cette double émancipation prépare le terrain d'une réforme globale, adaptée aux valeurs et représentations sociales du début du XXI^{e} siècle.

[233] Contraire à la Recommandation N° R (83) 2 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires : « Le placement, en lui seul, ne peut constituer de plein droit une cause de restriction de la capacité juridique du patient » (art. 9.1).
[234] Loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux.

Chapitre 3. Droits du patient et statut de protection conforme à la dignité humaine : la capacité dans les soins de santé aujourd'hui

Deux réformes législatives du début du XXI^e siècle touchent de près la situation de la personne vivant avec un trouble mental et confrontée au système de soins : la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine. Ces lois consacrent, chacune à leur manière, l'importance de l'appréciation de la *capacité de fait* du patient, notion qui fera l'objet de la deuxième partie de ce travail.

Section 1ère. La capacité du patient dans la loi de 2002, en 2002

Entrée en vigueur le 6 octobre 2002, la loi relative aux droits du patient ne crée pas ces droits de toutes pièces mais fait œuvre de synthèse et de clarification de règles éparses préexistantes : elle énonce ainsi expressément, entre autres, le droit d'être informé quant aux implications diverses d'une intervention, le droit de consentir à une intervention ou de la refuser. Elle innove toutefois sur certains points, comme le droit d'accès au dossier médical, la fonction de médiation ou encore les mécanismes de représentation du patient incapable de fait[235].

§1er. La première version des articles 13 et 14 de la loi du 22 août 2002

Sur la question de la capacité du patient, l'article 13 de la loi de 2002 s'adapte aux régimes prévus par le Code civil, à l'époque. L'article 14 s'attache quant à lui au cas du patient incapable de fait, c'est-à-dire au patient ne faisant l'objet d'aucun régime légal d'incapacité mais néanmoins incapable d'exercer ses droits au moment où cela s'avère nécessaire, qu'elle qu'en soit la raison : évanouissement, délire, confusion…

> Art. 13. § 1er. Les droits, tels que fixés par la présente loi, d'un patient majeur relevant du statut de la minorité prolongée ou de l'interdiction sont exercés par ses parents ou par son tuteur.
> § 2. Le patient est associé à l'exercice de ses droits autant qu'il est possible et compte tenu de sa capacité de compréhension.
>
> Art. 14. § 1er. Les droits, tels que fixés par la présente loi, d'un patient majeur ne relevant pas d'un des statuts visés à l'article 13, sont exercés par la personne, que le patient aura préalablement désignée pour se substituer à lui pour autant et aussi longtemps qu'il n'est pas en mesure d'exercer ces droits lui-même.
> La désignation de la personne visée à l'alinéa 1er, dénommée ci-après "mandataire désigné par le patient" s'effectue par un mandat écrit spécifique, daté et signé par cette personne ainsi que par le patient, mandat par lequel cette personne marque son consentement. Ce

[235] G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 211 ; M.-N. VERHAEGEN, « La loi relative aux droits du patient de 2002 : bientôt 10 ans… », *T. Gez.* / *Rev. dr. santé*, 2011/2012, pp. 162-163.

mandat peut être révoqué par le patient ou par le mandataire désigné par lui par le biais d'un écrit daté et signé.

§ 2. Si le patient n'a pas désigné de mandataire ou si le mandataire désigné par le patient n'intervient pas, les droits fixés par la présente loi sont exercés par l'époux cohabitant, le partenaire cohabitant légal ou le partenaire cohabitant de fait.
Si cette personne ne souhaite pas intervenir ou si elle fait défaut, les droits sont exercés, en ordre subséquent, par un enfant majeur, un parent, un frère ou une sœur majeurs du patient.
Si une telle personne ne souhaite pas intervenir ou si elle fait défaut, c'est le praticien professionnel concerné, le cas échéant dans le cadre d'une concertation pluridisciplinaire, qui veille aux intérêts du patient.
Cela vaut également en cas de conflit entre deux ou plusieurs des personnes mentionnées dans le présent paragraphe.

§ 3. Le patient est associé à l'exercice de ses droits autant qu'il est possible et compte tenu de sa capacité de compréhension.

§ 4. Le droit d'introduire une plainte visé à l'article 11, peut, par dérogation aux §§ 1er et 2, être exercé par les personnes visées à ces paragraphes, telles que désignées par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, sans devoir respecter l'ordre prévu.
Le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, fixer des règles plus précises pour l'application du présent paragraphe[236].

Ces dispositions, a priori limpides, introduisent un ordre de priorités dans la représentation du patient incapable.

1. L'article 13 et l'incapacité de droit

Si le patient est incapable de droit, parce qu'il a fait l'objet d'une décision judiciaire de minorité prolongée ou d'interdiction, c'est son représentant officiel, désigné par le juge, qui exercera les droits du patient. La minorité prolongée et l'interdiction sont en effet, en 2002, les seuls régimes d'incapacité de droit étendant les pouvoirs du représentant à des actes non patrimoniaux, dont l'exercice des droits du patient.

En 2002 toujours, la loi relative aux droits du patient rend automatique la représentation du patient mineur prolongé ou interdit, ce qui apparaît comme contraire à la Recommandation n° (99) 4 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, dont le principe 3, « Préservation maximale de la capacité », prévoit notamment ce qui suit : « 2. En particulier, une mesure de protection ne devrait pas priver la personne concernée du droit de voter, de tester, de donner ou non son accord à une quelconque intervention touchant à sa santé, ou de prendre toute autre

[236] Art. 13 et 14, anciens, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

décision à caractère personnel, ce à tout moment, dans la mesure où sa capacité le lui permet »[237].

En d'autres termes, la loi aurait dû prévoir que lorsque le patient interdit ou mineur prolongé – soit incapable *de droit* – se révèle, *de fait*, capable de prendre telle ou telle décision, cette capacité de fait prime sur l'incapacité de droit dont il fait l'objet par ailleurs.

Un résultat similaire aurait pu être atteint par l'application de l'article 13, §2, prévoyant le droit pour le patient d'être « associé à l'exercice de ses droits autant qu'il est possible et compte tenu de sa capacité de compréhension ». Au regard du principe général selon lequel « la capacité est la règle et l'incapacité l'exception », il restait néanmoins problématique qu'une mesure d'incapacité générale soit automatiquement étendue aux droits du patient, sans égard a priori pour la capacité réelle du patient, compte tenu notamment de son état de santé au moment où la décision doit être prise et de la complexité de cette décision.

Pour rappel, l'administrateur provisoire, s'il en existait un, ne pouvait pas exercer les droits du patient et devait donc, en principe, n'être consulté que sur les aspects financiers d'une décision[238]. L'exercice des droits du patient donne d'ailleurs souvent lieu à des actes dits « mixtes », de nature à la fois personnelle et patrimoniale, dont un exemple intéressant est donné par la Justice de paix de Zottegem :

> Le droit à l'intégrité physique appartient aux droits de la personnalité, ce qui signifie que la personne protégée est entièrement libre de se faire soigner, de choisir un médecin ou un hôpital et il revient à l'administrateur provisoire de veiller au respect de cette liberté (…) [Les frais engendrés par le choix de chambre du patient-personne protégée] sont, il est vrai, la conséquence du traitement médical que la personne a choisi et qu'elle pouvait librement choisir mais ils présentent, d'un autre côté, une nature purement patrimoniale. Par conséquent, le demandeur aurait dû négocier et conclure les conventions relatives au choix de la chambre et aux conditions financières avec l'administrateur provisoire, en tant que représentant légal de la personne protégée ; ce dernier doit en effet pouvoir évaluer si les frais sont proportionnels au patrimoine de la personne protégée[239].

2. L'article 14 et l'incapacité de fait : la représentation *en cascade*

Si l'incapacité du patient ne revêt pas la forme d'un régime d'incapacité spécifique, autrement dit si elle est de pur fait, la loi relative aux droits du patient donne la priorité au représentant expressément mandaté par le patient, lorsqu'il en était capable. Afin de faciliter la tâche, la

[237] Principe 3.2 de la Recommandation N° R (99) 4 du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables. Je souligne.
[238] Fr. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgelijk Recht*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 585 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 225, note 161 ; H. NYS, L. BODDEZ, E. VANERMEN, *Overzicht van het gezondheidsrecht in 2012, 2013 en 2014*, Mechelen, Kluwer, 2015, p. 113.
[239] J.P. Zottegem, 11 février 2011, *J.J.P.*, 2012, pp. 71-72 (traduction libre) ; *contra*, à tort selon l'auteur de la note, dont je partage l'avis, Gand, 12 juin 2013, *T.G.R.*, 2013, pp. 323-324, note Fr. MOEYKENS.

Commission fédérale « Droits du patient » propose un formulaire-type, mais non obligatoire, de désignation d'un mandataire[240].

A défaut d'un représentant mandaté par le patient, le praticien est censé se tourner d'abord vers le partenaire de vie *cohabitant*. La cohabitation de fait du couple, indépendamment d'une cohabitation légale ou d'un mariage, est le critère déterminant de la représentation[241] : l'époux non cohabitant ou le parent des enfants du patient ne jouent aucun rôle en la matière, la loi privilégiant clairement le critère de la relation de couple, dont la stabilité est déduite de la cohabitation.

Ce critère permet de résoudre certains conflits, mais s'avère problématique lorsque l'un des conjoints réside durablement dans une institution de soins. Dans ces cas, il est conforme à l'esprit de la loi de considérer comme représentant le conjoint stable, séparé de fait indépendamment de la volonté du couple[242].

En l'absence d'un partenaire cohabitant ou si celui-ci ne souhaite pas jouer le rôle de représentant, les droits du patient sont exercés par un enfant majeur, à défaut par un parent, à défaut par un frère ou une sœur majeurs.

§2. Le rôle du praticien professionnel

Si aucun de ces représentants n'existe ou ne souhaite intervenir, c'est finalement le praticien professionnel qui « veille aux intérêts du patient ». La loi invite dans ce cas le praticien à s'aider d'une « concertation pluridisciplinaire ».

Les termes employés ne permettent pas de considérer que le praticien professionnel agit comme un *représentant* de dernier recours : il n'est en effet pas dit qu'il « exerce les droits du patient », comme c'est le cas pour les représentants précédemment cités, mais qu'il « veille aux intérêts » dudit patient[243]. Le praticien doit donc simplement prendre les décisions qui s'imposent, compte tenu des circonstances, en attendant qu'un représentant se manifeste ou soit désigné par le juge.

Le praticien se voit également confier la mission de veiller aux intérêts du patient en cas de conflit « entre deux ou plusieurs des personnes mentionnées » comme représentants. De nouveau, il faut bien comprendre cette précision : seul un conflit entre deux représentants *sur*

---

[240] Commission fédérale « droits du patient », « Désignation d'un MANDATAIRE dans le cadre de la représentation du patient », 19 décembre 2005, www.patientrights.be

[241] Projet de loi relatif aux droits du patient, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 1642/001, p. 43.

[242] En ce sens, Commission fédérale « droits du patient », « Avis. Le partenaire en tant que représentant du patient », 13 juin 2008, https://overlegorganen.gezondheid.belgie.be/sites/default/files/documents/federale_commissie_rechten_van_de_patient-fr/2008-06-13_cfdp_avis_partenaire_en_tant_que_representant.pdf

[243] En ce sens, M.-N. DERÈSE, *La médiation dans le domaine des soins de santé : enjeux et perspectives*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 463.

un pied d'égalité peut ouvrir la porte à la décision par le praticien lui-même[244]. Concrètement, seuls les désaccords entre plusieurs enfants majeurs, entre les deux parents ou entre frères et sœurs du patient sont ici concernés. Tout autre litige se voit en principe résolu par l'ordre de priorité légal : ainsi, la divergence de vues entre un enfant et un parent du patient est solutionnée, au plan strictement juridique, par le choix de l'enfant majeur comme représentant prioritaire du patient.

La loi prévoit enfin, en son article 15, que le praticien déroge à la décision prise par le représentant d'un patient incapable « dans l'intérêt du patient et afin de prévenir toute menace pour sa vie ou toute atteinte grave à sa santé », éventuellement dans le cadre d'une concertation pluridisciplinaire[245]. Le cas emblématique du témoin de Jéhovah se voit ainsi résolu chaque fois que le patient est incapable : la loi oblige le médecin à décider d'une transfusion si c'est la seule façon de traiter le patient, sans tenir compte de l'avis contraire de son représentant. La simplicité de la réponse juridique ne diminue pas proportionnellement la complexité des situations réelles mais elle rassure les praticiens et peut, dès lors, contribuer à un dénouement plus serein.

La loi donne plus de poids à la décision du mandataire du patient, à laquelle il ne peut être dérogé qu'à condition que ce dernier ne puisse « invoquer la volonté expresse du patient ». Il est généralement admis que la preuve de cette volonté expresse puisse être apportée par tout moyen : déclaration écrite, témoignage audio ou vidéo[246]…

Enfin, si le refus doit en principe être respecté, il n'en va pas de même de la volonté de bénéficier de telle ou telle intervention. Un patient peut refuser une intervention, mais il ne peut pas forcément toutes les *exiger* : au praticien d'évaluer la situation afin de décider s'il répond à la demande du patient ou si les règles de l'art justifient de s'en écarter, par exemple parce que l'intérêt thérapeutique de l'intervention sollicitée paraîtrait insuffisant au regard des risques qu'elle recèle[247].

§3. Le rôle de la « personne de confiance »

Les représentants familiaux visés par l'article 14 ne doivent pas être confondus avec la « personne de confiance », mentionnée aux articles 7 et 9 de la loi, et dont le rôle se limite au soutien du patient capable. La personne de confiance peut ainsi assister aux entretiens avec les praticiens et accéder au dossier, pour aider le patient à comprendre les informations qui lui sont destinées.

---

[244] *Ibidem*, p. 422.
[245] Art. 15, §2, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[246] Projet de loi relatif aux droits du patient, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 1642/001, p. 47.
[247] G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 118-121 ; Th. VANSWEEVELT, E. DELBEKE, « Soins et respect de la volonté de la personne en fin de vie en Belgique », *Le droit de la santé : aspects nouveaux*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LB2V, 2012, p. 727.

Elle n'a donc aucun pouvoir décisionnel à l'égard du patient, qu'elle ne *représente* pas. Par ailleurs, cette personne de confiance pouvait être différente de celle qui aurait été choisie dans le cadre d'une éventuelle administration provisoire[248].

Section 2. La réforme des régimes d'incapacité et son impact en matière de soins

Les paragraphes qui suivent donnent un aperçu de cette réforme, entrée en vigueur en 2014, en tenant compte des modifications importantes introduites par la loi « pot-pourri » du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice, entrée en vigueur en mars 2019, pour l'essentiel. Cette dernière a en effet modifié toute une série de dispositions relatives aux régimes de protection instaurés par la loi du 17 mars 2013, ce qui a entraîné de nouveaux changements en matière de représentation du patient incapable[249].

Si la révision de 2019 va plus loin qu'un simple toilettage, elle consiste néanmoins davantage en une amélioration du dispositif juridique, suite aux critiques de la pratique[250], qu'en une véritable réforme. Pour cette raison, le commentaire des nouvelles dispositions a été intégré au texte préexistant, plutôt que mis en évidence au sein d'une nouvelle section. Par conséquent, à défaut de précision en sens contraire, les dispositions légales mentionnées dans la suite du texte sont celles en vigueur actuellement.

§1er. La réforme en quelques mots

La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, entrée en vigueur le 1er septembre 2014, abroge les régimes d'incapacité disparates et obsolètes pour les remplacer par un régime unique[251], applicable à de nombreuses situations : « Le majeur qui, en raison de son état de santé, est totalement ou partiellement hors d'état d'assumer lui-même, comme il se doit, sans assistance ou autre mesure de protection, fût-ce temporairement, la gestion de ses intérêts patrimoniaux ou non patrimoniaux, peut être placé sous protection si et dans la mesure où la protection de ses intérêts le nécessite »[252].

Ce nouveau régime se veut conforme aux dispositions internationales imposant les principes de nécessité, subsidiarité et proportionnalité des mesures d'incapacité[253], en particulier aux

[248] En vertu de l'article 488*bis* B, §4, ancien, du Code civil.
[249] L'expression « pot-pourri » est empruntée à Fr. DEGUEL, « Pot-pourri pour les personnes majeures protégées », *J.T.*, 2019, pp. 369-386.
[250] Projet de loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant simplification des dispositions du Code civil et du Code judiciaire en matière d'incapacité, et de la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3303/001, pp. 8-10.
[251] Art. 488/1 à 502 du Code civil.
[252] Art. 488/1, al. 1er, du Code civil.
[253] Th. DELAHAYE, *La protection judiciaire et extrajudiciaire des majeurs en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 16 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 175 ; N. GALLUS, Th. VAN

Recommandations n° (99)4 et (2009)11 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe[254] et à la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées[255].

Entre autres avancées, il est désormais entendu que les majeurs ne doivent pas être assimilés à des mineurs, quel que soit leur état de santé[256]. C'est une consécration plus importante qu'il n'y paraît. Qui n'a jamais entendu l'expression d'« âge mental » appliquée aux personnes considérées comme intellectuellement déficientes ? Ce n'est pas « juste une expression » : en ramenant régulièrement certaines personnes handicapées à la petite enfance, on entretient l'idée selon laquelle il faut tout faire et décider pour ces personnes – sans doute encore plus que ce que l'on s'autorise à faire pour des enfants ordinaires. De façon plus interpellante encore, la comparaison incessante à l'enfance entrave la discussion sur la sexualité ou le désir d'enfant de certaines personnes en situation de handicap[257]. Les mots ne sont pas neutres et il était temps, en somme, d'affirmer la distinction enfant-adulte pour tous.

Le nouveau statut de protection se décline en une « protection judiciaire », mesure d'incapacité, et une « protection extrajudiciaire », sans impact sur la capacité de droit de la personne protégée[258].

HALTEREN, *Le nouveau régime de protection des personnes majeures. Analyse de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 16 et s. ; G. WILLEMS, « Droit à la personnalité et à la capacité d'exercice », *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, spéc. pp. 397-407.

[254] Principes 5 et 6 de la Recommandation N° R (99) 4 du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables ; Recommandation CM/Rec(2009)11 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité.

[255] Art. 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

[256] Proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1009/001, p. 8.

[257] Réflexion inspirée de la *11th International Disability Law Summer School* (17-21 juin 2019) du Centre for Disability Law and Policy (CDLP) de l'Université Nationale d'Irlande à Galway.

[258] Pour un commentaire étendu sur les nouveaux régimes de protection, depuis leur adoption en 2013 jusqu'à la révision opérée par la loi du 21 décembre 2018 portant dispositions diverses en matière de justice, voy. N. DANDOY (dir.), *La protection des personnes majeures : dix-huit mois de pratique*, Bruxelles, Larcier, 2016 ; N. DANDOY (dir.), *Le nouveau régime belge de l'incapacité des majeurs : analyse et perspectives*, Bruxelles, La Charte, 2014 ; Fr. DEGUEL, « Pot-pourri pour les personnes majeures protégées », *J.T.*, 2019, pp. 369-386 ; Fr. DEGUEL, « L'incapacité des majeurs sous la loupe des magistrats », *Actualités du droit des personnes et des familles. Le point en 2018*, Limal, Anthémis, pp. 62-140 ; Th. DELAHAYE, *La protection judiciaire et extrajudiciaire des majeurs en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2016 ; Fédération royale du notariat belge, *La protection des personnes vulnérables à la lumière de la loi du 17 mars 2013, Acte de la journée d'études organisée le 12 mai 2014 par le conseil francophone de la F.N.R.B*, Bruxelles, Bruylant, 2014 ; N. GALLUS (dir.), *La protection des incapables majeurs et le droit du mandat : droit belge et comparé*, Limal, Anthemis, 2014 ; N. GALLUS, Th. VAN HALTEREN, *Le nouveau régime de protection des personnes majeures. Analyse de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014 ; D. SCHEERS, C. SCHEERS, *Bewind 2.0 Artikelsgewijze commentaar bescherming meerderjarige personen na de wet van 21 december 2018*, Antwerpen, Intersentia, 2019 ; Th. VAN HALTEREN, « Quelques récentes modifications législatives en matière de protection des personnes majeures vulnérables (loi du 21 décembre 2018) », *Incapables majeurs : adaptation de la loi de 2013*, Bruges, La charte, 2019, pp. 67-107 ; Fr.-J. WARLET, *La capacité protégée : analyse de la loi du 17 mars 2013,* Waterloo, Kluwer, 2014.

1. La protection extrajudiciaire

Concrètement, chacun se voit encouragé à organiser une incapacité future au moyen d'un mandat général ou spécial enregistré auprès de la Fédération royale du notariat belge et qui prendra effet en cas d'incapacité de fait, à l'inverse d'un mandat classique[259]. Comme un mandat classique, toutefois, l'application de la protection extrajudiciaire n'entraîne aucune incapacité juridique dans le chef du mandant[260].

La protection extrajudiciaire a vocation à devenir le droit commun de la protection : « La protection extrajudiciaire doit, en tant que mesure informelle et plus légère, gagner progressivement en importance, de manière à ce que la procédure formelle, longue et (plus) radicale de la protection judiciaire devienne de plus en plus exceptionnelle » [261]. Toutefois le mécanisme n'était prévu, au départ, que pour les actes de représentation relatifs aux biens[262], ce qui paraît difficilement conciliable avec cet objectif.

Par conséquent, le législateur a revu sa copie et étendu le champ d'application des mandats de protection extrajudiciaire, qui peuvent aujourd'hui porter sur des décisions personnelles, en matière de résidence et de soins par exemple[263].

> Cela implique concrètement qu'il pourra dorénavant également être prévu, dans un mandat de protection dans quelle maison de repos on voudrait être admis le cas échéant ou quelles mesures devront être prises concernant l'exercice des droits du patient. Il est par ailleurs précisé que, outre des actes de représentation concernant des biens, le mandat peut également concerner de simples actes de gestion tels que la perception de revenus et le paiement de factures. Par conséquent, il sera désormais possible de tout régler dans un mandat de protection à l'exception de ce qui concerne les actes extrêmement personnels et sans préjudice de la législation spéciale concernant certaines manifestations de volonté, telles que l'euthanasie par exemple, et qui a la primauté[264].

---

[259] Art. 489 à 490/2 et 2003, al. 5, du Code civil. Pour un éclairage intéressant sur « le principe de continuité ou de prolongation en cas d'incapacité du mandant », voy. N. GALLUS, Th. VAN HALTEREN, *Le nouveau régime de protection des personnes majeures. Analyse de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 63 et s.

[260] Proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables et proposition de loi instaurant un régime global d'administration provisoire des biens et des personnes, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 1009/010, p. 39.

[261] *Ibidem*, pp. 30-31.

[262] Art. 489, ancien, du Code civil, tel que prévu initialement par la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine.

[263] Art. 489 du Code civil. En matière de droits du patient, le mandat reste en outre soumis à la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *lex specialis* (Th. VAN HALTEREN, « Quelques récentes modifications législatives en matière de protection des personnes majeures vulnérables (loi du 21 décembre 2018) », *Incapables majeurs : adaptation de la loi de 2013*, Bruges, La charte, 2019, p. 71).

[264] Projet de loi portant dispositions diverses (…), Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3303/008, p. 7. Le mandant conserve en effet la possibilité d'adjoindre au mandat prévu dans le cadre de la protection extrajudiciaire, d'autres mandats ou déclarations anticipées visées par des législations spécifiques, telles que la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient ou la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie. Pour une illustration concrète de ces possibilités, voy. M. VAN MOLLE, « Le mandat extrajudiciaire : une institution au service des personnes vulnérables », *La protection des personnes vulnérables à la lumière de la loi du 17 mars 2013, Acte de la journée d'études organisée le 12 mai 2014 par le conseil francophone de la F.N.R.B*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 58 et s. (cette référence date d'avant la possibilité de conférer au mandataire un pouvoir

Avant même l'extension du champ d'application de la protection extrajudiciaire, la proportion de celle-ci était encourageante, par rapport au nombre de mesures de protection judiciaire : « [en octobre 2018], au total, 86 122 mandats de protection sont, (…), enregistrés dans le registre, soit un nombre pratiquement équivalent au nombre d'administrations par voie judiciaire, [qui] représente un total de 113 154 personnes »[265] ; « le nombre de Belges qui établissent un mandat de protection extrajudiciaire augmente de manière spectaculaire. Pendant les six premiers mois de 2019, il y a eu en moyenne 4.600 mandats de protection extrajudiciaire enregistrés chaque mois. Sur la même période l'an dernier, la moyenne était de 2.900 par mois. Aujourd'hui, 126.016 Belges ont déjà établi un mandat de protection extra-judiciaire »[266].

Ces chiffres, combinés à l'extension des possibilités du mandat de protection extrajudiciaire, permettent d'espérer que ce mécanisme devienne le régime habituel, dans le futur.

Une dernière précision s'impose : la protection extrajudiciaire porte un nom un peu trompeur, dans la mesure où elle confère d'importantes prérogatives au juge de paix. Ce dernier a en effet la *possibilité*

- de statuer sur l'exécution du mandat et, par exemple de lui préférer à cette occasion la protection judiciaire[267] ;
- de « soumettre l'exécution du mandat aux mêmes formalités que celles qui s'appliquent dans le cas d'une mesure de protection judiciaire », de « statuer sur les conditions et les modalités d'exécution du mandat »[268] ;
- de mettre fin au mandat « si l'exécution de la mission est de nature à mettre en péril les intérêts du mandant ou qu'il y a lieu de remplacer, en tout ou en partie, le mandat par une mesure de protection judiciaire qui serait plus conforme aux intérêts du mandant »[269].

2. La protection judiciaire…

Le nouveau régime d'incapacité, la « protection judiciaire », calquée sur l'administration provisoire des biens, se veut adaptable aux particularités de chaque situation : l'administrateur peut ainsi être un administrateur des biens, de la personne ou des deux, et exercer une mission soit d'assistance, soit de représentation.

décisionnel relatif à des matières personnelles, mais elle reste intéressante pour son articulation pratique des différentes législations pertinentes en matière de planification de l'incapacité).

[265] Projet de loi portant dispositions diverses (…), Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3303/008, pp. 7-8.

[266] FEDNOT, « Le nombre de Belges qui désignent un mandataire pour quand ils ne seront plus capables augmente fortement », disponible sur www.notaire.be, 1er août 2019, p. 1.

[267] Art. 490/1, §2, du Code civil.

[268] Art. 490/2, §2, du Code civil.

[269] *Ibidem*.

a) … de la personne…

Désormais, lorsque le juge de paix décide d'une mesure d'incapacité juridique relative à la personne, il doit obligatoirement préciser « quels sont les actes en rapport avec la personne que la personne protégée est incapable d'accomplir, en tenant compte des circonstances personnelles ainsi que de son état de santé ». « Il énumère expressément ces actes dans son ordonnance. En l'absence d'indications dans l'ordonnance (…), la personne protégée reste capable pour tous les actes relatifs à sa personne »[270].

La même disposition du Code civil énonce ensuite une liste d'actes relatifs à la personne sur lesquels le juge de paix doit obligatoirement se prononcer dans son ordonnance : il doit ainsi expressément préciser si la personne est capable ou pas de choisir sa résidence, de consentir au mariage, de reconnaitre un enfant… et, jusqu'en 2019, « d'exercer les droits du patient prévus par la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient »[271].

L'obligation d'apprécier la capacité de la personne d'exercer ses droits de patient a en effet été retirée au juge de paix par la loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice. Cependant, « dans tous les cas, le juge se prononce également sur la compétence de l'administrateur d'exercer les droits du patient sur base de l'article 14, § 2, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, si la personne n'est pas en mesure d'exercer elle-même ces droits selon la loi précitée »[272].

Le juge ne doit donc plus apprécier lui-même la capacité de la personne d'exercer ses droits de patient, cette tâche revenant au praticien de la santé[273]. Il a néanmoins l'obligation de préciser si l'administrateur de la personne aura ou non un rôle à jouer en matière de droits du patient, dans l'hypothèse où le praticien de la santé considérerait la personne protégée comme incapable d'exercer elle-même ses droits[274]. Si le juge de paix déclare l'administrateur de la personne compétent dans cette hypothèse, cet administrateur devra alors être intégré à la cascade de représentants du patient, dont il a déjà été question et à laquelle je reviendrai[275].

b) … et/ou de ses biens

Lorsque le juge de paix ordonne une mesure qui s'étend à la gestion des biens, il doit également évaluer la capacité de la personne d'accomplir une série d'actes relatifs aux biens[276]. De

[270] Art. 492/1, §1er, du Code civil.
[271] Art. 492/1, §1er, 15°, ancien, du Code civil, tel que prévu initialement par la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine.
[272] Art. 492/1, §1er, al. 4, du Code civil.
[273] Art. 14 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[274] Projet de loi portant dispositions diverses (…), Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3303/001, pp. 26-27.
[275] *Cf. supra*, Section 1ère, §1er, 2. L'article 14 et l'incapacité de fait : la représentation en cascade. *Cf. infra*, §2, 3. L'administrateur de la personne.
[276] Art. 492/1, §2 du Code civil.

manière générale, à nouveau, seuls les actes pour lesquels le juge a expressément déclaré la personne incapable sont concernés par la mesure de protection, la personne protégée restant capable pour tout acte non mentionné dans l'ordonnance[277].

Le législateur de 2013 avait néanmoins admis une exception de taille à ce régime sur mesure : le Code civil prévoyait qu'un arrêté royal établisse, « sur avis conforme de l'Ordre des médecins et du Conseil supérieur national des personnes handicapées, une liste des états de santé réputés altérer gravement et de façon persistante la faculté de la personne à protéger d'assumer dûment la gestion de ses intérêts patrimoniaux, même en recourant à l'assistance »[278]. D'après la même disposition, « s'il ressort du certificat médical (…) que la personne à protéger est dans un état de santé qui figure sur la liste visée à l'alinéa 1er, (…) la personne à protéger est représentée lors de l'accomplissement de tous les actes juridiques et les actes de procédure concernant ses biens. Le juge de paix a néanmoins la possibilité de procéder à une appréciation sur mesure s'il l'estime nécessaire ».

Certaines personnes auraient donc pu être victimes d'une présomption d'incapacité patrimoniale générale sur la base d'un diagnostic. Voilà un spectaculaire retour en arrière, par rapport aux objectifs de la réforme. Une telle liste contredisait la volonté du législateur d'individualiser la mesure de protection et se trouvait en porte-à-faux par rapport aux dispositions internationales imposant les principes de nécessité, subsidiarité et proportionnalité des mesures d'incapacité[279].

L'arrêté royal devant dresser la liste des états de santé susvisés se laissant désirer, il a été dit que cette mesure ne serait peut-être jamais d'application[280]. Il se peut en outre que le gouvernement ait rechigné à la tâche, tout comme l'Ordre des médecins et le Conseil supérieur national des personnes handicapées, dont l'« avis conforme » était sollicité. Quoi qu'il en soit, la disposition prévoyant l'établissement de cette fameuse liste a été abrogée par la loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice.

[277] Art. 492/1, §2 du Code civil.
[278] Art. 492/5, ancien, du Code civil, tel que prévu initialement par la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine et abrogé par la loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice.
[279] Art. 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées ; Principes 5 et 6 de la Recommandation N° R (99) 4 du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables ; Recommandation CM/Rec(2009)11 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité.
[280] N. GALLUS et Th. VAN HALTEREN, « La personnalisation des mesures d'incapacité », *La protection des personnes majeures : dix-huit mois de pratique*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 28 ; N. DANDOY, « Tour d'horizon de la procédure – Du certificat médical circonstancié en particulier », *La protection des personnes majeures : dix-huit mois de pratique*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 120.

c) Volonté assistée ou substituée

Une fois que le juge a déterminé les actes pour lesquels la personne doit être considérée comme juridiquement incapable, il doit ensuite opter pour une forme de traduction de l'incapacité : représentation ou assistance.

Si l'administrateur représente la personne, il prend les décisions en son nom et pour son compte[281], tandis que l'assistance consiste en « l'intervention de l'administrateur en vue de parfaire la validité d'un acte posé par la personne protégée elle-même »[282]. L'administrateur qui a une mission d'assistance doit donc accompagner la personne dans les décisions qu'elle prend, à moins que ces décisions lui portent préjudice. En cas d'assistance aux actes relatifs à la personne, le Code civil réduit légèrement la marge de manœuvre de l'administrateur : l'assistance ne peut être refusée que si l'acte porte *manifestement* préjudice à la personne, là où l'assistance à des actes patrimoniaux peut être refusée dès que l'acte porte préjudice à la personne, sans que ce préjudice soit manifeste[283].

Toujours dans l'idée d'attenter le moins possible à la liberté de la personne incapable, le Code civil fait de l'assistance le régime d'incapacité ordinaire : « Le juge de paix ne peut ordonner la représentation pour l'accomplissement d'un acte juridique ou d'un acte de procédure que si l'assistance dans l'accomplissement de cet acte ne suffit pas »[284]. Par conséquent, si l'ordonnance ne précise pas la forme que doit prendre la mission de l'administrateur, celui-ci n'a que la possibilité d'assister la personne dans les actes pour lesquels celle-ci a été déclarée incapable[285].

Le juge de paix doit en outre préciser les modalités de l'assistance. « Le juge de paix peut décider que l'assistance consiste dans l'octroi par l'administrateur d'un consentement préalable à l'accomplissement d'un seul acte déterminé, d'une catégorie d'actes déterminés ou d'actes poursuivant un objectif déterminé. Dans ce dernier cas, le juge de paix précise explicitement (…) les actes relatifs à cet objectif. Le consentement à l'accomplissement d'actes poursuivant un objectif déterminé doit en tout cas être donné par écrit »[286]. Si rien n'est précisé dans l'ordonnance, l'assistance prend la forme d'un consentement écrit préalable ou d'une cosignature de l'acte écrit[287].

Lorsque le juge estime qu'une mesure d'assistance est insuffisante, il peut ordonner une mesure de représentation. Pour rester au plus près des désirs de la personne protégée, il est alors prévu que « l'administrateur associe la personne protégée, dans toute la mesure du possible et compte tenu de sa capacité de compréhension, à l'exercice de sa mission » et qu'« il se concerte, à

[281] Art. 494, f), du Code civil.
[282] Art. 494, e), du Code civil.
[283] Art. 498/2, al. 1er et 2, du Code civil.
[284] Art. 492/2 du Code civil.
[285] *Ibidem*.
[286] Art. 498/1 du Code civil.
[287] *Ibidem*. Cette façon d'assister la personne protégée dans l'exercice de ses droits semble toutefois difficile à mettre en œuvre au quotidien.

intervalles réguliers et au moins une fois par an, avec la personne protégée ou avec sa personne de confiance »[288].

Sauf exception décidée par le juge de paix en raison de circonstances particulières, l'administrateur doit également informer régulièrement la personne protégée des actes qu'il accomplit et respecter les principes directeurs que cette personne a éventuellement fait connaître préalablement à la désignation de l'administrateur[289].

d) Sort des actes strictement personnels

Certains actes intimement liés à l'individu, tels que le mariage, le divorce, l'exercice de l'autorité parentale, la rédaction d'un testament… échappent évidemment au pouvoir de l'administrateur[290].

Si le juge de paix n'a pas expressément désigné la personne protégée comme incapable d'accomplir ces actes[291] et qu'elle présente, en fait, le discernement suffisant pour ce faire, rien ne s'oppose à ce qu'elle les accomplisse elle-même.

Si, par contre, la personne protégée souhaite accomplir un acte pour lequel elle a été déclarée incapable et que son administrateur n'est pas autorisé à accomplir à sa place, elle peut, pour des actes personnels tels que le mariage ou la reconnaissance d'un enfant, solliciter une autorisation dérogatoire du juge de paix, qui vérifiera à ce moment l'aptitude à accomplir l'acte en question.

Dans l'hypothèse d'une incapacité totale à accomplir certains actes qui s'avèrent pourtant nécessaires, d'autres mécanismes que la représentation par l'administrateur sont susceptibles de s'appliquer : en matière de filiation, par exemple, la personne protégée ne devra pas consentir à sa reconnaissance mais sera simplement entendue pour avis ; si la personne protégée a des enfants, l'autorité parentale sera exercée par l'autre parent, etc.[292].

---

[288] Art. 499/1, §3, du Code civil.

[289] Art. 496 et 499/1, §3, du Code civil. L'article 496 prévoit la possibilité, pour une personne juridiquement capable, de « déposer devant le juge de paix de sa résidence ou, à défaut, de son domicile ou devant un notaire une déclaration dans laquelle elle fait connaître sa préférence en ce qui concerne l'administrateur ou la personne de confiance à désigner si le juge de paix ordonnait une mesure de protection judiciaire. Cette même déclaration peut contenir plusieurs principes que l'administrateur chargé d'une mission de représentation doit respecter dans l'exercice de sa mission ».

[290] Art. 497/2 du Code civil.

[291] Conformément à l'article 492/1 du Code civil.

[292] Pour plus de détails sur ces mécanismes, voy. A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), *DE PAGE Traité de droit civil belge. Les personnes*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 1169 et s. ; Th. DELAHAYE, *La protection judiciaire et extrajudiciaire des majeurs en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 90 et s. ; Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, pp. 206 et s.

e) Rôle des proches

La réforme des régimes d'incapacité veille à préserver et renforcer le rôle des proches. Ceux-ci se voient en effet confier un rôle de premier plan, tant en ce qui concerne la procédure de mise sous protection judiciaire que le déroulement de la mesure de protection elle-même.

Comme pour l'administration provisoire, le juge de paix qui doit désigner un administrateur doit en principe le choisir parmi les proches de la personne à protéger :

> Le juge de paix choisit de préférence, comme administrateur de la personne, les parents ou l'un des deux parents, le conjoint, le cohabitant légal, la personne vivant maritalement avec la personne à protéger, un membre de la famille proche, une personne qui se charge des soins quotidiens de la personne à protéger ou qui accompagne la personne à protéger et son entourage dans ces soins, ou une fondation privée, qui se consacre exclusivement à la personne à protéger ou une fondation d'utilité publique qui dispose, pour les personnes à protéger, d'un comité institué statutairement chargé d'assumer des administrations, en tenant compte de l'opinion de celle-ci ainsi que de sa situation personnelle, de ses conditions de vie et de sa situation familiale.
>
> Le juge de paix désigne de préférence l'administrateur de la personne comme administrateur des biens, à moins que cela ne soit contraire à l'intérêt de la personne à protéger ou qu'il n'ait pas été désigné de personne de confiance. En l'absence d'un administrateur de la personne ou s'il estime qu'une autre personne doit être désignée comme administrateur des biens, le juge de paix choisit de préférence comme administrateur des biens les parents ou l'un des deux parents, le conjoint, le cohabitant légal, la personne avec laquelle la personne à protéger vit maritalement, un membre de la famille proche, une personne qui se charge des soins quotidiens de la personne à protéger ou qui accompagne la personne à protéger et son entourage dans ces soins, ou une fondation privée qui se consacre exclusivement à la personne à protéger ou une fondation d'utilité publique qui dispose, pour les personnes à protéger, d'un comité institué statutairement chargé d'assumer des administrations, ou le mandataire visé à l'article 490[293], en tenant compte de l'opinion de la personne à protéger ainsi que de sa situation personnelle, de la nature et de la composition du patrimoine à gérer et de la situation familiale de la personne à protéger.
>
> Si le juge de paix souhaite désigner une fondation privée ou une fondation d'utilité publique en qualité d'administrateur, il vérifie au préalable si les statuts de cette fondation et les règlements pris en exécution des statuts s'accordent avec les objectifs et les dispositions du présent chapitre[294].

[293] On peut se demander pourquoi cette faculté de désigner le mandataire extrajudiciaire n'a pas été mentionnée au paragraphe précédent. Il s'agit probablement d'un oubli : avant la révision entrée en vigueur au 1er mars 2019, le mandat de protection extrajudiciaire ne pouvait concerner que des actes de représentation relatifs aux biens et il y avait moins de sens à le mentionner comme personne proche susceptible d'exercer les droits personnels de la personne protégée. Maintenant que le mandataire peut également être chargé de prendre des décisions relatives aux intérêts personnels du mandant, il devrait logiquement figurer dans la liste des proches susceptibles de devenir administrateur de la personne, en cas d'ouverture d'une protection judiciaire.

[294] Art. 496/3 du Code civil, qui précise que cette réflexion du juge n'intervient que lorsqu'aucune déclaration de préférence préalable n'a été enregistrée, en vertu des articles 496 ou 496/1 du Code civil, ou que le choix exprimé par une telle déclaration n'a pas pu être suivi.

Les proches d'une personne protégée peuvent également faire connaître à l'avance la personne qu'ils voudraient voir désigner comme administrateur, dans l'hypothèse où l'administrateur désigné ne pourrait plus exercer ses fonctions : « Les parents, le conjoint, le cohabitant légal, la personne vivant maritalement avec la personne protégée ou un membre de la famille proche qui a été désigné comme administrateur peuvent déposer, devant le juge de paix qui gère le dossier administratif, une déclaration dans laquelle ils font connaître leur préférence quant à l'administrateur à désigner au cas où l'administrateur ne pourrait plus exercer lui-même son mandat »[295].

Compte tenu des renseignements précieux qu'ils sont susceptibles de fournir au juge de paix, les proches de la personne protégée ou à protéger sont largement pris en compte dans les règles procédurales.

Ainsi, toute requête en matière de protection judiciaire doit mentionner « le cas échéant, les nom, prénoms, résidence ou domicile de son père et de sa mère, de ses enfants majeurs, de son conjoint, du cohabitant légal, pour autant que la personne protégée ou à protéger vive avec eux, ou de la personne avec laquelle elle vit maritalement ou, le cas échéant, la dénomination et le siège social de la fondation privée qui se consacre exclusivement à la personne protégée ou d'une fondation d'utilité publique qui, pour la personne à protéger, dispose d'un comité créé statutairement et chargé d'assurer les administrations »[296].

Le juge de paix peut toujours convoquer le requérant, la personne protégée ou à protéger, le mandataire, le ou les administrateurs, la personne de confiance, les parents de la personne protégée ou à protéger, ses enfants majeurs, son conjoint, son cohabitant légal ou la personne avec laquelle elle vit maritalement[297]. Les mêmes personnes peuvent en outre comparaître volontairement à l'audience[298].

Enfin, certaines dispositions renforcent les garanties procédurales dans les cas où la décision du juge pourrait affecter la capacité juridique de la personne concernée par la demande :

> Lorsque la demande est susceptible d'affecter la capacité de la personne protégée ou à protéger, (…) le juge de paix recueille des renseignements utiles sur la situation familiale, morale et matérielle ainsi que sur ses conditions de vie, auprès de l'entourage de la personne protégée ou à protéger ou de toute personne apte à le renseigner. Les parents jusqu'au second degré de la personne protégée ou à protéger ainsi que les personnes qui se chargent de ses soins quotidiens ou qui l'accompagnent sont considérés comme membres de son entourage.
>
> Dans les autres cas, le recours aux mesures d'investigation et d'information visées à l'alinéa 1er est facultatif.

[295] Art. 496/1 du Code civil.
[296] Art. 1240, §1er, 4°, du Code judiciaire.
[297] Art. 1244, §2, al. 3, du Code judiciaire, faisant référence à l'article 1240, §1er, 4° du même code.
[298] *Ibidem*.

> Dans tous les cas, le juge peut recueillir les renseignements visés à l'alinéa 1er auprès du procureur du Roi, à l'intervention du service social compétent[299].

Par exemple, si la demande vise la mise sous protection judiciaire d'une personne, il est évident qu'elle est susceptible d'affecter la capacité de la personne à protéger. A l'inverse, si la demande vise à solliciter une autorisation spéciale du juge de paix[300] ou à faire remplacer l'administrateur[301], elle ne devrait pas avoir d'impact sur la capacité juridique de la personne protégée.

Par ailleurs, la réforme des statuts d'incapacité a eu d'importantes conséquences sur l'exercice des droits du patient, auquel s'attache spécifiquement le point suivant.

§2. Incapacité et décisions relatives aux soins

Le mariage de principes issus de la réforme des incapacités et de règles préexistantes en matière de droits du patient a donné naissance à un ensemble hiérarchisé mais hétéroclite de mécanismes de représentation de ce dernier. *Pour le meilleur et pour le pire*… Ce mariage-ci n'échappe pas à la règle : il réalise, d'une part, une avancée majeure en matière de droits du patient, soit la prise en compte de la capacité réelle, de fait, de ce dernier ; d'autre part, il a parfois compliqué de manière spectaculaire le rôle de l'administrateur de la personne, en théorie du moins.

L'article 13 ayant disparu en même temps que la minorité prolongée et l'interdiction, il faut désormais tenir exclusivement compte de l'article 14 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et respecter les priorités imposées.

L'actuel article 14 est reproduit *in extenso* ci-dessous, chaque exposant correspondant à un point des explications qui suivront, tandis que les passages en italique désignent les différentes personnes susceptibles d'exercer les droits du patient :

> Art. 14. § 1er. **[1]***Les droits d'une personne majeure inscrits dans la présente loi sont exercés par la personne même*, pour autant qu'elle soit capable d'exprimer sa volonté pour ce faire. Ces droits sont cependant exercés **[2]***par une personne que le patient a préalablement désignée* pour se substituer à lui, pour autant et aussi longtemps qu'il n'est pas en mesure d'exercer ses droits lui-même.
> La désignation de la personne visée à l'alinéa 2 s'effectue par un mandat écrit spécifique, daté et signé par cette personne ainsi que par le patient, mandat par lequel cette personne marque son consentement. Ce mandat peut être révoqué par le patient ou par le mandataire désigné par lui par un écrit daté et signé.

[299] Art. 1246, §3, du Code judiciaire.
[300] En vertu de l'art. 499/7 du Code civil.
[301] En vertu de l'art. 496/7 du Code civil.

§ 2. Si le patient n'a pas désigné de mandataire ou si le mandataire désigné par le patient n'intervient pas, les droits établis par la présente loi sont exercés [3]*par l'administrateur de la personne désigné par le juge de paix pour le faire, conformément à l'article 492/1, § 1er, alinéa 4,* pour autant et aussi longtemps que la personne protégée n'est pas en mesure d'exercer ses droits elle-même.

§ 3. Si aucun administrateur n'est habilité à représenter le patient en vertu du § 2, les droits établis par la présente loi sont exercés [4]*par l'époux cohabitant, le partenaire cohabitant légal ou le partenaire cohabitant de fait.*

Si la personne qui peut intervenir en vertu de l'alinéa 1er ne souhaite pas intervenir ou si elle fait défaut, les droits sont exercés, en ordre successif, *par un enfant majeur, un parent, un frère ou une sœur majeurs du patient.*

Si la personne qui peut intervenir en vertu de l'alinéa 2 ne souhaite pas intervenir ou si elle fait défaut, c'est le praticien professionnel concerné, le cas échéant dans le cadre d'une concertation pluridisciplinaire, qui veille aux intérêts du patient. Il en va de même en cas de conflit entre deux ou plusieurs personnes pouvant intervenir en vertu du § 2 ou des alinéas 1er et 2.

§ 4. Le patient est associé à l'exercice de ses droits autant qu'il est possible et compte tenu de sa capacité de compréhension.

§ 5. Le droit de plainte visé à l'article 11 peut, par dérogation aux §§ 1er, 2 et 3, être exercé par les personnes visées à ces paragraphes, désignées par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, sans devoir respecter l'ordre prévu ».

1. La primauté de la capacité de fait du patient

La prise en compte de la capacité de fait du patient, de ses facultés réelles, indépendamment de toute mesure d'incapacité juridique, constitue une avancée majeure.

Même en présence d'un administrateur de la personne, désigné par le juge comme compétent pour exercer les droits du patient, le praticien doit s'assurer personnellement de l'impossibilité, pour le patient, d'exercer lui-même ses droits : si, compte tenu des circonstances concrètes dans lesquelles se pose la question de l'exercice des droits du patient, il s'avère que la personne concernée est capable, au moment opportun, d'exercer elle-même ces droits, cet exercice ne peut lui être retiré[302].

Cette nouvelle disposition se situe dans la droite ligne des instruments internationaux qui prônent unanimement la préservation de la capacité[303].

---

[302] Non seulement le texte de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient semble clair, mais en outre les travaux préparatoires insistent sur la primauté de la capacité de fait (Proposition de loi instaurant un statut global de protection des personnes majeures incapables (…), Rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 1009/10, p. 23). En ce sens également, V. DEBREYNE, T. VAN HIRTUM, M.-N. VERHAEGEN, « Les droits du patient : des avancées législatives, des constats et des questions », *T. Gez.* / *Rev. dr. santé*, 2014/2015, p. 16 ; éléments repris par ailleurs dans le rapport annuel 2013 du Service de médiation fédéral « Droits du patient », www.patientrights.be

[303] Principe 3 de la Recommandation N° R (99) 4 du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables ; Principe 9 de la Recommandation CM/Rec(2009)11 du Comité des Ministres

2. Le mandataire du patient comme représentant prioritaire

Le mandataire désigné par le patient prime tout autre représentant.

De nouveau, l'existence d'un administrateur de la personne n'a aucune influence ici. Quand bien même le juge de paix aurait précisé dans l'ordonnance que l'administrateur de la personne était compétent pour l'exercice des droits du patient, cette compétence ne doit être mobilisée qu'à défaut d'un mandataire désigné par le patient lui-même.

3. L'administrateur de la personne

Depuis l'entrée en vigueur des nouveaux régimes de protection, le rôle du juge de paix en matière de droits du patient a été modifié. Il reste cependant intéressant d'expliquer le mécanisme originellement prévu par la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine : ce mécanisme illustre en effet une tendance à la *surprotection* des personnes considérées comme incapables.

a) Depuis le 1er mars 2019

Lorsque le juge de paix ordonne une mesure de protection judiciaire relative à la personne, il ne doit aujourd'hui plus se prononcer sur la *capacité de la personne protégée* à exercer ses droits de patient, mais seulement sur la *compétence de l'administrateur*, au cas où un praticien de la santé estimerait le patient incapable d'exercer lui-même ses droits[304]. Par conséquent, en cas d'incapacité de fait du patient pourvu d'un administrateur de la personne expressément compétent pour l'exercice des droits du patient, cet administrateur intègre la cascade des représentants potentiels du patient, en deuxième ordre[305].
Puisqu'il ne doit plus évaluer la capacité de la personne à protéger d'exercer ses droits de patient, sur quelle base le juge de paix est-il supposé apprécier la compétence de l'administrateur de la personne en ce domaine ?

En l'absence d'explication dans les travaux préparatoires, la seule interprétation cohérente semble être celle de l'analyse sociale : si la personne à protéger est isolée et ne peut vraisemblablement pas compter sur le soutien éventuel d'un conjoint, parent, enfant, frère ou sœur, il vaut sans doute mieux rendre l'administrateur de la personne compétent pour les droits

aux Etats membres sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité ; Art. 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.
[304] Art. 492/1, §1er, al. 4, du Code civil.
[305] C'est-à-dire après le mandataire éventuellement et anticipativement désigné par le patient lui-même, en vertu de l'article 14, §1er de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient (Th. VAN HALTEREN, « Quelques récentes modifications législatives en matière de protection des personnes majeures vulnérables (loi du 21 décembre 2018) », *Incapables majeurs : adaptation de la loi de 2013*, Bruges, La charte, 2019, p. 77).

du patient, au cas où la personne à protéger serait à l'avenir estimée incapable de les exercer, par un praticien professionnel. Dans ce cas, l'administrateur pourrait alors la représenter. A l'inverse, si le juge de paix constate que la personne à protéger bénéficie d'un réseau social attentif, il pourrait lui sembler plus approprié de laisser les proches prendre le relai en matière de droits du patient, le cas échéant, selon l'ordre prévu par la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

Cette interprétation est également conforme à l'esprit des règles en matière de protection des incapables majeurs, qui entendent impliquer les proches dans la mise en œuvre des mesures de protection[306].

b) Du 1er septembre 2014 au 1er mars 2019 : un régime de surprotection

i. Le mécanisme de l'autorisation préalable

Suite à la réforme des régimes d'incapacité juridique, il était initialement prévu que l'administrateur compétent ne puisse exercer les droits du patient qu'« après autorisation du juge de paix, conformément à l'article 499/7, § 1er du Code civil »[307].

Le Code civil exigeait en effet que l'administrateur de la personne soit spécialement autorisé par le juge de paix pour accomplir certains actes, parmi lesquels figurait l'exercice des droits du patient[308].

Il existait deux tempéraments à cette lourde procédure : d'une part, le juge de paix pouvait donner une autorisation valable « pour l'exercice de tous les droits liés à un traitement médical déterminé »[309], ce qui est heureux pour les personnes atteintes de maladies chroniques ou au long cours ; d'autre part, en cas d'urgence, l'administrateur pouvait se passer de l'autorisation du juge de paix et devrait alors informer sans délai le juge de paix et les éventuels administrateur de biens et personne de confiance de la personne concernée[310].

Le rôle du juge de paix en la matière pouvait prêter à confusion. S'agissait-il seulement d'un contrôle marginal relatif à l'incapacité réelle du patient d'exercer ses droits ou d'un véritable contrôle de contenu de la décision à prendre par l'administrateur ? Cette deuxième hypothèse faisait légitimement craindre à certains juges qu'on vienne un jour leur demander s'il fallait « débrancher le patient ou pas »[311].

---

[306] Art. 496/1 et 496/3 du Code civil ; art. 1240, §1er, 4°, 1244, §2, al. 3 et 1246, §3, du Code judiciaire. *Cf. supra*, §1er, 2., e) Rôle des proches
[307] Art. 14, ancien, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[308] Art. 499/7, §1er, 2°, ancien, du Code civil.
[309] Art. 499/7, §1er, al. 2, ancien, du Code civil.
[310] Ancien art. 499/7, §1er, al. 3, du Code civil.
[311] Exemple donné par un juge de paix lors d'un séminaire consacré au nouveau régime des incapacités : « Le nouveau régime d'incapacités », Université de Namur, Faculté de droit, ADANAM, 26 février 2015.

Les travaux parlementaires confortaient les juges de paix dans ce rôle de toute-puissance décisionnelle, puisqu'ils précisent que « le régime d'autorisation constitue un contrôle préventif effectué par le juge de paix et qui vise à éviter qu'un acte juridique important envisagé porte gravement atteinte à la personne ou au patrimoine de la personne protégée »[312]. Cette précision tend à exclure l'idée d'un contrôle marginal sur l'incapacité. Le système de l'autorisation préalable impliquait donc que le juge ait une idée précise des décisions médicales envisagées par l'administrateur de la personne, afin de pouvoir lui refuser l'autorisation le cas échéant. Logiquement, la doctrine interprétait de la même façon le régime de l'autorisation préalable : le « Code civil organise un contrôle préventif des actes juridiques liés à l'exercice des droits du patient »[313] ; « le juge de paix vérifie si l'acte sert les intérêts ou le patrimoine de la personne protégée »[314].

Ce mécanisme aurait été adopté en réaction à des abus commis sous le régime de l'administration provisoire, notamment en matière de changement de résidence : l'administrateur provisoire ne parvenant pas toujours à convaincre la personne d'entrer en maison de repos[315], pour prendre un exemple classique, « certains proches utilisaient la définition large des soins en milieu familial prévus comme modalité d'application de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux aux fins de tenter de contraindre la personne suscitant quelques inquiétudes à entrer en maison de retraite ou de repos et de soins »[316]. Le nouveau régime aurait donc cherché à éviter ces détournements en obligeant l'administrateur qui souhaite modifier le lieu de résidence à venir s'en expliquer devant le juge de paix, qui entend également la personne protégée.

L'application de ce mécanisme à l'exercice des droits du patient posait toutefois question : d'une part, la loi relative aux droits du patient prévoit elle-même des garanties contre les actes qui porteraient gravement atteinte à l'intégrité du patient représenté ; d'autre part, si l'achat d'un immeuble ou le changement de résidence sont des actes ponctuels, il n'en va pas de même de l'exercice des droits du patient, qui peut être pratiquement continu sans pour autant que ces droits se rapportent tous au même « traitement médical déterminé ».

Exercer ses droits du patient, c'est éventuellement recevoir des informations médicales importantes et prendre des décisions graves, mais c'est aussi voir un dentiste, consulter un psychologue, demander son avis à un kinésithérapeute, faire une prise de sang, etc. Il était

[312] Proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables et proposition de loi instaurant un régime global d'administration provisoire des biens et des personnes, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 1009/010, p. 81.
[313] A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), *DE PAGE Traité de droit civil belge. Les personnes*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 1172.
[314] Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 214.
[315] L'administrateur n'avait en principe que des pouvoirs purement patrimoniaux, mais une pratique largement établie consistait à faire nommer un administrateur provisoire qui convainquait (?)la personne d'intégrer une structure de soins… Il y a fort à parier que la personne concernée pensait ne plus avoir le choix, dès lors qu'un administrateur lui avait été désigné, et que cette perception erronée des pouvoirs de l'administrateur provisoire a débloqué certaines situations conflictuelles.
[316] Fl. REUSENS, « Petit aperçu de la grande réforme du droit belge des incapacités », *ADL,* 2014, 74, p. 13.

difficile d'imaginer que le législateur ait consciemment choisi d'obliger l'administrateur de la personne à passer par la justice de paix avant chacune de ces décisions.

Enfin, l'autorisation spéciale au juge de paix n'est en principe de mise que dans les cas où l'administrateur de la personne a une mission de représentation et non d'assistance[317] : l'article 499/7 du Code civil, qui imposait l'autorisation spéciale du juge de paix, se trouve dans une section réservée à la représentation et à la gestion. Rien n'empêche le juge de paix de décider d'une mesure d'assistance, y compris pour les droits du patient, mais dans ce cas le régime de l'autorisation préalable n'a jamais été d'application. Ce n'est pas illogique, dans la mesure où la personne qui doit être assistée dans l'exercice de ses droits personnels conserve son pouvoir décisionnel, tempéré par son administrateur seulement lorsqu'un acte lui porte manifestement préjudice. Le *veto* de l'administrateur n'est, dans ce cas, soumis à aucun contrôle d'office. Par ailleurs, si la personne qui doit en principe seulement être assistée devient tout à fait incapable, en fait, de prendre les initiatives qui s'imposent, elle doit être représentée soit par un mandataire qu'elle a expressément désigné au préalable, soit par les autres personnes mentionnées à l'article 14, §3, de la loi relative aux droits du patient, mais pas par son administrateur : celui-ci ayant été désigné pour une mission d'assistance, il ne peut valablement représenter la personne, sauf à solliciter une modification de ses pouvoirs[318].

ii. Une précaution inutile, un système incohérent

L'exigence d'une autorisation spéciale du juge de paix pour toute intervention relative aux droits du patient constituait une précaution inutile, au regard des garanties déjà prévues :

- lorsque le juge de paix désignait un administrateur de la personne, il devait expressément se prononcer sur la capacité de la personne protégée en matière de droits du patient et donc sur la compétence de l'administrateur en la matière[319] ;

- quoi qu'il en soit, la personne protégée exerce elle-même ses droits de patient « pour autant qu'elle soit capable d'exprimer sa volonté pour ce faire » au moment où cela s'avère nécessaire[320] ;

- si la personne protégée n'est pas capable de discernement et que l'administrateur doit prendre une décision, le praticien professionnel a le pouvoir de déroger à cette décision « dans l'intérêt du patient et afin de prévenir toute menace pour sa vie ou toute atteinte grave à sa santé »[321] ;

[317] Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 211 et 214.
[318] Conformément à l'art. 492/4 du Code civil.
[319] Art. 492/1, §1er, 15°, ancien, du Code civil.
[320] Art. 14, §1er, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[321] Art. 15, §2, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

- si l'administrateur abuse de ses pouvoirs, « le juge de paix peut à tout moment, soit d'office, soit à la demande de la personne protégée, de sa personne de confiance, de son administrateur ou de toute personne intéressée ainsi qu'à celle du procureur du Roi, par ordonnance motivée, remplacer l'administrateur ou modifier les pouvoirs qui lui ont été confiés (…) »[322] .

La plus-value de l'autorisation spéciale du juge de paix pose également question, compte tenu du rôle dudit juge dans ce cas de figure : là où un contrôle marginal de l'incapacité de fait aurait peut-être été intéressant, le juge était plutôt supposé apprécier le bien-fondé de la décision de l'administrateur sur des questions de soins de santé. Le juge de paix n'étant pas compétent en la matière, cette règle ne pouvait que susciter le malaise[323].

En outre, les décisions relatives aux soins étant souvent des actes mixtes, à la fois personnels et patrimoniaux, l'administrateur de la personne et celui des biens, s'ils étaient différents, auraient dû agir conjointement : ainsi, s'il était fait le choix d'une intervention médicale coûteuse, l'administrateur de la personne aurait dû solliciter l'autorisation d'exercer les droits du patient[324], tandis que l'administrateur des biens aurait dû solliciter l'autorisation d'« aliéner les biens de la personne protégée »[325], si les frais excédaient les sommes dont l'administrateur des biens pouvait disposer sans autorisation préalable, telles que fixées par l'ordonnance du juge de paix[326]. Ce dernier, saisi par l'un des deux administrateurs, peut cependant l'autoriser à agir seul[327].

Ce surplus de protection en matière médicale pouvait être de nature à effrayer les personnes nécessitant de nombreux soins, leurs proches ou les professionnels exerçant comme administrateurs, ce qui risquait d'affaiblir le nouveau régime de protection judiciaire au profit du système de la représentation en cascade par les proches.

Il était toutefois possible de gagner un peu de temps. La demande de protection judiciaire va en effet de pair avec un certificat médical circonstancié, qui doit notamment mentionner « l'état de santé de la personne à protéger » et « les soins qu'implique normalement un tel état de santé »[328]. Si sa mission impliquait l'exercice éventuel des droits du patient, l'administrateur désigné pouvait dès lors solliciter rapidement l'autorisation d'exercer ces droits pour les traitements habituellement nécessaires repris dans le certificat. Il aurait même pu déposer une demande urgente, avant la remise de son rapport initial, ou formuler sa demande en même temps qu'il déposait ce rapport[329].

---

[322] Art. 496/7 du Code civil.
[323] En ce sens, D. SCHEERS, C. SCHEERS, *Bewind 2.0 Artikelsgewijze commentaar bescherming meerderjarige personen na de wet van 21 december 2018*, Antwerpen, Intersentia, 2019, p. 73.
[324] Art. 499/7, §1er, 2°, ancien, du Code civil.
[325] Art. 499/7, §2, 1°, du Code civil.
[326] Art. 499/4 du Code civil.
[327] Art. 499/7, §3, du Code civil.
[328] Art. 1241 du Code judiciaire.
[329] Qui, sous l'art. 499/6, ancien, du Code civil, devait être transmis au plus tard un mois après avoir accepté la mission. Suite à la loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice, l'art. 499/6 du Code civil mentionne un délai de six semaines.

Mais pourquoi faire la différence entre les traitements prévisibles et ceux qui le seraient moins ? Pourquoi l'administrateur serait-il moins digne de confiance pour ceux-ci que pour ceux-là ?

Si l'on prend un exemple concret, rien ne permet de justifier la différence de traitement entre l'autorisation générale « pour l'exercice de tous les droits liés à un traitement médical déterminé »[330] et une autorisation spéciale, pour un acte non programmé. Imaginons que la personne protégée souffre d'insuffisance rénale. Logiquement, si le juge l'estime incapable en matière de droits du patient, il autorisera l'administrateur de la personne à exercer tous les droits liés au traitement de cette affection chronique. L'administrateur aurait pu être confronté à des décisions graves, portant sur la poursuite ou non de la dialyse : décider d'arrêter un traitement étant toujours un droit lié à ce traitement, il pourra toutefois décider en conscience de ce qui est le mieux, en fonction de la situation du patient, sans demander quoi que ce soit au juge de paix. Par contre, si le même patient s'était retrouvé dans un état végétatif permanent après un accident de voiture, son administrateur de la personne aurait dû demander au juge de paix l'autorisation de planifier une désescalade thérapeutique, quand bien même elle correspondrait aux règles de l'art de la pratique médicale dans des cas similaires.

De nouveau, où se trouvait la plus-value du juge de paix s'il devait, pour certains actes, en examiner en détails les tenants et aboutissants alors qu'il pouvait, pour d'autres actes d'une gravité comparable, déléguer l'appréciation de leur légitimité à l'administrateur ?

iii. Et en pratique ?

Compte tenu de la charge de travail des juges de paix et des nombreuses obligations qui pesaient déjà sur l'administrateur, on comprend difficilement pourquoi le législateur a d'abord fait le choix d'une formule si complexe, en matière de santé.

Le meilleur conseil à donner, à l'époque, était sans doute de désigner un mandataire pour les soins de santé, conformément à l'article 14, §1er, al. 2, de la loi relative aux droits du patient, afin d'éviter qu'un administrateur de la personne ultérieurement désigné soit confronté à des procédures inutilement lourdes. Rien n'empêche que le mandataire devienne par la suite administrateur de la personne. Ce dernier aurait alors pu se passer de l'autorisation spéciale du juge de paix en matière de droits du patient, grâce à sa double casquette. Schizophrénique, mais pratique.

A l'inverse, l'administrateur désigné, mais non compétent pour les droits du patient, aurait dû pousser la personne protégée à désigner un mandataire, qui aurait été compétent en cas d'incapacité future d'exercice des droits du patient. L'administrateur aurait ainsi pu s'éviter beaucoup de peine, si du moins le mandataire avait été judicieusement choisi.

[330] Art. 499/7, §1er, al. 2, ancien, du Code civil.

En doctrine juridique, Fr. Swennen est l'un des rares auteurs à s'être préoccupé de cette question dès le départ. C'est d'ailleurs à son initiative que l'ancien article 499/7, §1er, du Code civil a mentionné la possibilité, pour le juge de paix, d'autoriser l'administrateur de la personne à exercer « tous les droits liés à un traitement médical déterminé » : le projet de loi initial ne le prévoyant pas, Fr. Swennen avait alors suggéré cette amélioration[331]. Par la suite, il s'est montré très critique quant à l'autorisation spéciale que doit recevoir l'administrateur de la personne pour exercer les droits du patient, en soulignant l'absurdité de cette disposition, tant sur la forme que sur le fond : en effet, à suivre la loi à la lettre, l'administrateur de la personne n'était habilité pour exercer les droits du patient qu'après autorisation du juge de paix, de sorte que la représentation en cascade par les proches aurait alors dû s'appliquer ; en outre, un contrôle préalable était imposé là où le praticien de la santé devait de toute façon vérifier que le représentant ne mettait pas le patient en danger[332], alors que, par exemple, un acte en matière de nationalité pouvait être posé par l'administrateur sans autorisation préalable[333].

Christophe Lemmens avait quant à lui souligné la situation complexe du praticien de la santé, tantôt obligé de s'assurer de l'autorisation du juge de paix, tantôt non, en fonction du régime de représentation qui s'appliquait. Compte tenu du fait que la loi relative aux droits du patient prévoit déjà des limites au pouvoir du représentant, cette règle complexifiait terriblement le système sans convaincre de son efficacité, d'où le plaidoyer de l'auteur pour son abrogation[334].

Le Service de médiation fédéral « Droits du patient » avait également épinglé la quasi-impossibilité d'appliquer le système prévu pour l'administrateur de la personne et la différence étrange de pouvoir entre ce dernier et le représentant « proche », désigné par l'article 14, §3, de la loi relative aux droits du patient[335].

En pratique, il est fort peu probable que le prescrit légal ait été suivi à la lettre. Le bon sens a recommandé aux administrateurs de ne solliciter le juge de paix que lorsque l'intervention envisagée présentait un caractère exceptionnel, invasif ou, peut-être, lorsqu'elle donnait lieu à des conflits avec la personne protégée ou avec/parmi l'entourage de celle-ci. Les administrateurs que j'ai interrogés m'ont confirmé l'impossibilité pratique d'obtenir une autorisation formelle chaque fois qu'il fallait exercer les droits du patient[336]. En réalité, les praticiens n'ont pas eu réellement le choix : s'ils avaient voulu suivre la loi à la lettre, les systèmes judiciaire et de santé auraient été paralysés.

---

[331] À l'occasion de son exposé du 27 avril 2011 à la Chambre des représentants (Proposition de loi instaurant un statut global de protection des personnes majeures incapables (…), Rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53-1009/10, p. 298).

[332] En application de l'art. 15, §2, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

[333] Art. 7 du Code de la nationalité belge (Fr. SWENNEN, « De meerderjarige beschermde personen (Deel II) », *R.W.*, 2013-2014, pp. 610-611 ; Fr. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, p. 232).

[334] Ch. LEMMENS, « De handelings- en wilsonbekwamen », *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2014, p. 932.

[335] SERVICE DE MÉDIATION FÉDÉRAL « DROITS DU PATIENT », « Rapport annuel 2014 », www.patientrights.be, pp. 44-45.

[336] Discussions avec Me David LEFÈVRE, le 2 mai 2018, et Me Marie-Eve CLOSSEN, le 3 juillet 2018, tous deux avocats au barreau de Namur.

Ces différents éléments tendent à confirmer l'idée selon laquelle le législateur de 2013 avait péché par *surprotection* en matière de droits du patient, éventuellement au détriment de matières moins connues mais tout aussi fondamentales pour les citoyens.

Comme l'avait écrit un juge de paix dès 2015, il était « impossible de lister les nombreuses économies, en temps et en argent, qu'un sérieux "lifting" de la loi du 17 mars 2013 sur les incapacités pourrait générer, sans occasionner le moindre préjudice pour qui que ce soit. En la matière, l'enfer est assurément pavé de bonnes intentions ; cette loi, qui est notamment vorace en papier (sur lequel il nous est déjà demandé de faire des économies ; où est la logique ?) se révèle en effet impraticable dans certaines juridictions saturées, alors que l'article 488*bis* du Code civil autorisait une souplesse appréciable (…) »[337].

On ne peut dès lors que se réjouir de ce que ce conseil ait été suivi, au moins en partie, par la loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice.

4. La représentation en cascade par les proches du patient [renvoi]

En cas d'incapacité de pur fait, le praticien doit se tourner vers le système de représentation en cascade par les proches parents du patient, déjà expliqué et inchangé[338].

Conclusions du chapitre 3. De la capacité-statut à la capacité-discernement

Une succession désordonnée de régimes d'incapacité, adoptés au gré des besoins sociaux, a finalement abouti à la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine.

Celle-ci met en œuvre une réforme attendue de longue date, en établissant un régime unique de protection des majeurs considérés comme incapables d'exercer leurs droits. Cette réforme intervient à un moment où le droit international se fait plus pressant : en effet, la Convention relative aux droits des personnes handicapées, ratifiée depuis 2009[339], vient s'ajouter aux autres instruments internationaux plaidant pour une amélioration du dispositif légal en matière d'incapacité des majeurs[340].

Le nouveau régime synthétise les acquis des évolutions précédentes. La nécessité de préserver tant que possible la capacité des citoyens et de respecter leur autonomie devient la ligne de conduite officielle de toutes les parties prenantes à une mesure de protection.

---

[337] D. CHEVALIER (Juge de paix du second canton de Tournai), « Justices de paix : réalisme et vigilance », *J.T.*, 2015, p. 116.
[338] *Cf. supra*, Section 1ère, §1er, 2. L'article 14 et l'incapacité de fait : la représentation en cascade.
[339] Convention relative aux droits des personnes handicapées, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 décembre 2006 et approuvée par l'Etat fédéral et les entités fédérées belges en 2009.
[340] Recommandation N° R (99) 4 du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables ; Recommandation CM/Rec(2009)11 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité.

Le Code civil prévoit désormais un ensemble de mesures modulables dans le but de rester au plus près des besoins de chaque personne concernée. La protection judiciaire actuelle instaure ainsi une double limite de la mesure d'incapacité. D'une part, une limite *matérielle* : le champ d'application de l'incapacité doit se réduire au strict nécessaire. D'autre part, une limite *fonctionnelle* : l'incapacité peut devrait, le plus souvent possible, se traduire par une mesure d'assistance, qui laisse à la personne protégée l'initiative de ses actes, contrairement à la mesure de représentation.

Les proches sont invités à s'impliquer, que ce soit au moment de la demande, dans l'exécution ou le contrôle de la mesure de protection, toujours dans l'intérêt de la personne « à protéger » ou « protégée ».

La volonté de tailler une protection sur mesure et de respecter l'autonomie des personnes protégées a conduit le législateur à imposer la prise en compte, dans toute une série de décisions, des facultés de discernement réelles de ces personnes, soit de leur *capacité de fait*[341]. En matière de droits du patient, cette évolution supprime toute présomption légale d'incapacité : peu importe qu'il existe un administrateur compétent pour l'exercice des droits du patient, si celui-ci s'avère apte à les exercer au moment opportun, sa capacité d'exercice doit être maintenue[342].

Cela dit, plus de dix ans avant la réforme de 2013, la loi relative aux droits du patient avait déjà dû fournir aux praticiens des solutions en cas d'incapacité *de simple fait* du patient. La loi du 22 août 2002 ne pouvait en effet pas passer à côté des situations où le patient est inconscient ou délirant : il était indispensable qu'elle prévoie expressément la marche à suivre, dans ces cas. Par contre, fidèle aux mesures d'incapacité envahissantes de l'époque, elle avait prévu que le mineur prolongé et l'interdit étaient d'emblée privés de l'exercice de leurs droits de patient, au profit de leurs représentants légaux[343]. La réforme de 2013 n'a donc fait que pousser les règles de représentation du patient au bout de leur propre logique.

Lorsque l'on s'interroge sur l'impact d'un trouble mental sur la capacité juridique des citoyens, il est dès lors naturel de se pencher d'abord sur la capacité de fait du patient : des droits du patient ont émergé de nombreuses questions sur la définition de la capacité de fait, son évaluation ou encore les conséquences d'un constat d'incapacité, questions auxquelles sera consacrée la deuxième partie de cette étude.

[341] Pour une étude complète sur le sujet, voy. Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018.
[342] Art. 14, §1er, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[343] Art. 13, ancien, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

Conclusions du titre I. Révolutions sociales et évolutions juridiques

Depuis l'Antiquité jusqu'au XXI^{e} siècle, en passant par l'Ancien régime et l'élaboration du Code Napoléon, les représentations sociales ont connu de véritables révolutions.
Le sujet de droit est devenu l'individu capable, par l'exercice de sa volonté éclairée, de s'engager valablement vis-à-vis de ses semblables, au sein d'une économie de marché. Les personnes dont la volonté paraît altérée voient leur capacité d'exercice limitée, sans que cela les exclue complètement du système : capables de jouissance, elles restent titulaires des droits qu'elles n'exercent pas elles-mêmes.

Les révolutions sociales se reflètent forcément dans la conception des mécanismes d'incapacité destinés à pallier les *désordres de l'esprit*. Les mécanismes actuels constituent-ils pour autant en eux-mêmes une véritable révolution ? S'il est indéniable que les garanties procédurales et l'attention portée à la volonté et à la situation concrète de la personne concernée sont sans commune mesure avec les régimes antérieurs, la ligne de fond demeure finalement inchangée : un trouble mental perçu comme entravant la capacité de fait du sujet entraîne une limitation de l'exercice de ses droits.
La fameuse *autonomie*, proclamée tant par la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient que par la réforme des régimes d'incapacité, pourrait-elle servir de levier à une véritable révolution en matière d'exercice de la capacité juridique ?

Pour répondre à cette question, il convient de comprendre les concepts derrière les mots utilisés par les textes juridiques : si le respect fondamental de l'autonomie doit avoir un impact sur les règles relatives à la capacité, il faut commencer par savoir de quoi on parle. Le titre II tente dès lors de cerner l'acception juridique de ce concept dans les domaines de l'incapacité des majeurs et des droits du patient.

TITRE II. VOUS AVEZ DIT « AUTONOMIE » ? CONSTRUCTION JURIDIQUE D'UN CONCEPT À LA MODE

Introduction

Sans que cela préjuge de la pratique, le droit exalte certaines valeurs. Le discours juridique emploie effectivement ces dernières années des mots qui n'y apparaissaient autrefois que marginalement ou dans un tout autre contexte.

On parle ainsi d'*autonomie*, de plus en plus souvent. En matière d'incapacités, le terme apparaît pour la première fois vers l'an 2000[344], dans les travaux préparatoires de la loi du 3 mai 2003 modifiant la législation relative à l'administration provisoire des biens[345]. Il devient omniprésent dans les travaux préparatoires de la réforme de 2013, qui n'ont de cesse de rappeler l'importance de ménager un *juste équilibre entre autonomie et protection* [346].

Cette même réforme consacre l'importance de la *dignité humaine*, entre autres dans son intitulé : « loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine ».

Le discours juridique subit-il simplement une mode ? Le graphique ci-dessous donne un aperçu de la fréquence d'utilisation du terme « autonomie » dans les textes juridiques.

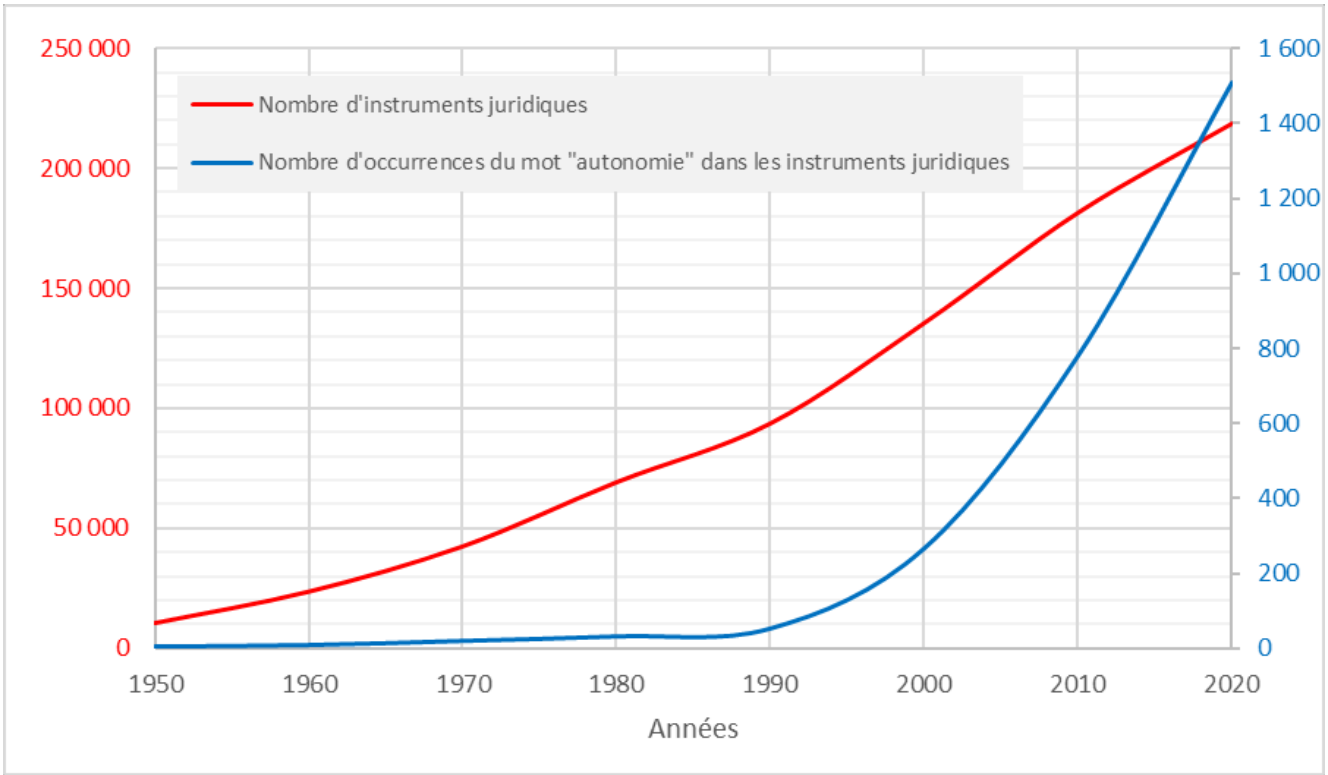
[344] Proposition de loi modifiant la législation relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental, Amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 1999-2000, n° 0107/003, p.2 ; *ibid.*, n° 0107/005, p. 2 ; proposition de loi modifiant la législation relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental, Amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 0107/009, p. 13.

[345] Loi du 3 mai 2003 modifiant la législation relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental.

[346] Entre autres : proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1009/001, p. 6 ; proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables et proposition de loi instaurant un régime global d'administration provisoire des biens et des personnes, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 1009/010, pp. 237 et 258.

Pour d'autres perspectives sur les paradigmes de l'autonomie et de la protection, voy. la thèse de doctorat de M. BAUDEL, *Droit international et santé mentale*, Université de Nantes, 2021, disponible sur www.theses.fr

Figure 3 : de l'augmentation exponentielle de l'usage du terme « autonomie » en droit



Commentaire de la figure 3

Ce graphique a été réalisé sur la base d'une recherche sur le site officiel www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm, mise à jour le 15 mars 2021 :

- Courbe rouge « inflation législative » : sélection des dates de promulgation allant du 1er janvier 1830 au 1er janvier 1950 (point 1, valeur 10514), 1960 (point 2, valeur 23639), 1970 (point 3, valeur 42492), 1980 (point 4, valeur 69222), 1990 (point 5, valeur 93729), 2000 (point 6, valeur 135613), 2010 (point 7, valeur 181620) et 2020 (point 8, valeur 218779), sans aucun mot-clé à rechercher.

- Courbe bleue « autonomie » : sélection des dates de promulgation allant du 1er janvier 1830 au 1er janvier 1950 (point 1, valeur 5), 1960 (point 2, valeur 9), 1970 (point 3, valeur 20), 1980 (point 4, valeur 32), 1990 (point 5, valeur 53), 2000 (point 6, valeur 267), 2010 (point 7, valeur 781) et 2020 (point 8, valeur 1510), avec « autonomie » pour seul mot-clé à rechercher dans le contenu des différents instruments. La recherche ne tient donc pas compte du fait que, pour une série d'instruments, le terme « autonomie » a été ajouté bien après la première publication du texte, à la faveur d'une modification législative. L'augmentation, depuis une dizaine d'années, du nombre d'occurrences du terme est donc plus forte encore que ce qui apparaît ici.

Bien que ce graphique se fonde sur une recherche limitée, il tend à confirmer que le mot « autonomie » a gagné en popularité au sein de la sphère juridique, ces dernières années surtout, l'inflation législative ne pouvant suffire à expliquer l'usage exponentiel du concept.

La façon dont le droit envisage un concept n'est pas anodine : le droit développe sa propre vision des objets non juridiques et la construction juridique d'un concept révèle quelque chose de notre société[347].

Pour cerner le concept d'autonomie, il semble utile de l'envisager non seulement en lui-même mais aussi dans ses rapports avec les notions de *protection* et de *dignité humaine*. Le législateur met en effet régulièrement en balance les concepts d'autonomie et de protection, de sorte que l'on est naturellement tenté de chercher à les comprendre l'un par rapport à l'autre. La dignité humaine est, quant à elle, habituellement invoquée en matière d'incapacité et de santé mentale. Elle est particulièrement mise à l'honneur par la réforme ayant inspiré en partie la présente recherche[348].

Ce titre II cherche par conséquent à décrire la construction juridique des concepts d'autonomie, de protection et de dignité humaine, et à en proposer une définition cohérente, au regard du contexte d'emploi de ces termes dans les textes belges et internationaux.

L'analyse proposée est, dans un premier temps, purement textuelle : le travail consiste à faire émerger un cadre conceptuel à partir des textes mentionnant *expressément* les notions d'autonomie, de protection et de dignité humaine.

Pour le droit belge, cette analyse est ancrée dans les textes juridiques belges influençant les décisions relatives aux soins aux personnes vivant avec un trouble mental et les règles ayant un impact sur le cadre de ces soins.

Les textes susceptibles de contribuer à donner du sens aux termes d'autonomie, de protection ou de dignité humaine ont été passés au peigne fin, qu'il s'agisse de textes de loi, d'arrêtés royaux ou de travaux préparatoires. Toutes les composantes de cette matière première ont été minutieusement examinées, mais seules certaines ont permis de dégager des indices quant au sens des concepts d'autonomie, de protection ou de dignité humaine. Pour cette raison, les développements qui suivent s'appuient davantage sur telles ou telles sources, en fonction du concept analysé. Par exemple, les nouvelles dispositions du Code civil relatives à l'incapacité des majeurs représentent indubitablement un terrain d'analyse fertile pour les concepts d'autonomie et de protection, « l'équilibre entre autonomie et protection » étant le véritable *leitmotiv* de la réforme[349].

---

[347] O. LECLERC, « Quelle analyse juridique pour les objets non-juridiques ? », Cours donné aux doctorants en droit de feue l'Académie Louvain, dans le cadre de la formation doctorale, le 24 janvier 2014.

[348] La loi modifiant le Code civil, entrée en vigueur en 2014, s'intitule en effet « loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine ».

[349] Entre autres : proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1009/001, p. 6 ; proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables et proposition de loi instaurant un régime global d'administration provisoire des biens et des personnes, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 1009/010, pp. 237 et 258.

Au niveau international, l'analyse porte sur les textes qui émanent d'organisations dont la Belgique est membre et qui soit concernent des questions de capacité juridique ou de bioéthique en général, soit visent plus particulièrement la situation de personnes vivant avec un « handicap » ou un « trouble mental ».

Ce sont donc principalement des instruments du Conseil de l'Europe[350], de l'Organisation des Nations Unies[351] et de l'UNESCO[352] qui seront étudiés. Le Conseil de l'Europe et les Nations Unies, ainsi que l'UNESCO à titre d'organisation spécialisée des Nations Unies[353], ont en commun d'avoir présidé à la signature de conventions. Toutefois, l'analyse textuelle ne se limite pas aux conventions, mais porte également sur les recommandations ou déclarations, afin d'avoir une vue d'ensemble de l'approche des concepts d'autonomie, de protection et de dignité humaine. Comme en droit interne, certaines sources sont plus ou moins citées que d'autres, en fonction de leur usage plus ou moins intensif de ces concepts.

Une analyse qui resterait purement textuelle confinerait toutefois à l'exégèse. Le modèle exégétique se caractérise par une très grande fidélité au texte de loi, dont il impose une application stricte, en vertu d'une croyance démesurée en la clarté des dispositions[354]. Or, en l'occurrence, les différentes bases textuelles ne sont pas dépourvues d'ambiguïté, ce qui impose de chercher parfois une signification plus englobante. Ici, le choix s'est porté sur certains travaux de philosophie mettant en évidence le caractère relationnel de l'autonomie ou la dimension transcendantale de la dignité humaine.

[350] Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Oviedo, 4 avril 1997 (convention non signée par la Belgique mais susceptible d'influencer sa politique en la matière) ; Recommandation N° R (83) 2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires ; Recommandation N° R (99) 4 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables; Recommandation Rec(2004)10 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux ; Recommandation CM/Rec(2009)3 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le suivi de la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux ; Recommandation CM/Rec(2009)11 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité.

[351] Déclaration des droits du déficient mental, Résolution n° 2856, 20 décembre 1971 ; Déclaration des droits des personnes handicapées, Résolution n°3447, 9 décembre1975 ; Principes pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé, Résolution n°46/119, 17 décembre 1991 ; Convention relative aux droits des personnes handicapées. Pour cette dernière, il faut préciser que la définition large de « personnes handicapées », à l'article 1er de la Convention, englobe les personnes vivant avec un trouble mental.

[352] Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, Paris, 19 octobre 2005.

[353] United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization.

[354] F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. IX, Bruxelles, Bruylant, 1873, p. 147 ; F. OST, M. VAN DE KERCKHOVE, *Entre la lettre et l'esprit*, Bruxelles, Bruylant, 1989 et M. VAN DE KERCKHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique », *L'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, FUSL, 1978, pp. 13-50.

Chapitre 1er. L'autonomie, une capacité entre indépendance et interaction

« *I think the word itself carries with it the complexity of the issue* »
J. NEDELSKY[355]

Comme expliqué ci-dessus, l'objet de la présente étude est de rechercher et d'analyser le terme « autonomie » dans son contexte textuel, pour en extraire une définition cohérente. L'examen se fonde d'abord sur les instruments précités de droit belge et s'étendra ensuite à certains textes internationaux émanant du Conseil de l'Europe et des Nations Unies.

La référence explicite à l'autonomie apparaît principalement dans les nouvelles dispositions du Code civil relatives à l'incapacité des majeurs, dans la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et dans leurs travaux préparatoires respectifs.

Ce premier chapitre tente dès lors de faire émerger de ces sources juridiques une définition de l'autonomie susceptible de s'appliquer aux personnes vivant avec un trouble mental. Il se subdivise, dans un premier temps, en fonction des deux conceptions de l'autonomie qui ressortent de l'analyse des dispositions du Code civil relatives à l'incapacité des majeurs et de la loi relative aux droits du patient :

- l'autonomie comme exercice de la capacité juridique ;
- l'autonomie comme objectif de l'incapacité juridique.

Le cadre conceptuel de la recherche devrait être à même d'expliquer ces deux conceptions, apparemment antagonistes.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, un bref rappel s'impose.

Tout majeur est reconnu capable de droit, apte à exercer lui-même ses droits et obligations : c'est ce que l'on appelle la capacité d'exercice. Cette capacité de droit ne peut être limitée que par un juge, s'il apparaît qu'une personne n'est pas apte à poser des actes juridiques sans aide, en raison, par exemple, d'un trouble mental. La grande majorité des adultes sont dès lors capables de droit mail il peut évidemment exister un décalage entre la situation *de droit* et la situation *de fait* : un patient majeur inconscient ou délirant est capable de droit mais non de fait.

Il est capital de ne pas confondre trouble mental et incapacité, qu'elle soit de droit ou de fait : la personne vivant avec un trouble mental n'est incapable en droit, pour certains actes, que si un juge en a décidé ainsi, tandis que sa capacité ou son incapacité de fait est liée à ses facultés concrètes, au cas par cas.

[355] J. NEDELSKY, « Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities », *Yale Journal of law and Feminism*, 1, 1989, p. 10.

Section 1ère. L'autonomie comme exercice de la capacité juridique.

§1er. Une conception indépendantiste de l'autonomie

Le Code civil définit aujourd'hui la capacité comme « la compétence d'exercer ses droits et devoirs soi-même et de façon autonome »[356]. Lorsque cette compétence fait défaut, le juge de paix peut désigner un administrateur, chargé de veiller aux intérêts de la personne concernée. L'administration est donc une mesure d'incapacité de droit, désignée par le Code civil sous le nom de « mesure de protection ».

Le Code civil précise, en outre, que lorsque la personne peut « accomplir elle-même, mais pas de façon autonome, un acte déterminé »[357], le juge décide d'une mesure d'assistance ; par contre, lorsque la personne ne peut « accomplir ni de façon autonome, ni elle-même, un acte déterminé »[358], il doit opter pour la représentation.

Dans leurs modalités, l'assistance consiste en « l'intervention de l'administrateur en vue de parfaire la validité d'un acte posé par la personne protégée elle-même »[359], tandis que la représentation désigne « l'intervention de l'administrateur au nom et pour le compte de la personne protégée »[360]. Autrement dit, l'administrateur qui assiste la personne protégée n'intervient que pour s'assurer que les actes de cette dernière ne lui portent pas préjudice, tandis que l'administrateur qui exerce une mission de représentation intervient à la place de la personne protégée, se substitue à celle-ci dans l'accomplissement des actes pour lesquels il a été désigné.

Sur la base de ces différentes définitions données par le texte légal, il est possible de déduire qu'accomplir un acte « de façon autonome » revient à se passer du soutien d'un tiers dans l'accomplissement de cet acte, qu'il s'agisse de la substitution imposée par la représentation ou de l'autorisation qu'implique l'assistance. Lors des travaux préparatoires, le Conseil d'État avait déjà pointé cette signification proprement juridique de l'autonomie : « La proposition introduit la notion d'"autonomie". Il ne serait pas inutile de préciser, à tout le moins dans les travaux préparatoires, que cela signifie "sans assistance ou autre modalité de protection" »[361].

La définition de la capacité juridique par référence à l'autonomie semble dès lors impliquer que l'autonomie, en droit, est la capacité de choisir et d'agir seul, sans l'aide de tiers.

La loi relative aux droits du patient et ses travaux préparatoires vont dans le même sens : « Les droits énumérés dans cette loi peuvent être exercés de manière autonome par le patient mineur

[356] Art. 491, e), du Code civil.
[357] Art. 491, f), du Code civil.
[358] Art. 491, g), du Code civil.
[359] Art. 494, e), du Code civil.
[360] Art. 494, f), du Code civil.
[361] Proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, Avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 1009/003, p. 18.

qui peut être estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts »[362] ; « Si, pour des motifs fondés, le médecin estime que ce refus émane d'un patient qui n'est plus en mesure d'exercer ses droits de manière autonome, il devra s'adresser au mandataire du patient »[363]. Autrement dit, si le patient peut exercer ses droits sans interférence de tiers, titulaires de l'autorité parentale ou représentant spécifique, il est autonome.

Cette conception rejoint la définition classique de la capacité d'exercice, soit « l'aptitude (…) à accomplir les actes juridiques personnellement, sans le détour de la représentation, de l'assistance ou d'une quelconque modalité de protection ou de défiance »[364]. Sur le plan juridique, capacité et autonomie semblent dès lors ne faire qu'un.

L'assimilation légale de l'autonomie à la capacité juridique, soit à l'absence de soutien par des tiers, ne permet pas de distinguer conceptuellement l'autonomie de l'indépendance, au sens de la non-dépendance vis-à-vis de tiers, teintée de liberté individualiste[365].

D'une part, l'absence de distinction conceptuelle entre indépendance et autonomie est accréditée par la version néerlandophone du Code civil : chaque fois que le texte en français mentionne l'accomplissement d'un acte « de façon autonome », la version néerlandophone emploie le terme « *zelfstandig* »[366], bien qu'« *autonoom* » existe et que la notion d'« *autonomie* (nl) » soit par ailleurs utilisée[367]. Les travaux préparatoires de la loi du 17 mars 2013 modifiant ces articles du Code civil confirment la tendance[368], de même que la loi relative aux droits du patient et ses propres travaux préparatoires[369]. L'hypothèse d'une simple erreur de traduction paraît peu probable, dans la mesure où les corrections de la traduction qui apparaissent dans les travaux préparatoires de la loi du 17 mars 2013 vont toujours dans le sens d'une traduction de « *zelfstandig* » par « de manière autonome » *en lieu et place de* « de manière indépendante » et reflètent dès lors une volonté claire de traduire « *zelfstandig* » par

[362] Art. 12, §2, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[363] Projet de loi relatif aux droits du patient (…), Rapport fait au nom de la Commission Affaires Sociales, *Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 2-1250/3, p. 55.
[364] Y.-H. LELEU, « La capacité juridique. Notions générales », *Rép. Not.,* t. I, liv. V, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 25.
[365] Les dictionnaires et dictionnaires historiques consultés convergent également vers l'idée première de non-soumission à une autorité extérieure à soi ou à l'État, avant l'avènement d'un sens plus psychologique et plus individualiste de l'amour de la liberté, de l'indépendance d'esprit (*Trésor de la Langue Française*, Tome dixième, Incartade-Losangique, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1983, pp. 74-75 ; *Dictionnaire historique de la langue française*, Vol. 1, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1992, pp. 580-581 ; *Le nouveau Petit Robert*, Paris, Le Robert, 2010, p. 1311).
[366] Art. 491, e), f), g), et 501/2 du Code civil.
[367] *Cf. infra*, Section 2, §1er. L'art. 497 du Code civil.
[368] A cet égard, les passages suivants sont particulièrement explicites : Proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, Avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 1009/003, p. 18 ; Proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables et proposition de loi instaurant un régime global d'administration provisoire des biens et des personnes, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 1009/010, p. 243.
[369] Art. 12, §2, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient ; projet de loi relatif aux droits du patient (…), Rapport fait au nom de la Commission Affaires Sociales, *Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 2-1250/3, p. 55.

« de manière autonome »[370]. La traduction la plus évidente de « *zelfstandig* », en français, étant « indépendant »[371], il y a lieu de se demander si la référence à l'autonomie dans la définition francophone de la capacité juridique ne serait pas un leurre quant à l'essence de cette notion, qui ne se distinguerait finalement en rien de celle d'indépendance.

D'autre part, l'acception courante de l'autonomie, telle que reprise par les dictionnaires classiques de la langue française, semble ne pas pouvoir se passer de la référence à l'indépendance : « **1** Droit de se gouverner par ses propres lois (…) indépendance, liberté, self-government. … **2** PHILOS. Droit pour l'individu de déterminer librement les règles auxquelles il se soumet (…) liberté. (…) **3** COUR. Liberté, indépendance matérielle ou intellectuelle (…) Aptitude à vivre sans l'aide d'autrui. *Personne âgée qui perd son autonomie, qui devient dépendante* »[372] ; « 1. Possibilité de décider, pour un organisme, un individu, sans en référer à un pouvoir central, à une hiérarchie, une autorité ; indépendance »[373].

En résumé, les textes analysés reflètent une conception de l'autonomie qui peine à se différencier, en droit, de la capacité, et, en français, de l'indépendance, en dépit de la volonté du législateur de distinguer ces notions. Il émane donc a priori du droit une conception indépendantiste de l'autonomie, consistant en l'exercice de la capacité juridique sans l'aide d'autrui.

§2. Être autonome : compétences internes et externes

La collusion entre autonomie et capacité n'est pas sans conséquences sur les conditions de l'existence de l'autonomie : la personne autonome est alors la personne apte à prendre seule les décisions qui lui incombent.

Une telle aptitude relève à la fois de compétences internes et externes au sujet[374] : exercer indépendamment ses droits exige d'abord que l'on dispose de facultés cognitives suffisantes, compétence interne au sujet, mais aussi que l'on soit protégé contre les interférences de tiers dans le processus décisionnel, compétence externe au sujet.

---

[370] Proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, Amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1009/002, p. 18. Proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, Avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 1009/003, p. 33.

[371] *Le Robert & van Dale Dictionnaire français-néerlandais, néerlandais-français*, Paris/Utrecht, Dictionnaire Le Robert/Van Dale Lexicographie, 2007, p. 858 (« indépendant » est la première traduction) ; *van Dale Groot woordenboek der nederlandse taal*, s-z, Utrecht/Antwerpen, Van Dale Lexicographie, 1999, p. 4061 (le premier synonyme cité est « onafhankelijk », dont la première traduction est « indépendant » dans *Le Robert & van Dale Dictionnaire français-néerlandais, néerlandais-français*, Paris/Utrecht, Dictionnaire Le Robert/Van Dale Lexicographie, 2007, p. 478).

[372] *Le nouveau Petit Robert*, Paris, Le Robert, 2010, p. 186.

[373] *Le petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 2006, p. 126.

[374] Distinction empruntée à l'article de N. RIGAUX, « Autonomie et démence I : Pour une conception de l'autonomie « dementia-friendly », *Ger Psychol Neuropsychiatr*, 2011, 9(1), pp. 107-115.

Le droit ne dit rien, expressément, des compétences internes, qu'il faut donc s'efforcer de deviner alors qu'elles sont d'une importance cruciale : à partir de quelles lacunes concrètes le juge ou le praticien va-t-il solliciter un représentant ?

Il est généralement admis, dans la littérature juridico-médicale, anglo-saxonne surtout, qu'une personne qui dispose de facultés décisionnelles suffisantes doit pouvoir

- comprendre l'information pertinente ;
- apprécier sa propre situation et les conséquences, pour elle-même, de la décision ;
- raisonner quant aux différentes options possibles ;
- communiquer un choix[375].

La capacité juridique est donc censée refléter la capacité décisionnelle, entendue comme un ensemble de facultés cognitives propres à l'individu.

L'aptitude au processus décisionnel ne suffit toutefois pas à garantir l'exercice indépendant de sa capacité juridique, encore faut-il que l'on soit protégé contre les interférences indésirables, au cours de ce processus décisionnel. Cette protection relève, elle, de compétences externes au sujet, à savoir d'une organisation politico-sociale garantissant l'exercice indépendant, par les citoyens, de leur capacité juridique.

La réforme des mesures d'incapacité en a d'ailleurs fait un objectif fondamental: au nom de l'autonomie, il convient de retarder et de réduire tant que possible toute mesure d'incapacité, soit toute intervention d'un tiers dans l'exercice de la capacité juridique[376]. Il s'agit, en somme, de s'assurer que le sujet qui dispose de facultés décisionnelles jugées suffisantes ne se voie pas imposer une aide dont il n'a pas besoin.

Dans cette première acception, l'autonomie, vue par le droit, consisterait donc en l'exercice indépendant de sa capacité juridique, ce qui implique des facultés décisionnelles suffisantes, d'une part, une précaution extrême dans la délégation d'un pouvoir décisionnel à un tiers, d'autre part.

---

[375] P. S. APPELBAUM, « Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment », *N Engl J Med*., 2007, 357(18), p.1836 ; Kr. ROTTHIER, *Gedwongen opname van de geesteszieke*, Bruges, Die Keure, 2012, p.272; L.L. SESSUMS et al., « Does This Patient Have Medical Decision-Making Capacity? », *JAMA*, 2011, 306(4), p.421. Pour un exemple dans la législation, voir le droit anglais : England and Wales Mental Capacity Act 2005 (c.1, s.3: general definition of inability to make decisions. The National Archives. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/part/1). « Communiquer son choix » peut à mon sens se comprendre comme la communication d'une décision mais aussi comme sa réalisation concrète par la personne elle-même. La doctrine susvisée n'ajoute pas cette précision, car elle se focalise sur le choix en matière médicale, choix dont la mise en œuvre passe le plus souvent par la communication de la décision à un tiers.
Pour de plus amples développements, *cf. infra*, Deuxième partie. Titre I. La capacité de fait saisie par le droit.

[376] Travaux préparatoires de la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine. Entre autres : proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, Avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 1009/003, pp. 16 et 28 ; proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables et proposition de loi instaurant un régime global d'administration provisoire des biens et des personnes, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 1009/010, pp. 237-238.

Le Code civil et la loi relative aux droits du patient reflètent a priori une acception courante de l'autonomie comme capacité de choisir et d'agir seul, sans dépendre de tiers. Cette capacité de poser les choix qui guident la vie requiert toutefois certaines facultés cognitives, à défaut desquelles il convient d'adjoindre un tiers, qui veillera à la gestion des intérêts d'autrui. L'autonomie semble donc intrinsèquement liée à la capacité du sujet à élaborer des choix rationnels.

§3. Influence de textes internationaux

Avant de poursuivre l'analyse du droit belge, il faut signaler que cette conception juridique de l'autonomie se retrouve dans certains textes internationaux.

Ainsi, la Recommandation du Conseil de l'Europe concernant la protection juridique des majeurs incapables précise que les principes qu'elle édicte « s'appliquent à la protection des personnes majeures qui ne sont pas, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de leurs facultés personnelles, en mesure de prendre, de façon autonome, les décisions en ce qui concerne l'une quelconque ou l'ensemble des questions touchant à leur personne ou à leurs bien, de les comprendre, de les exprimer ou de les mettre en œuvre et qui, en conséquence, ne peuvent protéger leurs intérêts »[377]. Notre actuel Code civil a indéniablement été influencé par cette recommandation, dont le titre annonce d'emblée la portée juridique.

La Déclaration de l'UNESCO sur la bioéthique et les droits de l'homme associe également autonomie et capacité : « L'autonomie des personnes pour ce qui est de prendre des décisions, tout en en assumant la responsabilité et en respectant l'autonomie d'autrui, doit être respectée. Pour les personnes incapables d'exercer leur autonomie, des mesures particulières doivent être prises pour protéger leurs droits et intérêts »[378].

L'assimilation de l'autonomie à la capacité décisionnelle, que reflète la capacité juridique, se retrouve aussi dans le rapport explicatif de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, qui mentionne indifféremment la « capacité de consentir » et la « capacité d'autonomie »[379].

À s'en tenir à cette vision, parler de l'autonomie des personnes frappées d'incapacité juridique serait contradictoire. Et pourtant…

---

[377] Principe 1 de la Recommandation N° R (99) 4 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables.
[378] Art. 5 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme.
[379] « Il revient à chaque droit interne de déterminer, selon la technique qui lui est propre, si une personne jouit ou non de la capacité de consentir à une intervention en tenant compte du souci de ne priver la personne de sa capacité d'autonomie que pour les actes où cela est nécessaire dans son intérêt » (Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Rapport explicatif, 17 décembre 1996, http://conventions.coe.int, §42).

Section 2. L'autonomie comme objectif de l'incapacité juridique

§1er. L'article 497 du Code civil

Dans son article 497, le Code civil lui-même affirme que l'administration, soit la mesure d'incapacité juridique, « accroît, dans la mesure du possible, l'autonomie de la personne protégée ».

La lecture des travaux préparatoires permet en outre de penser que cette phrase condense la philosophie de la réforme : prévoir des mesures d'incapacité offrant un soutien flexible à la « personne protégée », afin de lui permettre dans toute la mesure du possible de continuer à mener *sa* vie de la manière qui lui convient le mieux. L'idée de protéger, respecter, encourager l'autonomie de la personne protégée revient en effet régulièrement dans les travaux préparatoires[380].

L'exercice de l'autonomie ne semble donc pas exclusivement réservé aux personnes pleinement capables de décision, au sens mentionné ci-dessus. Loin d'être un attribut de la capacité, l'autonomie se pose ici en objectif – suprême – de l'incapacité.

De plus, si l'on revient un instant à la distinction opérée par la version néerlandophone du Code civil entre « autonomie » et « *zelfstandigheid* », on constate que le terme « autonomie » franchit la barrière linguistique lorsqu'il se rapporte directement à la personne incapable, dont l'autonomie doit être soutenue : « [L'administration] accroît, dans la mesure du possible, l'autonomie [nl. *autonomie*] de la personne protégée »[381] ou « Ce système tend à assurer un équilibre entre, d'une part, le respect de l'autonomie [nl. *autonomie*] de la personne protégée et, d'autre part, la nécessité de protéger la personne vulnérable.»[382]. Par contre, les mots « *zelfstandig* » ou « *zelfstandigheid* » sont utilisés lorsqu'il est question de la non-ingérence de tiers : « capacité : la compétence d'exercer ses droits et devoirs soi-même et de façon

---

[380] Entre autres : proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1009/001, pp. 12, 16, 25, 30, 60 ; proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, Amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1009/002, p. 28 ; proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables et proposition de loi instaurant un régime global d'administration provisoire des biens et des personnes, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 1009/010, pp. 90, 143, 255, 298... N.B. la volonté de soutenir l'autonomie de la personne jugée incapable avait déjà été mentionnée explicitement au Parlement bien avant la réforme des incapacités, lors de la modification du régime de l'administration provisoire par la loi du 3 mai 2003 (Loi du 3 mai 2003 modifiant la législation relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental ; proposition de loi modifiant la législation relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental, Amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 1999-2000, n° 0107/003, p. 2 ; proposition de loi modifiant la législation relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental, Amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 1999-2000, n° 0107/005, p. 2. ; …)

[381] Art. 497 du Code civil : « [*De bewindvoering*] *bevordert, in de mate van het mogelijke, de autonomie van de beschermde persoon* ».

[382] Proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1009/001, p. 25: « *Dit systeem beoogt een evenwicht te bieden tussen enerzijds de eerbiediging van de autonomie van de beschermde persoon en anderzijds de noodzaak tot bescherming van de kwetsbare persoon* ».

autonome [nl. *zelfstandig*] »[383] ou « La notion de "capacité de manifester sa volonté" indique que la personne est en mesure de poser en fait elle-même et de manière autonome [nl. *zelfstandig*] des actes juridiques (…) »[384].

La loi relative aux droits du patient reprend *mutatis mutandis* cette distinction, en parlant de « *zelfbeschikking* »[385] pour désigner l'autonomie comme droit du patient, capable ou non, et de « *zelfstandigheid* » lorsqu'il s'agit d'exercer ses droits sans représentant : « Le patient a droit, de la part du praticien professionnel, à des prestations de qualité répondant à ses besoins et ce, dans le respect de sa dignité humaine et de son *autonomie* [nl. *zelfbeschikking*] (…)»[386] mais « Les droits énumérés dans cette loi peuvent être exercés *de manière autonome* [nl. *zelfstandig*] par le patient mineur qui peut être estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts »[387].

Autrement dit, l'autonomie(fr.)/*zelfstandigheid*(nl.) renvoie à l'indépendance dans l'exercice de la capacité juridique, tandis que l'autonomie(fr.)/*autonomie*(nl.) demeure possible en cas d'incapacité[388]. Je vois là le deuxième indice de l'existence d'une conception de l'autonomie qui ne serait pas liée à l'exercice indépendant de la capacité juridique.

C'est finalement assez logique : si l'autonomie *était* la capacité, elle représenterait un concept juridique redondant et donc inutile. Or, comme les textes belges, les textes internationaux contiennent des indices permettant de penser que l'invocation de l'autonomie représente, au contraire, une plus-value par rapport au simple exercice personnel de la capacité juridique.

§2. Apports de textes internationaux

La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées revendique une notion plus générale de l'autonomie, entendue comme « la liberté de faire ses propres choix »[389], sans que cette liberté aille forcément de pair avec l'exercice indépendant de la

---

[383] Art. 491, e) du Code civil : « *bekwaamheid : de bevoegdheid om rechten en plichten zelf en zelfstandig uit te oefenen* ».

[384] Proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1009/001, p. 25: « *De term "wilsbekwaamheid" wijst erop dat de persoon in staat is om de facto (in feite) zelf en zelfstandig rechtshandelingen te stellen (...)* »

[385] Bien que « *zelfbeschikking* » soit plutôt l'équivalent d'« autodétermination », les travaux préparatoires font ici indifféremment référence à l'autonomie et l'autodétermination (projet de loi relatif aux droits du patient, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 50-1642/1, p. 18).

[386] Art. 5 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient : « *De patiënt heeft, met eerbiediging van zijn menselijke waardigheid en zijn zelfbeschikking (...), tegenover de beroepsbeoefenaar recht op kwaliteitsvolle dienstverstrekking die beantwoordt aan zijn behoeften* ». Je souligne.

[387] Art. 12, §2, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient : « *De in deze wet opgesomde rechten kunnen door de minderjarige patiënt die tot een redelijke beoordeling van zijn belangen in staat kan worden geacht, zelfstandig worden uitgeoefend* ». Je souligne.

[388] Ces nuances de traduction ont été discutées avec le service de traduction des documents parlementaires de la Chambre des représentants et plus particulièrement avec M. Thierry DEKOCK, linguiste et réviseur, et M. Jean-François BAUDUIN, philologue, réviseur et documentaliste. Il ressort de ces échanges qu'il est plausible que la version néerlandophone du texte révèle une nuance conceptuelle, gommée par la version francophone, sans que les auteurs en aient forcément eu conscience.

[389] Préambule, (n) et art. 3, (a), de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

capacité juridique. Un guide sur le suivi de la Convention précise d'ailleurs que cette liberté peut être soutenue : « Le respect de l'autonomie individuelle des personnes handicapées signifie que ces personnes ont, dans des conditions d'égalité avec les autres, des possibilités raisonnables de choisir leur propre voie, qu'elles sont le moins possible exposées à l'ingérence dans leur vie privée et qu'elles peuvent prendre leurs propres décisions, avec le soutien requis le cas échéant »[390]. La liberté « de faire un choix utile reposant sur ses préférences personnelles »[391] vaut pour toute personne, indépendamment de sa capacité juridique et du soutien éventuellement nécessaire. Dans ses observations générales, le Comité des droits des personnes handicapées semble faire un pas de plus : il associe l'autonomie à la l'indépendance et à la liberté de choix tout en insistant sur l'importance de la relation aux autres, dont l'aide ne devrait pas servir d'argument pour restreindre la liberté ou la capacité juridique d'une personne[392].

Quinze ans avant la Convention relative aux droits des personnes handicapées, les principes adoptés par les Nations Unies pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé, précisaient déjà que « le traitement de tout patient doit tendre à préserver et à renforcer son autonomie personnelle »[393].

Par ailleurs, si la Convention du Conseil de l'Europe sur les Droits de l'Homme et la biomédecine ne mentionne pas expressément l'autonomie, son rapport explicatif insiste sur le « souci de respecter, en matière de recherche, l'autonomie et la dignité de la personne en toute circonstance, même si cette personne est jugée juridiquement incapable de consentir »[394].

---

[390] ONU, « Suivi de la Convention relative aux droits des personnes handicapées Guide à l'intention des observateurs des droits de l'homme. Série sur la formation professionnelle no 17 », 2010, https://www.ohchr.org, p. 19. Je souligne.

[391] *Ibidem*.

[392] Bien que l'autonomie individuelle soit souvent mentionnée aux cotés de termes tels que « liberté », « indépendance » ou « capacité », le soutien d'autrui comme paramètre de l'autonomie apparaît en filigrane des observations générales. Voy., en particulier, Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1 et *infra*, Troisième partie, Titre I. Déploiement de l'idée d'une capacité juridique universelle.
NB : la version française de la Convention et des observations générales du Comité des droits des personnes handicapées subit l'effet de mode attaché au terme « autonomie » : « *independent living* » se voit ainsi traduit par « autonomie de vie » (art. 19 de la Convention) et « *empowerment* » par « autonomisation » (Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 7 (2018) sur la participation des personnes handicapées, y compris des enfants handicapés, par l'intermédiaire des organisations qui les représentent, à la mise en œuvre de la Convention et au suivi de son application*, CRPD/C/GC/7, §13, 33, 58, 72…); même des supports techniques, « *assistive systems* », deviennent des « systèmes d'aide à l'autonomie » (Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 5 (2017) sur l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société*, CRPD/C/GC/4, §22). Le nombre d'occurrences du terme « autonomie » ou de ses dérivés peut être jusqu'à dix fois supérieur dans la version française, par rapport à la version anglaise d'une même observation générale (Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 5 (2017) sur l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société*, CRPD/C/GC/5). Paradoxalement, cette mode langagière dilue la substance du concept plutôt que d'asseoir son importance. À mon sens, les textes gagneraient en finesse en élargissant leur répertoire lexical, quitte à assumer certains néologismes.

[393] Principes pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé, ONU, Résolution n°46/119, 17 décembre 1991, Principe 9.4. Je souligne.

[394] §106 de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Rapport explicatif, 17 décembre 1996, disponible sur http://conventions.coe.int.

Enfin, les textes qui associent expressément l'autonomie et la capacité insistent sur l'importance d'associer la personne incapable aux décisions qui la concernent[395] : « lors de l'instauration ou de la mise en œuvre d'une mesure de protection d'un majeur incapable, il convient, dans la mesure du possible, de rechercher, de prendre en compte et de respecter dûment les souhaits passés et présents, et les sentiments de l'intéressé » [396]. Bien que le lien avec l'autonomie ne soit pas expressément mentionné ici, il a été fait par notre Code civil, qui traduit cette injonction d'association notamment en affirmant d'emblée que la mesure de protection « accroît, dans la mesure du possible, l'autonomie de la personne protégée » [397].

Le respect de l'autonomie consiste en effet non seulement à respecter les décisions prises par une personne juridiquement capable, mais aussi et surtout à rechercher et soutenir les préférences de toute personne, quel que soit son statut juridique. La question se pose toutefois de savoir comment qualifier cette autre conception de l'autonomie, d'une nature plus souple et plus intuitive.

§3. Bref détour philosophique : l'autonomie relationnelle

Pour m'aider dans ce travail de qualification, je me suis penchée sur les articles de deux auteures d'Outre-Atlantique qui se sont intéressées de près à la notion d'autonomie, l'une dans le contexte de la maladie d'Alzheimer, l'autre dans une réflexion politico-sociale. Malgré ces approches différentes, leurs analyses sont complémentaires, en ce qu'elles aident toutes deux à accéder à une conception de l'autonomie dont le sens et les conditions d'épanouissement semblent cohérentes avec les textes juridiques analysés.

1. A. Jaworska et la *capacity to value*

Agnieszka Jaworska, philosophe américaine, a écrit un article sur la « *capacity to value* » des patients atteints de la maladie d'Alzheimer[398]. Bien que le Code civil ou la loi relative aux droits du patient ne réservent évidemment pas l'incapacité aux seuls patients atteints d'Alzheimer, ce biais semble pertinent dans la mesure où il offre certaines perspectives de réconciliation entre incapacité et autonomie.

---

[395] Principe 9 de la Recommandation N° R (99) 4 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables ; art. 7 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme.

[396] Principe 9, 1 de la Recommandation N° R (99) 4 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables

[397] Art. 497 du Code civil. Il s'agit ici de la traduction générale de l'obligation de collaborer avec la personne faisant l'objet de la mesure, qui se décline ensuite en une série d'applications particulières (obligations de lui envoyer les rapports, de se concerter avec elle, etc.)..

[398] A. JAWORSKA, « Respecting the Margins of Agency: Alzheimer's Patients and the Capacity to Value », *Philosophy and Public Affairs*, 1999, 28, pp. 105-138.

A. Jaworska critique l'approche d'un célèbre philosophe du droit américain, Ronald Dworkin, notamment quant à sa conception de l'autonomie comme « *capacity to express one's own character – values, commitments, convictions, and critical as well as experiential interests – in the life one leads* »[399]. Selon elle, il est possible d'envisager l'autonomie comme la simple capacité de *manifester* certaines valeurs et convictions, quand bien même une aide serait nécessaire pour ensuite élaborer les décisions conformes à ces valeurs et traduire ces décisions en actions[400]. Elle intitule cette capacité la « *capacity to value* » : *« in the context of dementia, the capacity for autonomy is best understood (...) as the capacity to value – to originate the appropriate bases for one's decisions that can then be, if the need arises, partly taken over by others* »[401].

Cette conception détache l'autonomie d'une compétence décisionnelle complète, de sorte qu'une personne considérée comme juridiquement incapable, faute de facultés cognitives suffisantes, ne se voit pas dénuée de toute autonomie[402] : tant que cette personne peut exprimer certaines valeurs, elle reste autonome, même si elle a besoin d'aide pour traduire ses valeurs en décisions et en actes concrets.

Les valeurs, en ce sens, se distinguent des simples désirs sur trois points[403].

Premièrement, les valeurs sont susceptibles d'être questionnées, mises en cause, mais nous ne cherchons en principe pas à nous en débarrasser, car nous les estimons bonnes, au moins pour nous-mêmes. Par exemple, nous ne décidons généralement pas de renoncer à la générosité, à la conscience professionnelle ou à l'empathie. A l'inverse, nous cherchons souvent à canaliser, voire à supprimer certains désirs : « je dois manger moins de chocolat » ; « il est temps que j'éteigne la télévision » ; « ça ne vaut pas la peine de me fâcher avec ce collègue », etc.

Ensuite, les valeurs sont intimement liées à l'estime de soi : si nous nous évaluons nous-même à l'aune de certains principes que nous prônons, il s'agit indubitablement de valeurs et non de simples désirs. Si je me fustige pour avoir manqué d'empathie ou parce que j'ai bâclé une tâche, c'est que l'empathie et la conscience professionnelle font partie de mon référentiel de valeurs.

Enfin, nous adhérons à nos valeurs indépendamment de notre propre expérience, c'est-à-dire du plaisir ou du déplaisir que suivre ces valeurs nous apporte éventuellement : par exemple, pour défendre un mode de consommation plus solidaire et écologique, certaines personnes renoncent aux facilités de la grande distribution pour se fournir directement chez des producteurs locaux ; d'autres, par égard pour leur santé, s'imposent un régime alimentaire strict

---

[399] R. DWORKIN, *Life's Dominion*: *An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, New York, Alfred A. Knopf, 1993, p. 224.
[400] A. JAWORSKA, « Respecting the Margins of Agency: Alzheimer's Patients and the Capacity to Value », *Philosophy and Public Affairs*, 1999, 28, pp. 126-128.
[401] *Ibidem*, p. 134.
[402] En ce sens également, F. GZIL, « Moral Autonomy, Decision Capacity and Advance Care Planning in Dementia Care », Summer Course « Ethics in Dementia Care », KU Leuven, 1er juillet 2015 et F. GZIL, « La question éthique du respect de l'autonomie », *Annales Médico-Psychologiques*, 2009, 167, pp. 230-233.
[403] A. JAWORSKA, « Respecting the Margins of Agency: Alzheimer's Patients and the Capacity to Value », *Philosophy and Public Affairs*, 1999, 28, pp. 114-116.

ou s'astreignent à une activité sportive, malgré les efforts et frustrations que cela engendre occasionnellement.

De telles valeurs peuvent longtemps être exprimées par des personnes démentes, même si elles ne sont plus capables d'identifier seules les moyens de les suivre. Par exemple, si un retraité fait très attention à cuisiner sainement, avec des produits frais et « bios », il pourrait manifester cette valeur malgré une démence, par exemple en refusant de manger les plats préparés qu'on lui apporte, sans toutefois pouvoir acheter et cuisiner lui-même ce qui lui convient. Respecter son autonomie revient alors à identifier la valeur en jeu et à aider ce monsieur à mettre en œuvre, concrètement, les décisions découlant de cette valeur : faire des courses à tel endroit, préparer le repas de telle façon, avec l'aide d'autrui chaque fois que nécessaire.

L'autonomie ainsi conçue accorde dès lors une large place à autrui. De ce fait, A. Jaworska peut être considérée comme s'inscrivant dans le courant de pensée défendant l'autonomie relationnelle[404], développé notamment par Jennifer Nedelsky.

2. J. Nedelsky et l'ancrage social de l'autonomie

En 1989, Jennifer Nedelsky, professeure de droit à l'Université de Toronto, a écrit un article dédié à la « reconfiguration »[405] de l'autonomie. Dans cette contribution-phare, J. Nedelsky s'emploie à réconcilier l'autonomie, capacité humaine à développer son propre projet de vie, et l'influence sociale inévitable des choix que nous posons dans ce but. La question n'est donc plus, selon cette auteure, de savoir comment protéger l'individu de la collectivité qui pourrait entraver son autonomie, mais de comprendre comment favoriser l'épanouissement de l'autonomie au sein de la collectivité.

La relation à l'autre devient une composante centrale de la notion d'autonomie, car le collectif fait partie de ce que nous sommes : « *(...) people do not exist in isolation, but in social and political relations. People develop their predispositions, their interests, their autonomy – in short, their identity – in large part out of these relations. The very way one experiences and perceives the world, for example, is shaped by the social construction of language. The task, then, is to think of autonomy in terms of the forms of human interactions in which it will develop and flourish* »[406].

La vision de l'autonomie comme une capacité qui se développe et s'exerce dans la relation aux autres plutôt qu'en isolement semble particulièrement pertinente pour qualifier la construction juridique de l'autonomie, telle qu'elle émane des textes analysés.

---

[404] En ce sens, N. RIGAUX, « Autonomie et démence I : Pour une conception de l'autonomie "dementia-friendly" », *Ger Psychol Neuropsychiatr Vieil*, 2011, p. 112.

[405] « *Reconception* » en version originale ; le terme « reconfiguration », plus agréable à mes oreilles de francophone que « reconception », est emprunté à C. PELLUCHON, *L'autonomie brisée : bioéthique et philosophie*, Paris, PUF, 2011, dont le chapitre premier est intitulé « Reconfigurer l'autonomie ».

[406] J. NEDELSKY, « Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities », *Yale Journal of law and Feminism*, 1, 1989, p. 21.

Revenons donc à celle-ci : quelle conception émane des instruments juridiques qui font l'objet de la recherche et qui mentionnent expressément l'autonomie ?

Section 3. L'autonomie telle que conçue par le droit des majeurs incapables

§1er. Définition juridique de l'autonomie

Le Code civil exprime la volonté qu'une mesure d'incapacité juridique *accroisse l'autonomie de la personne incapable*[407]. La loi relative aux droits du patient insiste sur le respect de l'autonomie du patient, sans égard pour sa capacité juridique. Les travaux préparatoires de ces instruments et les textes internationaux analysés confirment cette possibilité de (soutien à) l'autonomie *dans* l'incapacité.

L'autonomie ne peut donc se limiter à l'exercice de la capacité juridique.

Cette autonomie transcendant la distinction entre capacité et incapacité juridique relève d'une autre capacité, qui correspond selon moi à la capacité du sujet de donner de la valeur à certains actes ou comportements, telle que décrite par A. Jaworska. Accroître l'autonomie de la personne incapable revient alors à aider cette personne à manifester ses valeurs et à vivre autant que possible en conformité avec celles-ci.

Dans le cadre d'une définition juridique de l'autonomie, il semble pertinent de citer également les « simples désirs »[408] ou « préférences »[409]. En effet, la distinction entre valeurs et préférences sert surtout à dégager des priorités concrètes, pour traduire en actions (certaines) valeurs et préférences : lorsqu'une personne exprime des désirs – rester en pyjama devant la télévision – qui s'opposent à des actions fondées sur ses valeurs – sortir pour voir ses amis – alors ces dernières justifient que l'on aide la personne à dépasser les simples désirs, à parfois donner la priorité à des besoins moins immédiats mais qui lui permettront de vivre des moments plus heureux[410].

Les textes juridiques analysés peuvent toutefois s'accommoder d'une définition plus large de l'autonomie, laquelle ne devrait donc pas se limiter à la capacité de manifester de véritables *valeurs* : le respect de l'autonomie de la personne se traduit aussi par l'attention portée à ses *préférences*, dans la mesure du possible et en tenant compte d'éventuelles priorités. Cette attention portée aux préférences relève sans doute davantage d'une bonne pratique de soin que du respect de l'autonomie au sens philosophique du terme, mais elle rejoint un certain *sens commun* en matière d'autonomie, que le droit reflète. Plus particulièrement, la Convention relative aux droits des personnes handicapées exige qu'il soit prêté attention « à la volonté et

[407] Art. 497 du Code civil.
[408] « *Mere desires* » (A. JAWORSKA, « Respecting the Margins of Agency: Alzheimer's Patients and the Capacity to Value », *Philosophy and Public Affairs*, 1999, 28, p. 114 et note de bas de page 13).
[409] C. PELLUCHON, *L'autonomie brisée : bioéthique et philosophie*, Paris, PUF, 2011, notamment p. 47.
[410] En ce sens, C. PELLUCHON, *L'autonomie brisée : bioéthique et philosophie*, Paris, PUF, 2011, p. 46.

aux préférences » des personnes handicapées, ces notions s'articulant de la même façon que les « simples désirs » et les « valeurs » : la distinction n'a d'intérêt que lorsque la volonté, ou les valeurs, et les préférences, ou les désirs, semblent contradictoires et que l'on est amené à les concilier le mieux possible[411].

L'autonomie se comprend dès lors à ce stade comme la capacité de poser des valeurs ou des préférences[412]. En ce sens, elle repose toujours sur des compétences à la fois internes au sujet, qui doit pouvoir incarner ces valeurs ou préférences, et externes à lui, puisqu'il peut avoir besoin d'aide pour identifier et traduire ces valeurs ou préférences dans la vie de tous les jours.

Cette redéfinition des compétences internes et externes au sujet en matière d'autonomie implique en outre un engagement social très différent, car le curseur s'est déplacé : là où l'autonomie comme exercice de la capacité juridique ne dépend pratiquement que de facultés propres à l'individu, l'autonomie comme capacité de poser des valeurs ou des préférences transfère une grande partie de ses conditions d'existence à la société, qui doit mettre en place les structures soutenant cette capacité. L'autonomie dépend désormais aussi des autres, dont le rôle consiste à percevoir les valeurs de la personne ou à guider celle-ci dans les décisions à prendre et les actes à poser en fonction des valeurs ou préférences qui sont les siennes.

Ce n'est que parce que la relation sociale a un rôle crucial dans le déploiement de l'autonomie de l'individu qu'une mesure d'incapacité – assistance ou représentation – pourrait avoir pour effet d'« accroître » ou de « respecter » l'autonomie de la personne.

La construction juridique de l'autonomie s'analyse dès lors comme une capacité de poser des valeurs ou des préférences, propre au sujet, mais qui se construit, se développe, se traduit en décisions et en actions à travers la relation à autrui.

---

411 Art. 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, qui sera analysé extensivement *infra*, Troisième partie, Titre I. Déploiement de l'idée d'une capacité juridique universelle ; A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, « The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities : a roadmap for equality before the law », *The International Journal of Human Rights*, 2016, pp. 483-484.

412 Après moult tergiversations, la « *capacity to value* » a été traduite par « capacité de poser des valeurs », à l'instar de C. PELLUCHON, *L'autonomie brisée : bioéthique et philosophie*, Paris, PUF, 2011, notamment p. 46. La « capacité à valoriser », de N. RIGAUX (« Autonomie et démence I : Pour une conception de l'autonomie « dementia-friendly », *Ger Psychol Neuropsychiatr*, 2011, 9(1), pp. 107-115), est certainement la plus fidèle à la version originale mais sonne mal aux oreilles de ceux qui ne sont pas familiers de ces sujets. En bref, une traduction littérale – capacité à valoriser – manquait d'un complément d'objet direct, en français, et une traduction plus littéraire, comme « manifester son attachement à certaines valeurs » risquait d'induire l'idée d'une continuité obligatoire dans les préférences exprimées.

§2. Liens avec la capacité

Cette conception peut s'appliquer tant aux personnes pleinement capables juridiquement qu'à celles qui ne le sont pas.

Il est logique, en droit, de tenter de tracer une frontière entre la capacité et l'incapacité juridique, afin de déterminer le moment où l'aide d'un tiers doit être formalisée. Une telle rupture théorique ne correspond toutefois pas à une frontière entre autonomie et non-autonomie, mais à la volonté de respecter l'autonomie d'une personne qui viendrait à perdre (certaines de) ses facultés décisionnelles et qui serait donc davantage susceptible de nécessiter une aide concrète et régulière dans l'élaboration de ses choix, en fonction de ses valeurs[413].

À l'inverse, lorsque l'autonomie se double de la capacité juridique, cela ne signifie pas qu'autrui n'a plus de rôle, ni même un moindre rôle, dans la construction des valeurs ou des préférences et leur traduction dans la vie de tous les jours, mais simplement que le législateur n'a plus de raison de s'assurer de la validité des actes juridiques en exigeant l'aide formelle d'autrui.

L'autonomie, telle qu'elle émane des textes analysés, représente bien plus que l'exercice de la capacité juridique. Sans doute le législateur aurait-il d'ailleurs dû éviter le recours au terme « autonome » dans la définition de la capacité d'exercice, pour lui préférer dans ce contexte le terme « indépendant », à l'instar de la version néerlandophone des textes. La méprise se comprend, vu la mode langagière actuelle consistant à mettre l'« autonomie » à toutes les sauces, dans la vie de tous les jours[414] comme dans les textes de droit[415]. Il est cependant regrettable qu'elle conduise, dans les dispositions concernant l'administration ou les droits du patient, à confondre l'autonomie et la capacité juridique.

L'utilisation intuitive d'un concept effectivement plus riche que celui d'« indépendance » est intéressante, à condition qu'elle ne dévalorise pas ledit concept. L'invocation de l'autonomie ne présente en effet une plus-value que si l'autonomie s'affranchit de la notion de capacité juridique qui non seulement existe déjà, mais présente en outre un point de rupture inévitable et radical entre capacité et incapacité, occultant les mille nuances de la réalité.

La définition de l'autonomie comme capacité de poser des valeurs ou des préférences, capacité qui se vit à travers la relation à autrui, permet de libérer l'autonomie du carcan de la capacité juridique et d'en faire un concept à part entière.

---

[413] En ce sens, P. MARCHAL : « 6.– L'incapacité, procédé protecteur de la volonté » (« Les incapables majeurs », *Rép. not.*, t. I, l. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 83).

[414] C. DALOZE, « Perte d'autonomie. Une assurance en prévision », *En Marche*, 6 août 2015, p. 3 ; Salons « Autonomies Les solutions pour une **vie épanouie à tout âge** », dates et lieux sur www.autonomies.be ; « L'autonomie d'un enfant commence dès sa naissance » (www.tidoo.eu – site commercial) ; « L'asbl Forma ou "Equipe pour la formation à l'autonomie", est une Entreprise de Formation par le Travail dont l'objectif est de former des demandeuses d'emploi aux métiers de la petite restauration et du nettoyage » (EFT namuroise), http://www.ufb.be/tl_files/ufb/pdfs/projects/2011/A4%20Projects2010-2011/FORMA.pdf ...

[415] *Cf. supra*, figure 3.

Cette définition n'adresse toutefois pas la question fondamentale des moyens : comment soutenir l'autonomie des citoyens ? Comment la canaliser lorsque, en raison d'un trouble mental, elle s'avère délétère pour la personne elle-même ou pour autrui ? Actuellement, la réponse juridique consiste essentiellement en un arsenal de mesures de *protection*.

Chapitre 2. La protection : un antagonisme de l'autonomie ?

Section 1ère. Une signification juridique spécifique

Les textes juridiques susceptibles d'avoir un impact sur la situation de la personne vivant avec un trouble mental donnent au terme « protection » une acception très spécifique : sont en effet expressément qualifiées de « mesures de protection » les statuts d'incapacité des majeurs prévus par le Code civil[416], mais également les mises en observation décidées sur la base de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux[417]. Les lois du 21 avril 2007 et du 5 mai 2014 relatives à l'internement de personnes atteintes d'un trouble mental et ayant commis une infraction grave[418] définissent en outre l'internement comme « une mesure de sûreté destinée à la fois à protéger la société et à faire en sorte que soient dispensés à l'interné les soins requis par son état en vue de sa réinsertion dans la société »[419].

Certains des textes internationaux analysés lient également la protection des personnes à des mesures d'incapacité juridique[420] ou font allusion, moins précisément, à des « mécanismes de

[416] Art. 491, a), du Code civil : « personne protégée : une personne majeure qui, par une décision de justice prise conformément à l'article 492/1, a été déclarée incapable d'accomplir un ou plusieurs actes ». Les anciennes règles du Code civil relatives à l'administration provisoire – droit commun des régimes d'incapacité des majeurs avant la réforme opérée par la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine – désignaient aussi la personne sous administration par les termes de « personne protégée » (anciens art. 488*bis* B, §3, al. 1 et §7, al. 4 ; art. 488*bis* C, §2, §3, §4 ; art. 488*bis* D ; art. 488*bis* E…). N.B. le Code civil prévoit une protection extrajudiciaire calquée sur le mandat et qui n'entraine dès lors pas d'incapacité de droit ; cela dit, son but est, en principe, de pallier une éventuelle incapacité de fait.

[417] Loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux, art. 1er : « Sauf les mesures de protection prévues par la présente loi, le diagnostic et le traitement des troubles psychiques ne peuvent donner lieu à aucune restriction de la liberté individuelle (…) » ; les « mesures de protection » prévues par cette loi sont toutes les mesures liées au « traitement en milieu psychiatrique » (Chapitre II) ou aux « soins en milieu familial » (Chapitre III), telles que la mise en observation, le maintien, la postcure… Par facilité toutefois, je désignerai généralement ces mesures de protection par leur première étape, à savoir la « mise en observation ».

[418] Loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental abrogeant, en ce qui concerne l'internement, la loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux, des délinquants d'habitude et des auteurs de certains délits sexuels ; cette loi du 21 avril 2007 a elle-même été abrogée avant son entrée en vigueur par la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement. Ces lois de 2007 et 2014 prévoient, respectivement en leurs articles 8 et 9, que la mesure d'internement ne peut s'appliquer qu'en cas de « crime ou délit punissable d'une peine d'emprisonnement ».

[419] Art. 2 de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement. La loi de défense sociale du 9 avril 1930 poursuivait les mêmes objectifs : s'ils ne sont pas expressément mentionnés dans le texte de loi, les travaux préparatoires les affirment toutefois dès la première version de la loi (projet de loi de défense sociale à l'égard des anormaux, des délinquants d'habitude et de l'adolescence coupable, Exposé des motifs, *Pasin.*, 1930, pp. 82 et s. ; projet de loi de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, session 1959-1960, n° 514).

[420] Partie I, 3. de la Recommandation N° R (99) 4 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables.

protection »[421] ou à « une protection spéciale »[422] dont doivent bénéficier les personnes « qui n'ont pas la capacité de consentir ou qui peuvent ne pas être capables de s'opposer à des violations des droits de l'homme dont elles feraient l'objet »[423] ou qui « sont incapables d'exprimer leur consentement »[424]. Aucun de ces textes ne labellise toutefois l'hospitalisation contrainte comme « mesure de protection », contrairement au droit belge.

Pourtant, si les mesures d'incapacité et celles de mise en observation ou d'internement diffèrent par leurs procédures, leurs objectifs et leur déroulement concret, elles présentent, à un niveau plus abstrait, des points communs intéressants. Le droit, en faisant de l'administration, de la mise en observation et de l'internement des mesures de protection, poursuit toujours en réalité une *double* protection : celle de la personne concernée par la mesure et celle de la société en général. Toutefois, en fonction du type de mesure, l'accent se place davantage sur la protection de la société ou sur celle de la personne concernée.

Une mesure d'incapacité décidée par un juge vise ainsi principalement à offrir une « protection appropriée et efficace de [la personne présentant des troubles de fonctionnement] contre toutes sortes de conséquences négatives et d'abus qui peuvent résulter de ces troubles et qui constituent, non seulement pour la personne elle-même mais aussi pour son entourage, une source de préoccupation justifiée »[425]. L'affaiblissement des facultés décisionnelles d'une personne est en effet susceptible de lui causer préjudice, tant sur le plan patrimonial que personnel. Le législateur se préoccupe toutefois également des intérêts d'autrui et de la sécurité juridique en général : adjoindre un administrateur à une personne dont les facultés décisionnelles ne semblent plus suffisantes à poser des actes juridiques valides permet d'éviter des recours fondés sur un défaut de consentement dans le chef d'une partie à un acte juridique[426].

Une mise en observation ne peut quant à elle être décidée, en vertu de la loi de 1990, « à l'égard d'un malade mental, que si son état le requiert, soit qu'il mette gravement en péril sa santé et sa sécurité, soit qu'il constitue une menace grave pour la vie ou l'intégrité d'autrui »[427]. La loi vise donc clairement à assurer la protection de la personne souffrant d'une maladie mentale ou celle de tiers, dans la mesure où la maladie représente un danger pour autrui également.

---

[421] Art. 7.1. de la Recommandation Rec(2004)10 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux.
[422] Art. 7 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, Paris, 19 octobre 2005.
[423] Art. 7.1. de la Recommandation Rec(2004)10 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux.
[424] Art. 7 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, Paris, 19 octobre 2005.
[425] Proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1009/001, p. 6.
[426] Les travaux préparatoires de la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine font régulièrement allusion à la sécurité juridique (entre autres, donc, voy. la proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables, Développement, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1009/001, p. 8).
[427] Art. 2 de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux.

Enfin, une décision d'internement prise suite à la perpétration d'une infraction par une personne vivant avec un trouble mental poursuit prioritairement la protection de la société vis-à-vis d'une personne dangereuse pour autrui, puisqu'une infraction a été commise[428]. Toutefois, selon la loi, l'internement devrait aller de pair avec une offre de soins appropriés à la personne, dans le but de permettre sa réinsertion dans la société[429]. Prodiguer des soins dans ce but correspond également à une forme de protection : l'acception la plus ancienne et la plus générale du mot désigne en effet l'action d'aider, de défendre, « de soustraire quelqu'un ou quelque chose à un danger, à un risque qui pourrait lui nuire »[430]. En l'occurrence, le trouble mental et le danger d'exclusion sociale qui l'accompagne peuvent être considérés comme de tels risques. Théoriquement, donc, « l'internement est une mesure de sécurité qui a pour objectif de protéger simultanément la société et l'interné »[431].

Les mesures de protection précitées sont donc supposées protéger à la fois la personne à laquelle elles s'appliquent et la société. Leur objectif ultime et commun apparaît alors naturellement comme celui de permettre à la personne présentant un trouble de fonctionnement de vivre en société, avec le soutien dont elle a besoin pour ce faire : les mesures d'incapacité permettent à la personne de poser des actes juridiques valides, grâce à l'intervention de son administrateur, tandis que la mise en observation et l'internement visent à offrir à la personne les soins dont elle a besoin pour réintégrer la vie sociale, sans présenter un danger pour elle-même ou pour autrui[432].

La notion juridique de protection s'analyse dès lors comme un ensemble de mesures judiciaires – administration, mise en observation, internement – prises pour pallier l'insuffisance de facultés décisionnelles d'une personne ou pour éviter que cette personne, en raison d'un trouble mental, se mette elle-même ou mette des tiers en danger, avec pour objectif ultime de (tenter de) permettre à cette personne d'évoluer dans notre société.

---

[428] La priorité à la protection sociale ne fait aucun doute dans ce cas, la chambre du tribunal de l'application des peines exclusivement compétente pour les affaires d'internement étant la « chambre de protection sociale », dont le président, à l'origine désigné comme le « juge d'internement » est désormais le « juge de protection sociale » (art. 3, 6° et 7°, de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement).

[429] Comme déjà mentionné plus haut, ce double objectif est expressément affirmé à l'article 2 des lois du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental et du 5 mai 2014 relative à l'internement et apparaît clairement dans les travaux préparatoires, y compris les plus anciens, de la loi qui était en vigueur jusqu'au 1er octobre 2016 (projet de loi de défense sociale à l'égard des anormaux, des délinquants d'habitude et de l'adolescence coupable, Exposé des motifs, *Pasin.*, 1930, pp. 82 et s. ; projet de loi de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, session 1959-1960, n° 514).

[430] *Trésor de la Langue Française*, Tome treizième, Pénible-Ptarmigan, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1988, p. 1371 ; voy. également *Dictionnaire historique de la langue française*, Vol. 2, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1992, p. 1656 et *Le nouveau Petit Robert*, Paris, Le Robert, 2010, p. 2053.

[431] Projet de loi relatif à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 2841/001, p. 11.

[432] Ces mesures prennent effectivement fin lorsque l'état de la personne s'est suffisamment amélioré pour faire disparaître le danger : voy. les conditions de la mesure prévue par l'art. 2 de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux; pour l'internement, la loi lie expressément la fin de la mesure à l'amélioration de l'état mental et à la réadaptation sociale (art. 18 et 21 de la loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux, des délinquants d'habitude et des auteurs de certains délits sexuels; art. 72 de la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental ; art. 66 de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement).

Section 2. Protection et autonomie

Dans la section précédente, l'autonomie avait été analysée comme une capacité de poser des valeurs ou des préférences, propre au sujet, mais qui se construit, se développe, se traduit en décisions et en actions à travers la relation à autrui. Compte tenu de la construction juridique des deux notions étudiées, existe-t-il une opposition entre le respect de l'autonomie et la protection de la personne vivant avec un trouble mental ?

Je ne le pense pas, du moins au niveau conceptuel. L'autonomie, comme capacité de déterminer les valeurs qui guident nos choix, ne peut s'épanouir et se traduire dans notre vie que dans l'interaction, en relation à autrui. La relation à autrui représente donc une composante essentielle de l'autonomie. Par conséquent, le souci de respecter l'autonomie passe d'abord par le maintien ou la restauration de la relation éventuellement mise à mal par le trouble mental, ce qui constitue théoriquement l'objectif des mesures de protection prévues par le droit. Dans cette vision, plutôt que de s'opposer à l'autonomie du sujet, ces mesures tentent de la soutenir et de la préserver.

Le rôle du droit ne revient donc pas à concilier tant bien que mal des valeurs opposées que seraient l'autonomie et la protection, mais à *protéger l'autonomie*, soit à améliorer les conditions de son épanouissement.

Il convient toutefois d'opérer une distinction entre l'objectif immédiat d'une mesure de protection et son objectif ultime. De manière immédiate, une mesure de protection vise à empêcher quelqu'un de (se) nuire et prend pour cela la forme d'une mesure d'exclusion juridique – incapacité de droit – ou physique – mise en observation ou internement. Ces moyens présentent un haut risque d'annihilation de l'autonomie de la personne, qui n'est tolérable que parce que leur objectif ultime consiste à restaurer la relation à autrui et à permettre la vie en société.

Autrement dit, c'est l'objectif ultime des mesures de protection qui légitimerait aujourd'hui les moyens de leur objectif immédiat. Par conséquent, la mesure de protection doit être façonnée dans tous ses aspects par son objectif ultime, y compris lorsque ce dernier s'avère inatteignable en pratique. En ce sens, M. Bert Anciaux et consorts précisent que « même les internés pour qui une réinsertion n'est pas possible doivent pouvoir bénéficier d'une offre adéquate de soins – souvent de longue durée (…) »[433].

A partir de cette distinction, une question fondamentale prend forme : celle de l'adéquation entre les moyens de l'objectif immédiat d'une mesure de protection – empêcher la personne de (se) nuire – et l'objectif ultime de ces mesures – maintenir ou restaurer la relation à autrui. De là pourrait venir la tension entre l'autonomie et la protection, qui devrait être reformulée comme une tension entre l'objectif immédiat et l'objectif ultime des mesures de protection. Les moyens

[433]Proposition de loi relative à l'internement de personnes, Développements, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2001/1, p. 15.

mis en œuvre pour atteindre l'objectif immédiat devraient faire l'objet d'un questionnement permanent, au regard de l'objectif ultime.

À titre d'illustration d'une rupture d'équilibre entre les moyens de l'objectif immédiat et l'objectif ultimement poursuivi, on peut citer l'arrêt *Rooman c. Belgique* de la Cour européenne des droits de l'homme : la Belgique a été condamnée pour violation des articles 3 (interdiction de la torture) et 5, §1er,e) (droit à la liberté et « détention régulière (…) d'un aliéné »), de la Convention, en raison d'une mesure d'internement non accompagnée des traitements requis par l'état de santé du requérant, durant plus de dix ans. La principale raison de cette négligence était que le requérant ne comprenait que l'allemand, langue non parlée par les membres du personnel et dispensateurs de soins de l'établissement de défense sociale de Paifve, où le requérant était interné. Ce dernier a donc été livré à son sort, sans espoir d'amélioration de son état et donc d'une libération, malgré les demandes insistantes de la Comission de défense sociale pour qu'un suivi adapté soit mis en place[434].

Le chapitre suivant clôt l'analyse textuelle en se penchant sur un concept souvent invoqué en même temps que l'autonomie et la protection des personnes et dès lors susceptible d'éclairer la réflexion: la dignité humaine.

Chapitre 3. La dignité humaine, principe directeur

Aborder la notion de dignité humaine s'avère un exercice délicat, surtout lorsqu'il s'agit de l'aborder à la marge, comme ce sera le cas ici. Il était toutefois exclu de faire l'impasse sur un concept qui paraît aujourd'hui indissociable des règles relatives à la capacité des majeurs.

Plus largement, les textes présentant un intérêt pour les personnes vivant avec un trouble mental mentionnent le plus souvent la dignité humaine comme valeur de référence (section 1ère). Par ailleurs, un lien d'origine philosophique entre l'autonomie et la dignité humaine semble se refléter dans certains textes analysés (section 2).

Les paragraphes suivants ont pour seul objectif d'extraire des textes une signification de la dignité humaine susceptible de compléter le cadre conceptuel de la recherche. En effet, une étude de la dignité humaine aux plans juridique ou philosophique dépassererait de loin le cadre du présent travail.

Section 1ère. La dignité humaine comme valeur de référence

D'un point de vue formel, le fait que la dignité humaine soit souvent mentionnée dans l'intitulé ou dans les premières dispositions des textes juridiques témoigne de son importance.

[434] Cour eur. D.H., arrêt *Rooman c. Belgique*, 31 janvier 2019.

Ainsi, bien que le Code civil ne fasse pas référence à la dignité humaine en matière d'incapacité, la loi ayant réformé entièrement le système s'intitule « loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine ». La loi du 22 août 2002 mentionne quant à elle le respect de la dignité humaine dans le premier article consacré aux droits du patient[435]. Enfin, la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement[436] prévoit, en son article 2, que, « compte tenu du risque pour la sécurité et de l'état de santé de la personne internée, celle-ci se verra proposer les soins dont elle a besoin pour mener une vie conforme à la dignité humaine ».

Ces références attestent l'attachement à la notion de dignité humaine, sans toutefois éclairer le sens à lui donner. Ce sont en réalité les travaux préparatoires des différents textes susmentionnés qui offrent de quoi réfléchir à la dignité humaine, d'un point de vue substantiel.

Les travaux préparatoires de la loi réformant les régimes d'incapacité prévus par le Code civil, au cours desquels l'intitulé de la loi a été modifié pour faire référence à la dignité humaine[437], précisent que « le texte proposé inverse la philosophie qui, jusqu'à présent, régissait la matière : une personne n'est plus "incapable", au contraire, elle est "capable d'accomplir certains actes". Cette inversion de l'angle d'approche est justifiée par le souci de garantir le respect de la dignité humaine »[438].

Par ailleurs, les discussions préalables à l'adoption de la loi relative aux droits du patient contiennent de nombreuses allusions à la dignité lorsqu'il s'agit de préserver la vie privée et de protéger l'intimité du patient[439]. Lors de l'insertion, plus tardive, du droit pour toute personne de recevoir des soins visant à soulager sa douleur[440], la nécessité de cette précision a été justifiée par référence à la dignité humaine : « Il y a une vision qui prédomine aujourd'hui : la douleur est inutile et ne conduit à rien de supérieur. Elle dégrade, réduit et détruit et il convient dans ce contexte, d'en souligner l'aspect négatif afin de préserver la dignité humaine »[441].

---

[435] Art. 5 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient : « Le patient a droit, de la part du praticien professionnel, à des prestations de qualité répondant à ses besoins et ce, dans le respect de sa dignité humaine et de son autonomie et sans qu'une distinction d'aucune sorte ne soit faite» ; les travaux préparatoires mentionnent également cet impératif (projet de loi relatif aux droits du patient, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 50-1642/1, p. 8 et p. 18).

[436] Loi entrée en vigueur le 1er octobre 2016 et abrogeant la loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux, des délinquants d'habitude et des auteurs de certains délits sexuels ainsi que la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental.

[437] Proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, Amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1009/005, p. 130.

[438] Proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables et proposition de loi instaurant un régime global d'administration provisoire des biens et des personnes, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 1009/010, p. 100.

[439] Projet de loi relatif aux droits du patient, (…), Rapport fait au nom de la Commission de la santé publique, de l'Environnement et du Renouveau de la société, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 50-1642/12, p. 26, 30, 63.

[440] Par la loi du 24 novembre 2004 modifiant la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient en y insérant le droit pour toute personne de recevoir des soins visant à soulager sa douleur.

[441] Proposition de loi modifiant la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient en y insérant le droit pour toute personne de recevoir des soins visant à soulager sa douleur, ainsi que l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé, *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n° 0551/001, p. 4 ; projet de loi relatif aux droits du patient, Amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 50-1642/8, p. 2 ; projet de

Enfin, les mesures d'internement semblent s'ancrer dans la dignité humaine plus que dans toute autre considération : « même les internés pour qui une réinsertion n'est pas possible doivent pouvoir bénéficier d'une offre adéquate de soins — souvent de longue durée — pour pouvoir vivre dans la dignité, certes dans un environnement sécurisé »[442]. Lors des travaux préparatoires en outre, un amendement déposé pour remplacer les termes « l'interné » par « la personne internée » a été justifié par le souci de « respecter le principe de la dignité humaine »[443].

De ces exemples d'application intuitifs, il ressort que le souci de la dignité humaine est lié à la volonté de considérer une personne en ce qu'elle est capable d'accomplir plutôt qu'en ses lacunes, au souci de préserver sa vie privée et son intimité, de soulager sa douleur, de lui offrir les soins dont elle a besoin et de la considérer avant tout comme un sujet, indépendamment de ses autres caractéristiques.

À ce stade, la dignité humaine ne peut dès lors être envisagée autrement que comme faisant référence à la valeur de la personne humaine : chacun doit être soulagé, soigné, envisagé globalement d'une façon qui témoigne de sa valeur en tant que personne. Cela correspond à une acception couramment admise : la dignité se définit en effet communément comme le « respect que mérite quelqu'un »[444]. La philosophie kantienne a pu influencer ce type de définition, Kant ayant posé le principe selon lequel l'humanité était une fin en soi[445], en faisant le lien avec la dignité : « (…) ce qui constitue la condition qui seule peut faire que quelque chose est une fin en soi, cela n'a pas seulement une valeur relative, c'est-à-dire un prix, mais une valeur intrinsèque, c'est-à-dire une *dignité* »[446].

Les instruments internationaux analysés confirment à la fois la prépondérance de la dignité humaine, qui apparaît le plus souvent en titre[447], en préambule[448] ou dans les premières

loi relatif aux droits du patient, (…), Rapport fait au nom de la Commission de la santé publique, de l'Environnement et du Renouveau de la société, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 50-1642/12, p. 12

[442] Proposition de loi relative à l'internement de personnes, Développements, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2001/1, p. 15.

[443] Proposition de loi relative à l'internement de personnes, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Sénat, 2013-2014, n° 5-2001/6, pp. 50-51.

[444] *Le nouveau Petit Robert*, Paris, Le Robert, 2010, p. 739.

[445] E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs, Traduction nouvelle par Victor Delbos*, Paris, Delagrave, 1907, p. 149.

[446] *Ibidem*, p. 161.

[447] Ainsi, le titre complet de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine (Oviedo, 4 avril 1997) est le suivant : Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine. Recommandation Rec(2004)10 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux.

[448] Recommandation N° R (99) 4du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables ; Recommandation CM/Rec(2009)11du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité ; Déclaration des droits du déficient mental, ONU, Résolution n° 2856, 20 décembre 1971 ; Déclaration des droits des personnes handicapées, ONU, Résolution n°3447, 9 décembre1975 ; Convention relative aux droits des personnes handicapées ; Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, Paris, 19 octobre 2005.

dispositions[449], et son acception comme valeur de la personne humaine, appelant le respect : « Convaincus de la nécessité de respecter l'être humain à la fois comme individu et dans son appartenance à l'espèce humaine et reconnaissant l'importance d'assurer sa dignité (…) »[450] ; « La notion de dignité de l'être humain, également soulignée, désigne la valeur essentielle à maintenir. Elle constitue le fondement de la plupart des valeurs défendues par cette Convention »[451] ; « Concernant la protection des majeurs incapables, le principe fondamental servant de base à ceux dégagés dans le présent texte est le respect de la dignité de chaque personne en tant qu'être humain »[452] ; « *Rappelant* les principes proclamés dans la Charte des Nations Unies selon lesquels la reconnaissance de la dignité et de la valeur inhérentes à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde (…) »[453] ; « La dignité intrinsèque se réfère à la valeur de toute personne »[454] ; « L'égalité fondamentale de tous les êtres humains en dignité et en droit doit être respectée de manière à ce qu'ils soient traités de façon juste et équitable »[455], etc.

Ces textes affirment la valeur de la personne humaine[456], fondement des droits et libertés qui lui sont reconnus, indépendamment d'une situation de vulnérabilité due à une « mesure de protection »[457], un « handicap »[458] ou un « trouble mental » nécessitant éventuellement la mise en place d'un « placement ou d'un traitement involontaires »[459]. Ces précisions traduisent à la fois l'inconditionnalité de la dignité humaine et le fait que son respect nous interpelle plus intensément *en creux*, face à des situations où elle est, ou risque d'être, bafouée[460].

---

[449] Principe 1 des Principes pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé, ONU, Résolution n°46/119, 17 décembre 1991.
[450] Préambule de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Oviedo, 4 avril 1997.
[451] §9 de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Rapport explicatif, 17 décembre 1996, disponible sur http://conventions.coe.int
[452] Principe 1 de la Recommandation N° R (99) 4 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables.
[453] Préambule, a), de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.
[454] ONU, « Suivi de la Convention relative aux droits des personnes handicapées Guide à l'intention des observateurs des droits de l'homme. Série sur la formation professionnelle no 17 », 2010, https://www.ohchr.org, p. 19.
[455] Art. 10 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, Paris, 19 octobre 2005.
[456] Certains textes mentionnent, plus largement, la dignité de l'« être humain », soit parce qu'ils s'intéressent également au respect dû aux entités humaines généralement non reconnues comme des *personnes*, tels que l'embryon et le fœtus (Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Oviedo, 4 avril 1997), soit pour souligner l'appartenance commune à l'espèce humaine (Recommandation N° R (99) 4 du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables). Il arrive ainsi que les expressions de « personne » et « être humain » soient employées quasi-indifféremment, sauf à souligner la différence entre les individus particuliers et l'espèce en général (Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, Paris, 19 octobre 2005). Dans le présent contexte, je fais le choix de l'expression de « personne humaine », sachant que la valeur qui lui est reconnue et le respect qui lui est dû influencent les réflexions sur les entités humaines en amont et en aval de la reconnaissance, par un système juridique déterminé, de l'existence d'une *personne*.
[457] Recommandation N° R (99)4 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables.
[458] Convention relative aux droits des personnes handicapées.
[459] Recommandation Rec(2004)10 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux.
[460] En ce sens, M. DUPUIS, « Dignité », *Dictionnaire encyclopédique d'éthique chrétienne*, Paris, Cerf, 2013, p. 603 ou, à propos des personnes démentes et de la vulnérabilité qui menace la dignité, C. GASTMANS, « Dignity-enhancing nursing care: A foundational ethical framework », *Nursing Ethics*, 2013, 20(2), p. 146.

La dignité humaine désignerait donc essentiellement la valeur conférée à la personne humaine, indépendamment de toute considération autre que celle de l'humanité de la personne.

Ce postulat « ne peut être vierge de toute idéologie »[461] et j'assume dès lors le choix – idéologique, philosophique, confessionnel ? – de considérer chaque personne humaine comme précieuse, quels que soient ses faiblesses ou ses crimes. Sans prendre la peine d'en déterminer l'origine exacte, je constate en effet que l'affirmation de la dignité humaine relève plus de l'option délibérée que de la réalité observable par tous et partout.

Il s'agit toutefois bien d'une option délibérée et non d'un simple pari : le respect de la dignité humaine peut, comme sa violation, être expérimenté à tous les niveaux, de la vie quotidienne à la plus haute diplomatie, et il semble plus intéressant pour l'humanité de l'encourager que l'inverse[462]. Concrètement, l'option de la dignité humaine impose à ceux qui l'invoquent « un permanent travail éthico-moral sur soi »[463] : « en se respectant elle-même dans la personne de tous ses membres et en endossant la responsabilité de faire advenir un monde de respect, l'humanité réalise sa propre dignité »[464].

Parler de dignité humaine n'a de sens que si les individus sont insérés dans un système politico-social permettant le respect de cette dignité, par la sanction de comportements y portant atteinte et par la reconnaissance de droits favorisant son épanouissement[465]. Par conséquent, le rappel de la dignité humaine, dans les textes, fait figure de principe directeur : les structures sociales doivent être conçues de manière à favoriser le respect de la dignité humaine, d'où le rôle indispensable du droit[466]. L'invocation de la dignité humaine n'offre en elle-même aucun contenu normatif précis, mais elle pose un cadre de travail, à l'intérieur duquel les individus déterminent librement les actions concrètes à mener pour assurer le respect leur propre dignité[467]. La sécurité juridique n'exclut en effet pas un certain nombre de « notions à contenu variable », lesquelles existent depuis longtemps et offrent aux juges une marge d'appréciation indispensable à l'exercice de la science humaine qu'est le droit[468].

---

[461] B. MATHIEU, « La dignité, principe fondateur du droit », *Journal International de Bioéthique*, 2010, p. 82.
[462] A. LANGLOIS, « Dignité humaine », *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, Bruxelles, De Boeck, 2001, p. 282 ; M. DUPUIS, « Dignité », *Dictionnaire encyclopédique d'éthique chrétienne*, Paris, Cerf, 2013, p. 597.
[463] A. LANGLOIS, « Dignité humaine », *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, Bruxelles, De Boeck, 2001, p. 284.
[464] *Ibidem*, p. 282.
[465] En ce sens, J. FIERENS, « La dignité humaine comme concept juridique », *J.T.*, 2002, p. 581.
Contre-exemple : RTBF, « Le gouverneur de Flandre occidentale : "Ne nourrissez pas les réfugiés" » 2 février 2016, www.rtbf.be. En réaction, certains ont souligné la différence entre les personnes réfugiées et… les mouettes, qu'il est effectivement interdit de nourrir. Cette différence, qui réside dans la dignité de la personne humaine, semble effectivement avoir échappé au gouverneur de Flandre occidentale. Nul besoin de remonter à Hanna ARENDT ou Primo LEVI : l'actualité suffit malheureusement à susciter l'angoisse profonde, face à un système politique ne reconnaissant plus la valeur de certaines personnes.
[466] J. FIERENS, « La dignité humaine comme concept juridique », *J.T.*, 2002, p. 581.
[467] En ce sens, M. DUPUIS, « Dignité », *Dictionnaire encyclopédique d'éthique chrétienne*, Paris, Cerf, 2013, p. 597, commentant la position de « certains commentateurs sévères envers la notion [de dignité] ».
[468] La notion même de « faute », en droit des obligations, ou d'« intérêt de l'enfant », en droit des personnes, n'en sont pas les moindres exemples (J. FIERENS, « La dignité humaine comme concept juridique », *J.T.*, 2002, pp. 581-582 ; C. PERELMAN, R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984).

La dignité humaine apparaît dès lors comme un principe directeur imposant à ceux qui l'invoquent un travail juridico-éthico-moral[469] permanent pour concevoir des structures sociales respectant toujours davantage la valeur de la personne humaine.

Section 2. Dignité humaine et autonomie

Une analyse textuelle ne peut passer à côté du fait que l'autonomie et la dignité humaine sont régulièrement associés. Si cette association semble parfois se réaliser par hasard, au détour d'une énonciation de principes[470], certains textes insistent sur les liens unissant, en particulier, les concepts d'autonomie et de dignité humaine : « Considérant que l'autodétermination est essentielle pour le respect des droits de l'homme et de la dignité de tout être humain (…) »[471] ; « 37. La déclaration établit une distinction entre (1) les principes se rapportant directement à la dignité humaine, comme le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les effets bénéfiques et les effets nocifs, l'autonomie, le consentement et la confidentialité ; (…) 40. Le respect de la dignité humaine découle de la reconnaissance du fait que toutes les personnes ont une valeur inconditionnelle, chacune d'entre elles ayant la capacité de décider de sa destinée morale. Ne pas respecter la dignité humaine pourrait conduire à l'instrumentalisation de la personne humaine (…) 60. Le respect de l'autonomie personnelle est étroitement lié à la notion de dignité humaine dont, selon certaines interprétations, il découlerait (…) »[472]. En outre, comme déjà mentionné *supra*, la loi belge réformant les régimes d'incapacité, dont un objectif majeur consiste à promouvoir l'autonomie des personnes, s'intitule « loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine ».

Le rapprochement entre dignité et autonomie trouve sa source dans la morale kantienne : la raison, mise en pratique par le sujet autonome, fonde la dignité comme valeur intrinsèque, au sens où elle place l'être humain doué d'entendement au-dessus de tout autre vivant[473]. Ainsi, la pensée kantienne est à l'origine d'une conception « atomiste et rationaliste » de l'autonomie,

---

[469] Synthèse des approches de J. FIERENS (« La dignité humaine comme concept juridique », *J.T.*, 2002, p. 581) et A. LANGLOIS (« Dignité humaine », *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, Bruxelles, De Boeck, 2001, p. 284).
[470] Art. 5 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient ; art. 3, 16.4, et 25(d), de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.
[471] Préambule de la Recommandation CM/Rec(2009)11du Comité des Ministres aux Etats membres sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité. Compte tenu du contexte, je considère ici le terme « autodétermination » comme un synonyme de l'autonomie.
[472] UNESCO, Première réunion intergouvernementale d'experts destinée à mettre au point un projet de déclaration relative à des normes universelles en matière de bioéthique, Note explicative sur l'élaboration de l'avant-projet d'une déclaration relative à des normes universelles en matière de bioéthique, 21 février 2005, http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001390/139024f.pdf
[473] E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs, Traduction nouvelle par Victor Delbos*, Paris, Delagrave, 1907, pp. 149-170 ; C. MEURIS, *Faire et défaire la capacité d'autonomie*, thèse de doctorat, Université Libre de Bruxelles et Université Sorbonne Paris Cité, 2017, pp. 41-44 ; J. RACHELS, *The Elements of Moral Philosophy*, Random House Inc., 1986, pp. 114-117 et 122-123.

très prégnante au sein des démocraties libérales occidentales[474] et qui s'accomode mal d'une réflexion sur l'autonomie des personnes vivant avec un trouble mental.

Toutefois, ce n'est pas en ce sens que les textes précités entendent la notion de dignité, qu'ils associent à la personne humaine, voire à l'être humain, quelle que soit sa situation spécifique et ses facultés de discernement. Le cadre conceptuel de la présente recherche retient donc une acception large de la dignité humaine, comme un principe directeur imposant à ceux qui l'invoquent un travail juridico-éthico-moral[475] permanent pour concevoir des structures sociales respectant toujours davantage la valeur de la personne humaine, indépendamment des caractéristiques propres à chaque personne. L'interprétation de l'action qu'appelle un tel impératif ne sera évidemment jamais univoque, tout travail à ce sujet représentant une simple contribution à l'effort collectif.

Dans l'acception retenue, le respect de la dignité humaine englobe celui de l'autonomie, sans toutefois s'y cantonner. En effet, l'autonomie ayant été définie comme une *capacité*, elle reste susceptible de faire défaut sans que cela affaiblisse, le cas échéant, le principe directeur commandant le respect de la dignité humaine.

Conclusions du titre II. L'autonomie dans ses rapports avec la protection et la dignité humaine : cadre conceptuel de la recherche

L'analyse textuelle permet de cerner la construction juridique de trois concepts-clé en matière de droits des personnes vivant avec un trouble mental et conduit à retenir les trois définitions suivantes :

- l'autonomie s'entend comme une capacité de poser des valeurs ou des préférences, qui se construit, se développe, se traduit en décisions et en actions à travers la relation à autrui ;

- la protection fait référence à un ensemble de mesures judiciaires – administration, mise en observation, internement – prises pour pallier l'insuffisance de facultés décisionnelles d'une personne ou pour éviter que cette personne, en raison d'un trouble mental, se mette elle-même ou mette des tiers en danger, avec pour objectif ultime de (tenter de) permettre à cette personne d'évoluer dans notre société ;

- la dignité humaine, enfin, désigne un principe directeur imposant à ceux qui l'invoquent un travail juridico-éthico-moral permanent pour concevoir des structures sociales respectant toujours davantage la valeur de la personne humaine, indépendamment des caractéristiques propres à chaque personne.

[474] C. MEURIS, *Faire et défaire la capacité d'autonomie*, thèse de doctorat, Université Libre de Bruxelles et Université Sorbonne Paris Cité, 2017, p. 42.
[475] Synthèse des approches de J. FIERENS (« La dignité humaine comme concept juridique », *J.T.*, 2002, p. 581) et A. LANGLOIS (« Dignité humaine », *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, Bruxelles, De Boeck, 2001, p. 284).

Bien qu'un effet de mode soit difficile à exclure[476], l'autonomie ne se réduit pas à un concept à la mode. Une définition de l'autonomie compatible avec les règles encadrant la capacité juridique en fait un outil d'analyse intéressant pour envisager l'évolution de ces règles.

Le respect de la dignité humaine implique de respecter et de soutenir l'autonomie des individus, ce qui implique éventuellement de commencer par maintenir ou restaurer la relation à l'autre, condition *sine qua non* du déploiement de l'autonomie. Les mesures de protection prévues par le législateur s'inscrivent théoriquement dans cette idée de préservation de la relation à autrui.

Les mesures de protection ne doivent toutefois jamais perdre de vue l'objectif relationnel ultime, au risque de porter atteinte à la dignité humaine de la personne concernée. Si l'objectif ultime de réinsertion sociale est perdu de vue, la mesure de protection n'est plus, alors, qu'une mesure d'exclusion : exclusion par l'incapacité ou par l'enfermement, incompatible avec la valeur que l'on se doit de reconnaitre à la personne humaine. A l'inverse, plus les moyens de l'objectif immédiat d'une mesure de protection se rapprocheront de son objectif ultime, mieux cette mesure assurera le respect de la dignité humaine

La question fondamentale de l'adéquation des mesures de protection à cet objectif relationnel ultime animera la suite du travail, à partir de diverses formes d'incapacité juridique : l'incapacité pouvant frapper le patient majeur en vertu de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et l'incapacité judiciairement décidée sur la base des articles 491 et s. du Code civil.

CONCLUSIONS DE LA PREMIÈRE PARTIE. UNE QUESTION DE RECHERCHE : LA CONSTRUCTION ACTUELLE DE LA CAPACITÉ JURIDIQUE DES MAJEURS EST-ELLE CONCILIABLE AVEC L'IMPÉRATIF DU RESPECT DE L'AUTONOMIE ?

L'évolution historique des régimes d'incapacité liés à un trouble mental a mis en exergue l'attention de plus en plus grande accordée à l'individu, par la personnalisation accrue des mesures d'incapacité juridique. Les mesures d'incapacité juridique défendent aujourd'hui sans équivoque l'intérêt de la personne protégée avant celui de sa famille ou de la société en général.

Parallèlement, l'autonomie est devenue une valeur de référence, tant en matière de droits du patient que dans les règles organisant l'incapacité juridique.

Ces évolutions ont mené à questionner une première fois les liens unissant la capacité, notion juridique, et l'autonomie, concept plus étudié en philosophie et en sociologie qu'en droit : à ce stade, la capacité, éventuellement limitée, apparaît comme un attribut de la personne juridique et l'autonomie comme une valeur dont le respect est promulgué par le droit, indépendamment de l'état de capacité ou d'incapacité de la personne concernée.

[476] *Cf. supra*, figure 3.

Les définitions de l'autonomie et, par rapport à celle-ci, de la protection et de la dignité humaine, développées au titre II, ne sont pas des définitions juridiques au sens où elles auraient été élaborées par le législateur ou par une doctrine ou une jurisprudence constante. Fruits d'une analyse de textes de droit belge ou international, elles reflètent néanmoins la perception juridique de ces trois concepts-clé, dans les domaines de l'incapacité des majeurs et des droits du patient.

L'autonomie, en particulier, peut se définir d'une façon cohérente avec les règles relatives à la capacité juridique, sans toutefois se confondre avec cette capacité. Cela permet de promouvoir le respect de l'autonomie tant des personnes capables que de celles dont la capacité est diminuée : parce qu'elle est perçue en droit comme relationnelle, l'autonomie reçoit une acception qui transcende la frontière capacité-incapacité. Il ne s'agit donc pas d'une frontière autonomie-hétéronomie. Les règles relatives à la capacité tracent simplement une limite entre les actes pour lesquels une personne déploie son autonomie sans soutien officiel et ceux pour lesquels elle reçoit une aide formelle, récurrente et contrôlée.

Pour interroger plus avant cette dynamique, il faut à présent se pencher sur les critères concrets, aptitudes internes ou exigences externes, menant parfois à imposer l'aide d'autrui, sous la forme d'incapacité d'exercice de certains droits.

Comme l'a démontré Thomas Van Halteren[477], les évolutions récentes des statuts de protection, de même que leur impact en droits du patient, révèlent un changement de perspective : la capacité juridique doit aujourd'hui se moduler au regard de la capacité de fait ou capacité de discernement de la personne concernée. En mettant au jour l'importance de la *capacité de fait*, ce changement de perspective constitue une étape fondamentale de la réflexion en matière d'accompagnement des personnes vivant avec un trouble mental. Au nom de l'autonomie, la capacité de fait est en effet devenue une notion-charnière, qui dicte la façon dont chacun peut exercer ses droits.

Avant de pouvoir juger l'adéquation des nouveaux dispositifs légaux à l'aune de l'autonomie, il convient donc de comprendre cette notion-charnière : que désigne, concrètement, la *capacité de fait* ? Comment est-elle évaluée et par qui ? Face au résultat de cette évaluation, quels sont les recours possibles ?

La deuxième partie de ce travail se consacre entièrement à ces questions, essentiellement à travers la situation des patients vivant avec un trouble mental. En effet, la capacité de ceux-ci à exercer leurs droits constitue souvent une source de questionnement pour les praticiens de la santé. La relation de soins fait ainsi figure de niche de réflexion pour interroger ensuite plus largement notre conception de la capacité juridique des majeurs, au regard de l'impératif du respect de l'autonomie.

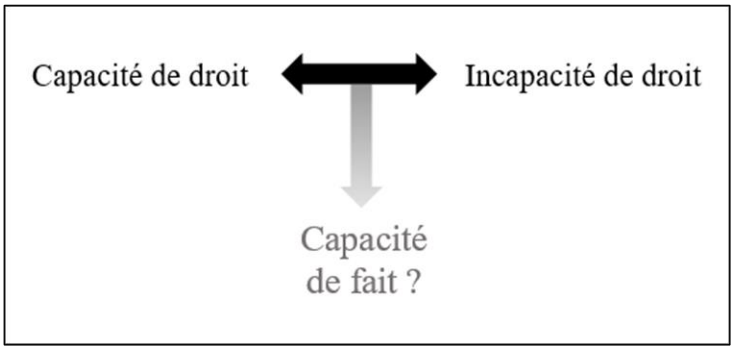
[477] Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018.

DEUXIEME PARTIE. EXPLORATION D'UNE NOTION-CHARNIÈRE MÉCONNUE : LA CAPACITÉ DE FAIT

INTRODUCTION

La réflexion sur la capacité de fait est cruciale, au regard du respect de l'autonomie : à partir de quand et pourquoi décider qu'une personne a besoin d'un soutien officiel dans l'exercice de ses droits ? Au nom de quoi va-t-on disqualifier juridiquement cette personne comme interlocuteur principal, en lui adjoignant un représentant ? La capacité de fait apparaît comme une charnière entre la situation du citoyen exerçant ses droits lui-même – le citoyen capable de droit – et celle du citoyen représenté dans l'exercice de ses droits – le citoyen incapable de droit.

Figure 4: la capacité de fait, notion-charnière



Le titre I tente de donner un contenu à la fois substantiel et pratique à cette notion, pour contribuer à sa compréhension et à son utilisation pertinente par les juristes et les praticiens de la santé. Bien que la capacité de fait joue un rôle déterminant dans la capacité de droit reconnue aux citoyens, les dispositions légales ayant trait à la capacité ne donnent que très peu d'indications à son sujet.

Plusieurs pistes sont exploitées afin de cerner la capacité de fait dont, plus particulièrement, les dispositions relatives à l'exercice des droits du patient. En effet, comme cela a été expliqué *supra*, la loi relative aux droits du patient fait primer la *capacité de fait* du patient sur toute autre considération : le patient exerce lui-même ses droits pour autant qu'il soit « capable d'exprimer sa volonté pour ce faire »[478]. C'est cette dernière capacité que désigne l'expression *capacité de fait*, soit l'aptitude réelle du patient à exercer ses droits.

[478] Art. 14, §1er de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

Le titre II se focalise sur le processus d'évaluation de la capacité de fait du patient, afin de poser un regard critique sur les représentations sociales qui conduisent à la disqualification juridique de certaines personnes.

Le titre III pose la question des recours existant à l'encontre d'une décision relative à la capacité de fait du patient. Compte tenu de l'impact juridique de l'évaluation de cette capacité, on est en droit de s'attendre à ce que le résultat puisse être contesté facilement.

Les réflexions sur la capacité de fait du patient présentent un lien direct avec le principe d'autonomie. En effet, en tant que droit du patient, l'autonomie est généralement interprétée comme le droit de consentir – ou pas – à toute intervention. La tendance à traduire l'autonomie par le droit de prendre ses propres décisions en matière de soins, éventuellement de manière anticipée, s'illustre dans des contributions doctrinales de référence[479] et dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[480].

La question de la capacité de fait du patient se pose alors en obstacle au déploiement de cette autonomie : le droit de donner ou de refuser son consentement fait partie des droits du patient, dont l'exercice revient à ce dernier *dans la mesure où il en est capable*. Si ce n'est pas le cas, une autre personne représentera le patient dans l'exercice de ses droits, ce qui revient à décider pour ou, dans le meilleur des cas, avec lui[481].

Le risque de *paternalisme*, au sens d'une interférence bien intentionnée mais non sollicitée[482], se reporte dès lors subtilement sur les décisions relatives à la capacité du patient : ce n'est pas que le patient n'ait rien à dire, bien sûr, cependant il présente « des problèmes d'élaboration », « des symptômes de maladie mentale », « un état de confusion généralisée », etc. Ces constats ne sont pas en eux-mêmes paternalistes mais c'est bien là que réside aujourd'hui le risque de paternalisme : à trop vite considérer un patient comme incapable, on justifie facilement le fait de décider pour lui. À l'inverse, considérer un patient comme capable ne garantit pas nécessairement le déploiement de l'autonomie de ce patient.

En effet, en fonction du contexte, la décision relative à la capacité ou à l'incapacité du patient peut toujours se se teinter de paternalisme. Il suffit, pour s'en convaincre, de se pencher sur l'alternative classique de la relation soignant-soigné :

---

[479] Entre autres, G. GENICOT, « Vulnérabilité et intégrité physique en droit belge. Entre protection renforcée et autonomie encadrée », *Rev. Dr. ULiège,* 2019, p. 111-147 ; G. SCHAMPS, « L'autonomie de la personne en matière médicale : du début à la fin de la vie », *Le temps et le droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 543-573.

[480] La haute juridiction estime que le droit à la vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, comprend le « droit à l'autonomie personnelle », qui se décline en différentes prérogatives (CEDH, « Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », www.echr.coe.int, 31 août 2020). En matière médicale, ce droit à l'autonomie personnelle se traduit par l'injonction de considérer la volonté du patient au cours du processus décisionnel (voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *V.C. c. Slovaquie*, 8 novembre 2011, §§ 114-120 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Lambert et autres c. France*, 5 juin 2015, §§ 147-148).

[481] Art. 14 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

[482] DWORKIN G., « Paternalism », The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), disponible sur https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/paternalism/

- le patient accepte ce qui lui est proposé par le praticien et ce dernier ne cherche pas à savoir si ce consentement est donné en connaissance de cause ou par défaut, en raison d'une capacité de raisonnement amoindrie ;

- le patient refuse ce qui lui est proposé et le praticien argue de son incapacité pour pouvoir contourner le refus, sans avoir exploré les facultés réelles du patient.

Dans ces deux hypothèses, l'autonomie du patient est mise à mal : d'une part, on prive le patient d'un soutien dont il aurait peut-être besoin ; d'autre part, on lui impose la décision d'un tiers sans savoir si la situation le justifie. Le paternalisme paraît donc intimement lié à l'arbitraire : c'est le sérieux de l'évaluation de la capacité du patient qui détermine la légitimité de la décision de s'adresser, ou pas, à un représentant.

Pour que l'autonomie du patient n'en reste pas au stade des mots, il faut dès lors interroger la notion de capacité de fait : à quoi correspond-elle ? (Titre I), pourquoi et comment l'évaluer ? (Titre II), le résultat de l'évaluation est-il susceptible de recours ? (Titre III).

TITRE I. LA CAPACITÉ DE FAIT SAISIE PAR LE DROIT

Introduction

Le but du présent titre est de donner un contenu au concept de capacité de fait. Comme son nom l'indique, la capacité *de fait* entend renvoyer à une réalité observable plus qu'à un concept juridique. Son importance juridique est telle, cependant, que la présente étude ne peut faire l'impasse sur la façon dont le droit appréhende ou devrait appréhender la capacité de fait.

Le droit et la doctrine belges n'étant pas très loquaces quant au contenu de la notion, l'analyse se voit aidée de sources étrangères. Dans une perspective de droit comparé, je me suis intéressée à l'Angleterre (Royaume-Uni), à l'Ontario (Canada) et aux Pays-Bas. Par ailleurs, il aurait été difficile de ne pas mentionner l'ouvrage pionnier de deux psychiatres américains, *Assessing Competence to Consent to Treatment. A Guide for Physicians and Other Health Professionals*[483].

La compilation d'approches belges et étrangères aboutit à une double définition : celle de la capacité de fait en général et celle de la capacité de fait du patient, en particulier. Enfin, le titre I se clôture par le rappel des personnes à qui incombe la responsabilité de comprendre et d'évaluer la capacité de fait du patient.

[483] P. APPELBAUM, Th. GRISSO, *Assessing Competence to Consent to Treatment*, Oxford University Press, 1998.

Chapitre 1er. La capacité de fait ici et ailleurs

En Belgique francophone, il est possible d'avoir de bonnes connaissances en droit médical sans avoir jamais songé à explorer le concept de capacité de fait, pourtant crucial. La loi n'y fait allusion qu'entre les lignes, la jurisprudence – y compris en droit des contrats – ne met aucun critère spécifique en évidence et la doctrine francophone semble ne pas se poser de question quant à cette « capacité d'exprimer sa volonté ».

La doctrine néerlandophone se révèle quant à elle beaucoup plus précise, peut-être grâce à sa proximité avec les Pays-Bas et le monde anglo-saxon. Les auteurs belges néerlandophones se réfèrent en effet souvent à des sources étrangères, dont certaines inspirent également la présente recherche.

Section 1ère. Un concept-fantôme du droit belge ?

Qu'est-ce que la *capacité d'exprimer sa volonté* ou *capacité de fait* du patient ? Un concept-fantôme ? En effet, on ne sait trop comment le définir, malgré les indices qu'il laisse çà et là, et sa discrétion dans le paysage juridique trompe sur son pouvoir d'influence réel.

Cette section commence par un détour en droit des contrats : la jurisprudence en matière de droits du patient étant pratiquement muette quant à la question de la capacité de fait du patient, j'ai d'abord espéré trouver des indices dans les décisions judiciaires relatives à l'annulation de contrats en raison du trouble mental d'une partie contractante.

§1er. Capacité de fait et contrats : la question du consentement

L'article 1108 du Code civil cite quatre conditions essentielles pour la validité des conventions : « Le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ». La « capacité » dont il est question ici vise simplement la capacité de droit.

Une incapacité de fait s'analyse quant à elle comme une absence de consentement[484]. L'exigence de consentement suppose en effet que la volonté ne soit pas annihilée par un trouble mental ou l'usage de drogues ou d'alcool, ce qui entraînerait l'absence de consentement et donc de l'une des conditions essentielles à la formation du contrat[485].

L'hypothèse de l'absence de consentement ne doit pas être confondue avec celle des vices de consentement que sont, d'après le Code civil, l'erreur, la violence ou le dol[486]. Certes,

[484] P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 272.
[485] *Ibidem*, p. 233.
[486] Art. 1109 et s. du Code civil.

l'appréciation de la présence d'un vice de consentement dans le chef d'une personne est fonction de sa situation concrète et donc notamment de ses facultés de discernement : une personne fragilisée psychologiquement par un mauvais état de santé ou par un deuil se verra sans doute plus facilement reconnue comme victime de dol ou de violence. Cela dit, la personne victime d'un vice, en droit des contrats, est une personne généralement capable de fait mais dont le raisonnement a été altéré en raison de circonstances particulières.

Un arrêt particulièrement fouillé de la Cour d'appel de Liège illustre à merveille cette distinction :

> Le premier juge doit être approuvé lorsqu'il considère que le dossier produit n'établit pas qu'Elise K. ne disposait plus du discernement requis à la passation des actes. Les rapports précités de l'expert psychiatre opèrent bien la nuance : Elise K. n'était pas hors d'état de gérer ses biens et ne souffrait d'aucune incapacité réelle. Désemparée à la suite du décès de son fils, elle s'est simplement laissée séduire par Thérèse R. et son apparente gentillesse au point de s'abandonner totalement à son emprise (…) En conclusion, le jugement entrepris doit être entièrement confirmé en ce qu'il prononce la nullité des actes de vente et de prêt pour dol[487].

Si l'on comprend amplement que l'avocat de la venderesse, outré par les manœuvres abjectes dont celle-ci avait été victime, ait voulu plaider l'absence totale de consentement, on ne peut qu'approuver les juges d'instance et d'appel dans leur volonté de ne pas créer l'amalgame entre une personne victime de l'emprise d'une autre et une personne incapable de fait[488].

En droit des contrats, la personne incapable de fait est celle qui est généralement incapable de consentir, faute d'une volonté suffisamment lucide, quand bien même le semblant de consentement donné ne serait porteur d'aucun vice objectivable[489]. Pour cette raison, la jurisprudence analysée ne concerne que la question de l'absence de consentement et non celle d'un consentement vicié.

Qu'est-ce donc qu'une volonté suffisamment lucide ? À quelles aptitudes concrètes renvoie cette expression ? En cas de doute, en raison d'un trouble mental, les juges se fondent sur des rapports médicaux afin de tenter d'apprécier l'état de la personne au moment de la conclusion de l'acte et en déduire l'absence ou la présence d'un consentement[490].

---

[487] Liège, 3 avril 2014, n° F-20140403-21

[488] En ce sens également, Bruxelles, 7 mars 2014, *Rev. not. b.*, 2014, p. 858 : dans la mesure où il n'est pas possible de déterminer l'état mental exact de la personne au moment de la passation de l'acte, le juge ne peut conclure à l'absence de consentement et c'est finalement un vice de consentement qui est retenu en l'espèce.

[489] En ce sens, Fl. REUSENS, A. TASIAUX, *L'adulte âgé dans le droit des personnes et de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 36. Les Codes civils français et luxembourgeois ont d'ailleurs ajouté une condition spécifique de discernement pour la validité des actes juridiques, tandis que le droit belge se satisfait de l'interprétation jurisprudentielle en ce sens (P. ANCEL, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois : approche comparative*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 265-266).

[490] Bruxelles, 3 avril 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 304 ; Liège, 4 novembre 2014, n° F-20141104-8 ; Liège, 3 avril 2014, n° F-20140403-21 ; Bruxelles, 7 mars 2014, *Rev. not. b.*, 2014, pp. 848-864 ; Cass., 15 novembre 2012, R.G. n° C.11.0579.F/1.

La jurisprudence ne permet toutefois pas de dégager des caractéristiques stables de la capacité de fait, qui se voit appréciée globalement, comme en témoignent les exemples suivants :

> Au vu de ces considérations médicales, il est raisonnable de considérer que (…) lors de la signature du compromis de vente immobilière, (…) l'appelant était dans la phase maniaque de façon telle qu'il n'a pu donner valablement son consentement à [cette convention][491].

> Il apparaît (I) que Hassan a été colloqué le 6 mars 2011 et transféré aux cliniques St-Jozef de Kortenberg pour être pris en charge, (II) qu'il a été hospitalisé à la clinique Fond'Roy du 18 mars au 22 juillet 2011, (III) que par requête du 30 mars, la désignation d'un administrateur provisoire a été sollicitée et qu'elle a été accordée par ordonnances des 8 et 13 avril 2011 et (IV) qu'était joint à la requête un rapport médical circonstancié, daté du 28 mars 2011, selon lequel Hassan était affecté de "syndrome de confusion spatio-temporelle sur syndrome de Korsakoff, très probable syndrome dépressif majeur" (…) Il se déduit des constatations qui précèdent qu'Hassan était manifestement incapable de donner un consentement libre et éclairé à la convention de résiliation de bail datée du 14 février 2011, au jour où il y a apposé une signature, au demeurant très hésitante et accompagnée de ses empreintes digitales. Constatant l'absence de consentement d'Hassan, la cour prononcera la nullité de la convention, ainsi que le demande son administrateur provisoire[492].

Sachant qu'il s'agit d'une appréciation a posteriori, compte tenu de toutes les circonstances particulières du conflit, l'appréciation globale de la présence ou non d'un véritable consentement, et donc d'une capacité de fait, ne semble pas poser de problème. D'une part, au moment où il se prononce, le juge dispose en effet de tous les éléments sur lesquels il doit fonder sa décision : état de santé de la personne au moment des faits, circonstances de temps et de lieu, interactions ayant influencé la décision, etc. D'autre part, la personne dont le consentement est mis en cause se présente ou est d'emblée représentée comme une victime, dont l'intérêt serait servi par l'annulation du contrat litigieux. Le juge peut dès lors se contenter d'estimer si l'absence de consentement ressort à suffisance des éléments du dossier[493].

La situation du praticien de la santé, qui doit apprécier a priori la capacité de fait d'une personne à exercer ses droits de patient, s'avère très différente : une évaluation menée a priori ne peut évidemment pas être confortée par la tournure des événements à venir et se voit donc marquée par une incertitude qui confinerait à l'arbitraire si l'évaluateur ne suivait pas une méthodologie rigoureuse, du moins dans les cas équivoques.

Enfin, bien que le droit des contrats les assimile, l'absence de consentement s'apparente davantage à une *conséquence* de l'incapacité de fait, plutôt qu'à l'*essence* de cette incapacité.

---

[491] Liège, 4 novembre 2014, n° F-20141104-8

[492] Bruxelles, 3 avril 2015, *J.L.M.B.*, 2016, pp. 306-307.

[493] S. WELIE souligne également cette différence de temporalité, dans une comparaison avec l'appréciation de la responsabilité pénale d'une personne ayant commis une infraction (*Criteria for assessment of patient competence, A Conceptual Analysis from the Legal, Psychological and Ethical Perspectives*, thèse de doctorat, Universiteit Maastricht, 2008, p. 179).

Restent donc les questions suivantes : sur quels éléments fonder une évaluation (des conditions de possibilités) de la lucidité d'une décision *à prendre* ? Quelles aptitudes sont ainsi évaluées et comment ?

§2. Capacité de fait et exercice des droits du patient

La loi relative aux droits du patient ne dit pas en quoi consiste la « capacité d'exprimer sa volonté », mais elle y attache la faculté d'exercer personnellement ses droits : « Les droits d'une personne majeure inscrits dans la présente loi sont exercés par la personne même, pour autant qu'elle soit capable d'exprimer sa volonté pour ce faire »[494]. Un tiers exerce par contre les droits du patient à la place de ce dernier dès et aussi longtemps que le patient « n'est pas en mesure d'exercer ses droits lui-même »[495].

Le Code civil est évidemment encore plus général et prévoit qu'une mesure de protection peut s'appliquer à tout « majeur qui, en raison de son état de santé, est totalement ou partiellement hors d'état d'assumer lui-même, comme il se doit, sans assistance ou autre mesure de protection, fût-ce temporairement, la gestion de ses intérêts patrimoniaux ou non patrimoniaux »[496].

Ce que signifie, concrètement, la « capacité d'exprimer sa volonté » ou, à l'inverse, de ne « pas être en mesure d'exercer ses droits » ou encore d'être « hors d'état d'assumer [soi-même] (…) la gestion de ses intérêts » reste tout à fait mystérieux. Pour un patient dans le coma, cela ne pose effectivement pas un cas de conscience formidable, mais pour celui atteint d'un trouble mental, la question s'avère beaucoup plus délicate. Or, il s'agit d'une question-charnière entre capacité et incapacité.

Les termes « capacité d'exprimer sa volonté » ressemblent à une traduction littérale du néerlandais « *wilsbekwaamheid* ». Je fais le choix de traduire cette dernière par l'expression « capacité de fait », pour deux raisons : pratiquement, la répétition de l'expression de « capacité d'exprimer sa volonté » risque d'alourdir le texte ; plus subtilement, il me semble qu'elle prête à confusion. En effet, certaines personnes qui ne sont pas considérées comme « capables d'exprimer leur volonté » au sens juridique, expriment malgré tout *une* volonté : une personne délirante qui se débat alors qu'on tente de lui administrer un calmant n'exprime-t-elle pas sa volonté du moment ? Il faudrait alors au moins parler d'« exprimer une volonté lucide »[497], au sens d'une volonté qui serait le fruit d'une délibération intellectuelle, même minime mais compréhensible. L'expression francophone de « capacité de fait » me paraît dès lors plus appropriée[498].

---

[494] Art. 14, §1er, al. 1er, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[495] Art. 14, §1er, al. 2, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[496] Art. 488/1 du Code civil.
[497] N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, Limal, Anthémis, 2013, p. 202.
[498] M.-N. VEYS relève en effet que l'expression « capacité de fait » revient principalement dans la doctrine francophone. Elle note également qu'en psychiatrie, « on critique le terme de "capacité d'exprimer sa volonté", parce qu'il ne s'agit pas réellement de "volonté", mais plutôt de l'"aptitude au processus décisionnel" » (« La

La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient fait aujourd'hui clairement le choix de privilégier la capacité de fait du patient, sa capacité réelle à exercer ses droits de patient : indépendamment de sa capacité ou de son incapacité de droit, tel patient est-il capable, *en fait* ? Voilà la question à laquelle il faut parfois répondre et qui appelle forcément des critères, mais lesquels ?

Peut-être parce qu'ils sont davantage influencés par la doctrine néerlandaise et anglo-saxonne, plusieurs auteurs néerlandophones se sont penchés de près sur cette question, indissociable de celle des droits du patient[499]. Ces auteurs mettent tout d'abord en évidence l'importance cruciale du concept de « *wilsgeschiktheid* »[500] ou, plus récemment, « *wilsbekwaamheid* »[501], que je traduis par « capacité de fait ». Plus on se renseigne au sujet de celle-ci, plus on découvre de définitions, de procédures, de tests, d'approches et de concepts variés, au point que la recherche d'une méthode d'évaluation a été rapprochée de celle du Saint-Graal ou d'une pierre philosophale[502].

En outre, loin de se contenter de présenter la solution qu'ils jugent la meilleure, plusieurs auteurs se sont efforcés de rédiger une synthèse critique des différentes approches possibles, donnant ainsi au lecteur une vision d'ensemble fidèle à la richesse et à la complexité de la matière : la capacité de fait doit-elle s'évaluer à l'aune d'un standard catégoriel ou fonctionnel ?

---

position du patient psychiatrique dans la loi relative aux droits du patient », Service public fédéral Santé publique, 2005-2006, www.healthbelgium.be, p. 37).

[499] Entre autres, E. DELBEKE, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2012, pp. 700-705 et pp. 1018-1030 (concernant plus particulièrement l'évaluation de la capacité des patients vivant avec une forme de démence) ; Ch. LEMMENS, « De handelings- en wilsonbekwamen », *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 933-941; H. NYS, *Geneeskunde recht en medisch handelen*, Malines, Kluwer, 2016, pp. 120 et s. ; Kr. ROTTHIER, *Gedwongen opname van de geesteszieke*, Bruges, Die Keure, 2012, p. 272 ; Fr. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgelijk Recht*, Anvers, Intersentia, 2000, pp. 543-563.

En comparaison, les auteurs francophones ne s'attardent pas sur les critères concrets de la capacité de fait: N. GALLUS, Th. VAN HALTEREN, « La personnalisation des mesures d'incapacité », *La protection des personnes majeures. Dix-huit mois de pratique*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 58 (« (…) l'incapacité de fait, c'est-à-dire le cas du patient majeur inapte à exprimer une volonté lucide – inaptitude appréciée par le praticien –, mais sans être placé sous statut juridique d'incapacité : coma, inconscience, sénilité, faiblesse d'esprit, troubles mentaux… ») ; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 233 (exemples : « patient majeur inconscient ou dans le coma, personne âgée (…) qui n'a plus toute la clairvoyance requise, etc. ») et pp. 261-262 (« l'article 14 vise à présent toutes les situations, incapacité juridique comme incapacité de fait d'une personne juridiquement capable mais qui n'est *in concreto* pas en mesure d'exercer ses droits de patient car elle se trouve *de facto*, au moment de la prise de décision relative à un traitement médical, *hors d'état de consentir valablement à celui-ci*. Il peut s'agir d'une impossibilité ponctuelle (inconscience, coma) ou durable (faiblesse d'esprit, sénilité), mais qui n'a pas entraîné la désignation d'un administrateur, soit parce que ceci ne se justifie pas, soit parce nul n'a pris l'initiative de la procédure »). Dans sa thèse de doctorat consacrée à la protection des personnes vulnérables, Th. VAN HALTEREN qualifie la capacité de fait comme « capacité de discernement », dont il donne une définition (*cf. infra,* Chapitre 2, Section 1ère, §1er, 2. Une capacité de discernement ?), sans se calquer toutefois sur le modèle anglo-saxon, qui consiste à dégager des critères fonctionnels et à proposer des évaluations par étapes (Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures : redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018).

[500] Fr. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgelijk Recht*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 543.

[501] Ch. LEMMENS, « De handelings- en wilsonbekwamen », *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2014, p. 933.

[502] *Ibidem*, p. 933 ; Fr. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgelijk Recht*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 560.

Quels sont les différents critères d'évaluation permettant de mesurer la capacité de fait ? Quelles garanties les évaluateurs doivent-ils offrir[503] ?
Bref, ce n'est qu'en Belgique francophone que la capacité de fait prend l'allure d'un concept-fantôme et que l'absence de lignes directrices fait figure de maillon manquant entre la théorie des droits du patient et leur mise en pratique.

Avant de revenir au contexte belge, il est intéressant d'analyser brièvement la façon dont certains systèmes juridiques étrangers appréhendent la capacité de fait des personnes. Il s'agit en partie d'un retour aux sources, puisque les auteurs néerlandophones se fondent eux-mêmes sur des textes étrangers[504].

Section 2. Sources d'inspiration étrangères

Les textes étrangers commentés ci-dessous sont ceux qui concernent des matières similaires à nos droits du patient ou aux régimes d'incapacité juridique prévus par notre Code civil.

§1er. La description de la capacité de fait dans la loi : les exemples de l'Angleterre et de l'Ontario

Les droits anglais et ontarien se distinguent par le fait qu'ils précisent dans la loi elle-même les critères de base de la capacité de fait, mais aussi par leur approche très pragmatique. Loin de laisser aux destinataires de la loi le soin de définir les bonnes pratiques, les gouvernements de ces régions ont à cœur de proposer d'emblée des lignes directrices, en lien avec la réalité des citoyens.

1. Le Mental Capacity Act anglais

Pour l'Angleterre et le Pays de Galles, le *Mental Capacity Act* de 2005 définit comme il suit le défaut de capacité :

> *2. People who lack capacity*
> *(1) For the purposes of this Act, a person lacks capacity in relation to a matter if at the material time he is unable to make a decision for himself in relation to the matter because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain.*
> *(…)*

[503] E. DELBEKE, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2012, pp. 700-705; Ch. LEMMENS, « De handelings- en wilsonbekwamen », *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 933-941; Fr. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgelijk Recht*, Anvers, Intersentia, 2000, pp. 543-563.
[504] Quoique dans des proportions variables : en tant que pionnier, en 2000, Fr. SWENNEN fait essentiellement appel à des sources étrangères, tandis que Ch. LEMMENS, quatorze ans plus tard, peut davantage s'appuyer sur de la doctrine belge (néerlandophone).

3. Inability to make decisions
(1) For the purposes of section 2, a person is unable to make a decision for himself if he is unable-
(a) to understand the information relevant to the decision,
(b) to retain that information,
(c) to use or weigh that information as part of the process of making the decision, or
(d) to communicate his decision (whether by talking, using sign language or any other means)[505].

L'incapacité décrite aux points 3.(a) à (d) doit impérativement résulter d'un « *impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain* »[506]. Cette exigence diagnostique a été ajoutée afin d'éviter de considérer comme incapables tous ceux prenant des décisions inhabituelles ou peu judicieuses[507].

D'après les *Explanatory Notes*, une altération ou un trouble de fonctionnement vise une variété de problèmes, tels que la maladie psychiatrique, le trouble de l'apprentissage, la démence, le dommage cérébral ou même l'état de confusion dû à la consommation de substances toxiques, pour autant que cela se traduise effectivement par une altération ou un trouble de fonctionnement de l'esprit ou du cerveau, rendant la personne incapable de prendre la décision[508]. Il est également possible d'y ajouter les affections physiques graves à l'origine d'états de confusion ou d'altérations de la conscience, ainsi que les conséquences, pour certaines personnes, de la douleur, d'un choc ou encore de l'épuisement[509].

On peut finalement difficilement imaginer un état d'incapacité qui serait le résultat d'autre chose encore. Toutefois, en prenant la question dans l'autre sens, ce « seuil diagnostic »[510] permet de couper court à toute discussion sur la capacité de personnes qui n'y répondent pas comme, par exemple, les personnes âgées dont la condition physique s'avère réduite ou les personnes présentant un handicap moteur important[511].

L'évaluation de la capacité telle qu'envisagée par le *Mental Capacity Act* a vocation à s'appliquer à toute situation où un doute survient quant à la capacité d'une personne à prendre une décision particulière ou à poser un acte particulier la concernant, au moment où une telle décision ou un tel acte doit être pris ou posé[512].

Le *Mental Capacity Act* a force obligatoire pour tous ceux qui entretiennent des liens avec des personnes dont la capacité pourrait être mise en doute. Autrement dit, la loi s'applique tant aux

[505] Art. 2(1) et 3(1) du Mental Capacity Act 2005, www.legislation.gov.uk
[506] Art. 2(1) du Mental Capacity Act 2005, www.legislation.gov.uk
[507] R. JONES, *Mental capacity act manual*, Londres, Sweet & Maxwell, 2012, p. 16.
[508] Mental Capacity Act 2005, Explanatory Notes, Commentary on sections, Part 1, §22, www.legislation.gov.uk
[509] R. JONES, *Mental capacity act manual*, Londres, Sweet & Maxwell, 2012, p. 16.
[510] *Ibid*.
[511] DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, « Mental Capacity Act 2005 Code of Practice », 2007, www.gov.uk, pp. 44-45.
[512] *Ibidem*, p. 3.

aidants informels de ces personnes qu'aux praticiens de la santé ou du droit, quelle que soit la nature de la décision à prendre: *« Everyone working with and/or caring for an adult who may lack capacity to make specific decisions must comply with this Act when making decisions or acting for that person, when the person lacks the capacity to make a particular decision for themselves. The same rules apply whether the decisions are life-changing events or everyday matters »*[513].

Cette façon de faire traduit une certaine réalité, puisque tout le monde peut potentiellement être confronté à la question de savoir si les aptitudes de son interlocuteur sont suffisantes pour que la décision de ce dernier fasse autorité.

L'approche anglaise se veut résolument concrète et spécifique, même s'il est impossible de faire totalement l'impasse, dans certaines circonstances, sur une appréciation plus globale de la capacité : ainsi, en cas de dysfonctionnement susceptible d'affecter continuellement la capacité d'une personne à poser certains actes et à prendre certaines décisions, la *Court of Protection* peut désigner un représentant, à la mission strictement définie mais non limitée à une tâche ponctuelle[514].

Enfin, le *Code of Practice* pris en application du *Mental Capacity Act* détaille de nombreux aspects de ce dernier, notamment la démarche d'évaluation de la capacité de fait d'une personne. Il a valeur contraignante pour les professionnels et fait figure de guide explicatif de la loi pour les aidants informels et non rémunérés. La responsabilité de ces derniers pourrait également être engagée mais serait probablement appréciée moins sévèrement que celle d'un professionnel[515].

Outre cette guidance officielle, certaines corporations professionnelles éditent leur propre guide en matière de description et d'évaluation de la capacité de fait[516].

2. La législation ontarienne

a) Loi sur la prise de décision au nom d'autrui

En Ontario, la définition la plus générale de la capacité de fait se trouve dans la loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui :

---

[513] *Ibidem*, p. 15.
[514] Art. 16 du Mental Capacity Act 2005, www.legislation.gov.uk
[515] DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, « Mental Capacity Act 2005 Code of Practice », 2007, www.gov.uk, p. 2.
[516] GENERAL MEDICAL COUNCIL, « Consent: patients and doctors making decisions together », 2008, www.gmc-uk.org, §71-74 ; A. R. KEENE, *Assessment of Mental Capacity : Practical Guide for Doctors and Lawyers*, 4e éd., The British Medical Association and the Law Society, 2015 ; NATIONAL INSTITUTE FOR HEALTH AND CARE EXCELLENCE, « Decision-making and mental capacity. NICE guideline », Octobre 2018, www.nice.org.uk

> Une personne est incapable de gérer ses biens si elle ne peut pas comprendre les renseignements qui sont pertinents à la prise d'une décision concernant la gestion de ses biens, ou si elle ne peut pas évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou d'une absence de décision[517] ;
>
> Une personne est incapable de prendre soin d'elle-même si elle ne peut pas comprendre les renseignements qui sont pertinents à la prise d'une décision concernant ses propres soins de santé, son alimentation, son hébergement, son habillement, son hygiène ou sa sécurité, ou si elle ne peut pas évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou d'une absence de décision[518].

Les conditions de la capacité de fait sont réduites ici à deux critères : un critère objectif consistant dans les capacités cognitives générales nécessaires pour comprendre les informations pertinentes, au regard de la décision à prendre, et un critère subjectif renvoyant à la capacité d'appliquer ces informations à sa propre situation, pour pouvoir en apprécier les conséquences raisonnables[519].

Bien que condensées, ces conditions rejoignent celles énoncées par le droit anglais : d'après les lignes directrices officielles, « le concept de "compréhension" renvoie à l'aptitude cognitive d'une personne à saisir et à retenir l'information. Dans la mesure où une personne doit démontrer sa compréhension par la communication, la possibilité de s'exprimer (verbalement ou par des symboles ou des gestes) entre également en jeu »[520] ; par ailleurs, le test de capacité ontarien concernant la « compréhension » se subdivise en deux parties relatives, respectivement, à la « base de connaissances factuelles » et à la « compréhension des options », marquant ainsi la différence entre la compréhension de sa propre situation et la possibilité de manipuler les informations dans le décours d'un processus décisionnel[521].

La loi relative à la prise de décision au nom d'autrui se rapproche de notre Code civil, en ce qu'elle vise à analyser les capacités de la personne concernée dans toute une série de domaines, afin d'éventuellement déterminer une mesure de protection adéquate. Comme dans le cadre de notre protection judiciaire, il s'agit d'évaluer la capacité de fait de la manière la plus concrète et personnalisée possible tout en restant dans une appréciation globale, propre à s'appliquer à différentes tâches quotidiennes.

L'approche ontarienne s'avère toutefois beaucoup plus concrète en matière d'évaluation de la capacité, tant en ce qui concerne la façon de procéder à cette évaluation que son contenu : le règlement et les lignes directrices officiels définissent précisément qui peut être évaluateur, quel

---

[517] Art. 6 de la loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui, www.ontario.ca/fr/lois.
[518] Art. 45 de la loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui, www.ontario.ca/fr/lois.
[519] Consent and Capacity Board, Reasons for decision in the matter of the Health Care Consent Act and AG, a resident of Sault Saint Marie, Ontario, January 24, 2016, 15-3706-01, www.canlii.org/en/index.html
[520] Ministère du Procureur général, Le Bureau de l'évaluation de la capacité, « Lignes Directrices en Matière d'évaluations de la Capacité », Mai 2005, www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca, II.1.
[521] *Ibidem.*

est le rôle de l'évaluateur, à quoi il doit prêter attention, ce qu'il doit parvenir à déterminer, etc[522].

À titre d'exemple, le tableau[523] ci-dessous devrait permettre de savoir si les besoins concrets en matière de soins de santé sont satisfaits :

F. Soins de santé (Appliquez les normes minimales)	**Auto-évaluation**	**Informateur**	**Preuve comportementale**	**Note finale**	**Sans objet**
Gère les problèmes de santé courants (maux de tête, rhumes, coupures, règles etc.)					
Peut suivre une posologie médicale concernant des médicaments essentiels ou dangereux					
Prend des précautions contre la maladie					
Reconnaît les problèmes de santé graves et fait appel aux autres					
Reconnaît les diagnostics médicaux primaires et les besoins de traitement					
Peut expliquer les symptômes de la maladie					
Autre : _____					

Toujours dans le domaine des soins à la personne, d'autres tableaux reprennent l'alimentation, l'habillement, l'hygiène, la sécurité et l'hébergement. La capacité financière se divise en un tableau concernant la « gestion financière de base » et la « gestion complexe de l'argent ». En fonction d'une appréciation très concrète menée par un évaluateur répondant à des conditions strictes d'assurance et de formation[524], un représentant sera éventuellement désigné.

[522] Règlement de l'Ontario 460/05, Evaluation de la capacité, www.ontario.ca/fr/lois/reglement/ ; Ministère du Procureur général, Le Bureau de l'évaluation de la capacité, « Lignes Directrices en Matière d'évaluations de la Capacité », Mai 2005, www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca

[523] Ministère du Procureur général, Le Bureau de l'évaluation de la capacité, « Lignes Directrices en Matière d'évaluations de la Capacité », Mai 2005, www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca, A.III.10. La présentation des « règles » comme un « problème de santé » ne résiste pas à l'analyse de genre. Tout ce qui commande des mesures d'hygiène ne relève pas d'un « problème de santé », à moins qu'uriner fasse également partie de ces problèmes.

[524] Art. 2 du règlement de l'Ontario 460/05 Evaluation de la capacité www.ontario.ca/fr/lois/reglement/ : appartenance à un ordre professionnel désigné (médecin, infirmier, ergothérapeute, psychologue, travailleur social…), réussite du cours de qualification pour les évaluateurs, formation continue, nombre annuel minimal d'évaluations, assurance-responsabilité professionnelle d'au moins 1 000 000 $ à l'égard des évaluations de la capacité.

b) Loi sur le consentement aux soins de santé

La loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé reprend la description de la capacité de fait dans un contexte d'application beaucoup plus spécifique que la loi sur la prise de décision au nom d'autrui :

> 4. (1) Toute personne est capable à l'égard d'un traitement, de son admission à un établissement de soins ou d'un service d'aide personnelle si elle est apte à comprendre les renseignements pertinents à l'égard de la prise d'une décision concernant le traitement, l'admission ou le service d'aide personnelle, selon le cas, et apte à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision[525].

L'évaluation de la capacité de fait a trait ici à des décisions particulières, au cas par cas : la loi de 1996 confie en effet au praticien de la santé qui propose un traitement ou une aide la tâche d'apprécier la capacité de la personne à consentir ou non à ce traitement ou à cette aide[526]. Les divers ordres professionnels réexpliquent brièvement cette tâche, laquelle apparaît comme un préalable évident à l'obtention d'un consentement valide[527].

Cette évaluation spécifique rejoint la question de savoir si un patient est « en mesure d'exercer ses droits », qui peut se poser dans le cadre de notre loi relative aux droits du patient. Il s'agit là aussi de savoir si une personne est capable à l'égard de telle ou telle tâche concrète, pour laquelle il faut prendre une décision à brève échéance, par opposition aux évaluations déterminant la capacité de fait à accomplir des tâches que l'on est *généralement* amené à accomplir au cours de sa vie.

§2. La description de la capacité de fait par un corps professionnel ou une solution d'entre-deux : l'exemple de la KNMG

Au plus près de nous, géographiquement et culturellement, le Code civil néerlandais reprend des règles semblables à celles qui concernent, chez nous, les droits du patient[528]. Concernant les patients incapables, l'article 465 du *Burgelijk Wetboek* se rapproche très fort de nos anciens articles 13 et 14 de la loi relative aux droits du patient : ainsi, le patient majeur qui n'est pas en mesure d'apprécier raisonnablement ses intérêts verra ses droits exercés par son représentant légal, « mentor » ou « curateur », en fonction du régime d'incapacité qui lui est applicable. En

---

[525] Art. 4 (1) de la loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, www.ontario.ca/fr/lois. N.B. : suite à la loi de 2017 visant à modifier, à abroger et à édicter diverses lois dans le souci de renforcer la qualité et la responsabilité pour les patients, cet article sera modifié « le jour que le lieutenant-gouverneur fixe par proclamation » ; la modification prévue n'entraîne pas une autre définition de la capacité de fait, mais insère la notion de « confinement » aux côtés de celles de « traitement » et d'« admission ».

[526] Art. 10 de la loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, www.ontario.ca/fr/lois

[527] College of physicians and surgeons of Ontario, « Consent to Treatment », www.cpso.on.ca, p. 5 ; College of Physiotherapists of Ontario, « Health Care Consent Act. Briefing Note », 2009, www.collegept.org, p. 13 ; Ordre des ergothérapeutes de l'Ontario, « Normes de consentement », mars 2017, www.coto.org, pp. 4-5 ; Ordre des infirmières et infirmiers de l'Ontario, « Le consentement », 2017, www.cno.org, p. 6.

[528] Art. 446-468 du Burgerlijk Wetboek, Boek 7, Bijzondere overeenkomsten, Titel 7, Afdeling 5. De overeenkomst inzake geneeskundige behandeling, www.wetboek-online.nl

l'absence d'un tel représentant légal, le praticien de la santé doit s'adresser au mandataire désigné à l'avance et par écrit par le patient ou, à défaut, à des proches du patient, selon l'ordre défini par la loi.

Le patient incapable de fait est donc celui qui n'est pas « en mesure d'apprécier raisonnablement ses intérêts »[529], expression aussi obscure que celle employée par le droit belge, lequel a toutefois choisi de ne pas exiger expressément une « appréciation raisonnable ». La doctrine s'y est en effet opposée à l'époque des travaux parlementaires, au motif que cette exigence donnerait à la capacité un seuil très – trop – élevé : un patient *capable* n'est pas forcément *raisonnable*, ce dont le praticien de la santé ne pourrait en outre juger qu'en fonction de ses conceptions et valeurs personnelles[530].

Hormis cette légère nuance, le texte de loi ne permet pas de comprendre ce que représente, concrètement, la capacité de fait du patient. Cette tâche a toutefois été remplie par la Société Royale Néerlandaise de Médecine (*Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst*, ci-après KNMG), dans son document sur la mise en œuvre de la loi sur le contrat de soins (*Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst*, ci-après WGBO), qui propose une feuille de route pour l'évaluation de la capacité de fait[531].

En quelques pages, des éléments essentiels de cette évaluation sont mentionnés, de façon pédagogique : questions que doit se poser le professionnel, exemples de questions à poser au patient, d'informations à transmettre, de personnes à contacter, etc. Au cœur des différentes étapes, dont certaines sont facultatives, se trouve l'évaluation de la « compétence décisionnelle » (« *beslisvaardigheid* »), dont les fondements sont, selon la KNMG,

- « la possibilité d'exprimer un choix ;
- la compréhension des informations pertinentes au regard de la décision relative à l'examen et/ou au traitement ;
- l'acceptation et l'appréciation des informations pour ce qui concerne sa situation propre ;
- le raisonnement logique et la faculté de considérer les options de traitement en impliquant les informations reçues »[532].

Cette description reprend *mutatis mutandis* les critères développés par les droits anglais et ontarien, mais ne semble destinée qu'à des évaluations spécifiques à la tâche par des praticiens de la santé. Le contexte d'élaboration de ces lignes directrices rend en effet peu probable leur application plus générale, dans le cadre d'une procédure visant à décider d'une éventuelle mesure d'incapacité juridique.

---

[529] « Indien een meerderjarige patiënt die niet in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake » (art. 465, 3 BW).
[530] M.-N. VEYS, « La position du patient psychiatrique dans la loi relative aux droits du patient », Service public fédéral Santé publique, 2005-2006, www.healthbelgium.be, p. 50.
[531] Ou « *stappenplan bij beoordeling van wilsbekwaamheid* » (KNMG, « Implementatie van de WGBO. Van de wet naar praktijk. Deel 2 Informatie en toestemming », juin 2004, www.knmg.nl, pp. 117-122).
[532] KNMG, « Implementatie van de WGBO. Van de wet naar praktijk. Deel 2 Informatie en toestemming », juin 2004, www.knmg.nl, pp. 119-120. Traduction libre.

Notons enfin qu'en 2007, le gouvernement néerlandais a publié un « Guide pour l'évaluation de la capacité de fait (pour le praticien) », fruit d'un groupe de travail composé de représentants des ministères de la Justice et de la Santé, de praticiens du droit et de la santé et de professeurs d'université[533]. Ce document de trente-six pages contient de nombreuses informations utiles mais paraît beaucoup moins accessible aux praticiens que le texte rédigé par la KNMG. Cela s'explique en partie par la volonté du groupe de travail de rester attaché à la *lettre* des textes légaux relatifs, entre autres, aux droits des patients. Par conséquent, le texte entretient une certaine confusion entre des éléments propres à l'évaluation de la capacité des patients et la notion de consentement éclairé. Si l'on comprend aisément que ces concepts soient liés, leur mélange nuit à la précision du texte.

Chapitre 2. La capacité de fait : tentatives de définitions

Avant de me pencher sur la capacité de fait spécifique au patient, je saisis l'opportunité de proposer une définition générale de la capacité de fait. Il s'agit en effet d'un concept crucial, dont l'appréciation conduit parfois à limiter l'exercice des droits et obligations de citoyens majeurs.

Section 1ère. La capacité de fait du citoyen : définition générale et abstraite

§1er. La capacité de fait comme compétence cognitive

Le tour d'horizon réalisé au chapitre précédent permet de constater que le droit envisage la capacité de fait comme une *capacité décisionnelle*, plus précisément comme une *aptitude au processus décisionnel*, indépendamment des compétences fonctionnelles de la personne concernée[534]. L'exercice des droits du patient met particulièrement en évidence cet aspect de la capacité de fait, mais c'est également le cas de la jurisprudence relative à l'annulation de contrats en raison de l' « absence de consentement » de l'une des parties[535].

---

[533] X, « Handreiking voor de beoordeling van wilsbekwaamheid (voor de hulpverlener) », 2007, disponible sur le site officiel du gouvernement néerlandais: www.rijksoverheid.nl.

[534] En ce sens, Ch. LEMMENS, « De handelings- en wilsonbekwamen », *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2014, p. 938 : « le processus décisionnel peut se diviser en différentes étapes, chacune s'appuyant sur les précédentes (…) Pour pouvoir franchir ces étapes avec succès, le patient doit bien sûr disposer des facultés intellectuelles nécessaires » (traduction libre).
Les textes officiels étrangers emploient des termes tels que « capacité décisionnelle » (X, « Handreiking voor de beoordeling van wilsbekwaamheid (voor de hulpverlener) », 2007, www.rijksoverheid.nl, p. 9), « aptitude à prendre une décision pour soi-même » (Mental Capacity Act 2005, 2(1) et 3(1), www.legislation.gov.uk), ou encore « comprendre », « évaluer » (Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui, art. 6 et 45, www.ontario.ca/fr/lois et Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, art. 10, www.ontario.ca/fr/lois).

[535] *Cf. supra*, Première partie, Titre I, Chapitre 3. Capacité et consentement : des questions liées mais distinctes.

1. Processus cognitif *versus* acte matériel

Yves-Henry Leleu propose l'une des définitions générales les plus complètes : « la *capacité de fait* est l'aptitude en fait à exprimer une volonté pouvant, sous réserve de vérification judiciaire en cas de contestation, constituer un consentement valable à un acte juridique (art. 1108), ou l'aptitude en fait à accomplir des actes matériels pouvant entraîner des conséquences de droit (ex. : écrire, conduire une voiture, *etc.*). Elle est d'une importance considérable car il y a lieu de prévoir des solutions pour les cas, fréquents, où un incapable de fait n'est pas (encore) déclaré incapable de droit et participe à la vie en société »[536].

Malgré toute ma gratitude pour cette théorisation, je ne partage pas l'opinion de l'auteur lorsqu'il inclut à la capacité de fait l'« aptitude à accomplir des actes matériels pouvant entraîner des conséquences de droit (ex. : écrire, conduire une voiture, *etc.*) ».

À mon sens, la capacité de fait ne peut pas désigner une *compétence purement matérielle* d'accomplir tel ou tel acte, mais le *discernement accompagnant l'acte matériel* et (longtemps) nécessaire à l'imputabilité de la faute, en responsabilité[537].

Une aptitude purement matérielle ne peut avoir de pertinence juridique.

---

[536] Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 178.

[537] P. VAN OMMESLAGHE, *DE PAGE Traité de droit civil belge. Les obligations*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1236 et s. L'auteur précise que la responsabilité peut toutefois être recherchée « si l'état de non-discernement a été provoqué de manière fautive par l'auteur du comportement illicite lui-même (par exemple, parce qu'il se serait drogué ou enivré) » (*ibidem*, p. 1238).
Dans un souci de réparation du dommage causé, il existe en outre plusieurs régimes de « faute objective », tels que celui prévu par l'article 29*bis* de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs (indemnisation des « usagers faibles ») ou par l'article 1386*bis* du Code civil, rédigé comme il suit : « Lorsqu'une personne atteinte d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes, cause un dommage à autrui, le juge peut la condamner à tout ou partie de la réparation à laquelle elle serait astreinte si elle avait le contrôle de ses actes.
Le juge statue selon l'équité, tenant compte des circonstances et de la situation des parties ».
Dans la logique de cette évolution générale, l'élément moral, ou subjectif, de la faute est aujourd'hui plus que jamais en voie de disparation : un « avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil », rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, « efface l'élément moral ou subjectif de la faute (…) » : « Plutôt que d'affirmer que la violation doit être libre et consciente, expression relativement ambiguë, le présent avant-projet contient des dispositions particulières réglant directement la responsabilité de deux catégories de personnes qui, actuellement, pourraient être considérées comme privées de discernement : les mineurs et les personnes atteintes de troubles mentaux (art. 5.153 à 5.155)» (Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, p. 42). Autrement dit, le législateur souhaite aujourd'hui admettre la responsabilité de toute personne ayant causé un dommage, dans un but de réparation de ce dernier, bien que certains aménagements existent pour les mineurs et les personnes vivant avec un trouble mental : dans ce cas, le juge peut « modérer le montant de l'indemnité. Il statue selon l'équité, en tenant compte des circonstances et de la situation des parties concernées par le dommage. L'indemnité ne peut pas être inférieure au montant pour lequel un assureur couvre effectivement la responsabilité » (art. 5.154 et 5.155 du Code civil, proposés par l'avant-projet précité).
Le droit pénal requiert aussi que les faits soient moralement imputables à leur auteur : aux termes de l'article 71 du Code pénal, « il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu était atteint, au moment des faits, d'un trouble mental qui a aboli sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister » ; en réalité, l'infraction subsiste, mais elle n'est pas moralement imputable à son auteur, qui doit dès lors être acquitté (N. COLETTE-BASECQZ, N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, Limal, Anthémis, 2016, pp. 366 et s.).

Reprenons ainsi l'exemple de la conduite d'une voiture : soit cette compétence existe et la question qui se pose est celle de l'imputabilité d'une faute éventuelle, soit cette compétence n'existe pas et aucune hypothèse de conflit ne surgira. Autrement dit, si je ne suis pas capable de déplacer une voiture, indépendamment de la question du permis de conduire et de celle de la *bonne conduite*, je n'en conduirai pas et le droit ne s'y intéressera pas. Autre exemple : si je ne suis pas capable de lever le bras pour frapper mon voisin, je ne le frapperai pas ; et si je le frappe, le juge se posera en principe tout au plus la question de savoir si je l'ai fait, en termes de preuve, et non celle de savoir si j'en étais capable physiquement. En droit, la réflexion ne porte donc en principe pas sur la simple aptitude fonctionnelle.

Dans le cadre d'une mesure de protection judiciaire, il est déjà arrivé qu'un juge de paix estime que la personne protégée n'est plus apte à conduire et étende l'incapacité prononcée par une ordonnance antérieure au droit personnel de conduire un véhicule[538]. La personne concernée continuait en effet à conduire sa voiture, bien que la perte de certaines facultés motrices et cérébrales augmente drastiquement la probabilité d'accident grave.

Ce qui m'intéresse ici n'est pas tant la controverse sur la compétence du juge de paix en cette matière précise[539] mais les raisons de sa décision, eu égard à une définition générale de la

[538] J.P. Neerpelt-Lommel, 20 janvier 2015 et 6 mars 2015, *J.J.P.*, 2015, pp. 313-315.

[539] Le juge de paix peut-il se prononcer sur la capacité de conduire un véhicule ? A ce sujet, voy. Fr. DEGUEL, « L'incapacité des majeurs sous la loupe des magistrats », *Actualités du droit des personnes et des familles. Le point en 2018*, Limal, Anthémis, p. 118 : Oui, d'après Y.-H. LELEU, « Restrictions d'autonomie des personnes sous protection judiciaire : le logement, la santé, la voiture », *125 ans de justice de proximité. Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Bruxelles, la Charte, 2017, p. 164 ; non, d'après N. DANDOY, « Peut-on prononcer l'incapacité d'une personne à conduire un véhicule à moteur ? », note sous J.P. Neerpelt-Lommel, 20 janvier2015 et 6 mars 2015, *J.J.P.*, 2015, p. 317, mais aussi S. MOSSELMANS, A. VAN THIENEN, « Bescherming en bewind voor meerdejarigen. Commentaar bij de qet van 17 maart 2013 », *T. Fam.*, 2013, pp. 71-72 et G. VERSCHELDEN, « Onbekwaamheid – De persoon », *Meerderjarige beschermde personen*, Bruges, die Keure, 2014, pp. 58-60.
En ce qui me concerne, tout en souscrivant à la théorie selon laquelle le champ de la capacité juridique se limite aux actes juridiques et exclut les faits, y compris les « faits juridiques » (N. DANDOY, « Peut-on prononcer l'incapacité d'une personne à conduire un véhicule à moteur ? », note sous J.P. Neerpelt-Lommel, 20 janvier 2015 et 6 mars 2015, *J.J.P.*, 2015, p. 317 ; Fr. SWENNEN, *Personenrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2008, pp. 104-105), je remarque que le juge de paix se base nécessairement sur des faits – essentiellement l'état de santé, mais aussi le lieu de vie, l'entourage social, etc. – pour déterminer l'étendue de l'éventuelle incapacité juridique. Dans le cas présent, le juge prend soin de formuler sa décision d'une façon conforme à cette ligne directrice : il ne dit pas que la personne protégée « ne peut pas conduire », ce qui équivaudrait à une absurde injonction de pur fait mais que, au vu des faits qui lui sont soumis et des renseignements qu'il a pris, la personne protégée « ne dispose plus des compétences physiques pour conduire un véhicule à moteur de façon suffisamment sûre [*veilig te besturen*] » et « doit donc est déclarée incapable d'exercer le droit de conduire un véhicule » (J.P. Neerpelt-Lommel, 6 mars 2015, *J.J.P.*, 2015, p. 315 ; traduction libre, je souligne).
Comprenez-moi bien. Dans l'absolu, je ne souhaite pas que les juges de paix en arrivent à décider du droit de se déplacer en voiture (*contra* Y.-H. LELEU, « Restrictions d'autonomie des personnes sous protection judiciaire : le logement, la santé, la voiture », *125 ans de justice de proximité. Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Bruxelles, la Charte, 2017, p. 163). Quelle discrimination, par rapport aux conducteurs qui circulent tous les jours sans permis, sans assurance ou simplement de façon dangereuse, qui sont donc des générateurs potentiels d'accidents extrêmement graves mais qui ne font l'objet d'aucune mesure de protection et ne se verront donc privés – peut-être et sans doute peu efficacement – de la possibilité de conduire qu'une fois le mal accompli ! Ce ne sont pas l'âge ou des problèmes de santé mentale qui déterminent le risque d'accidents graves : d'après les statistiques officielles, la tranche des 70 ans et plus reste la plus faiblement touchée par la mortalité routière (https://statbel.fgov.be/fr/themes/mobilite/circulation/accidents-de-la-circulation) ; par ailleurs, les trois premières causes d'accidents graves sont la vitesse, l'oubli ou le refus de la ceinture de sécurité et la consommation de drogue

capacité de fait : ce type de décision judiciaire est-il de nature à remettre en cause l'idée selon laquelle un fait purement matériel ne présente pas d'intérêt en droit, et donc pour un juge ? Je ne le pense pas.

En effet, le juge ne se pose pas la question de savoir si la personne conduit – c'est visiblement le cas – mais si cette personne apprécie correctement les conséquences probables de sa conduite, compte tenu des circonstances. Il s'opère donc en réalité une distinction entre le fait de *déplacer un véhicule*, acte purement matériel, et l'*aptitude à la (bonne) conduite d'un véhicule*, qui mobilise des ressources physiques et cognitives. Le juge a d'ailleurs d'abord sollicité une expertise médicale « afin de déterminer si la personne protégée est en état physique et mental de conduire un véhicule à moteur », autrement dit si cette personne dispose encore des compétences nécessaires pour *conduire sans mettre en danger sa sécurité et celle de tiers*[540].

Il est vrai que la conduite d'une voiture est un exemple propre à susciter la controverse, probablement parce qu'il met en évidence les limites de la distinction entre aptitudes cognitives et aptitudes physiques : tout acte physique ne requiert-il pas des connexions neuronales ? Où commence la capacité décisionnelle ? Malgré les contours nécessairement flous de la distinction, en faire l'économie aboutirait cependant à augmenter dramatiquement le spectre de l'incapacité juridique, en contradiction avec les principes dont les règles relatives aux mesures d'incapacité se prévalent elles-mêmes[541].

2. Une capacité de *discernement* ?

Finalement, qu'il s'agisse d'émettre une volonté suffisamment éclairée pour poser un acte juridique valable ou d'être suffisamment apte à évaluer les conséquences de ses actes, la capacité de fait est une compétence cognitive et non matérielle. Juridiquement, elle pourrait alors être définie comme un ensemble de facultés cognitives conditionnant la validité des actes juridiques et permettant d'apprécier les conséquences probables des actes matériels.

Il semble en outre juridiquement pertinent et plus conforme à la réalité d'ajouter à cette définition la possibilité générale de revendiquer ses droits ou d'exécuter ses obligations. Dans

---

ou d'alcool (https://www.partageonsnosroutes.be/propos/causes-daccidents). Toutefois, sur le seul plan de la capacité juridique et du fonctionnement actuel de la protection judiciaire, je ne vois pas bien en quoi le raisonnement du Juge de paix de Neerpelt diffère de celui aboutissant à déclarer qu'une personne ne dispose plus de la capacité mentale suffisante pour exercer son droit de choisir sa résidence, par exemple. Là aussi, les juges s'abstiennent de se prononcer de manière factuelle (« Madame ne peut plus habiter toute seule dans sa grande maison », « Madame ne peut plus cuisiner », « Madame ne peut plus refuser de prendre ses médicaments », « Madame serait bien mieux en maison de repos ») et formulent leur ordonnance en insistant sur la privation de l'exercice d'un droit personnel (« L'administrateur de la personne est compétent pour exercer le droit de Madame de choisir sa résidence »)…

[540] J.P. Neerpelt-Lommel, 20 janvier 2015, *J.J.P.*, 2015, pp. 313-314 : « (…) *hij mogelijks niet meer over de nodige vaardigheden beschikt om veilig een voertuig te besturen* » (je souligne). On peut imaginer que conduire « de façon sûre » signifie sans se mettre ou mettre des tiers en danger, d'une manière qui excède les risques nécessairement liés à la conduite d'un véhicule à moteur.

[541] *Cf. infra*, §2. Lacune dans les facultés mentales : seule source légitime de l'incapacité de droit ?

la vie courante, l'exercice de ses droits ne consiste en effet pas seulement en la conclusion d'actes juridiques ou en la réalisation d'actes matériels susceptibles de produire des effets juridiques : l'exercice de nos droits va de pair avec l'obligation d'effectuer toute une série de prestations, en application de la loi, de contrats antérieurement conclus, etc.

Par exemple, l'exercice des droits du patient implique de pouvoir poser des actes juridiques, principalement en donnant valablement son consentement à toute intervention, mais aussi, entre autres, d'avoir la possibilité de faire respecter son droit à des soins de qualité ou encore d'être en mesure d'informer correctement le professionnel chargé d'une mission diagnostique.

La capacité de fait semble dès lors pouvoir se définir comme un ensemble de facultés cognitives permettant, en général, de faire respecter ses droits et d'exécuter les prestations auxquelles on est obligé. Il s'agit là de la capacité de fait de tout citoyen majeur, présumé disposer des aptitudes nécessaires à la vie en société comme, entre autres, le fait de pouvoir s'informer correctement, en recherchant ou sollicitant les informations utiles à une prise de décision.

La thèse de doctorat de Thomas Van Halteren me conforte dans l'idée que la capacité de fait désigne essentiellement des facultés mentales. En effet, l'auteur met en évidence l'évolution générale ayant abouti à faire primer la capacité de fait, le *discernement* des individus, lorsque se pose la question de la validité de leurs actes juridiques[542]. Il propose en outre une définition concrète de la capacité de fait générale, entendue comme *discernement* :

> L'intérêt de la personne vulnérable – conçu nécessairement dans un sens très large eu égard à l'importante différence qui existe entre un acte purement patrimonial et un acte intimement lié à la personne de son auteur – est selon nous le critère qui permet de vérifier la présence ou l'absence d'un discernement suffisant dans le chef d'une personne déterminée et par ailleurs potentiellement vulnérable. (…)
>
> Ainsi, le discernement ou à l'inverse l'absence de discernement lorsque la personne est considérée comme incapable ou inapte, en raison de sa vulnérabilité, est la situation dans laquelle se trouve une personne qui peut ou ne peut plus apprécier correctement, raisonnablement, où se situe son intérêt dans une situation déterminée. (…)
>
> En présence d'un acte patrimonial, l'intérêt d'un individu sera a priori toujours d'en retirer un avantage patrimonial (…)
>
> En présence d'un acte intiment lié à la personne, il n'existe pas de quantification possible de l'intérêt. Le critère ne sera à l'évidence pas celui de maximiser le patrimoine de cette personne. Cela peut rendre la détermination des intérêts et dès lors le fait de déceler la présence ou l'absence de discernement d'une personne, mais aussi le fait de décider à la place de cette personne – lorsque cela est possible –, a priori plus mal-aisée. L'analyse nécessitera de s'interroger sur des valeurs non plus pécuniaires mais plus morales voire éthiques, en rapport avec l'acte concerné, au regard de la philosophie générale adoptée

[542] Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures : redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, pp. 268 et 270.

> durant sa vie par la personne en cause. C'est pour cette raison que l'intérêt de la personne vulnérable doit alors être considéré de manière large, et doit être synonyme de bien-être de cette personne, aussi bien physique que psychique[543].

La capacité de fait – entendue comme le discernement de la personne concernée – renvoie dès lors également, selon cette étude, à une aptitude à raisonner en fonction des circonstances de fait, au sens large. Une telle définition donne par ailleurs un contenu concret à la définition générale de la capacité de fait. À l'inverse, la définition qui sera proposée ci-dessous reste abstraite mais rejoint la thèse du *discernement*, en liant la capacité de fait à des facultés cognitives.

Une dernière précision s'impose toutefois : la capacité de fait implique forcément la compétence physique minimale consistant à communiquer ses décisions ou, à tout le moins, ses préférences. Quel que soit l'état de ses facultés cognitives, une personne qui ne communique par aucun moyen, même non conventionnel, ne peut forcément pas être considérée comme capable de fait. Pour tenir compte de cette faculté physique minimale indispensable, la définition générale de la capacité de fait précise que les facultés auxquelles renvoie cette notion sont *essentiellement* cognitives.

Figure 5: définition générale de la capacité de fait

Capacité de fait
Ensemble de facultés essentiellement cognitives permettant, en général, de faire respecter ses droits et d'exécuter les prestations auxquelles on est obligé. Plus spécifiquement, la capacité de fait conditionne la validité des actes juridiques et permet d'apprécier les conséquences des actes matériels que l'on pose.

§2. Lacune dans les facultés mentales : seule source légitime de l'incapacité de droit ?

1. Protection judiciaire en raison de l'*état de santé*

Le législateur a souhaité ouvrir les régimes de protection aux personnes incapables de fait au sens arrêté ci-dessus, mais également à celles dont les difficultés auraient une cause purement physique : les mesures de protection peuvent en effet s'appliquer à tout majeur hors d'état d'assumer lui-même la gestion de ses intérêts, et ce, en raison de son *état de santé*[544].

[543] *Ibidem*, pp. 271-272.
[544] Art. 488/1, al. 1er du Code civil.

Cette notion d'« état de santé » doit être entendue largement et il semble aujourd'hui que les difficultés rencontrées dans la gestion des intérêts personnels ou patrimoniaux puissent avoir une cause mentale *ou* physique[545]. Autrement dit, à suivre strictement la lettre de la loi, le juge peut décider d'une mesure d'administration de la personne ou des biens en raison d'une incapacité purement fonctionnelle plutôt que cognitive.

Je n'y vois toutefois pas de remise en cause de la définition de la capacité de fait comme compétence cognitive.

Le choix du législateur porte en effet sur le champ d'application des mesures de protection et non sur la définition juridique de la capacité de fait : ce n'est pas parce que la capacité de fait est globalement perçue, en droit, comme une compétence cognitive que cela empêche le législateur d'appliquer plus largement certaines règles. En l'occurrence, le législateur laisse au juge la possibilité de décider d'une mesure d'administration pour des personnes gravement diminuées physiquement.

Autre chose est de savoir s'il s'agit là d'un choix judicieux.

Tout d'abord, il ne s'agit probablement pas d'un véritable *choix* du législateur mais plutôt du simple *copié-collé* d'un système antérieur : l'administration provisoire, sur laquelle s'est calquée la réforme des régimes d'incapacité, prévoyait la même terminologie, l'« état de santé » de la personne déterminant son éligibilité au régime. Les premiers travaux préparatoires de la réforme des régimes d'incapacité sont sans équivoque à cet égard :

> En outre, il suffit de préciser que la protection est nécessaire en raison de « l'état de santé ». Cette notion est suffisamment connue et ne doit pas être davantage explicitée. Il convient d'éviter que, par suite de certaines interprétations involontaires et impressions erronées concernant une définition telle que « troubles de ses capacités physiques ou mentales », certaines personnes ne soient trop protégées ou privées de toute forme de protection nécessaire. Ce dernier cas pourrait, par exemple, se présenter pour des personnes séniles, qui souffrent d'un affaiblissement non pathologique des capacités mentales ou dont les troubles découlent d'une dépendance (toxicomanie). La notion d'« état de santé » est également une norme ouverte devant être interprétée en fonction de l'état de la science.
>
> Une large marge d'appréciation est laissée au juge de paix. Il n'en demeure pas moins qu'en dépit des termes généraux de la loi, le juge doit malgré tout appliquer le statut de protection de manière restrictive, dès lors que le statut constitue une exception à la capacité juridique fondamentale d'une personne. L'état de santé doit en outre avoir une influence sur la gestion des intérêts patrimoniaux ou non patrimoniaux de la personne. Ainsi, le grand âge, un handicap physique ou la consommation de substances ne peuvent jamais, en tant que tels, justifier la désignation d'un administrateur[546].

[545] Th. DELAHAYE, *La protection judiciaire et extrajudiciaire des majeurs en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 69 ; proposition de loi instaurant un statut global de protection des personnes majeures incapables (…), Rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. Parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53-1009/10, p. 27.
[546] Proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1009/001, p. 33.

Alors que ce vaste champ d'application était déjà controversé à l'époque[547], il s'est aujourd'hui considérablement élargi puisque la protection judiciaire actuelle est désormais susceptible de s'appliquer tant aux intérêts personnels que patrimoniaux des personnes protégées[548].

Ensuite, ce non-choix législatif ne paraît pas judicieux. Vu la logique de nos systèmes de protection, il serait normal de réserver les mesures d'incapacité de droit aux seuls cas où la personne concernée présente un trouble dans ses facultés cognitives.

Lorsque les difficultés résultent d'un handicap physique, par contre, le juge devrait se contenter de suggérer d'autres solutions pour soutenir l'exercice des droits de la personne concernée comme, par exemple, la mise en place d'un mandat de protection extrajudiciaire : celui-ci n'amoindrit pas la capacité juridique du mandant et permet de soulager ce dernier (d'une partie) de tâches nécessaires à la bonne administration de son patrimoine. Depuis le 1er mars 2019, il est en outre possible de charger son mandataire de prendre des décisions d'ordre personnel[549].

En effet, on ne voit pas ce qui empêche une personne souffrant d'une diminution de ses capacités physiques d'exercer elle-même ses droits, éventuellement en désignant un mandataire, à moins qu'il lui soit entièrement impossible de communiquer. Aussi longtemps qu'une personne dispose de facultés lui permettant de former et communiquer ses décisions, rien ne justifie qu'on la prive de sa capacité juridique.

Il est déjà arrivé qu'une mesure de protection soit refusée, au motif que la personne était lucide et ne souffrait *que* d'un problème physique :

> L'entretien avec l'intéressé n'a révélé aucune confusion même s'il reconnaît quelques problèmes de mémoire.
> La procédure a été diligentée par la maison de repos qui assume une gestion de fait dès lors qu'Yvan éprouve des difficultés à se déplacer, mais qui n'entend pas poursuivre dans cette voie.
> *Yvan* a déclaré marquer son accord sur la « mesure » sollicitée même si la requête ne donne pas d'indications à ce sujet (Cadre I non complété).
> En réalité, il souhaiterait être *aidé* pour l'ensemble des démarches financières, juridiques et administratives.
> Compte tenu, d'une part, du double critère de nécessité et de subsidiarité voulu par le législateur et, d'autre part, du principe selon lequel l'incapacité est l'exception, la mesure la plus adéquate consisterait, dans le cas d'espèce, en une mesure d'assistance pour les actes de gestion journalière.
> Le législateur a laissé au juge de paix le soin de préciser quels étaient les actes de gestion journalière (article 492/1, paragraphe 2, in fine du Code civil).
> En l'occurrence, la gestion journalière consiste, quasi exclusivement, dans le paiement de la facture de la maison de repos.

[547] *Cf. supra*, Première partie, Titre I, Chapitre 2, Section 4. L'administration provisoire ou la voie vers la réforme.
[548] Cette façon de faire n'est pas sans rappeler le *copié-collé* à l'exercice des droits du patient de l'autorisation spéciale du juge de paix (*Cf. supra*, Première partie, Titre I, Chapitre 3, Section 4, §2, 3. b) Du 1er septembre 2014 au 1er mars 2019 : un régime de surprotection).
[549] *Cf. supra*, Première partie, Titre I, Chapitre 3, Section 2, §1er, 1. La protection extrajudiciaire.

> Dès lors qu'à défaut de famille proche, c'est un professionnel qui devrait être désigné comme administrateur de biens, on ne voit pas très bien en quoi son intervention, dans le cadre d'une simple mission d'assistance, serait susceptible de pallier les problèmes de mobilité d'Yvan (à défaut d'un pouvoir de représentation).
> En réalité, l'état de santé actuel de ce dernier ne nécessite aucune mesure de « protection » qui créerait plus de problèmes qu'elle n'en règlerait.
> En effet, dans le régime de l'assistance, à défaut d'autres précisions dans l'ordonnance, l'assistance consiste dans le consentement écrit et préalable de l'administrateur à l'accomplissement de l'acte (article 498/1, alinéa 2, du Code civil).
> La loi ne prévoit pas d'autres modalités possibles que le consentement préalable (article 498/1, alinéa 1er).
> L'administrateur professionnel n'aurait enfin aucune garantie d'être rémunéré pour son intervention puisqu'en vertu de la loi, elle n'est due que par référence au patrimoine « géré » (article 497/5 du Code civil).
> La mesure de protection judiciaire ne paraît donc nullement nécessaire[550].

Une difficulté provient du fait que la vie en maison de repos ou l'hospitalisation de longue durée semblent agir comme catalyseurs de demandes de protection de personnes dont l'entourage social ne peut pallier les difficultés de mobilité :

> Lors de son hospitalisation, le CPAS de J., à la demande du service social du CHU B., a pris des mesures de « gestion d'affaires »: récupérer la clef d'appartement, garder l'argent dans un coffre, etc. Les examens médicaux qui relèvent une perte d'autonomie et plus particulièrement des déficits de mémoire ont été faits 8 jours après son hospitalisation. Il se peut que les résultats soient influencés par le traumatisme et l'hospitalisation.
> Une mesure d'instruction s'avère nécessaire.
> Entretemps, il est un fait que tant que Madame R. est hospitalisée, elle est, en raison de sa mobilité réduite, physiquement incapable de gérer elle-même, seule, ses biens. Elle n'a pas de famille proche ou d'amis de longue date pouvant l'aider pendant cette période et une telle aide ne fait pas partie de la mission du CPAS ou de son personnel.
> La mesure d'assistance par un administrateur pendant l'hospitalisation de Madame R. s'avère la mesure la plus appropriée et permettra en outre, si après l'expertise médicale une mesure de protection s'avère nécessaire après hospitalisation, de mieux moduler celle-ci[551].

Dans le premier cas cité, le juge refuse qu'une mesure de protection pallie un problème de mobilité tandis que l'ordonnance citée ci-dessus semble l'accepter.

En réalité, dans les deux cas, il apparaît que les juges souhaitent réserver les mesures de protection aux personnes dont les facultés *cognitives* sont significativement diminuées : le premier juge est très clair à cet égard et le second n'ordonne une mesure de protection que *faute de mieux*, en attendant les résultats de la mesure d'instruction mentionnée, par laquelle le juge demande à un médecin d'examiner « Madame R. » en faisant usage des « tests spécialisés et

[550] J.P. Fontaine l'Evêque, 1er juin 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 235.
[551] J.P. Bruxelles, 22 octobre 2014, *J.J.P.*, 2015, p. 340.

approfondis relatifs aux fonctions cognitives et en particulier les capacités de jugement »[552] ; le même juge laisse d'ailleurs à « Madame R. » la pleine capacité des actes de gestion journalière. La mesure temporaire de protection – sous la forme d'une assistance – n'est finalement ordonnée, dirait-on, que pour éviter que de graves décisions patrimoniales soient prises sous le coup d'une faiblesse momentanée de Madame R., durant son hospitalisation.

Enfin, Ch.-E. de Frésart, juge de paix honoraire, se donne la peine d'élaborer un classement, par ordre croissant de difficulté, des actes relativement auxquels le juge de paix doit apprécier la capacité de la personne à protéger. Au terme de son énumération, il formule la conclusion suivante: « Il apparaît immédiatement que, sauf cumul de handicaps physiques qui anéantissent toute autonomie de la personne à protéger lorsqu'elle ne peut même plus exprimer sa volonté et sauf impossibilité d'exprimer librement sa volonté ou de se la forger par la réflexion qui suppose d'en avoir le temps, ce sont essentiellement des déficiences intellectuelles ou mentales et non les handicaps physiques de cette personne qui peuvent justifier les mesures ordonnées par le juge de paix »[553].

Cette analyse tend à soutenir la position selon laquelle le champ d'application de la protection judiciaire se limite aux personnes dont l'état de santé rend impossible l'expression d'une volonté libre et réfléchie[554]. C'est aussi le cas, indirectement, des nouvelles règles de rédaction du certificat médical circonstancié. En effet, au terme de la période transitoire[555], celui-ci devra être rédigé « par un médecin agréé ou un psychiatre »[556]. Le psychiatre est donc le seul médecin dispensé de formation relative à la description des aptitudes des personnes dont la protection est demandée. On peut aisément en déduire que la capacité que l'on tente de mesurer relève du fonctionnement mental de la personne concernée et non de ses possibilités physiques.

2. Choix de société

De manière générale, c'est une aide sociale fonctionnelle qui doit venir soulager la personne vivant avec un handicap physique, non une mesure d'incapacité juridique. Les arguments en ce sens sont de trois ordres : cohérence interne, conformité au droit international et justice sociale.

---

[552] *Ibidem*, p. 342.

[553] Ch.-E. DE FRÉSART, « Incapacités : le certificat médical et sa référence à la classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé adoptée le 22 mai 2011 par la 54e assemblée mondiale de la santé ou C.I.F., le bon choix ? », *125 ans de Justice de proximité*, Bruges, La Charte, 2017, p. 83. Je souligne.

[554] N. GALLUS, « Les incapables », *Droit des personnes et des familles : chronique de jurisprudence 2005-2010*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 842-843 ; N. GALLUS, « La protection judiciaire de la personne : assistance et représentation *», La protection des personnes vulnérables à la lumière de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 79. *Cf. supra*, Première partie, Titre I, Chapitre 2, Section 4, §1er. Une mesure détachée du diagnostic.

[555] Art. 97 de la loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice : « Des médecins non agréés peuvent délivrer un certificat médical circonstancié visé à l'article 1241 du Code judiciaire et être désignés pour donner un avis visé à l'article 1246, § 2, du Code judiciaire pendant un délai de cinq ans qui suit l'entrée en vigueur des arrêtés royaux qui fixent les procédures et les conditions d'agrément de ces médecins ».

[556] Article 1241, §1er du Code judiciaire, tel que modifié par la loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice.

Premièrement, il vient d'être démontré que la capacité de fait à partir de laquelle on apprécie la validité d'un acte juridique, ou la désignation d'un représentant pour l'exercice des droits du patient, renvoie à des facultés cognitives. Par souci de cohérence interne, il convient de tenir le même raisonnement en matière de protection judiciaire.

Deuxièmement, le droit belge doit se conformer aux dispositions internationales imposant les principes de nécessité, subsidiarité et proportionnalité des mesures d'incapacité[557].

En particulier, la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées[558], signée et ratifiée par la Belgique, mentionne expressément le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité[559]. Les « personnes handicapées » désignent à la fois les personnes vivant avec un trouble mental et celles souffrant d'une diminution de leurs capacités physiques[560]. Le principe d'égalité, combiné à ceux de nécessité, subsidiarité et proportionnalité rend difficilement acceptable une mesure d'incapacité juridique pour quelqu'un qui présenterait des facultés cognitives suffisantes à l'accomplissement des actes de la vie civique. En outre, d'après le Comité des droits des personnes handicapées[561], l'article 12 vise à bannir toute mesure d'incapacité juridique, surtout celles entraînant des *décisions substituées*, prises par représentation. Les « mesures d'accompagnement » devraient dès lors s'interpréter uniquement comme des mesures de *prise décisions assistée*, *sans impact sur la capacité juridique* du sujet[562].

Cette revendication forte et déroutante pour un juriste, il faut l'admettre, sera étudiée dans la troisième partie de la présente recherche. On peut toutefois déjà relever que le législateur belge ne partage pas l'opinion du comité onusien : la prise de décision substituée, autrement dit la représentation, reste un pilier des régimes de protection[563] ; quant à l'assistance, supposée devenir le droit commun de ces régimes, elle consiste également en une diminution de la

[557] Principes 5 et 6 de la Recommandation N° R (99) 4 du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables ; Recommandation CM/Rec(2009)11 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité ; art. 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

[558] Convention relative aux droits des personnes handicapées, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 décembre 2006 et approuvée par l'Etat fédéral et les entités fédérées belges en 2009. Dans un tel cas, il faudrait en principe citer en référence l'ensemble des normes internes d'assentiment (N. BERNARD (dir.), *Guide des citations, références et abréviations juridiques*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2017, p. 77). Compte tenu du fait que cela aboutirait en l'espèce à une note infrapaginale démesurée, je me permets de renvoyer à une proposition de loi les mentionnant *in extenso*, à savoir la proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1009/001, p. 5, note n°12. Cette précision est donnée la première fois que la Convention est citée, au sein de chacune des trois parties de ce travail.

[559] Art. 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

[560] Art. 1er de la Convention relative aux droits des personnes handicapées : « Par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres »

[561] Organe de l'ONU, composé d'experts indépendants qui surveille l'application de la Convention relative aux droits des personnes handicapées par les États parties. *Cf. infra*, Troisième partie, Titre I, Chapitre 2, Section 1ère. Le Comité des droits des personnes handicapées.

[562] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, §§ 13 à 19 en particulier.

[563] Code civil, Livre I, Titre XI, Chapitre 2, Section 3, Sous-section 2 : « De l'incapacité »

capacité juridique reconnue au sujet, puisque les décisions de la personne protégée sont soumises au droit de *veto* de l'administrateur[564].

Dans ce contexte, permettre d'appliquer des mesures d'incapacité juridique à des personnes dont les difficultés sont uniquement physiques revient à creuser cette divergence d'interprétation encore davantage. La capacité est la règle, l'incapacité l'exception et cette dernière ne doit être décidée, aux termes du Code civil lui-même, que *si et dans la mesure où* elle est nécessaire. Pour se rapprocher de cet objectif, il convient de limiter les mesures d'incapacité juridique aux cas où la capacité de fait, entendue comme compétence cognitive, est lacunaire.

Cela n'empêche pas que le juge de paix analyse la situation globale de la personne concernée, pour comprendre de quel type d'aide elle a besoin : il peut ainsi vérifier la possibilité d'une mesure d'incapacité et, le cas échéant, motiver sa décision de rejeter une telle mesure s'il ne constate pas de lacunes particulières dans les facultés cognitives de la personne concernée. Idéalement, il devrait alors pouvoir orienter le demandeur vers d'autres formes d'aide.

Le troisième argument relève de la justice sociale : c'est à l'État à rendre disponibles des aides fonctionnelles nécessaires à l'exercice de leur capacité juridique par les personnes en situation de handicap physique. À défaut, ces personnes se feront aider si elles en ont les moyens et celles qui ne les ont pas solliciteront – ou se verront désigner – un administrateur, faute de mieux, d'où une probable confusion des rôles : dans une ordonnance inédite, un juge de paix liégeois rappelle en effet que « l'administrateur n'a pas pour mission ou obligation d'être constamment disponible, à tout moment, et de gérer des problèmes qui sont en fait de la compétence des services sociaux ou des proches de la personne protégée »[565]. Certains avocats-administrateurs mettent également en évidence la déliquescence du lien social et l'insuffisance des aides matérielles disponibles pour pallier le déficit de soins autrefois apportés par les proches[566].

Les résultats d'une enquête, menée auprès de justices de paix de Wallonie et de Bruxelles, sont de nature à confirmer ces craintes[567]. Les juges de paix rapportent que les personnes les plus isolées et les plus précarisées sont également les plus nombreuses à se voir désigner un administrateur professionnel. Logiquement, les personnes plus nanties pensent à planifier une incapacité future et ont les ressources pour solliciter les conseils de professionnels qui les orienteront notamment vers le mandat de protection extrajudiciaire. De façon similaire, les personnes bénéficiant d'un réseau social étendu jouissent également plus longtemps de mesures de soutien informelles ou extrajudiciaires.

---

[564] Art. 491 et 498 et s. du Code civil.
[565] J.P. Liège, 19 juin 2017, inédit, R.G. n° 17B1060, cité par Fr. DEGUEL, « L'incapacité des majeurs sous la loupe des magistrats », *Actualités du droit des personnes et des familles. Le point en 2018*, Limal, Anthémis, p. 87.
[566] Discussion avec Me Marie-Eve CLOSSEN, avocate au barreau de Namur, le 3 juillet 2018.
[567] N. GALLUS, Th. VAN HALTEREN, « La personnalisation des mesures d'incapacité », *La protection des personnes majeures. Dix-huit mois de pratique*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 65-66.

Compte tenu de la corrélation entre la précarité et l'isolement[568], on comprend vite que ce sont les personnes les plus fragilisées socio-économiquement qui se voient le plus fréquemment imposer un administrateur professionnel, souvent à la demande d'organismes sociaux. Les auteurs de l'enquête soulignent avec justesse que si ce phénomène est lié aux inégalités sociales propres à notre société, le principe de subsidiarité restera théorique pour une partie de la population, quoi que prévoie le législateur[569].

Les mesures de protection n'ont pas vocation à devenir le *soutien social des pauvres*, soit des personnes dont l'entourage et les ressources financières sont insuffisants pour pallier, par exemple, un problème de mobilité. Permettre que l'incapacité juridique puisse répondre à un handicap physique exacerbe l'aspect individuel du handicap, au détriment d'une vision de solidarité collective, et creuse encore les inégalités sociales. Ces enjeux sont également présents lorsque le handicap provient d'un trouble mental si ce n'est que, dans ce cas, une aide fonctionnelle peut s'avérer insuffisante.

En bref, pour se rapprocher des principes que la loi édicte elle-même et éviter de creuser davantage les écarts sociaux, il vaut mieux refuser d'appliquer une mesure d'incapacité juridique à des personnes dont les difficultés à exercer leurs droits résultent de leur seule condition physique.

3. Et la C.I.F. là-dedans ?

Une demande de protection judiciaire s'accompagne obligatoirement d'un certificat médical[570], donnant une « description circonstanciée de l'état de santé [de la personne] et de son incidence sur la bonne gestion de ses intérêts, qu'ils soient de nature patrimoniale ou autre »[571]. Conformément à l'ancien article 1241, 5°, du Code judiciaire, un arrêté royal aujourd'hui abrogé exigeait en outre que le médecin décrive les conséquences de l'état de santé observé par référence à « la Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé adoptée le 22 mai 2001 par la cinquante-quatrième Assemblée mondiale de la Santé (AMS) »[572].

---

[568] Entre autres, voy. M. COLIGNON, *Exclusion, précarité et médiation créatrice. Sortir du cagibi de la solitude*, Toulouse, Érès, 2020 ; LE MONDE, « Les plus pauvres sont aussi les plus seuls », 7 juillet 2011, disponible sur www.lemonde.fr

[569] N. GALLUS, Th. VAN HALTEREN, « La personnalisation des mesures d'incapacité », *La protection des personnes majeures. Dix-huit mois de pratique*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 65-66.

[570] Conformément à l'art. 1241 du Code judiciaire.

[571] Annexe à l'arrêté royal du 29 juillet 2019 déterminant la forme et le contenu du formulaire type de certificat médical circonstancié pris en exécution de l'article 1241, §1er, alinéa 1, du Code judiciaire (et abrogeant l'arrêté royal du 31 août 2014 déterminant la forme et le contenu du formulaire type de certificat circonstancié pris en exécution de l'article 1241, alinéas 2 et 3, du Code judiciaire).

[572] Annexe à l'arrêté royal du 31 août 2014 déterminant la forme et le contenu du formulaire type de certificat médical circonstancié pris en exécution de l'article 1241, alinéas 2 et 3, du Code judiciaire, p. 2, aujourd'hui abrogé et remplacé par l'arrêté royal du 29 juillet 2019 déterminant la forme et le contenu du formulaire type de certificat médical circonstancié pris en exécution de l'article 1241, §1er, alinéa 1, du Code judiciaire. Sur l'ancienne exigence de référence à la C.I.F pour rédiger le certificat médical circonstancié, *cf. infra*, Chapitre 3, Section 1ère, §1er. Du 1er septembre 2014 au 1er mars 2019 : une évaluation à tâtons.

Or, la Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé (ci-après la « C.I.F. ») est loin de se limiter à l'évaluation des fonctions cognitives. La référence à la C.I.F. pouvait donc donner l'impression que n'importe quel écart par rapport à un état de santé standard pouvait *in fine* donner lieu à une mesure de protection judiciaire. Bien que l'actuel arrêté royal n'impose plus la référence à la C.I.F. lors de la rédaction du certificat médical circonstancié, il reste intéressant de saisir ici l'opportunité de souligner la différence entre le rôle du juge et celui du médecin.

En effet, il faut bien distinguer le rôle du médecin-évaluateur de celui du juge de paix[573] : la C.I.F. dirige l'examen du médecin, soit un examen global destiné à éclairer le mieux possible le juge sur la situation concrète de la personne concernée. A l'aide de ce certificat et des autres éléments portés à sa connaissance au cours de la procédure, le juge a pour mission d'évaluer si l'état de santé de la personne, *en contexte*, nécessite une protection spécifique :

> La protection judiciaire doit s'appliquer de manière restrictive. Si l'évaluation de l'état de santé appartient au domaine de la médecine, celle de la capacité, au sens de l'article de loi susmentionné, relève exclusivement de la compétence du juge de paix.
> (…)
> L'ensemble des éléments mentionnés ci-dessus fait supposer une maladie [mentale] grave, mais cela ne justifie pas en soi la mise en place d'une protection judiciaire. Il doit être établi que la personne concernée n'est pas, en raison de cet état de santé, en état de veiller elle-même à ses intérêts patrimoniaux, c'est-à-dire d'en suivre la gestion, de les évaluer et de prendre des initiatives si nécessaires. Aujourd'hui, il faut en outre encore tenir compte, de toute façon, de la présence d'un encadrement psycho-social. Le législateur a voulu que l'on considère ce type de circonstances au moment d'évaluer la nécessité d'une protection judiciaire.
> Pour autant que le traitement médicamenteux soit poursuivi et sur la base des éléments précités, il doit être considéré que Mme M. M. est bel et bien en état de gérer ses intérêts patrimoniaux.
> Il n'est pas possible de prononcer une protection judiciaire de façon préventive, sachant qu'à l'heure actuelle il n'est pas satisfait aux conditions d'application de l'article 488/1 C.civ. La requête est dès lors infondée[574].

Une mesure de protection n'est pas la traduction judiciaire inévitable des troubles mentaux médicalement observés. Et même lorsque certains dysfonctionnements cognitifs seraient de nature à justifier une protection judiciaire, le juge doit l'écarter s'il constate que l'entourage suffit à assurer un fonctionnement quotidien satisfaisant, pour la personne concernée :

> Les articles 488/1 et 492 du Code civil, précisent qu'une mesure de protection doit être mise en œuvre lorsque cela est nécessaire et lorsque le juge constate l'insuffisance de la protection légale ou extrajudiciaire. En d'autres termes, la mesure de protection doit être prise lorsque la protection des intérêts de la personne protégée le nécessite.

[573] Sur cette distinction fondamentale, voy. également G. WILLEMS, « Droit à la personnalité et à la capacité d'exercice », *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 405-406.
[574] J.P. Gand, 13 juillet 2015, *J.J.P.*, 2016 p. 352. Traduction libre. Je souligne.

> Il résulte des documents de procédure et de l'instruction de l'audience que du point de vue des droits de la personne, aucune difficulté ne se présente, la personne protégée étant correctement entourée et aucune décision particulière ne devant être prise.
> Le juge de paix considère dès lors qu'une mesure de protection concernant la personne n'est pas nécessaire[575].

> M., même s'il est manifestement limité dans ses capacités intellectuelles, paraît d'une part savoir ce qu'il veut et pour ce qu'il n'est pas capable d'assumer seul semble se faire aider correctement, l'expérience témoigne du fait que sa vie se déroule sans problème particulier.
> Dans l'état actuel des choses, le juge de paix estime qu'il n'y a pas lieu de désigner un administrateur de la personne car la mesure n'aurait comme seul effet d'enlever à la personne protégée toute possibilité d'encore prendre ses propres décisions ou choisir les personnes en qui il fait confiance[576].

> Les enfants ne s'entendent pas tout à fait sur cette question [de donation immobilière] et si la personne à protéger a une conscience suffisante pour choisir en connaissance de cause son projet, elle ne semble pas capable de déterminer seule les modalités précises de celui-ci.
> Par ailleurs, les enfants s'occupent ensemble de leur mère qui habite la même maison que sa fille qui est en même temps la maison voisine occupée par le fils.
> De même, il semble bien que les enfants s'occupent en bonne intelligence de la gestion courante du patrimoine.
> Le juge de paix en conclut qu'une protection générale n'est pas nécessaire au sens de l'article 488/1 du Code civil, mais qu'une mesure d'assistance s'impose en ce qui concerne la donation[577].

Autrement dit, « l'état de santé » de la personne à protéger représente une « condition nécessaire mais pas toujours suffisante pour une mesure de protection »[578].

Ce n'est donc pas parce que l'outil imposé pour un temps aux médecins-évaluateurs exigeait notamment l'évaluation de l'ensemble des « Fonctions de l'organisme »[579] que tout écart par rapport à la norme de fonctionnement aurait pu donner lieu à une mesure de protection judiciaire, loin s'en faut. Sachant que la C.I.F. guide également l'évaluation de la « structure corporelle » et celle des « activités » et de la « participation »[580], il devient évident que la décision du juge relève d'une appréciation d'ensemble et ne se fonde certainement pas sur l'un

[575] J.P. Forest, 3 mai 2016, *J.J.P.*, 2017, p. 475. NB : pour ce qui concerne la gestion des biens, le juge n'impose qu'une administration limitée à ce qui est nécessaire pour que l'époux de la personne protégée, en attente d'une place pour rejoindre celle-ci dans sa maison de repos, puisse vendre l'immeuble conjugal.
[576] J.P. Forest, 28 sept 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 391.
[577] J.P., Forest, 3 novembre 2016, *J.J.P.*, 2017, p. 473.
[578] Ch.-E. DE FRÉSART, « Incapacités : le certificat médical et sa référence à la classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé adoptée le 22 mai 2011 par la 54e assemblée mondiale de la santé ou C.I.F., le bon choix ? », *125 ans de Justice de proximité*, Bruges, La Charte, 2017, pp. 71 et 79.
[579] SPF Santé publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et Environnement – Société scientifique de médecine générale (SSMG), « Evaluation de l'état de santé de la personne âgée selon la Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé (CIH-2) A utiliser pour la rédaction du certificat médical circonstancié en vue de la protection judiciaire d'une personne. Version simplifiée – OMS 2000 », 2015, disponible sur www.ssmg.be
[580] *Ibidem.*

ou l'autre déficit de fonctionnement, sans quoi nous ferions tous l'objet d'une mesure de protection judiciaire (et serions dès lors bien en peine de trouver des administrateurs).

Finalement, quels que soient les termes de l'évaluation médicale et les outils guidant cette dernière, le juge de paix ne peut décider d'une mesure de protection judiciaire lorsqu'il existe des aides moins attentatoires à la liberté individuelle : ainsi, lorsque la personne concernée n'éprouve pas de difficultés particulières à raisonner mais rencontre d'autres obstacles, comme la fatigue ou la solitude, le juge ne doit pas accéder à une demande de protection judiciaire. Il peut néanmoins suggérer d'autres soutiens, tels que la protection extrajudiciaire.

4. L'association, une obligation *subsidiaire*

En cas d'incapacité de droit, le représentant doit en principe *associer la personne* représentée à l'exercice de ses droits[581].

Confronté à une personne présentant, par exemple, de grandes difficultés à se déplacer, on pourrait alors être tenté de solliciter une mesure de protection judiciaire, par facilité, en se disant que l'obligation d'associer la personne protégée « dans toute la mesure du possible et compte tenu de sa capacité de compréhension »[582] compensera l'incapacité officielle : si les facultés de discernement de la personne protégée sont intactes, elle devrait en effet être si étroitement associée à l'exercice de ses droits qu'en réalité, elle en resterait maître.

Ce « bricolage » reste toutefois contraire aux principes de subsidiarité et de proportionnalité. De plus, la privation de la capacité juridique est un acte grave, ce qui rend inacceptable son utilisation par facilité, faute d'aide sociale appropriée. Quelles que soient, enfin, les bonnes intentions du représentant désigné, il subsiste toujours le risque que la personne devienne juridiquement transparente, à défaut d'association réelle à l'exercice de ses droits. En matière de droits du patient, cette crainte doit être nuancée : les praticiens conservent le devoir d'évaluer la capacité de fait au cas par cas et auraient donc la possibilité de s'adresser malgré tout au patient ou, à tout le moins, de rappeler à l'administrateur[583] l'obligation d'association du patient à l'exercice de ses droits, le cas échéant.

[581] Art. 499/1, §3, al. 2, du Code civil. Concernant les droits du patient, cette obligation se retrouve à l'art. 14, §4 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[582] Art. 499/1, §3, al. 2, du Code civil.
[583] Sous-entendu, l'administrateur de la *personne* (par opposition à un administrateur qui ne serait qu'administrateur *des biens), expressément compétent pour exercer les droits du patient*.

Section 2. La capacité de fait du patient : définition spécifique et concrète

§1er. Une aptitude au processus décisionnel

Si la capacité de fait renvoie, en général, à un ensemble de facultés cognitives, c'est également le cas de la capacité de fait du patient : être « en mesure d'exercer ses droits »[584] doit dès lors se comprendre comme être mentalement apte à exercer ses droits de patient.

Bien sûr, l'exercice des droits du patient implique des aptitudes à la fois cognitives et fonctionnelles : se rendre chez un praticien de la santé, suivre un traitement à domicile, demander un autre avis, lire le courrier relatif aux soins reçus, etc. La condition physique du patient peut, en ce sens, entraver l'exercice de ses droits.

Toutefois, tant que les facultés cognitives du patient restent satisfaisantes, il convient de rechercher des solutions qui lui permettent d'exercer lui-même ses droits, avec l'aide matérielle de tiers. Autrement dit, *une incapacité fonctionnelle ne peut conduire à la représentation du patient.* Il semble donc essentiel de distinguer le langage courant – un tel n'est plus capable de marcher, écrire, se laver, etc. – du langage juridique, lequel donne à la capacité de fait une acception plus précise.

Par ailleurs, les différentes sources étrangères qui ont retenu l'attention *supra* permettent de resserrer la définition de la capacité de fait du patient, en la qualifiant généralement d'« aptitude au processus décisionnel »[585].

En droit belge, cette focalisation sur la décision de soins peut sembler réductrice, au regard de la loi relative aux droits du patient : comme rappelé ci-dessus, le patient capable de fait est le patient « en mesure d'exercer ses droits lui-même »[586], or les droits du patient ne s'arrêtent pas au droit de consentir ou non à une intervention déterminée. Cela dit, il s'agit indéniablement de la pierre angulaire des droits du patient et en réalité, il y a même fort à parier que la question de la capacité ne se posera pas dans d'autres contextes que celui de la décision de soins.

En d'autres termes, seul l'exercice du droit d'accepter ou de refuser une intervention du praticien de la santé est susceptible d'être mis en cause en raison de l'incapacité du patient. Il serait logique d'y ajouter le droit à l'information, corollaire indispensable du droit au (refus de) consentement. Par contre, le droit à des prestations de qualité, le droit au libre choix du praticien, le droit à la tenue d'un dossier, le droit à la protection de la vie privée et le droit au dépôt d'une plainte ne soulèvent généralement pas la question de savoir si le patient est capable : en effet l'exercice de ces droits consiste soit à en revendiquer le respect, par exemple

[584] Art. 14, §1er, al. 1er, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[585] Les textes officiels étrangers emploient des termes tels que « capacité décisionnelle » (X, « Handreiking voor de beoordeling van wilsbekwaamheid (voor de hulpverlener) », 2007, www.rijksoverheid.nl, p. 9), « *inability to make decisions* » (art. 2(1) et 3(1) du *Mental Capacity Act* 2005, www.legislation.gov.uk), ou encore « comprendre », « évaluer » (art. 6 et 45 de la loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui, www.ontario.ca/fr/lois et art. 10 de loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, www.ontario.ca/fr/lois).
[586] Art. 14, §1er, al. 1er, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

à rappeler son droit à des soins de qualité, soit à s'en prévaloir par des actes concrets, comme solliciter un second avis médical ou demander à consulter son dossier. Dans tous ces cas, l'exercice du droit par le patient démontre à suffisance la capacité de celui-ci.

Cela ne signifie pas que, dans les faits, le patient sera toujours en état d'exercer lui-même ou de faire respecter ses droits autres que ceux relatifs à l'information et au consentement. Ce sera néanmoins probablement par la voie de l'exercice de ces droits à l'information et au consentement que le patient se verra éventuellement désigner un représentant. Ce dernier pourra ensuite exercer ou faire respecter l'ensemble des droits du patient, si le principal intéressé n'en est pas capable. En bref, si la capacité de fait d'un patient est lacunaire, en général, le problème se révélera le plus souvent au moment de consentir ou non à une intervention.

La qualification générale d'« aptitude au processus décisionnel » reste insuffisante pour rendre compte de ce qui se joue lorsqu'un patient est amené, concrètement, à exercer cette faculté. Qu'est-ce que la capacité de refuser ou consentir à une intervention ? Intuitivement, il est évident qu'il ne s'agit pas seulement d'exprimer son choix… Auquel cas, aucun choix ne serait considéré comme mauvais, aucun conflit ne surgirait, aucune contrainte ne serait jamais nécessaire.

§2. Les éléments constitutifs de la capacité de fait du patient

Si la capacité de fait du patient doit être évaluée par les praticiens de la santé, il faut pouvoir la disséquer en éléments constitutifs concrets, relevant à la fois de la définition spécifique et des critères d'évaluation.

1. Assessing Competence to Consent to Treatment

Il y a vingt ans, Paul Appelbaum et Thomas Grisso, psychiatres, ont entrepris d'élaborer un minutieux travail de description de la capacité de fait et de son évaluation, dans le contexte médical, en se fondant sur la jurisprudence américaine[587]. Leur ouvrage, « *Assessing*

[587] Notons qu'au Québec, c'est un juge qui a décidé de se fonder sur les critères d'évaluation décrits par une loi d'une autre province, à savoir l'*Hospitals Act* de la Nouvelle-Écosse. Depuis, le Québec prône l'application de ces « Critères de la Nouvelle-Écosse », au nombre de cinq : « Un patient sera considéré inapte à consentir s'il est incapable de comprendre :
- la nature de la maladie dont il est atteint ;
- la nature et le but des soins ;
- les risques associés à ces soins ;
- les risques encourus si ces soins ne sont pas prodigués ;
- que son état de santé nuit à sa capacité de consentir »

(CURATEUR PUBLIC QUÉBEC, « Module 3. Aptitude et consentement aux soins (ppt) », www.curateur.gouv.qc.ca ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, « Le consentement aux soins », www.curateur.gouv.qc.ca). Cette approche rejoint celle du gouvernement néerlandais, dans son « Handreiking voor de beoordeling van wilsbekwaamheid (voor de hulpverlener) » (2007, www.rijksoverheid.nl), comme si les pays de tradition civiliste peinaient à donner à la capacité de fait un contenu différent de ce sur quoi doit porter l'obligation d'information des praticiens.

Competence to Consent to Treatment. A Guide for Physicians and Other Health Professionals »[588] ou d'autres de leurs travaux à ce sujet sont généralement cités par ceux qui s'intéressent à cette question et ont probablement inspiré la rédaction des textes de loi et directives professionnelles mentionnées ci-dessus[589].

Dans le cadre de la présente recherche, je choisis dès lors de reprendre comme base d'une vision commune de la capacité de fait les critères dégagés par ces auteurs, mais dans un ordre plutôt chronologique que hiérarchique :

- comprendre l'information pertinente ;
- raisonner quant aux différentes options, compte tenu de l'information reçue ;
- apprécier sa propre situation et les conséquences raisonnablement prévisibles, pour soi-même, de la décision ;
- communiquer un choix[590].

Ces quatre éléments sont aisément compréhensibles et reprennent *mutatis mutandis* les critères énumérés par les autres sources étrangères citées *supra*.

Comprendre l'information et communiquer un choix sont des conditions *sine qua non* de la capacité de fait, à tel point que la loi de l'Ontario sur le consentement aux soins de santé ne mentionne pas l'obligation, pour le patient, de pouvoir communiquer son choix. Préciser expressément cette condition, toutefois, permet de l'expliquer et d'en nuancer l'approche par les professionnels de terrain.

Par ailleurs, le critère anglais consistant à « retenir l'information » se retrouve dans l'exigence de compréhension des informations : on ne peut pas dire comprendre des informations que l'on ne parviendrait pas à retenir suffisamment longtemps pour aboutir à une décision[591]. Par ailleurs, pour raisonner en appliquant les informations reçues à sa propre situation, il faut d'abord pouvoir retenir ces informations.

Les critères retenus par Th. Grisso et P. Appelbaum sur la base de la jurisprudence américaine sont préférés dans le cadre de cette analyse. Ils sont en effet plus spécifiques à la *capacité* et moins centrés sur les soins de santé, donc susceptibles d'une application plus large.
Enfin, pour information, l'Assemblée nationale du Québec a adopté le 2 juin 2020 une loi « modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes » (Curateur public du Québec, « Loi visant à mieux protéger les personnes en situation de vulnérabilité », disponible sur www.curateur.gouv.qc.ca). Cette loi, qui entrera en vigueur en juin 2022, poursuit des objectifs semblables à ceux de la réforme belge des régimes d'incapacité (*cf. supra*, Première partie, Titre I, chapitre 3, Section 2, §1er. La réforme en quelques mots).

[588] P. APPELBAUM, Th. GRISSO, *Assessing Competence to Consent to Treatment*, Oxford University Press, 1998.

[589] Exemples : KNMG, « Implementatie van de WGBO. Van de wet naar praktijk. Deel 2 Informatie en toestemming », juin 2004, www.knmg.nl, p. 122 ; Ministère du Procureur général, Le Bureau de l'évaluation de la capacité, « Lignes Directrices en Matière d'évaluations de la Capacité », Mai 2005, www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca, p. II.1.

[590] P. APPELBAUM, Th. GRISSO, *Assessing Competence to Consent to Treatment*, Oxford University Press, 1998, p. 31.

[591] *Ibidem*, pp. 41-42.

Le tableau ci-dessous[592], réalisé par P. Appelbaum à partir de l'ouvrage de 1998, permet de mieux cerner les différents critères déjà énoncés et d'avoir une idée de la façon dont se présentent les documents visant à guider les praticiens dans l'évaluation des capacités du patient. Les éléments de la définition de la capacité de fait sont ensuite commentés un à un.

Table 1. Legally Relevant Criteria for Decision-Making Capacity and Approaches to Assessment of the Patient.

Criterion	Patient's Task	Physician's Assessment Approach	Questions for Clinical Assessment*	Comments
Communicate a choice	Clearly indicate preferred treatment option	Ask patient to indicate a treatment choice	Have you decided whether to follow your doctor's [or my] recommendation for treatment? Can you tell me what that decision is? [If no decision] What is making it hard for you to decide?	Frequent reversals of choice because of psychiatric or neurologic conditions may indicate lack of capacity
Understand the relevant information	Grasp the fundamental meaning of information communicated by physician	Encourage patient to paraphrase disclosed information regarding medical condition and treatment	Please tell me in your own words what your doctor [or I] told you about: The problem with your health now The recommended treatment The possible benefits and risks (or discomforts) of the treatment Any alternative treatments and their risks and benefits The risks and benefits of no treatment	Information to be understood includes nature of patient's condition, nature and purpose of proposed treatment, possible benefits and risks of that treatment, and alternative approaches (including no treatment) and their benefits and risks
Appreciate the situation and its consequences	Acknowledge medical condition and likely consequences of treatment options	Ask patient to describe views of medical condition, proposed treatment, and likely outcomes	What do you believe is wrong with your health now? Do you believe that you need some kind of treatment? What is treatment likely to do for you? What makes you believe it will have that effect? What do you believe will happen if you are not treated? Why do you think your doctor has [or I have] recommended this treatment?	Courts have recognized that patients who do not acknowledge their illnesses (often referred to as "lack of insight") cannot make valid decisions about treatment Delusions or pathologic levels of distortion or denial are the most common causes of impairment
Reason about treatment options	Engage in a rational process of manipulating the relevant information	Ask patient to compare treatment options and consequences and to offer reasons for selection of option	How did you decide to accept or reject the recommended treatment? What makes [chosen option] better than [alternative option]?	This criterion focuses on the process by which a decision is reached, not the outcome of the patient's choice, since patients have the right to make "unreasonable" choices

* Questions are adapted from Grisso and Appelbaum.[31] Patients' responses to these questions need not be verbal.

[592] P. APPELBAUM, «Assessment of Patient's Competence to Consent to Treatment », *N Engl J Med,* 2007, 357(18), p. 1836.

2. Bref commentaire systématique

a) Comprendre l'information pertinente

L'information pertinente se rapporte, en général, à la situation de la personne et à la nature de la décision à prendre, aux objectifs de cette décision, à ses conséquences probables et à celles de l'absence de toute décision[593].

En droit belge, la loi relative aux droits du patient formule le droit à l'information du patient en deux temps. Elle prévoit d'abord un droit général du patient de recevoir « toutes les informations qui le concernent et peuvent lui être nécessaires pour comprendre son état de santé et son évolution probable »[594] et détaille ensuite les éléments dont le patient doit disposer avant toute décision relative à l'intervention d'un praticien :

> Les informations fournies au patient, en vue de la manifestation de son consentement visé au § 1er, concernent l'objectif, la nature, le degré d'urgence, la durée, la fréquence, les contre-indications, effets secondaires et risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient, les soins de suivi, les alternatives possibles et les répercussions financières. Elles concernent en outre les conséquences possibles en cas de refus ou de retrait du consentement, et les autres précisions jugées souhaitables par le patient ou le praticien professionnel, le cas échéant en ce compris les dispositions légales devant être respectées en ce qui concerne une intervention[595].

b) Raisonner quant aux différentes options

Il faut être capable de retenir suffisamment longtemps l'information pour pouvoir ensuite la manipuler, mettre en balance les avantages et inconvénients des différentes options possibles, en fonction de ses valeurs personnelles. Certaines personnes peuvent comprendre l'information sans pouvoir raisonner à propos de celle-ci, en raison de l'altération de certaines fonctions cognitives spécifiques, nécessaires pour appréhender des situations complexes[596].

« *A person is not to be treated as unable to make a decision merely because he makes an unwise decision* »[597], dit le droit anglais. En effet, l'*aptitude à raisonner* n'implique aucunement l'obligation d'*être raisonnable*. Pour autant que le raisonnement soit cohérent, personne n'est

---

[593] P. APPELBAUM, «Assessment of Patient's Competence to Consent to Treatment », *N Engl J Med,* 2007, 357(18), p. 1836 ; DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, « Mental Capacity Act 2005 Code of Practice », 2007, www.gov.uk, p. 46.
[594] Art. 7, §1er, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[595] Art. 8, §2, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[596] KNMG, « Implementatie van de WGBO. Van de wet naar praktijk. Deel 2 Informatie en toestemming », juin 2004, www.knmg.nl, p. 120.
[597] Mental Capacity Act 2005, 1(4), www.legislation.gov.uk

obligé de faire des choix conformes aux attentes de la société ou, plus précisément, des praticiens de la santé[598].

En d'autres termes, il s'agit d'évaluer les compétences décisionnelles d'une personne et non sa sagesse : quelqu'un peut décider de prendre des risques ou de se priver du bénéfice d'un traitement, d'une manière qu'une autre personne jugerait déraisonnable, pour autant que la décision soit le fruit d'un raisonnement compréhensible[599]. L'évaluateur doit tenir compte des préférences de la personne concernée, pour autant que celle-ci les articule de façon logique dans le processus décisionnel. Ainsi, un patient qui exprimerait le désir de mourir mais refuserait un traitement au prétexte que ce dernier « va le tuer » ne comprend pas correctement les conséquences du traitement et manipule l'information d'une façon illogique, par rapport aux préférences exprimées[600].

Par ailleurs, il faut et il suffit que le patient *puisse raisonner* de manière logique, pas qu'il *raisonne* effectivement : le patient a ainsi le droit de s'en remettre à son médecin et de renoncer volontairement au consentement éclairé, pour autant que ce soit un choix et non la seule option possible, en raison d'une inaptitude à raisonner. Pour constituer une incapacité décisionnelle, cette inaptitude doit découler d'un trouble cognitif ou psychopathologique[601].

Aux différents critères de la capacité de fait du patient s'ajoute parfois celui du choix volontaire et autonome[602]. L'aptitude à raisonner semble toutefois rencontrer ces exigences : si le choix du patient est involontaire, car dicté par le trouble dont il souffre[603], ce patient ne peut être considéré comme apte à raisonner. Par ailleurs, si le patient subit des pressions externes, par exemple familiales, de deux choses l'une : soit le patient fait sien le raisonnement de ses proches, soit le patient n'est pas en état de faire autrement que de se soumettre à l'avis de ses proches, éventuellement sans s'en rendre compte. Dans le premier cas, le praticien considérera probablement le patient comme capable, tandis que dans le second, il devrait être tenté d'évaluer plus précisément la capacité décisionnelle de ce patient.

La difficulté pratique de distinguer l'aptitude à raisonner de l'attitude rationnelle est illustrée par la décision de la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Starson v. Swayze*[604], le « Canada's "Beautiful Mind" case »[605]. Un brillant physicien connu comme le « professeur Starson » est

---

[598] P. APPELBAUM, Th. GRISSO, *Assessing Competence to Consent to Treatment*, Oxford University Press, 1998, p. 53.
[599] P. APPELBAUM, « Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment », *N Engl J Med*., 2007, 357(18), p. 1836 ; L.L. SESSUMS et al., « Does This Patient Have Medical Decision-Making Capacity? », *JAMA*, 2011, 306(4), p. 421.
[600] Exemple inspiré de P. APPELBAUM, Th. GRISSO, *Assessing Competence to Consent to Treatment*, Oxford University Press, 1998, p. 52.
[601] P. APPELBAUM, Th. GRISSO, *Assessing Competence to Consent to Treatment*, Oxford University Press, 1998, pp. 53-54.
[602] Ch. LEMMENS, « De handelings- en wilsonbekwamen », *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 938-939.
[603] Fr. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgelijk Recht*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 550.
[604] *Starson c. Swayze*, [2003] 1 RCS 722, 2003 CSC 32, www.canlii.org/en/ca/scc
[605] J. E. GRAY, R. L. O'REILLY, « Canada's "Beautiful Mind" case », *International Journal of Law and Psychiatry*, 2009, 32, pp. 315–322.

diagnostiqué de longue date comme vivant avec un trouble bipolaire, mais il refuse les traitements car il estime que ceux-ci l'empêchent de travailler correctement. En vertu de la législation de l'Ontario, il est à un moment décidé de lui imposer un traitement, en justifiant ce choix par l'incapacité du professeur Starson à consentir aux soins. Ce dernier saisit alors une instance ontarienne spécifiquement dédiée à ce type de litige : la Commission du Consentement et de la Capacité[606]. La Commission confirme la position du médecin, suite à quoi le professeur Starson entame une procédure judiciaire. Les jugements successifs vont lui donner raison, en s'appuyant entre autres sur la distinction à opérer entre la *capacité de raisonner* et une *décision raisonnable*. L'affaire se termine devant la Cour Suprême du Canada, qui reproche à la Commission du consentement et de la capacité de l'Ontario d'avoir appliqué le critère des « meilleurs intérêts du patient » plutôt que de s'en être tenue à la stricte évaluation de la capacité :

> La sagesse de la décision du professeur Starson concernant le traitement n'est pas pertinente à l'égard de cette décision. Si le professeur Starson est capable, il a parfaitement le droit de prendre une décision que la Commission, ou d'autres personnes raisonnables, peuvent considérer comme insensée. La Commission a laissé sa propre conception de l'intérêt du professeur Starson influencer indûment la conclusion qu'elle a tirée sur l'incapacité[607].

Peut-être le professeur Starson était-il incapable, là n'est pas la question : la Commission du consentement et de la capacité aurait dû motiver sa décision autrement qu'en se référant au (mauvais) choix opéré par le patient, car ce n'est pas la *teneur* de la décision qui compte mais la *façon* dont elle a été atteinte.

c) Apprécier sa propre situation et les conséquences raisonnablement prévisibles, pour soi-même, de la décision

Comprendre des informations relatives à une situation médicale et être apte à déterminer, dans l'absolu, quelle option semble la meilleure, n'emporte pas forcément la faculté de tenir ce raisonnement pour soi-même. Encore faut-il se rendre compte ou accepter que les informations soient applicables à sa propre situation et comprendre les conséquences de la décision, pour soi-même.

Ainsi, l'anosognosie ou « *lack of insight* » qui caractérise certains troubles mentaux peut empêcher le patient de se rendre compte de son état et, dès lors, d'être considéré comme capable de fait. Plus généralement, des hallucinations, des délires, certaines altérations des fonctions cognitives, une indifférence profonde vis-à-vis de son état en raison d'une dépression sévère, une perception erronée de son apparence physique, etc. sont de nature à entraîner une vision

[606] *Cf. infra*, Titre III, Chapitre 2, Section 3. Un exemple de recours spécifique : la Commission ontarienne du consentement et de la capacité (CCC)
[607] Starson c. Swayze, [2003] 1 RCS 722, 2003 CSC 32, www.canlii.org/en/ca/scc

déformée de la réalité, donc à entraver les aptitudes décisionnelles du patient[608]. Par exemple, le patient schizophrène qui nie être malade et ne fait pas le lien entre la cessation de son traitement et la dégradation de son état paraît inapte à apprécier les informations qui lui sont données, car il ne les applique pas correctement à sa propre situation[609].

On considère comme inapte à apprécier sa situation le patient qui prend une décision sur la base d'une croyance erronée ou irrationnelle, en raison d'un trouble mental. L'inaptitude à apprécier sa situation doit en effet découler d'un trouble mental et non d'une croyance religieuse ou philosophique[610]. Le cas classique du témoin de Jéhovah qui refuse une transfusion sanguine ne s'analyse dès lors pas comme une impossibilité à apprécier sa situation, quand bien même on jugerait irrationnelles les croyances fondant la décision.

Contrairement à l'aptitude à raisonner, l'analyse porte ici sur les croyances guidant la décision et non sur leur articulation logique. Ces deux fonctions ne vont pas forcément de pair : il est possible de comprendre et de manipuler très logiquement des informations dans l'absolu sans faire aucun lien avec sa propre situation (aptitude à raisonner, inaptitude à apprécier sa situation); à l'inverse, quelqu'un peut sembler lucide quant à sa situation clinique et s'avérer incapable de poser un choix cohérent avec les préférences précédemment exprimées (aptitude à apprécier sa situation ; inaptitude à raisonner) [611].

d) Communiquer un choix

Cette condition est sans doute l'une des plus faciles à apprécier et pose rarement problème, car elle se voit rencontrée dès qu'il est possible d'exprimer sa décision, que ce soit verbalement, par écrit, par gestes ou même par le clignement d'un œil en cas de « *locked-in syndrome* ». Le droit anglais précise d'ailleurs expressément que l'incapacité de communiquer sa décision doit se comprendre comme une incapacité absolue de communiquer, que ce soit en parlant, en utilisant la langue des signes ou tout autre moyen[612].

Il est possible de continuer à communiquer avec des capacités physiques extrêmement réduites et il le sera sans doute de plus en plus, grâce aux progrès techniques. L'histoire du cosmologiste

---

[608] KNMG, « Implementatie van de WGBO. Van de wet naar praktijk. Deel 2 Informatie en toestemming », juin 2004, www.knmg.nl, pp. 119-120 ; M.-N. VEYS, « La position du patient psychiatrique dans la loi relative aux droits du patient », Service public fédéral Santé publique, 2005-2006, www.healthbelgium.be, p. 46.

[609] Consent and Capacity Board, Reasons for decision in the matter of the Mental Health Act, of the Health Care Consent Act and of TR, a resident of Toronto, Ontario, January 9, 2016, 15-3357-01, 15-3357-02, www.canlii.org/en/index.html. En Ontario en effet, la Commission de révision du consentement et de la capacité a notamment pour mission de réviser la décision d'incapacité prise par un praticien de la santé, lorsque le patient la conteste. La Commission motive scrupuleusement ses décisions et offre dès lors des exemples parlants de la façon dont il faut évaluer certains aspects de la capacité de fait d'un patient. Pour de plus amples informations sur cette Commission, *cf. infra*, Titre III, Chapitre 2, Section 3. Un exemple de recours spécifique : la Commission ontarienne du consentement et de la capacité (CCC).

[610] P. APPELBAUM, Th. GRISSO, *Assessing Competence to Consent to Treatment*, Oxford University Press, 1998, pp. 47-48.

[611] *Ibidem*, p. 53.

[612] Art. 3, (1), (d), du Mental Capacity Act 2005, www.legislation.gov.uk

britannique Stephen Hawking, fascinante à maints égards, l'est également sur ce point : dès les années 80, un système informatisé permet à ce physicien atteint de sclérose latérale amyotrophique[613] de s'exprimer et d'écrire le livre qui le rendra célèbre : *A Brief History of Time : From the Big Bang to Black Holes*[614].

L'aptitude physique à communiquer un choix ne suffit cependant pas toujours : si le patient change constamment d'avis ou adopte une attitude incohérente au regard de la décision exprimée, le praticien peut être tenté de remettre en cause la capacité décisionnelle de ce patient[615]. Ainsi, la paralysie générale, l'inconscience ou la désorganisation importante des pensées peuvent rendre la communication d'une décision impossible[616].

Figure 6: définition de la capacité de fait du patient

Capacité de fait du patient

Aptitude à prendre une décision en matière de soins, impliquant de pouvoir, cumulativement, comprendre l'information pertinente, raisonner quant aux différentes options possibles, apprécier sa propre situation et les conséquences probables, pour soi-même, de la décision et, enfin, communiquer un choix[617].

Chapitre 3. Qui évalue la capacité de fait du patient ?

Cette dernière décennie, le droit belge de la protection des majeurs a connu des changements en matière d'évaluation de la capacité de fait à exercer ses droits de patient. D'abord confiée à la fois au juge de paix et au praticien de la santé, la tâche est aujourd'hui exclusivement réservée à ce dernier. Il s'agit d'une simplification bienvenue, dans la mesure où l'évaluation inévitablement générale du juge de paix devait se doubler de celle du praticien, spécifique et concrète.

[613] SLA, plus connue sous le nom de « maladie de Charcot ».
[614] New York, Bantam Books, 1988, pour la première édition.
[615] Ch. LEMMENS, « De handelings- en wilsonbekwamen », *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2014, p. 939 ; Fr. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgelijk Recht*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 550.
[616] KNMG, « Implementatie van de WGBO. Van de wet naar praktijk. Deel 2 Informatie en toestemming », juin 2004, www.knmg.nl, p. 119; DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, « Mental Capacity Act 2005 Code of Practice », 2007, www.gov.uk, pp. 48-49; Mental Capacity Act 2005, Explanatory Notes, Commentary on sections, Part 1, §27, www.legislation.gov.uk.
[617] Critères tirés de l'ouvrage de P. APPELBAUM et Th. GRISSO, *Assessing Competence to Consent to Treatment*, Oxford University Press, 1998, p. 31.

Section 1ère. Évolution du rôle du juge de paix

§1er. Du 1er septembre 2014 au 1er mars 2019 : une évaluation à tâtons

Suite à la réforme des régimes d'incapacité entrée en vigueur le 1er septembre 2014, le juge de paix sollicité pour décider d'une mesure de protection judiciaire devait apprécier, en tout état de cause, la capacité de fait relative à l'exercice des droits du patient. L'exercice des droits du patient appartenait en effet à la liste d'actes sur lesquels le juge devait obligatoirement se prononcer : il était donc toujours supposé évaluer si la personne dont la protection judiciaire était sollicitée disposait de facultés suffisantes pour exercer ses droits de patient[618].

Une telle décision risquait d'être prise à l'aveuglette, pour deux raisons.

Premièrement, le juge de paix ne pouvait se décider que de manière générale et relativement abstraite, sa décision couvrant une infinie variété de situations : choisir son dentiste, solliciter des explications complémentaires, déposer une plainte auprès d'un médiateur hospitalier, décider d'une intervention plutôt que d'une autre, pour une affection bénigne ou pour un cancer invasif, etc. Sachant que le praticien se doit d'évaluer la capacité du patient au cas par cas, on voit mal quelle est la plus-value de la décision du juge, si ce n'est pallier l'absence d'entourage proche, en rendant l'administrateur de la personne compétent pour les droits du patient.

Deuxièmement, le juge de paix ne disposait pas de lignes directrices pour guider son évaluation de la capacité de fait d'une personne à exercer ses droits de patient. Il ne pouvait que s'en remettre au certificat médical qui, lui, était censé décrire les conséquences de l'état de santé de la personne à protéger « selon la Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la Santé adoptée le 22 mai 2001 par la cinquante-quatrième Assemblée mondiale de la Santé (AMS) »[619] (C.I.F.).

De manière générale, encourager le médecin à utiliser un outil d'évaluation n'est pas une mauvaise idée : cela pourrait aider au dialogue médico-légal en matière de protection judiciaire. Toutefois, en l'occurrence, il s'agissait d'un outil international complexe[620] que les praticiens ne connaissaient pas ou peu et qui avait été imposé sans que les travaux préparatoires permettent de comprendre les raisons de ce choix[621]. C'est peu de dire que l'adéquation entre

---

[618] Art. 492/1, ancien, du Code civil.

[619] Annexe à l'arrêté royal du 31 août 2014 déterminant la forme et le contenu du formulaire type de certificat médical circonstancié (…), abrogé par l'arrêté royal du 29 juillet 2019 déterminant la forme et le contenu du formulaire type de certificat médical circonstancié (…).

[620] Une version complète est disponible sur le site http://dcalin.fr/fichiers/cif.pdf (226 pages).

[621] Ch.-E. DE FRÉSART, « Incapacités : le certificat médical et sa référence à la classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé adoptée le 22 mai 2011 par la 54e assemblée mondiale de la santé ou C.I.F., le bon choix ? », *125 ans de Justice de proximité*, Bruges, La Charte, 2017, p. 80 ; Th. DELAHAYE, *La protection judiciaire et extrajudiciaire des majeurs en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 202, note de bas de page n° 964.

cet outil et les buts recherchés par la loi ne sautait pas aux yeux[622]. Une explication pourrait être la volonté du législateur de fonder la protection judiciaire sur l'état de santé et d'éviter, par conséquent, des certificats lacunaires ou rédigés en des termes vagues[623].

La question de la recevabilité des demandes fondées sur un certificat médical non conforme à cette exigence s'est d'ailleurs posée au début de l'application de la loi du 17 mars 2013, jusqu'à ce qu'une modification de celle-ci prévoie un moratoire quant à l'application de l'exigence de conformité à ladite classification, et ce jusqu'au 1er septembre 2017[624], afin de laisser à la pratique le temps de se former à l'utilisation de cet outil[625]. Les praticiens du droit et des soins de santé ont donc dû s'organiser pour tenter de généraliser l'emploi d'un outil inspiré de la C.I.F.[626], à laquelle la loi ne semblait pourtant pas adaptée : par exemple, il n'existe aucune corrélation entre cet instrument et les points sur lesquels le juge de paix doit obligatoirement se prononcer dans son ordonnance[627], en vertu de l'article 492/1 du Code civil. L'utilisation d'un instrument si complexe n'était dès lors pas de nature à faciliter le dialogue médico-légal :

> Le certificat médical fait état de « confusion occasionnelle » et de réduction des facultés intellectuelles, le tout sans autres précisions.
> Toutefois, en annexe du certificat médical, le médecin a joint, dûment complétée, la « grille d'évaluation » relative aux fonctions de l'organisme, la structure corporelle, les activités et participation ainsi que les facteurs environnementaux telle qu'elle figure dans la « classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé".
> On observera toutefois que la loi n'exige que la mention des « conséquences de l'état de santé constaté sur le fonctionnement selon la classification... » (article 1241 du Code judiciaire).
> A ce propos, le médecin a écrit laconiquement : « cfr. documents annexe, risque de mauvaise gestion » (*sic*).
> Le tribunal ne dispose pas des compétences requises pour comprendre et interpréter les pondérations reportées par le médecin face aux dizaines de catégories énumérées dans l'annexe au certificat médical.

---

[622] Ch.-E. DE FRÉSART, « Incapacités : le certificat médical et sa référence à la classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé adoptée le 22 mai 2011 par la 54e assemblée mondiale de la santé ou C.I.F., le bon choix ? », *125 ans de Justice de proximité*, Bruges, La Charte, 2017, p. 80.
[623] *Ibidem*, p. 81.
[624] Art. 230/3 de la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, inséré par l'art. 4 de la loi du 10 août 2015 modifiant le Code judiciaire et la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine.
[625] N. DANDOY, « Tour d'horizon de la procédure – Du certificat médical circonstancié en particulier », *La protection des personnes majeures : dix-huit mois de pratique*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 111 et s.
[626] Exemple d'initiative en ce sens : le colloque organisé au Centre Psychiatrique Saint-Bernard le 14 décembre 2017 sur le thème « Estimation du degré de la capacité protégée. Après le moratoire, proposition de nouveaux outils informatique pour faciliter votre utilisation de la CIF », qui a rassemblé de nombreux praticiens du droit et des soins de santé.
[627] Remarque formulée par Fr.-J. Warlet, juge de paix, durant un colloque international : Fr.-J. WARLET, « La Classification Internationale du Fonctionnement : un bon outil d'appréciation de la capacité juridique ? Regard d'un juge », *Garantir les capacités civile et politique des personnes en situation de vulnérabilité. La convention ONU relative aux droits des personnes handicapées : un tournant juridique et social dans les relations de soin et d'accompagnement ?*, Paris, Inalco, 28-29-30 octobre 2015.

> C'est du reste la raison pour laquelle la loi n'exige qu'une information à propos des « conséquences » de l'état de santé[628].

Compte tenu de l'énergie à déployer pour respecter cette exigence légale, il y a lieu de se demander s'il n'aurait pas été plus approprié de fixer simplement quelques lignes directrices et de demander directement aux praticiens de construire un outil d'évaluation évolutif. Ce travail serait utile pour le médecin mais aussi pour le juge, qui doit pouvoir apprécier la portée de l'évaluation médicale afin d'orienter son entretien avec la personne et ses proches.

L'exigence de conformité à la C.I.F. risquait finalement d'être très peu suivie, tant par les médecins que par les juges[629].

§2. Depuis le 1er mars 2019 : plus d'évaluation de la capacité du patient par le juge de paix

Désormais, le juge ne doit plus se prononcer sur la capacité de fait à exercer ses droits de patient, mais seulement sur la compétence éventuelle de l'administrateur de la personne à exercer ces droits, au cas où un praticien de la santé estimerait la personne protégée incapable de les exercer elle-même[630].

Cette modification a été justifiée par le fait qu'en matière de droits du patient, il revenait ultimement au praticien d'évaluer *in concreto* la capacité du patient à exercer ses droits :

> Puisque conformément à la loi relative aux droits des patients le médecin évalue si une personne est capable d'exprimer sa volonté pour exercer ses droits de patient (art. 14, § 1er, de la loi relative aux droits du patient), il n'appartient pas au juge de paix de se prononcer sur la capacité juridique de la personne à protéger sur ce point. Le juge de paix doit toutefois déterminer si, le cas échéant, l'administrateur de la personne peut représenter la personne protégée (art. 14, § 2, de la loi relative aux droits du patient)[631].

Dans la foulée de cette réforme, la référence à la C.I.F. a été supprimée. S'il s'agit sans aucun doute d'une bonne décision, on ne peut que déplorer la perte de temps et de ressources qu'a généré cette exigence, imposée sans concertation avec les praticiens et, de ce fait, trop éloignée des besoins du terrain.

---

628 J.P. Fontaine l'Evêque, 1er juin 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 236.

629 Ch.-E. DE FRÉSART, « Incapacités : le certificat médical et sa référence à la classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé adoptée le 22 mai 2011 par la 54e assemblée mondiale de la santé ou C.I.F., le bon choix ? », *125 ans de Justice de proximité*, Bruges, La Charte, 2017, pp. 87-88.

630 Art. 492/1, §1er, al. 4, du Code civil.

631 Projet de loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant simplification des dispositions du Code civil et du Code judiciaire en matière d'incapacité, et de la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3303/001, p. 26.

Section 2. Le « praticien professionnel »

Même s'il faut lire la loi relative aux droits du patient entre les lignes sur ce point, il ne fait aucun doute que la capacité de fait doit être évaluée par le praticien compétent pour l'information ou l'intervention envisagée.

Les travaux préparatoires confirment largement cette interprétation, tout en manquant de nuances :

> En d'autres termes, c'est le praticien professionnel, qui entretient des contacts journaliers avec le patient, qui évalue s'il est apte à exercer ses droits lui-même. En effet, c'est ce praticien professionnel qui a besoin entre autres d'une autorisation pour son intervention. Si le praticien professionnel a du mal à procéder à cette évaluation, il peut faire appel à la fonction de médiation »[632].

> Cinquième régime : l'incapacité d'exprimer sa volonté appréciée par le médecin (…) En vertu de la législation particulière, c'est le médecin qui doit se prononcer en la matière. L'interdiction est exigée pour rendre l'administrateur de la personne compétent pour exercer ces droits le cas échéant: - l'exercice des droits prévus par la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient (…)[633].

C'est bien chaque « praticien professionnel » compétent pour tel ou tel acte, qui doit s'assurer de la capacité de fait du patient à comprendre, accepter, refuser, solliciter, etc. La tâche n'est donc pas réservée aux médecins. Par ailleurs, le praticien professionnel compétent n'a pas forcément de « contacts journaliers » avec le patient, ce qui constitue une raison de plus pour formaliser l'éventuelle évaluation de la capacité, de sorte qu'une décision à ce point importante ne soit pas prise à la légère, après quelques minutes de conversation. La doctrine juridique confirme la compétence du praticien professionnel pour apprécier la capacité de fait de ce dernier[634].

Tout praticien est donc susceptible de devoir procéder à une évaluation de la capacité de fait du patient. Il s'agit d'une évaluation spécifique et ponctuelle : ce patient, ici et maintenant, est-il à même de prendre telle décision de soins ? L'évaluation se mène a priori, en connaissance de la tâche envisagée : décision simple, complexe, lourde de conséquences… Sur la base de faits

---

[632] Projet de loi relatif aux droits du patient, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 1642/001, pp. 41-42.

[633] Proposition de loi instaurant un statut global de protection des personnes majeures incapables (…), Rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. Parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53-1009/10, p. 23.

[634] Entre autres, voy. M.-N. VEYS, « La position du patient psychiatrique dans la loi relative aux droits du patient », Service public fédéral Santé publique, 2005-2006, www.healthbelgium.be, p. 43 ; Kr. ROTTHIER, *Gedwongen opname van de geesteszieke*, Bruges, Die Keure, 2012, p. 272 ; Cl. VROONEN, E. WESTERLINCK, « Les nouvelles missions pour l'administrateur : vers une tâche simplifiée ? », *Le nouveau régime belge de l'incapacité des majeurs : analyse et perspectives*, Bruxelles, La Charte, 2014, p. 171 ; N. GALLUS, Th. VAN HALTEREN, *Le nouveau régime de protection des personnes majeures. Analyse de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 252.

qu'il constate, le praticien émet un *jugement clinique*[635] et non juridique, mais dont les *conséquences juridiques* sont majeures : si le patient est considéré comme incapable de fait, il sera représenté dans l'exercice de ses droits.

À ce jour, le droit belge et la doctrine francophone ne détaillent pas l'évaluation de la capacité de fait du patient. Elle concerne pourtant tout praticien professionnel, au sens de la loi relative aux droits du patient. La suite de la recherche portera dès lors spécifiquement sur cette évaluation. Cela dit, la réflexion sur l'évaluation de la capacité du patient peut déboucher sur des résultats intéressant d'autres contextes et notamment celui de la protection judiciaire. J'y reviendrai donc ponctuellement, le cas échéant.

[635] L'adjectif « clinique » revêt une acception très spécifique en contexte de soins : « 1. Qui concerne le malade au lit ; qui est effectué, constaté ou enseigné par le médecin au chevet des malades. 2. Partie de la médecine qui comprend l'ensemble des connaissances acquises par l'observation directe des malades (…) » (*Dictionnaire médical*, 5ème éd., Paris, Elsevier Masson, 2007, p. 196). Plus généralement, « Qui concerne l'observation du patient. L'information clinique est recueillie par l'interrogatoire et l'examen direct d'un patient, conduits par le médecin dans une intention diagnostique » (*Petit Larousse de la médecine*, Paris, Larousse, 2001, p. 182). Ces dictionnaires médicaux mentionnent uniquement le *médecin* bien que, dans le langage courant, tout praticien de la santé exerçant sa profession par le contact avec les patients est perçu comme ayant une « pratique clinique » ou comme « clinicien », indépendamment de son diplôme ou du lieu où il exerce : ainsi, un psychologue exerçant comme thérapeute en cabinet privé est un clinicien, à l'inverse du médecin biologiste qui travaille au laboratoire de la… clinique !

Conclusions du titre I. Évaluation de la capacité ou confirmation de l'incapacité présumée ?

La capacité de fait du patient détermine qui exerce les droits de ce patient : le patient lui-même ou un représentant. Pourtant, les termes utilisés par la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient sont obscurs : le patient exerce ses droits lui-même pour autant qu'il « soit capable d'exprimer sa volonté pour ce faire »[636]. Compte tenu des enjeux, il faut savoir ce que signifie cette expression et donner à la capacité de fait du patient un contenu concret.

Le titre I a donc construit une définition de la capacité de fait du patient. En parallèle, une définition de la capacité de fait en général, intitulée « capacité de fait du citoyen », a été proposée, afin de clarifier et distinguer ces deux concepts. La suite de la réflexion se concentre sur la capacité de fait du patient. La construction juridique de la capacité de fait générale du citoyen sera davantage questionnée dans la troisième partie de la présente étude.

En voulant donner un contenu à la capacité de fait du patient, je me suis, dans un premier temps, plongée avec enthousiasme dans des lectures médico-juridiques sur les critères et l'évaluation de cette capacité, pour aboutir à la définition précitée :

Capacité de fait du patient

Aptitude à prendre une décision en matière de soins, impliquant de pouvoir, cumulativement, comprendre l'information pertinente, raisonner quant aux différentes options possibles, apprécier sa propre situation et les conséquences probables, pour soi-même, de la décision et, enfin, communiquer un choix.

Assez vite, toutefois, un doute préoccupant s'est immiscé dans mon esprit et a progressivement imprégné l'ensemble de mes réflexions sur la capacité de fait du patient. En effet, face à la définition du patient capable de fait, j'ai dû me rendre à l'évidence : je ne prends pas mes décisions comme cela, en général. L'exercice d'une telle délibération n'est pas simple et je ne m'y emploie qu'exceptionnellement, probablement bien moins que ce qu'il faudrait.

Pourquoi ne suis-je dès lors pas représentée dans l'exercice de mes droits de patient ?

Une première réponse consiste à dire qu'il ne faut pas confondre la capacité et l'exercice de cette capacité : l'aptitude à raisonner n'implique pas que l'on raisonne effectivement, pour

[636] Art. 14, §1er, de la loi du 22 août 2002.

autant qu'on y soit apte[637]. On voit d'emblée les limites de cet argument, de type « si je veux, je peux ». Lorsque que je dis « ben je ne sais pas, moi, que feriez-vous, docteur ? », comment le praticien peut-il savoir que je *pourrais* délibérer de façon appropriée si je le voulais ? Peut-être est-ce vrai, peut-être pas. Finalement, si les praticiens de la santé ne testent pas formellement ma capacité, c'est parce que j'ai *l'air* capable : mon interlocuteur ne doute pas de ma capacité de fait et donc il ne l'évalue pas, se contentant de se reposer sur la présomption de capacité de toute personne majeure.

C'est en imaginant la situation inverse que le doute préoccupant a viré à l'obsession : les patients considérés comme incapables sont ceux dont la capacité de fait a été formellement évaluée, parce qu'ils avaient *l'air incapable*. Dans ce contexte, il suffirait alors que le test d'évaluation impose une rationalité un peu stricte pour que l'*évaluation de la capacité* de fait se transforme en *confirmation de l'incapacité soupçonnée*, voire présumée, chez des patients dont le diagnostic, l'âge, l'attitude ou l'apparence aurait fait naître un doute dans le chef du praticien.

Le titre II débute avec cette question : la conception médico-juridique de la capacité de fait ne reflète-t-elle pas un idéal de rationalité pénalisant lourdement certaines catégories de patients ?

[637] *Cf. supra*, Chapitre 2, Section 2, §2, 2. b) Raisonner quant aux différentes options.

TITRE II. DE LA CAPACITÉ DE FAIT DU PATIENT. ÉVALUER OU NE PAS ÉVALUER ?

Introduction

La capacité de fait est appréhendée par le droit comme une compétence cognitive qui, dans le titre I, a été déclinée à deux niveaux : au niveau général, il s'agit très largement des facultés mentales permettant à toute personne majeure de fonctionner dans notre société[638] ; au niveau des droits du patient, il s'agit des aptitudes concrètes nécessaires à la prise de décision en matière de soins de santé[639].

Face à une loi qui impose, entre les lignes, d'évaluer la capacité des patients, il est logique de tenter de découper cette capacité en divers critères, susceptibles d'être évalués. Le patient capable a été défini comme celui qui est apte à

- comprendre l'information pertinente ;
- raisonner quant aux différentes options, compte tenu de l'information reçue ;
- apprécier sa propre situation et les conséquences probables, pour lui-même, de la décision ;
- communiquer un choix[640].

Après m'avoir enthousiasmée, cette énumération a rapidement suscité des réflexions dissonantes : ces critères a priori simples ne sont-ils pas en réalité *simplistes*, au regard de la riche complexité des motivations humaines ? Appliqués sans nuances à certaines catégories de patients, ne risquent-ils pas de justifier trop facilement des jugements d'incapacité ? Les facultés mises en évidence semblent en effet loin des processus décisionnels quotidiens de la majorité d'entre nous, dont la capacité de fait n'est pourtant pas mise en cause. Autrement dit, la réflexion sur le contenu et l'évaluation de la capacité de fait pose à un moment la question de savoir si ce concept n'aboutit pas à imposer à certaines personnes des exigences bien supérieures à ce qui est généralement attendu du commun des mortels. Ces patients, dont l'*autonomie* est à présent largement reconnue par le droit, se verraient alors systématiquement recalés sur le plan de la *capacité*.

Certes, la plupart des patients ne font l'objet d'aucune évaluation formelle de leur capacité, laquelle n'est simplement pas mise en doute. Cet état de fait se justifie tant sur le plan légal que pratique : dans la pratique quotidienne des soins, d'une part, on voit mal comment il serait possible de procéder systématiquement à l'évaluation de la capacité de fait du patient ; juridiquement, d'autre part, la capacité est la règle et se présume, par conséquent, jusqu'à ce que l'incapacité soit démontrée.

---

[638] *Cf. supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 1ère. La capacité de fait du citoyen : définition générale et abstraite : « Ensemble de facultés essentiellement cognitives permettant, en général, de faire respecter ses droits et d'exécuter les prestations auxquelles on est obligé. Plus spécifiquement, la capacité de fait conditionne la validité des actes juridiques et permet d'apprécier les conséquences des actes matériels que l'on pose ».

[639] *Cf. supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 2. La capacité de fait du patient : définition spécifique et concrète.

[640] P. APPELBAUM, Th. GRISSO, *Assessing Competence to Consent to Treatment*, Oxford University Press, 1998, p. 31.

Dans certaines circonstances toutefois, le doute sur la capacité du patient entraîne la nécessité de pousser plus loin la réflexion. Mais comment ? Et pourquoi ? Sans lignes directrices, le risque d'arbitraire s'avère prégnant, de deux façons au moins : si le praticien juge de la capacité du patient sans s'appuyer sur une méthodologie minimale, sa décision paraît incompétente ; par ailleurs, le recours-même à une évaluation formelle déroge à la présomption de capacité et doit donc pouvoir se justifier, sous peine de constituer une discrimination en soi.

Là où le titre I a défini la notion de capacité de fait du patient, le titre II va tenter d'offrir de quoi canaliser son utilisation, pour éviter tant que possible ce double écueil de l'incompétence et de la discrimination. En effet, tant l'évaluation incompétente que l'évaluation discriminatoire aboutissent à des décisions arbitraires mettant en péril, par essence, l'autonomie du patient.

Reconnaître l'autonomie du patient n'a dès lors de sens que si l'on tente de minimiser l'arbitraire entourant l'appréciation de la capacité de fait du patient. Les chapitres suivants s'y attacheront, par trois voies :

- la mise en cause de la possibilité-même d'évaluer la capacité de fait d'un patient : la capacité s'évalue-t-elle ? (Chapitre 1er)
- la limitation des cas où une évaluation formelle est nécessaire : pourquoi (ne pas) évaluer la capacité de ce patient-là ? (Chapitre 2)
- la proposition de lignes directrices relatives à l'évaluation formelle de la capacité : comment évaluer le mieux possible la capacité du patient ? (Chapitre 3)

Il faut enfin préciser que lorsque le présent titre évoque « (l'évaluation de) la capacité du patient », il renvoie toujours à la capacité de fait. La capacité de droit, qui relève du statut civil, se vérifie aisément et n'a aucun besoin d'être *évaluée* concrètement : soit elle existe, en principe c'est le cas pour toute personne majeure, soit elle a été limitée par un juge, suite à une mesure de protection judiciaire. Depuis le 1er mars 2019, le juge n'a toutefois plus le pouvoir de limiter anticipativement la capacité d'une personne d'exercer ses droits de patient[641]. En la matière, tout majeur est dès lors officiellement capable de droit, bien qu'une incapacité de fait, constatée par un praticien de la santé, puisse entraîner la représentation du patient[642].

[641] *Cf. supra*, Titre I, Chapitre 3, Section 1ère, §2. Depuis le 1er mars 2019 : plus d'évaluation de la capacité du patient par le juge de paix.
[642] Par application de l'article 14 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

Chapitre 1er. La capacité de fait s'évalue-t-elle ?

Plaisante raison qu'un vent manie, et à tout sens !
Blaise PASCAL[643]

L'exploration du concept de capacité de fait provoque un certain malaise : plus l'on prend conscience de la complexité de la notion de capacité de fait, plus l'on doute de la possibilité d'évaluer correctement cette dernière et, par conséquent, de la légitimité même de cette évaluation. Or, le concept de capacité de fait n'a d'intérêt que s'il est opérationnel en pratique et légitime en droit. Pour se rapprocher d'un tel résultat, il faut d'abord être conscient des écueils d'une vision trop théorique.

Deux études m'ont aidée à cerner les faiblesses du concept : d'une part, la thèse du Néerlandais Sander Welie, dont l'objet même est l'étude (de l'évaluation) de la capacité de fait du patient, à la croisée du droit, de la philosophie et de la psychologie [644] ; d'autre part, l'ouvrage du spécialiste de psychologie cognitive et d'économie comportementale, Daniel Kahneman, qui permet de relativiser les compétences décisionnelles de tout un chacun et, en particulier dans la présente étude, l'acuité supposée de l'évaluateur[645].

Section 1ère. Evaluation de la capacité et capacité de l'évaluateur

En 2002, D. Kahneman a reçu le prix Nobel d'économie pour ses travaux sur la prise de décision et le jugement. En 2011, il a publié un livre synthétisant des décennies de recherches menées dans ce domaine, par lui et d'autres, afin d'en partager les principaux résultats avec un large public. Formidablement écrit, « *Thinking, fast and slow* », en français « Système 1 Système 2, Les deux vitesses de la pensée »[646] permet de relativiser largement l'image que nous avons volontiers de nous-mêmes : des êtres naturellement réfléchis, que leur intelligence rend aptes à poser des choix éclairés, la plupart du temps.

Le livre de D. Kahneman permet d'affiner nos perceptions et, surtout, de porter un regard plus critique sur les jugements des autres : comme l'auteur le dit lui-même, les erreurs de jugement des autres sont davantage perceptibles que les nôtres[647]. Un contrôle mutuel peut donc augmenter l'efficacité de nos réunions professionnelles, voire affiner nos débats familiaux et amicaux.

---

[643] *Pensées*, 82 (dans l'édition de Brunschvicg).
[644] S. WELIE, *Criteria for assessment of patient competence, A Conceptual Analysis from the Legal, Psychological and Ethical Perspectives*, thèse de doctorat, Universiteit Maastricht, 2008.
[645] D. KAHNEMAN, *Système 1 Système 2 Les deux vitesses de la pensée*, Paris, Flammarion, 2016.
[646] *Ibidem*.
[647] *Ibidem*, pp. 9 et 647 (respectivement la première et l'antépénultième page de l'ouvrage).

Dans le cadre de la présente recherche, je me contenterai de présenter quelques points de l'œuvre de D. Kahneman, pour en tirer certains enseignements en matière d'évaluation de la capacité de fait du patient. L'analyse qui suit ne vise pas dès lors pas à rendre compte de la richesse des développements de la psychologie cognitive contemporaine, mais à mettre des mots sur certaines intuitions et à illustrer le propos de façon pédagogique.

§1er. La relation de soins, une asymétrie scientifique, juridique… et cognitive ?

Il est souvent fait allusion à l'asymétrie qui caractérise la relation de soins, au sens où les praticiens possèdent les connaissances nécessaires à l'exercice de leur métier, connaissances dont la plupart des patients sont dépourvus. Cette asymétrie des savoirs, *asymétrie scientifique*, est évidente et normale.

Beaucoup moins évidente et sans doute plus questionnable est l'*asymétrie juridique* qui s'observe dans la relation de soins, dont l'une des parties détermine le statut juridique de l'autre[648] : c'est *in fine* le praticien qui, par son appréciation de la capacité de fait du patient, va reconnaître ou non à ce dernier le pouvoir d'exercer ses droits lui-même. Le praticien décide *quand* il évalue la capacité du patient et *comment* il procède à cette évaluation ou en interprète le résultat[649].

Les majeurs étant présumés capables, le praticien se repose heureusement sur cette présomption la plupart du temps : tant que rien ne l'alerte, tant qu'il ne doute pas de la capacité du patient, il n'a aucune raison d'évaluer celle-ci formellement. Par contre, en cas de doute, le praticien a le devoir d'investiguer et de trancher. La décision d'évaluer la capacité d'un patient dépend donc du contexte clinique, lequel est de nature à accentuer la difficulté de la tâche.

Pourtant, la formation et l'expérience professionnelle des praticiens les préparent à évaluer la *santé* des patients, beaucoup moins à juger de leur *capacité décisionnelle*. Or, ce n'est pas du tout le même exercice. Le plus spécialisé des soignants n'est pas forcément préparé à évaluer la capacité décisionnelle d'autrui. La plupart d'entre nous ne nous posons d'ailleurs pas beaucoup de questions sur nos aptitudes à élaborer des choix rationnels.

Finalement, la réflexion part de constats simples :

- les majeurs sont présumés capables de décider pour eux-mêmes ;
- les praticiens doivent parfois évaluer la capacité décisionnelle d'un patient ;
- les praticiens ne sont pas spécifiquement formés à cette tâche.

Il faut en effet se garder de confondre l'évaluation de la capacité du patient avec les tâches cliniques habituelle du praticien, telles que l'explication d'un diagnostic et le soutien à la

[648] Fr. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgelijk Recht*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 561.
[649] Ch. LEMMENS, « De handelings- en wilsonbekwamen », *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2014, p. 936.

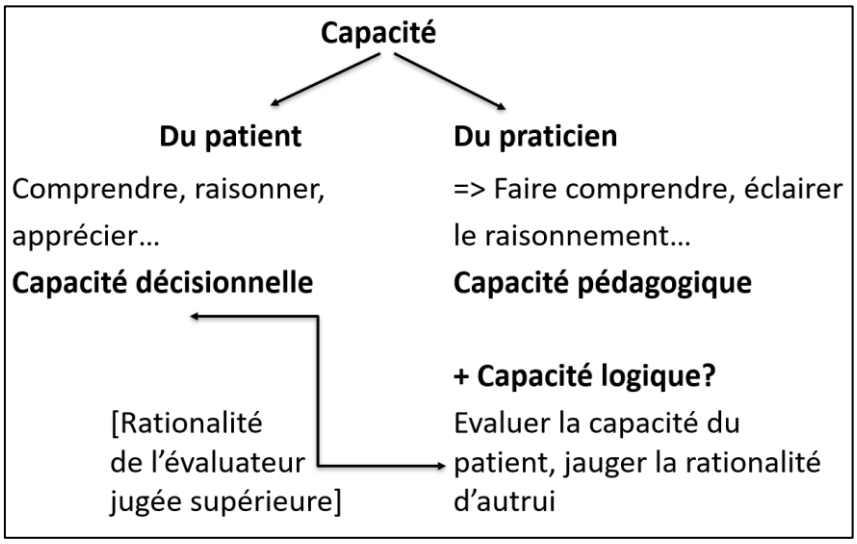
décision du patient, dans ce cadre. La capacité du patient se comprend comme l'aptitude à la décision de soins : comprendre, raisonner, apprécier, communiquer. Cette capacité du patient appelle forcément une capacité du praticien, qui est double.

Premièrement, le praticien doit faire preuve d'une capacité pédagogique « en miroir » : si le patient doit comprendre les informations et raisonner, le praticien doit tenter de faire comprendre les informations et d'éclairer le raisonnement. Bien sûr, certains praticiens s'avèrent plus pédagogues que d'autres mais, globalement, ce soutien à la capacité décisionnelle du patient fait partie des tâches auxquelles les cliniciens sont formés par expérience.

Deuxièmement, il arrive parfois que le praticien doive se montrer capable d'évaluer la capacité du patient. En effet, si le praticien doute de la capacité décisionnelle d'un patient, il sera amené à procéder à une évaluation de cette capacité, pour en tirer les conclusions qui s'imposent : se fier à la décision du patient ou solliciter un représentant. Or, on peut être un excellent clinicien et se trouver démuni face à la question de savoir si le patient est capable de prendre lui-même telle ou telle décision. Dans ce cas, le praticien ne doit plus déployer un talent pédagogique mais une capacité logique suffisante pour juger de la rationalité d'une autre personne.

Il y a mieux : si le praticien est juge de la rationalité du patient, c'est que sa propre rationalité est présumée supérieure. En effet, les évaluateurs sont supposément plus doués que les évalués, par rapport à l'objet de l'évaluation : le professeur est censé connaître la matière un peu mieux que ses étudiants, le coach de « The Voice » a en principe une expérience qui le rend plus compétent que les candidats, etc.

Figure 7: de la rationalité supérieure du praticien professionnel



En exigeant du patient qu'il puisse raisonner de façon rationnelle, sous contrôle du praticien, on exige du praticien une rationalité supérieure. Cela a-t-il du sens ? Si l'être humain est naturellement et généralement rationnel, une réponse positive se comprend facilement : en contexte clinique, le recul professionnel du praticien met ce dernier dans de meilleures conditions de délibération que le patient. Si, à l'inverse, nous ne sommes que peu disposés à la délibération rationelle, la capacité d'évaluation du praticien-évaluateur pose question.

La question devient donc la suivante : l'être humain est-il naturellement enclin à délibérer de façon rationnelle ?

§2. Sommes-nous naturellement rationnels ?

L'ouvrage de D. Kahneman confirme une intuition poignante : même au meilleur de notre forme mentale et physique, et parfois surtout en ces moments[650], nous sommes les jouets d'innombrables biais de raisonnement, souvent inconscients mais qui n'en influencent pas moins profondément nos décisions.

Pour permettre de comprendre et de mieux contrôler ces biais, l'auteur schématise deux modes de fonctionnement de notre pensée :

> Les systèmes 1 et 2 sont tous les deux actifs dès que nous sommes éveillés. Le Système 1 fonctionne automatiquement et le Système 2 est normalement installé dans un confortable mode mineur, qui n'implique qu'une fraction de ses capacités. Le Système 1 émet constamment des suggestions pour le Système 2 : des impressions, des intuitions, des intentions et des sentiments. Si elles sont approuvées par le Sysème 2, les impressions et les intuitions se transforment en convictions, et les impulsions en actions délibérées. Quand tout se passe bien, le Système 2 adopte les suggestions du Système 1 avec peu de modifications ou presque. Vous avez généralement foi dans vos impressions et agissez en fonction de vos désirs, et c'est pour le mieux – la plupart du temps[651].

Cependant, la validation d'une erreur du système 1, intuitif et rapide, par le système 2, lent et paresseux, peut aboutir à des décisions violant les règles de logique élémentaire tout en donnant l'impression d'être parfaitement *rationnelles*, au sens courant.

Le Système 1 se caractérise en effet par son automatisme et sa rapidité, tandis que le Système 2 se voit qualifié de « contrôleur paresseux » : nous avons généralement les ressources mentales pour contrer des intuitions erronées mais nous rechignons souvent à nous en servir, quelles que soient, par ailleurs, nos compétences cognitives[652]. Lorsqu'une intuition erronée est produite par notre Système 1, parfois inconsciemment biaisé, et que notre Système 2, naturellement

[650] D. KAHNEMAN, *Système 1 Système 2 Les deux vitesses de la pensée*, Paris, Flammarion, 2016, pp. 108-109 : la bonne humeur augmente la confiance en nos intuitions, sans bien sûr augmenter corrélativement la justesse de ces dernières.
[651] D. KAHNEMAN, *Système 1 Système 2 Les deux vitesses de la pensée*, Paris, Flammarion, 2016, p. 39.
[652] *Ibidem*, pp. 33, 62 et 78, entre autres...

paresseux, la valide sans autre forme de procès, nos décisions sont en réalité le reflet d'« illusions cognitives »[653].

Bien que notre Système 1 nous rende sujet aux illusions cognitives, il serait vain de tenter de dépasser toutes les limites de ce fonctionnement rapide et intuitif : il nous permet d'appréhender le monde qui nous entoure et de faire face, de façon souvent appropriée, aux événements auxquels nous sommes confrontés. Il serait tout aussi vain néanmoins de se raccrocher sans nuances à une image d'agent rationnel, cohérente avec l'économie de marché mais qui ne correspond que peu à la réalité des comportements humains[654]. « Le mieux que nous puissions faire, c'est de trouver un compromis : il faut apprendre à reconnaître les situations propices aux erreurs, et mieux veiller à éviter les grosses erreurs, quand les enjeux sont importants »[655].

Dans le contexte de l'évaluation de la capacité décisionnelle des patients, il convient donc d'être particulièrement attentifs à baliser la réflexion pour prendre conscience des entraves à la prise de décision et les combattre, dans la mesure du possible.

Or, pris au pied de la lettre, les critères d'évaluation de la capacité de fait du patient s'avèrent trompeurs, au sens où ils reflètent une rationalité plus idéalisée que quotidienne. Nous ne faisons pas si souvent l'effort de *comprendre*, *raisonner*, *apprécier*… Et encore moins lorsque nous sommes confrontés à des informations stressantes. Nombre de nos décisions, y compris les plus importantes, dépendent en grande partie de processus intuitifs et émotionnels, de façon souvent inconsciente[656].

Par ailleurs, il n'est pas forcément simple de rendre compte des étapes de notre propre processus décisionnel, selon un schéma préétabli[657]. En fonction du contexte, certains patients sont en mesure, avec l'aide du praticien, d'expliquer leur cheminement réflexif en tenant compte de la dimension émotionnelle éventuelle. Ce n'est toutefois pas le cas de tous les patients, à tout moment et avec tous les praticiens, quelle que soit la décision à prendre. En outre, le fait que nous nous escrimions parfois à justifier rationnellement un choix a posteriori montre que nous n'aimons pas avoir tort, pas que nous sommes des êtres de raison.

En outre, les critères d'évaluation contenus dans la définition de la capacité de fait du patient peuvent également induire en erreur quant à leur *objectivité* : l'apparente neutralité de ces critères généraux dissimule en effet la présence indispensable d'une intuition primaire du praticien. En effet, les critères d'évaluation doivent être suffisamment généraux et abstraits pour être appliqués à tous les patients, tandis que l'évaluation elle-même doit intégrer les valeurs personnelles et l'histoire individuelle du patient. Les critères ne pouvant être à la fois généraux et spécifiques, ils relèvent d'une norme ouverte, servant de fondement à un processus

[653] *Ibidem*, pp. 43 et s.
[654] *Ibidem*, pp. 637 et s.
[655] *Ibidem*, pp. 45-46.
[656] S. WELIE, *Criteria for assessment of patient competence, A Conceptual Analysis from the Legal, Psychological and Ethical Perspectives*, thèse de doctorat, Universiteit Maastricht, 2008, p. 134.
[657] *Ibidem*, p. 134.

éminemment individuel, qui tient compte des particularités de chaque patient[658]. Or, le praticien ne connaît a priori pas les valeurs et l'histoire du patient et donc les raisons pour lesquelles le patient estime prendre une décision conforme à ses intérêts. Logiquement, le praticien va alors s'intéresser plus spécifiquement aux justifications avancées par le patient. Comment, alors, se fier à ces justifications, si on doute de la capacité de celui qui les invoque ? « *In order to learn about a patient's interests, we examine the decision-making process; but in order to examine the decision-making process, we need to know what is in his interest* »[659]. Ce paradoxe ne peut être surmonté que si l'on accepte le fait que les praticiens ont une connaissance de base suffisante des intérêts des patients, en général, pour pouvoir apprécier la qualité du processus décisionnel à l'œuvre, dans un cas particulier. L'évaluation n'est donc pas neutre mais, au contraire, toujours sous-tendue par une interprétation *originelle* des intérêts du patient[660].

Dans le contexte médico-juridique actuel, l'évaluation de la capacité des patients a pris une importance telle qu'il convient d'aiguiser sa vigilance en la matière. Par conséquent, la section suivante décrit quelques biais de raisonnement courants, les applique au contexte clinique de l'évaluation de la capacité du patient et esquisse des recommandations destinées à soutenir la vigilance des praticiens-évaluateurs.

Section 2. De quelques obstacles à l'évaluation rationnelle de la capacité de fait du patient

Qu'as-tu à regarder la paille qui est dans l'œil de ton frère ?
Et la poutre qui est dans ton œil, tu ne la remarques pas ? (…)
Homme au jugement perverti, ôte d'abord la poutre de ton œil,
et alors tu verras clair pour ôter la paille de l'œil de ton frère.

Évangile selon Matthieu, chapitre 7, versets 3 et 5[661].

Les évaluations de la capacité reposent sur la croyance en notre rationalité commune. Par conséquent, avant de pouvoir prétendre évaluer les modes de raisonnement des autres, il est utile de s'attarder sur différents facteurs influençant les décisions des êtres humains en général. Que les failles de raisonnement d'autrui soient par nature plus visibles que les nôtres[662] ne doit pas nous faire oublier nos propres lacunes.

Certaines découvertes relatées dans l'ouvrage de D. Kahneman s'avèrent particulièrement éclairantes pour la présente recherche. Il convient de préciser ici que les explications relatives au fonctionnement de la pensée humaine se fondent, dans cet ouvrage, sur d'innombrables recherches, essentiellement dans le domaine de la psychologie cognitive. Je me permets

[658] *Ibidem*, p. 22.
[659] *Ibidem*, p. 103.
[660] *Ibidem*, pp. 103-104.
[661] *La Bible*, Texte intégral, traduction œcuménique, volume VII, Paris, ALPHA EDITIONS S.A., 1980, p. 20.
[662] D. KAHNEMAN, *Système 1 Système 2 Les deux vitesses de la pensée*, Paris, Flammarion, 2016, pp. 9 et 647.

toutefois de ne reprendre que quelques enseignements de ces recherches, de manière synthétique, et de renvoyer le lecteur curieux à l'impressionnante bibliographie de D. Kahneman.

§1er. Biais de raisonnement

1. Quand les conclusions précèdent la raison[663]

Conformément à la définition-même de la capacité de fait, l'évaluation doit porter sur l'aptitude à prendre une décision spécifique au moment où cette décision doit être prise, par opposition à une approche « par diagnostic » ou « par résultat », respectivement fondées sur l'affection dont est atteinte une personne ou sur la teneur de sa décision [664] : « ce patient souffre de démence, il est sûrement incapable » (approche par diagnostic); « ce patient refuse le traitement, il est sûrement incapable » (approche par résultat). Ces caricatures n'en sont malheureusement pas toujours[665].

Dans ce type de contextes, il est fait un usage défensif des tests d'évaluation de la capacité, supposés régler une fois pour toutes la question de la capacité du patient concerné[666]. Cet usage défensif paraît en outre forcément biaisé puisque le praticien ne cherche pas à savoir si le patient est suffisamment capable, mais à confirmer une impression d'incapacité. Si cette tendance est répandue, c'est en réalité parce qu'elle est *naturelle*.

Nous nous imaginons comme des êtres rationnels, qui prennent la plupart de leurs décisions au terme d'une réflexion délibérée, à partir d'informations relativement complètes. La réalité s'écarte pourtant souvent de ce beau modèle de sagesse : fréquemment, nos impressions intuitives et rapides, vraies ou non, forgent une conviction que notre esprit va simplement chercher à confirmer, quitte à occulter les informations remettant en cause la cohérence apparente de la décision.

---

[663] *Ibidem*, pp. 124-139 : « La machine à tirer des conclusions hâtives » (essentiellement). Le titre proposé ici est quant à lui tiré d'une autre idée-phare de D. Kahneman : « Si le système 1 est impliqué, la conclusion vient d'abord, et les arguments ensuite » (p. 72).

[664] Ch. LEMMENS, « De handelings- en wilsonbekwamen », *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2014, p. 939 ; R. JONES, *Mental capacity act manual*, Londres, Sweet & Maxwell, 2012, p. 18; Fr. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgelijk Recht*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 560.

[665] Exemples d'approches par diagnostic : Ch. LEMMENS, « De handelings- en wilsonbekwamen », *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2014, p. 935 ; Fr. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgelijk Recht*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 545. Exemple d'approche par résultat : S. WELIE, *Criteria for assessment of patient competence, A Conceptual Analysis from the Legal, Psychological and Ethical Perspectives*, thèse de doctorat, Universiteit Maastricht, 2008, p. 103.
Combinant les deux, A. Arstein constate que « *the outcome approach is also generally only applied to people with cognitive disability – and as discussed previously, it is commonly used for people diagnosed with psycho-social or mental disabilities* » (A. ARSTEIN, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 86).

[666] S. WELIE, *Criteria for assessment of patient competence, A Conceptual Analysis from the Legal, Psychological and Ethical Perspectives*, thèse de doctorat, Universiteit Maastricht, 2008, p. 132.

Figure 8: théorie et pratique de la décision raisonnée

Représentation idéalisée : réflexion délibérée => décision Réalité fréquente : impressions, intuitions => décision <= réflexion confirmative (vraies ou fausses)

Différents mécanismes concourent à la prise de telles décisions, immanquablement biaisées.

Premièrement, nous nous laissons volontiers guider par ce que la psychologie appelle « l'effet de halo », particulièrement marquant lorsque nous faisons la connaissance de quelqu'un. En effet, l'impression positive ou négative que nous laisse une première rencontre risque de déteindre ensuite sur tout ce que nous ne connaissons pas de cette personne[667] : une femme jolie et bien habillée a-t-elle eu un sourire moqueur ? Il s'agit sans doute d'une carriériste peu scrupuleuse, mangeuse d'hommes et trop sévère avec ses enfants, auxquels d'ailleurs elle ne s'intéresse sûrement pas assez. Un homme sûr de lui, souriant et large d'épaules a-t-il tenu un discours enflammé sur la nécessité de préserver un chêne centenaire ? Voilà un citoyen honnête et engagé, sûrement préoccupé par toutes les causes sociales imaginables et, selon toute vraisemblance, excellent père de famille.

Cet effet se voit renforcé par notre tendance à accorder beaucoup d'importance au peu d'éléments dont nous disposons et à négliger les informations, peut-être cruciales, dont nous ne disposons pas, toujours en raison de notre peu de goût pour l'effort. Si les éléments dont nous disposons nous permettent de bâtir une histoire cohérente, il y a fort à parier que nous nous en contentions : « COVERA », dit Daniel Kahneman, « Ce qu'On Voit Et Rien d'Autre »[668].

Et moins nous avons d'éléments à notre disposition, plus il nous est facile de les organiser en une histoire cohérente ; plus l'histoire est cohérente, plus la décision est facile à prendre ; plus la décision est facile à prendre, plus nous serons confiants en notre jugement. La confiance en notre intuition ne provient en réalité pas de la justesse de celle-ci mais de la cohérence de l'histoire que nous avons construite[669]. Bref, c'est aussi limpide que terrible : moins nous en savons, plus nous sommes sûrs de nous.

Une pré-décision spontanée se forme dès lors, au gré de nos premières impressions et des éléments immédiatement disponibles. En principe, nous n'en restons pas là et nous nous lançons dans une réflexion délibérée pour confirmer *ou* – pensons-nous – *infirmer* l'hypothèse retenue.

En réalité, toutefois, cette réflexion délibérée mute automatiquement en recherche de confirmation : nous avons tendance à chercher à confirmer les convictions qui nous viennent

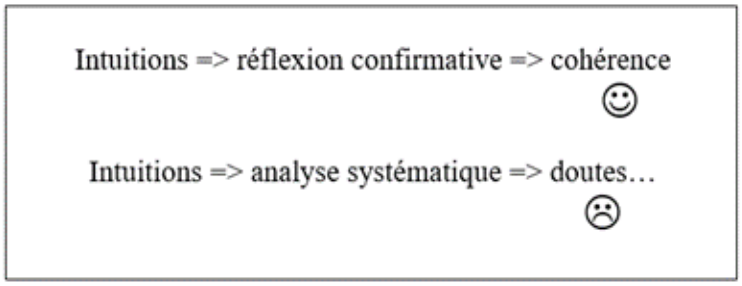
[667] D. KAHNEMAN, *Système 1 Système 2 Les deux vitesses de la pensée*, Paris, Flammarion, 2016, pp. 128 et s.
[668] *Ibidem,* pp. 133 et s.
[669] *Ibidem,* pp. 137-139.

spontanément plutôt qu'à tenter de les réfuter, simplement parce que nous fouillons notre mémoire en quête d'éléments appuyant ces convictions[670]. En outre, le nombre et la représentativité de ces éléments confirmatifs importent souvent moins que la facilité avec laquelle nous les retrouvons dans notre mémoire : le souvenir aisé d'une seule anecdote marquante est susceptible d'entraîner une généralisation abusive forgeant notre conviction[671].

Par conséquent, à moins que nous ayons été récemment confrontés à un événement remettant fondamentalement en cause nos intuitions premières, nous trouverons souvent de bonnes raisons d'avoir raison. Évidemment, nous sommes cognitivement capables de faire l'effort d'une analyse plus systématique, mais cela ne nous est pas naturel, surtout si nous consacrons déjà de l'énergie, par exemple, à contrôler notre comportement et nos émotions[672].

« L'effet de halo », le fait de s'en tenir à « ce qu'on voit et rien d'autre » ou encore « le biais de confirmation général » sont des mécanismes cognitifs qui poursuivent un même but : bâtir une histoire cohérente et éliminer le doute. Quoi de plus logique ? La cohérence nous est aussi agréable que le doute nous rebute[673]. Entretenir le doute, voire le susciter en recherchant de manière systématique les éléments importants susceptibles de guider la décision demande un effort, que nous tentons normalement et souvent inconsciemment de nous épargner. Par ailleurs, une fois le doute éliminé, il nous est difficile de nous rappeler que nous en avons eu et que d'autres décisions étaient donc possibles[674].

Figure 9: le bonheur est dans l'ignorance



Ces mécanismes n'épargnent personne. Seul « un état de vigilance renforcée »[675] permet de les détecter pour tenter ensuite de les surmonter. En matière d'évaluation de la capacité d'un patient, on imagine facilement en quoi la non-vigilance peut mener à des conclusions hâtives, lourdes de conséquences.

[670] *Ibidem,* pp. 127-128.
[671] *Ibidem,* pp. 200 et s. : « La science de la disponibilité ».
[672] *Ibidem,* p. 127. *Cf. infra*, §2. Epuisement des ressources mentales nécessaires à la délibération.
[673] *Ibidem,* pp. 131-132 (entre autres).
[674] *Ibidem,* pp. 125-126.
[675] *Ibidem,* p. 210.

Illustrations : un homme d'âge mûr, maigre et voûté, entre avec difficultés dans le cabinet médical. Il cherche ses mots et manifeste de façon un peu confuse son désaccord par rapport au traitement proposé. Spontanément, le médecin doute de sa capacité de prendre des décisions et fouille sa mémoire à la recherche de patients semblables, considérés comme incapables. Pour peu qu'il en trouve rapidement l'un ou l'autre, il risque de tirer la conclusion hâtive que le patient est bel et bien incapable et de soulager rapidement celui-ci de son pouvoir décisionnel, en toute bonne foi : la décision d'incapacité donne du sens à l'ensemble des éléments constatés. Le sentiment du médecin d'avoir pris la bonne décision provient pourtant simplement de la cohérence retrouvée et non de la rigueur du processus décisionnel.

Une avocate expérimentée entre d'un pas assuré dans le cabinet médical et s'assied en souriant, non sans avoir échangé une poignée de mains ferme et cordiale avec le médecin. Ce dernier explique le diagnostic et les différentes options possibles. La patiente reste sereine et ne dit rien. Au bout d'un moment, alors que le médecin essaie d'obtenir son avis, la patiente se lève d'un bond et serre la main du médecin en lui disant : « écoutez, docteur, je dois y aller, mais je suivrai votre avis : vous êtes un homme censé ». S'il n'investigue pas davantage, le médecin peut facilement confirmer son impression d'une patiente qui sait ce qu'elle fait, en recourant mentalement à des stéréotypes : « haa, ces avocats, des gens pressés mais rationnels, on se comprend ». En réalité, il ne sait rien de la capacité décisionnelle de la patiente mais, dans ce cas-ci, au moins, la présomption de capacité se voit respectée.

Peut-être la plupart des praticiens de la santé confrontés à des questions difficiles sont-ils dans un état de vigilance renforcée. Toutefois, compte tenu des enjeux, il paraît insuffisant de s'en tenir à ce présupposé. En outre, une étude citée par D. Kahneman a mis en évidence que le sentiment d'avoir du pouvoir accroissait le risque de généralisation abusive, à partir d'éléments facilement récupérés dans la mémoire[676]. Après plus de dix ans de travail au contact des praticiens de la santé, je dirais que le sentiment de pouvoir est suffisamment répandu dans ce milieu pour que l'on cherche à renforcer la vigilance des praticiens, d'autant que des solutions simples le permettent.

La procédure d'évaluation de la capacité de fait doit ainsi rappeler la présomption légale de capacité, pour contrer tant que faire se peut un « effet de halo » défavorable au patient. Elle doit également mentionner l'ensemble des informations dont il faut disposer pour une telle évaluation, afin de favoriser la recherche active de ces informations et éviter que le praticien s'en tienne à ce qu'il constate d'emblée.

D. Kahneman insiste aussi sur la nécessité générale de « décorréler l'erreur », c'est-à-dire de solliciter des informations auprès de sources indépendantes, afin d'éviter que celles-ci soient toutes sujettes aux mêmes biais décisionnels : si les sources sont indépendantes, elles seront influencées par des biais différents et, dans une certaine mesure, les effets de ces biais

[676] *Ibidem,* p. 210.

s'annuleront. La moyenne de leurs décisions sera dès lors plus proche de la réalité[677]. Appliqué à l'évaluation de la capacité du patient, cela revient à encourager l'évaluateur à solliciter un autre avis, de la manière la plus neutre possible : idéalement, la demande au confrère devrait se faire par écrit, sans transmettre l'avis du praticien-demandeur, ni le diagnostic ou l'histoire médicale du patient.

Enfin, dans l'ensemble la procédure doit pousser le praticien-évaluateur à assumer le doute : la décision peut ne pas s'avérer correcte par la suite, mais elle ne peut pas avoir été prise à la légère.

2. Jugement et substitution : résoudre un problème complexe en répondant à une question simple

Un autre phénomène aussi inconscient que puissant est susceptible de guider nos décisions les plus sérieuses : confronté à une question complexe, nous répondons régulièrement à une question plus simple, sans même nous rendre compte de la substitution. C'est en raison de ce mécanisme que l'on observe que nos réflexions sont largement influencées par l'humeur du moment ou les émotions suscitées par le message reçu[678].

Dans le premier registre, D. Kahneman donne l'exemple de la question relative au bonheur : « êtes-vous heureux ces temps-ci ? » est une question plus complexe qu'il n'y paraît. Pour y répondre correctement, il faudrait analyser consciencieusement plusieurs domaines de sa vie. Or nous avons généralement une réponse simple et quasiment toute prête, car nous répondons en réalité à une autre question : « comment je me sens pour le moment ? »[679].

Nous nous livrons également constamment à des substitutions émotionnelles, où la réponse à la question réellement posée répond en réalité à la question de savoir quelles émotions provoquent en nous le sujet évoqué :

> Quand des émotions sont en jeu, les conclusions prennent encore plus le pas sur la réflexion. (…) Vos préférences politiques définissent les arguments que trouvez convaincants. Si vous approuvez la politique de santé actuelle, vous croyez que ses bénéfices sont substantiels et ses coûts plus gérables que ceux d'autres solutions. (…) Votre attitude émotionnelle sur des sujets comme les aliments irradiés, la viande rouge, l'énergie nucléaire, les tatouages ou les motos est à l'origine de vos convictions quant à leurs avantages et leurs risques[680].

Il semble relativement simple de transposer ce mécanisme de substitution à un dialogue soignant-soigné.

---

[677] *Ibidem,* pp. 132-133.
[678] *Ibidem,* pp. 152 et s.
[679] *Ibidem,* pp. 158-160.
[680] *Ibidem*, pp. 160-161.

Figure 10: jugements de substitution dans le dialogue soignant-soigné : quelques possibilités

<table>
<tr><th></th><th>Question posée</th><th>Questions de substitution</th></tr>
<tr><td rowspan="3">Patient</td><td rowspan="3">L'option proposée est-elle celle qui me convient le mieux ?</td><td>Ce médecin a-t-il l'air de savoir ce qu'il fait ? Sa tête me revient-elle ?</td></tr>
<tr><td>Est-ce que je préfère rester hospitalisé ou rentrer chez moi ?</td></tr>
<tr><td>Ai-je compris de quoi on me parlait ?</td></tr>
<tr><td colspan="3"></td></tr>
<tr><td rowspan="3">Praticien</td><td rowspan="3">Ce patient est-il capable de prendre une décision ?</td><td>Ce patient fait-il le bon choix ?</td></tr>
<tr><td>De quelle affection souffre-t-il ?</td></tr>
<tr><td>Ce patient est-il soigné, beau, a-t-il l'air sérieux, présente-t-il bien ?</td></tr>
<tr><td colspan="2"></td><td>Que m'inspire la situation, comment je me sens ?</td></tr>
</table>

Lorsqu'il s'agit de prendre une décision complexe en matière de soins, les émotions entrent en jeu. Le patient féru de nouvelles technologies surestimera sans doute les avantages d'une intervention de haute technologie médicale et négligera ses risques potentiels, tandis que le patient convaincu par la nutrithérapie se montrera peut-être réticent à l'idée de subir une chimiothérapie lourde. Ces tendances sont intéressantes à analyser, lorsque se pose la question du *consentement éclairé*.

Pour en revenir à l'évaluation de la capacité du patient, le praticien doit s'efforcer de procéder effectivement à cette évaluation et d'éviter la substitution, souvent inconsciente. Une définition de la capacité de fait du patient, même théorique et imparfaite, paraît alors indispensable, en ce qu'elle permet au praticien de lutter contre les biais classiques de l'approche par résultat (« Ce patient fait-il le bon choix ? ») ou par diagnostic (« De quelle affection ce patient souffre-t-il ? »), qui entraînent des décisions fondées sur une question de substitution.

En santé mentale, la substitution consistant à remplacer la question relative à la capacité décisionnelle réelle du patient par celle du diagnostic se combine à un autre mécanisme cognitif classique et potentiellement dangereux : la confusion entre *similarité* et *probabilité*[681].

Dans la vie courante, nous ne raisonnons pas en termes de probabilités logiques, au sens des statisticiens, mais en fonction de stéréotypes communs, supposés représentatifs de catégories diverses : si je m'interroge sur les chances de tel enfant de devenir un basketteur professionnel,

[681] *Ibidem*, pp. 226 et s.

je vais essentiellement m'attacher à son physique et ses capacités sportives, sans penser au pourcentage de jeunes sportifs belges qui atteignent effectivement un niveau professionnel. Ce type de raisonnement peut s'avérer efficace mais il est aussi la source d'erreurs graves, si l'on ne tient pas compte de statistiques susceptibles de mettre à mal nos conceptions stéréotypées[682].

Concernant l'évaluation de la capacité du patient, cela signifie que l'évaluateur ne peut en aucun cas fonder sa décision sur un stéréotype non représentatif, tel que l'incapacité généralisée des patients atteints de troubles mentaux. Le praticien devrait dès lors connaître les résultats de certaines recherches, selon lesquelles nombre de patients vivant avec un trouble mental conservent leur capacité décisionnelle[683]. La procédure d'évaluation peut veiller à rappeler systématiquement ce type de données.

§2. Epuisement des ressources mentales nécessaires à la délibération

Tel que décrit ci-dessus, le « système 2 » permet la réflexion délibérée, à condition d'en faire l'effort. Les mêmes mécanismes cognitifs nous rendent capables de contrôler nos émotions et nos comportements, comme réagir de façon calme à une agression ou essayer d'impressionner les autres. Or, le système 2 est paresseux : nous ne sommes pas naturellement enclins à fixer notre attention et à faire des efforts. Par conséquent, lorsque nous venons d'en fournir pour inhiber une réaction émotionnelle ou pour faire bonne impression, il devient difficile de consentir au travail supplémentaire que représente la prise d'une décision difficile : c'est le phénomène de « l'épuisement du système 2 »[684].

En général, au moment où se pose la question de la capacité du patient, tant celui-ci que le praticien font des efforts pour inhiber leurs réactions émotionnelles et cherchent, éventuellement, à faire bonne impression. Le patient dissimule – avec plus ou moins de succès – son agressivité, sa colère, son envie de pleurer, son mépris… Bref, il contrôle son possible désarroi. Il peut, dans le même temps, vouloir se montrer comme un interlocuteur valable, donner l'impression de quelqu'un de capable, s'il pense que le praticien en doute. Le praticien doit aussi contrôler ses émotions impulsives, qu'il s'agisse de tristesse, d'aversion ou de sympathie pour le patient, et tenter de faire bonne impression, de bien expliquer, de se montrer empathique, etc.

Ces nombreux efforts concomitants rendent difficile la prise de décision : la codécision en matière de soins, certainement, mais aussi l'évaluation de la capacité du patient, qui repose exclusivement sur le praticien. Ni le patient ni le praticien ne se trouvent dans une situation détendue à ce moment et le raisonnement de l'un comme de l'autre peut se voir entravé par les efforts plus ou moins importants consacrés au contrôle du comportement.

---

[682] *Ibidem*, pp. 235-236.
[683] E.D. STURMAN, « The capacity to consent to treatment and research: A review of standardized assessment tools », *Clinical Psychology Review*, 25, 2005, pp. 967-971.
[684] D. KAHNEMAN, *Système 1 Système 2 Les deux vitesses de la pensée*, Paris, Flammarion, 2016, pp. 65-70.

Une telle analyse confirme la pertinence des conseils usuels en matière de discussion soignant-soigné. Prendre un minimum de temps pour répéter les informations n'est pas seulement une question de clarté du message à transmettre : il faut laisser aux parties le temps de contrôler leurs réactions spontanées avant d'ouvrir un temps de réflexion. Ces deux actions puisant dans la même source d'énergie mentale, elles se combinent difficilement.

Concrètement, le passage du temps-contrôle au temps-réflexion devrait idéalement se marquer par une pause-glucose : plusieurs expériences ont en effet permis de constater que l'apport de glucose neutralisait les effets de l'épuisement et rendait dès lors les sujets capables de poursuivre leurs efforts cognitifs de manière performante[685].

Section 3. L'évaluation experte ou l'humble application d'un protocole simple

§1er. Peut-on développer une intuition experte en matière de capacité de fait ?

Quotidiennement, la presse, sous toutes ses formes, met un point d'honneur à nous faire entendre les avis d'experts, dans des domaines divers et variés. S'il est souvent très instructif d'écouter des personnes ayant une connaissance pointue d'un sujet précis, on ne sait pas souvent quel poids attribuer aux intuitions des experts.

L'évaluation de la capacité du patient, tâche complexe aux enjeux de taille, constitue certainement une matière d'expertise. Toute matière d'expertise ne se prête cependant pas au développement d'une *intuition experte*, permettant à l'expert de prendre des décisions fiables en un clin d'œil. Encore faut-il connaître, en effet, les conditions d'existence et de fiabilité de cette intuition compétente.

En collaboration avec le psychologue Gary Klein, autre spécialiste de la prise de décision, D. Kahneman s'est attaché à la question de savoir quand faire confiance aux intuitions des experts. Il s'agit en bref de distinguer les intuitions qui sont le fruit d'une véritable expertise de celles qui résultent d'une confiance excessive en ses compétences[686]. Ensemble, G. Klein et D. Kahneman ont isolé deux composantes fondamentales au développement de l'intuition experte :

> Un environnement suffisamment régulier pour être prévisible ; la possibilité d'apprendre de ces régularités grâce à une pratique durable. Quand ces deux conditions sont remplies, les intuitions seront probablement le fruit d'une compétence. Les échecs sont un bon exemple d'environnement régulier ; le bridge et le poker aussi. Les médecins, les infirmiers, les athlètes et les pompiers sont également confrontés à des situations complexes, mais fondamentalement ordonnées[687].

[685] *Ibidem*, 2016, pp. 68-69.
[686] *Ibidem*, pp. 368 et s.
[687] *Ibidem*, pp. 369-370.

Les praticiens de la santé ne perçoivent peut-être pas leur environnement comme « fondamentalement ordonné », mais il l'est lorsqu'on le compare à celui où évoluent « les traders et les politistes », qui tentent désespérément de prédire l'imprédictible[688]. A priori, donc, la pratique des soins de santé permet de développer une compétence renforçant progressivement la fiabilité de l'intuition des praticiens.

Ce présupposé ne s'applique toutefois pas avec la même force à tout type de jugement clinique : autant il est aisé d'imaginer qu'un radiologue expérimenté perçoive un problème dans une image avant même de pouvoir en expliquer la cause, autant il paraît hasardeux qu'un praticien, même psychiatre, se prononce intuitivement sur la capacité décisionnelle d'un patient.

Une tâche clinique n'est pas l'autre[689] et il convient probablement d'opérer la distinction entre un jugement diagnostic et l'évaluation de la capacité d'un patient, caractérisée par la profonde instabilité de son objet : la capacité du patient est en effet susceptible de changer d'un jour à l'autre et peut s'avérer extrêmement perméable aux influences externes telles que le lieu, l'ambiance, la décision à prendre, la personnalité des interlocuteurs, etc.

La difficulté d'acquérir une compétence intuitive en matière d'évaluation de la capacité tient aussi à l'absence de retour d'expérience. Un professionnel qui jouit d'une pratique durable apprend aussi des *retours* de cette pratique[690] : le médecin qui pose un diagnostic s'améliore au fil du temps car il peut le plus souvent vérifier à court terme la validité de son jugement et remédier progressivement aux lacunes ayant mené à l'erreur.

Or, la décision relative à la capacité d'un patient ne se prête pas à une vérification à court terme : le choix du patient considéré comme capable ou la présence d'un représentant aux côtés du patient considéré comme incapable et la satisfaction éventuelle des parties impliquées ne sont que des conséquences de la décision, dont elles ne permettent pas de confirmer ou d'infirmer le bien-fondé. En réalité, les décisions relatives à la capacité sont fondamentalement incertaines, d'où la permission expresse du droit anglais de se prononcer « *on the balance of probabilities* »[691], en fonction de la probabilité prépondérante. Logiquement, une décision incertaine ne peut se vérifier facilement. N'étant pas souvent confronté à d'éventuelles erreurs d'appréciation, le praticien pourrait paradoxalement développer une grande confiance en son *expertise*.

En raison de l'instabilité de son objet et l'impossibilité de vérifier la validité de la décision, l'évaluation de la capacité des patients ne semble pas se prêter au développement d'une intuition experte.

---

[688] *Ibidem*, p. 370.
[689] Ce que D. KAHNEMAN reconnaît volontiers lui-même, à propos des thérapeutes (*Système 1 Système 2 Les deux vitesses de la pensée*, Paris, Flammarion, 2016, p. 373).
[690] D. KAHNEMAN, *Système 1 Système 2 Les deux vitesses de la pensée*, Paris, Flammarion, 2016, pp. 372 et s.
[691] Mental Capacity Act 2005, 2(4).

Par ailleurs, il faut se garder de confondre l'intuition experte et la capacité de prédire l'avenir : si certaines personnes peuvent, à force de travail, développer une intuition professionnelle fiable, personne ne peut prédire l'avenir dans un monde imprévisible[692]. Par conséquent, non seulement l'évaluation de la capacité reste inaccessible à l'intuition experte mais il serait en outre tout à fait vain de tenter d'imaginer le comportement futur du patient pour soutenir la décision relative à sa capacité : prédire l'évolution de la vie de telle ou telle personne, à moyen terme, ne relève pas de l'intuition experte du praticien mais de la boule de cristal. Par exemple, qu'un praticien considère un patient comme incapable parce qu'« il risque d'arrêter son traitement » s'avère illogique et illégal.

§2. L'expert est celui qui doute…

Ces considérations tendent à confirmer l'utilité des travaux relatifs à l'évaluation de la capacité du patient : en la matière, personne n'est assez entraîné pour se fier à sa seule intuition.

Cependant, les praticiens ne connaissent pas forcément les limites de leur propre intuition professionnelle[693]. Certains pourraient dès lors afficher une grande confiance en leur intuition mais, comme cela a été mentionné ci-dessus, la confiance résulte de la cohérence de l'histoire que s'est racontée le praticien et non de la fiabilité de son intuition. En outre, le milieu médical pousse davantage à la rassurante confiance en soi qu'au doute et à la reconnaissance de ses propres limites[694].

Un moyen simple de contrer ces tendances naturelles est d'accepter la pertinence de lignes directrices. L'utilisation d'une procédure simple mais rigoureusement appliquée à tous les cas sans distinctions d'environnement ou d'humeurs, est susceptible de réduire considérablement les biais cognitifs affectant la décision : dans des domaines comportant « un degré significatif d'incertitude et d'imprévisibilité (…), un simple algorithme a fait aussi bien ou mieux que des experts »[695].

Cette idée déplaît spontanément, mais elle est logique : des directives simples nous obligent à nous concentrer sur l'objet véritable de l'entretien et minimisent par conséquent les risques de se laisser séduire par une intuition non fiable, fruit d'une grande confiance en des jugements spontanés dont nous ignorons les biais[696].

En matière d'évaluation de la capacité du patient, tâche pour laquelle le développement d'une intuition experte semble particulièrement malaisé, l'expert désigne plutôt le praticien soucieux d'entretenir le doute, en s'astreignant à suivre un protocole simple. Alors que l'intuition experte

---

[692] D. KAHNEMAN, *Système 1 Système 2 Les deux vitesses de la pensée*, Paris, Flammarion, 2016, pp. 371 et 373-374.
[693] *Ibidem*, pp. 372-374.
[694] *Ibidem*, p. 406.
[695] *Ibidem*, p. 344.
[696] *Ibidem*, pp. 342 et s.

consiste à bâtir progressivement un ressenti fiable, l'évaluation experte de la capacité consisterait plutôt à installer une méfiance permanente par rapport à son ressenti.

Les travaux mis en lumière par D. Kahneman ne démontrent pas que l'être humain est inévitablement irrationnel : être moins rationnels que nous le pensons ne fait pas de nous des êtres irrationnels. La rationalité humaine ne correspond simplement pas au modèle économique de l'agent rationnel, désincarné et par conséquent insensible aux biais cognitifs dont nous sommes parfois les jouets inconscients[697].

La conscience accrue des limites de la rationalité humaine modifie la façon d'envisager l'évaluation de la capacité du patient. En se rappelant que l'être humain, tout être humain, est d'une rationalité modérée, l'évaluateur se place d'emblée dans une posture plus humble, qui devrait aiguiser sa vigilance et, partant, renforcer sa propre rationalité. Un praticien moins sûr de sa propre rationalité sera plus enclin à mener une évaluation assumant le doute et donc plus subtile, moins sujette au risque d'arbitraire.

Par contre, si l'évaluateur se croit rationnel selon un modèle plus économique qu'humain, non seulement il est susceptible de considérer de nombreux patients comme incapables, mais en outre il risque de ne jamais percevoir les biais qui affectent son propre jugement, en toute bonne foi. Finalement, plus on se croit rationnel, plus on a de chances de *ne pas* l'être et de se comporter de façon arbitraire en suivant pourtant consciencieusement des procédures préétablies.

Par conséquent, les procédures relatives à l'évaluation de la capacité du patient doivent assumer le fait que nous ne sommes que des êtres modérément rationnels, en proie à de nombreux biais de raisonnement. Avant même d'expliquer quelles informations il faut obtenir du patient, les lignes directrices doivent renforcer la vigilance de l'évaluateur à l'égard de ses propres biais de raisonnement : la moindre des choses est qu'il applique à sa réflexion la rationalité qu'il entend vérifier chez le patient.

Compte tenu des questions soulevées par l'évaluation de la capacité de fait du patient, une solution pragmatique consiste à éviter d'y recourir trop souvent. Pour cette raison, le chapitre 2 ci-dessous explore les moyens d'évaluer le moins possible la capacité de fait du patient.

---

[697] *Ibidem*, pp. 637 et s.
Les logiques économiques et humaines ne font pas bon ménage. À titre d'exemple, les effets négatifs des politiques européennes d'austérité ont été largement sous-estimés faute d'avoir envisagé, entre autres, les conséquences socio-psychologiques de ces politiques (P. HÉRARD, « Quand le FMI avoue s'être trompé sur les effets de l'austérité », 16 janvier 2013, https://information.tv5monde.com ; Ch. ANAGNOSTOPOULOS, traduit par P. BERTHIER, « Les vraies conséquences de l'austérité », *Le Journal International*, Archives, 7 Juillet 2014, www.lejournalinternational.fr ; CESE - Comité économique et social européen, *Avis « Tirer les leçons du passé: éviter les politiques d'austérité strictes dans l'UE »*, 14 février 2018, disponible sur www.eesc.europa.eu. Le Portugal, par contre, a refusé l'austérité demandée par la Commission européenne, a opté pour des politiques sociales renforcées et a obtenu les meilleurs résultats (P. HÉRARD, « Portugal : un redressement économique et social qui prend Bruxelles à contre-pied », 11 septembre 2017, mis à jour au 17 mai 2018, https://information.tv5monde.com

Chapitre 2. Évaluer le moins possible la capacité de fait du patient

Si la théorisation de la capacité de fait présente des vertus pédagogiques, elle révèle aussi un certain *idéal* de rationalité, ce qui conduit à remettre en cause le processus d'évaluation : toute évaluation de la capacité d'un patient ne contiendrait-elle pas en elle-même son résultat négatif ?

Ce risque conduit à repenser le contexte d'évaluation de la capacité de fait du patient. En réalité, avant même de savoir *comment* évaluer celle-ci le plus correctement possible, la question qui se pose est celle de savoir *si* une évaluation est nécessaire.

Inspirée des travaux du Néerlandais S. Welie[698], cette réflexion part de l'idée qu'il faut d'abord et avant tout *chercher à éviter* d'évaluer formellement la capacité de fait d'un patient, ce dont la *présomption de capacité* offre la possibilité juridique.

Section 1ère. La capacité de fait, « présomption fictive »[699]

§1er. De la nature de la capacité de fait

1. Présomption légale implicite

Contrairement aux textes des régions de *Common law*, Angleterre et Ontario, qui affirment directement la présomption de capacité de fait[700], les Codes civils belge et néerlandais énoncent laconiquement le principe de la capacité de droit des majeurs : « la majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile »[701] ; « toute personne physique est capable d'accomplir des actes juridiques, pour autant que la loi n'en décide pas autrement »[702].

---

[698] S. WELIE, *Criteria for assessment of patient competence, A Conceptual Analysis from the Legal, Psychological and Ethical Perspectives*, thèse de doctorat, Universiteit Maastricht, 2008.

[699] Expression empruntée à A.-Bl. CAIRE, « Fictions et présomptions », *Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-lextenso éditions, 2015, pp. 123 et s.

[700] Angleterre: art. 1 du Mental Capacity Act 2005, www.legislation.gov.uk ; DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, « Mental Capacity Act 2005 Code of Practice », 2007, www.gov.uk, p. 13.
Ontario : art. 4. (2), de la loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, www.ontario.ca/fr/lois ; art. 2., (1) et (2), de la loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui, www.ontario.ca/fr/lois (la présomption joue même à partir de seize ans pour ce qui concerne le « soin de sa personne ») ; Ministère du Procureur général, Le Bureau de l'évaluation de la capacité, « Lignes Directrices en Matière d'évaluations de la Capacité », Mai 2005, www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca, p. I.2.

[701] Art. 488 du Code civil.

[702] Art. 32.1 du Burgelijk Wetboek, Boek 3, www.wetboek-online.nl (traduction libre); la KNMG a cependant appliqué cette présomption générale de la capacité de droit au contexte particulier des soins, ce qui entraine inévitablement une présomption de la capacité de fait du patient (« Implementatie van de WGBO. Van de wet naar praktijk. Deel 2 Informatie en toestemming », juin 2004, www.knmg.nl, p. 92).

La capacité de droit repose toutefois sur la présomption de la capacité de fait des personnes physiques. La capacité juridique est en effet censée refléter la capacité de fait attendue des citoyens de dix-huit ans au moins. C'est pour cette raison que la défaillance de la capacité de fait entraîne des conséquences juridiques : il peut s'agir de conséquences ponctuelles et précises, comme l'annulation d'un contrat a posteriori, pour absence de consentement, ou la prise de décision par un proche, en matière médicale ; si la situation semble s'inscrire dans la durée, il est également possible de modifier la capacité juridique de la personne par la désignation judiciaire d'un administrateur. Dans ce dernier cas uniquement, l'incapacité de fait entraîne officiellement une incapacité de droit, dont l'étendue maximale correspond aux lacunes constatées par le juge dans la capacité de fait. L'administrateur est en effet supposé pallier les défaillances de la capacité de fait, si nécessaire.

La capacité de fait est dès lors indirectement reconnue comme une présomption : lorsque le Code civil attache la capacité de droit à la majorité, c'est parce que le législateur présume la capacité de fait de toute personne de plus de dix-huit ans. D'un fait connu, l'âge de dix-huit ans accomplis, on déduit un fait inconnu, une capacité de discernement globalement achevée[703], avec comme conséquence la pleine capacité d'exercice.

D'après le Code civil, en son article 1350, « la présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ». La règle de la majorité attache au fait d'avoir dix-huit ans accomplis la capacité de veiller personnellement à ses intérêts et le traduit juridiquement par la capacité d'exercice. La capacité de fait des personnes de plus de dix-huit ans constitue donc une *présomption légale implicite*, en ce qu'elle découle tacitement mais assurément de l'acquisition de la pleine capacité juridique à cet âge.

2. Des différentes fonctions des présomptions légales

Dans son étude sur les rapprochements entre fictions et présomptions, Anne-Blandine Caire, de l'Université d'Auvergne, distingue trois catégories de présomptions légales qui permettent d'éclairer les différents rôles de celles-ci[704].

Tout d'abord, les présomptions-preuves facilitent la preuve de certains faits. Il s'agit, par exemple, de la présomption de paternité du mari. Ces présomptions correspondent souvent à la réalité mais peuvent se muer en fiction lorsque leur réfragabilité est limitée.

Ensuite, les présomptions-postulats constituent le point de départ d'un raisonnement et, partant, mettent la charge de la preuve sur la partie qui conteste le postulat de départ. La présomption

[703] Aux termes de l'article 1349 du Code civil, « les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ». Cette *définition* n'est pas citée dans le corps du texte car elle manque de clarté, en raison de la qualification de la présomption comme « conséquence » – de quel type ? – qui aurait été « tirée » – de quelle façon ? – d'un fait connu (en ce sens, S. GOLTZBERG, « Présomption et théorie bidimensionnelle de l'argumentation », *DISSENSUS – Revue de philosophie politique de l'ULg*, 2010, p. 90).
[704] A.-Bl. CAIRE, « Fictions et présomptions », *Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-lextenso éditions, 2015, pp. 131-132.

d'innocence en est l'exemple-type. La proximité avec la réalité paraît moins sûre dans ce type de présomptions, qui révèlent davantage un parti pris, dans le sens d'une solution que l'on juge meilleure qu'une autre.

Enfin, la présomption-concept désigne la cause sous-jacente et innommée d'une règle de droit. L'auteure confirme ici l'analyse selon laquelle la présomption de capacité de fait à l'âge de dix-huit ans accomplis sous-tend la règle d'attribution de la pleine capacité de droit au même âge. Ce type de mécanisme flirte également avec la fiction, puisqu'il s'applique par principe, indépendamment des aptitudes concrètes des individus.

La présomption de capacité de fait relève, à mon sens, de ces trois catégories à la fois. Comme on vient de le voir, il s'agit d'une présomption-concept sous-tendant la règle de la majorité. Par ailleurs, dans tous les cas où il est question de limiter la capacité juridique individuelle ou d'annuler un acte conclu dans des circonstances douteuses, la présomption de capacité postule le discernement de la personne majeure et place la charge de la preuve sur la personne qui l'entend autrement. Enfin, elle fait aussi office de présomption-preuve, dans la mesure où l'on peut s'appuyer sur l'âge d'une personne pour en déduire une capacité pleine et entière, sauf contestation expresse. Au quotidien, il est évidemment plus simple de se fier à la règle de la majorité que d'investiguer la capacité de fait au cas par cas.

C'est le rôle de la capacité de fait comme présomption-postulat qui intéresse particulièrement la présente recherche. Lorsque la capacité d'un majeur se voit mise en doute, c'est à celui qui la conteste d'apporter la preuve de l'incapacité. La capacité de fait comme présomption-postulat représente donc le point de départ *imposé* de la réflexion et, à défaut de preuve suffisante du contraire, elle en sera le point d'arrivée.

En matière d'exercice des droits du patient, la présomption de capacité se voit même renforcée par les nouvelles règles relatives à la représentation du patient incapable : aujourd'hui, seul le praticien professionnel peut remettre en cause la présomption de capacité de fait et, partant, s'adresser à un représentant[705]. Dans le cadre de la demande de protection judiciaire, le juge ne peut en effet plus limiter la capacité juridique d'une personne à exercer ses droits de patient, en général[706]. La présomption de capacité paraît si importante en matière de droits du patient que le législateur refuse désormais tout affaiblissement de celle-ci par une mesure judiciaire d'ordre général.

Comme les autres présomptions légales, la présomption-postulat de capacité de fait est susceptible de se muer en véritable fiction, parce que la preuve contraire n'est pas rapportée ou n'est même pas recherchée. Comment, dès lors, caractériser précisément cette présomption aux éventuelles allures de fiction ?

---

[705] Art. 14 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

[706] Abrogation du point 15° de l'art. 492/1, §1er, du Code civil par la loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice. *Cf. supra*, Titre I, Chapitre 3, Section 1ère. Évolution du rôle du juge de paix.

§2. La capacité de fait, présomption et fiction ?

1. Une proximité indéniable

Le terme de « fiction » m'est rapidement venu à l'esprit lorsque je me suis intéressée de près à l'évaluation de la capacité de fait. Il me semblait en effet que la définition de la capacité de fait relevait de prime abord de la fiction, au sens courant : cela pouvait expliquer la distance entre l'idéal rationnel porté par cette définition et l'expérience quotidienne des limites de ma rationalité.

L'assimilation de la capacité de fait à une « présomption ou fiction juridique » est l'un des points principaux de la thèse de S. Welie[707] qui, en quelques mots, pose les jalons d'une théorie juridique de la capacité de fait du patient :

> *In any event, it should be noted that from a legal point of view we can defend that PDMC [Patient Decision Making Capacity] need not always be assessed, and hence need not always be assessable. For that purpose, we have to interpret the assumption of competence as a presumption or fiction of law. This means that in certain cases or classes of cases it is assumed to be irrefutably true that a patient is competent, although there are no actual data available about the patient's competence, or even that it is assumed to be irrefutably true that a patient is competent, when the patient is actually known to be incompetent according to some accepted definition. In other words, in those cases, the patient's actual competence or incompetence is irrelevant. Acceptance of this interpretation of the assumption of competence implies admitting that incompetence cannot bear the weight that is put upon it: not all decisional dilemmas in health care for individual patients can be solved through this concept*[708].

Au-delà du caractère *exceptionnel* de l'incapacité, de fait comme de droit, S. Welie pousse le raisonnement jusqu'au bout, en révélant véritablement l'essence des présomptions : une présomption légale permet de tenir pour vrai ce qui est simplement possible ou même ce qui est contredit par la réalité comme, par exemple, en cas de responsabilité du fait d'autrui. Compte tenu des circonstances, la capacité du patient pourrait être considérée comme un fait acquis bien qu'elle n'ait pas été évaluée ou que le patient s'avère incapable au regard d'une définition communément acceptée[709]. C'est dans ce dernier cas que l'auteur assimile présomption et fiction juridique : lorsqu'une présomption contredite par la réalité n'est pas renversée, elle tend à la fiction.

La thèse de S. Welie ne fait pas d'autre distinction entre les mécanismes de la présomption et de la fiction, en droit. Compte tenu de l'intérêt que cette analyse présente pour la présente

---

[707] S. WELIE, *Criteria for assessment of patient competence, A Conceptual Analysis from the Legal, Psychological and Ethical Perspectives*, thèse de doctorat, Universiteit Maastricht, 2008, pp. 134-136 (notamment).
[708] *Ibidem*, p. 135. Sur le déploiement de cette idée en matière d'évaluation de la capacité de fait du patient, *cf. infra*, Section 2, §1er. Limiter le renversement de la présomption de capacité de fait.
[709] S. WELIE, *Criteria for assessment of patient competence, A Conceptual Analysis from the Legal, Psychological and Ethical Perspectives*, thèse de doctorat, Universiteit Maastricht, 2008, p. 135.

recherche, il convient d'affiner la qualification de la capacité de fait du patient comme fiction ou présomption. Ces deux mécanismes convergent indéniablement puisqu'ils tendent tous deux à réorganiser la réalité afin d'en tirer un discours juridique cohérent[710]. A.-Bl. Caire parle d'ailleurs de « présomptions fictives » et de « fictions présomptives »[711].

Il a déjà été dit que la capacité de fait comme présomption-postulat représentait le point de départ *imposé* de la réflexion et qu'à défaut de preuve suffisante du contraire, elle en serait également le point d'arrivée. Pour être tout à fait complet et intégrer la vision de S. Welie, il faudrait plutôt dire que la capacité de fait représente le point de départ de la réflexion et, qu'à défaut de preuve contraire *ou d'investigation concrète*, elle en sera le point d'arrivée. En effet, la présomption-postulat apporte une réponse juridique lorsque la réalité est trop difficile à cerner mais aussi lorsque l'on ne cherche pas à vérifier la conformité de la présomption à cette réalité.

La proximité avec la fiction saute ici aux yeux : une personne capable est seulement une personne dont l'incapacité n'est pas établie, soit parce que l'on n'y est pas parvenu, soit parce que l'on n'a pas analysé la capacité concrète de la personne concernée. Il est dès lors possible que l'on tienne pour vrai ce qui est faux.

2. Proximité sans assimilation

J'adhère à l'analyse d'A.-Bl. Caire, qui expose les différences de paradigme et de nature entre présomptions et fictions[712]. Je me permets ici de résumer son propos et d'en tirer les conséquences qui s'imposent pour la présente recherche.

Tout d'abord, de la présomption à la fiction s'opère un « changement de paradigme »[713].

La présomption est un mécanisme d'inférence indispensable, puisqu'il permet de « pallier les déficiences cognitives inhérentes à l'intelligence humaine ». « Car présumer », rappelle l'auteure, « c'est connaître »[714]. Transposée au droit, la présomption rend donc possible la construction d'un discours juridique à partir d'une réalité dont nous ne pouvons forcément maîtriser tous les aspects. Les présomptions s'appuient, toutes mais dans des proportions variables, sur l'expérience, les probabilités et la volonté. Les présomptions-preuves et présomptions-concepts, telles que, respectivement, la présomption de paternité de l'époux ou de capacité de fait des majeurs, se fondent surtout sur les probabilités et l'expérience. Par contre, l'aspect volontariste prédomine dans les présomptions-postulats, le législateur se servant de

[710] A.-Bl. CAIRE, « Fictions et présomptions », *Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-lextenso éditions, 2015, pp. 126-127.
[711] *Ibidem*, pp. 123 et s.
[712] *Ibidem*, pp. 121-141.
[713] *Ibidem*, pp. 133 et s.
[714] *Ibidem*, p. 134. Ce discours n'est pas sans rappeler le propos de D. KAHNEMAN dans l'ouvrage abondamment cité *supra* (*Système 1 Système 2 Les deux vitesses de la pensée*, Paris, Flammarion, 2016).

celles-ci pour ancrer une attitude sociale spécifique[715] : considérer un inculpé comme innocent – ou une personne adulte comme capable de veiller à ses intérêts[716].

La fiction relève quant à elle d'un mécanisme de qualification uniquement fondé sur la volonté : elle fournit des solutions pratiques par une modification volontaire de la réalité, indépendamment de toute probabilité ou expérience. Qu'une entreprise soit reconnue comme une *personne* ou l'enfant adopté comme *fils* ou *fille de* ses parents adoptifs, il s'agit d'une contre-vérité pratique et non d'une déduction réalisée à partir d'une réalité probable et généralement expérimentée. La fiction s'avère dès lors fondamentalement différente de la présomption, en ce qu'elle n'a aucune portée cognitive : elle n'enrichit pas notre connaissance du réel, mais le contredit[717].

Ce « changement de paradigme » va de pair avec un « changement de nature »[718].

Là où la présomption poursuit vraisemblablement l'ordre naturel des choses, la fiction s'y oppose d'emblée[719] : lorsque l'on présume la conception de l'enfant entre le trois-centième et le cent-quatre-vingtième jour précédant sa naissance[720], cela correspond probablement à la réalité ; lorsque l'on considère l'enfant comme né au moment (présumé) de sa conception chaque fois qu'il y va de son intérêt[721] ou lorsque l'acte posé par l'organe est réputé accompli par la personne morale[722], c'est une contrevérité flagrante.

Même une présomption irréfragable conserve une nature différente de la fiction, car la présomption irréfragable ne contredit pas d'emblée la réalité. Elle n'est pas d'office fausse, mais elle empêche de poursuivre la recherche de la vérité. Elle refuse l'analyse de sa conformité au réel[723]. La raison de ce refus n'est pas moins intéressante : « si certaines présomptions sont irréfragables, c'est pour inciter ceux qu'elles concernent à s'y conformer (…) La présomption irréfragable aurait donc un "rôle éducatif" voire performatif »[724].

---

[715] A.-Bl. CAIRE, « Fictions et présomptions », *Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-lextenso éditions, 2015, pp. 134-135.
[716] Ce dernier exemple est de moi, A.-Bl. CAIRE ne l'envisageant que comme une présomption-concept.
[717] A.-Bl. CAIRE, « Fictions et présomptions », *Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-lextenso éditions, 2015, pp. 135-136.
[718] *Ibidem*, pp. 137 et s.
[719] *Ibidem*, pp. 137-138.
[720] Art. 326 du Code civil : « L'enfant est présumé, sauf preuve contraire, avoir été conçu dans la période qui s'étend du 300e au 180e jour avant la naissance et au moment qui lui est le plus favorable, compte tenu de l'objet de sa demande ou du moyen de défense proposé par lui ».
[721] Adage « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* » (l'enfant simplement conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y va de son intérêt), fiction permettant d'octroyer un héritage à l'enfant né après la mort de son père ou de recevoir l'action en en responsabilité visant la réparation du dommage subi par le demandeur antérieurement à sa naissance.
[722] « Théorie de l'organe ». Voy. notamment G. CARION, « L'arrêt du 27 janvier 2017 de la Cour de cassation: vers une timide reconnaissance de la théorie de l'organe? », *R.D.C.*, 2020, pp. 481-489 et Fl. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 184-188.
[723] A.-Bl. CAIRE, « Fictions et présomptions », *Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-lextenso éditions, 2015, pp. 139-140.
[724] *Ibidem*, p. 139.

Cet éclairage permet de qualifier la capacité de fait comme une présomption, malgré ses rapprochements avec la fiction. La présomption relative à la capacité de fait repose en effet sur l'expérience communément partagée de la capacité des majeurs : elle permet d'inférer de cette expérience la capacité des personnes dont nous ignorons, ou voulons ignorer, les facultés réelles. Elle a donc bien une portée cognitive et ne contredit pas d'emblée notre expérience du réel.

Lorsque S. Welie soulève l'intérêt de considérer la capacité de fait « *as a presumption or fiction of law* », il faut traduire son propos en tranchant, de manière précise : la capacité de fait du patient est une présomption et non une fiction ; toutefois, dans certaines circonstances, cette présomption devrait être considérée comme irréfragable. C'est en ce sens qu'il paraît justifié de parler de « présomption fictive », la présomption pouvant s'apparenter à la fiction au sens courant du terme dans les cas où, devenue irréfragable, elle contredirait sciemment la réalité.

§3. La capacité de fait, une présomption réfragable… À l'extrême ?

1. De la réfragabilité variable des présomptions

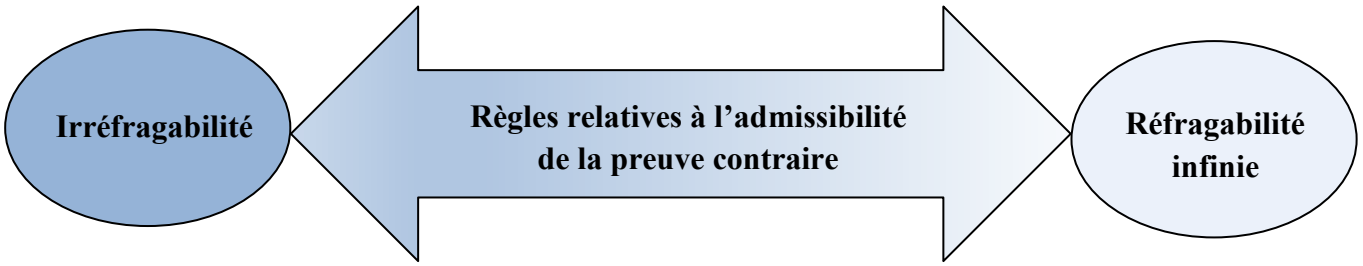
La présomption de capacité de fait des personnes majeures est évidemment une présomption réfragable. La présente analyse se concentre d'ailleurs sur l'une de ces hypothèses de réfragabilité : la déclaration d'incapacité de fait du patient par le praticien professionnel.

Mais dans quelles situations la preuve contraire est-elle admissible ? La réponse varie en fonction des présomptions légales. J'aime l'idée qu'il faudrait « envisager les preuves contraires comme un continuum entre deux extrêmes »[725] :

> Les preuves contraires qui ne sont pas normativement limitées constituent un extrême. Leur efficacité serait fondée seulement sur les règles empiriques (…). Chaque assertion empirique, qui est contraire à la conclusion de la présomption d'après le paradigme de la science et de l'expérience, est admise par le droit. (…) Néanmoins dans le droit en vigueur, il est difficile de trouver des présomptions de ce type. (…) L'autre extrême, c'est la situation dans laquelle nulle preuve contraire n'est admise. C'est le cas de la traditionnelle présomption irréfragable (…). Entre ces deux extrêmes se rangent toutes les présomptions, dont les preuves contraires sont réglées par des dispositions contenant les conditions de leur efficacité. Ces présomptions sont typiques pour le droit actuel. Les limitations des preuves contraires sont très variées. (…)[726].

[725] J. WRÓBLEWSKI, « Structure et fonctions des présomptions juridiques », *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 63.
[726] *Ibidem*.

Figure 11: présomptions à réfragabilité variable



Tout dépend donc des injonctions éventuelles à respecter par le destinataire de la présomption légale.

Le praticien professionnel semble se trouver dans la situation de réfragabilité extrême. En l'absence de toutes lignes directrices, la présomption de capacité de fait du patient serait en quelque sorte infiniment réfragable : le praticien pourrait, *en toutes circonstances*, renverser la présomption de capacité de fait du patient en démontrant – ou même en croyant simplement démontrer – l'incapacité de fait de ce dernier.

Cette hypothèse ne me paraît pas souhaitable, à la fois d'un point de vue pratique et juridique. D'un point de vue pratique, l'admissibilité inconditionnelle de la preuve contraire risque de compliquer plus encore des tâches et des relations qui ne sont pas simples par nature. D'un point de vue juridique, deux éléments plaident en faveur d'un modèle restreignant l'admissibilité de la preuve contraire :

- la qualification des présomptions comme des normes de comportement ;
- le statut d'exception de l'incapacité.

2. La présomption comme norme de comportement

Le praticien est le destinataire d'une « norme de comportement conditionnée (…) par l'absence de preuve contraire »[727]. La présomption reflète en effet des valeurs jugées socialement importantes par le législateur et dès lors imposées aux destinataires de la présomption. Quelles valeurs le comportement attendu de ceux-ci doit-il refléter ?

> Les valeurs idéologiques sont les intérêts garantis par la norme de présomption, pourvu qu'il ne soit pas plus facile de faire tomber la présomption que de l'écarter. Or, la preuve contraire faisant défaut, la Cour décide selon la conclusion de la présomption, dont le contenu garantit certains intérêts. Les valeurs idéologiques sont très variées. (Un exemple) est la garantie des intérêts de l'accusé dans le procès pénal, qui s'exprime dans la présomption de l'innocence (…). Les valeurs techniques sont les principes d'efficacité dans

[727] Ch. PERELMAN, « Présomptions et fictions en droit. Essai de synthèse », *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 339, résumant le propos de J. WRÓBLEWSKI, « Structure et fonctions des présomptions juridiques », pp. 43-71, spéc. chapitres II et III.

> le processus de décision des cas. Il s'agit d'esquiver les difficultés de la preuve qui peuvent freiner la décision. (…) Les valeurs techniques sont donc instrumentales pour les valeurs idéologiques. Elles contribuent à la certitude et à la sûreté du droit. Elles donnent des bases pour prévoir que la décision sera prise et, si l'on possède les informations suffisantes, quelle en sera sa teneur[728].

La présomption de capacité reflète ces valeurs, tant idéologiques que techniques : idéologiquement, elle proclame la capacité décisionnelle de toute personne de plus de dix-huit ans ; techniquement, elle permet d'éviter de devoir prouver à tout instant une aptitude difficile à évaluer[729]. Le comportement attendu des destinataires de la présomption est supposé refléter ces valeurs : le destinataire-praticien devrait donc s'appuyer sur la présomption de capacité du patient le plus souvent et le plus longtemps possible.

Plus précisément, la réfragabilité inconditionnelle battrait en brèche la valeur idéologique portée par la présomption, à savoir la capacité décisionnelle de toute personne majeure. En effet, cette valeur idéologique n'existe que s'il n'est « pas plus facile de faire tomber la présomption que de l'écarter »[730]. Or, si les praticiens professionnels ne peuvent jamais écarter automatiquement la présomption de capacité de fait d'un patient adulte, ils peuvent la renverser très facilement, la loi ne précisant aucune condition d'admissibilité de la preuve contraire. Par conséquent, le praticien peut, en tout temps et n'importe comment, renverser la présomption de capacité. Cet état de fait anéantit toutefois l'idéologie sous-tendant la présomption elle-même.

Pour que la présomption de capacité de fait des majeurs joue réellement son rôle de norme de comportement et influence les pratiques de soins, son renversement doit être encadré *a minima*. Un tel encadrement implique de limiter l'apport de la preuve contraire, en conditionnant et en guidant la recherche de celle-ci. Autrement dit, il convient de limiter les cas où l'on évalue formellement la capacité du patient et de prévoir comment cette capacité doit être évaluée, lorsqu'elle doit l'être.

Par ailleurs, si l'incapacité d'un majeur est l'exception, en droit comme en fait, il faut trouver un modèle empêchant l'exception de devenir la règle, en raison d'une application débridée.

Section 2. « La capacité est la règle, l'incapacité l'exception ».

Lorsque l'on dit que « la capacité est la règle, l'incapacité l'exception », il s'agit d'une allusion à la *capacité de droit* d'un majeur, laquelle ne peut être qu'exceptionnellement diminuée par un juge. Le principe est le même concernant la *capacité de fait* des majeurs : en effet, les règles

[728] J. WRÓBLEWSKI, « Structure et fonctions des présomptions juridiques », *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp. 57-58.
[729] Pour faire le lien avec les catégories opérées par A. Bl. CAIRE (*cf. supra*, §1er, 2. Des différentes fonctions des présomptions légales), je dirais que les présomptions-preuves portent des valeurs techniques, les présomptions-concepts des valeurs idéologiques, tandis que les présomptions-postulats marient des valeurs techniques (charge de la preuve) et idéologiques (parti pris).
[730] *Ibidem*, p. 57.

relatives à la capacité de droit découlent de la présomption de capacité de fait de toute personne de plus de dix-huit ans.

La directive selon laquelle *la capacité est la règle et l'incapacité l'exception* s'avère donc correcte tant en ce qu'elle vise la capacité de droit que la capacité de fait. Toutefois, elle prend un sens différent dans ces deux cas de figure. Appliquée à la capacité de droit, elle se lit comme un rappel destiné au juge, qui ne doit ordonner de mesure d'incapacité juridique que de façon subsidiaire, nécessaire et proportionnée. Appliquée à la capacité de fait, cette directive souligne la présomption de capacité de fait de toute personne majeure. En ce sens, elle s'adresse à des destinataires plus nombreux : juges, praticiens de la santé, notaires, etc. Evidemment, ces deux façons de comprendre la directive sont complémentaires : c'est parce que la capacité de fait des majeurs est présumée que leur capacité de droit ne peut être limitée que dans des conditions strictes. La présomption de capacité de fait est donc première.

Les paragraphes suivants tirent les conséquences du caractère exceptionnel conféré à l'incapacité, laquelle résulte d'un renversement de la présomption de capacité de fait du majeur.

§1er. Limiter le renversement de la présomption de capacité de fait

Il n'y a aucun sens à prétendre que la capacité est présumée et que l'incapacité relève de l'exception, si les hypothèses de réfragabilité de la présomption de capacité du patient sont infinies.

Le renversement de la capacité de fait du patient, compte tenu de ses conséquences juridiques, devrait être considéré à l'aune de la décision prise par le juge de paix en matière de capacité de droit, dans le cadre d'une demande de protection judiciaire : si une mesure d'incapacité de droit doit être subsidiaire, nécessaire et proportionnée[731], ces caractéristiques devraient également influencer l'évaluation de la capacité de fait du patient.

Le renversement de la présomption de capacité du patient par le praticien professionnel ne devrait donc pas être admis en toutes circonstances, sous peine de vider la présomption légale de sa substance idéologique et de son efficacité en tant que norme de comportement.

En outre, pour que l'incapacité reste l'exception, mieux vaut ne pas évaluer la capacité à tout bout de champ : une application un peu trop rigide des critères de la capacité de fait couplée à une rationalité humaine somme toute modérée, du côté de l'évaluateur comme de celui de l'évalué, risque de mener à des forts nombreux constats d'incapacité.

[731] N. GALLUS, Th. VAN HALTEREN, *Le nouveau régime de protection des personnes majeures. Analyse de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 16 et s. ; A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), *DE PAGE Traité de droit civil belge. Les personnes*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 1130 et s. ; Th. DELAHAYE, *La protection judiciaire et extrajudiciaire des majeurs en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 16 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 177.

Enfin, la capacité de fait véritable du patient n'est pas toujours une donnée pertinente, eu égard à l'ensemble des circonstances de fait. Compte tenu des réalités de la pratique clinique, il semble préférable de réduire l'importance dévolue à (l'évaluation de) la capacité de fait au profit d'une approche pragmatique : d'une part, la pratique clinique rend impossible l'évaluation concrète de la capacité de tous les patients ; d'autre part, comme le dit S. Welie, « *not all decisional dilemmas in health care for individual patients can be solved through this concept* »[732]. Par ailleurs, l'évaluation de la capacité de fait du patient est toujours susceptible de poser plus de problèmes qu'elle n'en résout : difficultés d'évaluation, manque de temps, conflits avec le patient ou ses proches, etc.

Par conséquent, bien que la présomption de capacité de fait soit par essence *réfragable*, il est peu opportun de chercher à la renverser au moindre doute quant à sa conformité à la réalité**.**

La question est finalement moins de savoir si la présomption correspond à la réalité que si sa mise en cause présente un intérêt concret en l'espèce, compte tenu des circonstances de fait. Il faudrait donc pouvoir identifier des motifs d'évaluation de la capacité du patient, autrement dit des cas dans lesquels la présomption devrait pouvoir être mise en cause, par une évaluation consciencieuse susceptible de mener tant à la confirmation de la présomption qu'à son renversement. Dans les autres cas, la présomption de capacité de fait devrait être considérée comme « irréfutablement vraie », quitte à jouer le rôle d'une fiction[733].

§2. Subordonner l'évaluation de la capacité du patient à l'existence de motifs spécifiques

1. Réflexions sur les déclencheurs de l'évaluation de la capacité de fait

Compte tenu de l'importance accordée par la loi à la présomption de capacité de fait du patient et de la complexité irréductible de toute évaluation concrète de cette capacité, sa qualification juridique comme présomption (éventuellement) fictive semble la plus légitime : d'une part, le renversement intempestif de la présomption de capacité viderait cette présomption de sa substance et risquerait de faire de l'exception, la règle ; d'autre part, mieux vaut considérer comme capable d'exercer ses droits quelqu'un qui ne l'est en réalité pas que l'inverse[734]. Cela relève à la fois d'un choix de société et d'un pragmatisme clinique essentiel.

Encore faut-il que soit correctement posé le cadre de ces réflexions : quand est-il acceptable d'évaluer concrètement la capacité de fait du patient ? Quand est-il acceptable de se reposer sur la présomption de capacité, quitte à aboutir à une fiction ?

La simple évaluation de la capacité doit donc se voir subordonnée à l'existence de motifs déterminés. Il s'agit donc bien ici de déterminer des *motifs d'évaluation* de la capacité, pas des

[732] S. WELIE, *Criteria for assessment of patient competence, A Conceptual Analysis from the Legal, Psychological and Ethical Perspectives*, thèse de doctorat, Universiteit Maastricht, 2008, p. 135.
[733] *Ibidem*.
[734] *Ibidem*, p. 106.

motifs d'incapacité. La différence, qui risque d'être oubliée dans une pratique clinique intensive, s'avère pourtant essentielle.

Quels faits pourraient-ils déclencher l'évaluation de la capacité du patient ?

La littérature médico-juridique suggère qu'une *évaluation concrète* de la capacité du patient devrait avoir lieu *lorsque* le patient

- fait l'objet d'une mesure d'incapacité juridique prise par le juge de paix;
- fait l'objet d'une mesure d'hospitalisation sous contrainte ;
- refuse le traitement recommandé ;
- consent à un traitement particulièrement invasif ou risqué ;
- a été diagnostiqué comme vivant avec un trouble mental ;
- présente un changement abrupt dans son état mental[735].

Ces différents déclencheurs ne concernent évidemment que des patients conscients, avec lesquels une interaction, même minimale, reste possible. A défaut, l'incapacité paraît évidente au point qu'aucune évaluation formelle n'est nécessaire.

Les motifs cités ci-dessus correspondent à une expérience clinique générale : le praticien doute de la capacité de son patient au moment où il se voit opposé un refus, face à un patient vivant avec un trouble mental, etc.

Les motifs d'évaluation relevés ci-dessus concourent toutefois à un phénomène de *double peine* : en raison d'une fragilité propre au patient (trouble mental, contrainte, incapacité juridique…), on évalue sa capacité (comprendre, raisonner, apprécier), ce qui consiste en réalité à exiger de ce patient une rationalité renforcée. En outre, en se focalisant sur le patient, ces motifs d'évaluation peinent à se démarquer de l'évaluation elle-même : du « trouble mental – *motif d'évaluation de la capacité* » au « trouble mental – *preuve de l'incapacité* », il n'y a qu'un pas, que notre paresse intellectuelle atavique nous pousse à franchir rapidement[736].

Pour permettre un certain rééquilibre, les motifs d'évaluation de la capacité du patient doivent se détacher de la personne du patient, en tenant compte de l'entourage social de ce dernier et en faisant preuve d'un certain pragmatisme, imposé par la pratique clinique.

---

[735] Compilation réalisée à partir de P. APPELBAUM, Th. GRISSO, *Assessing Competence to Consent to Treatment*, Oxford University Press, 1998, pp. 61 et s. ; Fr. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgelijk Recht*, Anvers, Intersentia, 2000, pp. 545 et 554 (Fr. SWENNEN évoque de possibles *triggers* à l'évaluation de la capacité : des éléments qui, sans être des indicateurs clairs d'incapacité, peuvent faire douter de la capacité du patient et qui doivent donc être vu comme des *motifs d'évaluation* de cette capacité, tout au plus).

[736] *Cf. supra*, Chapitre 1er, Section 2. De quelques obstacles à l'évaluation rationnelle de la capacité de fait du patient.

2. Proposition d'un modèle

a) Une condition indispensable…

Compte tenu de la présomption de capacité et des exigences de la pratique clinique, il n'y a pas lieu d'explorer la capacité du patient au *moindre* doute : encore faut-il que cela en vaille la peine[737]. En effet, explorer concrètement la capacité du patient prend immanquablement un peu de temps, peut générer des conflits, ébranler le patient dans l'image qu'il a de lui-même... La première et seule condition *sine qua non* a donc trait à l'importance de la décision à prendre.

Qu'est-ce qu'une décision *importante* ? Se lancer dans une nomenclature serait aussi fastidieux qu'inutile, mais il faut insister sur un point : la décision *importante* est celle qui a des conséquences sérieuses sur la vie ou la santé du patient, *quel que soit le choix concrètement posé*.

Ainsi, la décision à prendre au sujet d'un cancer est importante en elle-même, peu importe le choix effectif de s'orienter vers une chimiothérapie ou des soins de type palliatif. En ce sens, le terme *grave* aurait pu prêter à confusion, dans la mesure où l'on jugera moins grave la décision de soigner un cancer curable, plutôt que de le laisser suivre son cours. Les conséquences sur la vie du patient semblent en effet moins graves dans le premier cas mais, selon la logique élémentaire, si une décision est grave dans un sens, elle l'est aussi dans l'autre[738].

b) … À cumuler avec une ou plusieurs autre(s) condition(s)

L'importance de l'enjeu est une condition nécessaire mais non suffisante de l'évaluation de la capacité, qui requiert au moins une autre condition au choix parmi les suivantes :

- le conflit persistant entre le patient et le(s) praticien(s) ou avec le(s) proche(s) du patient;
- l'isolement social du patient;
- l'impossibilité de connaître la décision du patient conscient;
- la présence d'un administrateur compétent.

Evidemment, l'urgence éventuellement dictée par la situation empêche parfois les praticiens de réfléchir posément à la capacité du patient. Toutefois, en l'absence d'urgence ou l'urgence passée, l'évaluation formelle de la capacité apparaît dans ces cas comme un outil intéressant.

[737] S. WELIE, *Criteria for assessment of patient competence, A Conceptual Analysis from the Legal, Psychological and Ethical Perspectives*, thèse de doctorat, Universiteit Maastricht, 2008, p. 134.
[738] *Ibidem*, p. 194.

i. Le conflit persistant patient-praticien(s)-proche(s)

L'hypothèse du conflit persistant rappelle, sans fausse naïveté, que la relation de soins idéale vise la décision consensuelle, à mi-chemin entre la science du praticien et les souhaits du patient.

Les proches de ce dernier sont mentionnés car le *colloque singulier* entre *le* patient et *le* praticien se traduit souvent, en pratique, par une rencontre diplomatique entre l'équipe soignante, le patient et ses proches, les membres d'un même groupe n'étant pas forcément sur la même longueur d'ondes. Rejeter simplement les proches qui se manifestent n'est pas une option réaliste : le ressenti des proches du patient, leur relation avec ce dernier, leurs attitudes vis-à-vis des praticiens, etc. sont autant de facteurs susceptibles d'influencer une décision de soins.

Tant qu'il n'y a pas d'urgence à décider, on peut espérer qu'une discussion tripartite praticiens-patient-proches aboutisse à un consensus. Ce dernier – même imparfait – reste la meilleure option et pas seulement par humanisme : l'apaisement de la relation et la construction d'une solution communément acceptée garantissent probablement mieux que toute autre solution la bonne exécution de la décision, par le patient comme par les praticiens.

En cas de conflit persistant, c'est-à-dire que l'on a essayé de trouver un terrain d'entente, éventuellement en faisant appel à la fonction de médiation[739], mais qu'il devient urgent d'obtenir une réponse ou que le conflit s'enlise sans espoir d'en sortir de manière consensuelle, il faut en arriver à trancher. La loi relative aux droits du patient donne aux praticiens les moyens de trancher puisqu'ils sont censés suivre l'avis du patient lui-même ou, en cas d'incapacité de ce dernier, l'avis du représentant désigné par cette même loi[740]. Dans l'hypothèse du conflit persistant, les praticiens doivent pouvoir justifier précisément la façon dont la décision aura finalement été prise : il est donc intéressant de connaître et d'utiliser les critères d'évaluation de la capacité de fait du patient, sur la base desquels les praticiens décideront de considérer le patient comme seul capable de prendre la décision ou convoqueront la personne qui est censée prendre celle-ci, en cas d'incapacité de fait du patient.

À ce moment-là et à ce moment-là seulement, les praticiens doivent expliquer qu'ils suivent un processus découlant de la loi relative aux droits du patient, faute de pouvoir s'appuyer sur une solution consensuelle. Cet usage de la loi est constructif et contribue parfois à un apaisement de la situation. À défaut d'un tel apaisement *in extremis*, l'usage de la loi est défensif, ce qui paraît acceptable s'il s'agit effectivement d'un dernier recours.

En effet, la référence à la loi doit ici intervenir en ultime recours : si le praticien tranche dès le départ, par facilité apparente, il risque de saboter une relation cruciale au bon suivi des décisions

[739] Instaurée par l'art. 11 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient (*cf. infra*, Titre III, Chapitre 2, Section 4. Le rôle de la fonction de médiation).
[740] Art. 14 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

en matière de soins. Le droit est un outil, dont l'usage à contretemps est aussi destructeur que son usage à bon escient peut s'avérer constructif.

ii. L'isolement social du patient

Si la décision est importante et que le patient ne peut s'appuyer sur son entourage social pour s'aider à décider, il semble opportun de s'assurer de sa capacité décisionnelle réelle.

Loin de l'idée d'infantiliser le patient, cette suggestion repose sur la volonté d'éviter une prise de pouvoir inconsciente du praticien. En effet, le praticien est logiquement tenté de considérer comme capable le patient qui suit son avis et comme incapable celui qui lui oppose une certaine résistance. Il ne s'agit pas d'un bon ou d'un mauvais praticien pour autant, c'est simplement le fruit de notre mode normal de pensée : le patient capable suit mon avis parce que celui-ci est bon, sinon je ne le donnerais pas ; le patient qui s'oppose à moi est sans doute incapable, au sens où il ne comprend pas que, dans sa situation, ce que je propose est ce qui lui convient le mieux. C'est parfaitement cohérent et nous aimons la cohérence[741].

Cette cohérence agréable peut toutefois s'obtenir au mépris de la réalité : le patient qui acquiesce pourrait avoir besoin de l'aide d'un tiers pour prendre cette décision ; le patient qui refuse n'est pas pour autant incapable. Il est donc essentiel que le praticien ne s'en tienne pas à ses premières impressions et qu'il explore concrètement la capacité du patient, afin d'en tirer les conclusions qui s'imposent : me fie-je à la décision de ce patient ou serait-il opportun de convoquer un représentant, pour soutenir la décision ?

Le risque de prise de pouvoir inconsciente ou d'amalgames est inhérent à la pratique, mais l'entourage social du patient peut tempérer ce risque, en jouant le rôle de garde-fou. En l'absence d'un tel entourage, le praticien se voit *de facto* doté d'un pouvoir d'influence plus fort, dont il doit pouvoir mesurer l'importance. En ce sens, l'évaluation formelle de la capacité du patient présente l'avantage de mettre à distance les impressions premières du praticien et de l'obliger lui-même à faire preuve de rationalité, tant que faire se peut.

iii. L'impossibilité de connaître la décision du patient conscient

Un patient conscient qui change d'avis constamment ou qui semble tout simplement refuser de parler peut rendre la décision de soins extrêmement difficile à prendre.

La question pourrait se régler facilement, en considérant que le patient qui change d'avis constamment ne satisfait pas à l'un des critères de la capacité, à savoir « communiquer un

[741] D. KAHNEMAN, *Système 1 Système 2 Les deux vitesses de la pensée*, Paris, Flammarion, 2016, pp. 137-139 (*cf. supra*, Chapitre 1er, Section 2, §1er. Biais de raisonnement).

choix », et doit donc être considéré comme incapable. Le patient qui refuse de parler pourrait quant à lui être considéré comme (capable et) refusant l'intervention[742].

Hormis les cas d'urgence, ces solutions de facilité perdent de vue les causes du problème, éventuellement soluble : trouble anxieux, conflit latent, etc. Dans ce contexte, l'évaluation formelle de la capacité pourrait mettre à jour les causes du comportement du patient et permettre d'y remédier, si possible.

De nouveau, le recours à l'évaluation formelle de la capacité du patient représente l'occasion d'une vraie réflexion sur cette capacité et les obstacles à son déploiement.

iv. La présence d'un administrateur compétent

Le juge de paix ne peut aujourd'hui plus déclarer une personne protégée officiellement incapable d'exercer ses droits de patient, en général. Il doit par contre préciser si l'administrateur de la personne est compétent pour exercer les droits du patient, dans l'hypothèse où un praticien de la santé estimerait le patient incapable de ce faire[743].

Cette obligation résiduelle du juge de paix n'implique pas, pour ce dernier, d'évaluer la capacité de fait de la personne protégée d'exercer ses droits de patient, puisque cette compétence d'évaluation est désormais exclusivement attribuée aux praticiens professionnels, dans la logique de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. En se prononçant sur la compétence subsidiaire de l'administrateur, le juge de paix saisit plutôt l'occasion de remédier à l'absence d'un entourage social pouvant représenter la personne protégée dans l'exercice de ses droits de patient, le cas échéant.

L'administrateur compétent ne doit donc intervenir que si le praticien estime le patient incapable de fait. À ce sujet, la loi relative aux droits du patient est limpide : si le patient s'avère apte à prendre la décision seul, alors cela lui revient de plein droit, quel que soit son statut juridique par ailleurs[744].

Lorsque la décision s'avère importante, toutefois, le praticien ferait mieux de s'appuyer sur une évaluation de la capacité de fait du patient avant de laisser la décision reposer sur les seules épaules de ce dernier. Une fois n'étant pas coutume, cette dernière suggestion se justifie davantage par le souci de protection juridique des praticiens que par l'intérêt du patient : le praticien qui estime capable de fait un patient pourvu d'un administrateur compétent doit

[742] Par contre, le refus de parler ne pourrait pas être assimilé à un consentement donné implicitement, lequel doit pouvoir se déduire du comportement *univoque* du patient ; en outre, pour peu que l'intervention ne soit pas routinière, le praticien aura tendance à solliciter un consentement exprès (G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 164-165).
[743] Art. 492/1, §1er, al.4, du Code civil.
[744] Art. 14, §1er, al. 1er, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

pouvoir correctement expliquer sa démarche à l'administrateur et, éventuellement, aux proches du patient.

3. Conséquence : une irréfragabilité illégale ?

Par rapport aux motifs d'évaluation classiques[745], ceux suggérés ci-dessus présentent l'avantage de moins se focaliser sur la seule personne du patient, pour défendre une vision sociale et pragmatique de la capacité et de son évaluation. Par ailleurs, ces motifs sont valables pour tous les patients, indépendamment du diagnostic ou de la *compliance*[746] supposée.

Comme cela a déjà été signalé, pour préserver la raison d'être de la présomption de capacité de fait, il convient de limiter les circonstances dans lesquelles elle peut se voir remise en question. Une possibilité consiste à décider que lorsque certains motifs d'évaluation ne sont pas rencontrés, la présomption de capacité doit être considérée comme irréfragable : le praticien, quels que soient ses doutes, devrait donc considérer le patient comme capable.

Les motifs d'évaluation servent donc à limiter les cas dans lesquels les praticiens évaluent la capacité de fait du patient. En l'absence de tels motifs, la présomption de capacité doit s'appliquer, même dans les cas où les praticiens auraient spontanément eu tendance à la remettre en cause, en raison d'un désaccord, d'un diagnostic de trouble mental, du grand âge du patient, etc. En forçant ses destinataires à considérer le patient comme capable, la présomption peut influencer leur état d'esprit et faire évoluer la société conformément aux valeurs qu'elle reflète. En ce sens, la présomption irréfragable joue un rôle éducatif et performatif indéniable[747].

L'irréfragabilité de la présomption de capacité de fait n'est pas expressément prévue par la loi, mais elle représente le seul moyen de respecter cette présomption. Sans limitation de la réfragabilité de la présomption de capacité du patient, celle-ci risque d'être vidée de sa substance dans la pratique des soins. Le modèle défendu repose dès lors sur un argument juridique fondamental : l'effectivité d'une règle de droit. Le but des présomptions est d'influencer la réalité et cela peut demander, comme en l'occurrence, un aménagement juridico-pratique.

Le débat concernant les motifs d'évaluation de la capacité d'un patient reste ouvert. Le modèle proposé constitue une simple étape dans la recherche de procédures moins stigmatisantes ou discriminantes, particulièrement lorsque le patient vit avec un trouble mental. Considérer la

---

[745] Cités *supra* : mesure d'incapacité juridique ou d'hospitalisation sous contrainte par le juge de paix, refus du traitement recommandé, consentement à un traitement particulièrement invasif ou risqué, diagnostic de trouble mental, changement abrupt dans l'état mental.

[746] Selon le terme anglophone traduit par « compliance », « observance (de la prescription médicale) » (G. S. HILL, *Dictionnaire Français-Anglais Anglais-Français des termes médicaux et biologiques et des médicaments*, Paris, Flammarion, 2005).

[747] Ch. PERELMAN, « Présomptions et fictions en droit. Essai de synthèse », *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 341.

capacité de fait du patient comme une présomption légale parfois irréfragable permet de traduire juridiquement certains aspects essentiels de cette capacité et d'ouvrir la discussion sur un encadrement pertinent, tant en droit qu'en pratique[748].

Section 3. Le soutien à la capacité du patient

§1er. De l'évaluation informelle à l'évaluation formelle

La présomption de capacité n'a de sens que si elle va de pair avec l'obligation de tenter d'aplanir tant que possible les obstacles au processus décisionnel du patient, même si cela implique, dans certains cas, de différer la prise de décision. Sauf urgence, mieux vaut une décision différée qu'une décision substituée. Le soutien approprié de la capacité de fait du patient est un moyen d'éviter d'en venir trop vite à une évaluation formelle.

Les praticiens sont supposés évaluer en permanence la capacité de fait des patients auxquels ils s'adressent. Dans la plupart des cas, ces évaluations sont informelles, voire inconscientes, et consistent simplement en la non-remise en question de la présomption de capacité des majeurs[749] ou en la constatation d'une incapacité évidente, comme en cas de coma.

Dans les cas où le praticien doute, intuitivement, des aptitudes décisionnelles du patient, il a le devoir de pousser plus avant son investigation, au moyen d'une évaluation formelle, guidée par une procédure spécifique. Puisqu'il remet en effet en cause la présomption de capacité du patient, il est logique qu'il assure la traçabilité de son raisonnement et qu'il s'appuie sur des motifs d'évaluation, comme ceux décrits *supra*[750]. Toutefois, même dans de telles circonstances, il vaut mieux s'éviter la peine de l'évaluation formelle, s'il est possible de lever les obstacles au processus décisionnel du patient.

Par conséquent, avant même de se lancer dans une évaluation formelle, le praticien doit tenter d'identifier les causes de l'incapacité soupçonnée et essayer d'y remédier : il se peut que rassurer une personne angoissée, traiter un épisode dépressif, lui réexpliquer la situation en s'adaptant à son niveau de connaissances, etc. permette à la personne concernée d'être en mesure de prendre elle-même une décision[751]. Il n'y va pas que de la qualité de l'information transmise. Chaque élément compte : le bon moment, le bon environnement, les bonnes

---

[748] En ce sens, S. WELIE, *Criteria for assessment of patient competence, A Conceptual Analysis from the Legal, Psychological and Ethical Perspectives*, thèse de doctorat, Universiteit Maastricht, 2008, p. 136 : « *In any case, the suggested presumption or fiction of law has the advantage of allowing the normative considerations that now implicitly influence PDMC [patient decision-making capacity] assessments, to be brought up for explicit discussion (and for criticism with that)* ».

[749] P. APPELBAUM, « Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment », *N Engl J Med*., 2007, 357(18), p.1837; l'auteur parle, plus précisément, d'évaluation « implicite » ou « explicite ».

[750] *Cf. supra*, section 2, §2, 2. Proposition d'un modèle.

[751] L. GANZINI, L. VLICER, W. NELSON, A. DERSE, « Pitfalls in Assessment of Decision-Making Capacity », *Psychosomatics*, 2003, p. 241; KNMG, « Implementatie van de WGBO. Van de wet naar praktijk. Deel 2 Informatie en toestemming », juin 2004, www.knmg.nl, p. 119; P. APPELBAUM, « Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment », *N Engl J Med*., 2007, 357(18), p.1838.

personnes, etc. Afin de tenter de réunir les conditions optimales d'une évaluation de la capacité et d'obtenir ainsi le résultat le plus fiable possible, l'évaluation devrait logiquement s'étaler sur un certain laps de temps[752].

L'évaluation formelle de la capacité ne devrait dès lors avoir lieu qu'après avoir considéré les moyens permettant à quelqu'un d'exercer lui-même ses droits. Une telle réflexion serait toutefois stérile si elle ne prenait pas en compte les évidentes contraintes de la pratique[753] :

- Contrainte économique : quel praticien de la santé peut, aujourd'hui, consacrer des heures au soutien de la capacité décisionnelle d'un patient ?

- Contrainte humaine : les praticiens sont des êtres humains, qui n'échappent ni aux biais de raisonnement, ni à l'injuste répartition naturelle des talents. Certains sont moins doués que d'autres pour soutenir le patient dans l'exercice de ses facultés décisionnelles. Il semble plus réaliste encore de considérer que le tempérament d'un praticien correspondra mieux à tel patient et que celui d'un autre praticien sera plus apprécié par tel autre patient.

- Contrainte logique : à trop soutenir les facultés décisionnelles du patient, ne risque-t-on pas, en réalité, de décider à sa place ? Jusqu'où « soutenir » ? La frontière entre un soutien optimal et une décision substituée, par le praticien impliqué, paraît finalement assez floue.

Ces problèmes sont inhérents à toutes les pratiques de soins. Leurs conséquences peuvent toutefois être adoucies par l'implication des proches du patient, d'entrée de jeu[754]. Bien que la représentation du *colloque singulier* soignant-soigné reste ancrée dans nos mentalités, un certain pragmatisme justifie une réflexion sur le rôle des proches comme soutien à la capacité du patient.

En pratique, en effet, compte tenu de la complexité de la décision à prendre et de la culture familiale du patient, la discussion a souvent lieu entre une équipe soignante, le patient et ses proches[755]. La loi relative aux droits du patient reflète d'ailleurs cette réalité, à travers la prise

[752] A titre d'exemple, le droit anglais attache au soutien de la capacité une importance considérable : le *Mental Capacity Act* précise ainsi expressément que l'on ne peut considérer une personne comme incapable de prendre une décision si l'on n'a pas d'abord tenté de l'aider par tous les moyens raisonnables, tandis que le *Code of Practice* consacre un chapitre entier à la question de savoir comment aider quelqu'un à construire sa propre décision (DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, « Mental Capacity Act 2005 Code of Practice », 2007, www.gov.uk, pp. 29-39 : « 3 How should people be helped to make their own decisions? »).
[753] S. WELIE, *Criteria for assessment of patient competence, A Conceptual Analysis from the Legal, Psychological and Ethical Perspectives*, thèse de doctorat, Universiteit Maastricht, 2008, pp. 133-134.
[754] *Ibidem*, p. 134.
[755] Les développements qui suivent sont en partie inspirés d'un article écrit en collaboration avec J.-M. VAN GYSEGHEM sur « Les proches du patient et la loi », *Ethica Clinica*, n° 83, 2016, pp. 40-55.

en compte de la « personne de confiance » [756] et par les personnes qu'elle désigne comme représentants en cas d'incapacité de fait du patient[757].

Indépendamment de la question de la capacité de fait du patient, ses proches sont souvent partie prenante à la discussion et leur implication peut rendre superflue une évaluation formelle de la capacité du patient. Il faut s'en réjouir : le patient ne vit pas avec les praticiens de la santé et ne peut donc être soutenu, à long terme, que par ses proches. Leur implication relève dès lors du bon sens, avant même de s'interroger sur la capacité du patient.

§2. Qui sont les « proches » du patient ?

La notion de « proche » n'est pas aisée à circonscrire : « le terme de proche renvoie à une réalité subjective et affective mais aussi à une notion légale. Subjectivement, peut être dite proche toute personne de l'entourage d'un patient, ce qui est assez vague »[758].

La définition de ce rôle pratique et intuitif ne peut être cernée sans l'aide des acteurs de terrain, ce pourquoi nous accordons une importance particulière à ce qu'en disent les associations *Aidants Proches* et *Similes*.

L'asbl *Aidants Proches*, fondée fin 2006 grâce au soutien de la Fondation Roi Baudouin, se bat pour faire reconnaître des droits aux *aidants proches* et apporter à ces derniers informations et soutien. Elle définit l'aidant proche de deux façons : une première définition correspond à la « réalité sociétale » de celui-ci, quand bien même il ne remplirait pas (encore) les critères légaux pour être officiellement considéré comme aidant proche ; la seconde définition renvoie quant à elle à un statut susceptible d'ouvrir des droits. L'« aidant proche » est dès lors « toute personne qui apporte régulièrement son aide à un proche en déficit d'autonomie », sachant que « cette aide répond à des besoins particuliers et est accomplie en dehors de celle réalisée dans le cadre d'une rémunération professionnelle ou de volontariat défini par la loi du 3/07/2005 »[759]. Il s'agit, plus particulièrement, de « la personne de l'entourage qui, à titre non professionnel et avec le concours d'intervenants professionnels, assure un soutien et une aide continue et/ou régulière à une personne en situation de (~~grande~~) dépendance définie par Arrêté Royal, à domicile et tenant compte de son projet de vie »[760].

---

[756] Art. 7 et 9 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[757] Art. 14, §1er et §3, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[758] R. MISAWSKI, « Les Droits des proches de la personne malade », Saint-Louis Réseau Sein, disponible sur http://www.saint-louis-reseau-sein.org/documents_pdf/proches_plaquette.pdf, 2008, p. 1 (l'auteur relevant du droit français, il se réfère à la loi française n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, d'où l'expression peu habituelle en Belgique de « personne malade » pour désigner le patient).
[759] AIDANTS PROCHES ASBL, « Les aidants proches, ressources indispensables des familles. Resteront-ils toujours invisibles dans votre projet socio-politique ? Mémorandum – Elections du 25 mai 2014 », 19 décembre 2013, disponible sur www.aidants-proches.be, p. 1 (allusion à la loi du 3 juillet 2005 relative aux droits des volontaires).
[760] AIDANTS PROCHES ASBL, *ibid.* La « situation de grande dépendance » est devenue une « situation de dépendance », suite à la loi du 17 mai 2019 établissant une reconnaissance des aidants proches, qui modifie la loi du 12 mai 2014, désormais intitulée « loi relative à la reconnaissance de l'aidant proche ». L'arrêté royal assurant

Plus spécifiquement liée à la santé mentale, l'asbl Similes réunit des « familles et amis de personnes atteintes de troubles psychiques » également à des fins de soutien, d'information et d'action auprès des pouvoirs publics[761]. Similes estime que « toute personne concernée et bénéficiant si possible de la confiance du patient peut faire partie de l'entourage proche, sans qu'il y ait de hiérarchie naturelle à respecter »[762] .

De ces deux approches, nous pouvons déduire les éléments-clés suivants : le proche du patient est la personne qui

- aide ou pourrait aider le patient,
- de manière non professionnelle et à titre gratuit,
- dans le cadre d'une relation préexistante, qu'elle soit ou non de nature familiale.

Sans être légale, cette définition respecte l'esprit de la loi et couvre la grande majorité des personnes susceptibles de se manifester en tant que proches du patient.

Bien qu'elle ne définisse pas les proches, la loi relative aux droits du patient tient compte du rôle important que l'entourage du patient peut être amené à jouer.

Premièrement, le patient peut toujours voir sa capacité soutenue par la « personne de confiance » :

> Le patient a le droit de se faire assister par une personne de confiance ou d'exercer son droit sur les informations visées au § 1er par l'entremise de celle-ci. Le cas échéant, le praticien professionnel note, dans le dossier du patient, que les informations ont été communiquées, avec l'accord du patient, à la personne de confiance ou qu'elles ont été communiquées au patient en la présence de la personne de confiance, et il note l'identité de cette dernière. En outre, le patient peut demander explicitement que les données susmentionnées soient inscrites dans le dossier du patient[763].
>
> Le patient a droit à la consultation du dossier le concernant.
> (…)
> A sa demande, le patient peut se faire assister par une personne de confiance désignée par lui ou exercer son droit de consultation par l'entremise de celle-ci. Si cette personne est un praticien professionnel, elle consulte également les annotations personnelles visées à l'alinéa 3. Le cas échéant, la demande du patient est formulée par écrit et la demande, ainsi que l'identité de la personne de confiance, sont consignées ou ajoutées au dossier du patient [764].

son application s'est quant à lui fait attendre jusqu'en 2020 (arrêté royal du 16 juin 2020 portant exécution de la loi du 12 mai 2014 relative à la reconnaissance de l'aidant proche et à l'octroi de droits sociaux à l'aidant proche ; sur ce délai, voyez, entre autres, S. GROFILS, « Aidants proches : à quand plus de droits ? », 23 juin 2016, www.laligue.be).

[761] www.similes.org

[762] SIMILES, *Les familles comme partenaires de soins en santé mentale. Guide pratique à l'usage des soignants*, Chênée, ASBL Similes Wallonie, 2013, p. 4 (disponible sur www.psy107.be).

[763] Art. 7, §2, al. 3, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

[764] Art. 9 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

Concrètement, la « personne de confiance » désigne les proches du patient, apparentés ou non, qui assistent aux entretiens ou aux soins, avec l'accord présumé du patient, et qui jouent *de facto* un rôle dans la prise de décision de ce dernier. Je doute du respect permanent des exigences formelles de la loi quant à la tenue du dossier, mais la « personne de confiance » a ceci de bon qu'elle légitime la présence de proches du patient capable. Le pluriel est utilisé à dessein, rien n'empêchant le patient d'avoir plusieurs personnes de confiance. Evidemment, on peut imaginer qu'en cas de conflit, le praticien sollicite la désignation formelle d'une seule personne de confiance.

Deuxièmement, pour rappel, le patient considéré comme incapable sera représenté, en ordre de priorité, par

- le mandataire préalablement désigné ;
- l'administrateur de la personne s'il est compétent, en vertu de l'ordonnance qui l'a désigné ;
- son conjoint cohabitant ;
- un enfant majeur ;
- un parent ;
- un frère ou une sœur majeurs[765].

Ces représentants sont tous susceptibles d'être des proches, au sens *social* déterminé ci-dessus, bien que le législateur vise essentiellement les proches au sens *familial*, y compris en ce qui concerne l'éventuel administrateur de la personne[766].
En principe, le représentant doit, lui aussi, soutenir la capacité du patient, en associant ce dernier « à l'exercice de ses droits autant qu'il est possible et compte tenu de sa capacité de compréhension »[767]. L'expression « soutenir la capacité » du patient considéré comme incapable par le praticien n'est pas abusive : en effet, la décision de s'adresser à un représentant ne signifie pas que le patient est totalement et irrévocablement incapable, mais simplement que sa capacité de fait n'est pas jugée suffisante pour l'exercice indépendant de ses droits de patient.

La ligne tracée par la loi entre le patient capable et le patient incapable ne doit pas faire oublier qu'en pratique, les choses se vivent dans un *continuum* : indépendamment de l'évaluation de la capacité par le praticien, les proches soutiennent en principe la capacité du patient, de manière plus ou moins intense et plus ou moins appropriée, pour un œil extérieur.

---

[765] Art. 14 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. *Cf. supra*, Première partie, Titre I, Chapitre 3. Droits du patient et statut de protection conforme à la dignité humaine : la capacité dans les soins de santé aujourd'hui.
[766] Art. 496/3 du Code civil : « Le juge de paix choisit de préférence, comme administrateur de la personne, les parents ou l'un des deux parents, le conjoint, le cohabitant légal, la personne vivant maritalement avec la personne à protéger, un membre de la famille proche, une personne qui se charge des soins quotidiens de la personne à protéger ou qui accompagne la personne à protéger et son entourage dans ces soins, ou une fondation privée, qui se consacre exclusivement à la personne à protéger ou une fondation d'utilité publique qui dispose, pour les personnes à protéger, d'un comité institué statutairement chargé d'assumer des administrations, en tenant compte de l'opinion de celle-ci ainsi que de sa situation personnelle, de ses conditions de vie et de sa situation familiale ».
[767] Art. 14, §4, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

Cette vision coïncide avec l'idée d'une autonomie toujours relationnelle, exposée dans la première partie de cette recherche, qui a défini l'autonomie comme « une capacité de poser des valeurs ou des préférences, qui se construit, se développe, se traduit en décisions et en actions à travers la relation à autrui »[768]. Que le patient soit considéré comme capable ou incapable d'exercer ses droits, ses proches peuvent soutenir ses aptitudes et renforcer, de ce fait, son autonomie.

Le législateur a compris que les proches pouvaient agir comme leviers de la capacité du patient, puisqu'il les associe en les assignant un rôle de « personne de confiance » ou de représentant du patient incapable. Compte tenu de la présomption de capacité, il convient de pousser la logique sociale jusqu'au bout : la capacité du patient n'est pas purement individuelle. Par conséquent, si le patient et ses proches ont développé un fonctionnement collaboratif, il y a lieu de considérer le patient comme capable, à moins qu'il existe des motifs d'évaluation de la capacité.

§3. Les proches et la capacité

La capacité de fait n'est pas un phénomène purement individuel. Pour prendre des décisions importantes, à partir d'informations à analyser, nous avons le plus souvent besoin d'en discuter avec les praticiens mais aussi avec nos proches.

Pour les patients d'emblée considérés comme capables, cet état des choses ne soulève pas beaucoup de questions : le patient consulte qui il veut et l'utilisation plus ou moins intensive de ses ressources sociales n'apparaît finalement que comme l'exercice même de sa capacité.

Face à une capacité individuelle vacillante, par contre, dans quelle mesure peut-on tenir compte du fait que l'entourage du patient pallie certaines défaillances ?

1. Les juridictions cantonales comme source d'inspiration

La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient place finalement les praticiens professionnels dans une situation comparable à celle d'un juge de paix statuant sur une demande de protection judiciaire : en s'appuyant sur des éléments factuels, le praticien comme le juge doit se prononcer sur la capacité d'une personne à exercer ses droits. Certaines lignes directrices de la mission du juge de paix semblent donc pouvoir être transposées au contexte de l'évaluation de la capacité de fait du patient par un praticien, notamment en ce qui concerne le rôle des proches.

En effet, les juges de paix tiennent compte du soutien social de la personne pour laquelle une mesure d'incapacité est sollicitée. Certaines décisions traduisent remarquablement le souci de

[768] *Cf. supra*, Première partie, Titre II, Chapitre 1er. L'autonomie, une capacité entre indépendance et interaction.

ne désigner un administrateur qu'à défaut d'encadrement social suffisant à pallier l'incapacité de fait éventuellement constatée[769] :

> Les articles 488/1 et 492 du Code civil, précisent qu'une mesure de protection doit être mise en œuvre lorsque cela est nécessaire et lorsque le juge constate l'insuffisance de la protection légale ou extrajudiciaire. En d'autres termes, la mesure de protection doit être prise lorsque la protection des intérêts de la personne protégée le nécessite.
> Il résulte des documents de procédure et de l'instruction de l'audience que du point de vue des droits de la personne, aucune difficulté ne se présente, la personne protégée étant correctement entourée et aucune décision particulière ne devant être prise.
> Le juge de paix considère dès lors qu'une mesure de protection concernant la personne n'est pas nécessaire[770].

> M., même s'il est manifestement limité dans ses capacités intellectuelles, paraît d'une part savoir ce qu'il veut et pour ce qu'il n'est pas capable d'assumer seul semble se faire aider correctement, l'expérience témoigne du fait que sa vie se déroule sans problème particulier.
> Dans l'état actuel des choses, le juge de paix estime qu'il n'y a pas lieu de désigner un administrateur de la personne car la mesure n'aurait comme seul effet d'enlever à la personne protégée toute possibilité d'encore prendre ses propres décisions ou choisir les personnes en qui il fait confiance[771].

> Les enfants ne s'entendent pas tout à fait sur cette question [de donation immobilière] et si la personne à protéger a une conscience suffisante pour choisir en connaissance de cause son projet, elle ne semble pas capable de déterminer seule les modalités précises de celui-ci.
> Par ailleurs, les enfants s'occupent ensemble de leur mère qui habite la même maison que sa fille qui est en même temps la maison voisine occupée par le fils.
> De même, il semble bien que les enfants s'occupent en bonne intelligence de la gestion courante du patrimoine.
> Le juge de paix en conclut qu'une protection générale n'est pas nécessaire au sens de l'article 488/1 du Code civil, mais qu'une mesure d'assistance s'impose en ce qui concerne la donation[772].

Si cette façon de faire relève du bon sens, c'est également la seule compatible avec la loi, qui précise que le juge de paix décide d'une mesure de protection « lorsque et dans la mesure où il en constate la nécessité »[773]. Dans la droite ligne des recommandations internationales, cette

---

[769] Jurisprudence déjà citée *supra* (*Cf.* Titre I, Chapitre 2, Section 1ère, §2, 3. Et la C.I.F. là-dedans ?) et commentée par Fr. DEGUEL, « L'incapacité des majeurs sous la loupe des magistrats », *Actualités du droit des personnes et des familles. Le point en 2018*, Limal, Anthémis, pp. 81 et s. Je souligne.
[770] J.P. Forest, 3 mai 2016, *J.J.P.*, 2017, p. 475.
[771] J.P. Forest, 28 sept 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 391.
[772] J.P. Forest, 3 novembre 2016, *J.J.P.*, 2017, p. 473.
[773] Art. 492, §1er, du Code civil. Notons que le cas inverse peut exister : celui où l'absence d'entourage aidant conduit le juge à ordonner une mesure de protection – sous la forme d'une assistance – le temps d'examiner plus avant la capacité réelle de la personne concernée (J.P. Bruxelles, 22 octobre 2014, *J.J.P.*, 2015 p. 340, déjà commentée *supra* (*Cf.* Titre I, Chapitre 2, Section 1ère, §2, 3. Et la C.I.F. là-dedans ?).

jurisprudence se soucie particulièrement du respect des principes de subsidiarité, nécessité et proportionnalité[774].

2. La cocapacité des patients

Le terme de « cocapacité » est inspiré par le bref récit d'un neurologue[775], relatant son entretien avec une patiente quasi-nonagénaire, à qui il faisait passer le « MMS »[776]. Le mari de la patiente, voyant que sa femme se trompait souvent et commençait à paniquer, essayait de l'aider en lui soufflant les réponses. Compte tenu des soixante-sept ans de vie commune de ce couple, le médecin décida alors de les laisser passer le test à deux, ce qui évita à la patiente un diagnostic de maladie d'Alzheimer ou de démence sénile. Là où cela devient particulièrement intéressant, c'est que l'auteur estime que sa décision se justifie scientifiquement. Il rappelle tout d'abord qu'un « diagnostic de certitude »[777] n'est pas un préalable indispensable aux « seules méthodes thérapeutiques ayant apporté leurs preuves sur l'Alzheimer », à savoir « les caresses, l'exercice, les stimulations et l'affection de l'entourage »[778]. Il précise également qu'au-delà d'un certain nombre d'années de vie commune, les facultés des conjoints s'influencent irrémédiablement. Par conséquent, il faudrait « considérer que l'autonomie et la cognition, évaluées sur un seul individu du couple, sont des valeurs inexactes, biaisées par l'amputation de son co-effecteur métabolique, endocrinien et cognitif »[779].

Nous connaissons tous des cas similaires. Une personne de ma connaissance a perdu toute mémoire à court (voire moyen) terme et ne peut plus vivre que grâce à celle de son mari, sans qu'aucun diagnostic spécifique de démence ait été posé. Les exemples les plus frappants de cette espèce de *cocapacité* concernent probablement plus souvent des personnes d'un certain âge, mais il est tout à fait envisageable d'étendre la réflexion : quelle que soit l'origine des fragilités cognitives des patients, nombre d'entre eux – d'entre nous – échoueraient à des tests de capacité décisionnelle individuelle, fondés qui plus est sur un modèle de rationalité idéalisée.

Lorsque le praticien se retrouve face à un patient et aux proches de ce dernier, il tiendra en principe spontanément compte de la *cocapacité*, du moins tant que tout se passe bien. S'il juge

---

[774] Principes 5 et 6 de la Recommandation N° R (99) 4 du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables ; Recommandation CM/Rec(2009)11 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité ; art. 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

[775] L. PÉRINO, « Test mental », *Des échelles pour prendre soin. Cailloux pour sentiers fragiles*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2009, pp. 75-76.

[776] Note de l'auteur : « Mini Mental Test avec l'invasion anglo-saxonne. En français : mini test mental. Les langues vivantes ont fait passer MMS dans les mœurs, et comme souvent, on finit par oublier la signification exacte du sigle ».

[777] Note de l'auteur : « Les autorisations de mise sur le marché des médicaments prétendus innovants exigent souvent un diagnostic certain avant prescription. C'est pourquoi toutes les publications de l'industrie pharmaceutique poussent "très éthiquement" plus au diagnostic qu'à la prescription ».

[778] Note de l'auteur : « Abbott RD *et al.* La marche améliore la maladie, *JAMA* 2004 ; 292 : 1447-53. Weuve J. L'exercice physique aussi, *JAMA* 2004 ; 292 : 1454-61 ».

[779] L. PÉRINO, « Test mental », *Des échelles pour prendre soin. Cailloux pour sentiers fragiles*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2009, p. 76.

l'entourage *incapacitant* plutôt que *capacitant* et que le conflit pointe, il pourrait alors songer à évaluer individuellement la capacité du patient, ce qui ramène à l'idée de motifs acceptables de cette évaluation : tant que tout se passe sans heurts, il est judicieux d'accepter que l'entourage pallie l'incapacité éventuellement constatée ou soupçonnée dans le chef du patient.

Il y va aussi, de nouveau, du respect des principes de base en la matière – nécessité, subsidiarité, proportionnalité – et plus spécifiquement ici du principe de proportionnalité : l'évaluation des fonctions cognitives individuelles, par un « MMS » ou un test d'évaluation de la capacité[780], peut s'avérer une épreuve pour le patient. Sachant cela, le praticien peut se demander si la fin justifie les moyens et faire preuve de souplesse lorsqu'il lui semble que l'entourage du patient soutient efficacement la capacité de ce dernier.

Lorsque l'entourage n'apparaît pas comme bienveillant, aux yeux des praticiens, et que le conflit persiste, c'est une raison d'évaluer la capacité du patient. Si, au terme de cette évaluation, le patient est estimé capable, son avis sera suivi, malgré l'éventuelle mauvaise influence des proches. Si le patient est estimé incapable, un représentant devra peut-être être désigné parmi ces proches et dans ce cas la loi permet, le cas échéant, de déroger à la décision du représentant « dans l'intérêt du patient et afin de prévenir toute menace pour sa vie ou toute atteinte grave à sa santé »[781].

§4. Aider les aidants, dans le respect du secret professionnel

Si les proches du patient influencent la capacité de ce dernier, le soutien à la capacité du patient passe aussi par le soutien aux aidants proches. Bien que les initiatives en ce sens se multiplient, il semble que l'obligation au secret professionnel ait été souvent invoquée comme un obstacle au soutien des proches du patient.

Je souhaite ici plaider pour une conception réaliste du secret professionnel, à l'égard des proches du patient. Il faut cesser de s'adonner à des amalgames confortables pour les juristes mais délétères pour les praticiens, les patients et leurs proches.

Voici deux anecdotes vécues à des colloques auxquels j'ai assisté et où la réponse rigide de l'intervenant-juriste a plongé l'assemblée dans le désarroi (colérique, pour certains).

> 1ère anecdote. Lors d'un colloque sur le secret professionnel, un médecin généraliste explique que lorsqu'elle rend visite à un patient à son domicile, même si elle s'entretient

[780] A ne pas confondre : un test mental tel que le célèbre « MMS » n'est pas un test d'évaluation de la capacité, bien que tous deux mesurent des fonctions cognitives. *Cf. infra*, Chapitre 3, Section 2, §2, 1. Evaluation d'un processus, procédure d'évaluation.

[781] Art. 15, §2 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. En cas de conflit entre plusieurs personnes susceptibles de représenter le patient, c'est également le praticien qui prendra la décision (art. 14, §3, al. 3 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient). Enfin, dans les cas de conflits graves et récurrents, on peut imaginer que des praticiens initient une demande de protection judiciaire, afin de solliciter la désignation d'un administrateur professionnel compétent pour l'exercice des droits du patient.

éventuellement seule avec le patient, la famille « lui saute dessus » dès qu'elle sort de la chambre, ce qui la met parfois mal à l'aise. Pris de court, l'intervenant juriste commence par répondre : « Vous devez vous taire… » – Tollé dans la salle – il n'a pas pu achever.

2ème anecdote. À un colloque organisé par une association de proches de patients présentant des troubles psychiques, une dame prend la parole pour expliquer qu'une institution psychiatrique a refusé pendant des années de lui communiquer quoi que ce soit sur la maladie qui ravageait son fils, au nom du secret professionnel. L'intervenant juriste commence par répondre : « C'est tout à fait normal… » – Je n'ai pas entendu la suite.

Au cours d'une décennie d'expériences de colloques, séminaires et autres « Glem »[782], j'ai commis nombre de maladresses qui m'ont valu la colère, voire le mépris, de certains praticiens de la santé. La certitude que « ça n'arrive pas qu'à moi » est donc plutôt réconfortante. Cela dit, ces deux anecdotes m'ont conduite à m'interroger sur une façon de concilier les règles garantissant le secret professionnel et les impératifs d'une pratique qui a souvent besoin des proches du patient.

Les politiques de santé actuelles convergent vers des séjours en institutions les plus rares et les plus brefs possibles[783]: les patients ne sortent plus de l'institution de soins lorsqu'ils sont guéris mais dès qu'il est possible d'assurer la continuité des soins à domicile, tant pour des maux physiques que pour des troubles mentaux. Les proches du patient sont devenus les premiers partenaires de soin, ce que reflètent différentes évolutions législatives.

Ainsi, le statut d'« aidant proche », déjà mentionné, a été créé en 2014[784]. Par ailleurs, la procédure de mise en observation[785] a été revue en 2017 dans le but d'améliorer l'implication des proches : « Cette proposition de loi vise à améliorer la protection des malades mentaux en augmentant le nombre de personnes à entendre pour que le juge de paix ait une vision plus complète de la situation. Elle confère ainsi à la famille proche le droit d'être entendue, un droit obligatoire mais conditionnel ("si possible"). Pour optimiser la communication, la famille proche est également informée de toutes les décisions (judiciaires) prises, de la mise en observation à la postcure »[786].

---

[782] « Le Glem, groupe local d'évaluation médicale
Un Glem est un groupe de pairs, médecins ou pharmaciens biologistes, qui partagent et évaluent de manière critique leurs pratiques médicales (peer review) pour promouvoir la qualité des soins.
Pour obtenir ou maintenir votre accréditation, vous devez faire partie d'un Glem(…) » (www.inami.fgov.be).

[783] En particulier en santé mentale, la « réforme 107 », lancée en 2010, a permis la constitution d'équipes mobiles (R. LAGUESSE et M. LAMBERT, « PSY 107 : Enquête sur l'implication des acteurs de terrain wallons dans les réseaux 107 », Septembre 2016, disponible sur http://sante.wallonie.be). Cette réforme des soins en santé mentale tire son nom de l'article 107 de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins, permettant d'affecter une partie du budget des hôpitaux à des projets pilotes destinés à développer des réseaux de soins en santé mentale. Dans les hôpitaux généraux, le système d'enveloppes budgétaires fermées pousse les gestionnaires à raccourcir tant que possible les séjours des patients.

[784] Loi du 12 mai 2014 relative à la reconnaissance de l'aidant proche.

[785] Loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux.

[786] Proposition de loi modifiant la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux, Résumé, *Doc. parl.*, Chambre, 2014-2015, n° 0765/001, p. 1 ; voy. aussi l'avis de l'Autorité de Protection des

Compte tenu du rôle de soignant quotidien assumé par de nombreux proches, il est inconcevable de les tenir à distance au motif du secret professionnel, purement et simplement. Cela reviendrait à négliger une part importante des ressources humaines en matière de soins. Comme cela a déjà été mentionné, la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient implique également les proches en tant que personnes de confiance[787] ou représentants lorsque le patient est considéré comme incapable[788].

Quand le patient entretient de bonnes relations avec certains proches, le praticien peut donc a priori considérer ces proches comme des « personnes de confiance ». En cas de doute sur la bienveillance ou la discrétion de proches, il sera toujours temps de rappeler l'obligation au secret ou les droits du patient, afin de pouvoir s'entretenir en privé avec le patient et s'assurer de sa volonté d'associer certains proches :

> Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice ou devant une commission d'enquête parlementaire et celui où la loi, le décret ou l'ordonnance les oblige ou les autorise à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement d'un an à trois ans et d'une amende de cent euros à mille euros ou d'une de ces peines seulement[789].

> Art. 10. § 1er. Le patient a droit à la protection de sa vie privée lors de toute intervention du praticien professionnel, notamment en ce qui concerne les informations liées à sa santé.
> Le patient a droit au respect de son intimité. Sauf accord du patient, seules les personnes dont la présence est justifiée dans le cadre de services dispensés par un praticien professionnel peuvent assister aux soins, examens et traitements.
> § 2. Aucune ingérence n'est autorisée dans l'exercice de ce droit sauf si cela est prévu par la loi et est nécessaire pour la protection de la santé publique ou pour la protection des droits et des libertés de tiers[790].

Dans les cas où le patient n'entretient pas de bonnes relations avec ses proches, les institutions doivent travailler à développer une politique

- assurant le respect du secret et préservant la relation de confiance entre le patient et le professionnel traitant ;
- rétablissant le lien avec les proches dont l'aide est nécessaire, comme c'est souvent le cas pour les proches de patients vivant avec un trouble mental ;
- soutenant ces proches dans leur rôle de soignant de toute première ligne.

Le praticien traitant peut intégrer la question des proches à la discussion avec le patient : dans la mesure où ces proches sont ou seront impliqués, par exemple parce que le patient vit avec

---

Données, « Proposition de loi modifiant la loi du 26 juin 1990 relative à la protection des malades mentaux », Avis n° 17/2016 du 27 avril 2016, disponible sur www.autoriteprotectiondonnees.be.

[787] Art. 7 et 9 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

[788] Art. 14 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

[789] Art. 458 du Code pénal.

[790] Art. 10 de la loi du 22 août relative aux droits du patient.

eux, il est du devoir du praticien de tenter d'expliquer au patient la nécessité de rétablir la communication. Patient et praticien peuvent se concerter sur ce qui peut être dit aux proches et comment. Si une réunion tripartite semble possible, elle peut permettre au patient de vider son sac et aux proches d'exprimer leurs craintes, en présence d'un modérateur. En écoutant, le praticien ne viole pas le secret. Et dans la mesure où la réunion a été préparée avec le patient, il préserve la relation de confiance avec ce dernier.

Dans un contexte de relations tendues entre le patient et ses proches, on conçoit qu'il soit rarement aisé de jouer à la fois le rôle de praticien-traitant et de modérateur de réunion impliquant le patient et ses proches. L'information aux proches peut toutefois partiellement s'extraire de la situation interpersonnelle qui la rend nécessaire : des institutions organisent des sessions d'informations générales destinées à l'entourage, des associations proposent des modules de formation[791], etc.

Lorsque les proches peuvent prétendre au statut d'aidant proche, en raison de leur implication active dans l'accompagnement du patient, ils pourraient alors être considérés comme dépositaires de secret, « par état », au sens de l'article 458 du Code pénal, précité. Dans ce cas, les aidants proches sont eux-mêmes tenus au secret professionnel et bénéficient éventuellement de la théorie du *secret partagé*, pour autant que les conditions de ce dernier soient réunies[792]. Compte tenu des approches prônées dans la littérature juridique et déontologique[793], les conditions de l'existence d'un secret partagé peuvent être résumées de la façon suivante : la transmission d'informations se fait :

- dans l'intérêt du patient, préalablement informé et avec son accord ;
- à une personne tenue au secret professionnel et dont la mission s'inscrit dans les mêmes objectifs que ceux poursuivis par celui qui transmet les informations ;
- dans les limites de ce qui est nécessaire à l'exercice de ladite mission[794].

Quel que soit le cheminement médico-juridique suivi par les équipes, il est crucial, pour le bien-être du patient lui-même, d'accueillir les questionnements de ses proches, afin de les soutenir dans leur rôle de soignants de fait[795].

---

[791] Voy., par exemple, les modules de psychoéducation organisés par l'association Similes (https://wallonie.similes.org/pourlesfamilles/) dans le but d'aider les proches de personnes vivant avec des troubles psychiques.

[792] LA LIGUE DES DROITS DE L'HOMME, « Santé mentale. Secret professionnel et pratiques de réseau », disponible sur www.liguedh.be, février 2016, p. 21.

[793] Th. MOREAU, « La violation du secret professionnel », *Les infractions – Volume 5*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 715 et s. ; L. NOUWYNCK, « La position des différents intervenants psycho-médico-sociaux face au secret professionnel dans le travail avec les justiciables », janvier 2012, disponible sur www.yapaka.be, pp. 19 et s. ; J.-Fr. SERVAIS, « Quelques balises juridiques », *Confidentialité et secret professionnel: enjeux pour une société démocratique*, novembre 2011, www.yapaka.be, pp. 24-25 ; Fr.-J. WARLET, « Le secret professionnel partagé en rapport avec des personnes ayant un handicap », *Le secret professionnel partagé*, 2009, www.awiph.be, pp. 8-25.

[794] Pour davantage d'informations sur le secret professionnel des soignants, voy. G. MATHIEU et Cl. ROMMELAERE, *Le secret professionnel. Guide à usage des soignants*, Namur, Les Editions namuroises, 2017.

[795] Pour plus d'information sur l'indispensable rôle des proches des patients vivant avec un trouble mental, voy. P. GÉRAIN, H. AVALOSSE, « Comprendre les aidants proches, leur bien-être et leur recours aux services de soutien et de répit », disponible sur www.mc.be, décembre 2020 ; SIMILES, *Les familles comme partenaires de soins en santé mentale. Guide pratique à l'usage des soignants*, Chênée, ASBL Similes Wallonie, 2013, disponible sur www.psy107.be/ ; Br. VERMEULEN, H. LAUWERS, N. SPRUYTTE, Ch. VAN AUDENHOVE, C. MAGRO, J. SAUNDERS,

Chapitre 3. Évaluer le mieux possible la capacité de fait du patient

Section 1ère. Rendre sa juste place à la capacité de fait

La théorisation de la capacité de fait et de son évaluation offre des repères utiles, tout en mettant en évidence les limites d'application du concept : compte tenu des inévitables biais influençant le raisonnement des personnes impliquées, il y a lieu de se demander s'il est acceptable de décider du statut juridique du patient à partir d'une telle évaluation.

De manière très pragmatique, cependant, nous n'avons pas d'autre choix que d'accepter, pour le moment, de travailler avec ce concept de capacité de fait : d'une part, cela n'empêche pas d'avoir une conscience aigüe de ses limites; d'autre part, la capacité de fait n'est pas devenue une notion-charnière par hasard et représente aujourd'hui à la fois un progrès et un moindre mal.

§1er. De la double peine des évalués

Les praticiens sont parfois amenés à évaluer la capacité de fait des patients pour ensuite décider, comme la loi leur en donne le pouvoir, de désigner un représentant du patient, qui exercera les droits de ce dernier[796]. Cependant, comme déjà évoqué, chaque patient ne voit pas sa capacité évaluée formellement dès qu'il doit prendre une décision. Il suffit de considérer notre propre expérience en matière de soins de santé pour constater que les praticiens semblent en général faire confiance à notre capacité de fait apparente et ne poussent pas la réflexion au-delà.

Sur quelles bases les praticiens décident-ils alors de procéder à une évaluation formelle de la capacité de tel ou tel patient ? En l'absence de conditions prédéfinies, il y a fort à parier que le praticien doute de la capacité du patient, et veuille donc procéder à son évaluation formelle, en cas de désaccord du patient quant à l'intervention proposée ou en raison d'un trouble mental[797] soupçonné ou diagnostiqué. La combinaison de ces deux facteurs est certainement la voie la plus sûre vers l'évaluation de la capacité du patient.

Quoi qu'il en soit, la mise en cause spontanée de la capacité de fait résulte de la perception d'une vulnérabilité accrue du patient, auquel on va alors imposer une rationalité renforcée, d'où l'idée de « double peine ». Le patient lambda, dont la capacité n'est pas mise en doute, n'a en effet pas à justifier en détails son cheminement intellectuel selon les critères de la capacité de fait, exercice auquel de nombreuses personnes se révéleraient peut-être inaptes[798].

K. JONES, « *Experiences of family caregivers for persons with severe mental illness : an international exploration* », Leuven, LUCAS KULeuven / EUFAMI, 2015, disponible sur www.caringformentalhealth.org

[796] Art. 14 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

[797] En ce sens, A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 56.

[798] Ces propos sont inspirés par les recherches de S. WELIE, *Criteria for assessment of patient competence, A Conceptual Analysis from the Legal, Psychological and Ethical Perspectives*, thèse de doctorat, Universiteit Maastricht, 2008, p. 106 en particulier.

Ce biais semble inévitable, dans la mesure où le praticien doutera spontanément de la capacité d'un patient plutôt que de celle d'un autre. Toutefois, si un biais spontané est inévitable, il peut être canalisé pour éviter de tomber dans l'arbitraire, par la recherche de conditions préalables à toute évaluation de la capacité. Sans cela, la nécessité d'une évaluation formelle risque de s'imposer de façon aléatoire, au gré des impressions des différents praticiens.

Les lignes directrices relatives à l'évaluation de la capacité ne servent donc pas seulement à expliquer *comment* évaluer la capacité, mais aussi à préciser *quand* il convient de procéder à une évaluation formelle. En effet, sans lignes directrices en amont – *quand* procéder à l'évaluation de la capacité ? – et en aval – *comment* procéder à l'évaluation de la capacité ? – l'évaluation risque de s'appliquer de manière discriminatoire et de porter en elle-même son résultat négatif.

§2. La capacité de fait comme progrès et moindre mal

Compte tenu de l'évolution historique des régimes d'incapacité[799], l'attention portée aujourd'hui à la capacité de fait représente un progrès.

On se souvient en effet qu'entre 1804 et 1991, notre droit n'envisageait de mesures d'incapacité juridique que comme conséquences de (pseudo-)diagnostics, tels que l'« imbécilité », la « fureur », la « démence » ou encore l'« arriération mentale grave », ces états étant présumés entraîner une incapacité de gestion des intérêts patrimoniaux ou personnels. Ce n'est qu'en 1991 que l'administration provisoire des biens sera possible pour toute personne qui se trouve, *concrètement*, dans l'impossibilité d'assurer la gestion de ses biens.

Les droits du patient connaissent la même évolution, en raison de la coexistence, durant environ douze ans, entre la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et les anciens régimes de l'interdiction et de la minorité prolongée. La loi de 2002 considérait donc originellement comme incapable d'office toute personne interdite ou mineure prolongée, la capacité de fait réelle ne devant être recherchée que pour les patients juridiquement capables mais dont la situation faisait douter de leurs capacités décisionnelles. En 2002, il subsiste donc dans la loi relative aux droits du patient un critère de capacité catégoriel : telle catégorie de patient voit ses capacités disqualifiées d'office. Il s'agit indirectement d'une « approche par diagnostic » de la capacité du patient, puisque le patient interdit ou mineur prolongé l'a été suite à la constatation préalable, par le juge, de la présence de l'un des (pseudo-)diagnostics visés par le Code civil.

En 2014, l'entrée en vigueur de la loi réformant les régimes d'incapacité[800] marque un réel tournant en ces matières puisqu'elle pousse jusqu'au bout la logique jusque-là réservée à l'administration provisoire et utilisée de manière résiduaire pour l'exercice des droits du patient : désormais, toute mesure d'incapacité juridique doit se fonder sur l'état de santé et les

[799] *Cf. supra*, Première partie, Titre I, Trouble menat et incapacité : une longue histoire…
[800] Loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine.

facultés véritables de la personne concernée, tandis que la dernière version de la loi relative aux droits du patient fait en toutes circonstances primer la capacité de fait du patient.

Dans ce contexte, la volonté du « sur mesure » apparaît forcément comme un progrès, plus personne n'étant censé se voir abruptement et globalement privé de sa capacité juridique, indépendamment de ses facultés réelles. La thèse de Th. Van Halteren montre précisément cette évolution :

> Les principes de nécessité, de subsidiarité, de proportionnalité et de personnalisation, imposent la recherche d'un tel équilibre entre protection et autonomie, faisant en sorte que l'incapacité n'est plus un régime abstrait mais au contraire lié à la situation concrète de chaque personne qu'elle soit majeure mais vulnérable ou mineure (et donc considéré en soi comme vulnérable) mais sans pour autant empêcher l'existence d'une capacité dite résiduelle (néanmoins de plus en plus reconnue et étendue)[801].

Par ailleurs, dans un système juridique qui connaît le mécanisme de la représentation, c'est assurément un moindre mal : à partir du moment où il est possible de disqualifier juridiquement la parole d'un citoyen, il est moins arbitraire de prendre cette décision sur la base de caractéristiques personnelles plutôt qu'au regard de catégories générales. C'est particulièrement le cas en matière d'exercice des droits du patient, où les décisions à prendre touchent à l'intime et sont d'une complexité variable.

L'examen de la capacité de fait individuelle et concrète apparaît comme le fondement le plus acceptable à la représentation juridique d'une personne. Il ne suffit toutefois pas que la loi l'exige pour que cela devienne réalité : en matière de droits du patient, l'approche par diagnostic ou par résultat reste répandue, probablement parce qu'elle relève de mécanismes cognitifs spontanés[802]. La connaissance des limites du concept de capacité de fait ne peut cependant conduire à en refuser l'utilisation. La pratique juridique actuelle impose en effet de déclarer l'incapacité de certaines personnes afin de permettre la prise de décision par un tiers. Le mieux que nous puissions faire est donc d'élaborer des lignes directrices entretenant la vigilance des évaluateurs de la capacité de fait.

[801] Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures : redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, p. 357.
[802] *Cf. supra*, Chapitre 1er, Section 2, §1er. Biais de raisonnement.

Section 2. Canaliser l'évaluation de la capacité du patient

§1er. De l'obligation de démontrer l'incapacité du patient

Compte tenu de la présomption de capacité, ce n'est pas au patient de prouver sa capacité de fait, mais au praticien de démontrer l'incapacité[803].

Sur la méthode, l'incapacité devrait être démontrée en suivant le raisonnement applicable aux présomptions de l'homme : « les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol »[804].

Ces présomptions relèvent de l'intime conviction du juge, qui doit néanmoins s'appuyer sur des indices graves, précis et concordants. Ainsi, le juge de paix ne peut ordonner une mesure de protection judiciaire que s'il estime que le certificat médical et l'ensemble des autres éléments mis à sa disposition offrent des indices suffisamment graves, précis et concordants d'une incapacité de fait relativement constante dans certains domaines.

Il n'y a aucune raison que le praticien professionnel puisse se décider de façon plus légère, lorsqu'il est amené à décider de l'aptitude du patient à exercer ses droits. L'asymétrie juridique qui découle de ce pouvoir[805] exige d'offrir au patient des garanties suffisantes contre l'arbitraire. Si la capacité est une présomption légale, l'incapacité est une présomption de l'homme et ne peut, par conséquent, être admise à la légère.

Dans un contexte où, notoirement, *la capacité est la règle et l'incapacité l'exception*, le renversement de la présomption légale de la capacité ne devrait pouvoir reposer que sur des indices également graves, précis et concordants, obtenus au moyen d'un processus formel et transparent. En outre, ce processus, cette évaluation formelle commandée par le doute sur la capacité du patient, doit continuer à reposer sur l'idée que le patient est capable : la question n'est donc pas de savoir si l'évaluation démontre la capacité du patient, mais si elle met en évidence son incapacité, au terme de l'analyse la plus spécifique possible[806].

---

[803] Ch. LEMMENS, « De handelings- en wilsonbekwamen », *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2014, p. 935.
[804] Art. 1353 du Code civil.
[805] *Cf. supra*, Chapitre 1er, Section 1ère, §1er. La relation de soins, une asymétrie scientifique, juridique… et cognitive ?
[806] S. WELIE, *Criteria for assessment of patient competence, A Conceptual Analysis from the Legal, Psychological and Ethical Perspectives*, thèse de doctorat, Universiteit Maastricht, 2008, p. 105.

§2. De l'obligation d'adopter une approche fonctionnelle

1. Evaluation d'un processus, procédure d'évaluation

La théorie dominante en matière d'évaluation de la capacité de fait est une approche fonctionnelle, portant sur l'aptitude à prendre une décision spécifique au moment où cette décision doit être prise, par opposition à une approche « par diagnostic » ou « par résultat », respectivement basées sur l'affection d'une personne ou sur la teneur de sa décision[807].

C'est donc bien de l'évaluation d'un *processus décisionnel* qu'il s'agit, conformément aux lignes directrices développées par P. Appelbaum et Th. Grisso, déjà commentées[808].

L'évaluation doit être spécifique et ponctuelle, ce qui implique, d'une part, que l'on puisse être capable pour certaines tâches et non pour d'autres, compte tenu de la nature et des conséquences de la décision à prendre[809]. D'autre part, la capacité d'accomplir une tâche peut varier dans le temps, de sorte que la situation de la personne doit être régulièrement réévaluée. La complexité de la décision à prendre peut également influencer le degré de capacité requis : le fait, par exemple, qu'une intervention soit particulièrement risquée est un élément qui augmente la complexité du processus décisionnel et, de manière collatérale, l'exigence de capacité du patient s'en trouve renforcée[810].

L'approche fonctionnelle semble la plus compatible avec la présomption de capacité : si la capacité est la règle et l'incapacité l'exception, cette dernière ne peut être constatée que par une évaluation spécifique, au cas par cas. Il est donc logique que la loi relative aux droits du patient prône une approche fonctionnelle, fût-ce entre les lignes : en effet, tout praticien de la santé est supposé avoir évalué la capacité de fait du patient, par rapport à l'acte envisagé, sans que l'incapacité constatée à un moment pour un acte précis puisse être obligatoirement étendue à des interventions ultérieures.

Qui dit évaluation d'un processus, dit procédure d'évaluation. Certains chercheurs ont donc construit des outils de mesure des différents paramètres de la capacité de fait.

---

[807] Ch. LEMMENS, « De handelings- en wilsonbekwamen », *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2014, p. 939 ; R. JONES, *Mental capacity act manual*, Londres, Sweet & Maxwell, 2012, p. 18; Fr. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgelijk Recht*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 560.

[808] P. APPELBAUM, Th. GRISSO, *Assessing Competence to Consent to Treatment*, Oxford University Press, 1998. *Cf. supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 2, §2. Les éléments constitutifs de la capacité de fait du patient.

[809] P. APPELBAUM, « Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment », *N Engl J Med*., 2007, 357(18), p.1836; L. GANZINI, L. VLICER, W. NELSON, A. DERSE, « Pitfalls in Assessment of Decision-Making Capacity », *Psychosomatics*, 2003, p. 242; R. JONES, *Mental capacity act manual*, Londres, Sweet & Maxwell, 2012, p. 19; KNMG, « Implementatie van de WGBO. Van de wet naar praktijk. Deel 2 Informatie en toestemming », juin 2004, www.knmg.nl, p. 117; Ch. LEMMENS, « De handelings- en wilsonbekwamen », *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 934-935; Fr. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgelijk Recht*, Anvers, Intersentia, 2000, pp. 558-559.

[810] Ch. LEMMENS, « De handelings- en wilsonbekwamen », *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2014, p. 940.

Ainsi, dans la droite ligne de leur guide d'évaluation de la capacité, P. Appelbaum et Th. Grisso ont développé un outil d'évaluation, le « *MacArthur Competence Assessment Tool – Treatment (MacCAT-T)* »[811] qui consiste en un entretien structuré de quinze à vingt minutes, destiné à jauger la capacité du patient en termes de compréhension, d'appréciation et de raisonnement[812]. De nombreux autres outils de ce type existent, mais le test MacArthur fait figure de « *gold standard* », en raison de son application étendue. D'autres types d'outils conviennent toutefois mieux à certaines catégories de patients[813].

À titre d'exemple supplémentaire, pour l'une des régions sélectionnées comme source d'inspiration en matière de description et d'évaluation de la capacité de fait, le *Joint Centre for Bioethics* de l'Université de Toronto (Ontario) a créé un outil appelé « *Aid to Capacity Evaluation (ACE)* », spécifiquement destiné aux praticiens de la santé devant appliquer le test légal de la capacité pour l'un de leurs patients, en application de la loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé[814]. Il s'agit d'un outil pratique, simple d'utilisation et proposant une session d'entraînement d'une heure, afin d'enseigner les concepts-clé de l'évaluation de la capacité aux futurs praticiens[815].

Ces tests sont élaborés spécifiquement en vue de mesurer une capacité décisionnelle spécifique ponctuelle, non les fonctions cognitives générales du patient. Certes, une altération sévère des fonctions cognitives rend l'incapacité probable tandis qu'un bon fonctionnement des mêmes fonctions permet de supposer la capacité, mais les deux registres ne sont pas parfaitement corrélés et s'apprécient différemment. Ainsi, un patient présentant une démence qui aboutit à un score de 25/30 au « *Mini-Mental State Examination* » (MMSE) peut être capable de fait ou pas[816], en fonction de la complexité décision à prendre, de l'état du patient au moment de l'évaluation, etc.

Par contre, comme n'importe quels outils standardisés, ces aides à l'évaluation de la capacité ne donnent que des mesures, dont la portée doit être appréciée par le praticien en fonction des autres éléments dont il dispose. L'outil ne se substitue pas à l'évaluation clinique[817].

---

[811] « T » pour « Treatment », par opposition à l'outil d'évaluation destiné à mesure la capacité de consentir à la recherche clinique (« clinical research ») : « MacCAT-CR » (E.D. STURMAN, « The capacity to consent to treatment and research: A review of standardized assessment tools », *Clinical Psychology Review*, 25, 2005, p. 961).

[812] P. APPELBAUM, Th. GRISSO, *Assessing Competence to Consent to Treatment*, Oxford University Press, 1998, p. 101.

[813] E.D. STURMAN, « The capacity to consent to treatment and research: A review of standardized assessment tools », *Clinical Psychology Review*, 25, 2005, p. 971 : exemple de la maladie d'Alzheimer, pour laquelle l'utilisation d'autres outils a été davantage étudiée; dans le même sens, p. 966, voy. spécificités des patients anorexiques.

[814] JOINT CENTER FOR BIOETHICS OF THE UNIVERSITY OF TORONTO, « Aid for Capacity Evaluation », https://jcb.utoronto.ca/bioethics-in-action/resources-toolkits/

[815] *Ibid.*, p. 5.

[816] L. GANZINI, L. VLICER, W. NELSON, A. DERSE, « Pitfalls in Assessment of Decision-Making Capacity », *Psychosomatics*, 2003, p. 241 ; en ce sens également, P. APPELBAUM, « Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment », *N Engl J Med*., 2007, 357(18), p. 1837.

[817] E.D. STURMAN, « The capacity to consent to treatment and research: A review of standardized assessment tools », *Clinical Psychology Review*, 25, 2005, p. 966.

2. Intérêts des procédures formalisées

a) Intérêt clinique

Les études réalisées sur la fiabilité de différents outils mettent en évidence l'intérêt de ceux-ci, ne fut-ce que parce qu'ils permettent de nuancer les premières impressions : une personne vivant avec un trouble mental, que ce soit la dépression, la schizophrénie ou une forme de démence, ne peut jamais être considérée d'emblée comme incapable.

Il a par exemple été démontré que la grande majorité des patients dépressifs restent capables de fait. Par contre, les patients schizophrènes éprouveraient des difficultés à admettre le trouble et à raisonner en conséquence, ces facultés étant toutefois susceptibles de s'améliorer significativement après une session d'éducation à la maladie. Enfin, les patients présentant une forme de démence rencontreraient quant à eux des difficultés de compréhension et de raisonnement telles qu'elles diminueraient souvent significativement leur capacité de fait, sans que cela permette de considérer tout patient dément comme incapable[818].

b) Intérêt procédural

L'utilisation d'une procédure spécifique permet en outre de distinguer les évaluations informelles des évaluations formelles de la capacité.

Comme déjà mentionné, les évaluations informelles désignent le simple fait que les praticiens s'en tiennent, la plupart du temps, à la présomption de capacité des majeurs[819]. La nécessité d'une évaluation formelle surgit, par contre, lorsqu'un praticien est tenté de remettre en cause la capacité du patient, par exemple parce que ce dernier vit avec un trouble mental.

Une procédure d'évaluation spécifique assure une distinction claire entre évaluation formelle et informelle, à défaut de laquelle tout soupçon sur la capacité de fait d'un patient risque de conduire à une décision d'incapacité. Or, le doute ne doit être que ce qui mène à une évaluation formelle, si nécessaire et sans préjuger du résultat de cette dernière.

c) Intérêt scientifique

Le fait, enfin, de suivre systématiquement un même type de procédure pour les évaluations formelles de la capacité de fait du patient semble être un préalable indispensable à la recherche et à la diffusion de bonnes pratiques.

---

[818] *Ibidem*, pp. 967-971.
[819] *Cf. supra*, Chapitre 2, Section 3, §1er. De l'évaluation informelle à l'évaluation formelle

En ce sens, différentes études ont relevé un consensus significativement plus élevé quant aux résultats d'évaluations de la capacité menées par des praticiens à partir de critères ou de procédures spécifiques[820].

Section 3. Pistes de réflexions pour la construction d'un protocole clinique modulable

Cette section vise à formuler quelques suggestions pratiques, au regard des enseignements du Titre II sur les processus d'évaluation de la capacité de fait des patients.

§1er. Volet descriptif

1. La capacité de fait du patient : définition et limites

En toute logique, des lignes directrices destinées aux praticiens devraient commencer par donner une définition commentée de la capacité de fait du patient, par exemple celle retenue dans la présente étude[821] :

> **Capacité de fait du patient**
>
> Aptitude à prendre une décision en matière de soins, impliquant de pouvoir, cumulativement, comprendre l'information pertinente, raisonner quant aux différentes options possibles, apprécier sa propre situation et les conséquences probables, pour soi-même, de la décision et, enfin, communiquer un choix.

La définition doit toutefois être immédiatement tempérée, dans la mesure où elle recèle le risque que des patients perçus comme plus fragiles se voient imposer un niveau de rationalité supérieur à celui exigé de la grande majorité des patients. Ce risque doit être mentionné explicitement, de façon à attirer l'attention des praticiens sur ce phénomène, fréquent mais inconscient.

2. Les implications de la présomption de capacité

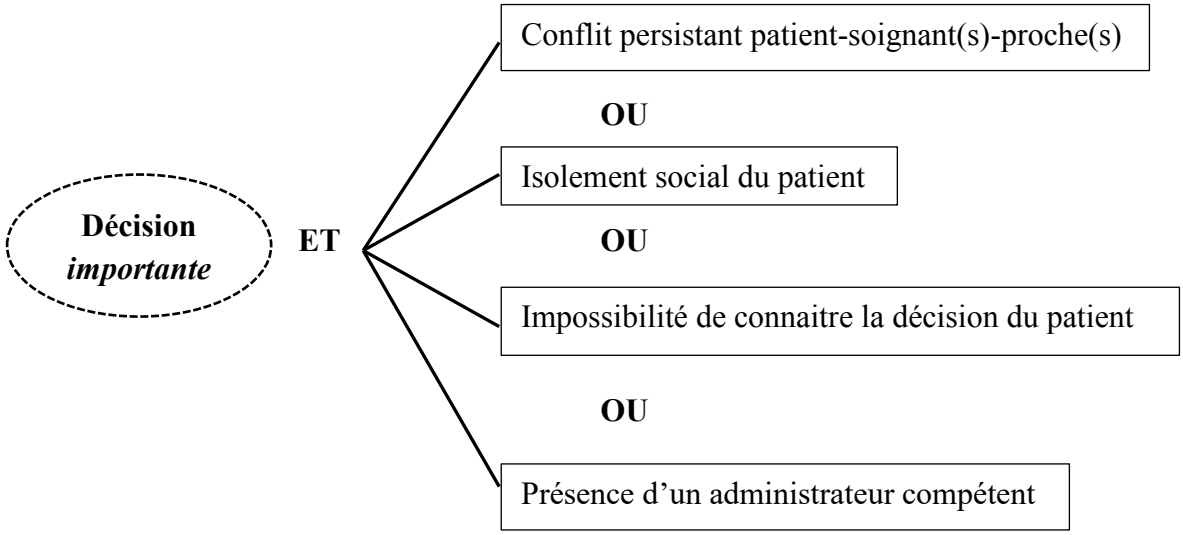
Une autre donnée importante est la présomption de capacité de fait des patients. Tout patient est présumé capable, quel que soit son comportement, son diagnostic ou son choix. Or, certaines

[820] P. APPELBAUM, « Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment », *N Engl J Med*., 2007, 357(18), p.1837. Voy. aussi *supra*, Chapitre 1er, Section 3. L'évaluation experte ou l'humble application d'un protocole simple.
[821] *Cf. supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 2. La capacité de fait du patient : définition spécifique et concrète.

catégories de personnes continuent d'être considérées comme incapables indépendamment de l'évaluation de leurs aptitudes décisionnelles : les personnes vivant avec un trouble mental, celles placées sous un statut de protection judiciaire ou encore celles hospitalisées sans leur consentement[822].

La présomption de capacité implique que l'on ne cherche pas à renverser cette présomption à tout bout de champ. Le doute sur la capacité du patient ne doit pas forcément mener à une évaluation formelle de cette capacité : il faut que l'évaluation soit susceptible de bénéficier au suivi du patient. En ce sens, des motifs d'évaluation ont été suggérés[823].

Figure 12: proposition de motifs d'évaluation de la capacité du patient



§2. Volet méthodologique

1. Pourquoi suivre une procédure particulière ?

S'astreindre à suivre une procédure permet en général de prendre distance avec nos jugements spontanés et nos présupposés. En elle-même, la procédure rappelle que le patient a le droit d'être considéré comme capable jusqu'à preuve du contraire et que cette capacité doit être soutenue, dans toute la mesure du possible.

[822] Ch. LEMMENS, « De handelings- en wilsonbekwamen », *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2014, p. 935 ; Fr. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgelijk Recht*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 545.
[823] *Cf. supra,* Chapitre 2, Section 2, §2, 2. Proposition d'un modèle

L'adoption d'une procédure spécifique implique de reconnaître que les évaluateurs ne sont pas naturellement neutres ou d'une rationalité supérieure à celle des évalués. En matière d'évaluation de la capacité, le praticien consciencieux est celui qui accepte d'aller au-delà d'un ressenti intuitif en s'imposant une routine réflexive chaque fois qu'il est tenté de mettre en doute la capacité du patient.

Ce raisonnement vaut pour tous les praticiens, quelle que soit leur formation. Les psychiatres ne sont pas forcément mieux armés pour évaluer la capacité des patients :

> *In summary, our study confirms that capacity assessments are common in psychiatric consultations. Decisional incapacity in the medical setting is largely a problem of the elderly, and the need for DMC evaluations will continue to grow. Further, compared with other types of psychiatric consultations, most clinicians found them to be more challenging and time consuming. Despite these factors, most clinicians felt their training was not optimal and that the evidence base is relatively weak in guiding the practice of capacity assessments. The lack of uniform practice among practitioners may be a worrisome reflection of these factors. Future research should be sensitive to these needs, if we are to develop an evidence base to guide both training and practice in capacity assessments*[824].

Cette étude, fruit des résultats d'une enquête menée auprès des membres de *l'Academy of Psychosomatic Medicine* (USA), montre que, malgré une pratique régulière des évaluations de la capacité, beaucoup de psychiatres ne sont pas à l'aise avec cette tâche, faute de formation appropriée et de données fiables susceptibles de guider leurs évaluations. Dans le même sens et de manière plus générale, il a été dit ce qui suit à propos du *Mental Capacity Act* anglais : « *It is a striking fact that during the Parliamentary debates on the Bill no-one questioned the ability of professionals, let alone lay people, to assess mental capacity. The available evidence suggests that professional competence in this area is poor (...). In the context of medical practice, T Grisso and P Appelbaum suggest that doctors approach the issue of capacity assessment intuitively* »[825].

L'idée que, parmi l'ensemble des praticiens, les psychiatres sont déjà dotés des compétences nécessaires à l'évaluation de la capacité se retrouve désormais à l'article 1241, §1er de notre Code judiciaire : lorsque la demande est susceptible d'affecter la capacité de la personne protégée ou à protéger, un certificat médical circonstancié doit être rédigé *par un médecin agréé ou un psychiatre*[826]. Ce libellé sous-entend que les psychiatres n'ont pas besoin d'être agréés, sans doute parce que leur profession les prédispose à sonder les esprits.

---

[824] L. SEYFRIED, K. A. RYAN, S. Y.H. KIM, « Assessment of Decision-Making Capacity: Views and Experiences of Consultation Psychiatrists », *Psychosomatics*, 2013, pp. 121-122.

[825] R. JONES, *Mental capacity act manual*, Londres, Sweet & Maxwell, 2012, p. 21. La référence aux « profanes » (« *lay people* ») s'explique par le fait que le MCA anglo-gallois s'applique à toute personne s'occupant d'une autre, dont la capacité pose question. *Cf. supra*, Titre I, Chapitre 1er, Section 2. Sources d'inspiration étrangères.

[826] Pour rappel, le modèle établi par le Roi impose au médecin d'élaborer une « description circonstanciée de l'état de santé [de la personne] et de son incidence sur la bonne gestion de ses intérêts, qu'ils soient de nature patrimoniale ou autre » (Annexe à l'arrêté royal du 29 juillet 2019 déterminant la forme et le contenu du formulaire type de certificat médical circonstancié pris en exécution de l'article 1241, §1er, alinéa 1 du Code judiciaire).

Les travaux préparatoires ne donnent aucune explication à ce sujet[827]. Il est vrai que les demandes de protection judiciaire concernent le plus souvent des catégories de patients avec lesquels les psychiatres travaillent, soit des personnes vivant avec une certaine forme de démence, un trouble psychiatrique ou, plus rarement, un handicap intellectuel. L'expérience professionnelle des psychiatres les rend donc en principe plus aptes que d'autres médecins à décrire les liens entre l'état de santé de ces personnes et la bonne gestion de leurs intérêts. En particulier, les situations susceptibles de donner lieu à des débats devant le juge de paix sont généralement du ressort des psychiatres, ce qui expliquerait que le législateur ait souhaité que ceux-ci puissent rédiger un certificat médical en tout état de cause[828].

2. Quelle procédure adopter ?

Imposer à la pratique l'utilisation d'un outil précis serait une solution trop rigide : à chaque équipe de construire et de faire évoluer un protocole adapté à ses besoins et incluant éventuellement l'utilisation d'un outil de mesure préexistant. L'objectif, ici, est donc simplement de formuler des suggestions susceptibles de contribuer à l'élaboration d'un tel protocole.

Compte tenu des enseignements du titre II, les points d'attention devraient être les suivants :

- Des lignes directrices relatives à l'évaluation de la capacité du patient doivent être formulées de façon simple et accessible, de manière à permettre des consultations et des applications régulières.

- Elles devraient insister sur les risques d'une évaluation intempestive et susciter le questionnement du praticien sur son propre cheminement : *pourquoi* voulons-nous évaluer la capacité de tel patient ? En fonction de la réponse, d'autres voies que l'évaluation de la capacité sont peut-être envisageables.

[827] L'obligation de passer par un médecin agréé ou un psychiatre n'y est mentionnée que parce que cette restriction fait craindre qu'il soit dorénavant plus difficile d'obtenir un certificat médical en vue d'une mise sous protection judiciaire (Projet de loi portant dispositions diverses (…), *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3303/001, pp. 191-192 et n° 3303/008, pp. 91 et 126). C'est sans doute la raison pour laquelle un moratoire de cinq ans a été prévu par l'article 97 loi du 21 décembre 2018 portant dispositions diverses en matière de justice : « Des médecins non agréés peuvent délivrer un certificat médical circonstancié visé à l'article 1241 du Code judiciaire et être désignés pour donner un avis visé à l'article 1246, § 2, du Code judiciaire pendant un délai de cinq ans qui suit l'entrée en vigueur des arrêtés royaux qui fixent les procédures et les conditions d'agrément de ces médecins ». Début 2021, lesdits arrêtés royaux n'ont pas encore vu le jour. La formation permettant d'obtenir l'agréation devrait donner du contenu à la notion de capacité de fait et à son évaluation, dans différents domaines de l'existence. À ce titre, elle pourrait développer une référence générique en matière d'évaluation de la capacité, à adapter ensuite à des contextes particuliers.

[828] Discussion avec le dr Fr. DE GREGORIO, psychiatre à l'Hôpital Psychiatrique du Beau Vallon de Namur, le 3 avril 2020. NB : Sachant que d'autres médecins, par exemple certains généralistes, peuvent avoir développé une pratique spécifique auprès des mêmes publics, la procédure d'agréation devrait tenir compte des acquis de l'expérience.

- En vue de décorréler l'erreur, les lignes directrices pourraient suggérer la consultation de confrères, afin d'obtenir d'autres avis.
- Il semble important qu'il soit clairement indiqué qu'en cas de doute irrémédiable, le praticien doit se reposer sur la présomption de capacité, tout en soutenant au mieux le patient dans l'exercice de ses droits.

- Des lignes directrices ne devraient pas manquer de rappeler au praticien l'importance de consigner la méthodologie suivie et ses conclusions dans le dossier du patient, en n'étant pas avares de détails dans les cas délicats.

- Il serait également utile qu'elles contiennent quelques explications simples sur les recours dont disposeraient le patient et ses proches, en cas de conflit avec l'équipe soignante quant à la capacité du patient[829].

- Enfin, les lignes directrices devraient rappeler qu'une décision d'incapacité du patient doit être réévaluée régulièrement, en fonction des circonstances.

Conclusions du titre II. Canaliser l'évaluation de la capacité de fait des patients

Compte tenu des limites du concept, est-il acceptable d'évaluer la capacité de fait des patients dans le but d'éventuellement limiter leur capacité juridique ?

Ici encore, la réponse se veut pragmatique. Nombre de facteurs aléatoires sont susceptibles d'influencer le processus d'évaluation de la capacité de fait d'un patient. Toutefois, à l'heure actuelle, l'évaluation de la capacité de fait se pose en pivot légal de l'exercice, personnel ou par représentation, des droits du patient. Par rapport à certains mécanismes antérieurs qui déniaient d'emblée cet exercice à certaines catégories de personnes, l'évaluation concrète de la capacité du patient apparaît alors comme un progrès non négligeable.

Le mieux que l'on puisse donc faire, à ce stade, est de canaliser l'évaluation de la capacité de fait des patients.

Premièrement, il faut comprendre ce que signifie la capacité de fait tout en évitant de survaloriser la rationalité humaine : celle-ci s'avère, par nature, modérée, tant chez les évalués que chez les évaluateurs.

Deuxièmement, l'évaluation de la capacité d'un patient devrait toujours commencer par une interrogation quant à sa propre pertinence. La capacité est une présomption réfragable, certes, mais accepter qu'elle soit réfragable à l'infini la viderait de son sens. Tout doute au sujet de la capacité du patient ne doit pas forcément mener à une évaluation formelle de la capacité : encore faut-il que cela en vaille la peine, qu'il existe un motif d'évaluation et que le soutien apporté au

[829] *Cf. infra*, Titre III. Recours contre la décision du praticien sur la capacité du patient.

patient dans l'exercice de ses droits n'ait pas permis de s'appuyer, *in fine*, sur la présomption de capacité.

Troisièmement, dans les circonstances où les praticiens estiment ne pas pouvoir éviter une évaluation formelle de la capacité du patient, ils devraient pouvoir recourir à des lignes directrices. Un protocole simple pourrait permettre d'éviter que tout doute sur la capacité du patient se transforme instantanément en constat d'incapacité et inciter les évaluateurs à poser un regard critique sur leurs propres compétences décisionnelles.

C'est la rigueur de l'évaluation de la capacité de fait qui en spécifie la fonction : support de l'autonomie du patient ou instrument de pouvoir arbitraire. L'autonomie représente l'objectif au service duquel doivent rester les règles relatives à la capacité et il ne saurait être question de confondre l'objectif – l'autonomie – et certains de ses moyens – les règles relatives à la capacité. En effet, l'absence de lignes directrices relatives à l'évaluation de la capacité du patient est susceptible d'entraîner des décisions arbitraires à plusieurs égards : évaluer la capacité du patient sans aucune méthodologie entache naturellement la décision qui en découle. En amont, le simple fait d'évaluer la capacité d'un patient peut constituer une discrimination, dans un contexte où les patients sont présumés capables et échappent, pour la plupart, à une évaluation formelle de leur capacité.

Finalement, l'autonomie du patient dépend peut-être moins de savoir qui exerce les droits – le patient lui-même ou un représentant – que de la façon dont la question de la capacité a été reçue, encadrée, travaillée. La décision du patient (ou de son représentant) de consentir ou pas à une intervention n'est pas un point de départ mais une ligne d'arrivée de discussions entre des personnes supposées capables à différents titres, de façons complémentaires.

Un élément encore absent des discussions est la question du recours. De quels recours disposent le patient ou ses proches, suite à la décision du praticien en matière de capacité de fait ? Le titre III aborde cette question, en faisant un détour par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

TITRE III. RECOURS CONTRE LA DÉCISION DU PRATICIEN SUR LA CAPACITÉ DU PATIENT

Introduction

Être reconnu en tant que patient capable d'exercer ses droits, c'est pouvoir exercer soi-même ses droits fondamentaux. Il est donc naturel de vérifier dans quelle mesure la Cour européenne des droits de l'homme s'intéresse à (l'évaluation de) la capacité de fait des citoyens, en général, pour en tirer des leçons concernant l'évaluation de la capacité du patient, en particulier.

Le chapitre 2 se penchera ensuite sur les moyens de contestation offerts par le droit belge actuel, en cas de désaccord par rapport à la décision du praticien de considérer le patient comme (in)capable. La piste des recours judiciaires ne peut toutefois s'envisager sans dire un mot de la fonction de médiation « droits du patient », à qui revient la tâche essentielle de désamorcer les conflits liés à l'exercice des droits du patient.

Chapitre 1er. La capacité de fait dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : rapide tour d'horizon[830]

La Cour européenne des droits de l'homme[831] a régulièrement pointé la mauvaise évaluation de la capacité de fait d'un individu pour conclure à la violation des obligations procédurales des états concernés[832]. En fonction des circonstances de l'espèce, cette violation porte sur l'article 2 (droit à la vie), l'article 5 (droit à la liberté et à la sûreté), l'article 6 (droit à un procès équitable) ou l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention européenne des droits de l'homme.

Section 1ère. L('évaluation de l)a capacité de fait au crible des droits de l'homme

§1er. Droit à la vie (art. 2)

Dans l'affaire *Arskaya c. Ukraine*, il est question des obligations positives et procédurales imposées par l'article 2 qui consacre le droit à la vie. En l'espèce, un patient souffrant d'un trouble mental, hospitalisé pour une pneumonie et une tuberculose, était mort faute d'avoir reçu les soins appropriés, qu'il avait refusés à plusieurs reprises.

---

[830] Il ne sera sous ce point fait mention que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui se fonde sur la Convention européenne des droits de l'homme, mais aussi sur les recommandations pertinentes du Conseil de l'Europe, sur la Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine (signée à Oviedo le 4 avril 1997) et sur la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées. Cette dernière convention sera davantage analysée *infra*, Troisième partie, Titre I. Déploiement de l'idée d'une *capacité juridique universelle*

[831] Ci-après, « la Cour ».

[832] Pour une analyse de la jurisprudence de la Cour relative, plus largement, au droit à la capacité juridique au regard des critères de proportionnalité, nécessité et subsidiarité, voy. G. WILLEMS, « Droit à la personnalité et à la capacité d'exercice », *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 388-391.

La Cour rappelle que l'article 2 implique, pour l'État, outre le fait de ne pas attenter à la vie des citoyens, l'obligation de prendre les mesures aptes à protéger celle-ci. En matière de santé publique, cette « obligation positive » requiert que l'État, d'une part, oblige les hôpitaux à adopter des mesures appropriées à la protection de la vie de leurs patients, d'autre part, mette en place un système judiciaire indépendant et efficace aux fins de déterminer les causes de la mort de personnes confiées aux praticiens de la santé et les responsabilités qui en découlent[833].

En l'occurrence, la Cour estime que l'obligation procédurale consistant à offrir un recours judiciaire efficace n'est pas remplie dès lors que la procédure n'a pas permis de déterminer si le refus de consentement du patient était valide, autrement dit si le patient était réellement capable de prendre une décision rationnelle quant à son traitement médical, sachant que son comportement permettait largement d'en douter[834].

Il est ensuite question de la qualité du cadre légal relatif aux soins de santé, afin de déterminer si les règles applicables au cas d'espèce étaient aptes à protéger la vie du patient. D'après la Cour, les médecins n'ont pas correctement questionné la validité du refus de consentement parce que les règles nationales ne traitent pas suffisamment des conditions de validité d'un tel refus. Ces règles ne permettent dès lors pas d'assurer une évaluation rapide et équitable des capacités décisionnelles du patient, ce pourquoi la haute instance conclut que l'État manque ici à son obligation positive d'édicter des règles appropriées à la protection de la vie des patients[835].

§2. Droit à la liberté (art. 5)

La distinction fondamentale entre capacité de fait et capacité de droit d'une personne vivant avec un trouble mental s'illustre également dans plusieurs affaires traitant de la privation de liberté sur la base de l'article 5, §1, e) de la Convention : « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : (…) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ».

En effet, pour apprécier s'il y a eu « privation de liberté », au sens où la personne concernée ne doit pas avoir consenti à sa détention, la Cour insiste sur la différence entre la capacité de droit et la capacité de fait : « *The Court reiterates that the fact that the applicant lacked de jure legal capacity to decide matters for himself does not necessarily mean that he was de facto unable to understand his situation (…). In sum, even though the applicant had been deprived of his legal capacity, he was still able to express an opinion on his situation, and in the present circumstances the Court finds that the applicant had never agreed to being placed in the social care home* »[836]. En d'autres termes, le simple fait d'être considéré juridiquement comme

[833] Cour eur. D.H., arrêt *Arskaya c. Ukraine*, 5 décembre 2013, §§ 62 et 63.
[834] *Ibidem*, §§ 65 à 83.
[835] *Ibidem*, §§ 84 à 91.
[836] Cour eur. D.H., arrêt *Kedzior c. Pologne*, 16 octobre 2012, § 58 ; en ce sens également, Cour eur. D.H., arrêt *Stanev. c. Bulgarie*, 17 janvier 2012, §130 et Cour eur. D.H., arrêt *D.D. c. Lituanie*, 14 février 2012, § 150.

incapable d'exercer ses droits n'entraîne pas forcément une incapacité de comprendre sa situation. En l'occurrence, le requérant était capable d'exprimer son opinion et, bien que son représentant ait donné son accord pour le placement en maison de soins, la Cour considère que le requérant lui-même n'y a jamais consenti et qu'il y donc bien eu « privation de liberté », au sens de l'article 5 de la Convention.

Se pose ensuite la question de la régularité de la procédure aboutissant à la privation de liberté ou à son maintien, procédure qui doit offrir des garanties suffisantes contre l'arbitraire. D'après la jurisprudence de la Cour, la détention régulière d'une personne vivant avec un trouble mental repose sur trois conditions minimales : « pour priver l'intéressé de sa liberté, on doit, sauf en cas d'urgence, avoir établi son "aliénation" de manière probante. La nature même de ce qu'il faut démontrer devant l'autorité nationale compétente – un trouble mental réel - appelle une expertise médicale objective. En outre, le trouble doit revêtir un caractère ou une ampleur légitimant l'internement. Qui plus est, ce dernier ne peut se prolonger valablement sans la persistance de pareil trouble »[837].

À titre d'exemple, dans l'affaire *Kedzior c. Pologne*, la Cour considère que les deux dernières conditions ne sont pas remplies : non seulement il ne semble pas y avoir eu de réflexion sur la nécessité du placement, au regard de la sévérité du trouble, mais en outre l'état de santé du requérant n'a pas été réévalué durant huit ans, faute de disposition légale le prévoyant. Pour cette raison, la procédure permettant la détention de personnes totalement privées de leur capacité juridique n'offre pas les garanties suffisantes et la détention du requérant ne peut dès lors pas être considérée comme régulière au sens de l'article 5, §1, e) de la Convention[838]. Cet arrêt confirme l'importance que la Cour attache à la qualité de la procédure suivie en droit interne, lorsqu'elle doit apprécier la situation d'une personne vivant avec un trouble mental à l'aune de la Convention : il ne suffit pas de constater l'existence d'un trouble, encore faut-il avoir égard à ses conséquences concrètes sur la vie sociale de la personne, en tenant compte des changements possibles, au cours du temps.

Toujours relativement à une privation de liberté d'une personne vivant avec un trouble mental, la Cour a, enfin, confirmé à plusieurs reprises la nécessité pour la personne concernée de pouvoir contester sa détention de manière autonome, si elle est capable *en fait* d'exprimer une opinion à ce sujet, indépendamment de la mesure d'incapacité juridique dont elle ferait par ailleurs l'objet[839]. À défaut, l'État s'expose à une violation de l'article 5, §4 de la Convention[840], selon lequel « toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ».

---

[837] Cour eur. D.H., arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, § 39 ; Cour eur. D.H., arrêt *Stanev. c. Bulgarie*, 17 janvier 2012, §145.
[838] Cour eur. D.H., arrêt *Kedzior c. Pologne*, 16 octobre 2012, §§ 65 et s.
[839] *Ibidem*, §§ 77-79 et Cour eur. D.H., arrêt *D.D. c. Lituanie*, 14 février 2012, §§ 165-166; en ce sens également, Cour eur. D.H., arrêt *Stanev. c. Bulgarie*, 17 janvier 2012, §176 et Cour eur. D.H., arrêt *Chtoukatourov c. Russie*, 27 mars 2008, § 123.
[840] Cour eur. D.H., arrêt *Kedzior c. Pologne*, 16 octobre 2012, §§ 77-79.

§3. Droit à un procès équitable (art. 6*)*

Indépendamment d'une privation de liberté, une mesure d'incapacité juridique doit également pouvoir être contestée par la personne qui en fait l'objet, en vertu de l'article 6, §1 de la Convention : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

Sur cette base, c'est l'équité de la procédure qui retiendra l'attention de la Cour. Dans l'affaire *Chtoukatourov c. Russie*[841], elle opère à ce sujet une distinction remarquable entre le *droit d'être entendu* pour défendre sa cause et la *nécessité d'être entendu* pour permettre l'examen même de cette cause : « [la participation du requérant à la procédure] était donc nécessaire non seulement pour lui permettre de défendre sa cause, mais aussi pour permettre à la juge de se former sa propre opinion sur ses capacités mentales »[842]. Autrement dit, il faut pouvoir apprécier concrètement les lacunes dans la capacité de fait avant d'éventuellement décider d'une mesure d'incapacité juridique. Or, en l'espèce, le requérant n'avait été ni vu ni entendu par le juge, bien qu'il en fût parfaitement capable : le simple fait que le requérant souffre d'une « pathologie mentale » ne justifie pas qu'il soit écarté de la procédure. La Cour conclut donc à la violation de l'article 6, §1[843]. C'est également sa position dans des affaires ultérieures, dans lesquelles les requérants, alors qu'ils étaient capables d'exprimer leur opinion, n'avaient été ni entendus ni adéquatement représentés au cours de la procédure visant à les priver de leur capacité juridique ou, ultérieurement, pour solliciter une révision de la mesure d'incapacité[844].

Par analogie avec sa position en matière de contestation d'une privation de liberté, la Cour estime en outre qu'une personne privée de sa capacité légale doit pouvoir bénéficier d'un accès direct aux tribunaux pour demander le rétablissement de sa capacité. Cet accès par la personne déclarée incapable elle-même est d'autant plus important que la mesure d'incapacité n'est pas limitée dans le temps et ne fait l'objet d'aucune révision périodique automatique[845].

[841] Cour eur. D.H., arrêt *Chtoukatourov c. Russie*, 27 mars 2008.
[842] *Ibidem*, § 72 et, *mutatis mutandis*, Cour eur. D.H., arrêt *D.D. c. Lituanie*, 14 février 2012, § 120.
[843] Cour eur. D.H., arrêt *Chtoukatourov c. Russie*, 27 mars 2008, § 73.
[844] Cour eur. D.H., arrêt *D.D. c. Lituanie*, 14 février 2012, § 116 et s. ; Cour eur. D.H., arrêt *A. N. c. Lituanie*, 31 mai 2016, § 92 et s.
[845] Cour eur. D.H., arrêt Nataliya *Mikhaylenko c. Ukraine*, 30 août 2013, §§ 38-40 ; Cour eur. D.H., arrêt *Stanev. c. Bulgarie*, 17 janvier 2012, §§ 239-242.

§4. Droit à la vie privée et familiale (art. 8)

L'affaire *Chtoukatourov c. Russie* s'avère en outre particulièrement intéressante quant aux questions qu'elle soulève sous l'angle de l'article 8 de la Convention, protégeant le droit à la vie privée et familiale. Les mesures d'incapacité constituent en effet une ingérence dans la vie privée des citoyens et doivent, pour respecter l'article 8, être prévues par la loi, poursuivre au moins un des buts légitimes visés par le paragraphe 2[846] et être nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire proportionnées aux objectifs poursuivis. Dans le cas d'espèce, la Cour s'attache exclusivement à cette dernière condition qui, n'étant selon elle pas rencontrée, rend superflu l'examen des deux autres[847].

Sur le plan des principes, la Cour rappelle ce qui suit :

> 87. (…) L'article 8 impose aux autorités de ménager un juste équilibre entre les intérêts de l'aliéné et les autres intérêts légitimes concernés. Elles doivent en règle générale, pour une question aussi complexe que celle consistant à déterminer les capacités mentales d'un individu, jouir d'une large marge d'appréciation. En effet, les autorités nationales bénéficient de rapports directs avec les intéressés et sont donc particulièrement bien placées pour trancher ces questions. La Cour a pour tâche, quant à elle, d'apprécier sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation (…).
>
> 88. La marge d'appréciation laissée aux autorités nationales compétentes variera selon la nature des questions en litige et l'importance des intérêts en jeu (…). Il faut exercer un contrôle plus rigoureux sur les restrictions particulièrement graves prononcées dans le domaine de la vie privée.
>
> 89. En outre, la Cour rappelle que, si l'article 8 ne renferme aucune condition explicite de procédure, le processus décisionnel lié aux mesures d'ingérence doit être équitable et propre à respecter comme il se doit les intérêts protégés par cette disposition (…). Ainsi, l'étendue de la marge d'appréciation de l'Etat dépend de la qualité du processus décisionnel : si la procédure a été gravement déficiente pour une raison ou pour une autre, les conclusions des autorités internes sont plus sujettes à caution (…)[848].

En l'espèce, la privation totale de capacité juridique constitue une ingérence particulièrement grave, réduisant d'autant la marge d'appréciation de l'État. Eu égard à la procédure, ensuite, la Cour relève que le seul rapport médical sur lequel s'est appuyé le tribunal n'« analyse pas en détail le degré d'incapacité de l'intéressé », entre autre parce que « l'incidence de la maladie du requérant et ses conséquences éventuelles sur la vie sociale, la santé et les intérêts matériels ou

[846] Soit une mesure « nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».
[847] Cour eur. D.H., arrêt *Chtoukatourov c. Russie*, 27 mars 2008, § 86.
[848] *Ibidem*, §§ 87-89 ; je souligne.

autres de l'intéressé sont floues ». Or, quelle que soit la gravité d'un trouble mental, sa simple existence ne suffit pas à justifier une mesure d'incapacité juridique totale[849].

Dans l'affaire *Ivinović c. Croatie*, la Cour souligne remarquablement la distinction entre les rapports médicaux et la décision relative à la capacité : cette dernière est une décision du juge et non du psychiatre. Le juge doit donc procéder à une analyse minutieuse de tous les éléments permettant de déterminer si une mesure d'incapacité est réellement proportionnée, compte tenu des circonstances. En l'espèce, la Cour estime que ce n'est pas le cas : les juridictions internes se sont essentiellement fondées sur la maladie de la requérante et ses difficultés financières, sans démontrer que la requérante ne prenait pas soin de sa santé, sans chercher à déterminer dans quelles circonstances les dettes alléguées avaient été contractées et sans considérer des mesures d'aide moins attentatoires que la diminution de la capacité juridique[850].

La Cour reproche également aux juridictions internes d'avoir désigné comme représentant un employé du Centre qui avait initié la procédure résultant en l'incapacité de la requérante : ce représentant se trouve dès lors forcément aux prises avec un conflit d'intérêts, entre ceux de son employeur et ceux de la personne qu'il est supposé représenter. Enfin, la Cour pointe du doigt l'absence de représentation obligatoire, prévue par la loi, pour toute personne faisant l'objet d'une procédure visant à diminuer sa capacité juridique. Les États ont l'obligation de s'assurer que ces personnes bénéficient d'une représentation en justice indépendante, leur permettant de contester la mesure devant les juridictions internes[851].

En général, la Cour insiste aujourd'hui de manière récurrente sur l'importance de l'évaluation des capacités réelles d'une personne, indépendamment d'un long séjour en centre de soins ou d'un diagnostic médical, et sur la qualité de la procédure interne, qui doit permettre une telle évaluation et la détermination d'une mesure proportionnée, compte tenu des circonstances de fait soigneusement explorées[852].

Section 2. Implications pour le droit belge

Du rapide coup d'œil à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il ressort que son intérêt pour l'appréciation des facultés concrètes des personnes vivant avec un trouble mental est bien réel.

[849] *Ibidem*, §§ 90-95.
[850] Cour eur. D.H., arrêt *Ivinović c. Croatie*, 18 septembre 2014, §§ 40-44.
[851] *Ibidem*, §45. Notons que l'article 1244/1 du Code judiciaire belge prévoit une offre de représentation gratuite pour la personne protégée au à protéger qui comparaîtrait sans avocat.
[852] Cour eur. D.H., arrêt *A.-M.V. c. Finlande*, 23 mars 2017 ; Cour eur. D.H., arrêt *A. N. c. Lituanie*, 31 mai 2016, § 92 et s. et §124 ; Cour eur. D.H., arrêt *Kocherov et Sergeyeva c. Russie*, 29 mars 2016 ; Cour eur. D.H., arrêt *Nikolyan c. Arménie*, 3 octobre 2019, §§ 122-123 ; Cour eur. D.H., arrêt *Salontaji-Drobnjak c. Serbie*, 13 octobre 2009, § 144.

Cet intérêt peut, en droit interne, se traduire à plusieurs niveaux :

- De manière générale, la décision de priver quelqu'un de l'exercice de ses droits doit être prévue par la loi, se fonder sur une analyse concrète des facultés de la personne concernée et pouvoir être effectivement contestée par cette dernière. La marge d'appréciation des États est d'autant plus grande que la mesure d'incapacité est limitée et que la procédure est de qualité[853].

- Concernant précisément le domaine des soins de santé, le cadre légal doit guider l'évaluation de la capacité décisionnelle des patients, afin d'assurer leur protection contre les conséquences potentiellement graves d'une mauvaise évaluation de cette capacité[854].

Il faut ajouter que la sensibilité de la Cour européenne à ces questions ne fait qu'augmenter, en raison de l'influence de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées[855] : bien qu'elle ne soit en aucun cas obligée de s'y conformer, la Cour intègre à sa jurisprudence des réflexions inspirées de la Convention relative aux droits des personnes handicapées. Elle interprète ainsi la Convention européenne des droits de l'homme de façon évolutive, sans toutefois souscrire à la position du Comité des droits des personnes handicapées en matière de capacité juridique[856].

La réforme des régimes d'incapacité de 2013 et la révision intervenue fin 2018 ont renforcé les garanties procédurales en matière d'incapacité juridique[857]. Le législateur belge semble toutefois ne pas avoir mené le chantier à son terme. Ainsi, concernant l'incapacité juridique en général, le droit belge prévoit des mesures partielles, eu égard aux facultés concrètes de la personne concernée, mais ne donne aucune indication sur les facultés qui devraient être évaluées et comment elles devraient l'être. En l'absence de lignes directrices en matière d'évaluation de la capacité de fait, le droit belge de la « protection judiciaire » prévoit-il les garanties suffisantes à une procédure équitable, au sens de l'article 6 de la Convention ?

---

[853] Cour eur. D.H., arrêt *Kedzior c. Pologne*, 16 octobre 2012 et Cour eur. D.H., arrêt *Chtoukatourov c. Russie*, 27 mars 2008, précités.

[854] Cour eur. D.H., arrêt *Arskaya c. Ukraine*, 5 décembre 2013, §§ 84 à 91 ; une requête du 11 février 2014 mentionne également spontanément l'absence d'encadrement légal de l'évaluation de la capacité de fait d'un patient atteint d'un trouble mental. L'argument pourrait ainsi devenir un classique, au regard de l'analyse de la qualité du droit national en matière de soins de santé (Cour eur. D.H., *V.P c. Estonia*, Application n° 14185/14, p. 3).

[855] Convention relative aux droits des personnes handicapées, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 décembre 2006 et approuvée par l'Etat fédéral et les entités fédérées belges en 2009. *Cf. infra*, Troisième partie. Le concept de capacité à la lumière de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

[856] Centre pour le droit et les politiques dans le domaine du handicap – NUI Galway, « Étude consacrée à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Contribution à la Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap », https://rm.coe.int/final-study-on-the-equal-recognition-before-the-law-fr/168072b470, 2017, pp. 20 et 24 et *infra*, Troisième partie, Titre I, Chapitre 3, Section 1ère. Le contexte international de la première observation générale du Comité des droits des personnes handicapées.

[857] Fr. DEGUEL, « Pot-pourri pour les personnes majeures protégées », *J.T.*, 2019, pp. 369-370 et 378 et s.

Le problème de qualité de la procédure se pose de manière encore bien plus aigüe lorsqu'une personne se voit privée de l'exercice de ses droits de patient, éventuellement sur *simple regard* du praticien de la santé, sans qu'aucune ligne directrice ou recours soient définis.

Le cadre légal ne protège pas suffisamment les patients contre le risque d'arbitraire dans l'évaluation de leur capacité de fait, de sorte que l'ingérence dans leur droit à la vie privée pourrait ne pas être considéré comme « prévu par la loi », au sens de l'article 8 de la Convention. En effet, pour remplir cette condition, l'ingérence doit avoir une base légale « accessible aux personnes concernées et formulée de manière assez précise pour leur permettre – en s'entourant, au besoin, de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé »[858]. Il s'agit, en d'autres termes, de l'exigence de prévisibilité, permettant de protéger les citoyens contre des ingérences arbitraires[859].

Le chapitre suivant s'attarde sur les recours, au sens large, contre la décision du praticien quant à la capacité de fait du patient. L'article 6 de la Convention exige en effet que les recours soient concrètement accessibles, ce qui implique que les citoyens en soient informés et se trouvent dans des conditions qui rendent ces recours effectivement possibles. Or, en droit belge, l'absence de précisions quant aux recours qui peuvent être exercés contre la décision du praticien de la santé et la probable inaccessibilité concrète des recours judiciaires théoriquement possibles rend la contestation de l'ingérence extrêmement malaisée, ce qui pourrait constituer une violation de l'article 6 de la Convention.

Chapitre 2. Contester la décision du praticien, en droit belge

Si la capacité est la règle, sa remise en cause en raison d'un trouble mental doit reposer sur un processus d'évaluation réfléchi, mais aussi ouvrir le droit à la contestation de la décision sur la capacité de fait, par des moyens simples et rapides.

Section 1ère. Enjeux et position de la question

§1er. Rappel du rôle du praticien

Lorsqu'il estime ne pas pouvoir se reposer sur la présomption de capacité, le praticien doit évaluer de manière concrète et précise la capacité de fait du patient, quand bien même il existerait un administrateur compétent. En effet, le fait qu'un juge de paix ait indiqué que l'administrateur de la personne était compétent pour l'exercice des droits du patient ne préjuge nullement de la capacité du patient d'exercer ses droits : l'ordonnance du juge de paix signifie simplement que si le praticien estime le patient incapable d'exercer ses droits lui-même,

[858] Cour eur. D.H., arrêt *Andersson c. Suède*, 25 février 1992, §75.
[859] U. KILKELLY, *Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2003, p. 26.

l'administrateur de la personne fera partie de la liste des représentants potentiels, en application de l'article 14 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient[860].

J'ai défendu l'opinion selon laquelle la présence d'un administrateur compétent rendait légitime l'évaluation formelle de la capacité de fait du patient[861]. Le raisonnement inverse ne vaut évidemment pas : l'absence d'administrateur compétent ne garantit pas la capacité de fait et ce, que le patient s'oppose au praticien ou se range à son avis.

Quel que soit le contenu de l'ordonnance prononcée par un juge de paix, la question que pose le présent chapitre est la suivante : quels recours existent-ils contre la décision clinique du praticien de considérer un patient comme capable ou incapable de fait et, par conséquent, de convoquer, ou pas, un représentant ?

Avant d'examiner les recours possibles, les paragraphes ci-dessous pointent, de manière théorique et systématique, les conséquences possibles d'une mauvaise appréciation de la capacité de fait du patient, tant pour ce dernier que pour le praticien de la santé, afin d'identifier les enjeux principaux de cette appréciation.

§2. Enjeux cliniques et juridiques

La décision portant sur la capacité de fait du patient est lourde de conséquences pour le patient lui-même, qui se voit éventuellement disqualifié comme interlocuteur principal ou privé de l'aide d'un représentant dont il aurait besoin.

Dans les deux cas, sa *compliance* aux soins peut être compromise : soit parce qu'il n'accepte pas l'intervention d'un représentant, soit parce qu'il ne comprend en réalité pas la portée des soins auxquels il a apparemment consenti[862]. Le premier enjeu s'avère dès lors purement clinique.

Le second est juridico-clinique : si le patient a été considéré comme capable alors qu'il ne saisissait pas les tenants et aboutissants de la décision, son consentement n'a pu être donné de manière éclairée, de sorte que la nullité de l'acte pourrait être recherchée avec, pour conséquences possibles, l'interruption d'un traitement ou la sortie d'une institution hospitalière et le remboursement des frais éventuellement engagés par le patient[863].

---

[860] *Cf. supra*, Première partie, Titre I, Chapitre 3. Droits du patient et statut de protection conforme à la dignité humaine : la capacité dans les soins de santé aujourd'hui.

[861] *Cf. supra*, Titre II, Chapitre 2, Section 2, §2. Subordonner l'évaluation de la capacité du patient à l'existence de motifs spécifiques.

[862] En ce sens, L. WILLIATTE-PELLITTERI, « Les enjeux juridiques de l'évaluation de la capacité du patient », *Ethica Clinica*, 2012, n° 65, pp. 5 et s.

[863] *Ibidem*. En droit belge, une telle demande d'annulation de l'acte pourrait être sollicitée sur la base de l'article 1108 du Code civil, déjà commenté *supra* (Titre I, Chapitre 1er, Section 1ère, §1er. Capacité de fait et contrats : la question du consentement), qui exige « le consentement de la partie qui s'oblige » ou, dans le cadre d'une mesure de protection judiciaire, sur la base des articles 493 (actes accomplis en violation de l'incapacité de droit ; pour les droits du patient, compte tenu de l'article 14, §1er, de la loi du 22 août 2002, il faudrait logiquement prouver, en

Enfin, l'évaluation de la capacité de fait du patient peut avoir une incidence sur la responsabilité civile ou pénale du praticien.

Du point de vue de la responsabilité civile, il peut y avoir un dommage à avoir été privé de l'aide d'un représentant si l'on était incapable ou de la possibilité de décider soi-même si l'on était, à l'inverse, capable. Si le juge reconnaît une faute dans l'évaluation de la capacité par le praticien[864], il en résulte en effet directement et certainement le dommage moral consistant à avoir été privé d'un représentant alors que l'on se trouvait dans les conditions pour bénéficier de son soutien ou à avoir été privé de l'exercice de ses droits de patient sans raison légitime.

Bien sûr, l'hypothèse d'un recours judiciaire pour obtenir réparation de ce simple dommage moral paraît très théorique. Il est probablement plus réaliste d'imaginer des recours ayant lieu après que la décision relative à la capacité de fait a eu des conséquences, à savoir la réalisation ou la non-réalisation d'une intervention du praticien.

Imaginons donc que le patient, considéré comme capable, ou le représentant du patient considéré comme incapable, accepte ou refuse l'intervention du praticien de la santé et que l'on se rende compte par la suite que le patient aurait dû, respectivement, être considéré comme incapable ou comme capable[865] : dans tous les cas, le consentement ou refus pourrait être remis en cause, soit parce qu'il n'était pas éclairé (patient en réalité incapable), soit parce qu'il n'a pas été donné par la bonne personne (patient en réalité capable).

On pourrait donc, en tout état de cause, reprocher au praticien une violation de la loi relative aux droits du patient[866]. Pour autant que le patient puisse démontrer le dommage subi en raison de cette faute, la responsabilité civile du praticien serait alors engagée.

Des conséquences pénales ne sont en outre pas à exclure.

Si l'intervention a été acceptée et réalisée, et que l'on se rend ensuite compte que le consentement n'était pas valide, en raison d'une mauvaise appréciation de la capacité de fait du patient, le praticien de la santé pourrait théoriquement se voir reprocher des « lésions corporelles involontaires », conformément à l'article 418 du Code pénal[867].

---

outre, que la capacité de fait du patient a été mal évaluée) ou 493/2 (actes accomplis avant la mesure de protection judiciaire, mais à un moment où la personne était notoirement, en raison de son état de santé, hors d'état d'assumer elle-même la gestion de ses intérêts) du Code civil.

[864] Pour être qualifiée de fautive, l'erreur doit évidement être différente de celle que commettrait un praticien normalement prudent et diligent, cette appréciation revenant au juge (à ce sujet voy. notamment E. MONTERO, B. GOFFAUX, « La référence au paradigme du "bon père de famille" en responsabilité extracontractuelle *», Forum de l'assurance*, 2014, n° 140, pp. 1-15).

[865] Approche similaire à celle développée par L. WILLIATTE-PELLITTERI, « Les enjeux juridiques de l'évaluation de la capacité du patient », *Ethica Clinica*, 2012, n° 65, pp. 11 et s.

[866] Plus spécifiquement des articles 8 (consentement ou non-consentement éclairé) ou 14 (capacité et représentation) de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

[867] « Est coupable d'homicide ou de lésion involontaires, celui qui a causé le mal par défaut de prévoyance ou de précaution, mais sans intention d'attenter à la personne d'autrui ». Encore faudrait-il que la plainte débouche sur un renvoi devant les tribunaux : comme le rappelle très justement L. WILLIATTE-PELLITTERI, « une procédure pénale ne peut être engagée, même en cas de plainte de la victime, que si le Parquet accepte de mettre en œuvre

Si l'intervention a été refusée par un patient dont il s'avère ensuite qu'il aurait dû recevoir l'aide d'un représentant ou par le représentant du patient en réalité capable, le risque pour le praticien de la santé serait de se voir reprocher la « non-assistance à personne en danger », incriminée par l'article 422*bis* du Code pénal :

> Sera puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de cinquante à cinq cents euros ou d'une de ces peines seulement, celui qui s'abstient de venir en aide ou de procurer une aide à une personne exposée à un péril grave, soit qu'il ait constaté par lui-même la situation de cette personne, soit que cette situation lui soit décrite par ceux qui sollicitent son intervention.
> Le délit requiert que l'abstenant pouvait intervenir sans danger sérieux pour lui-même ou pour autrui. Lorsqu'il n'a pas constaté personnellement le péril auquel se trouvait exposée la personne à assister, l'abstenant ne pourra être puni lorsque les circonstances dans lesquelles il a été invité à intervenir pouvaient lui faire croire au manque de sérieux de l'appel ou à l'existence de risques.
> La peine prévue à l'alinéa 1er est portée à deux ans lorsque la personne exposée à un péril grave est mineure d'âge ou est une personne dont la situation de vulnérabilité en raison de l'âge, d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale était apparente ou connue de l'auteur des faits.

Cette hypothèse est également assez théorique, compte tenu des limites au pouvoir du représentant du patient[868] et du fait que le patient qui refuse une intervention sans laquelle il encourt un « péril grave » verrait probablement sa capacité mise en doute.

Toujours sur le plan de la responsabilité, le fait, pour un praticien de la santé, de s'adresser à un représentant apparent du patient, alors que ce dernier serait capable, pourrait constituer une violation du secret professionnel : l'infraction existe, en effet, dès qu'une personne tenue au secret communique des informations en principe protégées par ce secret à un tiers, sans y être contrainte ou autorisée par la loi. L'élément moral requis étant un dol simple, il suffit que l'auteur de la révélation ait volontairement communiqué les informations couvertes par le secret pour violer ce dernier, indépendamment de toute intention de nuire (ou de bien faire)[869].

La loi relative aux droits du patient autorise le praticien de la santé à s'adresser au représentant du patient, mais uniquement lorsque ce dernier « n'est pas en mesure d'exercer ses droits lui-même »[870]. Si le praticien de la santé a mal – ou n'a pas – évalué la capacité du patient d'exercer ses droits, il sort par conséquent du cadre de l'autorisation de la loi. Le secret professionnel

---

l'action publique. Ceci n'est envisageable que si le Parquet a la conviction que le médecin a mal agi, autrement dit qu'il a commis une négligence ou une imprudence ayant entraîné directement ou indirectement la réalisation d'un dommage pour la victime. Toutefois, cela n'implique pas systématiquement la condamnation pénale du médecin » (« Les enjeux juridiques de l'évaluation de la capacité du patient », *Ethica Clinica*, 2012, n° 65, p. 11).

[868] Art. 15, §2, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

[869] Pour une description détaillée des éléments constitutifs de l'infraction de violation du secret professionnel, voy. Th. MOREAU, « La violation du secret professionnel », *Les infractions – Volume 5*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 685 et s.

[870] Art. 14, §1er, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

étant protégé par le droit pénal[871], sa violation peut entraîner la responsabilité pénale du praticien et avoir des conséquences en matière civile[872] ou disciplinaire[873].

§3. Objectifs de cette énonciation théorique

Cet aperçu fort théorique de conséquences possibles vise simplement à attirer l'attention sur l'importance de la décision relative à la capacité de fait du patient.

Le doute fait toutefois partie intégrante de ces décisions, d'où la nécessité, comme dirait le droit anglais, de pondérer les probabilités[874]. En outre, un juge amené à se prononcer a posteriori sur une éventuelle faute dans l'appréciation de la capacité devrait faire preuve d'une certaine souplesse, compte tenu de la complexité de la tâche du praticien et de l'absence de lignes directrices officielles[875].

La présente recherche n'a pas pour objectif d'approfondir la réflexion sur les recours en responsabilité civile ou pénale et encore moins d'imaginer les cas possibles d'annulation de l'acte apparemment consenti. Simplement, eu égard à la difficulté de l'évaluation de la capacité de fait et à ses conséquences éventuelles pour le patient et pour le praticien, il serait logique que le patient ou ses proches puissent contester la décision clinique relative à la capacité de fait, et ce *avant* qu'elle produise des effets. Lorsque le praticien de la santé s'est prononcé sur la capacité du patient d'exercer lui-même ses droits, qui peut agir contre cette décision en tant que telle et comment ?

Dans son ouvrage relatif aux *Geestesgestoorden in het Burgelijk Recht*, Fr. Swennen souligne la nécessité d'un recours, rapide et peu coûteux, tant pour contester une décision d'incapacité que de capacité de fait[876]. Les points suivants explorent donc les possibilités actuelles de contester judiciairement la décision d'un praticien relativement à la capacité de fait du patient.

---

[871] Art. 458 et 458*bis* du Code pénal.
[872] Art. 1382 du Code civil.
[873] Code de déontologie médicale, art. 55 et s. , disponible sur www.ordomedic.be ; Code de déontologie pharmaceutique, art. 22, disponible sur www.ordredespharmaciens.be ; arrêté royal du 2 avril 2014 fixant les règles de déontologie du psychologue, Chapitre III, disponible sur http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm et sur www.compsy.be ..
[874] *Mental Capacity Act* 2005, 2(4).
[875] Pour davantage d'informations sur « la méthode d'évaluation de la faute en cas de violation de l'obligation générale de prudence », voy. E. MONTERO, B. GOFFAUX, « La référence au paradigme du "bon père de famille" en responsabilité extracontractuelle », *Forum de l'assurance*, 2014, n° 140, pp. 1-15.
[876] Fr. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgelijk Recht*, Anvers, Intersentia, 2000, pp. 562-563.

Section 2. Recours judiciaires

§ 1er. Recours judiciaires par le patient lui-même

En vertu de sa compétence générale, le « juge de paix connaît de toutes demandes dont le montant n'excède pas 5000 euros, hormis celles qui sont soustraites par la loi à sa juridiction (…) »[877]. Cela dit, la contestation d'une décision d'incapacité de fait, en tant que telle, doit être considérée comme une demande dont la valeur est indéterminée ; dans ce cas, le demandeur a le choix de saisir soit le juge de paix, soit le tribunal de première instance[878].

En cas d'urgence, le tribunal de première instance peut éventuellement être saisi en référé, mais il semble globalement préférable de s'adresser au juge de paix[879], juge du « contentieux de la protection des incapables »[880].

Au niveau de l'intérêt à agir, cela ne semble pas poser de problème : l'intérêt pour le patient est de ne plus être troublé dans l'exercice de ses droits du patient, intérêt qui est par ailleurs légitime, concret, personnel et direct, né et actuel[881]. Pour être rétabli dans l'exercice de son droit, le patient devrait donc solliciter du juge de paix qu'il se prononce sur sa capacité d'exercer ses droits de patient. Il est difficile de prédire le sort qui serait réservé à pareille demande. Sachant que l'on considère aujourd'hui que seuls les praticiens de la santé sont compétents pour juger de la capacité d'une personne à exercer ses droits de patient[882], il serait logique que le juge sollicite une mesure d'expertise.

Il faut rappeler, bien que l'hypothèse semble assez théorique ici aussi, qu'un patient pourrait souhaiter recevoir l'aide d'un représentant, alors même que le praticien ne le jugerait pas utile. Le plus simple serait alors de désigner un mandataire, par application de l'article 14 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. A supposer, par contre, que le patient s'adresse au juge de paix pour solliciter une mesure de protection judiciaire, celle-ci pourrait rester sans effet sur l'appréciation du praticien, puisque le juge de paix n'est plus compétent, dans ce cadre, pour évaluer la capacité d'exercice des droits du patient : il ne peut que désigner un administrateur susceptible de représenter le patient en cas d'incapacité de fait constatée par le praticien, seul compétent pour évaluer la capacité de fait d'exercer les droits du patient[883].

---

[877] Art. 590 du Code judiciaire.
[878] Art. 592 du Code judiciaire.
[879] Fr. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgelijk Recht*, Anvers, Intersentia, 2000, pp. 562-563.
[880] G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 182.
[881] G. DE LEVAL, « L'action en justice », *Droit judiciaire. Tome 2. Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 80 et s.
[882] C'est ce qui a justifié la récente modification de l'art. 492/1, §1er, du Code civil. *Cf. supra*, Titre I, Chapitre 3, Section 1ère, §2. Depuis le 1er mars 2019 : plus d'évaluation de la capacité du patient par le juge de paix.
[883] Art. 492/1, §1er, al. 4, du Code civil, tel que modifié par la loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice. *Cf. supra*, Titre I, Chapitre 3, Section 1ère, §2. Depuis le 1er mars 2019 : plus d'évaluation de la capacité du patient par le juge de paix.

§2. Recours judiciaires par les proches du patient

Lorsque les proches estiment le patient capable, le plus simple consiste à lui conseiller de désigner un mandataire et à lui fournir le soutien matériel et moral nécessaire à la défense de ses droits, par lui-même. Lorsque les proches estiment que le patient n'est pas capable, ils peuvent demander à être entendus par l'équipe soignante, interpeller la fonction de médiation[884] ou se tourner vers des services ou associations spécifiquement compétentes en matière de santé mentale[885].

Le recours auprès du tribunal de première instance ou du juge de paix sur la base de leurs compétences générales semble possible, quoique fastidieux. Un proche peut en effet avoir un intérêt personnel à ce que le patient soit représenté ou, à l'inverse, à ce qu'il ne le soit pas : par exemple, l'épouse d'un homme en dépression profonde qui refuserait de soigner un cancer pourrait souhaiter qu'un représentant soit désigné ; à l'inverse, l'enfant d'une personne âgée pourrait vouloir contester la désignation d'un représentant pour son parent, en pleine possession de ses moyens mais impressionné par le contexte hospitalier. Il semblerait en outre que l'appréciation de l'intérêt à agir soit devenue extrêmement formelle, l'intérêt à agir pouvant se définir comme « tout avantage matériel ou moral, effectif, mais non théorique que le demandeur peut retirer de la demande au moment où il la forme »[886].

Enfin, il est difficilement imaginable d'initier une procédure de mise sous protection judiciaire avec le seul espoir que le résultat influence – peut-être et sans obligation – l'attitude des praticiens : si la demande de protection était rejetée, les praticiens seraient peut-être plus enclins à se reposer sur la présomption de capacité ; à l'inverse, la désignation d'un administrateur, qui serait susceptible d'exercer les droits du patient en cas d'incapacité de ce dernier, orienterait peut-être le praticien-évaluateur. La possible inutilité de la démarche en pratique, le praticien restant souverain dans l'appréciation de la capacité de fait du patient, rend peu probable le recours à la procédure de mise sous protection judiciaire.

Section 3. Un exemple de recours spécifique : la Commission ontarienne du consentement et de la capacité (CCC)

§1er. Aperçu des compétences de la CCC

En Ontario, la loi précitée sur le consentement aux soins de santé[887] instaure « un tribunal provincial indépendant », qui « a pour mission le règlement juste et accessible des questions

[884] *Cf. infra*, Section 4. Le rôle de la fonction de médiation.
[885] Équipes mobiles en santé mentale, Services de santé mentale, associations de (proches de) personnes vivant avec un trouble mental…
[886] G. DE LEVAL, « L'action en justice », *Droit judiciaire. Tome 2. Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 80.
[887] Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, www.ontario.ca/fr/lois

relatives au consentement et à la capacité, en équilibrant les droits des personnes vulnérables avec la sécurité du public »[888] :

> Les principaux domaines d'activité de la CCC sont le règlement de questions liées à la capacité, au consentement, à l'admission civile et à la prise de décisions au nom d'autrui (par un mandataire). Plus de 80 % des demandes présentées à la CCC portent sur la révision en vertu de la Loi sur la santé mentale du statut de malade en cure obligatoire d'un patient d'un établissement psychiatrique, ou sur l'examen en vertu de la Loi sur le consentement aux soins de santé de la capacité d'une personne de consentir à un traitement ou de le refuser[889].

Il s'agit d'un tribunal quasi-judiciaire, composé de juristes, de psychiatres ou de représentants du public[890].

En matière d'évaluation de la capacité de fait, la Commission est compétente pour recevoir des requêtes sollicitant

- la révision de la décision d'incapacité prise par un praticien de la santé : le patient qui n'accepte d'être considéré comme incapable à l'égard d'un traitement peut solliciter un réexamen par la Commission qui, le cas échéant, substituera son appréciation à celle du praticien;

- la désignation d'un représentant compétent pour accepter ou refuser le traitement au nom d'une personne incapable ; cette compétence, sollicitée par la personne incapable elle-même ou par celle qui se propose comme représentant, sera soit générale, soit limitée à certains types de traitement, voire au traitement spécifiquement proposé en l'espèce;

- la révision de la décision de consentir, au nom d'une personne incapable, à son admission au sein d'un établissement de soins, à des fins de traitement ; toute personne peut solliciter un réexamen de cette décision;

- un éclairage quant aux volontés précédemment émises par la personne, devenue incapable entretemps, ou une autorisation d'aller à l'encontre du refus précédemment exprimé par la personne incapable à l'égard d'un traitement ; cette demande peut être soumise par le représentant de la personne incapable, tel que désigné par la loi, ou par le praticien[891].

---

[888] Commission du consentement et de la capacité, « La Commission en bref », http://www.ccboard.on.ca/scripts/french/aboutus/index.asp

[889] *Ibidem*.

[890] THE DEMENTIA NETWORK OF OTTAWA, « A Practical Guide to Capacity and Consent Law of Ontario for Health Practitioners Working with People with Alzheimer Disease», p. 5, mtrembla@rohcg.on.ca

[891] Art. 32 à 36 de la loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, www.ontario.ca/fr/lois

En tout état de cause, ces demandes permettent à la Commission de se prononcer sur la capacité de fait de la personne concernée par le traitement[892].

Toute « partie à une instance devant la Commission peut interjeter appel de la décision de celle-ci devant la Cour supérieure de justice sur une question de droit ou une question de fait, ou les deux »[893]. La juridiction saisie de l'appel peut prendre elle-même une décision ou renvoyer la question à la Commission en précisant des directives devant guider la décision de cette dernière[894].

§2. Un modèle à importer ?

En Belgique, on pourrait imaginer que le juge de paix joue un rôle similaire à celui de la Commission susvisée. Ce serait une façon de compléter le rôle du juge de paix en tant que *juge de la capacité* : si l'appréciation du praticien entraînait un conflit inextricable avec le patient ou les proches de ce dernier, le juge de paix pourrait entendre les avis des uns et des autres et trancher, en s'aidant éventuellement d'une évaluation indépendante, menée par un praticien qu'il aurait désigné.

Cette compétence ne serait probablement pas souvent sollicitée. Notre culture juridique paraît moins procédurière que celle des Américains du Nord : en matière de soins de santé, la plupart des situations conflictuelles se règlent par discussion ou résignation bien avant d'atteindre l'appareil judiciaire. La description de la capacité de fait et les réflexions relatives à son évaluation confirment cependant qu'il y a matière à discussion, voire à contestation. Or, il est actuellement difficile de situer le lieu de cette contestation.

La dernière révision du régime de protection judiciaire a rendu le juge de paix compétent pour résoudre les litiges entre toutes les personnes concernées : « Les litiges entre la personne de confiance et la personne protégée ou un des administrateurs et entre les personnes de confiance, sont réglés dans l'intérêt de la personne protégée après avoir tenté de rapprocher le point de vue des parties, conformément à l'article 1247 du Code judiciaire »[895]. Le juge de paix semble effectivement le mieux placé pour mener une conciliation et trancher le litige éventuel, en cas d'impossibilité de réconciliation des points de vue.

De manière générale, l'article 1247 du Code judiciaire prévoit que « le juge tente de rapprocher le point de vue des parties à la demande de l'une d'elles ou même d'office, s'il l'estime possible ». Cette disposition se trouve dans une section consacrée au déroulement de la procédure judiciaire, au sein d'un chapitre intitulé « Des personnes protégées », et concerne donc spécifiquement les mesures de protection. Or, les conflits relatifs à la capacité du patient

[892] Art. 37.1 de la loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, www.ontario.ca/fr/lois
[893] Art. 80(1) de la loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, www.ontario.ca/fr/lois
[894] Art. 80(10) de la loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, www.ontario.ca/fr/lois
[895] Art. 501/3 du Code civil, tel que modifié par la loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice. Fr. DEGUEL, « Pot-pourri pour les personnes majeures protégées », *J.T.*, 2019, pp. 378 et 382.

échappent par essence toujours à la compétence du juge de paix en matière de protection judiciaire : que le patient soit représenté ou assisté par un administrateur ou non, le juge de paix s'est vu retirer toute compétence en matière d'évaluation de la capacité d'exercer les droits du patient[896].

Il semblerait que le législateur soit tombé d'un extrême dans l'autre : autant le mécanisme de l'autorisation préalable semblait exagérément précautionneux, autant l'avis du juge de paix n'en reste-t-il pas moins intéressant dans certaines circonstances. Le recours au juge de paix, en vertu de sa compétence générale de conciliation serait sans doute la solution la plus logique. Indépendamment d'une mesure de protection judiciaire, le juge de paix recevrait donc les parties pour une conciliation et pourrait trancher, le cas échéant. Ce recours à la justice de paix en tant que juge de la capacité pourrait constituer une plus-value au système tel qu'il est actuellement conçu, à condition d'éviter toute confusion entre les missions relatives aux mesures de protection judiciaire et celles concernant la révision de décisions cliniques portant uniquement sur la capacité de fait du patient.

Toutefois, l'accessibilité réelle d'une procédure en justice pose question : même en cas de désaccord avec le praticien professionnel, il y a fort à parier que peu de (proches de) patients auraient l'information, l'énergie ou encore les moyens nécessaires pour contester en justice la décision du praticien de s'en remettre, ou pas, à un représentant.

En outre, avant d'imaginer s'en remettre à des juges chroniquement surchargés, il convient d'utiliser pleinement les outils dont nous disposons déjà par ailleurs. La décision clinique, spécifique et ponctuelle, devrait pouvoir être contestée rapidement, gratuitement et simplement. La section suivante pose dès lors la question du rôle éventuel du médiateur « droits du patient » en matière de conflits relatifs à l'évaluation de la capacité de fait du patient.

Section 4. Le rôle de la fonction de médiation

§1er. La fonction de médiation en très bref

L'une des avancées majeures de la loi du 22 août 2002 consiste en la création d'une « fonction de médiation », susceptible d'accueillir les plaintes des patients, relativement à l'exercice de leurs droits, et de les informer sur les possibilités de règlement de leur plainte en cas d'échec de la médiation[897].

En tant que facilitateurs de la communication entre praticiens et patients, les services de médiation pourraient avoir un rôle à jouer en cas de contestation d'une décision relative à la capacité[898].

---

[896] *Cf. supra*, Première partie, Titre I, Chapitre 3, Section 2, §2. Incapacité et décisions relatives aux soins.
[897] Art. 11, §2, 2° et 3°, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[898] M.-N. VEYS, « La position du patient psychiatrique dans la loi relative aux droits du patient, Service public fédéral Santé publique », 2005-2006, www.healthbelgium.be, p. 54.

Chaque hôpital[899] dispose d'une fonction de médiation, tandis qu'un service de médiation fédéral est compétent pour traiter les plaintes et informer les patients dont les revendications ne pourraient être liées à leur expérience au sein d'un établissement hospitalier[900]. Par ailleurs, les hôpitaux qui font partie d'une plateforme de concertation en santé mentale doivent organiser la fonction de médiation au sein de cette plateforme[901].

Les travaux préparatoires de la loi relative aux droits du patient précisent que le praticien professionnel qui rencontrerait des difficultés dans l'évaluation de la capacité du patient pourrait faire appel à la fonction de médiation[902]. Comme le souligne Marie-Noëlle Derèse, on ne voit pas d'emblée en quoi le médiateur pourrait aider sur ce point[903]. Il n'est cependant pas inintéressant de constater que le législateur a envisagé dès le départ une compétence du médiateur dans le domaine délicat de l'évaluation de la capacité de fait du patient.

§2. Patient incapable et recours à la médiation

1. Par le patient lui-même

Le recours au médiateur étant un droit du patient, le patient considéré comme incapable d'exercer ses droits pourrait s'avérer incapable également d'exercer son droit de plainte, dont la mise en œuvre nécessiterait alors le concours du représentant désigné. En pratique, il semblerait que les plaintes des patients eux-mêmes soient toujours accueillies, indépendamment de la question de savoir s'ils sont représentés dans l'exercice de leurs autres droits de patient[904].

Cette pratique doit être approuvée. L'évaluation de la capacité de fait est spécifique à la tâche concernée. Par conséquent, la décision d'un praticien de la santé de considérer le patient comme incapable de consentir à un traitement, par exemple, ne s'étend pas à l'exercice du droit de plainte. En d'autres termes, il est logique de déduire de la plainte du patient la capacité de ce dernier à exercer son droit de plainte. Notons que la personne de confiance du patient peut soutenir ce dernier dans l'exercice dudit droit[905].

---

[899] Ou groupement d'hôpitaux (art. 71 de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins).
[900] Art. 16, §3, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[901] Art. 11 de l'arrêté royal du 10 juillet 1990 fixant les normes d'agrément applicables aux associations d'institutions et de services psychiatriques.
[902] Projet de loi relatif aux droits du patient, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 1642/001, pp. 41-42.
[903] M.-N. DERÈSE, *La médiation dans le domaine des soins de santé : enjeux et perspectives*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 419.
[904] M.-N. VEYS, « La position du patient psychiatrique dans la loi relative aux droits du patient, Service public fédéral Santé publique », 2005-2006, www.healthbelgium.be, p. 54.
[905] Art. 5 de l'arrêté royal du 8 juillet 2003 fixant les conditions auxquelles la fonction de médiation dans les hôpitaux doit répondre.

2. Par le représentant du patient

À supposer que le patient ne fasse pas la démarche, son représentant pour les droits du patient peut déposer une plainte, puisque cela relève de l'exercice d'un droit du patient. Qu'il s'agisse d'un mandataire, d'un administrateur ou d'un proche désigné en vertu de l'article 14, §3, de la loi relative aux droits du patient, le représentant a le droit de s'adresser au médiateur, au nom et pour le compte du patient.

Cette hypothèse semble toutefois assez théorique, dans la mesure où le problème envisagé ici aurait trait à l'évaluation de la capacité et donc à la décision de s'adresser à un représentant : ce dernier s'adresserait dès lors au médiateur pour exprimer, au nom du patient, son mécontentement quant à la décision d'incapacité, autrement dit quant à sa propre implication en tant que représentant.

3. Par un tiers : régime dérogatoire à l'ordre légal de représentation du patient

Un régime dérogatoire concernant la représentation du patient dans l'exercice du droit de plainte a été introduit fin 2006 : « le droit de plainte visé à l'article 11 peut, par dérogation aux §§ 1er, 2 et 3, être exercé par les personnes visées à ces paragraphes, désignées par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, sans devoir respecter l'ordre prévu »[906].

a) Personnes visées par le régime dérogatoire

Compte tenu des modifications intervenues suite à la loi de 2013[907], les personnes visées aux §§ 1er, 2 et 3 sont désormais le patient, son mandataire, son administrateur de la personne, son partenaire cohabitant, un enfant majeur, un parent, un frère ou une sœur majeur, le praticien professionnel. A condition d'être « désignées par le Roi », ces personnes peuvent représenter le patient dans l'exercice du droit de plainte *même si* elles ne sont pas représentantes par ailleurs : par exemple, le père d'un patient estimé incapable pourrait saisir la fonction de médiation pour porter plainte au nom du patient, alors même que ce dernier serait représenté par un mandataire, un administrateur de la personne ou l'un de ses enfants majeurs. Le droit de plainte servant à faire respecter les autres droits du patient, ce régime dérogatoire permet aux proches de veiller aux intérêts du patient, quand bien même quelqu'un d'autre les précéderait dans l'ordre de représentation prévu par la loi[908].

Encore faut-il que ces personnes soient « désignées par le Roi ». L'arrêté royal concerné précise que « le droit d'introduire une plainte, visé à l'article 11 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, peut être exercé, à l'exception du frère ou de la sœur majeurs du patient, par

[906] Art. 14, §5 (précédemment §4), de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, introduit par l'art. 64 de la loi du 13 décembre 2006 portant dispositions diverses en matière de santé.
[907] Loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine.
[908] M.-N. DERÈSE, *La médiation dans le domaine des soins de santé : enjeux et perspectives*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 428-429.

les différentes personnes visées à l'article 14, § 2, alinéas 1er et 2, de la même loi, sans qu'il faille respecter l'ordre énoncé dans le paragraphe précité »[909]. Avant la loi du 17 mars 2013, cet arrêté désignait dès lors le partenaire cohabitant, l'enfant majeur ou le parent du patient. Suite aux modifications apportées par la loi du 17 mars 2013, l'article 14, § 2, ne contient plus qu'un alinéa, relatif à l'administrateur de la personne. A suivre à la lettre le texte de l'arrêté, il faudrait en déduire que seul l'administrateur de la personne conserve la possibilité d'exercer le droit de plainte au nom du patient lorsque ce dernier se voit représenter par quelqu'un d'autre. Il est toutefois peu probable que ce soit la volonté du gouvernement, qui a probablement oublié d'adapter l'arrêté royal.

Par conséquent, il semble plus correct de continuer à interpréter l'article 11 de la loi relative aux droits du patient et l'arrêté royal y relatif comme permettant au partenaire cohabitant, à l'enfant majeur ou au parent du patient de retenir, en toutes circonstances, la possibilité d'exercer le droit de plainte du patient incapable.

Il est logique d'ajouter l'administrateur de la personne à la liste : non seulement il est désormais le seul visé par l'arrêté royal mais en outre on ne voit aucune raison valable de ne pas l'autoriser, lui aussi, à exercer le droit de plainte du patient, représenté par quelqu'un d'autre, s'il le juge opportun pour veiller aux intérêts dudit patient. Comme l'administrateur de la personne représente le patient prioritairement aux partenaire cohabitant, enfants majeurs et parents, ce cas de figure ne peut se présenter que pour le patient qui serait représenté par un mandataire[910].

Les frères et sœurs majeurs du patient sont expressément exclus, sans justification aucune[911]. Ils peuvent donc représenter le patient dans certaines circonstances[912], y compris dans l'exercice du droit de plainte, mais lorsque la représentation est dévolue à une autre personne, ils n'ont plus aucun moyen d'intervenir pour sauvegarder les intérêts du patient. Cette exclusion sans justification – et sans que l'on puisse en imaginer une – pose question.

b) Difficultés du régime dérogatoire

Pour les personnes autorisées à déposer plainte sans être représentantes du patient, deux difficultés peuvent se poser.

---

[909] Art. 1 de l'Arrêté royal du 15 février 2007 portant fixation d'un régime dérogatoire en matière de représentation du patient dans le cadre de l'exercice du droit de plainte visé à l'article 11 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

[910] S'il existe un administrateur et si le patient est néanmoins représenté par son partenaire cohabitant, enfant majeur ou parent, c'est que l'administrateur n'est pas compétent pour l'exercice des droits du patient ou qu'il n'est pas autorisé par le juge de paix, ce qui revient au même.

[911] M.-N. DERÈSE, *La médiation dans le domaine des soins de santé : enjeux et perspectives*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 427.

[912] Lorsque le patient n'a ni mandataire, ni administrateur compétent, ni partenaire cohabitant, ni enfant majeur ni parent, ou que ceux-ci n'interviennent pas, conformément au mécanisme de représentation en cascade prévu par l'article 14, §3, de la loi relative aux droits du patient.

Tout d'abord, la loi relative aux droits du patient ne prévoit pas que ce dernier ou son représentant doive marquer son accord quant au traitement de la plainte déposée par un tiers habilité en vertu de l'article 14, §5, de la loi relative aux droits du patient. D'une part, il semble contraire à l'esprit de la loi de ne pas tenir compte de la volonté du patient concerné ou de son représentant. D'autre part, il convient de laisser au médiateur une marge d'appréciation, afin de lui permettre de ne pas tenir compte de l'opposition d'un représentant qui ne semblerait pas inspirée par l'intérêt du patient[913].

Ensuite, on peut se demander comment doit procéder concrètement le médiateur qui reçoit la plainte du tiers. Le praticien concerné par la plainte peut en effet difficilement dialoguer avec le plaignant, en raison de son obligation au secret professionnel. Par ailleurs, la plainte du tiers peut être le symptôme de tensions au sein de l'entourage du patient, entre le représentant de ce dernier et les (autres) proches, par exemple, et donc éloigner le médiateur de la mission pour laquelle sa fonction a été créée[914].

§3. Décalage entre la loi et les pratiques…

Au-delà des difficultés liées à l'interpellation du médiateur par un *tiers habilité*, n'aurait-il pas fallu ouvrir à tout tiers intéressé – famille, amis, association de défense des droits des patients, … – l'exercice du droit de plainte? La Commission fédérale « droits du patient » s'était penchée sur cette question avant l'adoption du régime dérogatoire, dans un avis du 23 juin 2006 :

> La Commission fédérale estime que tout tiers intéressé[1] peut déposer une plainte. Si le médiateur reçoit une plainte provenant d'un tiers, il est tenu, avant d'entreprendre la médiation, de contacter le patient*, soit oralement, soit par écrit, et de s'assurer que le patient* en question marque son consentement (oralement ou par écrit) sur le dépôt de la plainte et le lancement de la procédure de médiation.
> Le médiateur consigne la date et le contenu du contact avec le tiers, ainsi que la date et le contenu du contact avec le patient* dans son dossier. Si le patient* ne souhaite pas poursuivre le traitement de la plainte, le médiateur clôture le dossier et en informe le tiers.
>
> [1] Toute personne physique intéressée, personne morale intéressée ou association de fait intéressée. La plainte d'une personne morale doit être déposée par une personne physique dûment mandatée à cet effet.
> * ou son représentant, comme visé aux articles 12, 13 et 14 de la loi du 22/08/2002 relative aux droits du patient[915].

Le législateur a, certes, prévu un élargissement du droit de porter plainte au nom du patient, mais de façon beaucoup plus limitée : seule quelques personnes expressément désignées

[913] M.-N. DERÈSE, *La médiation dans le domaine des soins de santé : enjeux et perspectives*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 456.
[914] En ce sens, SERVICE DE MÉDIATION FÉDÉRAL « DROITS DU PATIENT », « Rapport annuel 2007 », p. 69, et « Rapport annuel 2009 », p. 51, disponibles sur www.patientrights.be
[915] COMMISSION FÉDÉRALE « DROITS DU PATIENT, « Elargissement du droit de porter plainte », 23 juin 2006, disponible sur www.patientrights.be

peuvent théoriquement s'en prévaloir et uniquement dans l'hypothèse où le patient est considéré comme incapable. Par contre, rien n'oblige le médiateur à obtenir l'accord du patient ou celui de son représentant pour traiter la plainte[916].

On sait pourtant aujourd'hui que la réalité de terrain est fort différente de ce que la loi prévoit, ce qui peut embarrasser les médiateurs : ceux-ci sont en effet interpellés par toute une série de personnes qui se soucient bien peu de savoir si leur plainte est recevable en vertu de la loi, mais qui estiment devoir défendre les intérêts du patient[917].

Notons qu'il arrive que des praticiens ressentent ce besoin d'intervenir pour défendre les intérêts d'un patient[918], ce qui semble particulièrement intéressant en matière d'évaluation de la capacité. Les autres praticiens sont sans doute les plus à même de constater un abus, dans un sens comme dans l'autre : s'il est choquant de nier la capacité de fait d'un patient qui serait en réalité en mesure d'exercer lui-même ses droits, il l'est également de ne pas mettre en question cette capacité, lorsqu'il existe des raisons de penser que le soutien d'un représentant pourrait constituer une plus-value[919]. Comme déjà signalé, un patient peut ainsi avoir besoin de l'aide d'un représentant mais ne pas s'en rendre compte lui-même et, pour peu qu'il accepte toujours le point de vue du praticien, ce dernier pourrait préférer ne pas évaluer formellement la capacité et l'éventuel besoin d'aide de son patient.

Une psychiatre m'a un jour posé la question suivante, que je n'ai pas comprise à l'époque : « que peut-on faire lorsqu'un confrère prend le pouvoir sur un patient vulnérable ? ». Je pense aujourd'hui qu'elle évoquait une situation où le médecin aurait dû évaluer la capacité du patient pour vérifier l'opportunité de solliciter un représentant, même en l'absence de tout conflit avec le patient. Le représentant ne sert pas qu'à *passer outre l'opposition* du patient : il vise à *rééquilibrer l'échange* entre praticien et patient, lorsque ce dernier paraît affaibli dans ses facultés décisionnelles.

De manière générale, dans l'intérêt des patients et des praticiens, premiers visés par la procédure de médiation, les médiateurs peuvent difficilement se contenter d'éconduire tous les *plaignants non habilités*, bien que les questions pratiques posées ci-avant se posent avec d'autant plus d'acuité que l'accueil de la plainte se fait en dehors de tout cadre légal.

Dès 2007, le Service de médiation fédéral « Droits du patient » a prôné la suppression pure et simple de l'article 14, §4, devenu aujourd'hui l'article 14, §5, de la loi relative aux droits du patient : « il serait probablement plus judicieux de supprimer l'arrêté royal visé ci-dessus (portant à confusion) et de considérer que toute personne (même non patient ou non représentant du patient) peut "alerter" le service de médiation et "se faire entendre" mais la médiation même

[916] *A contrario*, l'avis de la Commission fédérale « Droits du patient » vise tout patient, qu'il soit capable ou incapable, en droit ou en fait.
[917] M.-N. DERÈSE, *La médiation dans le domaine des soins de santé : enjeux et perspectives*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 450 et s.
[918] *Ibidem*, p. 460
[919] *Cf. supra*, Titre II, Chapitre 2, Section 2, §2. Subordonner l'évaluation de la capacité du patient à l'existence de motifs spécifiques.

devrait être gérée entre le patient (ou représentant véritable de celui-ci) et le praticien professionnel, avec l'accord de ces derniers ». Le Service de médiation fédéral n'exclut donc nullement qu'un tiers se fasse entendre alors même que le patient est considéré comme capable.

Si ce n'est pas le cas et s'il existe dès lors un représentant, il faut approuver la nuance introduite par Marie-Noëlle Derèse, quant à l'accord à donner par le représentant pour poursuivre la médiation : « il revient au médiateur d'apprécier l'opportunité de recevoir la demande du proche, eu égard à l'intérêt du patient, après concertation avec ce proche et le représentant opposé à la saisine du médiateur »[920]. Cette marge de manœuvre permettrait en effet au médiateur de traiter la demande en dépit du refus du représentant, lorsque ce dernier ne semble pas guidé par l'intérêt du patient.

Enfin, il faut rappeler que les services de médiation ne sont pas des instances d'appel de la décision du praticien, puisque le médiateur n'a pas le pouvoir de trancher. Tout au plus peut-on espérer qu'une meilleure communication entre les parties, soutenues par le médiateur, mette fin au litige. À défaut, le médiateur ne pourra que renvoyer vers le juge de paix ou le tribunal de première instance, dont les décisions sont contraignantes mais les procédures peu adaptées aux conflits portant sur l'évaluation de la capacité de fait du patient.

Quoi qu'il en soit, la médiation en droits du patient ne semble pas recevoir du gouvernement la considération qu'elle mérite. Sans réponses à leurs questions, parfois déconsidérés au sein même des hôpitaux pour lesquels ils travaillent, beaucoup de médiateurs doivent se démener pour faire connaître leur fonction et lui donner un sens.

Pour ma part, je regrette que la sixième réforme de l'État ait eu pour effet de soustraire à la Commission fédérale « Droit du patient » la compétence de recevoir et de traiter les rapports individuels des médiateurs locaux[921]. Cette tâche revient désormais aux entités fédérées, avec pour résultat qu'il n'est plus possible d'avoir accès à une synthèse des rapports des médiateurs des hôpitaux et des plateformes de concertation en santé mentale. En Wallonie, c'est l'Agence wallonne pour une Vie de Qualité, l'AVIQ, qui reçoit aujourd'hui les rapports des médiateurs locaux. Dans un premier temps, lorsque l'AVIQ devait absorber les nouvelles compétences découlant de la réforme de l'État, il était impossible de savoir ce que devenaient les informations contenues dans les rapports des médiateurs locaux[922]. Aujourd'hui, ces documents font l'objet d'une analyse et d'un rapport de synthèse internes, « dont la publication n'a pas encore été décidée »[923].

---

[920] M.-N. DERÈSE, *La médiation dans le domaine des soins de santé : enjeux et perspectives*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 454.
[921] Commission fédérale « Droits du patient », « La fonction de médiation prévue dans la loi relative aux droits du patient : vers une professionnalisation, un statut, une harmonisation des pratiques dans l'intérêt de la qualité des soins », avis du 19 mai 2017, disponible sur https://organesdeconcertation.sante.belgique.be/fr/organe-d%27avis-et-de-concertation/commission-federale-droits-du-patient, p. 8.
[922] Informations reçues de l'AVIQ par téléphone, fin 2017.
[923] Informations reçues de l'AVIQ en octobre 2021.

Depuis 2015, il n'est donc plus possible d'avoir accès à une synthèse de ces rapports, truffés d'informations précieuses sur la façon d'améliorer le dialogue soignant-soigné, dialogue à l'impact important sur la qualité des soins de santé dans leur ensemble. En outre, il semble difficile d'évaluer le fonctionnement des services de médiation au niveau fédéral, alors que les rapports sont aujourd'hui remis aux autorités régionales, selon des formes différentes. Ces difficultés sont relayées par le Médiateur de la Fédération Wallonie-Bruxelles[924], le Service de Médiation fédéral « Droits du patient »[925] et la Commission fédérale « Droits du patient »[926], qui plaident notamment pour une concertation des différents niveaux de pouvoir compétents.

Conclusions du titre III. Se donner les moyens de la contestation

En matière d'évaluation de la capacité de fait, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît aux États membres une marge d'appréciation plutôt large, tout en accordant une attention de plus en plus grande aux garanties procédurales. Or, les recours judiciaires actuellement possibles paraissent trop éloignés d'un conflit lié à l'évaluation clinique de la capacité du patient. À ce stade, la seule option réaliste est le recours au juge de paix en tant que juge de la capacité, avec pour mission primordiale de tenter de concilier les parties.

Au sein d'une culture continentale peu favorable aux recours judiciaires, nous aurions avant tout intérêt à donner à la fonction de médiation « droits du patient » les moyens dont elle a besoin pour déployer son potentiel de prévention des conflits ou de l'envenimement de ceux-ci jusqu'à la judiciarisation. Sa compréhension de l'organisation et des enjeux des pratiques de soins fait du médiateur un interlocuteur privilégié, tant des praticiens que des patients et de leurs proches. Il peut contribuer à rétablir une relation de confiance entre les parties et, donc, à améliorer le dispositif des soins de santé dans son ensemble. La fonction souffre toutefois d'un manque de reconnaissance à plusieurs niveaux et se heurte à nombre d'obstacles juridiques et pratiques, que seules des volontés politique et institutionnelle permettront de lever[927].

---

[924] « Recommandation spécifique W 2018-13. Qualité de vie - Droits du Patient - Organiser la concertation entre toutes les parties intéressées sur l'organisation du traitement des plaintes dans le secteur hospitalier », disponible sur https://www.le-mediateur.be/page/recommandation-specifique-w-2018-13.html

[925] Service de médiation fédéral « Droits du patient », « Rapport annuel 2018 », disponible sur www.health.belgium.be, pp. 74-75 (point ensuite rappelé dans ses rapports ultérieurs).

[926] Commission fédérale « Droits du patient », « La fonction de médiation prévue dans la loi relative aux droits du patient : vers une professionnalisation, un statut, une harmonisation des pratiques dans l'intérêt de la qualité des soins », avis du 19 mai 2017, disponible sur https://organesdeconcertation.sante.belgique.be/fr/organe-d%27avis-et-de-concertation/commission-federale-droits-du-patient

[927] Pour une analyse fouillée de ces questions, voy. la thèse de M.-N. DERÈSE (*La médiation dans le domaine des soins de santé : enjeux et perspectives*, Waterloo, Kluwer, 2013) et les nombreuses recommandations pertinentes du Service de médiation fédéral ou de la Commission fédérale « Droits du patient ».

CONCLUSIONS DE LA DEUXIÈME PARTIE

La deuxième partie a commencé par donner un contenu concret à la capacité de fait du patient :

Figure 6 : définition de la capacité de fait du patient

Capacité de fait du patient
Aptitude à prendre une décision en matière de soins, impliquant de pouvoir, cumulativement, comprendre l'information pertinente, raisonner quant aux différentes options possibles, apprécier sa propre situation et les conséquences probables, pour soi-même, de la décision et, enfin, communiquer un choix.

La capacité d'exercer ses droits du patient s'inscrit logiquement dans une capacité citoyenne plus large :

Figure 5 : définition générale de la capacité de fait

Capacité de fait
Ensemble de facultés essentiellement cognitives permettant, en général, de faire respecter ses droits et d'exécuter les prestations auxquelles on est obligé. Plus spécifiquement, la capacité de fait conditionne la validité des actes juridiques et permet d'apprécier les conséquences des actes matériels que l'on pose.

La définition de la capacité de fait du patient pose la question de savoir si notre société n'idéalise pas la rationalité humaine et si le législateur ne commet dès lors pas une erreur logique en confiant à certains êtres humains l'autorité d'évaluer la rationalité de certains de leurs pairs. En effet, de nombreux biais de raisonnement sont susceptibles d'entraver la délibération du patient, mais aussi celle du praticien, évaluateur de la capacité du patient.

Face à ce constat, je défends une politique d'évitement, fondée sur le caractère présomptif de la capacité de fait : mieux vaut, tant que possible, éviter une évaluation formelle de la capacité de fait du patient et se reposer sur la présomption légale de capacité de toute personne majeure. En l'absence de motifs spécifiques, dont une typologie est suggérée, il faudrait éviter de remettre en cause cette présomption.

Actuellement, une telle politique d'évitement doit s'inscrire dans une politique d'encadrement de l'évaluation de la capacité de fait du patient : lorsqu'il est nécessaire d'évaluer formellement cette capacité, l'évaluation devrait être soutenue par des lignes directrices, modulables en fonction des besoins des différents services de santé. Ces lignes directrices pourraient rappeler les notions de base, les pièges à éviter et suggérer une méthodologie.

Toute décision privant une personne de l'exercice de ses droits doit en effet offrir des garanties procédurales contre l'arbitraire. Il convient donc à la fois d'encadrer soigneusement le processus guidant ce type de décisions et de pourvoir adéquatement aux moyens de la contestation de celles-ci. Or, ni la fonction de médiation « droits du patient », ni le juge de paix ne semblent actuellement pouvoir jouer pleinement leur rôle d'instance de recours ou de conciliation.

Une dernière précision s'impose : ne confondons pas l'évaluation de la capacité de fait et l'évaluation de l'*autonomie* du patient.

La loi relative aux droits du patient ouvre la liste des droits avec l'affirmation suivante : « Le patient a droit, de la part du praticien professionnel, à des prestations de qualité répondant à ses besoins et ce, dans le respect de sa dignité humaine et de son autonomie et sans qu'une distinction d'aucune sorte ne soit faite »[928]. Au terme de la première partie de la recherche, l'autonomie a été définie comme « une capacité de poser des valeurs ou des préférences, qui se construit, se développe, se traduit en décisions et en actions à travers la relation à autrui ». Si l'on applique cette définition aux droits des patients, la loi investit les praticiens de la mission d'aider les patients, sans discrimination, à exprimer leur attachement à certaines valeurs et à traduire celles-ci dans les décisions relatives aux soins.

Que le patient soit considéré comme capable ou pas, son autonomie doit être respectée. L'étude de la capacité de fait n'a donc pas pour objectif de formuler de prudentes recommandations à suivre *lorsque l'on prive un patient de son autonomie* : un patient peut être privé de l'exercice personnel de ses droits de patient, pas du respect de son autonomie. Cela dit, le *risque* de non-respect de l'autonomie du patient réside aujourd'hui dans l'évaluation de la capacité de fait et ce, de deux façons : que le praticien considère *arbitrairement* comme capable le patient qui aurait besoin d'un soutien régulier ou comme incapable le patient qui serait à même de prendre lui-même une décision, l'autonomie du patient est mise à mal.

L'évaluation de la capacité de fait du patient est un outil précieux mais dangereux.

[928] Art. 5 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

Un outil précieux : le doute quant à la capacité de fait d'un patient s'avère indissociable de la pratique clinique et il faut pouvoir le reconnaître et le creuser, lorsque cela semble indispensable.

Un outil dangereux : la nécessité fréquente des évaluations de la capacité et la qualification des évaluateurs tendent à faire oublier la complexité de la tâche. Sans forcément disposer d'une méthode d'évaluation adéquate, le praticien de la santé détient le pouvoir exclusif de déterminer la capacité d'une personne d'exercer ses droits de patient. Ce contexte pourrait être de nature à favoriser des évaluations intempestives, biaisées ou bâclées.

C'est finalement la façon de mener l'évaluation de la capacité de fait du patient qui opère la différence entre une décision arbitraire et une décision guidée par la volonté de soutenir l'autonomie du patient.

La troisième et dernière partie de cette étude reporte certains questionnements relatifs à la capacité du patient sur la capacité des citoyens, en général, à la lumière de l'article 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées.

TROISIEME PARTIE. LE CONCEPT DE CAPACITÉ À LA LUMIÈRE DE LA CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES

INTRODUCTION

La question posée au niveau de la relation médicale peut être reposée au niveau de la vie civique en général : que se passerait-il si nous devions tous, à dix-huit ans, recevoir la pleine capacité d'exercice sur la base d'une évaluation de notre capacité de fait réelle ? La tâche d'évaluation et les conséquences à en tirer seraient sans doute d'une irrémédiable complexité. Nous sommes donc tous présumés capables de fait à dix-huit ans et nous nous voyons en conséquence gratifier de la pleine capacité juridique, sous condition résolutoire d'une incapacité de fait estimée suffisamment importante.

La troisième partie de la présente étude cherche à poser un regard neuf sur nos mesures d'incapacité juridique, à la lumière de la Convention relative aux droits des personnes handicapées[929]. Bien qu'adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 décembre 2006 et approuvée par l'Etat fédéral et les entités fédérées belges en 2009[930], la Convention reste relativement peu connue et invoquée[931]. Dans une logique d'inclusion, elle exige des États parties qu'ils éradiquent les obstacles à la jouissance et à l'exercice, par les personnes handicapées, de leurs droits fondamentaux[932].

Il faut d'emblée rappeler que le terme *handicap* se veut ici plus englobant que dans le langage courant. D'après la Convention, le handicap désigne la situation résultant « de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres (…) »[933].

Le handicap n'est donc pas réductible à une forme d'incapacité individuelle : il surgit lorsque les personnes vivant avec une incapacité – quelle qu'elle soit – ne peuvent s'épanouir en tant que citoyens de notre société faute, pour celle-ci, de proposer des solutions adaptées. C'est la

[929] Ci-après, « la Convention ».
[930] Dans un tel cas, il faudrait en principe citer en référence l'ensemble des normes internes d'assentiment (N. BERNARD (dir.), *Guide des citations, références et abréviations juridiques*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2017, p. 77). Compte tenu du fait que cela aboutirait en l'espèce à une note infrapaginale démesurée, je me permets de renvoyer à une proposition de loi les mentionnant *in extenso*, à savoir la proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1009/001, p. 5, note n°12.
[931] En ce sens, I. HACHEZ, « Le métissage des sources, *hard* ou *soft* », *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 41.
[932] Pour une analyse approfondie de la notion de « droits fondamentaux », voy. A.-C. RASSON, *Les droits fondamentaux de l'enfant au prisme de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle* (Thèse en cours de rédaction, Université de Namur), citant notamment C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutinnel et en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 33-39 et G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ?*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 254-261.
[933] Préambule, e), de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

raison pour laquelle on entend parfois parler aujourd'hui de « personnes en situation de handicap », « une terminologie qui, loin d'être *politically correct*, a l'avantage d'indiquer que le handicap est le résultat d'une déficience et d'une réponse sociale, autrement dit d'une "situation" faite aux handicapés par l'accueil qui leur est réservé par la société »[934].

La vision sociale portée par la Convention n'exclut toutefois pas purement et simplement la vision médicale, puisque c'est la *rencontre* entre une affection individuelle – médicalement qualifiable, la plupart du temps – et des obstacles contextuels, qui entraîne la situation de handicap. Né à l'intersection d'une incapacité personnelle et sociale, le handicap ne se résume ni à l'une, ni à l'autre, tout en procédant des deux[935].

Ainsi comprise, la définition sociale du handicap permet d'intégrer largement les personnes vivant avec un trouble mental. Les personnes considérées comme ayant une « maladie mentale » ou des « troubles psycho-sociaux » sont celles dont la voix est la moins entendue, y compris par les mouvements défendant les droits des personnes handicapées : en effet, des termes tels que « maladie mentale » laissent parfois penser que ces affections appellent des traitements médicaux, à l'exclusion d'aménagements sociaux[936].

La troisième partie s'articule exclusivement autour de l'article 12 de la Convention, qui porte sur la « reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité ». Cette formulation ambigüe dissimule une revendication inédite, exposée par la première observation générale du Comité des droits des personnes handicapées[937]. Par conséquent, le titre I ci-dessous cherche à expliquer en détails l'article 12, tel qu'interprété par ce Comité, et à donner un aperçu des controverses suscitées par cette interprétation. L'expression de « capacité de fait » sera fréquemment remplacée par celle de « capacité mentale » : il s'agit des termes employés par le Comité des droits des personnes handicapées pour désigner des aptitudes cognitives similaires à celles constituant la capacité de fait, telle qu'elle a été définie dans la deuxième partie.

Le processus d'élaboration de la Convention a connu un taux de participation exceptionnel d'organisations représentatives des personnes handicapées[938], dont le *World Network of Users and Survivors of Psychiatry* (WNUSP) et *Inclusion International*[939], particulièrement actifs dans la négociation de l'article 12. La représentativité de la Convention se voit régulièrement

---

[934] J. KRISTEVA, « Citoyenneté et handicap », *Ethiques et Handicaps*, Presses Universitaires de Namur, 2018, p. 97.
[935] En ce sens, V. GHESQUIÈRE, I. HACHEZ et C. VAN BASSELAERE, « La discrimination fondée sur le handicap », *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, Liège, Anthemis, 2018, pp. 95-96.
[936] Eric ROSENTHAL (Disability Rights International), intervention du 17 juin 2019, dans le cadre de la *11th International Disability Law Summer School* (17-21 juin 2019) du Centre for Disability Law and Policy (CDLP) de l'Université Nationale d'Irlande à Galway.
[937] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1.
[938] En ce sens, Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 7 (2018) sur la participation des personnes handicapées, y compris des enfants handicapés, par l'intermédiaire des organisations qui les représentent, à la mise en œuvre de la Convention et au suivi de son application*, CRPD/C/GC/7, § 1.
[939] Association de représentation des personnes avec un handicap intellectuel et de leurs familles (« *The international network of people with intellectual disabilities and their families* », https://inclusion-international.org/).

questionnée, car la rédaction de celle-ci a pu être disproportionnément influencée par les associations les plus « radicales », au mépris de courants plus « modérés » portés par d'autres représentants des personnes handicapées ou d'autres parties intéressées, tels les praticiens de la santé mentale[940]. Ce modèle d'élaboration participative confère toutefois à la Convention un attrait particulier et pourrait inspirer d'autres processus internationaux de ce type, à l'avenir[941].

Dans l'idée que les arguments de personnes perçues comme militantes peuvent nourrir utilement le débat, le titre II tente de cerner en quoi consiste la critique du « militantisme » et les risques qu'elle recèle, pour la recherche scientifique. Pour cette raison, l'analyse fera le détour par l'exploration du concept d'injustice épistémique. Ce dernier désigne un phénomène social qui préjudicie certaines personnes dans leur capacité spécifique de porteuses de savoirs, soit par le déni systématique de cette capacité soit par l'impossibilité dans laquelle se trouvent ces personnes de pouvoir développer une telle capacité[942].

TITRE I. DÉPLOIEMENT DE L'IDÉE D'UNE *CAPACITÉ JURIDIQUE UNIVERSELLE*

« Le droit à la capacité juridique est un seuil, c'est-à-dire qu'il est indispensable pour la jouissance de presque tous les autres droits inscrits dans la Convention »[943].

Ce n'est pas un hasard si la première observation générale du Comité des droits des personnes handicapées[944], organe de contrôle de la Convention des Nations Unies, porte sur l'article 12[945]. La reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité représente en effet l'indispensable corollaire de nombreux autres droits énoncés dans la même Convention, par exemple en matière de soins de santé, de participation à la vie citoyenne, de vie privée et familiale.

La présente recherche s'attarde sur l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées et sur son interprétation par le Comité. Peu connue, largement incomprise voire disqualifiée, la position du Comité offre pourtant un éclairage original sur les questions soulevées par l'évaluation de la capacité de fait et contribue dès lors à l'avancement des recherches en la matière.

---

[940] P. APPELBAUM, « Il y a toutes sortes de droits : les problèmes posés par l'article 12 et son interprétation », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 50-51 ; L. SERIES, A. NILSSON, « Article 12 CRPD Equal Recognition before the Law », *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 343.
[941] L. SERIES, A. NILSSON, *idem*, p. 344.
[942] Définition inspirée de l'ouvrage de référence de M. FRICKER (*Epistemic Injustice. Power & the Ethics of Knowing*, Oxford University Press, 2007), dont il sera question au titre II ci-desssous.
[943] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 6 (2018) sur l'égalité et la non-discrimination*, CRPD/C/GC/6.
[944] Ci-après, « le Comité ».
[945] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1.

Le présent titre expose les origines et la teneur des controverses suscitées par l'article 12 de la Convention, sans préjuger de la façon dont nous devrions nous l'approprier, en droit interne. En effet, pour pouvoir inspirer utilement le débat au sein de la société belge, les divergences d'interprétation entre de nombreux États parties et le Comité doivent d'abord être correctement décrites.

Chapitre 1er. L'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées et sa réception en droit belge

Section 1ère. Texte et contexte de l'article 12

Compte tenu des implications de la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité pour l'ensemble des droits contenus dans la Convention, la rédaction de l'article 12 a fait l'objet d'une attention particulière du Groupe de travail chargé de rédiger un projet de texte[946]. Aux difficultés du débat d'idées se sont ajoutées des difficultés sémantiques, les notions de « personnalité juridique » et de « capacité juridique » n'étant pas comprises de la même façon par toutes les parties à la discussion.

Un document de synthèse préparé par le Haut-Commissariat aux droits de l'homme a alors clarifié le sens à donner à ces termes. Cette analyse réaffirme la différence traditionnelle entre la « capacité de jouissance » (« *capacity to be a person before the law* ») et la « capacité d'exercice » (« *capacity to act* »), en précisant que le concept de « capacité juridique » (« *legal capacity* ») englobe à la fois la capacité d'être titulaire de droits et obligations et celle d'exercer ses droits et d'accomplir ses obligations par soi-même, sans assistance ou représentation par un tiers[947]. Notre Code civil ne dit pas autre chose lorsqu'il précise que la capacité est « la compétence d'exercer ses droits et devoirs soi-même et de façon autonome », sachant que l'expression « soi-même et de façon autonome » signifie « sans mesure d'assistance ni de représentation »[948].

Sur le fond, le conflit concerne la possible restriction de la capacité d'exercice des personnes handicapées, par exemple en cas de discernement estimé insuffisant pour prendre des décisions personnelles ou patrimoniales. Pour certains, la reconnaissance de la personnalité juridique dans

---

[946] Dans sa résolution 56/168 du 19 décembre 2001, l'Assemblée générale des Nations Unies a décidé de mettre en place un « Comité spécial chargé d'élaborer une convention internationale globale et intégrée pour la protection et la promotion des droits et de la dignité des handicapés ». Le 27 juin 2003, ce Comité a lui-même créé un groupe de travail avec pour mission d'élaborer un texte qui servirait de base aux négociations aux États Membre et aux observateurs du Comité spécial en vue de rédiger une convention (« Rapport du Groupe de travail au Comité spécial », A/AC.265/2004/WG/1, 27 janvier 2004, p. 1 ; « Rapport du Comité spécial chargé d'élaborer une convention internationale globale et intégrée pour la protection et la promotion des droits et de la dignité des handicapés », A/57/357, https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/adhoca57357f.htm).

[947] UN. Office of the High Commissioner for Human Rights, « Legal capacity : background conference document », 2 août 2005, https://digitallibrary.un.org, pp. 20-21.

[948] Art. 491, e), f) et g), du Code civil ; proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, Avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 1009/003, p. 18.

des conditions d'égalité implique que chaque personne majeure soit reconnue juridiquement capable, indépendamment de ses facultés concrètes. Pour d'autres, cette position radicale fait courir un risque disproportionné aux personnes dont le discernement est affaibli et qui, de ce fait, ne peuvent émettre une volonté lucide sur leur propre situation[949]. Finalement, après de longues et éprouvantes discussions[950], l'article 12 signe un compromis, en adoptant une formulation permettant les deux interprétations :

> Article 12
> Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité
> 1. Les États Parties réaffirment que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique.
> 2. Les États Parties reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres.
> 3. Les États Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique.
> 4. Les États Parties font en sorte que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus, conformément au droit international des droits de l'homme. Ces garanties doivent garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, soient exemptes de tout conflit d'intérêt et ne donnent lieu à aucun abus d'influence, soient proportionnées et adaptées à la situation de la personne concernée, s'appliquent pendant la période la plus brève possible et soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe indépendant et impartial ou une instance judiciaire. Ces garanties doivent également être proportionnées au degré auquel les mesures devant faciliter l'exercice de la capacité juridique affectent les droits et intérêts de la personne concernée.
> 5. Sous réserve des dispositions du présent article, les États Parties prennent toutes mesures appropriées et effectives pour garantir le droit qu'ont les personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, de posséder des biens ou d'en hériter, de contrôler leurs finances et d'avoir accès aux mêmes conditions que les autres personnes aux prêts bancaires, hypothèques et autres formes de crédit financier; ils veillent à ce que les personnes handicapées ne soient pas arbitrairement privées de leurs biens.

Pour les tenants d'une vision universaliste de la capacité d'exercice (première interprétation), les mesures d'accompagnement du §3 et les garanties prévues au §4 n'équivalent jamais à des régimes d'incapacité juridique. Pour les tenants d'une capacité d'exercice modulable (deuxième interprétation), les mêmes paragraphes signifient que les mesures d'accompagnement peuvent prendre la forme de régimes d'incapacité juridique, à des conditions strictes.

[949] Pour un tour d'horizon, voy. B. EYRAUD, J. MINOC, C. HANON (dir.), *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018 et *infra*, Chapitre 2, Section 3. L'observation générale n° 1 discutée.
[950] Pour un résumé des travaux préparatoires, voy. L. SERIES, A. NILSSON, « Article 12 CRPD Equal Recognition before the Law », *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 342-348.

Cette ambiguïté, sans laquelle la signature et la ratification de la Convention par de nombreux États n'auraient pas été possibles, a aussi été le prix de l'unité stratégique entre associations représentant les personnes handicapées[951]. Ces dernières ont en effet voulu défendre unanimement certaines revendications, malgré leurs positions inévitablement divergentes sur certains points. Afin d'organiser cette unité stratégique, nombre d'associations se sont réunies en un « *International Disability Caucus* », dès la première réunion du Comité spécial chargé d'élaborer la Convention. Au niveau international, cette stratégie se comprend par la volonté d'avancer à tout prix sur certains points jugés fondamentaux en évitant, face aux délégations des États, de diluer les revendications[952]. Toutefois, compte tenu de l'hétérogénéité des membres du *Caucus*, l'ambiguïté a été l'une des clés de ce discours unifié :

> *In exercising Unity, some groups struggled to gain tolerance to their presence, acceptance of their membership, and respect for their influence. Mechanisms were created to overcome these challenges. I cannot say all of them were solved. Actually, we had to learn how to live with them, and there were painful moments. Yes, we have to learn how to live with unsolved problems and most at all, with ambiguity.*
>
> *The issue is that encouraging a diversity of individuals and organizations characterized by very different cultural backgrounds while at the same time maintaining certain unity of purpose requires tolerating Ambiguity. I am convinced that Ambiguity is an inevitable consequence of being simultaneously different and unified. Unity cannot be immutable or perfect if adopted as a strategy.*
>
> *A strategic Unity leads to adopt Ambiguity, as well. For example, having a general statement of core values without every definition, sometimes allowed us to maintain individual interpretations while at the same time sustaining (partial) agreements. Or, for example, when differences could not be overcome, we suspended our difference as a temporary and deliberate resort.*
>
> *I think Unity and Ambiguity probably were the two faces of the same winning card of the IDC*[953].

Le processus de ratification confirme que certains États parties n'ont pas imaginé que l'article 12 pourrait être interprété comme s'opposant aux régimes d'incapacité juridique des majeurs. Par exemple, la déclaration interprétative de la France montre qu'elle interprète l'article 12 comme permettant ce type de régime : « *With regard to article 29 of the Convention, the exercise of the right to vote is a component of legal capacity that may not be restricted except in the conditions and in accordance with the modalities provided for in article 12 of the*

---

[951] *Ibidem*, p. 341.
[952] M. REINA, « How the International Disability Caucus worked during negotiations for a UN Human Rights Convention on Disability », Global Action on Aging, http://globalag.igc.org/agingwatch/events/CSD/2008/maria.htm, 2008 (*IDC, International Disability Caucus*).
[953] *Ibidem*.

Convention »[954]. La Belgique, alors qu'elle connaît des régimes similaires, n'a quant à elle émis aucune réserve, confiante dans le fait qu'il faudrait simplement moderniser ses régimes de protection pour se conformer à l'article 12 de la Convention[955].

Dans ce contexte, il est compréhensible que l'observation générale n° 1, dont il sera longuement question ci-dessous, se soit vu réserver un accueil mitigé.

Ce sont surtout les trois premiers paragraphes de l'article 12 qui feront l'objet de la présente étude : les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance de leur personnalité juridique, ce qui implique qu'elles jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres, moyennant un accompagnement éventuel.

Le paragraphe 4 prévoit, logiquement, l'instauration de mécanismes de contrôle afin d'éviter que l'accompagnement dont bénéficient certaines personnes handicapées soit l'occasion d'abus contre ces mêmes personnes.

Enfin, le paragraphe 5 rappelle spécifiquement le droit de gérer soi-même ses biens. On peut se demander la raison de ce rappel, puisque l'accès à la capacité juridique implique de pouvoir gérer ses intérêts à la fois personnels et patrimoniaux. Il n'est sans doute pas inutile d'insister, toutefois, sur l'importance de pouvoir prendre des décisions patrimoniales : de l'achat d'un « *simple smartphone* »[956] à celui d'une maison, les choix relatifs à la gestion des biens font partie intégrante de notre personnalité[957]. Historiquement, toutefois, les régimes d'incapacité ont avant tout cherché à préserver le patrimoine familial, sans beaucoup d'égards pour la volonté et les préférences de la personne incapable[958].

Section 2. La traduction de l'article 12 en droit belge : la réforme des régimes d'incapacité

§1er. La première évaluation belge (2014)

1. Convention et révision des régimes d'incapacité

Comme l'exprime très bien le Centre interfédéral pour l'égalité des chances, aujourd'hui dénommé UNIA, la Convention relative aux droits des personnes handicapées considère le handicap « comme une notion évolutive et systémique : il est le résultat d'une interaction entre une personne présentant des incapacités durables (physiques, mentales, intellectuelles ou

[954] État des signatures et ratifications de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_fr#EndDec).
[955] Voy. le processus d'évaluation de 2014. *Cf. infra*, Section 2, §1er. La première évaluation belge (2014).
[956] M. PETROVA, A. YUMEROVA, « I had one dream – to buy a simple smartphone », *Global Perspectives on Legal Capacity Reform, Our Voices, Our Stories*, Oxford, Routledge, p. 92.
[957] G. QUINN, « *An Ideas Paper* », *Consortium on Human Rights and Disability*, Bruxelles, 2009, www.inclusionireland.ie, p. 11.
[958] *Cf. supra*, Première partie, Titre I. Trouble mental et incapacité : une longue histoire…

sensorielles) et des barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres »[959]. Bien que le terme handicap ne soit pas souvent utilisé, chez nous, pour désigner les personnes vivant avec une maladie psychiatrique ou neurodégénérative, il ne fait aucun doute que la Convention les englobe également, dans la mesure où ces troubles sont susceptibles, en fonction des circonstances sociales, de constituer une situation de handicap, au sens de la Convention.

L'article 12 a donc un champ d'application plus large que celui de notre protection judiciaire : la situation de handicap au sens de la Convention naît tant d'une incapacité individuelle de type physique (surdité, paraplégie…) que de type mental (psychose, démence, affection neurodégénérative…). Sachant que ce sont essentiellement les personnes vivant avec un trouble mental qui se voient privées de leur capacité juridique[960], l'article 12 et son commentaire par le Comité permettent une analyse intéressante à cet égard.

Les grandes lignes de la réforme belge des régimes d'incapacité ont déjà été exposées[961] et il n'est nécessaire, ici, que d'expliquer la façon dont la Belgique estime s'être conformée aux exigences de l'article 12 de la Convention à l'occasion de cette réforme, entrée en vigueur en 2014. Pour ce faire, le texte suit la chronologie du dialogue noué entre l'État belge et le Comité onusien des droits des personnes handicapées.

Suite à la signature, le 30 mars 2007, et à la ratification, le 2 juillet 2009, de la Convention, la Belgique a présenté en 2011 un « Premier rapport périodique », qui décrit la façon dont elle se conforme à la Convention[962].

Concernant l'article 12 et la capacité juridique, l'État belge n'a pu, à l'époque, qu'exposer les grandes lignes des régimes alors en vigueur, à savoir l'interdiction judiciaire, la minorité prolongée, le conseil judiciaire et l'administration provisoire, en insistant sur le fait que ces limitations de la capacité d'exercice n'interviennent qu'au terme d'une procédure judiciaire et poursuivent un objectif de protection de la personne concernée. La représentation, l'assistance et la possibilité de désigner une « personne de confiance », sont présentés comme autant de « mécanismes dont l'objectif est de soutenir l'exercice des droits de la personne handicapée »[963].

---

[959] UNIA, « Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées et son Protocole facultatif », www.unia.be. Anciennement dénommée « Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme », Unia est une institution publique indépendante luttant contre la discrimination et défendant l'égalité des chances. Elle est compétente, entre autres, pour veiller à la bonne application de la Convention relative aux droits des personnes handicapées par la Belgique.

[960] A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 70.

[961] *Cf. supra*, Première partie, Titre I, Chapitre 3, Section 2. La réforme des régimes d'incapacité et son impact en matière de soins.

[962] Com. dr. pers. hand., *Application de la Convention relative aux droits des personnes handicapées. Rapports initiaux soumis par les États parties conformément à l'article 35 de la Convention. Belgique*, CRPD/C/BEL/1, 13 mars 2013 ; ci-après « Premier rapport périodique de la Belgique ».

[963] « Premier rapport périodique de la Belgique », pp. 17-19.

La réforme en cours, entre 2011 et 2013, est par contre mentionnée dans les rapports alternatifs du *Belgian Disability Forum*[964] et du *GRIP*[965], et dans le rapport parallèle du Centre interfédéral pour l'égalité des chances[966]. En général, ces organismes dénoncent l'incompatibilité des régimes d'incapacité mentionnés dans le rapport de l'État belge avec la Convention. Ils saluent également la réforme, nécessaire et attendue, tout en soulignant qu'elle risque de rester lettre morte en pratique, faute de moyens réels mis à la disposition des justices de paix.

Il est en effet de notoriété publique que les justices de paix sont débordées. Ce n'est pas le transfert de quelques dossiers au Tribunal de la famille, qui a vu le jour en même temps que la réforme des incapacités[967], qui a permis l'absorption sereine de l'énorme contentieux lié aux incapacités par les justices de paix. Cet argument politique destiné à apaiser les craintes du secteur, avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mars 2013, était alors déjà dénoncé comme un « jeu de dupes »[968]. Ces craintes ont depuis lors été confirmées : les justices de paix n'ont pas les moyens nécessaires pour assurer le respect de la loi, ce qui ressort notamment d'un rapport d'audit du Conseil supérieur de la Justice[969].

2. La réforme est-elle conforme ? *Oui,* dit l'État belge…

En s'appuyant sur les rapports de l'État belge et de la société civile, le Comité a rendu une « liste de points » à traiter avec, pour seul point relatif à l'article 12, la question suivante : « La nouvelle loi réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, qui entrera en application le 1er septembre 2014, est-elle conforme à la Convention ? »[970].

---

[964] Belgian Disability Forum asbl, « Position des associations et structures d'avis représentant les personnes handicapées. Rapport alternatif initié et coordonné par le Belgian Disability Forum », www.unia.be, 20 février 2014, pp. 56, 110-115.

[965] Gelijke Recheten voor Iedere Persoon met een handicap – GRIP, « Human rights and persons with disabilities. Shadow report Flanders (Belgium) 2011. For the attention of the UN-Committee on the Rights of Persons with Disabilities », www.unia.be, 2011, pp. 21-23, 53.

[966] Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, « Rapport parallèle du centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme au premier rapport périodique de la Belgique dans le cadre de la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées », www.unia.be, 2014, pp. 15-16.

[967] Soit le 1er septembre 2014 (Service Public Fédéral Justice, « Une famille, un dossier, un tribunal », https://justice.belgium.be, 23 novembre 2015.

[968] Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, « Rapport parallèle du centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme au premier rapport périodique de la Belgique dans le cadre de la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées », www.unia.be, 2014, p. 16.

[969] En effet, les premières recommandations du Conseil supérieur de la Justice ont trait à la nécessité d'une analyse personnalisée et à l'allocation de moyens suffisants pour ce faire (CSJ, « Audit. Le contrôle sur les administrations par les justices de paix », www.csj.be, juillet 2019).

[970] Com. dr. pers. hand., *Liste de points concernant le rapport initial de la Belgique*, CRPD/C/BEL/Q/1, 12 mai 2014, § 11.

Vu les fréquentes références à la Convention contenues dans les travaux préparatoires de la réforme des régimes d'incapacité[971], le législateur belge semble en être convaincu. En voici un exemple, parmi d'autres :

> Conformément à la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006, c'est la notion de capacité juridique qui a été choisie comme point de départ de l'organisation d'une mesure de protection judiciaire. Ceci implique que le juge de paix doit indiquer expressément dans son ordonnance quels actes la personne protégée est incapable de poser. En l'absence de précisions, la personne protégée reste capable. L'incapacité doit également être interprétée de manière restrictive. La capacité juridique est la règle. Le nouveau statut de protection s'écarte ainsi fondamentalement, sur le plan patrimonial, de l'administration provisoire (art. 488bis, F, § 3, alinéa 1er du Code civil), qui définit l'incapacité juridique totale en droit commun[972].

Dans sa réponse à la « liste de points », l'État belge explique dès lors que la nouvelle législation relative aux régimes d'incapacité lui permet de se conformer à l'article 12 de la Convention[973], principalement pour les raisons suivantes.

Tout d'abord, le régime d'incapacité entré en vigueur en 2014 prévoit une protection « sur mesure » : aucun handicap en particulier n'entraîne donc une forme d'incapacité juridique. Ce n'est que si l'état de santé d'une personne rend impossible la gestion de ses intérêts personnels ou patrimoniaux qu'une décision d'incapacité peut être prise, en proportion avec l'incapacité réelle. Les juges de paix sont en effet censés adapter la mesure individuellement, en prenant en compte toutes les circonstances personnelles pertinentes de la personne concernée[974].

Il apparaît ensuite que la mesure de protection n'est pas généralement incapacitante, le juge de paix devant expressément préciser dans son ordonnance les actes pour lesquels la personne à protéger est considérée comme incapable[975].

En troisième lieu, la loi définit désormais l'assistance comme régime d'incapacité par défaut[976]. Comme expliqué dans la première partie de cette étude[977], les mesures d'incapacité juridique,

---

[971] Entre autres, proposition de loi instaurant un statut global des personnes majeures incapables, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1009/001, pp. 5 et 24; proposition de loi instaurant un statut global de protection des personnes majeures incapables (…), Rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 1009/10, pp. 18, 41, 44, 46, 121, 258, 259, 260.

[972] Proposition de loi instaurant un statut global de protection des personnes majeures incapables (…), Rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 1009/10, p. 41.

[973] Comité des droits des personnes handicapées, « Liste de points concernant le rapport initial de la Belgique. Réponses de la Belgique à la liste de points », 5 août 2014, pp. 25-26.

[974] Art. 492/1 du Code civil.

[975] Art. 492/1 du Code civil. La réponse mentionne également l'arrêté royal supposé établir la « liste des états de santé réputés altérer gravement et de façon persistante les facultés de la personne atteinte d'un de ces états à assumer correctement la gestion de ses intérêts patrimoniaux » (ancien art. 492/5 du Code civil, abrogé par la loi du 21 décembre 2018 portant dispositions diverses en matière de justice).

[976] Art. 492/2 du Code civil : « le juge de paix ne peut ordonner la représentation pour l'accomplissement d'un acte juridique ou d'un acte de procédure que si l'assistance dans l'accomplissement de cet acte ne suffit pas ».

[977] *Cf. supra*, Première partie, Titre I, Chapitre 3, Section 2. La réforme des régimes d'incapacité et son impact en matière de soins.

dites « mesures de protection », peuvent prendre la forme de l'*assistance* ou de la *représentation* : l'administrateur qui assiste la personne protégée se contente d'avaliser – en principe – les décisions prises par cette dernière, qui conserve donc tout pouvoir d'initiative; lorsque l'administrateur est investi d'une mission de représentation, par contre, il se substitue juridiquement à la personne protégée et agit au nom et pour le compte de celle-ci, dans la limite des compétences qui lui ont été confiées. L'assistance est donc perçue comme une mesure moins intrusive que la représentation.

Enfin, la nouvelle loi permet à chacun d'exprimer sa volonté quant à la personne de l'administrateur, en prévention d'une incapacité future. À défaut de choix préalable, le juge sera amené à poser ce choix en tenant compte de l'opinion et de la situation personnelle de la personne à protéger[978].

D'après l'État belge, ces divers changements témoignent de la consécration, par la loi du 17 mars 2013, de « l'autonomie des personnes inaptes en raison de leur état mental »[979]. Il estime donc respecter le prescrit de l'article 12 : chaque citoyen majeur jouit de la capacité juridique et un soutien personnalisé est fourni à ceux qui en ont besoin en raison de leur état de santé, ce soutien devant prendre la forme de l'assistance ou, subsidiairement, de la représentation.

Dans sa contribution à la « la liste des questions relatives au rapport étatique belge », le Centre interfédéral pour l'égalité des chances prône la consultation accrue des acteurs du monde du handicap pour l'élaboration des arrêtés d'exécution et insiste à nouveau sur la nécessité d'octroyer des moyens humains et financiers aux justices de paix, sans lesquels la loi produirait l'effet inverse de celui escompté : « vu l'ampleur de la tâche qui revient au juge de paix et faute de moyens suffisants, d'aucuns redoutent que le juge de paix ne mette en place un système d'incapacité totale, tant pour la personne que pour les biens »[980].

Le 19 septembre 2014, une délégation belge, emmenée par le Représentant Permanent auprès de l'Office des Nations Unies à Genève, a rencontré les experts du Comité des droits des personnes handicapées pour discuter de la mise en œuvre de la Convention, sur la base du premier rapport étatique et des rapports alternatifs ou parallèle. Au sujet de l'article 12, rien de bien nouveau n'a pu être apporté : la réforme des régimes d'incapacité venant d'entrer en vigueur, son application n'a pu faire l'objet d'un examen critique. En remarque conclusive, le Représentant Permanent « reconnaît qu'il y a encore beaucoup à faire, en Belgique, pour que l'inclusion des personnes handicapées dans tous les aspects de la vie soit effective ». Il souligne

[978] Art. 496 et 496/3 du Code civil.
[979] Com. dr. pers. hand., *Réponses de la Belgique à la liste de points*, CRPD/C/BEL/Q/1/Add.1, 5 août 2014, § 93.
[980] UNIA, « Contribution du Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations sur la liste des questions relatives au rapport étatique belge », www.unia.be, p. 4 ; le GRIP a également transmis des observations, mais elles ne concernent pas spécifiquement l'article 12 (« Submission by GRIPvzw for the List of Issues on Belgian Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 12th Pre-Sessional Working Group », www.unia.be).

par ailleurs que « des efforts considérables ont été faits pour tenir compte des préoccupations du Comité »[981].

3. La réforme est-elle conforme ? … *Non*, dit le Comité.

En octobre 2014, le Comité a rendu ses « observations finales concernant le rapport initial de la Belgique ». Sur la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité (art. 12 de la Convention), le Comité n'y va pas par quatre chemins :

> « 23. Le Comité note avec satisfaction les efforts de l'État partie pour réformer la législation sur la capacité juridique. Il note la promulgation de la nouvelle loi sur la capacité juridique réformant les régimes d'incapacité, mais s'inquiète du fait que cette nouvelle loi continue d'adhérer à un régime de substitution de la prise de décision, et n'établisse pas le droit à une décision assistée[982].
> 24. **Le Comité recommande à l'État partie de prendre des mesures immédiates pour réviser la loi du 17 mars 2013 à la lumière de l'observation générale no 1 (2014) du Comité, et d'allouer les ressources financières et humaines suffisantes pour permettre la mise en œuvre de l'assistance à la prise de décision et permettre aux juges de paix de prendre une décision adaptée à la personne, tel que prescrit par la loi** »[983].

Ces observations ont de quoi surprendre : comment le Comité peut-il prétendre que la nouvelle loi n'établit pas de droit à une décision assistée alors qu'elle a précisément fait de l'assistance le régime de protection prioritaire ?

La réponse à cette question passe par la compréhension de l'observation générale n°1 du Comité. Celle-ci jette en effet une tout autre lumière sur l'article 12.

§2. La deuxième évaluation belge (2019-2020)

On ne sait si la révision des régimes de protection intervenue fin 2018[984] a été motivée par la deuxième évaluation du Comité des droits des personnes handicapées, prévue en 2019. Une chose est sûre : les travaux préparatoires ne font pas grand cas de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

Pour cette deuxième évaluation du respect de la Convention, l'État belge doit simplement répondre à une liste de points d'attention rédigée par le Comité. Pour établir une telle liste, le

---

[981] « Committee on the Rights of Persons with Disabilities considers the initial report of Belgium », disponible sur la page du Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'homme, https://www.ohchr.org/, 19 septembre 2014 (traduction libre des propos de B. DE CROMBRUGGHE, tels que rapportés).
[982] Je souligne.
[983] Com. dr. pers. hand., *Observations finales concernant le rapport initial de la Belgique*, CRPD/C/BEL/CO/1, 28 octobre 2014.
[984] Loi du 21 décembre 2018 portant dispositions diverses en matière de justice.

Comité a pu compter sur l'aide d'Unia[985] et de la société civile[986]. Les commentaires relatifs à la mise en œuvre de l'article 12 estiment que la réforme des régimes d'incapacité n'a pas tenu ses promesses d'accompagnement personnalisé, notamment en raison du manque de moyens et de la surcharge de travail des justices de paix. Malgré les termes de la loi, le mécanisme de la prise de décision substitutive est maintenu et répandu en pratique. Il est suggéré au Comité d'interroger l'État belge sur la façon dont est envisagée la transition entre ce système et un véritable mécanisme de prise de décision assistée, au sens de l'article 12 de la Convention[987].

Fort de ces constats, le Comité a demandé à l'État belge de fournir des informations sur la façon dont ce dernier compte assurer la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité et la mise en œuvre du droit à la prise de décisions assistée, au sens de l'observation générale n° 1. A cet égard, le Comité souhaite connaître les mesures concrètes qui ont été prises, en ce compris les moyens humains et financiers alloués aux juges de paix. Il demande également d'être informé sur la formation qui a été dispensée à tous les acteurs des droits des personnes handicapées, quel que soit le niveau de pouvoir et en ce compris les fonctionnaires, juges ou assistants sociaux, au sujet des droits découlant de la Convention et en particulier de son article 12[988].

Dans le document valant « 2ème et 3ème rapports périodiques »[989], l'État belge n'offre qu'une réponse partielle à ces différentes questions. Certains points-clés, déjà connus, des régimes de protection sont brièvement cités, sans qu'aucune donnée statistique permette toutefois d'en mesurer l'effectivité. Les seuls chiffres mentionnés concernent le nombre de personnes relevant de « statuts juridiques » spécifiques, dont celui de l'administration, sous protection judiciaire de la personne ou des biens[990]. Il est donc impossible d'évaluer le nombre de mesures d'administration relevant effectivement du régime d'assistance, auquel la loi donne pourtant la priorité. Le rapport ne permet pas non plus de savoir dans quelles proportions les différents régimes de protection sont instaurés à la demande de la personne à protéger elle-même.

En vertu de l'article 31 de la Convention, les États parties se sont pourtant engagés « à recueillir des informations appropriées, y compris des données statistiques et résultats de recherches, qui leur permettent de formuler et d'appliquer des politiques visant à donner effet à la présente Convention ». En outre, indépendamment de cette dernière, on voit mal comment vérifier et

[985] UNIA, « Information pour la Liste préalable Belgique - Contribution d'Unia (33.2) au Comité des Droits des Personnes handicapées », mars 2019, www.unia.be.
[986] BDF, « Alternative report presented for a coalition of organisations by the Belgian Disability Forum asbl (BDF) prior to the adoption by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities of the list of issues relating to Belgium » et GRIP, « List of issues prior to reporting for Belgium », février 2019, https://www.ohchr.org/ (le rapport du GRIP n'aborde pas spécifiquement l'article 12).
[987] UNIA, *ibidem*, pp. 8-9 ; BDF, *ibidem*, pp. 15-17.
[988] Com. dr. pers. hand., *Liste de points établie avant la soumission du rapport de la Belgique valant deuxième et troisième rapports périodiques*, CRPD/C/BEL/QPR/2-3, 30 avril 2019, § 11.
[989] Com. dr. pers. hand., *Belgique. 2ème et 3ème rapports périodiques*, CRPD/C/BEL/2-3, 14 avril 2020. Les considérations concernant la « reconnaissance égale devant la loi » se trouvent en p. 17 (Question 11).
[990] *Ibidem* - Annexe II. Références, note n° 114, p. 63.

améliorer l'effectivité des régimes de protection sans disposer de données quantitatives et qualitatives sur leur application concrète[991].

Enfin, bien qu'expressément invité à y faire référence, l'État belge ne dit pas un mot de l'observation générale n° 1. Il peut s'agir d'un oubli, mais aussi d'un refus de dialogue sur cette base, compte tenu de la radicalité de l'observation générale n° 1. Je défends l'idée qu'il faut *ouvrir le débat* autour de l'observation générale n° 1, sans que cela implique de valider celle-ci dans toutes ses composantes.

Chapitre 2. L'observation générale n° 1 du Comité des droits des personnes handicapées : « Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité »

Lors de sa onzième session, en avril 2014, le Comité des droits des personnes handicapées a formulé une première observation générale, relative à l'article 12 de la Convention. Elle précise, à titre de rappel, que « les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres » et que les États parties doivent faire en sorte de donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique[992].

Le Comité interprète l'article 12 de la Convention de façon radicalement incompatible avec les régimes classiques de protection des majeurs. Pour expliquer et discuter la position du Comité, le présent chapitre commence par rappeler la composition et le fonctionnement de ce dernier, puis dissèque l'observation générale n°1.

Section 1ère. Le Comité des droits des personnes handicapées

Le Comité des droits des personnes handicapées est un organe créé par la Convention pour surveiller la bonne application de celle-ci. Il se compose aujourd'hui de dix-huit experts[993] élus par les États-parties sur une liste de candidats, présélectionnés par ces mêmes États. Dans la sélection de leurs candidats, les États parties sont invités à se concerter étroitement avec les organisations représentant les personnes handicapées. C'est ainsi que le Comité se compose en partie d'« experts handicapés », d'après les termes de la Convention[994].

---

[991] Des récoltes de données spécifiquement relatives à l'application et au vécu des mesures de protection par les différents destinataires de la loi ne semblent en effet pas organisées à ce jour (Com. dr. pers. hand., *Belgique. 2ème et 3ème rapports périodiques*, CRPD/C/BEL/2-3, 14 avril 2020, pp. 48-49 (Question 29) ; voy. aussi l'analyse et les recommandations du Conseil supérieur de la Justice, « Audit. Le contrôle sur les administrations par les justices de paix », www.csj.be, juillet 2019).

[992] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1.

[993] En vertu de l'art. 34, 2, de la Convention, le nombre de membres du Comité est en effet passé de douze à dix-huit lorsque la Convention a compté soixante ratifications.

[994] Art. 34 et s. de la Convention.

Ainsi, le Hongrois Gabor Gombos, qui se définit lui-même comme un « survivant de la psychiatrie »[995], a présidé les travaux ayant mené à l'observation générale n°1, dont il sera question ci-dessous. Plus récemment, le Comité a compté parmi ses membres le Néo-Zélandais Robert Martin : celui-ci a passé la première partie de sa vie dans des institutions pour personnes « mentalement déficientes », avant de se consacrer à la dénonciation des abus et de l'exclusion vécus par les personnes handicapées, spécifiquement celles vivant avec un handicap intellectuel[996]. La Convention ne fixant pas de quota, le Comité peut se composer quasi exclusivement d'« experts handicapés », ce qui a déjà suscité des craintes quant à la mise en œuvre de la politique d'inclusion prônée par la Convention[997].

Le Comité reçoit les rapports des États parties et formule des recommandations générales ou spécifiques fondées sur les rapports qui lui sont remis et sur les discussions avec les délégations des États parties[998]. Il reçoit et traite égaement les plaintes relatives à des violations de la Convention, formulées par des ressortissants des États parties. Les plaintes peuvent être déposées individuellement ou collectivement, à titre particulier ou au nom d'autres (groupes de) personnes[999].

Les positions du Comité ne représentent pas la voix unique et incontestée de l'ensemble des (associations de) personnes handicapées à travers le monde, en particulier en matière de capacité juridique[1000]. L'expérience des mécanismes d'incapacité n'est forcément pas la même pour tous et cela se reflète dans les divergences de vues, y compris entre associations de défense des droits des personnes handicapées.

Sur des aspects aussi complexes et sensibles de la défense des droits des personnes handicapées, il est probable que des divergences de vue existent entre membres du Comité eux-mêmes, ce que prévoit le Règlement intérieur du Comité. Conformément à l'article 34 de ce dernier, « le Comité s'efforce de prendre ses décisions par consensus. Si un consensus ne peut être atteint, les propositions sont mises aux voix »[1001]. L'article 35 du même Règlement précise que « chaque membre du Comité dispose d'une voix » et que « toute proposition ou motion mise aux voix est adoptée par le Comité si elle recueille les votes de la majorité des membres présents et votants ». En outre, « l'expression "membres présents et votants" s'entend de tous les membres qui votent pour ou contre ; les membres qui s'abstiennent de voter sont considérés comme non votants »[1002].

---

[995] Par référence au World Network of Users and Survivors of Psychiatry, http://wnusp.net/.
[996] J. MCRAE, *Becoming a Person. The biography of Robert Martin*, Craig Potton Publishing (Nouvelle-Zélande), 2014.
[997] En ce sens, I. HACHEZ, « Le métissage des sources, *hard* ou *soft* », *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 30, note de bas de page n° 16.
[998] Art. 35 et 36 de la Convention.
[999] Art. 1er, 1., du Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées.
[1000] L. SERIES, A. NILSSON, « Article 12 CRPD Equal Recognition before the Law », *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 347.
[1001] Art. 34, al. 1, Com. dr. pers. hand., *Règlement intérieur (2016)*, CRPD/C/1/Rev.1. L'expression selon laquelle les « propositions sont mises aux voix » est peu familière en français, mais le contexte et la version anglaise (« decisions shall be put to a vote ») du Règlement confirment le sens habituel de « soumettre au vote » une décision qui ne fait pas consensus.
[1002] Art. 35, al. 2, Com. dr. pers. hand., *Règlement intérieur (2016)*, CRPD/C/1/Rev.1

Les désaccords entre associations représentant les personnes handicapées et entre membres du Comité eux-mêmes n'apparaissent pas dans les observations générales. Tout comme la stratégie d'unité adoptée par le *International Disability Caucus* lors de l'élaboration de la Convention[1003], la fermeté des positions du Comité peut s'expliquer par une volonté de pousser les États parties dans leurs retranchements et de susciter la controverse sur des points jugés fondamentaux.

Les observations générales du Comité obligent au débat interne, sans préjuger du résultat de celui-ci. En effet, au stade de l'application de la Convention au sein des différents États parties, l'obligation de suivre des processus participatifs est un moyen de tempérer la radicalité de certaines positions du Comité, notamment par rapport aux mécanismes d'incapacité juridique. D'une part, nous ne pouvons pas connaître à l'avance les résultats de recherches participatives impliquant les personnes concernées par les régimes d'incapacité. D'autre part, ce type de recherche est susceptible de faire appel à d'autres sources d'inspiration que les observations du Comité des droits des personnes handicapées, telles que les recommandations émanant du Comité des droits de l'homme ou du Conseil de l'Europe et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[1004].

Section 2. L'observation générale n° 1 expliquée

En guise d'introduction, l'observation générale n°1 précise que « la capacité juridique est un attribut universel inhérent à la personne humaine qui doit être respecté dans le cas des personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres »[1005] et que ce sont les personnes souffrant de handicaps cognitifs ou psychosociaux « qui ont été, et sont encore, les plus touchées, et de manière disproportionnée, par les régimes de prise de décisions substitutive et le déni de leur capacité juridique »[1006].

Les paragraphes qui suivent respectent la chronologie de l'observation générale n°1 : « contenu normatif de l'article 12 », « obligations des États parties », « relations avec d'autres dispositions de la Convention », « mise en œuvre au niveau national ».

A ce stade, il s'agit simplement d'expliquer le plus clairement possible la position du Comité, en mettant en évidence les incompréhensions que cette position génère, pour un juriste habitué aux mécanismes d'incapacité juridique.
L'objectif de cette section n'étant pas de discuter l'observation générale n° 1 mais de comprendre le raisonnement du Comité, la seule référence externe à l'observation elle-même est un article de deux docteures en droit impliquées dans les travaux du Comité : « The General

[1003] *Cf. supra*, Chapitre 1er, Section 1ère. Texte et contexte de l'article 12.
[1004] *Cf. infra*, Chapitre 3, Section 1ère. Le contexte international de la première observation générale du Comité des droits des personnes handicapées.
[1005] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 8.
[1006] *Ibidem*, p. 3.

Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law »[1007], par Anna Arstein-Kerslake (Université de Melbourne) et Eilionóir Flynn (Université Nationale d'Irlande, Galway). Leurs explications et exemples permettent en effet de contrôler ma propre interprétation de l'observation générale n°1.

§1er. Contenu normatif de l'article 12

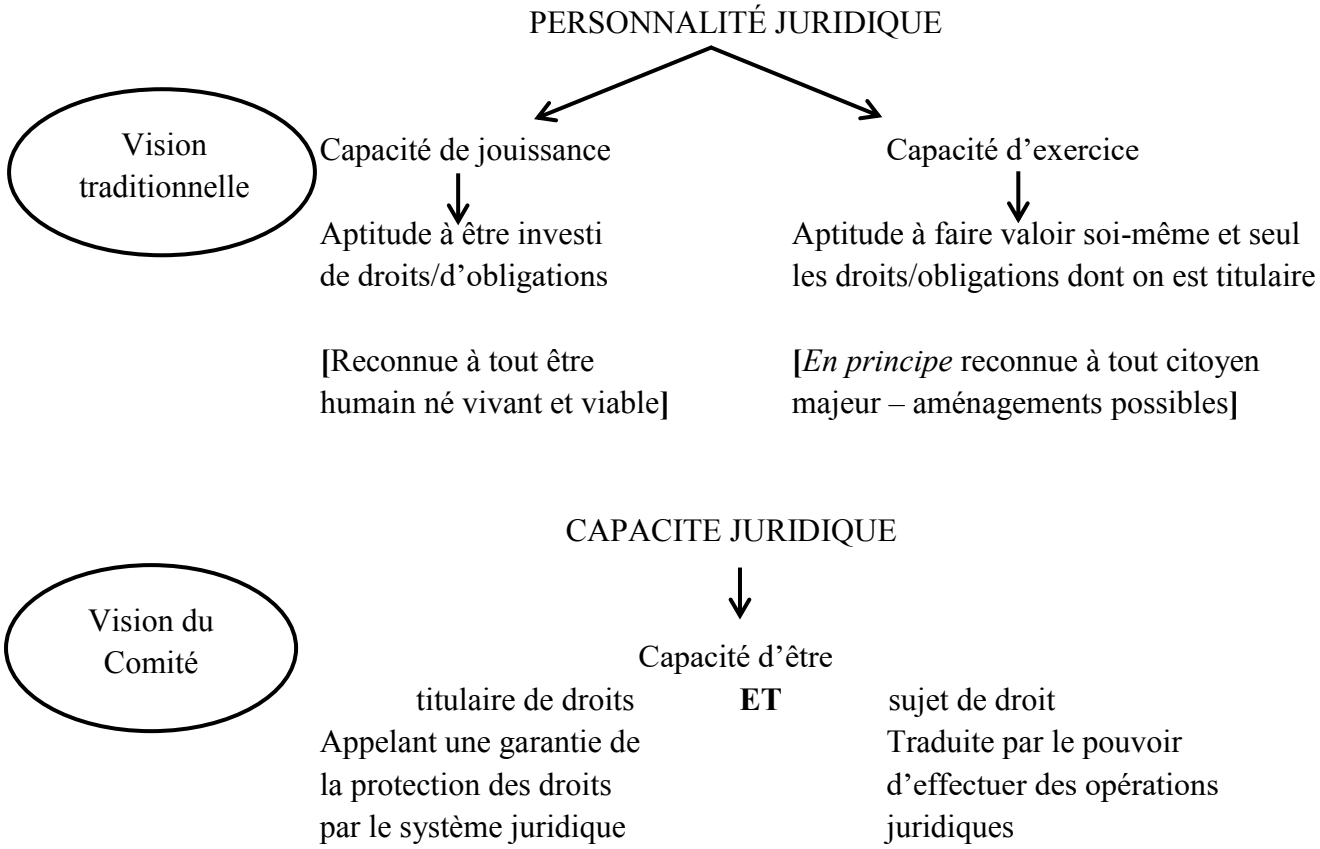
Ce premier point sera plus largement développé, dans la mesure où il sert de socle aux suivants.

1. (Ré)unification de la capacité de jouissance et de la capacité d'exercice

Le raisonnement du Comité se fonde sur une représentation unifiée de la capacité juridique des majeurs : jouir de la « capacité juridique », c'est être à la fois « titulaire de droits » et « sujet de droit »[1008]. La titularité renvoie à notre notion de « capacité de jouissance », acquise à tout être humain dès sa naissance, pour autant qu'il soit vivant et viable. C'est ce que nous désignons généralement par l'expression « être une personne juridique », « être sujet de droit ». Le Comité emploie toutefois cette dernière expression différemment : « la capacité juridique d'être sujet de droit implique que la personne a le pouvoir d'effectuer des opérations juridiques et de créer des relations juridiques, de les modifier ou d'y mettre fin »[1009]. Pour être sujet de droit, d'après le Comité, il faut avoir la possibilité d'exercer soi-même ses droits.

[1007] *The International Journal of Human Rights*, 2016, pp. 471-490.
[1008] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 12.
[1009] *Ibidem*. Je souligne.

Figure 13: vous avez dit capacité ? Vision traditionnelle versus vision du Comité



Socialement, cette dernière vision semble assez réaliste : au fur et à mesure que le mineur se voit reconnaître une certaine capacité d'exercice, eu égard à ses facultés de discernement, ne se sent-il pas de plus en plus *sujet de droit* ? Notre majorité, à laquelle nous nous voyons attribuer une entière capacité d'exercice, n'est-elle pas le moment de la pleine reconnaissance de notre citoyenneté et de son expression subjective ?

> *It may be important to note at this point the power dynamics that are occurring between people who possess full legal capacity and those who do not. When an individual loses her status as a person before the law, her power to exercise agency is gone. Her successes and failures become dependent upon those around her who either choose to facilitate a good life for her, or neglect or abuse her. This is more severe in case of the full denial of an individual's legal capacity, but remains true even in the case of a removal of legal capacity for a single decision. There is a long history of scholarly work documenting the effect of power and control on the lives of individuals*[1010].

[1010] A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, « The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law », *The International Journal of Human Rights*, 2016, p. 474. Les auteurs citent notamment la version anglophone de M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, 2e éd., Paris, Gallimard, 1994.

Le comité défend une vision unifiée de la capacité juridique, qui ne pourrait donc être garantie « sur la base de l'égalité avec les autres » que si elle recouvre ces deux aspects que nous appelons communément *jouissance* et *exercice*. En d'autres termes, le Comité estime que les exigences de l'article 12 ne sont pas rencontrées dès lors qu'un système juridique conserve des mécanismes diminuant la capacité juridique – même simplement d'exercice – de certains citoyens, en raison d'un *handicap*, au sens de la Convention[1011].

Pour le Comité, que la capacité juridique soit de jouissance ou d'exercice, elle devrait être reconnue comme un attribut universel de la personne majeure. A ce titre, elle ne peut se voir diminuée en raison de caractéristiques subjectives, telles que la capacité mentale d'une personne. C'est en cela que l'article 12 porterait l'idée d'une *capacité juridique universelle* : une capacité juridique toujours reconnue, dans toutes ses composantes, à toutes les personnes majeures, indépendamment de leurs facultés mentales.

Observation générale No. 1

- L'article 12 n'autorise aucune diminution de la capacité juridique, au sens large

2. Dissociation de la capacité mentale et de la capacité juridique

« Capacité juridique et capacité mentale sont des notions distinctes », dit le Comité[1012].

Cela, nous le savions. Dans notre système, la capacité juridique renvoie à la *capacité de jouissance doublée de la capacité d'exercice de droit*, soit au statut officiel de tout majeur pour lequel aucune mesure de protection judiciaire n'a été ordonnée. La capacité mentale renvoie quant à elle à la *capacité d'exercice de fait*, ou capacité de discernement, qui fait référence aux aptitudes cognitives réelles de la personne concernée.

Le Comité poursuit : « En vertu de l'article 12 de la Convention, une incapacité mentale réelle ou supposée ne saurait justifier le déni de la capacité juridique »[1013].

Cette fois, le Comité bouleverse nos repères traditionnels. Le « nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine »[1014] se veut entièrement tournée vers l'évaluation des aptitudes

[1011] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 15.
[1012] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 13.
[1013] *Ibidem*.
[1014] Par référence à l'intitulé de la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine.

cognitives de la personne à protéger, dans le but de tailler à celle-ci une protection judiciaire sur mesure, soit essentiellement *à la mesure de ses facultés mentales*.

En effet, dans la grande majorité des cas, c'est une diminution de la capacité mentale qui justifie une mesure d'incapacité juridique : la capacité juridique se fondant sur une capacité mentale présumée, une capacité mentale jugée déficiente peut entraîner une diminution de la capacité juridique, par une mesure de protection judiciaire. La protection judiciaire pallie des lacunes de discernement et s'articule dès lors avec la capacité mentale sur le mode des vases communicants. L'évaluation des facultés mentales est devenue la pierre angulaire de notre système de protection judiciaire[1015].

Or, d'après le Comité, l'article 12 s'oppose précisément à cet amalgame entre capacité mentale et capacité juridique. Il explique sa position en faisant appel à des concepts précédemment étudiés dans le cadre de la présente recherche[1016] :

> (…) La capacité mentale n'est pas, comme on le dit souvent, un phénomène objectif, scientifique et naturel. Elle dépend de contextes sociaux et politiques, tout comme les disciplines, professions et pratiques qui jouent un rôle dominant dans son évaluation.
>
> 15. Dans la plupart des rapports d'États parties que le Comité a examinés à ce jour, on constate un amalgame entre les notions de capacité mentale et de capacité juridique, de sorte que, lorsque la capacité de décider d'une personne est jugée déficiente, souvent en raison d'un handicap cognitif ou psychosocial, sa capacité juridique de prendre une décision particulière lui est retirée. Cette décision est prise sur la seule base d'un diagnostic de déficience (approche fondée sur le statut), ou lorsqu'une personne prend une décision dont on considère les conséquences comme dommageables (approche fondée sur le résultat), ou encore lorsque la capacité de décider d'une personne est jugée insuffisante (approche fonctionnelle). L'approche fonctionnelle tente d'évaluer la capacité mentale et dénie la capacité juridique en conséquence. Elle consiste souvent à décider si une personne peut comprendre la nature et les conséquences d'une décision et/ou si elle peut utiliser ou apprécier les informations pertinentes. Cette approche doit être écartée pour deux raisons principales: a) elle est appliquée de manière discriminatoire aux personnes handicapées et b) elle présume que l'on peut évaluer avec exactitude le fonctionnement de l'esprit humain et, lorsque la personne concernée "ne passe pas le test", on lui dénie un droit de l'homme fondamental − le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Dans tous ces cas de figure, le handicap d'une personne et/ou son aptitude à décider sont considérés comme un motif légitime pour la priver de sa capacité juridique et limiter sa personnalité juridique. L'article 12 n'autorise pas ce déni discriminatoire de la capacité juridique; il exige qu'un accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique soit fourni[1017].

[1015] *Cf. supra*, Deuxième partie, Titre I, Chapitre 2. La capacité de fait : tentatives de définitions
[1016] *Cf. supra*, Deuxième partie, Titre II, en particulier le Chapitre 1er. La capacité de fait s'évalue-t-elle ? et Chapitre 2. Évaluer le moins possible la capacité de fait du patient.
[1017] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, §§ 14 et 15.

Même l'approche fonctionnelle, considérée pourtant comme la plus adéquate en matière d'évaluation de la capacité mentale[1018], ne trouve pas grâce aux yeux du Comité. En ce sens, il rejoint certaines craintes exprimées dans la deuxième partie de ce travail : il y est en effet démontré que l'usage du concept de *capacité de fait* – ou *capacité de discernement* ou *capacité mentale* – présente un risque de discrimination et d'arbitraire tel que la meilleure solution consiste finalement à l'éviter, dans toute la mesure du possible[1019].

Le Comité pousse ce raisonnement à l'extrême et soutient l'évacuation complète de l'évaluation de la capacité mentale.

Cela ne signifie pas que nous soyons tous égaux : certaines personnes rencontrent effectivement des difficultés à prendre des décisions et ce, qu'elles présentent un handicap ou pas. Toutefois, au-delà de ces difficultés individuelles, chacun devrait pouvoir être reconnu comme un sujet de droit, c'est-à-dire, selon le Comité, comme une personne habilitée à exercer ses droits et obligations[1020]. Aucun handicap ne pourrait donc peut justifier une *diminution* de la capacité juridique. En cas de difficulté dans l'exercice de celle-ci, seul un *accompagnement* est prévu par l'article 12, accompagnement qui ne peut équivaloir, d'après le Comité, à une mesure d'incapacité juridique.

Observation générale No. 1

- L'article 12 n'autorise aucune diminution de la capacité juridique, au sens large
- Des facultés mentales jugées déficientes ne peuvent entraîner une diminution de la capacité juridique

3. Distinction entre l'incapacité juridique et le soutien à la capacité juridique

Le Comité met en évidence le fait que certains États parties conçoivent l'accompagnement, le soutien à la capacité juridique, comme des mesures d'*incapacité* juridique.

Voici sans doute le malentendu fondamental entre des systèmes d'incapacité juridique traditionnels et la position du Comité : d'après ce dernier, l'accompagnement auquel a droit une personne handicapée dans l'exercice de sa capacité juridique ne devrait pas équivaloir à une

[1018] *Cf. supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre 3. Evaluer le mieux possible la capacité de fait du patient.
[1019] *Cf. supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre 2. Evaluer le moins possible la capacité de fait du patient.
[1020] A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, « The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law », *The International Journal of Human Rights*, 2016, p. 475.

mesure d'incapacité juridique et surtout pas, dit le Comité, « à une prise de décision substitutive »[1021].

Or, c'est la façon dont fonctionne le système de protection judiciaire : en raison, la plupart du temps, d'aptitudes mentales jugées déficientes, le juge de paix peut ordonner une mesure d'assistance ou de représentation, qui limitent la capacité juridique de la personne concernée. La « protection judiciaire » n'est donc pas un mécanisme d'« accompagnement », au sens où l'entend le Comité et ce, qu'il s'agisse d'assistance ou de représentation. Certes, l'assistance se veut moins attentatoire à la liberté de la personne protégée mais elle reste une mesure diminuant la capacité juridique : le dernier mot appartient en effet à l'administrateur, qui peut empêcher formellement la personne protégée d'exercer ses droits et obligations comme elle le souhaite.

Toute mesure de protection judiciaire prive partiellement la personne protégée de sa capacité juridique. Il est vrai que des lois particulières permettent de prendre en compte, pour tel ou tel acte envisagé, la capacité de fait concrète de la personne protégée mais, officiellement, la mesure de protection reste une mesure d'incapacité juridique, aux impacts sociaux et personnels importants. De plus, lorsqu'une loi, par exemple la loi relative aux droits du patient, autorise la prise en compte de la capacité de fait réelle de la personne concernée, elle implique d'évaluer la capacité décisionnelle de cette personne en vue de la priver, éventuellement, de l'exercice de ses droits.

En droit belge actuel, contrairement à ce que prône le Comité, le principal mode d'accompagnement de l'exercice de la capacité juridique est l'incapacité juridique. Notre culture juridique dissocie en effet de longue date l'aptitude à être titulaire de droits de l'aptitude à exercer soi-même ces droits. Ainsi, la capacité de jouissance va de pair avec la personnalité juridique et ne se voit limitée que dans de rares cas bien spécifiques[1022], tandis que la capacité d'exercice, en principe pleine et entière dès la majorité, se trouve régulièrement diminuée lorsque « l'état de santé », sous-entendu « les facultés mentales », le justifie(nt).

La position du Comité s'explique ici aussi par ses prémisses : l'article 12 vise à instaurer la capacité juridique universelle avec accompagnement éventuel. De la même façon que nous sommes inconditionnellement reconnus comme titulaires de droits dès la naissance, nous devrions, dès notre majorité, pouvoir être inconditionnellement reconnus capables d'exercer nous-mêmes nos droits et obligations, en étant éventuellement aidés. Si la capacité juridique (y compris d'exercice) est universellement reconnue, l'aide prodiguée ne peut évidemment pas diminuer cette capacité juridique.

Imaginer des mesures d'accompagnement non attentatoires à la capacité juridique de la personne et néanmoins efficaces requiert une certaine créativité. Le Comité tente dès lors de fournir certaines pistes de réflexion, pour pallier le silence de l'article 12 :

[1021] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 17.

[1022] *Cf. supra*, Première partie, Titre préliminaire, Chapitre 1er. Capacité de jouissance, d'exercice, de droit, de fait…

> (…) Le terme « accompagnement » a un caractère générique et englobe des mesures tant formelles qu'informelles, de nature et de degré divers. Ainsi, les personnes handicapées peuvent charger une ou plusieurs personnes de confiance de leur choix de les accompagner dans l'exercice de leur capacité juridique pour certains types de décisions, ou faire appel à d'autres formes d'accompagnement, comme le soutien par les pairs, la défense de leurs intérêts (notamment par elles-mêmes) ou l'aide à la communication. L'accompagnement des personnes handicapées dans l'exercice de leur capacité juridique peut également comprendre des mesures relatives à la conception universelle et à l'accessibilité, − par exemple obliger les acteurs publics et privés tels que les banques et les institutions financières à fournir des informations sous une forme compréhensible ou à fournir une interprétation professionnelle en langue des signes – afin de permettre aux personnes handicapées d'accomplir les actes juridiques nécessaires pour ouvrir un compte bancaire, conclure des contrats ou effectuer d'autres actes de la vie sociale. L'accompagnement peut également consister à élaborer et reconnaître diverses méthodes non conventionnelles de communication, en particulier à l'intention des personnes qui recourent à des formes non verbales de communication pour exprimer leur volonté et leurs préférences. Pour de nombreuses personnes handicapées, l'aptitude à planifier est une forme d'accompagnement importante, car elle leur permet d'indiquer leur volonté et leurs préférences pour le cas où elles ne seraient plus en mesure de les faire connaître. Toutes les personnes handicapées ont le droit de planifier à l'avance et doivent se voir accorder la possibilité de le faire sur la base de l'égalité avec les autres. Les États parties peuvent prévoir diverses formes de mécanismes de planification pour tenir compte de la diversité des préférences, mais toutes doivent être non discriminatoires. Un accompagnement devrait être fourni aux personnes qui le souhaitent pour les aider dans cette planification (…)[1023].

Volontairement, le Comité ne dresse pas une liste précise des formes que peut prendre l'accompagnement. D'une part, ces mécanismes n'en sont, pour la plupart, qu'à leurs premiers balbutiements et sont par conséquent susceptibles de se développer de façon exponentielle dans les prochaines années. D'autre part, il paraît impossible de couvrir théoriquement l'ensemble des mesures appropriées, compte tenu de l'extrême et irréductible diversité des situations individuelles[1024].

[1023] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 17.
[1024] A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, « The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law », *The International Journal of Human Rights*, 2016, p. 476.

Observation générale No. 1

- L'article 12 n'autorise aucune diminution de la capacité juridique, au sens large
- Des facultés mentales jugées déficientes ne peuvent entraîner une diminution de la capacité juridique
- L'accompagnement à l'exercice de la capacité juridique n'équivaut pas à une privation (même partielle) de celle-ci

4. Accompagnement et prévention des abus

Le fait de bénéficier de l'aide d'autrui pour exercer sa capacité juridique rend la personne handicapée plus susceptible qu'une autre de subir des abus d'influence, voire d'être maltraitée, par la personne même qui l'accompagne dans l'exercice de sa capacité juridique.

L'article 12, §4, prévoit donc que les mesures d'accompagnement aillent de pair avec des garanties permettant de déceler et d'éviter les conflits d'intérêt et abus d'influence.

D'après le Comité, il s'agit essentiellement de garantir que les mesures d'accompagnement « respectent les droits, la volonté et les préférences » de la personne concernée, « soient proportionnées et adaptées à la situation de la personne concernée, s'appliquent pendant la période la plus brève possible et soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe indépendant et impartial ou une instance judiciaire »[1025].

En tenant compte du contexte global de cette première observation générale, il est évident que le Comité vise des mesures d'accompagnement ne privant pas la personne concernée de sa capacité juridique. Sous cet angle, les « garanties » dont il est question à l'article 12, §4, n'équivalent pas à des mesures d'incapacité juridique mais à des mécanismes de contrôle de la mesure d'accompagnement. Ce contrôle doit respecter les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée « y compris », rappelle le Comité, « son droit de prendre des risques et de faire des erreurs »[1026].

Par conséquent, même les garanties contre les abus ne peuvent aller au-delà de la volonté de la personne concernée. Concrètement, cela signifie que si Mme X, confuse à ses heures, préfère être aidée par sa méchante et cupide voisine plutôt que par une avocate qu'elle ne connaît pas, ce choix devrait être respecté, sans que cela entraîne un abandon : rien n'empêche de continuer

[1025] Art. 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.
[1026] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 22.

à proposer des alternatives à Mme X, d'essayer de mobiliser son réseau social, de l'amener à rencontrer d'autres personnes susceptibles de l'aider, etc.

Il faut encore souligner une distinction discrète opérée par le Comité et qui permet de résumer sa position : « Le principe de l'"intérêt supérieur" n'est pas une garantie conforme à l'article 12 s'agissant d'adultes »[1027]. Une fois le citoyen majeur et doté de la capacité juridique universelle, l'intérêt supérieur est donc celui qu'il définit lui-même. Cette définition peut se faire *en concertation avec* des personnes de confiance, au sens courant du terme, mais non *par* ces personnes, en lieu et place de celle que la décision concerne.

La question de la *dangerosité* éventuelle sera évoquée plus loin, mais il faut déjà rappeler que l'article 12 défend la reconnaissance de la personnalité juridique *dans des conditions d'égalité*. Selon le Comité, le handicap ne peut donc pas mener à des mesures qui ne seraient pas prises pour les personnes qui ne présentent a priori aucun handicap. A l'inverse, la personne handicapée peut voir sa liberté de choix et d'action réduite dans les mêmes circonstances que celles dans lesquelles une personne non handicapée verrait sa liberté de choix et d'action réduite[1028].

Lorsqu'il est impossible de connaître la volonté et les préférences de la personne concernée, il convient alors, selon le Comité, de se référer à « l'interprétation optimale de la volonté et des préférences » :

> 21. Lorsque, en dépit d'efforts significatifs à cette fin, il n'est pas possible de déterminer la volonté et les préférences d'un individu, l'« interprétation optimale de la volonté et des préférences » doit remplacer la notion d'« intérêt supérieur ». On respecte ainsi les droits, la volonté et les préférences de l'individu, conformément à l'article 12, paragraphe 4.
> Le principe de l'« intérêt supérieur » n'est pas une garantie conforme à l'article 12 s'agissant d'adultes. Le paradigme « de la volonté et des préférences » doit remplacer le paradigme de « l'intérêt supérieur » pour que les personnes handicapées jouissent de leur droit à la capacité juridique à égalité avec les autres[1029].

[1027] *Ibidem*. Je souligne.
[1028] A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, « The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law », *The International Journal of Human Rights*, 2016, pp. 477 et 483.
[1029] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 21.

Observation générale No. 1

- L'article 12 n'autorise aucune diminution de la capacité juridique, au sens large
- Des facultés mentales jugées déficientes ne peuvent entraîner une diminution de la capacité juridique
- L'accompagnement à l'exercice de la capacité juridique n'équivaut pas à une privation (même partielle) de celle-ci
- L'accompagnement à l'exercice de la capacité juridique s'accompagne de garanties afin d'assurer le respect des droits, de la volonté et des préférences de la personne

§2. Obligations des États parties

1. Reconnaître la capacité juridique universelle et abolir les régimes de prise de décisions substitutive

> 24. Les États parties sont tenus de respecter, de protéger et de réaliser le droit des personnes handicapées à la reconnaissance de leur personnalité juridique dans des conditions d'égalité. À cet égard, ils devraient s'abstenir de toute action privant des personnes handicapées de ce droit (…)
>
> 25. Afin de reconnaître pleinement la « capacité juridique universelle », notion selon laquelle la capacité juridique est inhérente à toute personne, quel que soit son handicap ou sa capacité de décision, les États parties doivent mettre fin aux dénis de la capacité juridique fondés sur le handicap qui sont discriminatoires par leur but ou par leur effet[1030].

D'après l'interprétation retenue par le Comité, l'article 12 implique la reconnaissance d'une capacité d'exercice universelle, c'est-à-dire indissociable de la reconnaissance juridique d'un être humain comme citoyen. Par conséquent, les États parties ne devraient plus admettre l'existence de mécanismes privant les citoyens de leur capacité sur la base d'un handicap, en ce compris les troubles mentaux, quels qu'ils soient.

Les obligations des États parties, telles qu'énumérées par le Comité dans sa première observation générale, découlent de cette position fondatrice.

Le Comité demande aux États parties d'abolir les « régimes de prise de décisions substitutive », soit les « systèmes dans lesquels i) la capacité juridique est retirée à une personne, même si ce n'est que pour une seule décision; ii) un tiers chargé de prendre les décisions à la place de la personne concernée peut être désigné par quelqu'un d'autre que celle-ci, le cas échéant contre

[1030] *Ibidem*, p. 7.

sa volonté; et iii) toute décision prise par ce tiers est fondée sur ce que l'on considère comme "l'intérêt supérieur" objectif de la personne concernée, et non sur sa volonté et ses préférences »[1031].

En droit belge, la tentation est grande de traduire cette injonction par la suppression des mesures de *représentation*, mais pas de celles d'*assistance*. Il est vrai que l'administrateur chargé d'une mission d'assistance ne peut substituer sa décision à celle de la personne protégée. Cela dit, l'assistance reste une mesure d'incapacité juridique susceptible d'empêcher la personne assistée d'agir selon sa volonté ou ses préférences : l'administrateur, pourvu d'un droit de *veto*, a un pouvoir plus important que la personne qu'il assiste.

Concernant la prise en compte de la volonté et des préférences de la personne concernée, il semble peu probable que le Comité estimerait suffisantes les garanties offertes en ce sens par le régime de la représentation. Lorsqu'il exerce une mission de représentation, l'administrateur (des biens) « gère les biens de la personne protégée en bon père de famille », notion qui correspond peu ou prou au critère de « l'intérêt supérieur » mentionné par le Comité. Par ailleurs, qu'il s'agisse d'un administrateur des biens ou de la personne, il « respecte autant que possible » les principes énoncés à l'avance par la personne protégée, à moins que le juge ne l'en dispense, « au cas où les circonstances auraient entre-temps évolué au point qu'il existerait des doutes sérieux que l'intention de la personne protégée est de faire respecter ces principes ». Enfin, l'administrateur « associe la personne protégée, dans toute la mesure du possible et compte tenu de sa capacité de compréhension, à l'exercice de sa mission » et il « informe la personne protégée des actes qu'il accomplit » à moins que le juge ne l'en dispense, « dans des circonstances particulières » [1032].

S'il est probable que certaines décisions soient effectivement influencées par la volonté et les préférences de la personne protégée, une large marge de manœuvre s'offre aux juges et aux administrateurs pour que ces derniers puissent prendre des décisions qui leur semblent meilleures que celles dictées par la volonté et les préférences de la personne protégée. Compte tenu, en outre, de l'impossibilité pratique, pour la personne protégée, d'entamer un recours judiciaire chaque fois qu'elle se sent injustement privée de tout pouvoir décisionnel, le Comité considérerait sans doute la représentation comme un régime de prise de décision substitutive, au sens de l'observation générale n°1.

Le raisonnement du Comité ne s'applique toutefois qu'à des mécanismes de prise de décisions substitutive qui sont imposés aux personnes handicapées, pas à ceux qui peuvent être librement choisis par tout citoyen, tel le mandat, pour autant qu'ils soient accessibles tant aux personnes handicapées qu'à celles qui ne le sont pas[1033].

[1031] *Ibidem*.
[1032] Art. 499/1 du Code civil.
[1033] A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, « The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law », *The International Journal of Human Rights*, 2016, p. 477.

Dans les cas où il s'avère impossible de connaître la volonté et les préférences d'une personne, la solution de dernier recours consiste alors à désigner une personne qui prendra les décisions qui s'imposent. Toutefois, cette personne devrait alors être guidée par « l'interprétation optimale de la volonté et des préférences » de la personne concernée, plutôt que par son « meilleur intérêt ». Lorsque la personne concernée semble exprimer des préférences contradictoires, « l'interprétation optimale de la volonté et des préférences » devrait tenir compte de la distinction à opérer entre la « volonté » et les « préférences » : « la notion de volonté désigne généralement la vision à long terme par une personne de ce qui lui est bénéfique pour une vie de qualité, tandis que la notion de préférences tend à désigner les goûts et aversions de la personne ou bien la manière dont elle hiérarchise les différentes options qui s'offrent à elle »[1034].

La recherche de la meilleure interprétation possible de la volonté et des préférences demande un véritable investissement : la personne concernée a-t-elle exprimé des désirs en la matière, dans le passé ? Savons-nous en qui elle a confiance, par rapport à ce sujet ? Interroger ceux en qui la personne concernée a confiance pourrait donner des indices sur ce que serait la volonté de cette dernière, dans les circonstances de l'espèce. Une telle recherche est certainement une tâche ardue, mais c'est cet effort, cet investissement, qui éloigne le processus d'une prise de décision substitutive[1035].

2. Instaurer des mécanismes de prise de décisions assistée, assortis de garanties

Le Comité insiste sur un point : l'instauration de mécanismes de prise de décisions assistée est le corollaire de la suppression des régimes de prise de décisions substitutive, et non une option supplémentaire. Selon le Comité, la décision assistée est la seule qui soit conforme au prescrit de l'article 12.

Par exemple, contrairement à ce que la formulation laisse croire, le régime belge de l'*assistance*, ne correspond pas à ce que le Comité entend par « prise de décisions assistée ». Il est ici nécessaire de répéter les prémisses de la position du Comité : l'article 12 prône la capacité juridique universelle et le soutien à cette capacité ne peut jamais prendre la forme d'une mesure d'incapacité, même dans la version plus légère du régime belge de l'assistance.

Le Comité voit dans les régimes de prise de décisions assistée tous les accompagnements « qui donnent la priorité à la volonté et aux préférences de la personne et qui respectent les normes relatives aux droits de l'homme », sans « sur-réglementer la vie des personnes handicapées »[1036]. En ce sens, il donne toute une série de recommandations :

[1034] *Ibidem*, p. 483. La distinction entre la « volonté » et les « préférences » rejoint ainsi celle entre les « valeurs » et les « préférences » ou « simples désirs », évoquée *supra* (Première partie, Titre II, Chapitre 1er, Section 3, §1er. Définition juridique de l'autonomie).
[1035] *Ibidem*, pp. 477-478.
[1036] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 29.

- Les mesures d'accompagnement doivent être accessibles à tous : ni le niveau élevé d'aide nécessaire, ni le manque de ressources financières, ni l'isolement, ni les difficultés de communication ne devraient empêcher l'accompagnement des personnes.

- L'accompagnement, quelle que soit sa forme, se fonde prioritairement sur la volonté et les préférences de la personne « et non sur ce qui est perçu comme répondant objectivement à son intérêt supérieur »[1037].

- Chacun peut refuser de bénéficier d'un accompagnement ou y mettre fin. Cela ne signifie évidemment pas que l'État puisse abandonner à leur sort les personnes qui risquent d'être victimes d'abus, mais que l'on ne peut plus priver quelqu'un de sa capacité juridique sous prétexte de le protéger. Les personnes handicapées doivent être protégées contre la violence et les abus de la même façon que le seraient des personnes non handicapées[1038].

  Par ailleurs, le Comité précise que les « États parties sont tenus de dispenser une formation aux personnes bénéficiant d'un accompagnement, afin qu'elles puissent décider le moment venu qu'elles n'ont plus autant, voire plus du tout, besoin d'un tel accompagnement dans l'exercice de leur capacité juridique »[1039].

- L'État doit soutenir la désignation de personnes de confiance officiellement choisies et faciliter l'accès à des personnes ressources, pour les citoyens isolés.

- Les mécanismes mis en place doivent permettre à des tiers d'identifier les personnes de confiance et de contester leurs actes, lorsque ceux-ci semblent en désaccord avec la volonté et les préférences de la personne accompagnée.

- Les mesures d'accompagnement ne peuvent justifier que soient limités d'autres droits fondamentaux, tels que le droit de vote, le droit de se marier, le droit de consentir aux traitements médicaux, etc.

- Une mesure d'accompagnement « ne devrait pas dépendre d'une évaluation de la capacité mentale ; de nouveaux indicateurs, non discriminatoires, du besoin

---

[1037] *Ibidem*.

[1038] A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, « The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law », *The International Journal of Human Rights*, 2016, p. 479: par exemple, « *If a state would not restrict the legal capacity of a woman without disabilities who chooses to stay in an abusive domestic relationship, it should also not restrict the legal capacity of a woman with disabilities in these circumstances. Instead, the state's obligation extends to offering practical support to both women with disabilities and women without disabilities – while at the same time respecting the individual's legal agency* ».

[1039] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 24.

d'accompagnement sont nécessaires aux fins de la fourniture d'un accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique »[1040].

Ce dernier point est le plus susceptible de susciter la controverse en droit interne : la réforme des régimes d'incapacité, entrée en vigueur juste avant la publication de l'observation générale n°1, fonde toute la protection judiciaire sur l'évaluation de la capacité de la personne, capacité essentiellement cognitive[1041].

3. Commencer tout de suite…

Le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique, dans tous ses aspects, fait partie de la catégorie des droits civils et politiques. Contrairement aux droits économiques, sociaux et culturels, dont l'adoption progressive est admise, en fonction de circonstances propres aux États, les droits civils et politiques doivent être immédiatement intégrés par les États parties[1042] : « Lorsqu'ils ratifient la Convention, les États parties doivent commencer immédiatement à prendre des mesures pour réaliser les droits énoncés à l'article 12. Ces mesures doivent être délibérées, bien planifiées et comprendre la consultation et une participation effective des personnes handicapées et de leurs organisations »[1043].

Il n'est pas attendu des États parties qu'ils fassent des miracles. Comme le soulignent A. Arstein-Kerslake et E. Flynn, « *it is anticipated that the committee will take a positive view of good-faith efforts by states parties to bring their laws into compliance with Article 12, especially where those efforts involve the active participation of disabled people's organisations* »[1044].

Les États parties se doivent au moins de considérer sérieusement l'observation générale n°1 et d'organiser la consultation d'associations représentant les personnes handicapées, afin de poursuivre la réflexion sur l'accompagnement des citoyens à l'exercice de leurs droits.

[1040] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 29, i) ; voy. aussi les recommandations formulées dans l'observation générale n° 6 : Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 6 (2018) sur l'égalité et la non-discrimination*, CRPD/C/GC/6, §§ 47-50.

[1041] *Cf. supra*, Deuxième partie, Titre I, Chapitre 2. La capacité de fait : tentatives de définitions.

[1042] A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, « The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law », *The International Journal of Human Rights*, 2016, p. 480.

[1043] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 30. Il ne faut toutefois pas en déduire que l'article 12 se verrait conférer un effet direct au sein des États parties (*cf. infra*, Chapitre 3, Section 2. Brève réflexion sur la justiciabilité de l'article 12).

[1044] A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, « The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law », *The International Journal of Human Rights*, 2016, p. 479.

§3. Relations avec d'autres dispositions de la Convention

> 31. La reconnaissance de la capacité juridique est inextricablement liée à la jouissance de nombreux autres droits énoncés dans la Convention relative aux droits des personnes handicapées, notamment le droit d'accès à la justice (art. 13), le droit de ne pas être détenu contre son gré dans un établissement psychiatrique et de ne pas être contraint de suivre un traitement psychiatrique (art. 14), le droit au respect de son intégrité physique et mentale (art. 17), le droit de circuler librement et le droit à une nationalité (art. 18), le droit de choisir où et avec qui vivre (art. 19), le droit à la liberté d'expression (art. 21), le droit de se marier et de fonder une famille (art. 23), le droit de consentir à un traitement médical (art. 25) et le droit de voter et de se présenter aux élections (art. 29). Si la personnalité juridique de la personne handicapée n'est pas reconnue, sa capacité de faire valoir, d'exercer et de faire respecter ces droits, et de nombreux autres droits énoncés dans la Convention, sera sérieusement compromise[1045].

La reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité apparaît logiquement comme la condition *sine qua non* de l'effectivité de nombreux autres droits. L'observation générale n°1 se penche sur les domaines dans lesquels le Comité a constaté des violations, tels que l'accès à la justice, la liberté, le consentement aux soins, etc. La mise en œuvre de l'article 12, tel qu'interprété par le Comité, implique une transformation globale de nos sociétés et des réformes dans divers domaines du droit, comme le droit des contrats ou les droits du patient[1046].

1. Égalité et non-discrimination (article 5)

> 1. Les États Parties reconnaissent que toutes les personnes sont égales devant la loi et en vertu de celle-ci et ont droit sans discrimination à l'égale protection et à l'égal bénéfice de la loi.
> 2. Les États Parties interdisent toutes les discriminations fondées sur le handicap et garantissent aux personnes handicapées une égale et effective protection juridique contre toute discrimination, quel qu'en soit le fondement.
> 3. Afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les États Parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés.
> 4. Les mesures spécifiques qui sont nécessaires pour accélérer ou assurer l'égalité de facto des personnes handicapées ne constituent pas une discrimination au sens de la présente Convention[1047].

[1045] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 31.
[1046] A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, « The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law », *The International Journal of Human Rights*, 2016, p. 481.
[1047] Art. 5 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

L'observation générale n°1 insiste particulièrement sur les relations entre l'article 12 et l'article 5 de la Convention. Celui-ci représente l'autre disposition à impact transversal, reliant entre eux tous les droits substantiels de la Convention[1048].

Une discrimination au niveau de la capacité juridique entraîne en effet une double violation de la Convention : une violation de l'article 5, qui interdit « toutes les discriminations fondées sur le handicap », et une violation de l'article 12, qui garantit quant à lui la reconnaissance de la personnalité juridique « dans des conditions d'égalité »[1049].

En premier lieu, le Comité rappelle que l'article 12 interdit tout déni *discriminatoire* de la capacité juridique : les règles qui limitent la capacité juridique de chacun, dans certaines circonstances, sont admissibles ; un exemple belge serait l'impossibilité, pour un médecin, d'être l'héritier testamentaire de la personne qu'il a traitée durant sa dernière maladie[1050]. Dans ce dernier cas, en effet, la limitation de la capacité ne se fonde pas sur « le sexe, la race ou le handicap »[1051].

Ensuite, il est clairement réexpliqué que le besoin « d'accompagnement » que peuvent présenter certaines personnes handicapées pour exercer leur capacité juridique ne peut servir de fondement au déni de cette capacité juridique. Il s'agit ici de la conséquence logique, encore et toujours, de la vision universaliste de la capacité juridique. Le Comité précise dès lors encore que les « aménagements raisonnables » dont question à l'article 5 ne peuvent pas se traduire par des régimes privant certaines personnes handicapées de leur capacité juridique.

En outre, les aménagements raisonnables dans l'exercice de la capacité juridique ne peuvent pas être assimilés aux mesures répondant au besoin d'accompagnement dans l'exercice de cette capacité. Procéder à des aménagements raisonnables et pourvoir à un besoin d'accompagnement sont des obligations distinctes, tant en ce qui concerne leur contenu que leur force contraignante. Les États parties doivent en général faciliter l'exercice de la capacité juridique par tous, dans des limites raisonnables, c'est-à-dire tant que « cela ne leur impose pas une charge disproportionnée ou indue »[1052], par des mesures plus ou moins poussées concernant « l'accès aux bâtiments essentiels comme les tribunaux, les banques, les bureaux de la sécurité sociale et les bureaux de vote, une information accessible en ce qui concerne les décisions ayant un effet juridique et une aide personnelle »[1053]. Par contre, les États parties ont l'obligation

[1048] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 6 (2018) sur l'égalité et la non-discrimination*, CRPD/C/GC/6, §§ 7 et 12. Dans le cadre d'une étude plus spécifiquement consacrée aux principes d'égalité et de non discrimination dans les droits fondamentaux, il serait intéressant d'analyser le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique sous l'angle de « l'égalité inclusive » circonscrite par l'observation générale n° 6.
[1049] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 32.
[1050] Art. 909 du Code civil.
[1051] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 32.
[1052] *Ibidem*, § 34. Voy. aussi Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 6 (2018) sur l'égalité et la non-discrimination*, CRPD/C/GC/6, §§ 23 et s., en particulier § 24, c).
[1053] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 34.

absolue de donner accès à un accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique. Cet accompagnement est le corollaire indispensable du droit à la capacité juridique et ne peut dès lors être subordonné à des considérations de moyens.

Nous connaissons la différence, au quotidien, entre les *aménagements raisonnables* et l'*accompagnement* dans l'exercice de la capacité juridique. Ainsi, nos universités ont intégré la notion de « besoins spécifiques », permettant notamment à certains étudiants de passer des examens de façon différenciée, en fonction des besoins identifiés[1054]. Il s'agit typiquement d'un aménagement raisonnable assurant aux personnes handicapées l'exercice leur droit à l'éducation dans des conditions d'égalité avec les autres. L'accompagnement dans l'exercice général de la capacité juridique se veut quant à lui assuré par les nouveaux régimes de protection judiciaire et extrajudiciaire, bien que ceux-ci ne correspondent pas aux exigences de l'article 12 telles qu'expliquées par le Comité : la protection judiciaire prive (partiellement) la personne protégée de sa capacité juridique, tandis que la protection extrajudiciaire est réservée aux personnes considérées comme « capables ».

Dans son observation générale ultérieure sur l'égalité et la non-discrimination, le Comité prend d'ailleurs soin de réaffirmer sa position en la matière :

> (…) Les articles 5 et 12 sont fondamentalement liés, puisque l'égalité devant la loi doit englober la jouissance de la capacité juridique par toutes les personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres. La discrimination par déni de la capacité juridique peut se manifester sous différentes formes, notamment celles de l'approche fondée sur le statut, de l'approche fonctionnelle et de l'approche fondée sur le résultat. Le déni du droit à la prise de décisions sur la base du handicap par le biais de l'une ou l'autre de ces approches est discriminatoire[1055].

Dans leur commentaire explicatif de l'observation générale n°1, A. Arstein-Kerslake et E. Flynn proposent une grille d'analyse visant à identifier des violations combinées des articles 5 et 12 de la Convention. Compte tenu de l'intérêt pratique de cette approche pour les États parties, les grandes lignes en sont résumées ci-dessous.

Pour établir s'il existe une discrimination dans la reconnaissance de la personnalité juridique, les auteurs proposent de procéder en trois étapes de réflexion[1056].

En premier lieu, il faut s'assurer que la situation considérée implique l'exercice de la capacité juridique. Prenons comme exemple le cas d'une personne handicapée possédant de petites économies en liquide grâce à des *petits boulots* : décider de laisser cet argent liquide à la maison, dans une boîte à biscuits, n'implique pas, en soi, l'exercice de la capacité juridique ; par contre,

---

[1054] Décret de la Communauté française du 30 janvier 2014 relatif à l'enseignement supérieur inclusif.
[1055] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 6 (2018) sur l'égalité et la non-discrimination*, CRPD/C/GC/6, § 47.
[1056] A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, « The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law », *The International Journal of Human Rights*, 2016, pp. 480-481. L'exemple est de moi.

décider d'ouvrir un compte-à-vue pour y placer cet argent relève bel et bien de cette capacité juridique. Il faut y ajouter les situations où une personne doit revendiquer ses droits pour rendre ses décisions effectives : pour reprendre l'exemple ci-dessus, si un cohabitant n'aime pas laisser trop d'argent liquide à la maison et souhaite le déposer sur un compte, la personne handicapée devra alors affirmer son droit de contrôler elle-même ses finances. Ce faisant, elle exerce également sa capacité juridique, même s'il s'agit des mêmes économies, dans la même boîte à biscuits[1057].

La deuxième étape consiste à vérifier si le déni de la capacité juridique existe de façon discriminatoire, c'est-à-dire si les personnes handicapées se voient privées de leur droit à la capacité juridique là où les personnes ne présentant a priori pas de handicap ne le sont pas. Pour reprendre l'exemple donné ci-dessus, c'est le cas si un jeune homme atteint de trisomie 21 se présente à la banque pour y ouvrir un compte-à-vue et se voit d'emblée refuser cet acte qui devrait, d'après l'employé, « être posé par un tuteur, mon petit monsieur ».

Enfin, face à des situations potentiellement discriminatoires, il convient de vérifier si l'État partie a prévu des mesures d'accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique, afin d'éviter que le handicap fonde une discrimination. Relativement à l'ouverture d'un compte-à-vue, il est assez simple d'imaginer un accompagnement renforcé de l'exercice de la capacité juridique : donner les informations de base de façon simple, proposer une personne de contact qui pourra répondre aux questions pendant toute la durée de l'utilisation du compte, reconnaître la validité d'un acte posé par la personne handicapée conjointement avec une personne de confiance...

L'exemple de la gestion de l'argent a été choisi pour le grand nombre de problèmes qu'il peut soulever, au quotidien, pour les personnes handicapées et plus particulièrement celles vivant avec un trouble mental. Dans le domaine des soins de santé, on peut imaginer l'exemple suivant, analysé selon les trois étapes susmentionnées :

- changer son pansement seul, à domicile, n'implique pas l'exercice de la capacité juridique, contrairement au fait d'accepter d'être examiné par un médecin ; cela dit, si une institution hospitalière tente de forcer le patient à accepter le passage d'un infirmier à domicile pour vérifier le pansement, le patient doit alors (se démener pour) faire entendre son point de vue, ce qui revient à défendre ses droits de patient et, donc, à exercer sa capacité juridique ;

- le refus de se laisser examiner par un médecin ou de recevoir un praticien à domicile devrait être respecté de la même façon pour les personnes présentant un handicap et pour celles n'en présentant pas : ainsi, un examen médical forcé ne serait acceptable que si la contrainte exercée ne l'est pas en raison d'un handicap mais d'un facteur généralisable à tous, par exemple la sécurité au travail;

[1057] *Ibidem* ; plus précisément au sujet des cas où un obstacle à (l'effectivité de) la décision provoque l'exercice de la capacité juridique, voy. A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 151-152.

- l'État partie doit mettre en œuvre des mesures permettant aux personnes handicapées d'exercer leurs droits du patient sur la base de l'égalité avec les autres, c'est-à-dire sans être privées de leur capacité juridique : c'est le cas, par exemple, de la reconnaissance du rôle de la « personne de confiance » prévue par la loi relative aux droits du patient[1058].

2. Liens avec d'autres articles de la Convention

La reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité et le plein exercice de la capacité juridique qui, d'après le Comité, en découle, ont forcément un impact sur la plupart des autres droits garantis par la Convention. Seuls sont pointés ici ceux qui intéressent particulièrement la présente recherche.

Tout d'abord, si on lit à l'aune de l'article le 12 le droit d'accès à la justice, prévu à l'article 13 de la Convention, il en ressort que toute entrave à la capacité juridique doit pouvoir être contestée en justice. Cela vaut également pour l'incapacité juridique qui ne dit pas son nom, lorsque, par exemple, un praticien de la santé convoque un représentant du patient : le patient se voit alors privé de l'exercice de ses droits, sur la base d'une évaluation de sa capacité de fait par le praticien professionnel. Il est logique que cette décision du praticien puisse, elle aussi, être contestée en justice[1059].

Le Comité fait également le lien avec les articles 14 et 25 de la Convention[1060] qui garantissent, respectivement, le droit à la liberté et à la sécurité de la personne et celui de « jouir du meilleur état de santé possible sans discrimination fondée sur le handicap »[1061]. Ce dernier droit implique notamment la reconnaissance du droit des personnes handicapées de consentir aux soins de santé ou de les refuser. Le rapprochement des droits à la capacité juridique, à la liberté et au consentement aux soins se comprend, au regard de la réalité actuelle de nombreux États parties : les personnes handicapées, en particulier celles vivant avec un trouble mental, peuvent généralement être hospitalisées et traitées sous contrainte moyennant, parfois, le consentement d'une personne habilitée à décider à leur place. Pour le Comité, les dispositions légales autorisant ces pratiques doivent être abrogées.

La contrainte étant une violation du droit à l'intégrité de la personne et une forme de violence, le Comité rappelle également le prescrit des articles 15, 16 et 17 de la Convention : droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; droit de ne pas être soumis à l'exploitation, à la violence et à la maltraitance ; protection de l'intégrité de la personne.

[1058] Art. 7 et 9 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[1059] *Cf. supra*, Deuxième Partie, Titre III, Chapitre 2, Section 2. Recours judiciaires
[1060] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, §§ 40-41.
[1061] Art. 25 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

> (…) Les États parties ont l'obligation de donner aux personnes handicapées accès à un accompagnement aux fins des décisions concernant les traitements psychiatriques et autres traitements médicaux. Être traitées contre leur gré constitue un problème particulier pour les personnes souffrant de handicaps psychosociaux et mentaux ou d'autres handicaps cognitifs. Les États parties doivent abolir les politiques et abroger les dispositions législatives qui autorisent ou prévoient un traitement de force, car il s'agit d'une violation autorisée par les lois sur la santé mentale dans le monde entier alors que des preuves empiriques indiquent qu'un tel traitement est inefficace et que les usagers des systèmes de santé mentale auxquels il a été administré déclarent que celui-ci leur a causé des souffrances et traumatismes profonds. Le Comité recommande aux États parties de faire en sorte que les décisions touchant l'intégrité physique ou mentale de la personne ne puissent être prises qu'avec le consentement libre et éclairé de la personne concernée[1062].

En Belgique, l'hospitalisation sous contrainte ou « mise en observation »[1063] vise spécifiquement les personnes « malades mentales », avec toutes les difficultés d'interprétation qu'impliquent ces termes, et requiert l'intervention d'un juge. Par ailleurs, si un patient est considéré comme incapable, son représentant[1064] peut prendre une décision médicale contre la volonté du patient lui-même. Les liens entre le *handicap* et la contrainte seront brièvement abordés *infra*[1065].

Enfin, il existe un lien fort entre le maintien de la capacité juridique et le droit de vivre dans la société et de choisir où et avec qui on veut vivre, consacré à l'article 19 de la Convention sur l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société. L'accompagnement à l'exercice de la capacité juridique devrait donc aller de pair avec un souci de maintien d'une vie sociale, sur la base de l'égalité avec les autres. Inversement, le choix du lieu et des partenaires de vie ne devrait pas affecter le droit d'une personne en situation de handicap d'être accompagnée dans l'exercice de sa capacité juridique[1066].

§4. Mise en œuvre au niveau national

La première observation générale implique une réflexion et des actions suivant plusieurs étapes[1067].

[1062] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 42.
[1063] Prévue par la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux
[1064] Par application de l'article 14 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[1065] *Cf. infra,* Titre II, Chapitre 2, Section 2. Détacher l'accompagnement de la contrainte.
[1066] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 46. Autre et vaste objet de controverses, l'article 19 de la Convention s'oppose, d'après le Comité, à toute forme d'institutionnalisation (Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 5 (2017) sur l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société*, CRPD/C/GC/5).
[1067] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 15; A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, « The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law », *The International Journal of Human Rights*, 2016, pp. 484-485.

La première étape, pour les États parties, consiste à identifier, au sein de l'arsenal législatif, les dispositions relatives à la capacité juridique qui seraient discriminatoires pour les personnes handicapées, « par leur but ou par leur effet »[1068]. Pour le Comité, les mécanismes de prise de décisions substitutive fondés sur l'évaluation de la capacité mentale sont indirectement discriminatoires, au sens où ils s'appliquent de manière disproportionnée aux personnes handicapées[1069]. Par conséquent, qu'ils soient formels ou informels, ces mécanismes devraient être abrogés.

Ensuite, les États parties doivent veiller à ce que les personnes handicapées puissent bénéficier d'un accompagnement à l'exercice de leur capacité juridique, dans tous les domaines où cela peut être nécessaire. Par conséquent, l'État doit établir ou encourager l'accompagnement sous de nombreuses formes, en veillant à ce qu'il soit d'abord et avant tout fondé sur la volonté et les préférences des personnes concernées.

Ce changement d'optique – des « meilleurs intérêts » à la « volonté et aux préférences » de la personne – constitue la troisième étape de réflexion des États parties. Dans les cas extrêmes[1070] où cette volonté ou ces préférences resteraient inconnues, il faudrait alors faire appel au concept de « meilleure interprétation de la volonté et des préférences ».

Ces réflexions ne peuvent toutefois se mener correctement qu'en parallèle avec toute une série d'actions visant à rendre la société inclusive : par exemple, si les personnes handicapées ne bénéficient pas d'un accès suffisant à l'éducation ou à la justice ou si elles n'ont pas la possibilité de poser des choix effectifs quant à leur lieu de vie, faute d'offre suffisante, les mécanismes de prise de décisions assistée respectant leur volonté et leurs préférences ne leur seront pas d'une grande aide. La prise de décision substitutive, qu'elle soit formelle ou informelle, peut en effet être le symptôme d'une impossibilité structurelle d'accompagner la personne dans ses décisions[1071].

[1068] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, §§ 25 et 32.

[1069] La discrimination indirecte survient « lorsqu'en vertu d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique apparemment neutre, une personne handicapée se voit désavantagée par rapport à une autre se trouvant dans une situation comparable, et ce, sans justification » (V. GHESQUIÈRE, I. HACHEZ et C. VAN BASSELAERE, « La discrimination fondée sur le handicap », *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, Liège, Anthemis, 2018, p. 108). Voy. aussi M. SPINOY et J. VRIELINK, « Les notions de discriminations directes et indirectes », *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 187-221 et Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 6 (2018) sur l'égalité et la non-discrimination*, CRPD/C/GC/6, § 18.

[1070] Expression empruntée à l'anglais, qui parle de *hard cases*, « cas durs », « cas (très) difficiles » pour désigner les situations où la communication est particulièrement complexe (crise, refus d'entrer en contact, pathologie très lourde, …). Dans le présent texte, l'expression « cas extrême » désigne généralement les situations qui viennent immédiatement à l'esprit, paradoxalement, lorsque l'on évoque la nécessité d'un accompagnement respectueux de la volonté et des préférences de la personne concernée.

[1071] C'est comme cela que j'interprète en tout cas le dernier paragraphe de l'observation générale n° 1 : « Les États parties sont encouragés à mettre en place des mécanismes efficaces pour combattre les régimes de prise de décisions substitutive formels ou informels. À cette fin, le Comité demande instamment aux États parties de veiller à ce que les personnes handicapées aient la possibilité de faire des choix de vie effectifs et de s'épanouir, afin de les accompagner dans l'exercice de leur capacité juridique. Ceci implique notamment, mais pas seulement, la possibilité pour les personnes handicapées d'établir des réseaux sociaux, la possibilité de travailler et de gagner leur vie sur la base de l'égalité avec les autres, des choix multiples quant à leur lieu de résidence au sein de la

Par ailleurs, le Comité rappelle la nécessité absolue de « consulter étroitement et faire participer activement » les personnes handicapées, ou les organisations qui les représentent, dans tout processus d'élaboration de règles ou de mécanismes qui répondent aux objectifs de l'article 12[1072].

Le Comité insiste, enfin, sur la nécessité de soutenir la recherche de meilleures pratiques en matière de reconnaissance de la capacité juridique et d'accompagnement à l'exercice de celle-ci.

Bien que l'État belge ne puisse actuellement souscrire à la théorie universaliste de la capacité telle que défendue par le Comité, des recherches pourraient permettre de proposer un large éventail de mesures d'accompagnement non incapacitantes à l'exercice des droits. Cet effort de créativité bute toutefois sur une difficulté psychologique et temporelle importante : à peine notre nouveau régime de protection des majeurs incapables était-il entré en vigueur, le 1er septembre 2014, que le Comité priait instamment la Belgique de revoir celui-ci à l'aune de l'observation générale n°1, publiée en mai 2014[1073]. Il nous aurait donc fallu plus de deux siècles pour abolir des mécanismes obsolètes et repenser l'incapacité des majeurs, pour que l'on nous demande de revoir quasi intégralement le nouveau régime moins de deux mois après l'entrée en vigueur de ce dernier…

Le Comité n'attend pas que nous refondions immédiatement le nouveau régime de protection. À mon sens, il faut toutefois *considérer* la position du Comité et poursuivre les travaux, en *consultant* de manière intensive les personnes qui sont les premières concernées. La section suivante vise à éclairer ce travail réflexif.

Section 3. L'observation générale n° 1 discutée

Pour faire connaître les controverses autour de l'observation générale n° 1, cette section propose une typologie de réactions, à partir de contributions provenant du monde académique, d'associations, d'organismes internationaux ou encore de collaborations originales telle qu'une expérience française de « mise en forums ».

société et l'accès à l'éducation à tous les niveaux » (Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 52).

[1072] *Ibidem*. Voy. aussi Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 7 (2018) sur la participation des personnes handicapées, y compris des enfants handicapés, par l'intermédiaire des organisations qui les représentent, à la mise en œuvre de la Convention et au suivi de son application*, CRPD/C/GC/7. *Cf. infra*, Section 3, §2, 4. La participation et Titre II, Chapitre 1er, Section 2., §3. Justice herméneutique : « Rien sur nous, sans nous » ou la participation.

[1073] Com. dr. pers. hand., *Observations finales concernant le rapport initial de la Belgique*, CRPD/C/BEL/CO/1, 28 octobre 2014, § 24.

§1er. Crispations : une interprétation extensive et impraticable

Les critiques, parfois acerbes, de l'observation générale n°1 se déclinent essentiellement en deux catégories : d'une part, l'interprétation du Comité est contestée en tant que telle (critique juridique); d'autre part, la mise en œuvre de l'article 12 telle que prônée par le Comité est jugée impraticable (critique pratique).

La présentation et la discussion de ces critiques visent à relâcher un tant soit peu les points de crispations, pour contribuer à l'amorçage d'un véritable débat.

1. La critique juridique : une interprétation extensive

La critique juridique regroupe les analyses selon lesquelles le Comité excéderait, dans l'interprétation de l'article 12, les pouvoirs qui lui sont reconnus.

La *critique externe* se penche sur le contexte de rédaction du texte, tandis que la *critique interne* porte sur le sens de ce texte. En l'occurrence, la critique juridique se subdivise en une critique externe – le Comité n'est pas habilité à dire ce qu'il dit – et une critique interne – le Comité donne à l'article 12 de la Convention une signification et une portée qu'il n'a pas.

a) Critique externe

i. Rôle interprétatif douteux du Comité

En termes de critique externe, il a été avancé que le Comité n'avait reçu aucun pouvoir pour *interpréter* la Convention[1074], surtout huit ans après la signature de celle-ci[1075].

[1074] Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, pp. 119-120. Déjà citée, cette thèse de doctorat met en lumière l'importance capitale, aujourd'hui, du concept de capacité de discernement – que j'ai appelée *capacité de fait* dans la deuxième partie de ce travail – entre autres dans les mécanismes de protection des majeurs. L'opinion de l'auteur quant à l'observation générale n°1 représente probablement notre plus grand conflit scientifique, mais c'est précisément en cela qu'elle a contribué à mes réflexions. La recherche scientifique la plus féconde provient sans doute de conflits intellectuels, pourvu qu'ils n'en deviennent pas personnels (en ce sens, D. KAHNEMAN, *Système 1, Système 2. Les deux vitesses de la pensée*, Paris, Flammarion, 2012, p. 282).

[1075] P. APPELBAUM, « Il y a toutes sortes de droits : les problèmes posés par l'article 12 et son interprétation », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 46 ; Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, p. 119. Par contre, J. DHOMMEAUX définit les observations générales comme « des sortes d'avis sur les interprétations de la convention dont [le comité a] la charge » (« La Convention relative aux droits des personnes handicapées et son Protocole du 13 décembre 2006 », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, p. 543).

À partir du moment où il est reconnu au Comité le pouvoir de veiller à la bonne application de la Convention, cela implique toutefois la possibilité de l'interpréter : comment contrôler l'application d'une règle sans l'interpréter [1076]?

« Si le texte est clair, il n'y a pas lieu de l'interpréter », dirait un fervent de l'école exégétique[1077]. La doctrine du *texte clair*[1078] n'est toutefois pas d'une grande aide ici. D'abord, les discussions préparatoires précitées montrent que l'aricle 12 est une solution de compromis d'emblée susceptible d'interprétations divergentes[1079]. En outre, les juristes de tradition romano-germanique n'auront pas la même lecture de l'article 12 que ceux des pays de *Common law* ou des pays scandinaves[1080] : dans nos régions, nous voyons mal comment protéger autrement que par la représentation juridique ; les pays anglo-saxons ou du Nord de l'Europe ont par contre développé une approche plus pragmatique[1081], notamment au travers des *disability studies*[1082]. En bref, nous comprenons l'article 12 comme autorisant des mesures d'incapacité nécessaires, proportionnées et prises à titre subsidiaire, tandis que d'autres États parties ont vu dans cet article la fin des régimes d'incapacité juridique et de décision substitutive, sans pour autant y souscrire[1083].

Le Comité étant explicitement invité à formuler des recommandations destinées aux États parties[1084], il en découle la nécessité d'interpréter la Convention. Il est vrai que les États parties

---

[1076] En ce sens, M. FREEMAN et al. évoquent indifféremment la compétence « d'interpréter la Convention » (« *to interpret the Convention* ») et de « contrôler la mise en œuvre de la Convention » *(« to monitor implementation of the Convention* »), tout en formulant par ailleurs une critique sévère de l'observation générale n°1 (M. FREEMAN et al., « Reversing hard won victories in the name of human rights : a critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities », *The Lancet Psychiatry*, 2015, p. 844).

[1077] Dont F. LAURENT était un ardent défenseur : « La disposition de [la loi] fût-elle mille fois absurde, qu'il faudrait s'en tenir à la lettre de la loi, parce que le texte est clair et formel. Hâtons-nous de nous mettre à l'abri d'une autorité que personne ne récusera. La commission qui rédigea le projet de code civil avait formulé des règles d'interprétation parmi lesquelles nous lisons celle qui suit : "Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre, sous prétexte d'en pénétrer l'esprit (1)" Qu'est-ce que l'esprit de la loi ? C'est la volonté du législateur. Or, quand le législateur a parlé clairement, il a fait connaître sa volonté ; dès lors le devoir de l'interprète est d'obéir » (*Principes de droit civil français*, t. IX, Bruxelles, Bruylant, 1873, p. 147).

[1078] A ce sujet, voyez notamment F. OST, M. VAN DE KERCKHOVE, *Entre la lettre et l'esprit*, Bruxelles, Bruylant, 1989 et M. VAN DE KERCKHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique », *L'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, FUSL, 1978, pp. 13-50.

[1079] *Cf. supra*, Chapitre 1er. Section 1ère.Texte et contexte de l'article 12.

[1080] E. FILLION, J.-Fr. RAVAUD, « La mobilisation internationale du droit des personnes en situation de handicap : un activisme scientifique et social », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 235.

[1081] M. MERCAT-BRUNS, « L'influence de la Convention sur le droit des (in)capacités aux États-Unis », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 102.

[1082] « Les *disability studies* redéfinissent le statut et la légitimité du chercheur autour d'une expérience personnelle du handicap. Les savoirs expérientiels sont valorisés, la prétendue neutralité de la science est dénoncée au profit de l'engagement politique : les personnes handicapées doivent être présentes dans le processus de production de la recherche dès son *design* (définition des objectifs, hypothèses et méthodes), dans la réalisation, et enfin dans sa visée émancipatoire » (E. FILLION, J.-Fr. RAVAUD, « La mobilisation internationale du droit des personnes en situation de handicap : un activisme scientifique et social », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 235). *Cf. infra*, Titre II, Chapitre 1er, Section 2, §3. Justice herméneutique : Rien sur nous, sans nous ou la participation.

[1083] En ce sens, le cas du psychiatre P. APPELBAUM est emblématique : ce dernier lit l'article 12 de la même façon que le Comité tout en exprimant sa vive opposition (P. APPELBAUM, « Il y a toutes sortes de droits : les problèmes posés par l'article 12 et son interprétation », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 35-51)

[1084] Art. 35 et 36 de la Convention.

sont liés par la Convention elle-même et non par l'interprétation qu'en donne le Comité. Ils sont donc libres de rejeter cette interprétation mais il serait peu constructif de procéder légèrement en la matière : en signant la Convention, les États parties ont également accepté d'être évalués par le Comité et il ne fait aucun doute que les évaluations se mènent désormais à l'aune de l'observation générale n°1, entre autres[1085].

ii. Incompatibilité avec d'autres textes internationaux

Une autre critique externe consiste à souligner la différence entre la Convention et d'autres instruments internationaux[1086]. Ainsi, dans son « Commentaire sur le projet d'observations générales du Comité des droits des personnes handicapées, relatif à l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées »[1087], la France souligne que plusieurs instruments internationaux antérieurs[1088] prévoient des mécanismes de prise de décision substitutive et que la Cour européenne des droits de l'Homme ne les interdit pas[1089].

De manière générale, le droit international n'a aucune raison d'être plus figé que le droit interne et peut donc évoluer au gré des accords. Le fait que les Nations Unies aient présidé à la signature d'instruments autorisant des mesures d'incapacité juridique ne signifie pas qu'aucune Convention ultérieure ne puisse jamais ébranler ces façons de faire. L'interprétation de l'article 12 par le Comité a d'ailleurs été adoubée par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'homme dans son rapport annuel sur les droits de l'homme, en 2017 :

> (…) De nombreuses législations nationales prévoient encore le déni de la capacité juridique aux personnes présentant un handicap psychosocial et empêchent ces personnes de prendre leurs propres décisions. Ces régimes de prise de décisions substitutive autorisent

---

[1085] En ce sens, W. MARTIN, S. MICHALOWSKI, T. JÜTTEN, M. BURCH, « Achieving CRPD Compliance. Is the Mental Capacity Act of England and Wales compatible with the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities? If no, what next? », 22 septembre 2014, disponible sur www.autonomy.essex.ac.uk, pp. 12-13.

[1086] M. FREEMAN et al., « Reversing hard won victories in the name of human rights : a critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities », *The Lancet Psychiatry*, 2015, pp. 844-845 ; Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, pp. 121-124.

[1087] Disponible sur la page du Haut-Commissariat des Nations unies aux Droits de l'homme https://www.ohchr.org et reprise *in extenso* par Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, pp. 121-124. Ce dernier partage l'opinion de l'État français et souligne, à raison, que le raisonnement est entièrement transposable en Belgique, vu la similarité des régimes de protection des majeurs. La Belgique n'a toutefois pas réagi au projet d'observation générale relative à l'article 12.

[1088] Art. 3 de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, points 5 et 7 de la déclaration des droits du déficient mental adoptée par les Nations-Unies le 20 décembre 1971, Principes pour les personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé mentale adoptées par les Nations-Unies le 17 décembre 1991, Recommandation n° R (99) 4 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 23 février 1999.

[1089] « Commentaire de la France sur le projet d'observations générales du Comité des droits des personnes handicapées, relatif à l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées », disponible sur la page du Haut-Commissariat des Nations unies aux Droits de l'homme https://www.ohchr.org, pp. 3-4.

> généralement des tiers à donner leur consentement à un traitement ou à une prise en charge en vue d'un traitement au nom de la personne concernée.
>
> 26. Les États devraient abroger les dispositions juridiques qui autorisent ceux qui prennent des décisions substitutives à donner leur consentement au nom d'une personne handicapée, et instaurer la prise de décisions assistée, en veillant à ce que tous ceux qui le souhaitent y aient accès. Les prestataires de services de santé devraient s'efforcer d'obtenir par tous les moyens possibles le consentement libre et éclairé de la personne concernée[1090].

Le Conseil de l'Europe semble quant à lui ouvert à la vision développée par le Comité. La « Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap 2017-2023 », adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 30 novembre 2016, est clairement influencée par l'article 12 de la Convention tel qu'interprété par le Comité :

> 61. La reconnaissance de la personnalité juridique sur la base de l'égalité avec les autres, telle que définie notamment par la CDPH (article 12), fait référence aux deux volets de la capacité juridique, à savoir la **capacité d'avoir des droits et des obligations** et la **capacité d'exercer ces droits**. La capacité juridique et l'accès à la justice sont des conditions essentielles pour une participation réelle dans tous les domaines de la vie et la pleine inclusion des personnes handicapées au sein de la société. La capacité juridique est, de fait, liée à tous les droits de l'homme et à leur jouissance.
>
> 62. Avoir la maîtrise de sa vie et de tous ses aspects est fondamental pour jouir pleinement de tous les droits de l'homme. La capacité juridique continue d'être refusée à une partie de la population, qui s'en trouve privée sur la base du handicap, au motif qu'elle présente des déficiences psychosociales ou intellectuelles. La prise de décision substitutive prévaut encore dans de nombreux Etats membres. Cela inclut les régimes de tutelle complète, où les personnes sont littéralement dépossédées de leur personnalité aux yeux de la loi et de la société. Certains aspects de ces pratiques constituent clairement une violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales, comme l'ont confirmé plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a demandé aux autorités concernées de remédier à ces violations.
>
> 63. La CDPH impose aux Etats de remplacer dans la mesure du possible, le système de **prise de décision substitutive** par un système de **prise de décision assistée**. Les préjugés et la discrimination structurelle, dans la société comme de la part des responsables politiques, sont des barrières majeures à ce changement indispensable. Des limitations dans la prise de décisions doivent être considérées sur une base individuelle, et être proportionnelles et limitées dans la mesure de l'absolue nécessité. A la lumière de la situation individuelle, les limitations ne devraient pas avoir lieu lorsque des moyens moins restrictifs sont suffisants. Des garanties juridiques accessibles et efficaces doivent être fournies pour garantir que de telles mesures ne soient pas abusives.

[1090] Assemblée générale des Nations Unies, *Santé mentale et droits de l'homme. Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme*, A/HRC/34/32, 31 janvier 2017, p. 9.

64. Les organes du Conseil de l'Europe, les Etats membres, et les autres parties prenantes devraient tendre à :

a) **Soutenir** les Etats membres dans leurs efforts pour améliorer leur législation, leurs politiques et leurs pratiques relatives à la capacité juridique des personnes handicapées ;

b) **Recenser, recueillir et diffuser** les bonnes pratiques existantes concernant les **systèmes et les pratiques en matière de prise de décision assistée** auxquelles les personnes handicapées peuvent recourir pour exercer leur capacité juridique et accéder à leur liberté de choix et à leurs droits ;

c) **Promouvoir** la formation des professionnels des secteurs public et privé intervenant dans les systèmes de prise de décision assistée et lancer, en coopération avec les personnes handicapées et leurs familles, des initiatives de communication à l'intention du grand public dans le but de faire connaître et comprendre le droit égal à la reconnaissance de la personnalité juridique des personnes handicapées ;

d) **Recenser, recueillir et diffuser** les législations, politiques et pratiques nationales existantes prévoyant des **garanties** appropriées et effectives afin de protéger les personnes handicapées contre l'exploitation et les abus, conformément au droit international des droits de l'homme, ainsi que les mécanismes d'aide et de soutien mis à la disposition des personnes handicapées pour activer ces garanties ;

e) **Recenser, recueillir et diffuser** les bonnes pratiques existantes qui visent à faciliter l'accès des personnes handicapées à la protection juridique générale ainsi qu'aux instances extrajudiciaires ou quasi-juridiques de protection des droits dans tous les domaines de la vie (notamment les institutions nationales des droits de l'homme, les organismes de promotion de l'égalité, les institutions d'ombudsman, etc.) [1091].

S'il est vrai que la Stratégie ne s'impose pas aux États membres, elle est supposée soutenir leurs travaux et leur donner une ligne de conduite. Le fait qu'elle prône une interprétation des droits à la lumière de la Convention relative aux droits des personnes handicapées permet de considérer cette dernière comme « le premier cadre normatif de droits auquel les États membres du Conseil de l'Europe doivent adhérer lorsqu'ils mettent en œuvre la Stratégie du Conseil de l'Europe »[1092].

La Cour européenne des droits de l'Homme adopte logiquement une vision plus consensuelle, compte tenu de la large marge d'appréciation qu'elle reconnaît encore aux États membres en

[1091] Conseil de l'Europe, « Droits de l'homme : Une réalité pour tous. Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap 2017-2023 », disponible sur https://rm.coe.int/, 2016, p. 13.
[1092] Centre pour le droit et les politiques dans le domaine du handicap – NUI Galway, « Étude consacrée à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Contribution à la Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap », disponible sur https://rm.coe.int/final-study-on-the-equal-recognition-before-the-law-fr/168072b470, 2017, p 31.

matière de restrictions de la capacité juridique[1093]. Comte tenu, toutefois, de l'attention soutenue prêtée par la Cour à la Convention relative aux droits des personnes handicapées, il serait possible qu'elle en vienne à réduire la marge d'appréciation des États en accordant une importance croissante à l'obligation, pour ceux-ci, de prévoir un panel de mesures d'accompagnement diversifiées et non incapacitantes, dont des mécanismes de prise de décisions assistée[1094].

iii. Représentativité insuffisante du Comité

Enfin, la troisième critique externe relevée a trait à la légitimité démocratique, dont serait dépourvue l'observation générale n°1: elle ne chercherait en effet qu'à défendre une vision militante, telle celle du Réseau Mondial d'Usagers et de Survivants de la Psychiatrie, sans égard pour l'opinion de professionnels, de militants moins radicaux et sans tenir compte des remarques formulées à l'encontre du projet d'observation générale[1095]. Le Comité aurait ainsi feint de se préoccuper de l'opinion des parties intéressées (États parties, organisations…) pour légitimer sa position, sans avoir la moindre intention d'adapter son projet initial[1096].

Il est vrai que l'opinion de la France, par exemple, n'a pas modifié la position du Comité, pas plus que celle du Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme. Ce dernier avait en effet souligné que « s'il existe bien une distinction entre capacité juridique (statut juridique et capacité d'agir en droit, c'est-à-dire capacité d'exercer ses droits et de remplir ses obligations) et capacité mentale (capacité de prendre des décisions), celles-ci sont néanmoins intrinsèquement liées, notamment lorsqu'on aborde la question de l'exercice de la capacité juridique » et il invitait dès lors le Comité à « mettre davantage l'accent sur la distinction entre jouissance et exercice de la capacité plutôt que sur la distinction entre la nature juridique ou mentale de celle-ci »[1097].

Compte tenu du contexte d'adoption de l'article 12 de la Convention[1098], ce dernier permet une interprétation classique et une interprétation radicale, au sens où celle-ci déracine notre

---

[1093] *Cf. supra*, Deuxième partie, Titre III, Chapitre 1er. La capacité de fait dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : rapide tour d'horizon.
[1094] *Cf. infra*, Chapitre 3, Section 1ère, §2. Capacité juridique et interprétation évolutive de la Cour européenne des droits de l'homme.
[1095] World Network of Users and Survivors of Psychiatry – WNUSP ; en ce sens, P. APPELBAUM, « Il y a toutes sortes de droits : les problèmes posés par l'article 12 et son interprétation », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 49 ; M. FREEMAN et al., « Reversing hard won victories in the name of human rights : a critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities », *The Lancet Psychiatry*, 2015, pp. 847-848 ; Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, p. 120.
[1096] Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, p. 120.
[1097] Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (aujourd'hui UNIA), « Observations et propositions du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme concernant le projet publié le 25 novembre 2013 par le Comité des droits des personnes handicapées », disponible sur https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGCArticles12And9.aspx, 21 février 2014, pp. 4-5.
[1098] *Cf. supra*, Chapitre 1er, Section 1ère. Texte et contexte de l'article 12.

conception traditionnelle de la capacité juridique des majeurs. Le Comité a en effet tranché en faveur de l'interprétation radicale, portée à l'origine par un activisme à la fois académique et associatif[1099] plutôt que par les délégations étatiques ou les praticiens de la santé.

La légitimité démocratique du Comité découle du fait que ce sont les États parties qui désignent les experts susceptibles de siéger en son sein[1100]. Face à l'impossibilité de réconcilier les deux interprétations possibles, ces experts ont décidé de faire entendre une expérience dissonante de l'incapacité juridique et de provoquer un débat inédit au sein des États parties.

b) Critique interne

L'essentiel de la critique interne relève du désaccord sur l'interprétation à donner à l'article 12 de la Convention : le Comité prônerait une interprétation extensive, visant à donner à l'article 12 une portée qu'il n'aurait jamais eue[1101]. Pour rappel,

> Article 12
> Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité
> 1. Les États Parties réaffirment que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique.
> 2. Les États Parties reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres.
> 3. Les États Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique.
> 4. Les États Parties font en sorte que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus, conformément au droit international des droits de l'homme. Ces garanties doivent garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, (…).

[1099] A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, « The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law », *The International Journal of Human Rights*, 2016, pp. 471-472; M. JESPERSON, « PO-Skåne – a concrete example of supported decision-making », *Presentation at the OHCHR Symposium on the Human Rights of Persons with Psychosocial Disabilities*, Brussel, disponible sur www.europe.ohchr.org, 2014, pp. 1-2 ; T. MINKOWITZ, « CRPD Advocacy by the World Network of Users and Survivors of Psychiatry: The Emergence of a User/Survivor Perspective in Human Rights », disponible sur https://papers.ssrn.com, 2012.

[1100] Art. 34 et s. de la Convention.

[1101] Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, pp. 112 et s. ; « Commentaire de la France sur le projet d'observations générales du Comité des droits des personnes handicapées, relatif à l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées », disponible sur la page du Haut-Commissariat des Nations unies aux Droits de l'homme https://www.ohchr.org.

Dans le chef des juristes belges, la lecture de cette disposition mène classiquement aux constats suivants :

- Personnalité (§1) et capacité (§2) juridique sont des notions distinctes, dans leur essence et dans leurs effets : la personnalité est intouchable tandis que la capacité d'exercice des droits peut être aménagée.
- Les régimes de protection, qu'ils soient d'assistance ou de représentation, répondent au besoin d'accompagnement souligné par le §3.
- Le §4 confirme cette lecture, en précisant quelques lignes directrices.

Toute la difficulté est d'accepter que l'article 12 puisse faire l'objet d'une autre interprétation :

- La capacité juridique d'un individu doit être reconnue dans toutes ses composantes pour qu'il puisse véritablement exister en tant que personne juridique, en tant que citoyen ;
- La capacité juridique étant pleinement reconnue, sur la base de l'égalité avec les autres, les mesures d'accompagnement des personnes handicapées ne doivent pas avoir pour effet de diminuer la capacité juridique ;
- Bien que n'étant pas des mesures d'incapacité juridique, les mesures d'accompagnement doivent s'assortir de garanties pour éviter les abus, ces abus étant entendus comme le non-respect des droits, de la volonté et des préférences de la personne concernée.

Aux termes de la Convention de Vienne, « un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »[1102]. La lecture belge est-elle véritablement cohérente avec le texte de la Convention dans son ensemble ? Celle-ci n'a de cesse de prôner une approche fondée sur les droits des personnes handicapées, sur le maintien des droits de celles-ci et sur l'aide à fournir pour exercer ces droits dans des conditions d'égalité avec les autres et dans le respect de la volonté et des préférences des personnes concernées[1103].

Comme au jour de la ratification de la Convention, il reste possible de lire dans l'article 12 la validation de mécanismes de prise de décisions substitutive. Toutefois, s'arrêter à cette interprétation revient aujourd'hui à escamoter le débat relatif à l'accompagnement des personnes handicapées, au sens de la Convention[1104]. Quoi que l'on pense de l'observation générale n°1, il ne peut être que fructueux de faire vivre la controverse en confrontant les recommandations du Comité à nos réalités juridico-sociales. L'absence de débat marque un certain désintérêt, voire une désinformation, quant aux différentes façons de répondre aux difficultés rencontrées par certaines personnes handicapées dans l'exercice de leurs droits.

[1102] Art. 31, al. 1. de la Convention de Vienne sur le droit des traités, signée à Viennes le 23 mai 1969, approuvée par la loi du 10 juin 1992.
[1103] En ce sens, A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 25.
[1104] En ce sens, M. SCHOLTEN, J. GATHER, « Adverse consequences of article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities for persons with mental disabilities and an alternative way forward », *J Med Ethics*, 2018, p. 227.

Une critique interne un peu élargie consiste à souligner la contradiction entre l'article 12 tel qu'interprété par le Comité et d'autres articles de la Convention, comme « la jouissance du plus haut degré possible de santé, de préservation de la vie et de liberté par rapport au stigmate et à la discrimination »[1105]. Pourtant, lorsque la volonté et les préférences d'une personne handicapée entrent en conflit avec la préservation de sa santé, de sa liberté ou de sa vie, l'incapacité juridique et la prise de décisions substitutive ne constituent pas nécessairement le seul recours, ni le plus efficace. Ce n'est pas parce qu'il n'est pas toujours possible de s'en tenir, en pratique, à des mécanismes de prise de décisions assistée, que ceux-ci seraient globalement impraticables dans des situations conflictuelles.

2. La critique pratique : une interprétation impraticable

En une phrase, cette critique postule que tout système de protection efficace requiert comme mesure ultime la privation de la capacité juridique et les mécanismes de prise de décisions substitutive qui en sont le corollaire.

Il y a en effet lieu de se demander comment le Comité envisage l'accompagnement de personnes qui ne sont plus en état de communiquer leur volonté ou leurs préférences et celui de celles dont la volonté ou les préférences les mettraient, elles ou d'autres, en danger[1106].

Sur le premier point, le Comité répond par le concept de « l'interprétation optimale de la volonté et des préférences » de la personne concernée[1107]. À cette extrémité, il est difficile d'encore considérer qu'il s'agit là d'un mécanisme de prise de décisions assistée. Toutefois, dans la mesure où la personne dans l'incapacité de s'exprimer a conservé sa capacité juridique, il ne s'agit plus non plus de représentation juridique.

La part de fiction de cette démarche semble par ailleurs moins importante que dans le mécanisme de la représentation. La personne-soutien ne prend pas la place, juridiquement, de la personne qui ne peut plus s'exprimer : elle se contente d'exprimer ce qu'elle croit être conforme à la volonté et aux préférences de cette personne. Si l'on ne peut exclure la dimension artificielle de ce raisonnement, le Comité estime que celui-ci est plus à même de garantir le

---

[1105] P. APPELBAUM, « Il y a toutes sortes de droits : les problèmes posés par l'article 12 et son interprétation », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 48; M. FREEMAN et al., « Reversing hard won victories in the name of human rights : a critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities », *The Lancet Psychiatry*, 2015, pp. 846-847.

[1106] P. APPELBAUM, « Il y a toutes sortes de droits : les problèmes posés par l'article 12 et son interprétation », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 46 et s.; « Commentaire de la France sur le projet d'observations générales du Comité des droits des personnes handicapées, relatif à l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées », disponible sur la page du Haut-Commissariat des Nations unies aux Droits de l'homme https://www.ohchr.org, pp. 3-4; E. PECQUEUR, A. CARON-DÉGLISE, Th. VERHEYDE, « Regards de juges sur la loi française et la CIDPH », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 78-79; Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, pp. 116 et 118.

[1107] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 21.

droit à la capacité juridique à égalité avec les autres que des mécanismes de prise de décisions substitutive[1108].

Quant à l'éternel conflit entre la volonté de la personne et ses intérêts dans l'absolu ou l'existence d'un danger pour autrui, la réponse ne sera jamais facile. Néanmoins, il ne faut pas faire dire au Comité ce qu'il ne dit pas : non, le Comité ne préconise pas l'abandon d'une personne à des préférences délétères. Le Comité souhaite que les États parties repensent l'accompagnement des personnes handicapées, notamment pour prévenir des conséquences graves pour elles ou les autres, sans toutefois les disqualifier systématiquement en tant qu'interlocuteurs valables, juridiquement reconnus. Il semblerait qu'il soit possible de se fonder sur « l'interprétation optimale de la volonté et des préférences » en ultime recours, « dans le cadre de situations d'urgence lorsqu'il s'avère impossible d'obtenir un consentement informé ou bien lorsque ce consentement, compte tenu des circonstances, risquerait de porter préjudice à l'individu ou à des tiers »[1109].

Il est intéressant de constater que la critique pratique s'articule essentiellement autour de situations extrêmes, dans lesquelles une personne privée de discernement perdrait son logement, ses revenus, dilapiderait les économies d'une vie sur un coup de tête, ne recevrait pas les soins urgents dont elle a besoin, etc.[1110]. Mais ces événements dramatiques ne doivent pas être l'arbre qui cache la forêt : l'existence de situations irréductiblement douloureuses ne peut nous empêcher d'envisager l'immense diversité des situations et d'imaginer de nouvelles façons d'y répondre socialement.

Pour rappel, le Comité ne vise que les mécanismes de prise de décisions substitutive imposés, au prix d'une diminution de la capacité juridique. Il n'y a donc pas lieu de craindre que l'article 12 s'oppose à la désignation volontaire d'un mandataire[1111]. Le mandat belge de protection extrajudiciaire n'entraîne en effet aucune diminution de cette capacité, dans le chef du mandant[1112].

[1108] *Ibidem*.

[1109] Centre pour le droit et les politiques dans le domaine du handicap – NUI Galway, « Étude consacrée à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Contribution à la Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap », disponible sur https://rm.coe.int/final-study-on-the-equal-recognition-before-the-law-fr/168072b470, 2017, p. 18. Plus précisément sur la question de la contrainte, *cf. infra*, Titre II, Chapitre 2, Section 2. Détacher l'accompagnement de la contrainte

[1110] Pour un exemple particulièrement virulent, P. APPELBAUM, « Il y a toutes sortes de droits : les problèmes posés par l'article 12 et son interprétation », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 46, 50 et 51.

[1111] « Commentaire de la France sur le projet d'observations générales du Comité des droits des personnes handicapées, relatif à l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées », disponible sur la page du Haut-Commissariat des Nations unies aux Droits de l'homme https://www.ohchr.org, p. 4 ; Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, p. 116.

[1112] Art. 489 et s. du Code civil. Notons que s'il fallait jauger ce mandat à l'aune de l'article 12 et de l'observation générale n°1, on devrait souligner qu'il reste subordonné à l'évaluation de la capacité mentale : seul le citoyen considéré comme capable peut désigner un mandataire.

Par ailleurs, la position du Comité en vertu de laquelle il conviendrait désormais de dissocier totalement la capacité mentale et la capacité juridique paraît inaudible dans des pays comme le nôtre, où l'évaluation de la capacité mentale est devenue la pierre angulaire des régimes d'incapacité[1113].

À cet égard, il pourrait être reproché au Comité de privilégier une égalité formelle, sans considération pour les différences entre les citoyens. En réalité, la Convention dans son ensemble prône une acception substantielle de l'égalité : « *substantive equality (...) acknowledges inequality created by social conditions. It requires the State to take positive actions to ensure that equality is achieved not only in form but also in substance – filling the gaps left by historical and ongoing marginalization and prejudice* »[1114]. En ce sens, le Comité prône une lecture indissociable des paragraphes 2 (capacité juridique) et 3 (accompagnement) de l'article 12: le droit à la capacité juridique ne peut se réaliser, pour certaines personnes, que si elles ont également accès à un accompagnement approprié[1115].

Logiquement, les réticences les plus vives proviennent d'auteurs qui se sont particulièrement intéressés à la question de la capacité mentale et qui, à raison, ont vu son évaluation comme un progrès pour l'accompagnement des personnes en situation de handicap[1116]. Leurs travaux permettent, de façon complémentaire, de comprendre d'où nous vient cette culture de la représentation juridique et pourquoi l'approche par (l'évaluation de) la capacité mentale apparaît aujourd'hui comme un progrès[1117].

L'idée n'est donc pas de faire table rase de notre conception actuelle de la capacité juridique. Personne ne suppose que cela puisse fonctionner[1118]. Je reste néanmoins persuadée que les arguments du Comité méritent d'être considérés plus attentivement.

Certes, la genèse de l'adoption de la Convention ne laisse planer aucun doute quant aux revendications *militantes* qui sont à l'origine du changement de paradigme[1119]. Une

---

[1113] Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, p. 115.

[1114] A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 9. Le Comité définit par ailleurs le concept d'« égalité inclusive », dont les composantes montrent qu'il s'agit d'une égalité substantielle et non formelle (Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 6 (2018) sur l'égalité et la non-discrimination*, CRPD/C/GC/6, §§ 8-11).

[1115] *Ibidem*, p. 26.

[1116] En particulier Thomas Van Halteren et Paul Appelbaum, très souvent cités dans la présente étude (Th. VAN HALTEREN *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018 ; P. APPELBAUM, Th. GRISSO, *Assessing Competence to Consent to Treatment*, Oxford University Press, 1998).

[1117] En ce sens également, *cf. supra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre 3, Section 1ère, §2. La capacité de fait comme progrès et moindre mal.

[1118] Pas même les docteurs en droit les plus convaincus de l'utilité d'une réforme : A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 223.

[1119] A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, « The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law », *The International Journal of Human Rights*, 2016, pp. 471-472; M. JESPERSON, « PO-Skåne – a concrete example of supported decision-making », *Presentation at the OHCHR Symposium on the Human Rights of Persons with Psychosocial Disabilities*, Brussel, disponible sur www.europe.ohchr.org, 2014, pp. 1-2; T. MINKOWITZ, « CRPD Advocacy by the World Network

revendication militante n'est toutefois pas forcément inintéressante, d'autant que des exemples de « bonnes pratiques », au sens d'un accompagnement conforme aux exigences du Comité, existent et sont répertoriés[1120]. Et même si l'on s'en tient à la Belgique, on constate l'apparition d'équipes mobiles en santé mentale, dont l'intervention vise avant tout à accompagner la personne en souffrance, au-delà des questions de capacité juridique ou mentale[1121]. De même, le travail d'accompagnement réalisé par des associations d'usagers des services de santé mentale[1122] ou par des associations de proches d'usagers[1123], visant entre autres à apporter un soutien par des *pairs*[1124], permet de développer des approches originales et pratiques pour répondre aux besoins des premiers concernés.

La réflexion relative à la première observation générale du Comité, dont les membres sont perçus comme des activistes, ne risque-t-elle pas de pâtir d'une hiérarchisation sociale des formes de connaissances ? C'est la question de *l'injustice épistémique*, dont il sera question au titre II ci-dessous.

§2. Enthousiasmes : un changement de paradigme porteur d'espoirs

L'observation générale n°1 illustre le changement de paradigme porté par la Convention dans son ensemble. Celle-ci entend s'écarter d'une vision médico-morale du handicap pour défendre une approche fondée sur les droits : d'un tragique destin individuel appelant la pitié charitable, le handicap passe à un phénomène social aux facteurs multiples. La personne handicapée, longtemps objet de charité et de soins, se voit désormais garantir le même statut juridique que n'importe quel autre citoyen, tout en ayant le droit d'être aidée et protégée en fonction de ses besoins – comme pourraient l'être les citoyens non handicapés[1125].

---

of Users and Survivors of Psychiatry: The Emergence of a User/Survivor Perspective in Human Rights », disponible sur https://papers.ssrn.com, 2012.

[1120] Centre pour le droit et les politiques dans le domaine du handicap – NUI Galway, « Étude consacrée à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Contribution à la Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap », disponible sur https://rm.coe.int/final-study-on-the-equal-recognition-before-the-law-fr/168072b470, 2017, pp. 64-73; Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), « La capacité juridique des personnes souffrant de troubles mentaux et des personnes handicapées intellectuelles », disponible sur https://fra.europa.eu, 2013, p. 58; European Network of (Ex-) Users and Survivors of Psychiatry, « Best practices recommended by ENUSP », disponible sur https://fr.scribd.com/doc/310280356/List-of-the-Best-Practices.

[1121] Exemples namurois : Équipe mobile d'intervention en santé mentale (EMISM), Pléiade (équipe mobile de soins psychiatriques).

[1122] Psytoyens asbl (Concertation des usagers en santé mentale, www.psytoyens.be).

[1123] Associations Similes Wallonie et Bruxelles asbl, Familles et amis de personnes atteintes de troubles psychiques (https://www.similes.org/)

[1124] M. ALLART, S. LO SARDO, « La pair-aidance en Fédération Wallonie-Bruxelles : état des lieux. Guide méthodologique », disponible sur www.le-forum.org, février 2020.

[1125] A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 18-20; G. QUINN, « Personhood & Legal Capacity. Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD », Concept paper, HPOD Conference, Harvard Law School, 20 février 2010, disponible sur www.inclusionireland.ie; pour des explications pédagogiques détaillées sur les différentes perceptions du handicap, voy. D. GOODLEY, *Disability Studies. An Interdisciplinary Introduction*, Londres, SAGE Publications Ltd, 2011, pp. 5 et s.

La vision du Comité gagnerait à être mieux connue et comprise, essentiellement pour deux raisons.

Premièrement, la position du Comité est née de problèmes conceptuels réels et peu étudiés : la deuxième partie de la présente recherche amène ainsi à douter de la possibilité d'évaluer objectivement la capacité de fait d'une personne[1126].

Deuxièmement, les défenseurs de la position du Comité ne rechignent pas à expliquer leurs arguments en détails et à répondre de façon nuancée aux critiques qui leur sont adressées. Cela tient sans doute au fait qu'ils se rendent compte que leur proposition est difficilement audible pour toute une série d'États parties. Forgés et peaufinés dans l'adversité, les arguments des *enthousiastes* devraient pourtant convoquer le plus vif intérêt de tous ceux qui s'intéressent à l'accompagnement des personnes handicapées à l'exercice de leurs droits.

1. La capacité juridique universelle comme reconnaissance citoyenne

Si nous nous sentons citoyens, c'est parce que nous avons des droits et que nous pouvons les exercer, tant pour interagir avec nos semblables que pour repousser d'éventuelles intrusions non consenties.

Comme déjà expliqué dans la deuxième partie de ce travail[1127], la pleine capacité juridique est reconnue à dix-huit ans car, à cet âge, les personnes physiques sont présumées capables de fait, c'est-à-dire disposant d'un ensemble de facultés essentiellement cognitives permettant, en général, de faire respecter leurs droits et d'exécuter les prestations auxquelles elles sont obligées. Plus spécifiquement, la capacité de fait conditionne la validité des actes juridiques et permet d'apprécier les conséquences des actes matériels que l'on pose[1128].

Ces aptitudes sont présumées par principe chez tous les majeurs. Toutefois, certains d'entre eux voient cette capacité de fait évaluée et seront, en fonction du résultat, éventuellement privés de leur capacité juridique.

Les partisans de la capacité juridique universelle dénoncent cette discrimination : si les citoyens de dix-huit ans sont présumés capables, alors cette présomption devrait valoir pour tous ; si la capacité juridique est subordonnée à l'évaluation des facultés mentales, alors tous les citoyens de dix-huit ans devraient être testés de la même façon[1129]. Sans cela, ce sont toujours les mêmes personnes, en réalité, qui passent l'épreuve des tests, à savoir les personnes handicapées, plus précisément celles vivant avec un trouble mental[1130]. Or, la Convention prohibe toute pratique

[1126] *Cf. supra*, Deuxième partie, Titre II. De la capacité de fait du patient. Evaluer ou ne pas évaluer ?
[1127] *Cf. supra*, Deuxième partie, Titre II. Chapitre 2. Evaluer le moins possible la capacité de fait du patient
[1128] *Cf. supra*, Deuxième partie, Titre I. Chapitre 2. Section 1ère. La capacité de fait du citoyen : définition générale et abstraite.
[1129] L'idée ne manque pas d'attrait… Car les résultats seraient probablement édifiants, à plusieurs titres.
[1130] Centre pour le droit et les politiques dans le domaine du handicap – NUI Galway, « Étude consacrée à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Contribution à la Stratégie du Conseil

qui a pour but *ou pour effet* d'entraîner une discrimination sur la base du handicap[1131]. À titre d'exemple, notre régime de protection judiciaire semble neutre, puisqu'il est susceptible de s'appliquer à toute personne « qui, en raison de son état de santé, est totalement ou partiellement hors d'état d'assumer lui-même, comme il se doit, sans assistance ou autre mesure de protection, fût-ce temporairement, la gestion de ses intérêts patrimoniaux ou non patrimoniaux »[1132]. Pourtant, il a pour effet d'entraîner quasi-exclusivement la protection de personnes perçues comme vivant avec un trouble mental.

En outre, les divers tests de capacité ne peuvent prétendre à l'objectivité : ils sont le fruit de notre culture, qui envisage l'être capable comme un agent rationnel maîtrisant et soupesant l'information pour déterminer la meilleure option, qui s'exprimera sous la forme d'une décision libre et informée. L'être capable est, en somme, « une personne déracinée et dépouillée de toutes ses attaches culturelles et sociales, un soi sans encombrement »[1133].

Cet idéal de Raison Désincarnée, pourtant quotidiennement démenti, se retourne parfois durement contre les personnes vivant avec un trouble mental :

> *The functional test asks us to take a certain portion of the population – namely those people who are perceived to have an impairment of the mind or brain – and to require them to meet a specific standard of cognition in order to be granted the privilege of engaging in society on the same basis as others. This is dangerous. It is discriminatory and marginalizing. Others are not asked to meet this test of cognition*[1134].

Il s'agit là de la traduction claire de la « double peine » signalée dans la deuxième partie de cette recherche : des personnes spontanément considérées comme plus fragiles se verront imposer une rationalité renforcée, là où on tolère des choix extrêmement pauvres et mal informés de la part d'autres personnes, *apparemment* capables[1135]. La psychologie cognitive a en effet démontré les limites de la rationalité humaine, de tous les êtres humains[1136] : de ceux qui voient leur capacité évaluée, de ceux qui échappent à cette évaluation et de ceux qui sont les évaluateurs de la capacité d'autrui.

---

de l'Europe sur le Handicap », disponible sur https://rm.coe.int/final-study-on-the-equal-recognition-before-the-law-fr/168072b470, 2017, p. 7; A. DHANDA, « Pour ou contre le nouveau paradigme d'une capacité juridique universelle et accompagnée ? », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 54-55.

[1131] Art. 2 et 5 de la Convention.

[1132] Art. 488/1 du Code civil.

[1133] G. QUINN, « La personne et ses capacités : quelques perspectives sur le changement de paradigme de l'article 12 », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 23.

[1134] A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 90.

[1135] *Cf. supra*, Deuxième partie, Titre II. Chapitre 1er. La capacité de fait s'évalue-t-elle ? ; G. QUINN, « La personne et ses capacités : quelques perspectives sur le changement de paradigme de l'article 12 », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 27.

[1136] D. KAHNEMAN, *Système 1 Système 2 Les deux vitesses de la pensée*, Paris, Flammarion, 2016 (largement référencé dans la deuxième partie de ce travail : *Cf. supra*, Deuxième partie, Titre II. Chapitre 1er. La capacité de fait s'évalue-t-elle ?)

Cette analyse ne jette pas un discrédit absolu sur les critères d'une prise de décision rationnelle : nous devrions tous prendre la peine de nous les appliquer lorsque nous faisons face à des choix importants. Toutefois, nous n'attendons pas de l'État qu'il nous dicte comment prendre nos décisions, grandes ou petites. Puisqu'une telle intervention est inconcevable pour les citoyens de nos démocraties libérales, pourquoi le serait-elle moins pour ceux d'entre nous qui sont en situation de handicap[1137] ?

Certaines facultés cognitives sont bien sûr nécessaires à l'exercice de la capacité juridique, mais il ne faut pas perdre de vue que ces facultés sont elles-mêmes dépendantes de facteurs sociaux, culturels, environnementaux, etc. En un mot, elles sont à la fois intrinsèquement liées à la personnalité et sensibles à de nombreux facteurs externes, ce qui les rend très fluctuantes.

Pour reconnaître l'importance des facultés cognitives dans l'exercice de la capacité juridique tout en évitant les écueils liés à l'évaluation de la cognition, une proposition consiste à poser le postulat selon lequel chaque être humain possède un certain degré de cognition, même lorsqu'elle ne se manifeste pas extérieurement. Chacun se verrait alors garantir la pleine capacité juridique, tout en ayant accès à un soutien plus ou moins formel, plus ou moins intense, lorsque cela s'avère nécessaire[1138].

Par ailleurs, les personnes vivant avec un trouble mental sont loin d'être les seules à éprouver des difficultés à prendre des décisions, à un moment donné de leur vie. Pourquoi l'État n'intervient-il pas alors de la même façon pour chacun de nous[1139], en nous privant de notre capacité d'exercice – temporairement et pour notre propre protection – lorsque nous éprouvons ce type de difficultés ? Évidemment, entre les parents épuisés, les directrices d'entreprises sous pression, les aidants proches à bout de nerfs et les étudiants trop perfectionnistes, l'État – dont la capacité décisionnelle, ou plutôt celle de ses représentants, est également questionnable – risque d'avoir fort à faire. Le constat de difficultés décisionnelles devrait donc logiquement mener l'État à pourvoir à une offre de soutien, à laquelle tous les citoyens auraient accès : tous ceux qui éprouvent des difficultés décisionnelles entravant leur vie quotidienne, indépendamment d'une situation de handicap[1140].

En bref, d'après les tenants de la capacité universelle, la capacité juridique devrait, pour être reconnue dans des conditions d'égalité avec les autres, reposer sur une présomption *irréfragable* de capacité mentale. Le fait que cette présomption soit parfois fictive ne pose pas de problème, car il s'agirait alors d'une « fiction émancipatrice d'autonomie [de toute façon] préférable à des tests et des évaluations dont les résultats sont incertains, et ce, d'autant que ces tests sont sélectifs et ne sont pas appliqués à tous les adultes »[1141].

[1137] En ce sens, A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 93.
[1138] *Ibidem*, pp. 41, 44, 47.
[1139] *Ibidem*, p. 13.
[1140] *Ibidem*, p. 14.
[1141] A. DHANDA, « Pour ou contre le nouveau paradigme d'une capacité juridique universelle et accompagnée ? », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 55.

Ces dernières années, plusieurs pays d'Amérique latine ont révisé leur législation dans le but de se conformer à l'article 12, tel qu'interprété par le Comité[1142].

En 2018, le Code civil péruvien[1143] a été modifié par le « Décret législatif n° 1384 reconnaissant et régulant la capacité juridique des personnes en situation de handicap »[1144]. S'inspirant de l'observation générale n°1, cette législation « reconnaît la pleine capacité juridique de toutes les personnes handicapées, abolit la curatelle des personnes handicapées, supprime les restrictions de leur capacité juridique (par exemple pour se marier ou rédiger un testament) et introduit différents régimes de prise de décision assistée »[1145]. Bien que le texte de la proposition ne soit pas sorti indemne des tractations parlementaires, le Pérou est aujourd'hui considéré comme ayant la législation la plus conforme à l'observation générale n°1[1146].

La pleine capacité juridique de toute personne adulte se voit reconnue, *indépendamment du soutien* dont elle pourrait bénéficier pour exercer sa capacité[1147]. La réforme a pour objectif d'abolir les régimes d'incapacité fondés sur une situation de handicap, essentiellement celles causées par un handicap intellectuel ou des difficultés psychosociales. Toutefois, la capacité juridique peut toujours être restreinte pour les personnes « prodigues » ou qui « commettent une mauvaise administration »[1148], « alcooliques », « toxicomanes », « condamnées pénalement » ou « dans le coma, à condition qu'aucune forme de soutien à la décision n'ait été

[1142] Colombie, Costa Rica, Pérou (Assemblée générale des Nations Unies, *Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées,* A/HRC/37/56, 12 décembre 2017, §§ 39 et 49; Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), « UN expert welcomes legal capacity reform in Colombia to end guardianship regime », www.ohchr.org, 29 août 2019).

[1143] De même que le Code de procédure civile et la loi sur le notariat (*Notary Act*).

[1144] Disponible en version anglaise (Legislative Decree No. 1384 that recognizes and regulates the legal capacity of persons with disabilities – traduction française libre) sur le site internet de SODIS (Sociedad y Discapacidad – Society and Disability), une ONG péruvienne ayant contribué à mobiliser la société civile autour de la question de la capacité juridique des personnes handicapées (www.sodisperu.org). Elle est présidée par Alberto Vásquez, coordinateur des investigations du Rapporteur Spécial des Nations Unies pour les droits des personnes handicapées. Ma connaissance de la loi péruvienne provient de cette traduction anglaise, de quelques contributions académiques et d'un entretien avec Alberto Vásquez, le 20 juin 2019, durant la *11th International Disability Law Summer School* (17-21 juin 2019) du Centre for Disability Law and Policy (CDLP) de l'Université Nationale d'Irlande à Galway.

[1145] SODIS, Legislative Decree No. 1384 that recognizes and regulates the legal capacity of persons with disabilities, www.sodisperu.org (traduction libre).

[1146] R. CONSTANTINO, « The Flag of Imagination: Peru's New Reform on Legal Capacity for Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities and the Need for New Understandings in Private Law », *The Age of Human Rights Journal*, 2020, p. 156.

[1147] Art. 42 du Code civil péruvien (traduction libre).

[1148] Les « mauvais administrateurs » sont ceux qui ont perdu plus de la moitié de leurs biens en raison d'une mauvaise gestion, tandis que les « prodigues » sont ceux qui ont perdu la plupart de leurs biens, mettant en danger leur propre existence ou celle de ceux qui dépendent économiquement d'eux (R. CONSTANTINO, « The Flag of Imagination: Peru's New Reform on Legal Capacity for Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities and the Need for New Understandings in Private Law », *The Age of Human Rights Journal*, 2020, p. 162 (traduction libre).

préalablement prévue »[1149]. La crainte existe que ces motifs apparemment neutres aient en réalité un impact disproportionné sur les personnes en situation de handicap[1150].

Tout majeur peut solliciter la reconnaissance officielle, auprès d'un notaire ou d'un juge[1151], du soutien dont il estime avoir besoin pour exercer sa capacité juridique. Pour laisser une large place à la volonté et aux préférences de la personne, la loi est très ouverte quant à la forme du soutien : une asbl pourrait, par exemple, jouer ce rôle[1152]. Par contre, alors que l'objectif premier du mécanisme instauré est de rendre le soutien à la capacité juridique accessible à tous, indépendamment de l'existence d'un handicap reconnu, le Code de procédure civile prévoit une procédure spécifique en cas de demandeur en situation de handicap[1153]. Compte tenu de l'esprit de la loi, ces exigences ne devraient pas s'interpréter comme une évaluation de la capacité de la personne concernée, mais comme un élément aidant les parties à cerner le type de soutien requis.

La ou les personnes qui exercent Le soutien n'ont pas de pouvoir de représentation. Lorsque la mise en œuvre du soutien implique d'interpréter la volonté de la personne assistée, c'est le critère de « l'interprétation optimale de la volonté » qui s'applique, compte tenu de la trajectoire de vie de la personne, de volontés précédemment exprimées dans des contextes similaires, des informations fournies par les personnes de confiance de la personne assistée et toute autre considération pertinente dans le cas d'espèce[1154].

Par exception, si la personne elle-même ne peut pas exprimer sa volonté, le juge peut déterminer quelle forme devrait prendre le soutien, en ayant égard à toutes les circonstances personnelles pertinentes de la personne concernée et en s'étant assuré de l'impossibilité de connaître la volonté de celle-ci. Dans ce cas, la ou les personnes qui exercent le soutien sont investies d'un pouvoir de représentation[1155].

Les mesures de soutien doivent s'accompagner de garanties « assurant le respect des droits, de la volonté et des préférences de la personne recevant le soutien, prévenant les abus et l'influence indue de la part de la personne qui exerce le soutien, ainsi que le préjudice pour la personne assistée ». C'est la personne qui sollicite la mesure de soutien qui détermine quelles garanties lui semblent appropriées, dans le cas d'espèce et elle doit, au minimum, indiquer les délais de révision de la mesure[1156].

Face à la percée du Pérou, une réaction spontanée serait de se dire qu'il est facile de changer la loi sur papier tout en maintenant, en pratique, des mesures quasiment aussi incapacitantes que

[1149] Art. 44 du Code civil péruvien (traduction libre).
[1150] R. CONSTANTINO, « The Flag of Imagination: Peru's New Reform on Legal Capacity for Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities and the Need for New Understandings in Private Law », *The Age of Human Rights Journal*, 2020, pp. 162-163 (traduction libre).
[1151] Une désignation anticipée peut se faire devant un notaire (art. 649-F du Code civil péruvien - traduction libre).
[1152] Art. 649-C du Code civil péruvien.
[1153] Art. 844 du Code de procédure civile péruvien.
[1154] Art. 649-B et 649-D du Code civil péruvien (traduction libre).
[1155] Art. 649-E et 649-D du Code civil péruvien (traduction libre).
[1156] Art. 649-G du Code civil péruvien (traduction libre).

celles qui ont été abolies. C'est toujours possible, en effet, et la réforme belge des régimes d'incapacité pourrait faire figure d'exemple, à ce titre[1157].

Cependant, la réforme péruvienne présente la particularité d'avoir été préparée et portée par la société civile, en collaboration avec des juges, des notaires, des familles, des juristes spécialistes du droit des personnes, etc. En d'autres termes, tous ceux qui auraient été susceptibles de rejeter spontanément la vision universaliste du Comité. Une approche « *bottom – up* » représente probablement la seule possibilité de porter efficacement cette vision jusqu'au Parlement mais aussi de faire découler de la loi une pratique conforme aux objectifs annoncés. La société civile péruvienne a dû se coordonner pour monter un dossier sur l'accompagnement non incapacitant à l'exercice de la capacité juridique : il a fallu convaincre une série d'acteurs-clés, baignés dans une culture de l'incapacité et de la représentation, qu'un accompagnement différent était possible et représentait une bonne alternative, même dans les cas difficiles[1158].

Ce processus d'élaboration de la réforme autant que le contenu de celle-ci donnent au Pérou un vrai statut de pionnier, dont les autres États parties à la Convention et en particulier les pays de droit civil, pourraient s'inspirer.

2. L'accompagnement sur la base de l'égalité avec les autres

Priver, fut-ce partiellement, une personne handicapée de sa capacité juridique n'équivaut pas à accompagner cette personne. À la lumière de la conception universaliste de la capacité juridique, l'incapacité juridique est elle-même perçue comme un handicap, « une forme de mort, une mort sociale »[1159].

L'accompagnement, sur la base de l'égalité avec les autres, ne pourrait dès lors pas conduire à la diminution de la capacité juridique. Nous avons tous plus ou moins besoin d'être accompagné dans l'exercice de nos droits[1160], formellement – par exemple, demander conseil à un avocat – ou informellement – par exemple, faire relire un courrier par ma voisine. Parallèlement, pour les tenants d'une vision universaliste de la capacité juridique, le besoin d'accompagnement d'une personne handicapée ne devrait jamais servir de prétexte pour diminuer la capacité

[1157] UNIA, « Information pour la Liste préalable Belgique - Contribution d'Unia (33.2) au Comité des Droits des Personnes handicapées », mars 2019, disponible sur www.unia.be, p. 8.

[1158] Entretien du 20 juin 2019 avec Alberto Vásquez, président de SODIS (Sociedad y Discapacidad – Society and Disability, www.sodisperu.org) et coordinateur des investigations du Rapporteur Spécial des Nations Unies pour les droits des personnes handicapées.

[1159] « Postface. Changer de regard sur les capacités. Entretiens avec Gabor Gombos », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 295. Gabor Gombos est un ancien président du Comité des droits des personnes handicapées et il a notamment participé à la rédaction de l'observation générale n°1. J'ai eu la chance de le croiser lors d'un colloque parisien (celui à l'origine du livre *Choisir et agir pour autrui*, entre autres) en 2015 : je suis allée le voir après son intervention, en lui disant candidement que j'avais du mal à saisir le concept de capacité universelle, parce que chez nous, pour accompagner les personnes dans l'exercice de leur capacité, on prenait des mesures d'incapacité. Il m'a sereinement répondu « C'est bien ça le problème… ». De quoi me faire réfléchir pendant de longues années, par la suite.

[1160] G. QUINN, « La personne et ses capacités : quelques perspectives sur le changement de paradigme de l'article 12 », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 24, 27.

juridique de cette personne. Pourquoi une personne handicapée, sous prétexte qu'elle nécessite un accompagnement spécifique, devrait-elle se voir priver de cette capacité ? Des personnes qui souhaiteraient bénéficier d'un accompagnement spécifique n'y renonceraient-elles pas, dans la mesure où cela les conduirait à se sentir comme des sous-citoyens[1161] ? Si la *protection* doit être si souvent imposée, n'est-ce pas parce que sa forme la rend intrinsèquement traumatisante ?

Une mesure d'incapacité juridique présente en outre le risque que la personne incapable perde toute occasion *d'apprendre* à poser des choix et à prendre des décisions qui ont du sens, dans la vie de tous les jours. Or, comme toute compétence, la prise de décisions est une question d'entraînement : à défaut d'être sollicitées, nos facultés ont tendance à ne pas se développer ou à se perdre[1162]. « Dans ce contexte, le soutien porte atteinte à la personnalité, entrave l'évolution des capacités et fonctionne donc comme une prophétie autoréalisatrice »[1163]. En droit, on pourrait dire que la décision d'incapacité risque de fonctionner comme un énoncé performatif : être considéré comme incapable de droit rendrait incapable de fait ou, du moins, renforcerait l'incapacité de fait. La mesure d'incapacité juridique devient alors une source de handicap, au sens de la Convention[1164].

Dissocier la capacité juridique de l'éventuel besoin d'un accompagnement spécifique ouvre les possibilités, pour les citoyens, de bénéficier d'un soutien plus ou moins intensif, plus ou moins formel, sans devoir se couler dans le moule des mécanismes complexes et potentiellement asphyxiants de l'incapacité juridique. Cela n'exclut pas le besoin de garanties assortissant les mesures d'accompagnement, l'accompagnateur restant susceptible, même sans pouvoir de représentation juridique, d'abuser de sa situation ou de rencontrer des difficultés à soutenir la volonté et les préférences de la personne concernée, par exemple[1165].

Dans la pratique belge actuelle, la qualité du soutien dépend beaucoup de la personnalité et de l'investissement des représentants. Indépendamment des mécanismes d'incapacité avec lesquels les professionnels de terrain doivent composer, leurs questionnements ouvrent la voie à des solutions inspirantes. Partant du principe, toutefois, qu'« un mauvais système triomphera toujours d'une bonne personne »[1166], le rôle de l'État consiste à favoriser la recherche de bonnes pratiques et la constitution de réseaux de soutien. L'énergie actuellement déployée pour la mise en place de mesures d'incapacité pourrait être progressivement transférée à la recherche de soutiens non incapacitants et accessibles tant aux personnes handicapées qu'à celles qui ne le

[1161] En ce sens, en parlant de « sous-hommes », Ph. GUÉRARD, « La controverse dans le texte français. L'article 12 : un outil de lutte pour la reconnaissance en santé mentale », », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 65.
[1162] En ce sens, A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 154 et 197.
[1163] A. DHANDA, « Pour ou contre le nouveau paradigme d'une capacité juridique universelle et accompagnée ? », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 55.
[1164] En ce sens également, A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 70-71.
[1165] G. QUINN, « La personne et ses capacités : quelques perspectives sur le changement de paradigme de l'article 12 », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 29.
[1166] Citation attribuée à W. Edwards Deming.

sont pas[1167]. Une telle perspective est porteuse de réflexions sociales riches sur la façon dont on peut accompagner la capacité de tout un chacun dans la vie de tous les jours.

Évidemment, un accompagnement non incapacitant soulève immédiatement la question du conflit : quid en cas de divergence d'opinion entre l'accompagnant et l'accompagné ?

Notons que l'incapacité juridique de l'administré ne nous épargne pas les conflits et divergences d'opinions. Cependant, seul le maintien de la capacité juridique met sur un pied d'égalité les parties en conflit, imposant de ce fait une véritable recherche de consensus. A partir du moment où la personne accompagnée conserve sa capacité juridique, le métier de l'accompagnateur change drastiquement : il ne s'agit plus de gérer au mieux les intérêts de la personne accompagnée, mais d'entretenir d'abord et avant tout une relation de confiance avec cette personne. Fondamentalement, dans de nombreux cas, l'accompagnateur devrait d'abord être accepté par la personne, qu'il devrait donc connaître ou apprendre à connaître. Le rôle de l'accompagnateur n'est pas de prendre de bonnes décisions dans l'absolu, mais de soutenir la capacité décisionnelle de la personne accompagnée, lorsqu'elle le souhaite.

Le travail de développement de l'accompagnement à l'exercice de la capacité juridique est un domaine de recherche passionnant.

> *Article 12 recognizes that every person has will, desires, and needs – and that every person is capable of making choices accordingly. Not every person is able to express her choices in ways that are conventionally accepted communication. Some people communicate though words, others though signs, others though writing, others through screams, and still others through simple smiles. When a person communicates with the world in unconventional ways, others may not recognize that she is communicating and expressing her likes and dislikes, needs and desires. Whichever way an individual is able to communicate, conventional or not, Article 12 requires that their desires not be ignored. The support paradigm is a system in which people work together to understand an individual's desires and choices, and then provide the means for that person to exercise legal capacity and live life in the way she chooses as opposed to a way imposed by someone else's decision made on her behalf*[1168].

Des recherches destinées à développer des modèles de mécanismes de prise de décisions assistée ont déjà été menées, entre autres, en Australie, en Bulgarie, en Israël, en Lettonie ou en République Tchèque[1169]. Elles ont permis de se rendre compte des bénéfices d'un accompagnement non incapacitant, tant pour les personnes accompagnées que pour leurs personnes-supports. Les premières expriment une plus grande confiance en leurs capacités,

---

[1167] A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 59

[1168] *Ibidem*, pp. 206 et s.; Centre pour le droit et les politiques dans le domaine du handicap – NUI Galway, « Étude consacrée à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Contribution à la Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap », disponible sur https://rm.coe.int/final-study-on-the-equal-recognition-before-the-law-fr/168072b470, 2017, pp. 48 et s..

[1169] A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 30.

notamment en matière de prise de décisions, mais aussi un « renforcement de leur réseau de soutien »[1170], une impression de plus grand contrôle quant à leur propre vie et un investissement plus important au sein de leur communauté. Les secondes ont témoigné d'une meilleure compréhension des droits des personnes handicapées, de changements dans leur conception de la prise de décisions, d'une plus grande confiance en les capacités des personnes bénéficiaires de l'accompagnement, de relations de respect et de confiance renforcées avec ces mêmes personnes et d'un recours plus fréquent de celles-ci aux mécanismes de prise de décisions assistée. En outre, ces mécanismes ont parfois pu démontrer leurs bénéfices économiques, par rapport aux régimes d'incapacité, à la fois pour la personne concernée et pour la collectivité[1171].

Un mécanisme de prise de décisions assistée mérite d'être spécifiquement épinglé, tant pour son ancienneté que pour son originalité. Bien qu'elle n'ait pas aboli les mécanismes d'incapacité juridique, la Suède connaît depuis une vingtaine d'années l'un des modèles les plus aboutis en matière de prise de décisions assistée : le médiateur personnel ou « *personal ombudsman* » (P.O), compétent pour apporter une aide multiforme à des personnes vivant avec des troubles psycho-sociaux et extrêmement marginalisées.

Le médiateur personnel ou P.O[1172] est un professionnel hautement qualifié, qui réalise un travail de proximité destiné à accompagner la prise de décisions, sans exercer lui-même aucun pouvoir décisionnel. Sa première et essentielle tâche consiste donc à établir une relation de confiance avec la personne à laquelle il pense pouvoir apporter son aide. Cela peut prendre des mois, car il s'agit parfois de personnes sans-abris, qui changent souvent de lieu de vie, ou de personnes recluses chez elles, qui refusent tout contact avec le monde extérieur. Le médiateur personnel n'a pas de bureau ni d'horaire de bureau. Il ne tient pas de dossier et n'a de compte à rendre qu'à son « client ». Ce dernier ne doit suivre aucune procédure spécifique pour bénéficier du soutien d'un médiateur : il lui suffit d'accepter l'aide de ce dernier, sans autre formalité.

Le travail du médiateur se caractérise par son indépendance, sa flexibilité et sa créativité. Une fois le contact établi, le médiateur accepte que les priorités de son client ne soient pas celles de la collectivité ou des proches du client. Plutôt que des demandes en termes de logement, de travail et de soins, l'expérience des médiateurs personnels a montré que les personnes interpellaient souvent d'abord leur médiateur sur des questions d'ordre existentiel ou liées à la sexualité ou à la famille. Le médiateur personnel est prêt à consacrer du temps à discuter de ces questions. En aucun cas il n'est là pour trouver des solutions à tous les problèmes qu'il constate dans la vie de son client, à moins que ce dernier lui en fasse la demande. Le cas échéant, le médiateur personnel est compétent pour défendre les droits de son client auprès des autorités ou en justice.

[1170] Centre pour le droit et les politiques dans le domaine du handicap – NUI Galway, « Étude consacrée à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Contribution à la Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap », disponible sur https://rm.coe.int/final-study-on-the-equal-recognition-before-the-law-fr/168072b470, 2017, p. 58.

[1171] *Ibidem*, pp. 55-56.

[1172] Ces trois paragraphes sont inspirés du texte de Maths JESPERSON, « PO-Skåne – a concrete example of supported decision-making », *Presentation at the OHCHR Symposium on the Human Rights of Persons with Psychosocial Disabilities*, Brussels, 17 October 2014, www.europe.ohchr.org

D'après Maths Jesperson, porte-parole du système des P.O. à travers le monde, cette approche prouve que l'on peut se passer de toute mesure de prise de décisions substitutive, au profit de mécanismes de prise de décisions assistée, y compris avec les personnes les plus marginalisées de notre société.

Enfin, si le gouvernement suédois a accepté de financer un service qui garantit l'anonymat des bénéficiaires et qui fonctionne de manière indépendante vis-à-vis des autorités locales et des institutions sociales et de santé, c'est aussi parce qu'il a fait ses comptes :

> Selon une étude consacrée en 2005 au système national de médiation personnelle, ce dispositif serait rentable d'un point de vue socio-économique dans la mesure où les personnes accompagnées réclament moins de soins. L'étude démontre que le système permet d'économiser environ 80 000 euros en cinq ans par personne accompagnée. Elle prouve aussi que la situation psychosociale des personnes concernées s'améliore. Par conséquent, la Direction des affaires sociales et de santé (Socialstyrelsen) a commencé à promouvoir la reconnaissance des médiateurs et médiatrices professionnelles comme nouvelle profession du travail social. En 2013, un nouveau règlement a été promulgué afin de prévoir les modalités de financement permanent du système. Selon un rapport de 2014, les collectivités locales suédoises considèrent ce système comme faisant naturellement partie des services censés être proposés au niveau municipal[1173].

Si l'on veut tendre à une plus grande reconnaissance de la capacité juridique des personnes handicapées, il faut d'abord mener des recherches visant à développer des modèles alternatifs viables, en pratique. Dans toute une série de situations courantes, le système actuel ne laisse pas d'autre choix que celui de solliciter la désignation d'un administrateur[1174] : un jeune adulte considéré comme intellectuellement handicapé se verra refuser l'ouverture d'un compte en banque ou la signature d'un contrat de bail, par exemple. Or, un éventuel besoin d'accompagnement à la prise de décisions ne justifie pas pour autant une diminution de la capacité juridique et une exclusion de la sphère citoyenne.

Toutefois, ce n'est qu'en démontrant qu'il est possible de remplacer avantageusement certains mécanismes de prise de décisions substitutive par des régimes de prise de décisions assistée que ces derniers pourront se couler efficacement dans le moule législatif. Sans cela, peu importe les changements intervenus au Parlement, la pratique se conformera à ce dont elle a l'habitude, faute d'alternatives connues et crédibles. En Suède, ce sont des projets-pilotes, dont une initiative portée par des personnes ayant elles-mêmes reçu des soins psychiatriques, qui ont réussi à convaincre le Gouvernement de la plus-value des P.O[1175].

[1173] Centre pour le droit et les politiques dans le domaine du handicap – NUI Galway, « Étude consacrée à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Contribution à la Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap », disponible sur https://rm.coe.int/final-study-on-the-equal-recognition-before-the-law-fr/168072b470, 2017, pp. 70-71.

[1174] En ce sens, N. VANDENBUSSCHE, *100 vragen en atwoorden inzake bewindvoering*, Bruges, die Keure, 2019, p. 33, question-réponse n° 39.

[1175] Centre pour le droit et les politiques dans le domaine du handicap – NUI Galway, « Étude consacrée à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Contribution à la Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap », disponible sur https://rm.coe.int/final-study-on-the-equal-recognition-before-the-law-fr/168072b470, 2017, pp. 70-71.

La fin des régimes de prise de décisions substitutive amène à la revendication qui crispe sans doute le plus le secteur médico-légal : la remise en cause de la nécessité de contraindre pour aider.

3. L'abolition des décisions substituées

Forcément, l'abolition des régimes de prise de décisions substitutive entraînerait l'abolition de l'incapacité juridique et de toute forme de contrainte fondée sur le handicap, donc notamment la contrainte en santé mentale.

Il faut cependant commencer par rappeler deux éléments importants. D'une part, la contrainte dénoncée par le Comité est celle qui est justfiée par la présence d'un handicap : les formes de contraintes applicables à l'ensemble des membres de la société ne sont pas concernées. D'autre part, le Comité ne prône jamais l'abandon : ne pas contraindre n'empêche aucunement d'aller à la rencontre des personnes en souffrance et d'essayer de les aider.

L'ultime question est évidemment de savoir quoi faire quand une personne refuse obstinément une aide, sociale ou médicale, dont elle semble avoir un besoin criant. Rappelons-nous immédiatement que, quel que soient les mécanismes existants, la réponse n'est jamais simple ou universelle. Même en présence de mécanismes de contrainte, les atermoiements sont nombreux – et c'est heureux.

S'il est impossible de fournir une réponse universelle à cette question, il n'y a rien à perdre à considérer des raisons de repousser l'idée même de contrainte fondée sur le handicap.

Premièrement, l'opposition de points de vue est féconde[1176] : l'impossibilité de disqualifier la volonté d'une personne par la contrainte impose de considérer véritablement cette volonté, d'exposer ce en quoi elle interpelle éventuellement, de suggérer de demander d'autres avis ou de proposer des alternatives, bref de dialoguer, d'égal à égal, comme on le ferait avec tout un chacun. L'accompagnement prôné par le Comité s'inscrit dans cette perspective de considération et de dialectique permanente.

Deuxièmement, le raisonnement fondé sur nos pratiques ancestrales peut paraître vicieux à certains égards : les mesures d'accompagnement telles que nous les connaissons sont incapacitantes et sont donc souvent refusées. Par conséquent, certaines situations vont empirer jusqu'à ce que l'on contraigne la personne et ce sont ces cas qui seront ensuite invoqués pour brandir la contrainte comme mesure indispensable « de dernier recours ». La vraie question n'est-elle pas celle de l'existence réelle de recours alternatifs ?

[1176] En ce sens, G. QUINN, « La personne et ses capacités : quelques perspectives sur le changement de paradigme de l'article 12 », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 32.

Troisièmement, l'idée des risques que court éventuellement une personne handicapée pourrait nous avoir entraînés à pécher par excès de protection[1177] : pour peu qu'une personne présente un handicap, il semble inadmissible qu'elle prenne le moindre risque, au détriment de ses envies et de ses possibilités d'apprendre. La frontière entre l'action autonome avec le soutien d'autrui et l'influence indue d'autrui est mince. Pour tout le monde. Nous devons tous être protégés contre les abus.

Selon une croyance profondément enracinée, le meilleur moyen, voire le seul, de protéger certaines personnes handicapées et en particulier les personnes vivant avec un trouble mental, serait de les priver de leur capacité juridique. Concrètement, pourtant, l'incapacité juridique entraîne des difficultés, pour la personne, à se positionner comme interlocuteur valable dans la vie de tous les jours et à donner corps à ses droits en matière de logement, de vie familiale ou de soins. Une « protection » qui a pour effet d'inhabiliter des citoyens n'est-elle pas plus souvent une occasion d'abus qu'un rempart contre ceux-ci ? Toujours est-il qu'il ne suffit pas de clamer que l'incapacité protège pour que ce soit effectivement le cas. La société ne peut que bénéficier de la recherche active d'autres formes de soutien à la prise de décisions et de meilleurs mécanismes pour rapporter les abus[1178].

Sur l'agenda politique, il est préconisé que les législateurs abandonnent immédiatement les mécanismes de prise de décisions substitutive, pour instaurer la prise de décisions assistée, « afin d'éviter que la persistance de valeurs obsolètes n'empêche la naissance de nouvelles »[1179]. Dans le même ordre d'idées, il est régulièrement souligné que des exceptions ne peuvent être maintenues, car elles ont trop tendance à devenir la règle[1180].

Dans le contexte belge, il faut admettre la pertinence de ce dernier point, spécifiquement pour les matières relatives aux justiciables vivant avec un trouble mental.

Ainsi, la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux est dans la grande majorité des cas mise en œuvre par le biais de la procédure urgente, supposée être exceptionnelle. Ce fait notoire tend à confirmer l'hypothèse selon laquelle l'hospitalisation sous contrainte finit régulièrement par devenir urgente, faute pour la personne concernée d'avoir eu accès plus tôt à un accompagnement approprié.

[1177] *Ibidem*, p. 25.

[1178] Paragraphe inspiré des réflexions de A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 60-61.

[1179] A. DHANDA, « Pour ou contre le nouveau paradigme d'une capacité juridique universelle et accompagnée ? », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 57. En ce sens également, Centre pour le droit et les politiques dans le domaine du handicap – NUI Galway, « Étude consacrée à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Contribution à la Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap », disponible sur https://rm.coe.int/final-study-on-the-equal-recognition-before-the-law-fr/168072b470, 2017, p. 39.

[1180] A. DHANDA, « Pour ou contre le nouveau paradigme d'une capacité juridique universelle et accompagnée ? », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 60; G. QUINN, « La personne et ses capacités : quelques perspectives sur le changement de paradigme de l'article 12 », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 27.

Quant à la protection judiciaire, mesure d'incapacité juridique, la loi prévoit depuis 2014 que l'assistance est le régime ordinaire : en théorie, donc, l'administrateur ne devrait intervenir que pour appuyer les décisions prises par la personne elle-même[1181]. La représentation, elle, ne devrait être admise que par exception, lorsque l'assistance ne suffit pas. Dans le contexte actuel, évidemment, tout le monde, ou presque, trouve toujours, ou presque, que l'assistance ne suffit pas et la vaste majorité des mesures de protection ordonnées sont des mesures de représentation[1182]. Les juges de paix manquent de ressources et désignent donc souvent les mêmes administrateurs, des avocats pour la plupart, qui ont eux-mêmes des dizaines de dossiers à gérer. Comment imaginer un *accompagnement*, tel qu'envisagé par le Comité, dans ces circonstances ?

« Graver des règles générales et abstraite sur les Tables de la loi n'en assure, seul, ni la valeur, ni la portée »[1183], c'est sûr. Un intense travail de recherche sera nécessaire pour développer de véritables mécanismes de prise de décisions assistée et nous n'en sommes qu'au début : « c'est tout l'écosystème social qui doit être engagé pour que la mise en œuvre de [la philosophie de l'article 12] soit un succès »[1184].

On peut reconnaître la pertinence des arguments dénonçant les risques d'un *statut quo* législatif sans aller jusqu'à prôner un abandon immédiat des règles qui structurent notre société. Il me semble en effet qu'une telle recommandation serait contre-productive : à ce stade, la position du Comité reste difficilement audible et risque d'être catégoriquement rejetée. Nous avons d'abord besoin de développer des modèles alternatifs viables.

Pour ce faire, l'État belge et toutes les parties intéressées peuvent s'appuyer sur de nouveaux outils mis à leur disposition, entre autres par des instances internationales, suite à l'adoption de la Convention : guides de formations publiés par les Nations Unies[1185], études transversales du Conseil de l'Europe[1186], de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne[1187], etc. Les *disability studies* ouvrent également un champ de connaissances innovant et extrêmement

---

[1181] Art. 492/2 du Code civil.

[1182] BDF, « Alternative report presented for a coalition of organisations by the Belgian Disability Forum asbl (BDF) prior to the adoption by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities of the list of issues relating to Belgium », disponible sur https://www.ohchr.org/, pp. 15-17 et UNIA, « Information pour la Liste préalable Belgique - Contribution d'Unia (33.2) au Comité des Droits des Personnes handicapées », mars 2019, disponible sur www.unia.be, pp. 8-9.

[1183] D. BERNARD, O. SIMONE, « La pertinence des approches féministes du droit : une démonstration par l'exemple », *J.T.*, 2018, p. 647.

[1184] G. QUINN, « La personne et ses capacités : quelques perspectives sur le changement de paradigme de l'article 12 », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 34.

[1185] ONU, « Suivi de la Convention relative aux droits des personnes handicapées Guide à l'intention des observateurs des droits de l'homme. Série sur la formation professionnelle no 17 », 2010, https://www.ohchr.org, p. 19 (et no 19, 2014) ; ONU, « Guide à l'usage des parlementaires: la Convention relative aux droits des personnes handicapées et son Protocole facultatif », disponible sur https://www.ohchr.org, 2014.

[1186] Centre pour le droit et les politiques dans le domaine du handicap – NUI Galway, « Étude consacrée à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Contribution à la Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap », disponible sur https://rm.coe.int/final-study-on-the-equal-recognition-before-the-law-fr/168072b470, 2017.

[1187] Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), « La capacité juridique des personnes souffrant de troubles mentaux et des personnes handicapées intellectuelles », disponible sur https://fra.europa.eu, 2013.

pertinent, puisqu'à l'avenir, aucun changement de politique publique en matière de handicap ne devrait plus pouvoir se faire sans une concertation véritable avec les premiers concernés.

4. La participation

La Convention insiste à maints endroits sur la nécessité de promouvoir la participation des personnes handicapées, entre autres au système d'enseignement[1188], à la vie politique et publique[1189] ou à la vie culturelle et récréative[1190]. Cet impératif de participation oblige les États parties à prévoir des services adaptés et accessibles, en fonction des domaines visés. Pour garantir l'adaptation des mesures aux besoins des personnes concernées, la Convention prévoit expressément l'obligation générale suivante :

> Dans l'élaboration et la mise en œuvre des lois et des politiques adoptées aux fins de l'application de la présente Convention, ainsi que dans l'adoption de toute décision sur des questions relatives aux personnes handicapées, les États Parties consultent étroitement et font activement participer ces personnes, y compris les enfants handicapés, par l'intermédiaire des organisations qui les représentent[1191].

L'article 12 de la Convention semble pouvoir se lire comme la garantie individuelle de la participation effective de tout un chacun à la vie en société : à partir du moment où la personne accompagnée conserve sa capacité juridique, la concertation réelle entre la personne accompagnée et son accompagnateur devient indispensable. Cela n'empêche que la loi doive par ailleurs réaffirmer l'obligation de concertation, compte tenu des difficultés éventuelles, pour certaines personnes concernées, d'exprimer leur volonté ou leurs préférences.

De nouveau, les partisans de la capacité universelle ne nient pas les difficultés des mécanismes de prise de décisions assistée. Les aidants pourront toujours abuser de leur position ou ne pas consulter à suffisance la personne aidée, et c'est pourquoi la loi doit prévoir des « garanties », sous forme de services s'articulant, par exemple, autour des trois niveaux suivants : enregistrement et contrôle, recherches et recommandations, plaintes[1192].

[1188] Art. 24 de la Convention.
[1189] Art. 29 de la Convention.
[1190] Art. 30 de la Convention.
[1191] Art. 4 (obligations générales), §3 de la Convention.
[1192] G. QUINN, « La personne et ses capacités : quelques perspectives sur le changement de paradigme de l'article 12 », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 32.

Chapitre 3. Faire vivre la controverse, du droit international au droit interne

Les développements qui précèdent exposent des arguments peu évoqués dans la doctrine juridique belge, afin de contribuer à la réflexion sur les diverses formes d'accompagnement à l'exercice des droits, en droit interne.

Afin de mieux contextualiser ce débat, la section ci-dessous montre que la position du Comité est atypique sur la scène internationale également. La section 2 posera ensuite la question de l'éventuel effet direct de l'article 12.

Section 1ère. Le contexte international de la première observation générale du Comité des droits des personnes handicapées

§1er. Singularité de la position du Comité

Bien que la Convention invite le Comité à consulter « les autres organes pertinents créés par les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en vue de garantir la cohérence de leurs directives (…) »[1193], les positions du Comité semblent ne tenir compte que de la Convention, interprétée par ses soins. Tout en étant peu compatible avec la radicalité des solutions défendues par le Comité, le recours à des sources externes renforcerait pourtant la position de ce dernier sur la scène internationale[1194].

Dans sa première observation générale, le Comité se positionne fermement en faveur de l'interprétation la plus radicale de l'article 12. Pour le Comité, aucun majeur ne peut se voir privé, même partiellement, de l'exercice de sa capacité juridique, sur la base d'une capacité mentale jugée déficiente. Entre autres conséquences concrètes, cela signifierait la fin des placements ou traitements involontaires de personnes vivant avec un trouble mental, qui se voient reconnaître le droit de décider de leur lieu de vie et de leurs soins de santé, sur la base de l'égalité avec les autres[1195]. À la contrainte, le Comité entend substituer l'accompagnement, fondé sur la volonté et les préférences de la personne concernée, sans asymétrie juridique entre cette dernière et la personne qui exerce cet accompagnement à l'exercice des droits.

Comme précédemment indiqué, cette interprétation de l'article 12 n'a jamais fait l'unanimité. En outre, sur la scène internationale, la vision du Comité rompt avec celle du Comité des droits de l'homme et avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

[1193] Art. 38, b), de la Convention.

[1194] I. HACHEZ, « Le métissage des sources, *hard* ou *soft* », *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 36-37.

[1195] En ce sens également, Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 5 (2017) sur l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société*, CRPD/C/GC/4. Sur la mise en observation et l'internement, en particulier, voy. I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, O. NEDERLANDT, « Internement (civil et pénal) des personnes souffrant d'un trouble mental », *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 750-781.

Peu de temps après la publication de la première observation générale du Comité des droits des personnes handicapées, le Comité des droits de l'homme, chargé de surveiller la bonne application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques par les États parties, s'en est expressément démarqué[1196]. Dans son observation générale n° 35, le Comité des droits de l'homme reconnaît en effet expressément la possibilité de priver de sa liberté une personne présentant un problème de santé mentale, de façon « nécessaire et proportionnée, afin de protéger l'intéressé de tout préjudice grave ou de prévenir des atteintes à autrui »[1197]. Il n'est pas question, pour ce Comité, de rejeter toute forme d'institutionnalisation, mais d'en circonscrire les conditions essentielles.

En outre, la position du Comité des droits des personnes handicapées se démarque de la jurisprudence adoptée ces dernières années par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de capacité juridique. L'analyse menée dans la deuxième partie de la présente étude montre l'intérêt de la Cour pour l'encadrement de l'évaluation de la capacité de fait. Elle confirme par conséquent que la Cour reconnaît la possibilité, pour les États membres, de mettre en œuvre des mesures d'incapacité juridique, sous certaines conditions procédurales[1198].

Cet intérêt prudent de la Cour s'illustre particulièrement dans l'affaire *Rooman c. Belgique*, où il est question de l'accès à des soins appropriés par une personne internée en vertu de l'ancienne loi « de défense sociale »[1199] : pendant plus de dix ans, le requérant n'a pu bénéficier de tels soins, car il ne comprenait que l'allemand, langue non parlée par les membres du personnel et dispensateurs de soins de l'établissement de défense sociale de Paifve, où il était interné. A l'occasion de cet arrêt, la Cour précise qu'elle « considère que l'article 5 tel qu'interprété aujourd'hui ne contient pas une interdiction de la détention fondée sur l'incapacité, à la différence de ce que propose le Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU dans les points 6-9 de ses directives concernant l'article 14 de la CDPH de 2015 »[1200].

La haute instance indique toutefois que sa position est susceptible d'évoluer, en précisant qu'elle n'interprète pas *aujourd'hui* l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme de manière conforme aux recommandations du Comité des droits des personnes handicapées. La Cour ne peut en effet exclure que ces recommandations inspirent les États

[1196] L'observation générale n°35 du Comité des droits de l'homme date du 16 décembre 2014 et suit donc de peu la première observation générale du Comité des droits des personnes handicapées, du 19 mai 2014.
[1197] Com. D.H., *Observation générale n°35 : Liberté et sécurité de la personne (art. 9 du Pacte)*, 16 décembre 2014, CCPR/C/GC/35, § 19.
[1198] *Cf. supra*, Deuxième partie, Titre III, Chapitre 1er. La capacité de fait dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : rapide tour d'horizon.
[1199] Loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux, des délinquants d'habitude et des auteurs de certains délits sexuels, aujourd'hui remplacée par la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement, entrée en vigueur le 1er octobre 2016.
[1200] Cour eur. D.H., arrêt *Rooman c. Belgique*, 31 janvier 2019, §205.
Par ailleurs, la Cour ne s'oppose pas non plus au principe du traitement involontaire de personnes vivant avec un trouble mental : « *A mental disorder may be considered as being of a degree warranting compulsory confinement if it is found that the confinement of the person concerned is necessary as the person needs therapy, medication or other clinical treatment to cure or alleviate his condition, but also where the person needs control and supervision to prevent him from, for example, causing harm to himself or other persons* » (Cour eur. D.H., arrêt *Bergmann c. Allemagne*, 7 janvier 2016, §97).

parties au point que naisse un jour un consensus européen réduisant la marge d'appréciation qu'elle reconnaît aujourd'hui en cette matière.

De manière générale, en mettant en vis-à-vis les réalités propres aux États membres et la Convention relative aux droits des personnes handicapées telle qu'interprétée par son organe de traité, la Cour européenne des droits de l'homme adopte une démarche inspirante pour les États parties à la Convention relative aux droits des personnes handicapées : il appartient en effet aujourd'hui à chaque État partie de s'approprier les controverses nées de cette Convention, en faisant vivre le débat en droit interne.

§2. Capacité juridique et interprétation évolutive de la Cour européenne des droits de l'homme

En matière de capacité juridique des majeurs, la Cour européenne des droits de l'homme ne peut qu'adopter une position plus consensuelle que le Comité des droits des personnes handicapées. La plupart des États membres, sinon tous, connaissent en effet des mécanismes d'incapacité juridique, tout en présentant des divergences dans la conception et l'application de ces régimes. La Cour leur reconnaît donc encore une large marge d'appréciation en la matière, tout en insistant sur un certain nombre de garanties procédurales[1201]. Dans la logique des approches des différents États membres, la Cour considère finalement que « la portée effective accordée à l'autonomie dépend d'une appréciation individualisée de la capacité et peut trouver ses limites dans l'intérêt de la personne protégée »[1202].

S'il est dès lors peu probable que la posture évolutive de la Cour aboutisse prochainement à son refus de tout régime d'incapacité juridique, il est possible et souhaitable qu'elle accorde de plus en plus d'importance, dans son contrôle de proportionnalité, à l'existence d'une offre d'accompagnement spécifique à l'exercice des droits, indépendamment de la question de la capacité juridique de la personne concernée.

Certains arrêts mettent en effet en évidence la difficulté de concevoir l'accompagnement de personnes vivant avec un trouble mental en dehors de la logique binaire capacité-incapacité juridique. Ainsi, dans l'affaire *Delecolle c. France*[1203], la Cour confirme le refus opposé au

[1201] *Cf. supra*, Deuxième partie, Titre III, Chapitre 1er. La capacité de fait dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : rapide tour d'horizon.
[1202] C. RUET, « Quelle autonomie pour les personnes atteintes de troubles mentaux ? Réflexions relatives à quelques arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev.trim.D.H.*, 2020, p. 51.
[1203] Cour eur. D.H., arrêt *Delecolle c. France*, 25 octobre 2018. M. Delecolle est décédé le 4 février 2016, durant la procédure devant la Cour européenne, qui fut poursuivie par sa compagne. « Comme la Cour l'a indiqué dans la décision Malhous précitée, les affaires relevant du domaine des droits de l'homme portées devant elle présentent généralement aussi une dimension morale, qui doit être prise en compte lorsqu'il s'agit de décider si l'examen d'une requête doit être poursuivi après la mort du requérant – tel est a fortiori le cas lorsque la question centrale soulevée par la cause dépasse la personne et les intérêts du requérant (voir également Karner c. Autriche, no 40016/98, § 25, CEDH 2003-IX). La Cour estime que l'objet de la présente requête, à savoir les limitations au droit de se marier pour des personnes placées sous un régime de protection légal, soulève une question importante

requérant, alors placé sous régime de protection, de contracter un mariage dont il était estimé incapable de comprendre les conséquences patrimoniales. Âgé de septante-deux ans, le requérant était en effet « titulaire d'un patrimoine de l'ordre de 6 000 000 d'euros »[1204]. En raison de l'existence d'une mesure d'incapacité juridique, la Cour estime que la façon de protéger le requérant des conséquences d'un mariage relève de la marge d'appréciation de l'État et que, partant, le refus d'autoriser le mariage ne constitue pas une violation de la Convention européenne des droits de l'homme[1205].

Dans son « opinion séparée », qui est aussi la seule, la juge Nussberger estime notamment que cette décision ne repose pas sur un contrôle de proportionnalité adéquat :

> Un mariage a incontestablement des conséquences non seulement juridiques, mais aussi sociales et personnelles. Néanmoins, les autorités françaises n'ont pas pris au sérieux et ont même tourné en dérision les motifs avancés par le requérant pour justifier son mariage. Le psychiatre désigné par la juge des tutelles a considéré le souhait de l'intéressé de ne pas être délaissé comme étant « aux limites de l'absurde » (paragraphe 13 de l'arrêt), une approche en nette contradiction avec la position de la Cour, qui a accepté maintes fois que les besoins de soutien et d'aide mutuels constituent des raisons justifiant le droit au mariage (Vallianatos, précité, § 81). De plus, la juge des tutelles ne s'est pas prononcée sur les motifs religieux du requérant (paragraphe 16 de l'arrêt). Dans le même temps, les dangers financiers contre lesquels le requérant devait être protégé n'ont pas été clairement définis. Il faut bien distinguer les intérêts propres du requérant et les intérêts de ses héritiers potentiels. L'intérêt du requérant n'est pas nécessairement de conserver son patrimoine pour ses futurs héritiers, mais bien plutôt de continuer à vivre sa vie jusqu'à sa mort sans soucis financiers et d'une manière librement choisie.
>
> Dans la présente espèce, contrairement à ce que la Cour a été amenée à faire dans beaucoup d'autres affaires, il ne faut pas mettre en balance des droits différents protégés par la Convention. Les intérêts de personnes autres que le requérant – ceux de sa fille adoptive et ceux de sa future épouse, toutes deux en tant qu'héritières potentielles – ne constituent pas des espérances légitimes qui seraient protégées par l'article 1 du Protocole no 1.
>
> En ce qui concerne le danger d'exploitation et d'abus, il ne faut pas oublier que, même après le mariage, le requérant restait sous curatelle renforcée. Par conséquent, toutes les transactions financières importantes, telles que l'établissement d'un testament ou les donations, continuaient à être surveillées par le curateur (article 470, alinéas 1 et 2, du code civil). Il est vrai que M.S., comme épouse du requérant, et le requérant auraient pu disposer ensemble de son argent. Mais, là aussi, on pouvait restreindre l'accès par des mesures restrictives sur le plan financier (limitations sur les cartes de crédit, limitations des retraits sur le compte du requérant, etc.). De plus, la fortune immobilière – apparemment la partie la plus importante de sa fortune – serait restée protégée. Par ailleurs, les dépenses considérées comme « déraisonnables » (paragraphe 17 de l'arrêt) auraient pu être faites,

d'ordre général qui dépasse la personne et les intérêts du requérant initial, dans la mesure où elle peut toucher d'autres personnes » (Cour eur. D.H., arrêt *Delecolle c. France*, 25 octobre 2018, §43).

[1204] Cour eur. D.H., arrêt *Delecolle c. France*, 25 octobre 2018, §17.

[1205] *Ibidem*, §§ 63-64.

> que le requérant eût été marié ou non. Il est dès lors difficile de savoir comment un mariage aurait pu détériorer la situation du requérant en ce qui concerne de telles dépenses[1206].

Il est en effet difficile de concevoir que le refus du mariage était le seul moyen de contourner la difficulté du requérant d'appréhender clairement les conséquences patrimoniales de ce choix de vie, d'abord personnel et intime. Le fait que des raisons financières aient conduit à refuser un mariage pose la question de la proportionnalité, particulièrement en l'absence de solution alternative, telle qu'une guidance adaptée à la rédaction d'un contrat de mariage.

Depuis, le législateur français a d'ailleurs perçu le caractère disproportionné du refus du mariage en tant que tel. L'article 460 du Code civil a en effet été modifié[1207], pour supprimer l'autorisation à laquelle était subordonnée le mariage des personnes protégées. Cette disposition mentionne désormais que « la personne chargée de la mesure de protection est préalablement informée du projet de mariage du majeur qu'il assiste ou représente », ce qui peut permettre à cette personne d'assister le majeur protégé lors de la conclusion de conventions matrimoniales, conformément à l'article 1399 du Code civil français.

Par ailleurs, lorsque le requérant vit avec un trouble mental tout en étant considéré comme juridiquement capable, le contrôle de proportionnalité semble également faire l'impasse sur la possibilité d'un accompagnement spécifique, indépendant d'une mesure d'incapacité[1208]. Par exemple, dans l'affaire *Rooman*, précitée, la Cour ne retient aucune violation de la Convention pour la période durant laquelle le requérant, interné dans un établissement de « défense sociale », a finalement eu accès à des soins en langue allemande. Le requérant étant juridiquement capable, la Cour part du principe qu'il aurait pu exploiter les services mis à sa disposition et que, s'il a choisi de ne pas le faire, il ne peut en imputer la responsabilité à l'État défendeur :

> 247. La Cour accorde du poids au refus du requérant – qui a été représenté devant les autorités internes comme devant elle – d'accepter la collaboration entre la psychologue externe et l'équipe chargée d'établir une évaluation de ses perspectives de réinsertion, ce refus confrontant inévitablement les autorités compétentes en charge de sa situation à un obstacle sérieux.
>
> 248. Tout au long de son séjour à l'EDS de Paifve, le requérant s'est plaint de l'absence de soins en allemand et non des soins proposés dans cet établissement en tant que tels. Il revenait dès lors aux autorités de lui assurer un parcours thérapeutique individualisé en tenant compte notamment des particularités liées aux problèmes de communication entre lui et l'équipe soignante. En même temps, il ne peut s'agir d'imposer au requérant, apte à donner son consentement, un traitement médical mais d'offrir un éventail de mesures thérapeutiques et de réadaptation appropriées à sa situation individuelle. En l'espèce, la

[1206] A. NUSSBERGER, opinion séparée sous Cour eur. D.H., arrêt *Delecolle c. France*, 25 octobre 2018.
[1207] Par l'article 10 de la loi 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice.
[1208] Cour eur. D.H., arrêt *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, 31 janvier 2019, Cour eur. D.H., arrêt *Rooman c. Belgique*, 31 janvier 2019, et leur analyse par C. RUET, « Quelle autonomie pour les personnes atteintes de troubles mentaux ? Réflexions relatives à quelques arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev.trim.D.H.*, 2020, pp. 60-66.

> Cour constate qu'une série d'activités, en langue allemande, afin d'assurer une prise en charge adaptée aux troubles dont souffre le requérant lui ont été proposées à partir d'août 2017. En relèvent la mise à disposition d'une psychiatre, d'une psychologue et d'une assistante sociale germanophones. Elle voit dans cette offre une réponse des autorités à la demande particulière du requérant. Pour la Cour, les démarches entreprises sont de nature à faciliter la communication et la construction d'une relation de confiance. Elles peuvent dès lors être considérées *prima facie* suffisantes pour un suivi approprié, compte tenu également de la brièveté de la période examinée. Le requérant, assisté par ses représentants, n'a dès lors pas été laissé sans choix thérapeutique, de sorte qu'il ne peut être conclu que son placement ne poursuivait pas un but thérapeutique pendant cette période[1209].

A l'instar de C. Ruet, « on peut toutefois observer que le "poids" donné à ce refus (§ 247) ne tient pas suffisamment compte de la crainte que l'intéressé est susceptible de développer en liaison avec la nature de sa pathologie, du besoin de confidentialité d'un patient, et d'un contexte de détention d'une très longue durée, sans traitement adéquat, peu propice à une relation de confiance »[1210]. La reconnaissance de la capacité juridique d'une personne ne dédouane en effet pas l'État de l'offre d'un accompagnement tenant compte de la situation concrète particulière de cette personne. En l'occurrence, l'accessibilité théorique de certains services devrait être complétée par un suivi spécifiquement destiné à restaurer la relation de confiance envers les praticiens et à soutenir la personne dans l'exercice de ses droits, ce qui va plus loin que la « mise à disposition » de services classiques.

Cette interprétation ne semble dans ce cas pas tout à fait incompatible avec les conclusions prudentes de la Cour, qui précise que les démarches entreprises par l'État peuvent être « considérées *prima facie* suffisantes pour un suivi approprié, compte tenu également de la brièveté de la période examinée » et qui souligne encore ensuite « l'importance pour les autorités de s'assurer, compte tenu de la vulnérabilité du requérant et de ses capacités amoindries à prendre des décisions en dépit d'être considéré comme capable de discernement sur le plan formel en droit interne, que toutes les initiatives nécessaires soient prises, à moyen et à long terme, pour la réalisation d'une véritable prise en charge, englobant des soins psychiatriques, un suivi psychologique et un accompagnement social, en conformité avec les exigences de l'article 5 § 1 e) de la Convention, afin de lui offrir l'espoir d'une future libération »[1211].

Qu'une personne handicapée soit reconnue comme juridiquement capable ou non, elle est et reste en droit de bénéficier d'un accompagnement spécifiquement adapté à ses besoins, dans le respect de sa volonté et de ses préférences. Sous l'influence de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, en particulier de ses articles 12 et 19[1212], l'offre d'un tel accompagnement pourrait devenir un critère prédominant dans le contrôle de proportionnalité

[1209] Cour eur. D.H., arrêt *Rooman c. Belgique*, 31 janvier 2019.
[1210] C. RUET, « Quelle autonomie pour les personnes atteintes de troubles mentaux ? Réflexions relatives à quelques arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev.trim.D.H.*, 2020, p. 62.
[1211] Cour eur. D.H., arrêt *Rooman c. Belgique*, 31 janvier 2019, §§ 248 et 255. Je souligne.
[1212] Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité (art. 12) et Autonomie de vie et inclusion dans la société (art. 19).

opéré par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette grille d'analyse serait cohérente avec la construction juridique de l'autonomie, envisagée comme relationnelle[1213].

Section 2. Brève réflexion sur la justiciabilité de l'article 12

L'article 12 de la Convention ayant été longuement disséqué, on peut légitimement s'interroger sur la justiciabilité[1214] ou l'invocabilité[1215] des droits conférés par cette disposition : les justiciables peuvent-ils invoquer avec succès l'article 12 devant les juridictions internes, par exemple pour s'opposer à une mesure d'incapacité juridique ?

Il s'agit de la question de l'effet direct d'une norme de droit international[1216]. La définition traditionnelle de l'effet direct s'articule à la consécration de droits subjectifs par la norme considérée. Lorsqu'une norme confère des droits subjectifs aux citoyens, « le particulier pourra invoquer "directement" devant le juge – sans médiation d'une norme interne – la norme internationale ou constitutionnelle pour obtenir la reconnaissance du droit qu'elle consacre ou pour écarter la norme interne qui lui est contraire »[1217]. Un instrument de droit international pouvant contenir différents types de dispositions, l'effet direct de celles-ci s'apprécie au cas par cas et non de manière générale[1218].

L'évaluation de l'effet direct d'une norme se fonde, classiquement, sur un critère subjectif et un critère objectif, ce dernier étant aujourd'hui considéré comme prépondérant[1219].

Le critère subjectif renvoie à la volonté des auteurs du texte de conférer des droits subjectifs aux particuliers. Relativement à une convention internationale, il s'agit donc de vérifier si les États parties ont eu l'intention de reconnaître de tels droits à leurs ressortissants. Les parties à une convention internationale ne prenant généralement pas la peine de préciser leurs intentions en la matière, il convient d'analyser le libellé des différentes dispositions ou de rechercher

---

[1213] *Cf supra*, Première partie, Titre II, Chapitre 1er. L'autonomie, une capacité entre indépendance et interaction. En ce sens également, C. RUET, « Quelle autonomie pour les personnes atteintes de troubles mentaux ? Réflexions relatives à quelques arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev.trim.D.H.*, 2020, pp. 49-50.

[1214] I. HACHEZ, « Article 26. - Intégration des personnes handicapées », *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 694.

[1215] J.-F. DELILE, *L'invocabilité des accords internationaux devant la CJUE et le Conseil d'État français*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

[1216] Pour une analyse fouillée concernant spécifiquement la Convention, voy. A. BAILLEUX, I. HACHEZ, « L'applicabilité directe des sources du droit », *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 44-66.

[1217] I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 259. Il existe une définition plus large, détachée de la reconnaissance de droits subjectifs (I. HACHEZ, *ibidem*, pp. 259-260; G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 36), sur laquelle la présente étude ne nécessite pas de s'attarder.

[1218] En ce sens, I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 268.

[1219] *Ibidem*, pp. 272-277; G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 37-38.

l'esprit ayant généralement présidé à la rédaction, éventuellement à l'aide des travaux préparatoires[1220].

Cet exercice ne devrait toutefois pas mener à une interprétation incompatible avec les termes du traité : « Si un instrument se présente comme un "idéal commun à atteindre", comme c'est le cas de la Déclaration universelle ou s'il implique qu'une partie contractante "s'engage à agir […] au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus", comme le dit le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, on ne peut soutenir l'existence d'une garantie immédiate incompatible avec les termes utilisés »[1221]. Pas question, donc, de tordre la lettre au bénéfice d'un esprit qui y serait inconciliable.

La Convention relative aux droits des personnes handicapées proclame une série d'engagements entre États parties. Que l'on ait égard au texte dans son ensemble ou au libellé de l'article 12 en particulier, la reconnaissance d'un effet direct paraît exclue[1222]. En effet, aux termes de leurs obligations générales, inscrites à l'article 4,

> Les États Parties s'engagent à garantir et à promouvoir le plein exercice de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales de toutes les personnes handicapées sans discrimination d'aucune sorte fondée sur le handicap. À cette fin, *ils s'engagent à* :
>
> a) Adopter toutes mesures appropriées d'ordre législatif, administratif ou autre pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention ;
>
> b) Prendre toutes mesures appropriées, y compris des mesures législatives, pour modifier, abroger ou abolir les lois, règlements, coutumes et pratiques qui sont source de discrimination envers les personnes handicapées ; (…)[1223].

L'article 12 n'est que l'une des versions spécifiques de cet engagement général des États parties : « 1. Les États Parties réaffirment que (…) 2. Les États Parties reconnaissent que (…) 3. Les États Parties prennent des mesures appropriées pour (…) 4. Les États Parties font en sorte que (…) 5. Sous réserve des dispositions du présent article, les États Parties prennent toutes mesures appropriées et effectives pour (…) ». La Cour de justice de l'Union européenne résume cette approche en relevant que « dans la mesure où les obligations imposées par ladite

[1220] G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 37.
[1221] J. FIERENS, « L'efficacité juridique de la consécration des droits économiques, sociaux et culturels », *Le point sur les droits de l'homme*, Liège, Formation Permanente CUP, 2000, p. 192.
[1222] J. DHOMMEAUX relève toutefois quelques « dispositions qui accordent des droits directement aux individus et qui sont auto-exécutoires » : art. 15.1 (interdiction de la torture, des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants), art. 17 (droit au respect de son intégrité physique et mentale), art. 18.2 (droit des enfants handicapés d'être enregistrés dès la naissance et d'avoir, dès celle-ci, un nom et une nationalité), art. 22.1 (interdiction des immixtions arbitraires ou illégales dans la vie privée) (J. DHOMMEAUX, « La Convention relative aux droits des personnes handicapées et son Protocole du 13 décembre 2006 », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, pp. 534-535).
[1223] Je souligne.

convention visent les parties contractantes, cet accord international présente le caractère d'un programme »[1224].

Si l'effet direct exige que la norme considérée réponde cumulativement aux critères subjectif et objectif, force est d'y renoncer dans le cas présent[1225]. Il semble toutefois exister aujourd'hui un large consensus sur la prépondérance du critère objectif[1226] : « la tendance générale consiste aujourd'hui à privilégier la clarté et la précision de la norme par rapport à l'intention des parties, voire même en contradiction avec celle-ci »[1227].

Le critère objectif renvoie, en effet, à la clarté et à la précision de la norme considérée, qui s'apprécient au regard du libellé de celle-ci : la norme invoquée doit contenir les éléments nécessaires et suffisants à son application par le juge. Si, au contraire, la formulation de la norme implique que celle-ci soit préalablement passée à la moulinette du travail parlementaire et exécutif, l'effet direct devrait lui être dénié. Il y va du respect du principe de la séparation des pouvoirs[1228].

En pratique, toutefois, les juges reconnaissent parfois implicitement un effet direct, sans s'en expliquer, ou interprètent la norme de façon à lui conférer la précision qui lui manquait peut-être au départ. Il faut donc au moins retenir ici que le juge joue un rôle fondamental dans l'appréciation du critère objectif, ce qui explique probablement la difficulté de théoriser cette matière, fondamentalement casuistique[1229]. On serait presque tenté de penser que la théorie de l'effet direct n'est utile qu'aux juges qui entendent dénier un tel effet à la norme invoquée devant eux.

À première vue, le critère objectif ne plaide pas plus pour un quelconque effet direct de l'article 12 que le critère subjectif : tout comme la lettre de l'article 12 indique que les États parties n'ont pas eu l'intention de conférer des droits subjectifs aux particuliers, cette même formulation implique que les États parties prennent des mesures législatives ou exécutives pour rendre effectifs les droits énoncés[1230]. Ici aussi, la Cour de justice de l'Union européenne applique strictement la doctrine classique: « les dispositions de la convention de l'ONU sur le handicap

---

[1224] C.J. (gde ch.), arrêt *Z. c. A Government department, The Board of management of a community school*,18 mars 2014, C-363/12, EU:C:2014:159, point 88.

[1225] En ce sens, O. RENAUDIE, « De la Convention à son effectivité. L'article 12 est-il invocable devant les juridictions administratives françaises ? » *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 245-246.

[1226] I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 272.

[1227] I. HACHEZ, « Précision et droits de l'homme dans l'ordre juridique belge : *focus* sur la notion polysémique d'effet direct », *La Revue des droits de l'homme*, 2015/7, p. 3.

[1228] I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 270-271.

[1229] J. FIERENS, « L'efficacité juridique de la consécration des droits économiques, sociaux et culturels », *Le point sur les droits de l'homme*, Liège, Formation Permanente CUP, 2000, p. 191; I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 258; G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 38-40.

[1230] En ce sens, O. RENAUDIE, « De la Convention à son effectivité. L'article 12 est-il invocable devant les juridictions administratives françaises ? » *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 247.

sont subordonnées, dans leur exécution ou dans leurs effets, à l'intervention d'actes ultérieurs relevant des parties contractantes, les dispositions de cette convention ne constituent pas, du point de vue de leur contenu, des dispositions inconditionnelles et suffisamment précises permettant un contrôle de la validité de l'acte du droit de l'Union au regard des dispositions de ladite convention »[1231]. S'en tenir à cette analyse semble toutefois relever d'un formalisme rigide, perçu aujourd'hui comme désuet[1232].

Une autre distinction, habituelle en matière d'effet direct, pourrait ouvrir la voie à un assouplissement du critère objectif, concernant l'article 12 en particulier.

Classiquement, l'obligation d'abstention est considérée comme suffisamment claire et précise, tandis que l'obligation, pour l'État, de mettre en œuvre tel ou tel droit, est estimée trop vague pour se voir conférer un effet direct. En vertu du critère objectif, les obligations négatives sont dès lors réputées bénéficier d'un effet direct, tandis que les obligations positives ne pourraient, par nature, pas se voir conférer un tel effet[1233].

Peut-être ces deux types d'obligations coexistent-ils dans l'article 12 de la Convention, suite à l'observation générale n°1 : en effet, d'après le Comité des droits des personnes handicapées, si les « États parties reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres », les mesures de prise de décisions substitutive devraient être abolies[1234]. Cela pourrait être interprété comme une obligation négative de l'État, qui devrait faire cesser toute entrave à l'exercice de la capacité juridique des citoyens majeurs. En revanche, l'accompagnement dont devraient pouvoir bénéficier ces mêmes citoyens requiert un travail d'adaptation créatif au sein des États parties et relève donc clairement, à ce titre, des obligations positives de l'État.

Il serait toutefois inapproprié de défendre, à ce stade, la reconnaissance d'un effet direct partiel.

Premièrement, une telle position paraît globalement inconciliable avec l'esprit de l'article 12 : ses plus ardents défenseurs exhortent les États parties à le mettre rapidement en œuvre, tout en reconnaissant l'ampleur de la tâche et en insistant sur le fait que tout effort de réforme inspiré par l'article 12 sera apprécié par le Comité des droits des personnes handicapées[1235].

[1231] C.J., arrêt *Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern*, 22 mai 2014, C-356/12, EU:C:2014:350, point 69. La Cour reprend là la position développée deux mois plus tôt (C.J. (gde ch.), arrêt *Z. c. A Government department, The Board of management of a community school*,18 mars 2014, C-363/12, EU:C:2014:159, points 89-90.

[1232] J.-F. DELILE, *L'invocabilité des accords internationaux devant la CJUE et le Conseil d'État français*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 258; I. HACHEZ, « Article 26. - Intégration des personnes handicapées », *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 706.

[1233] I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 270-272; G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 93.

[1234] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 28 en particulier.

[1235] « *Especially where those efforts involve the active participation of disabled people's organisations* » (A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, « The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law », *The International Journal of Human Rights*, 2016, p. 479).

Deuxièmement, et de façon plus importante encore, l'abolition des régimes de prise de décisions substitutive est indissociable de mesures alternatives d'accompagnement des citoyens dans l'exercice de leurs droits. Si les juges prenaient le pli de refuser purement et simplement toute mesure de protection judiciaire, en l'absence d'alternatives, on ne voit pas quel bien pourrait en découler pour les personnes à protéger et leurs proches. Et si les juges se mettaient à organiser eux-mêmes un accompagnement alternatif non reconnu par le législateur, ils pourraient se voir reprocher de violer le principe de la séparation des pouvoirs.

Cette position est amenée à évoluer dans les années à venir. En effet, plus la compréhension de l'article 12 s'affine, plus les initiatives d'accompagnement alternatif fleurissent, plus les juges sont susceptibles de refuser d'appliquer des mesures de protection incapacitantes. La fonction de juger, perméable au contexte socio-juridique, est éminemment évolutive. Partant de ce constat, je suis sensible à une approche contextualisée du critère objectif, selon laquelle la clarté et la précision ne ressortent pas seulement du libellé de la disposition considérée, mais aussi « du contexte normatif dans lequel son application est requise »[1236].

Au regard de l'article 12, le développement progressif de mesures d'accompagnement non incapacitantes, quel que soit le handicap concerné, module le contexte auquel il faut prêter attention pour déterminer la justiciabilité de la disposition dans son ensemble. Par conséquent, la mise en œuvre, par l'État, de son obligation positive, conditionne l'effet direct qui pourrait être reconnu à son obligation négative. Evidemment, ce raisonnement n'est valide que si l'on accepte la prémisse selon laquelle l'article 12 entraîne, pour les États parties, l'obligation négative de ne pas entraver la capacité juridique des citoyens majeurs.

Outre l'affinage interne à un État partie, certaines instances internationales contribuent activement à illuminer le sens et la façon d'appliquer des dispositions de droit international[1237]. Relativement à l'article 12, on songe en particulier au travail du Comité des droits des personnes handicapées ou à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[1238].

À l'heure actuelle, bien qu'aucun effet direct ne puisse être conféré à l'article 12, les juges peuvent et doivent interpréter les dispositions internes à la lumière de la Convention et des recommandations du Comité des droits des personnes handicapées. S'agissant d'engagements internationaux pris par l'État, une telle directive interprétative relève du bon sens et n'implique pas la reconnaissance d'un quelconque effet direct[1239]. Les juges tentent finalement souvent, de

[1236] I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 278-280.
[1237] En ce sens, G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 93-94, qui prône l'abandon de la logique binaire conduisant à dénier tout effet direct aux obligations positives et notamment à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme: « Il appartient au juge d'appliquer directement l'article 8 tel qu'il est interprété par la juridiction des droits de l'homme et, dès lors, de rechercher dans la jurisprudence strasbourgeoise la précision et la complétude qui font défaut dans la norme générale et abstraite définie à l'article 8.1 de la Convention ».
[1238] En ce sens, I. HACHEZ, « Article 26. - Intégration des personnes handicapées », *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 706-707. Voy. aussi *supra*, Deuxième partie, Titre III, Chapitre 1er, Section 2. Implications pour le droit belge.
[1239] G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 39-40 et 72-73.

la place qui est la leur, de tenir compte des normes internationales pour apprécier les situations qui leur sont soumises, de façon nécessairement contextualisée.

Concrètement, cela pourrait conduire les juges belges à appliquer les mesures de protection de manière plus conforme à l'esprit de la loi, en évaluant très strictement leur nécessité et leur proportionnalité et en privilégiant effectivement le régime de l'assistance. Il faut cependant souligner, encore une fois, que l'effort de conformité exige également la mobilisation de la société civile : les juges seront d'autant plus enclins à interpréter les règles de protection des majeurs à la lumière de l'article 12 que des pratiques d'assistance ou d'accompagnement capacitant se développeront, au sein de la société civile, avec le soutien des différents niveaux de pouvoir. Dans l'autre sens, les associations qui souhaitent développer ces alternatives en auront d'autant plus l'envie et les moyens que les juges se montreront réceptifs à de nouvelles pratiques.

Conclusions du titre I. Penser l'accompagnement capacitant à l'exercice des droits

L'article 12 reflète à la fois une culture libérale et une acception plus sociale de l'accès à la capacité juridique : d'une part, il met l'accent sur la reconnaissance individuelle du droit, d'autre part il reconnaît la dimension essentielle des relations interpersonnelles dans la réalisation de ce droit[1240]. Compte tenu du fait que nous avons tous besoin du soutien des autres pour exercer notre droit à la capacité juridique, l'article 12 impose aux États parties de pourvoir à des mesures d'accompagnement diverses, adaptables au cas par cas. Dans l'interprétation retenue par le Comité, ces mesures ne devraient jamais priver les personnes de leur capacité juridique.

Toutefois, indépendamment de la vision universaliste de la capacité défendue par le Comité, l'État belge devrait chercher à structurer et étoffer l'accompagnement des citoyens dans l'exercice de leurs droits, par des mesures largement accessibles et sans impact sur la capacité juridique des personnes concernées. Le déploiement de telles mesures répondrait davantage à la conception relationnelle de l'autonomie, selon laquelle l'État doit créer les conditions d'épanouissement de l'autonomie de tout un chacun. Actuellement, pour une personne considérée comme incapable de fait, l'accompagnement consiste essentiellement en l'incapacité juridique de la protection judiciaire[1241].

[1240] A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 8.

[1241] En effet, la protection extrajudiciaire n'est pas accessible à une personne considérée comme incapable de fait, ce qui exclut de cette possibilité d'accompagnement toutes les personnes qui ne peuvent anticiper leur incapacité de fait. Compte tenu du nombre élevé d'enregistrement de mandats de protection extrajudiciaire (FEDNOT, « Le nombre de Belges qui désignent un mandataire pour quand ils ne seront plus capables augmente fortement », disponible sur www.notaire.be, 1er août 2019), le recours à la protection judiciaire pourrait toutefois diminuer, dans les prochaines années.

En première partie, j'en suis arrivée à la conclusion que l'autonomie était juridiquement appréhendée dans sa conception relationnelle. Notre droit et en particulier nos régimes de protection soutiennent effectivement cette vision. En pratique, le recours habituel à des mécanismes disqualifiant les « personnes protégées » de leur capacité juridique fait souvent obstacle au déploiement concret de cette autonomie. Or, il n'est pas nécessaire d'accepter la position du Comité dans toutes ses composantes pour reconnaître l'intérêt d'une offre élargie de mesures d'accompagnement capacitantes.

En droit interne, la poursuite de ce processus de réflexion sur l'accompagnement capacitant exige, peut-être, de prendre conscience de certaines formes d'*injustice épistémique*.

TITRE II. COMBATTRE L'INJUSTICE EPISTEMIQUE ET ELARGIR LES PISTES DE REFLEXIONS

Quand des personnes peu habituées à parler seront
entendues par des personnes peu habituées à écouter,
alors de grandes choses pourront arriver.

Devise d'Advocacy France

Ce second titre[1242] vise à approfondir certaines perspectives offertes par le changement de paradigme plébiscité par le Comité, au départ de la discussion d'une éventuelle *injustice épistémique* : les réticences à considérer véritablement la position du Comité semblent parfois dues à l'*engagement* des membres du Comité, à leur *activisme* ou à leur *militance*. La voix de personnes directement concernées ou engagées ne porterait-elle que des arguments pauvres ? Les scientifiques seraient-il les détenteurs d'une opinion plus *objective*, parce qu'ils ne vivent pas la situation dont ils parlent ? Les sciences sont-elles neutres ?

Le concept d'injustice épistémique aide à dire et à penser les ressorts inconscients de discours disqualifiant des formes de connaissances qui s'écartent du modèle dominant. Nommer et explorer cette injustice constitue en soi un formidable levier pour inciter la société, en particulier la communauté scientifique, à *considérer* une opinion militante dans toute sa richesse.

Et si les obstacles à une meilleure application de l'article 12 étaient plus intellectuels que pratiques ? L'hypothèse est la suivante : nous baignons dans une culture de la protection par l'incapacité et la difficulté congénitale à même oser imaginer y renoncer, combinée à une certaine méfiance vis-à-vis de savoirs *militants*, entrave notre démarche réflexive.

Les développements qui suivent s'articuleront en partie autour de la notion d'*épistémologie*. « Dans son sens étroit, [celle-ci] désigne l'étude de la connaissance et de sa validité (…). Plus largement, l'épistémologie traite de questions liées à la création et la diffusion des connaissances dans des domaines d'investigation particuliers »[1243]. Si cet aperçu ne rend pas justice à la richesse du concept, il s'avère néanmoins suffisant dans le cadre de la présente

[1242] Les développements qui suivent ont été inspirés par des discussions avec Ch. VYT, doctorante en philosophie à l'UNamur, dont la thèse s'intitule « Réévaluation de l'objectivité positionnelle dans la compréhension d'injustices sociales » ; Cl. ROMMELAERE, Ch. VYT, « Décrédibilisation du discours militant et droits des personnes Handicapées », *Lucidités subversives. Dialogues entre savoirs et disciplines sur les injustices épistémiques*, Éditions sciences et bien commun, 2021, pp. 141-163 (ouvrage téléchargeable gratuitement à partir du site www.editionscienceetbiencommun.org).

[1243] M. STEUP, « Epistemology », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy,* Edward N. Zalta (ed.), Winter 2018 Edition, disponible sur https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/epistemology/ (traduction libre). Telle que reprise ici, cette définition fait l'impasse sur la différence d'acception entre l'*épistémologie* francophone et l'*epistemology* anglophone, qui apparaît dans des répertoires grand public, tels que *Le Petit Robert* ou l'encyclopédie en ligne *Wikipédia* : en langue française, on considère ainsi l'épistémologie comme un synonyme de la philosophie des sciences, tandis que la langue anglaise lui donne le sens étymologique d'étude de la connaissance, en général. Je préfère retenir une définition large, englobant de toute façon la philosophie des sciences.

recherche. En effet, celle-ci ne s'attardera que sur deux ouvrages d'épistémologie, afin de mettre des mots sur des présupposés inconscients entravant notre ouverture d'esprit scientifique.

Chapitre 1er. Le concept d'injustice épistémique appliqué à l'observation générale n°1

Le concept d'injustice épistémique n'est pas de ceux qui viennent spontanément à l'esprit du doctorant en droit. Si je souhaite l'aborder, c'est parce qu'il permet de creuser une intuition : l'observation générale n°1 ne serait-elle pas desservie par le fait qu'elle émane d'un comité censé refléter les opinions des personnes handicapées et dès lors perçu comme *engagé* ou *militant*[1244] ?

Les concepts de *savoirs situés* et d'*injustice épistémique* m'ont permis de mettre des mots sur une éventuelle barrière invisible entre le Comité et certains destinataires de l'observation générale n°1.

Le texte qui suit se fonde essentiellement sur deux ouvrages de professeurs de philosophie connues dans le monde anglo-saxon : Sandra Harding et Miranda Fricker. Les réflexions de S. Harding sur l'objectivité scientifique[1245] et de M. Fricker[1246] sur l'injustice épistémique permettent de jeter un nouvel éclairage sur les propositions novatrices du Comité des droits des personnes handicapées.

[1244] Je songe ici en particulier à deux auteurs fréquemment cités dans le présent travail : P. APPELBAUM, « Il y a toutes sortes de droits : les problèmes posés par l'article 12 et son interprétation », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 49-50; Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, p. 112.
[1245] S. HARDING, *Objectivity and Diversity. Another Logic of Scientific Research*, The University of Chicago, 2015.
[1246] M. FRICKER, *Epistemic Injustice. Power & the Ethics of Knowing*, Oxford University Press, 2007.

Section 1ère. L'objectivité scientifique de l'homme blanc occidental : brève histoire épistémologique

Sciences and their philosophies have never been value-free.
They have always been deeply integrated with their particular social and historical contexts.
If they weren't, they would be irrelevant.

Sandra Harding[1247]

§1er. Héritage scientifique

La science moderne se donne pour objectif de rendre compte du monde tel qu'il est, grâce à des techniques d'analyse reproductibles et vérifiables. Le scientifique devient le révélateur d'une vérité naturelle qui se trouve là, dans le monde, en attendant d'être découverte[1248]. De là à penser que le scientifique est un être hors du monde, il n'y a qu'un pas : le véritable homme de sciences est neutre, transparent, dégagé de toute valeur ou intérêt personnel afin de ne pas compromettre ses résultats par une recherche biaisée.

D'après l'analyse de S. Harding, le contexte socio-économique suivant la seconde guerre mondiale a véritablement permis à la science occidentale moderne d'asseoir sa supériorité[1249]. C'est en effet avec le développement de la bombe atomique, aux États-Unis, qu'ont débuté des programmes de recherches financés par des fonds fédéraux. La communauté scientifique américaine a alors pu craindre que le Congrès – et donc le grand public – ait son mot à dire à propos de la recherche, qu'il finançait désormais. Dans ce contexte, brandir la nécessité de préserver « l'autonomie de la science » s'apparente à un bouclier contre l'examen public de l'utilisation des fonds[1250].

La philosophie des sciences a embrayé et a dès lors considéré la science occidentale moderne comme seule capable de décrire le monde tel qu'il est. Par rapport aux autres systèmes de connaissances, la science occidentale moderne se positionne alors triomphalement comme apolitique, aculturelle, agnostique, bref dégagée de tous les biais de raisonnement habituels[1251].

L'objectivité scientifique désintéressée a ainsi permis de concevoir des modes d'agriculture toujours plus délétères, mais profitables à une petite minorité[1252], et des armes toujours plus

---

[1247] S. HARDING, *Objectivity and Diversity. Another Logic of Scientific Research*, The University of Chicago, 2015, p. 2.
[1248] *Ibidem*, pp. 9 et 108 (entre autres et dans le but de contester cette vision).
[1249] *Ibidem*, pp. 7 et s.
[1250] *Ibidem*, p. 8.
[1251] *Ibidem*, p. 9.
[1252] P. ET Ch. HERVÉ-GRUYER, *Permaculture. Guérir la terre, nourrir les hommes*, Arles, Actes Sud, 2017, p. 114 : « [l'agriculture industrielle] détruit les sols à un rythme accéléré : de 6 à 16 tonnes de sols sont perdus pour chaque tonne de nourriture produite. L'agriculture biologique mécanisée (…) ne fait guère mieux : elle détruit les sols de 17 à 70 fois plus vite que la nature ne les crée. (…) La surface de terre arable dont chaque personne dispose pour couvrir ses besoins est en constante diminution ». Constats tirés de l'ouvrage de J. JEAVONS, *How to grow more*

meurtrières. Bien sûr, la science moderne a aussi fait des merveilles dans le domaine des technologies et des soins de santé, entre autres. L'idée n'est certainement pas de tout rejeter en bloc[1253], simplement de prendre conscience que la science n'est jamais *a-sociale* : elle correspond aux intérêts de certains groupes, logiquement à ceux des plus influents.

L'attachement à une objectivité-science-neutre fait néanmoins partie de notre histoire. Malgré les nombreuses et pertinentes critiques qui ont afflué dès les années 60, nous sommes durablement imprégnés de cette conception de l'« objectivité scientifique », au sens d'une science pure et désintéressée.

Pour démocratiser la recherche dans le monde d'aujourd'hui, il semble toutefois indispensable 1) de prendre conscience du fait que nous pensons tous à partir de contextes particuliers et 2) d'accepter que cela ne rend pas nos recherches inintéressantes, au contraire.

§2. Contestation : l'objectivité renforcée ou la confrontation des subjectivités

Nous sommes évidemment des penseurs *situés*, en tant qu'héritiers, entre autres, d'une science d'hommes blancs occidentaux préoccupés par le développement économique, dans un monde dévasté par deux guerres mondiales.

Les sciences et les sociétés se coproduisent continuellement. En effet, les sociétés développent des connaissances nécessaires à leur perpétuation dans un environnement déterminé et les savoirs ainsi accumulés déterminent également en partie ce qui, dans une société donnée, est perçu comme nécessaire et intéressant. Par conséquent, une société patriarcale tend à mener des recherches qui renforcent le sexisme[1254], une société coloniale tend à mener des recherches qui renforcent le racisme, etc.[1255]

Les mécanismes de domination et d'exclusion affectant une société donnée se retrouvent dans ses sciences. De la sorte, l'objectivité scientifique du XX^{e} siècle se résume finalement au point de vue de l'homme blanc sur la nature et les relations sociales[1256]. La critique féministe des sciences qui a émergé au cours des années 1970 et 1980[1257] a mis en évidence ce biais fondamental : là où les relations sociales sont fondamentalement inégales, la science représente

---

vegetables (and fruits, nuts, berries, grains, and other crops) than you ever thought possible on less land than you can imagine, 8^{e} éd., New York, Ten Speed Press, pp. 101-102 et appendice 2 p. 468 (disponible en ligne).

[1253] Comme le souligne d'emblée S. HARDING, dont le projet est précisément d'articuler les notions d'objectivité et de diversité dans la recherche scientifique (*Objectivity and Diversity. Another Logic of Scientific Research*, The University of Chicago, 2015, pp. 4-5).

[1254] Pour des exemples parlants de résultats de recherches inconsciemment andro-centriques et sexistes, voy. S. HARDING, *Objectivity and Diversity. Another Logic of Scientific Research*, The University of Chicago, 2015, pp. 27 et s. ou C. CRIADO PEREZ, *Femmes invisibles. Comment le manque de données sur les femmes dessine un monde fait pour les hommes*, Paris, First Éditions, 2020. Dès 1949, Simone de Beauvoir observe que « la représentation du monde comme le monde lui-même est l'opération des hommes; ils le décrivent de leur propre point de vue, qu'ils confondent avec la vérité absolue » (*Le deuxième sexe. I Les faits et les mythes*, Paris, Gallimard, 1949).

[1255] *Ibidem*, pp. 18-19.

[1256] *Ibidem*, p. 29.

[1257] *Ibidem*, p. 26.

les intérêts du groupe social dominant. De ce constat est née la volonté de développer une recherche plus ouverte à la diversité des expériences, de façon à renforcer la fiabilité des résultats. Cette approche développe l'hypothèse selon laquelle une méthodologie rendant justice aux différents points de vue permet une objectivité renforcée de la recherche scientifique[1258].

L'*épistémologie des points de vue*[1259] présente comme intérêt majeur qu'elle n'abandonne pas l'idée de l'objectivité, au contraire : il est question de renforcer l'objectivité scientifique, en alliant rigueur méthodologique et reconnaissance de la diversité des expériences[1260].

Lorsque ses membres font peu ou prou partie du même milieu social et ont reçu le même enseignement en matière de recherche, la communauté scientifique est finalement assez homogène : elle se résume au travail *entre soi* d'individus partageant les mêmes intérêts et procédant de manière similaire, ce qui rend peu probable la détection des valeurs et intérêts sous-tendant cette recherche. L'homogénéité de la communauté des chercheurs produit dès lors une objectivité scientifique faible, aveugle à nombre de ses propres mobiles et limites[1261].

Or, prendre conscience des présupposés limitant nos recherches permet d'améliorer leur fiabilité.

Il faut donc pouvoir sortir, parfois, du cadre conceptuel dominant, transmis par notre éducation, notre culture, nos cours universitaires, etc. Bref, il faut sortir de ce dans quoi nous baignons sans même nous en rendre compte[1262]. *Sortir de nous-mêmes* est impossible, c'est précisément le *credo* de l'épistémologie des points de vue, mais creuser une petite distance par rapport aux présupposés les plus communément partagés peut suffire à ouvrir des pistes de recherches intéressantes[1263].

La distance salutaire peut s'acquérir en conceptualisant certaines recherches à partir du point de vue de minorités historiquement opprimées ou exclues des débats citoyens. Cette façon de procéder réintroduit de la diversité dans la communauté scientifique, de manière à enrichir les résultats et à renforcer la légitimité démocratique de cette recherche[1264].
En effet, la démocratie passe aussi par la façon dont nous construisons nos savoirs, dont nous concevons nos sciences : lorsque les débats se mènent essentiellement entre politiciens et

[1258] S. HARDING, *Objectivity and Diversity. Another Logic of Scientific Research*, The University of Chicago, 2015, p. 29.
[1259] De l'anglais *« standpoint epistemology »*. Théories visant à appréhender le monde à travers le prisme d'une perspective sociale spécifique, porteuse d'une connaissance particulière quant au sujet traité. « *Standpoint theories claim to represent the world from a particular socially situated perspective that can lay a claim to epistemic privilege or authority* » (E. ANDERSON, « Feminist Epistemology and Philosophy of Science », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy,* Edward N. Zalta (ed.), Summer 2019 Edition, disponible sur https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/feminism-epistemology/).
[1260] S. HARDING, *Objectivity and Diversity. Another Logic of Scientific Research*, The University of Chicago, 2015, p. 33.
[1261] *Ibidem*, p. 34.
[1262] *Ibidem*.
[1263] *Ibidem*, p. 35.
[1264] *Ibidem*.

experts universitaires, peut-on vraiment affirmer qu'ils sont objectifs ? L'objectivité n'est-elle pas alors brandie comme un bouclier contre l'introspection, par une science imbue de sa supériorité, à l'image de la société qui la produit ?

Nous accrocher désespérément à notre hégémonie scientifique nous expose aujourd'hui au risque de pratiquer une science « épistémologiquement sous-développée »[1265]. Rendons-nous à l'évidence : l'objectivité scientifique de l'homme blanc occidental n'est pas une grille de lecture universelle permettant de résoudre efficacement les problèmes du monde, ni même ceux de la société occidentale.

En outre, cette acception obsolète de l'objectivité produit une injustice épistémique à large spectre.

§3. Émergence du concept d'injustice épistémique

L'injustice épistémique est un concept philosophique récent, dont les fondations ont été posées par Miranda Fricker dans son ouvrage *Epistemic Injustice. Power & the Ethics of Knowing*[1266].

L'injustice épistémique porte atteinte à une personne en sa capacité spécifique de porteur de connaissance[1267]. M. Fricker distingue ainsi deux types d'injustice épistémique[1268].

L'injustice *testimoniale* consiste à accorder un moindre degré de crédibilité à un individu en raison d'un préjugé lié à l'identité sociale de cet individu, de telle sorte que l'injustice ainsi perpétrée est systématique[1269]. Le fait d'être une femme, d'avoir la peau foncée, d'appartenir à un certain milieu social ou encore d'avoir été diagnostiqué comme vivant avec un trouble mental sont autant d'exemples de facteurs identitaires préjudiciables à la reconnaissance de la personne comme porteuse d'un savoir, dans une société donnée. La parole de cette personne risque alors de faire l'objet d'une décrédibilisation systématique de la part d'interlocuteurs dont l'autorité est socialement reconnue.

L'injustice *herméneutique* désigne une lacune dans les ressources interprétatives de la société, qui empêche certaines personnes de rendre compte de l'expérience vécue. Un exemple très parlant d'injustice herméneutique est le phénomène du harcèlement sexuel : si la victime vit dans une société qui n'a pas formalisé ce concept, elle n'est pas à même d'expliquer, voire de comprendre, la situation dont elle souffre[1270]. L'injustice herméneutique est donc une injustice épistémique systémique, susceptible de porter préjudice à toute personne confrontée à une situation pour laquelle il n'existe pas d'outils interprétatifs communément partagés.

[1265] *Ibidem*, p. 120.
[1266] M. FRICKER, *Epistemic Injustice. Power & the Ethics of Knowing*, Oxford University Press, 2007.
[1267] *Ibidem*, p. 1.
[1268] *Ibidem*.
[1269] *Ibidem*, pp. 27-28.
[1270] *Ibidem*, p. 1.

Par conséquent, l'injustice épistémique consiste à préjudicier une personne en tant que sujet de connaissance, soit parce le sujet lui-même est victime d'un préjugé social lié à son identité (injustice testimoniale), soit parce que la structure sociale ne permet pas d'exprimer la connaissance dont le sujet est porteur (injustice herméneutique). En bref, la victime d'une injustice testimoniale n'est pas entendue, tandis que la victime d'une injustice herméneutique ne parvient même pas à s'exprimer, au sens où elle ne peut pas rendre compte de son expérience de façon compréhensible pour elle-même ou pour autrui[1271].

Injustices testimoniales et herméneutiques s'alimentent mutuellement. L'appartenance à un groupe social minoritaire ou opprimé, dans une société déterminée, entraîne une participation inégale à l'élaboration des ressources interprétatives communément partagées[1272]. Par conséquent, les expériences vécues par ce groupe sont peu intelligibles, tant pour la société dans son ensemble que pour les membres du groupe concerné : tous manquent de ressources interprétatives pour comprendre et partager l'expérience vécue[1273]. Au niveau individuel, la combinaison d'une injustice herméneutique, systémique, et d'une injustice testimoniale entraîne une véritable « spirale de décrédibilisation »[1274] : si une personne tente de faire part d'une expérience qu'elle a elle-même du mal à exprimer, faute de concepts communément partagés, elle paraît peu intelligible et souffre donc d'emblée d'un déficit de crédibilité ; si en plus cette personne appartient à un groupe dont la parole est généralement disqualifiée, la déconsidération n'en sera que plus forte[1275].

Cette décrédibilisation exacerbée est préjudiciable, à la fois sur les plans pratique et intellectuel. Sur le plan pratique, il est très difficile d'obtenir de l'aide par rapport à une situation que l'on ne peut rapporter que confusément ou lorsque notre parole n'est pas prise au sérieux. Sur le plan cognitif, le hiatus entre l'expérience vécue et le discours dominant cause une « perte de confiance épistémique »[1276] chez le sujet concerné : « *When you find yourself in a situation in which you seem to be the only one to feel the dissonance between received understanding and your own intimated sense of a given experience, it tends to knock your faith in your own ability to make sense of the world, or at least the relevant region of the world* »[1277]. Lorsque l'on vit dans une société qui ne connaît pas les concepts nécessaires à l'expression de l'expérience vécue – harcèlement sexuel, dépression post-natale, épuisement professionnel ou parental… – cela peut se traduire par une perte de confiance quant à sa capacité d'acquérir et développer des connaissances et, donc, à donner du sens au monde qui nous entoure[1278].

Les injustices épistémiques sont révélatrices d'enjeux de pouvoirs au sein de la société. Dans le contexte d'une injustice testimoniale, une partie détient le pouvoir d'empêcher l'autre de

[1271] *Ibidem*, p. 162.
[1272] *Ibidem*, p. 152 : « *unequal hermeneutical participation* ».
[1273] *Ibidem*, p. 149.
[1274] *Ibidem*, pp. 159-160 : « *runaway credibility deflation* ».
[1275] *Ibidem*.
[1276] *Ibidem,* p. 163.
[1277] *Ibidem*.
[1278] *Ibidem*. Les exemples du harcèlement sexuel et de la dépression post-natale lui sont également empruntés (p. 149, entre autres).

transmettre sa connaissance, de la réduire au silence, en s'appuyant simplement sur des conceptions identitaires communément partagées[1279]. L'injustice herméneutique, elle, est systémique et dépend donc directement de la façon dont la société a élaboré un langage commun : logiquement, les groupes sociaux les moins influents ont moins participé à l'élaboration de ce dernier et les lacunes herméneutiques de la société sont donc davantage susceptibles de jouer en leur défaveur, en les empêchant de faire part de leurs expériences d'une manière socialement intelligible[1280].

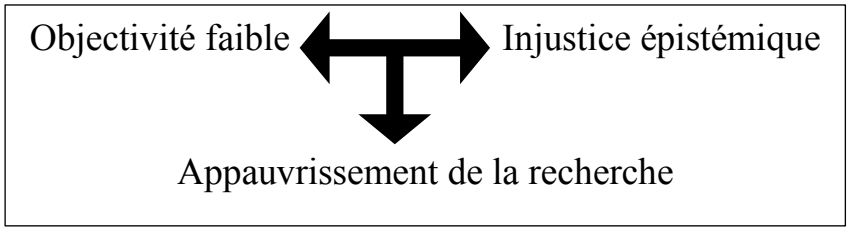
Ces développements rejoignent finalement l'idée selon laquelle les relations de pouvoir au sein des sociétés se voient traduites dans la construction des sciences qui, en retour, façonnent nos idées de ce qui constitue un savoir valable : sciences et sociétés se coproduisent[1281]. Une société qui part du principe que le seul savoir valable est celui sortant de ses universités, en raison de la neutralité scientifique de son élite intellectuelle, crée les conditions d'existence des injustices épistémiques : les porteurs de savoirs situés sont d'emblée décrédibilisés et leur absence de participation à la recherche empêche de formaliser des concepts qui seraient utiles à l'expression de leurs expériences. Par effet de retour, les chercheurs faisant autorité se voient privés, dans ce contexte, de toute une série de données susceptibles d'affiner leurs perceptions, de telle sorte qu'ils peuvent plus facilement se donner raison.

L'injustice épistémique ne peut en effet que mener à un appauvrissement de la recherche, donc des sciences[1282]. La déconsidération de revendications situées a des conséquences négatives, tant pour les experts officiellement reconnus que pour les experts situés. D'une part, les membres de la communauté scientifique dominante perdent moults occasions de prendre conscience de certaines limites de leurs recherches, de déjouer des biais inconscients, de développer des réflexions plus originales et de combler les lacunes dans les ressources interprétatives de la société[1283]. D'autre part, les porteurs d'un savoir situé se voient refuser l'accès à des collaborations qui seraient utiles au développement et à l'expression de leurs connaissances spécifiques[1284].

L'attachement d'une communauté scientifique homogène à une conception faible, mais commode, de l'objectivité scientifique contribue dès lors à nourrir une injustice épistémique qui, elle-même, tend à préserver une conception obsolète de l'objectivité scientifique : objectivité faible et injustice épistémique se préservent mutuellement, au risque d'appauvrir la recherche.

[1279] *Ibidem*, p. 28.
[1280] *Ibidem*, p. 148.
[1281] S. HARDING, *Objectivity and Diversity. Another Logic of Scientific Research*, The University of Chicago, 2015, pp. 18-19.
[1282] M. FRICKER, *Epistemic Injustice. Power & the Ethics of Knowing*, Oxford University Press, 2007, p. 4.
[1283] *Ibidem*, pp. 17 et p. 174; S. HARDING, *Objectivity and Diversity. Another Logic of Scientific Research*, The University of Chicago, 2015, p. 34.
[1284] En ce sens, M. FRICKER, *Epistemic Injustice. Power & the Ethics of Knowing*, Oxford University Press, 2007, pp. 149 et 152.

Figure 14: cécité scientifique et sous-développement épistémique



Revenons-en à présent à la Convention relative aux droits des personnes handicapées, plus précisément à l'observation générale n°1.

Section 2. Justice épistémique et observation générale n° 1

Les développements qui suivent partent de l'hypothèse suivante : les membres du Comité et, plus largement, les personnes handicapées, surtout si elles font l'objet d'une mesure d'incapacité, présentent un risque élevé d'être victimes d'une injustice épistémique empêchant les savoirs expérientiels rassemblés et traités par le Comité d'être reconnus à leur juste valeur.

§1er. Opinion militante, opinion dilettante ?

Au-delà des critiques habituelles relatives à l'observation générale n°1 [1285], se pose la question de la reconnaissance de la valeur du savoir porté par le Comité. J'ai en effet été interpellée par une critique plus diffuse, mais fondamentale, de cette première observation générale : certains commentateurs expriment en effet une méfiance à l'égard de celle-ci en raison du *militantisme* ou de l'*engagement* qu'elle reflète[1286].

Il est possible qu'il ne s'agisse là que d'un constat marginal et inoffensif, tenant à la composition du Comité et à l'originalité de ses propositions[1287].

Ces critiques peuvent également refléter un préjugé inconscient et relativement répandu, selon lequel des militants ne peuvent avoir une opinion scientifiquement valable. Cela expliquerait

[1285] *Cf. supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 3, §1er. Crispations : une interprétation extensive et impraticable.
[1286] P. APPELBAUM, « Il y a toutes sortes de droits : les problèmes posés par l'article 12 et son interprétation », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 49-51; Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, p. 112 : « Cette interprétation est particulièrement extensive, voire engagée ».
[1287] I. HACHEZ, « Le métissage des sources, *hard* ou *soft* », *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 37-38 et 41. *Cf. supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 1ère. Le Comité des droits des personnes handicapées.

que certains arguments à l'encontre de l'observation générale n°1 n'accordent à peu près aucun crédit à la position du Comité, sans pour autant en avoir toujours pleinement saisi le sens[1288].

La présente étude fait le choix de s'arrêter un instant sur les conditions de possibilité d'une recherche militante. Décrypter la critique du militantisme permet en effet de mettre au jour des ressorts inconscients et potentiellement contre-productifs de la construction des savoirs.

Le moins que l'on puisse dire, c'est que l'observation générale n°1 devrait susciter le débat. Or, la quasi-absence de débat à son sujet laisse penser qu'elle n'est, à ce jour, pas considérée à sa juste valeur. Il convient dès lors de mettre en évidence certains présupposés qui pourraient s'avérer nuisibles à l'avancement des réflexions sur l'accompagnement des personnes handicapées dans l'exercice de la capacité juridique.

Le risque existe que la doctrine juridique belge tombe dans une déconsidération a priori de l'observation générale n°1. En effet, la vision du Comité est déroutante, à la fois en raison de notre culture juridique millénaire et de notre histoire récente : d'une part, nous connaissons l'incapacité juridique depuis l'Empire romain ; d'autre part, nous venons de réformer l'incapacité juridique pour la calquer sur la capacité de discernement, en pensant précisément nous conformer à la Convention. Face à l'interprétation toute différente du Comité, la tentation est grande de se réfugier derrière un certain mépris scientifique plutôt que de confronter nos mécanismes traditionnels à une critique radicale.

Il n'y a pourtant rien d'intrinsèquement choquant à remettre en cause l'absolue nécessité de l'incapacité juridique des majeurs, dont tout le monde s'accorde à dire que n'est pas une solution de premier choix.

Un possible obstacle à une meilleure considération de l'observation générale n°1 réside dans une forme d'injustice épistémique testimoniale, vis-à-vis du Comité, qui puiserait sa source dans un attachement congénital à l'objectivité-science-neutre : en tant qu'ardents défenseurs des droits des personnes handicapées et souvent eux-mêmes en situation de handicap, les membres du Comité pourraient être perçus comme manquant de l'objectivité indispensable à la recherche scientifique. À l'inverse, les praticiens de la santé, les chercheurs de métier et leurs relais politiques apparaissent auréolés de l'objectivité de ceux qui conservent une saine distance avec la réalité.

Moins on vit la situation dont on parle, plus on est crédible : telle est la culture scientifique que nous avons reçue en héritage. Pourtant, la position du Comité n'est ni plus ni moins située que celle des praticiens de la santé, des universitaires ou des politiciens : chaque groupe exprime son opinion à partir de ses connaissances, de ses expériences et, finalement, de sa propre perception des intérêts en jeu.

[1288] *Cf. supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 3, §1er. Crispations : une interprétation extensive et impraticable.

Dès le départ, la Convention a été conçue comme un instrument par et pour les personnes handicapées : les organisations de défense des droits des personnes handicapées ont pris une part active à l'élaboration de la Convention et celle-ci a prévu que le Comité des droits serait au moins partiellement composé d'« experts handicapés »[1289]. Ce mode de conception et cette structure permettent à la Convention d'être en accord avec les valeurs qu'elle défend : participation, non-discrimination, inclusion. La légitimité de la Convention et du Comité devrait dès lors s'en trouver renforcée. L'inclusion d'« experts handicapés », en particulier, est perçue comme une façon de renforcer l'expertise du Comité[1290].

Encore faut-il que la voix du Comité soit considérée. Or, en pratique, une attitude de méfiance n'est pas à exclure : une recommandation émise par (des représentants) des personnes handicapées est forcément *engagée* et peut donc être perçue spontanément, voire inconsciemment, comme peu fiable. En d'autres termes, le Comité risque d'être victime d'une forme diffuse d'injustice épistémique testimoniale : en raison de leur assimilation au groupe social des personnes handicapées militantes, les membres du Comité sont préjudiciés dans la reconnaissance de leur capacité de diffuser un savoir valide.

En effet, le reproche de *militance* ou d'*engagement*[1291] signifie que les personnes handicapées défendent des opinions moins *objectives* et donc moins crédibles que celles des professionnels du droit ou de la santé. En tant que *juges et parties*, les personnes handicapées devraient forcément voir leur degré de crédibilité diminuer, par rapport aux personnes qui ne sont pas directement concernées par la situation.

Pourtant, l'intérêt que des individus ont à développer certaines recherches n'entache pas *automatiquement* la validité de ces recherches[1292].

Il ne s'agit pas ici de tomber d'un extrême dans l'autre, en accordant désormais un crédit illimité aux recherches perçues comme militantes, mais d'attirer l'attention sur le déficit de crédibilité dont ces recherches risquent de pâtir d'emblée. La conscience de ce risque permet en effet de s'en préserver, en partie du moins.

[1289] Art. 34 et s. de la Convention.

[1290] S. EGAN, « Strengthening the United Nations Human Rights Treaty Body System », *Human Rights Law Review*, 2013, pp. 231-232.

[1291] P. APPELBAUM, « Il y a toutes sortes de droits : les problèmes posés par l'article 12 et son interprétation », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 49-50; Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, p. 112. En ce sens également, M. SCHOLTEN et J. GATHER parlent d'un modèle « radical » (« Adverse consequences of article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities for persons with mental disabilities and an alternative way forward », *J Med Ethics*, 2018, p. 228).

[1292] S. HARDING, *Objectivity and Diversity. Another Logic of Scientific Research*, The University of Chicago, 2015, pp. 41 et 44.

§2. Capacité et pouvoir épistémique

Comme cela a déjà été dit, les enjeux épistémiques sont liés à des enjeux de pouvoir : la reconnaissance d'un individu comme porteur d'un savoir valable dépend finalement de l'autorité que son interlocuteur lui attribue et ce, en s'appuyant sur des conceptions identitaires communément partagées[1293].

La capacité juridique a un impact sur la façon dont nous considérons notre interlocuteur, surtout s'il est majeur. Ce n'est d'ailleurs pas par hasard que l'exercice d'un pouvoir social est d'abord perçu comme une *capacité* d'influence et de contrôle sur les actions des autres[1294]. Bien que le terme « capacité » soit ici utilisé dans son sens le plus large, l'idée se transpose aisément à la capacité juridique : la décision d'incapacité juridique entraîne une perte de contrôle juridique sur les actions des autres y compris, potentiellement, pour les affaires qui concernent au premier chef la personne incapable, tels que le choix de la résidence ou des soins de santé. Le pouvoir social de la personne labellisée incapable en est affaibli et, avec lui, son autorité en tant qu'interlocuteur, dans la vie de tous les jours.

L'incapacité juridique déséquilibre en elle-même fondamentalement la relation entre la personne incapable et les autres citoyens, qu'il s'agisse de son administrateur, de ses proches, des soignants, des représentants d'institution sociales ou bancaires. Le *label incapacité*, qui correspond souvent à un *label trouble mental*, modifie la perception sociale de la personne concernée et discrédite d'autant sa parole. Autrement dit, l'incapacité juridique augmente le risque d'injustice épistémique testimoniale.

Sans même aller jusqu'à l'incapacité judiciairement officialisée, l'amalgame entre le trouble mental et l'incapacité *de simple fait* suffit à provoquer une telle injustice testimoniale. Il arrive qu'une personne vivant avec un trouble mental se voit réduite à ce diagnostic : ses doutes et aspirations, son ressenti voire ses symptômes évidents risquent d'être tous perçus comme des manifestations du trouble mental et, de ce fait, disqualifiés.

L'ouvrage *Global Perspectives on Legal Capacity Reform, Our Voices, Our Stories* relate certains témoignages illustratifs de cette injustice testimoniale subie par les personnes porteuses du *label trouble mental*. R., diagnostiquée comme schizophrène, a souffert de symptômes physiques intenses en raison d'une tumeur au cerveau, qui n'a été décelée qu'assez tard, car ses plaintes relatives à des tremblements, des pertes de contrôle de ses mouvements, etc. étaient attribuées à sa maladie mentale et ce, alors qu'elle disait elle-même que cela n'avait rien à voir[1295]. F., diagnostiquée comme vivant avec un trouble bipolaire, a subi des lésions rénales irréversibles en raison d'un traitement au lithium, dont elle connaissait les effets secondaires sur le fonctionnement des reins et pour lequel elle a exprimé ses craintes à maintes reprises,

[1293] M. FRICKER, *Epistemic Injustice. Power & the Ethics of Knowing*, Oxford University Press, 2007, p. 28.
[1294] *Ibidem*, pp. 9-14.
[1295] R. VALLIAPPAN, R. MYKITIUK, « The humour in my tumour : respecting legal capacity in health-care decision-making », *Global Perspectives on Legal Capacity Reform, Our Voices, Our Stories*, Oxford, Routledge, 2019, pp. 184-196.

mais qui lui a néanmoins été imposé durant dix-sept ans[1296]. F. avait également demandé à son médecin traitant de ne discuter des modalités du traitement qu'avec elle et non avec ses proches, ce qui a été ignoré, et lorsqu'elle a manifesté son mécontentement, le dosage de son traitement a été augmenté, comme si c'était la maladie qui était forcément à l'origine de son anxiété, plutôt que l'absence de considération de sa demande au médecin traitant[1297].

Ce type d'injustice se retrouve dans bien d'autres domaines que les soins de santé. H, diagnostiquée comme vivant avec la maladie d'Alzheimer, explique qu'elle s'est déjà vu refuser le droit de voyager seule, à la simple mention de la maladie[1298]. P., diagnostiqué comme vivant avec un handicap intellectuel[1299], expose son parcours du combattant pour devenir propriétaire d'un appartement – sous-entendu, sans passer par un représentant[1300]. Enfin, J., également diagnostiquée comme vivant avec un handicap intellectuel, résume bien les choses :

> *It's hard to put into words how important it is for me to be able to decide what to eat, what clothes to wear, who to spend time with or to deal with things that have a legal impact on my own life, as these are rights that many other people have already. It's very painful no to have privacy and things of my own or not to be able to make choices about my own life. I want people to see me, not as a diagnosis or a burden and not as less than them, just as Joy*[1301].

L'amalgame entre trouble mental et incapacité de fait généralisée repose sur un préjugé social fort, auquel ni les juges, ni les avocats, ni les praticiens de la santé, ni les proches de la personne concernée ne peuvent se soustraire a priori. Ce préjugé alimente spontanément des décisions d'incapacité juridique qui, en retour, contribuent à affaiblir le statut social de la personne en tant que citoyen et interlocuteur.

Pour le Comité, reconnaître la pleine capacité juridique de chacun est le seul moyen de combattre efficacement les préjugés sociaux et de sortir de ce cercle vicieux, qui conduit à affaiblir toujours davantage certaines personnes handicapées. Quelles que soient les précautions légales supposées valoriser la parole des personnes jugées incapables, l'incapacité juridique vient renforcer un déséquilibre en défaveur des personnes vivant avec un trouble mental : privées de l'exercice de leurs droits, il leur devient souvent impossible de se positionner elles-

---

[1296] F. ANDERSON, B. CHEN, « Consent is more than just yes or no », *Global Perspectives on Legal Capacity Reform, Our Voices, Our Stories*, Oxford, Routledge, 2019, pp. 178-179.
[1297] *Ibidem*.
[1298] H. ROCHFORD-BRENNAN , M. JENKINS, « Travel and dementia : one story, many rights », *Global Perspectives on Legal Capacity Reform, Our Voices, Our Stories*, Oxford, Routledge, 2019, p. 85.
[1299] Le terme anglophone « *intellectual disability* » est ici traduit littéralement, bien que les expressions « déficience intellectuelle » ou « handicap mental » soient plus courantes en français. D'après R. MARTIN, l'expression « handicap intellectuel » ou « handicap d'apprentissage » (« *learning disability* ») est en effet préférable (dernière session de questions/réponses du 20 juin 2019, dans le cadre de la *11th International Disability Law Summer School* (17-21 juin 2019) du Centre for Disability Law and Policy (CDLP) de l'Université Nationale d'Irlande à Galway.
[1300] P. ALFORD, M. BROWNING, « From institutional life to home ownership: a personal story demonstrating the power of support to enable the exercise of legal capacity », *Global Perspectives on Legal Capacity Reform, Our Voices, Our Stories*, Oxford, Routledge, 2019, pp. 99-109.
[1301] J. REHEMA, E. O'SHEA, « I have the strength to speak up for myself », *Global Perspectives on Legal Capacity Reform, Our Voices, Our Stories*, Oxford, Routledge, 2019, p. 54.

mêmes comme interlocuteurs. La considération accordée à leur volonté et préférences dépendra désormais majoritairement de l'appréciation d'autrui.

Cette expérience que les anglophones appellent « *disempowerment* » est extrêmement difficile à exprimer dans une société qui a érigé l'incapacité juridique en une mesure de *protection* et dont le discours dominant assène l'importance de l'incapacité pour protéger : « Le Comité des droits des personnes handicapées et son Rapporteur spécial (…) finissent (…) par ériger l'une contre l'autre protection et autonomie, comme si une mesure de protection était toujours attentatoire à la liberté individuelle d'une personne handicapée, alors qu'elle vise au contraire à la protéger »[1302]. Une telle critique repose sur un malentendu concernant la position du Comité : ce qu'il refuse, c'est une protection comprise comme une mesure d'incapacité juridique – dont on peut difficilement nier qu'il s'agit d'une atteinte à la liberté individuelle. Pour le Comité, la seule protection qui vaille est celle qui soutient la personne dans l'exercice de ses droits, *sans la priver* de cet exercice, selon des modalités déjà expliquées[1303].

À propos des mesures d'incapacité en général, un autre auteur énonce que « l'individu pourra aller et venir dans le monde sensible mais ne pourra pas jouer un rôle dans le monde symbolique du droit » [1304]. Décider avec qui on vit, ce que l'on achète et comment on se soigne, entre autres, voilà qui est loin d'être « symbolique »[1305]. Cette phrase est révélatrice d'une certaine culture de l'incapacité juridique : l'incapacité ne serait finalement qu'un menu correctif, permettant d'assurer un cadre sécurisé à l'intérieur duquel les personnes les plus vulnérables peuvent s'épanouir. Nous semblons tous accepter comme une évidence universelle qu'une partie de la population doive être privée de sa capacité juridique pour être protégée – tant que nous ne sommes pas concernés nous-mêmes, du moins[1306].

Dans ce contexte, comment une personne pourrait-elle exprimer l'impuissance, l'humiliation, l'anxiété, la rage que peuvent générer les *mesures de protection*[1307]? Comment décrire une violation de droits élémentaires alors même que les mécanismes légaux qui les permettent sont socialement perçus comme le seul moyen d'assurer le respect de ces droits ? Il s'agit ici d'une injustice herméneutique jouant en défaveur des « personnes protégées » ou « à protéger » et de

[1302] Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, p. 126.
[1303] *Cf. supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 2. L'observation générale n° 1 expliquée.
[1304] A-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, Limal, Anthémis, 2013, p. 527. Un ancien juge de paix a quant à lui rédigé un ouvrage sur la réforme entrée en vigueur en 2014, intitulé *La capacité protégée (…) (*Fr.-J. WARLET, *La capacité protégée : analyse de la loi du 17 mars 2013* (Lois actuelles), Kluwer: Waterloo, 2014).
[1305] Les expressions de « monde sensible » et de « monde symbolique » font probablement référence à Platon (allégorie de la caverne), sans que cela remette en cause la critique exprimée dans le corps du texte.
[1306] Patience, cela viendra pour nombre de ceux qui auront la chance de vivre vieux, à moins que les méthodes de soutien à la capacité juridique se soient diversifiées d'ici là.
[1307] M. FRICKER, *Epistemic Injustice. Power & the Ethics of Knowing*, Oxford University Press, 2007, p. 153 : « *the unequal hermeneutical participation remains positively disguised by the existing meaning attributed to the behaviour ('flirting'), and so it is all the more difficult to detect* » (toujours à propos de l'exemple du harcèlement sexuel : non seulement, jusqu'il y a peu, le concept n'existait pas mais en plus les plaintes des femmes qui en étaient victimes étaient rejetées en raison d'une acception sociale positive, de type « flirt », « plaisanterie », etc.).

tous ceux qui veulent questionner les bienfaits de ces mesures d'incapacité : la critique semble encore largement inaudible[1308].

La combinaison des injustices herméneutique et testimoniale a pour double effet d'aggraver l'impuissance des personnes protégées et de renforcer le discours protectionnel dominant.

Il y a tant de bonnes intentions dans les régimes de protection actuels que le refus d'un tel statut ne se comprend finalement pas (injustice herméneutique): pourquoi refuser une aide nécessaire et encadrée judiciairement, afin de prévenir les abus ou d'y remédier ? Toute personne éprouvant des difficultés à gérer ses intérêts ne devrait-elle pas accepter avec reconnaissance la main tendue, en la personne d'un administrateur des biens ou de la personne ? Dans ce contexte, le refus obstiné d'une mesure de protection aura tôt fait de convaincre l'interlocuteur de la nécessité de la mesure : la personne à protéger refuse parce qu'elle ne comprend pas bien ce qu'on lui propose (injustice testimoniale), sinon elle serait évidemment d'accord. C'est bien la preuve que la mesure s'impose. CQFD.

En réalité, la personne à protéger comprend peut-être très bien *ce que nous ne percevons pas spontanément* et que l'on pourrait décrire comme ceci : « Sans ma capacité d'exercice, je ne serai plus grand-chose, je ne serai plus un interlocuteur valable dans la vie quotidienne et je ne veux pas, personne ne le voudrait ! » Qui sommes-nous sans notre pouvoir décisionnel, dans une société qui glorifie la rationalité ? Car, qu'il s'agisse de représentation ou d'assistance, la mesure prive la personne protégée de son *pouvoir* décisionnel : dans tous les cas, légalement, c'est l'administrateur qui a le dernier mot.

Ce regard très différent sur la protection des majeurs permet de mieux comprendre la critique, citée ci-dessus, selon laquelle les mécanismes d'incapacité fonctionnent comme une « prophétie autoréalisatrice »[1309] : moins écoutées, moins crues, impuissantes à exprimer une expérience dissonante dans le vacarme du discours protectionnel, les personnes jugées incapables ont-elles une autre possibilité que de le devenir ?

Une fois de plus, il ne faut pas voir ici un appel à la révolution. Notre culture juridique est une donnée importante de la réflexion et vouloir la modifier radicalement sans connaître le point de vue des acteurs-clés de la société civile serait manifestement une erreur. En théorie, je ne plaide que pour une ouverture épistémique : acceptons de comprendre le point de vue du Comité et de le considérer comme une source d'inspiration intéressante dans nos réflexions sur un

[1308] C'est en train de changer et ça peut changer rapidement. Par exemple, l'Université Saint-Louis a lancé, fin 2019, le « projet de recherche AutonomiCap ("L'autonomie à l'épreuve du handicap, le handicap à l'épreuve de l'autonomie"), [dont la] problématique centrale (…) consiste à analyser, par le biais d'une approche interdisciplinaire, de quelles manières la montée en puissance des références à l'autonomie transforme les objectifs et les modalités des politiques publiques à l'égard des personnes en situation de handicap » (https://autonomicap-usaintlouis.org/). L'ouvrage dirigé par I. Hachez et J. Vrielink montre la volonté de comprendre et discuter les enseignements découlant de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, y compris le *soft law* du Comité des droits des personnes handicapées (*Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020).
[1309] A. DHANDA, « Pour ou contre le nouveau paradigme d'une capacité juridique universelle et accompagnée ? », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. 55.

accompagnement capacitant des personnes handicapées, voire comme une occasion exceptionnelle de poser un regard neuf sur des mécanismes juridiques millénaires.

En pratique, seules des recherches participatives semblent à même d'ouvrir des espaces de réflexion plus innovants et démocratiques, par la prise en compte des *savoirs situés* des personnes handicapées, des proches de celles-ci, des praticiens de la santé, des juges de paix et administrateurs, etc.

§3. Justice herméneutique : « Rien sur nous, sans nous »[1310] *ou la participation*

1. Participation et méta-participation

Définir les meilleurs moyens pour mettre en œuvre la Convention, et en particulier son article 12, nécessite une réflexion multipartite au long cours, donnant véritablement corps à l'exigence de participation.

La participation peut se comprendre d'au moins deux manières.

En premier lieu, il faut rappeler que la Convention définit le handicap comme une situation de non-participation : « *Reconnaissant* que la notion de handicap évolue et que le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres (…) »[1311]. L'objet même de la Convention consiste donc à assurer « la participation et l'intégration pleines et effectives à la société »[1312]. De ce projet découle une série de directives relatives à la participation effective des personnes handicapées dans des domaines particuliers, tels que la justice, l'éducation, la vie politique, etc. Actuellement, en Belgique, des initiatives concrètes fleurissent pour tester de nouveaux modes de fonctionnement plus respectueux de ce principe[1313].

[1310] Slogan employé par des groupes discriminés pour revendiquer le droit d'être consultés au sujet de tout projet législatif ou politique les concernant. Il est devenu le mantra des défenseurs des droits des personnes handicapées et est également repris à la p. 2 de l'observation générale n° 7, qui détaille la façon dont les États parties doivent organiser la méta-participation dont question *infra* (Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 7 (2018) sur la participation des personnes handicapées, y compris des enfants handicapés, par l'intermédiaire des organisations qui les représentent, à la mise en œuvre de la Convention et au suivi de son application*, CRPD/C/GC/7).

[1311] Préambule, (e), de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

[1312] Art. 3, c), de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (« Principes généraux »).

[1313] À titre d'exemples, voy. V. CHARLOT, C. GUFFENS, V. HEYNEN, « Aînés, à vous de jouer ! Des intentions aux réalités. Quels leviers pour soutenir la participation des aînés ? », www.lebienvieillir.com, septembre 2020; M.-Fr. DISPA, « Des maisons où il fait bon vivre et travailler. Le modèle TUBBE : une inspiration scandinave dans les maisons de repos et de soins », juin 2019, www.kbs-frb.be; appel à projet de la Fondation Roi Baoudouin, « Mieux accompagner l'autonomie des personnes vivant avec des limitations à domicile », 23 avril 2019, www.kbs-frb.be. La description du projet permet de comprendre qu'il vise notamment les personnes vivant avec un trouble mental : « Quel que soit leur âge, les personnes fragilisées, les personnes avec un handicap, les personnes avec un trouble mental ou cognitif et les personnes avec une déficience intellectuelle ou un trouble de l'apprentissage souhaitent rester à la maison et vivre une vie aussi indépendante que possible (…) ».

En second lieu, la participation peut s'entendre de façon plus structurelle, au sens d'une méta-participation : « dans l'élaboration et la mise en œuvre des lois et des politiques adoptées aux fins de l'application de la présente Convention, ainsi que dans l'adoption de toute décision sur des questions relatives aux personnes handicapées, les États Parties consultent étroitement et font activement participer ces personnes, y compris les enfants handicapés, par l'intermédiaire des organisations qui les représentent »[1314]. Les États parties doivent également s'assurer du fonctionnement de mécanismes indépendants « de promotion, de protection et de suivi de l'application de la (…) Convention », compte tenu du fait que « la société civile – en particulier les personnes handicapées et les organisations qui les représentent – est associée et participe pleinement à la fonction de suivi »[1315].

C'est cette forme de participation qui m'intéresse ici, dans la mesure où elle devrait influencer la méthodologie de projets scientifiques ou processus législatifs futurs. Il s'agit par ailleurs d'une participation première, par rapport à la participation concrète à la vie en société : avant de savoir comment améliorer cette dernière, il faut se poser la question de ceux que l'on va mettre autour de la table pour en discuter. Pour éviter que les politiques soient imprégnées de préjugés, toutes les parties intéressées doivent être invitées. « Rien sur nous, sans nous »… Ou, de manière savoureusement anglophone, « *if you are not at the table, then you are on the menu* » !

Il ne s'agit pas d'un militantisme idéaliste, mais d'un souci scientifique. Si les personnes handicapées peuvent éprouver des difficultés à communiquer une expérience difficile, c'est en partie parce que notre société manque encore de ressources interprétatives quant au handicap, ce que M. Fricker a conceptualisé comme une injustice herméneutique[1316]. Elle souligne que les lacunes herméneutiques d'une société s'expliquent par la « participation herméneutique inéquitable » ou la « marginalisation herméneutique » de certains membres de la société[1317]. Ce sont en effet des membres des groupes sociaux les plus influents qui sont le plus souvent conviés et les plus écoutés lorsque l'on envisage de modifier certaines politiques. Si les discussions qui en découlent sont souvent intéressantes, il y a fort à parier qu'elles manquent une partie de la réalité à savoir, souvent, l'expérience vécue des personnes les premières concernées.

A. Arstein traduit cette préoccupation en termes de participation politique des personnes handicapées :

> *(...) people with cognitive disability who experience a denial of the right to legal capacity are also at risk of experiencing a denial of the right to political participation. This is particularly important because it then excludes this group from contributing to the*

[1314] Art. 4, al. 3, de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (« Obligations générales »).
[1315] Art. 33, al. 2 et 3, de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (« Application et suivi au niveau national »). Dans sa Stratégie sur le Handicap, le Conseil de l'Europe promet d'être particulièrement attentif au respect de ce point par les états membres (« Droits de l'homme : Une réalité pour tous Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap 2017-2023 », disponible sur https://rm.coe.int/, 2016, p. 6).
[1316] *Cf. supra*, Section 1ère, §3. Emergence du concept d'injustice épistémique.
[1317] M. FRICKER, *Epistemic Injustice. Power & the Ethics of Knowing*, Oxford University Press, 2007, pp. 152-153.

> *formation of government, government laws, and policies. As a result, the interests of this group are at risk of being excluded from the political process altogether, which would presumably have the effect of perpetuating laws denying legal capacity and political participation to people with cognitive disability*[1318].

Veiller à la justice herméneutique se révèle dès lors bénéfique pour ceux qui souffrent personnellement d'une injustice et d'une marginalisation herméneutique, mais aussi pour la société dans son ensemble : en valorisant la participation accrue des membres de groupes sociaux moins en vue, le processus politique est plus à même de combler les lacunes herméneutiques de la société[1319], gagnant du même coup en légitimité et en objectivité.

La Convention fournit plusieurs exemples de leviers de justice herméneutique, soit de mécanismes permettant d'augmenter les connaissances relatives aux expériences vécues par les personnes handicapées. D'une part, le Comité est habilité à recevoir des plaintes des ressortissants des États parties, lorsque ceux-ci estiment que leurs droits n'ont pas été respectés, ce qui peut donner lieu à la formulation de recommandations destinées à l'État partie concerné. En parallèle, la Convention transforme progressivement le droit interne des États parties, qui devraient dès lors offrir de plus en plus de possibilités de participation et de recours aux personnes handicapées.

Des processus participatifs devraient continuer à se développer, pour permettre aux personnes handicapées de prendre une part active aux processus visant une meilleure mise en œuvre de la Convention. À titre de contre-exemple, l'extrait suivant est édifiant. Il provient des travaux préparatoires de la loi du 21 décembre 2018 portant dispositions diverses en matière de justice, laquelle a révisé les régimes de protection instaurés par la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine :

> B.2.5. *Exposé de Mme Gisèle Marliere, présidente du Conseil Supérieur National des Personnes Handicapés (CSNPH)*
> La réforme sur la capacité juridique est attendue depuis longtemps par les personnes handicapées et leur famille car les statuts dits d'"incapacité" méconnaissent, au motif de leur déficience et de leur fragilité, les droits les plus élémentaires des personnes handicapées.
> Ces statuts ne répondent plus aux aspirations des personnes elles-mêmes et les emprisonnent dans un monde d'interdits, d'impossibilités d'agir et de s'épanouir sur le plan humain.
> La Convention relative aux droits des personnes handicapées ratifiée par la Belgique en 2009, a définitivement contraint les politiques à prendre leurs responsabilités et à mener les nécessaires travaux de réflexion et de réécriture de nombreux textes légaux.
> Le Conseil Supérieur National des Personnes Handicapées a été particulièrement actif sur ces sujets entre 2011 et 2015 :

[1318] A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 156.
[1319] M. FRICKER, *Epistemic Injustice. Power & the Ethics of Knowing*, Oxford University Press, 2007, p. 174.

> — il a régulièrement invité et entendu le représentant du ministre de la Justice sur des avancées ou des propositions ;
> — il a exprimé à plusieurs reprises son avis sur des projets de réforme divers (à consulter sur le site du Conseil (http://ph.belgium.be/nl/csnph/mission.html) et en particulier les cinq avis rendus entre 2011 et 2015);
> — il a, enfin, participé à des groupes de travail pilotés par le cabinet du ministre de la Justice.
> Toutes ces étapes ont été pour le Conseil des moments d'engagement rigoureux et assidu.
> Le 25 octobre dernier, le Conseil a, grâce à l'invitation de la commission pour cette audition du 6 novembre, pris connaissance du projet de loi. Ce qui fait que le Conseil n'a pas eu le temps d'analyser correctement le projet.
> Mme Marlière souligne :
> — que le Conseil n'a pas, entre le 25 octobre et ce 6 novembre, eu le temps de l'analyse ;
> — qu'il n'a pas eu le temps non plus de la concertation avec ses membres ;
> — qu'il n'a pas eu le temps de la réflexion, de l'intégration des différents aspects et enjeux ;
> — qu'il n'a pas eu le temps de l'écriture, qu'il a toujours souhaitée complète et constructive.
> Il est vrai que le Conseil a déjà rendu des avis dans l'urgence mais en veillant toujours à être complet et rigoureux. Ici c'est impossible : la taille du projet de loi et l'importance de ses enjeux nécessitent le temps de l'appropriation et le temps de l'écriture.
> Alors que le Conseil a toujours témoigné sa disponibilité dans ce dossier, il ne comprend aujourd'hui pas pourquoi il n'a pas été consulté avant le dépôt du texte à la Chambre et ce, alors que d'autres instances d'avis l'ont été.
> Le Conseil a identifié dans le projet des éléments qui ne sont pas bons, d'autres qui nécessitent des explications. Le Conseil est disposé à remettre un avis plus tard et après avoir entendu le cabinet du ministre.
> Le Conseil se réunit en plénière le 19 novembre 2018. Il est encore possible d'adapter l'ordre du jour. Les membres de la commission y sont invités ainsi que le ministre ou son représentant pour l'entendre sur sa réforme. Ensuite, dans le courant du mois de novembre, la position du Conseil pourra être présentée à la commission[1320].

Cet extrait donne l'impression que le CSNPH a été mis dans une situation où il lui était impossible de rendre un avis détaillé, alors même que cet organisme est présenté par l'État belge comme une ressource-clé, compte tenu de l'exigence de participation :

> Au niveau fédéral, la participation des personnes handicapées à l'élaboration, l'application et l'examen des textes de loi et politiques relatifs au handicap se fait principalement par le biais de conseils et de contacts avec le Conseil Supérieur National des Personnes Handicapées (CSNPH). Il est chargé de l'examen de toutes les matières qui sont susceptibles d'avoir des conséquences sur la vie des personnes handicapées. Les membres du gouvernement et les administrations peuvent demander des avis sur les propositions, et le Conseil donne également des avis de sa propre initiative. Cet avis est obligatoire pour des propositions liées aux allocations aux personnes handicapées. Le mécanisme de

[1320] Projet de loi portant dispositions diverses (…), Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3303/008, pp. 138-139. Je souligne.

> coordination soutient le CSNPH en diffusant davantage ses conseils à toutes les administrations concernées[1321].

Ce n'est pas à la participation de se couler dans l'agenda politique, mais à l'agenda politique d'accepter de se laisser transformer par l'exigence de participation. En outre, les amendements adoptés à l'initiative du CSNPH démontrent l'intérêt de la participation de ce type d'organisation. C'est le CNSPH qui a proposé d'inscrire dans le Code civil le repère concret d'« au moins une fois par an », lorsqu'il s'agit de « se concerter à intervalles réguliers »[1322]. De manière également très pragmatique, il a convaincu le législateur d'exiger que le juge de paix précise à quelles conditions la personne protégée peut utiliser une carte bancaire pour les actes de gestion journalière[1323]. Le CSNPH a en effet pu constater « que, dans la pratique, les banques refusent la délivrance d'une carte bancaire aux personnes protégées pour gérer leurs besoins quotidiens alors que celle-ci est de plus en plus utilisée dans la société pour payer ses achats »[1324].

La participation renforcée des personnes handicapées ne signifie pas l'exclusion des autres parties intéressées, loin de là[1325]. Un véritable changement de regard sur le handicap, et sur les troubles mentaux en particulier, ne pourra intervenir à long terme que s'il est porté par la société civile. La culture d'un peuple ne change pas au parlement. Nous ne sommes qu'au début d'un processus qui doit mettre autour de la table les personnes handicapées, leurs proches, les praticiens de la santé, les juges, les notaires, les avocats-administrateurs… Avec une question : comment étoffer l'offre d'accompagnement à l'exercice des droits et obligations ?

Une approche fondée sur les droits a le mérite d'unir les forces : réclamer un meilleur respect des droits transcende les revendications spécifiques à certains types de handicap. Qu'elles représentent des personnes autistes, trisomiques ou démentes, les associations peuvent ainsi unir leurs forces pour défendre ensemble le droit à l'accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique. L'expertise spécifique à chacune de ces associations reste évidemment nécessaire lorsqu'il s'agit de développer et de répertorier de bonnes pratiques d'accompagnement, concrètement, au cas par cas et au jour le jour, mais leurs revendications peuvent se coordonner sur la base d'une approche fondée sur les droits.

[1321] Com. dr. pers. hand., *Belgique. 2ème et 3ème rapports périodiques*, CRPD/C/BEL/2-3, 14 avril 2020, p. 5 (Question 3).

[1322] Art. 490/2, §1er, al. 3 (protection extrajudiciaire – mandataire), et art. 499/1, §3, al. 2 (protection judiciaire – administrateur), du Code civil. La suggestion du CSNPH portait sur le mandat de protection extrajudiciaire, mais a été jugée pertinente en matière de protection judiciaire également (Projet de loi portant dispositions diverses (…), Amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3303/010, pp. 2 et 7).

[1323] Art. 492/1, §2, al. 4, du Code civil.

[1324] Projet de loi portant dispositions diverses (…), Amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3303/010, p. 3.

[1325] Pour des conseils de fonctionnement d'une coalition issue de la société civile et rassemblant tant des représentant des personnes handicapées que des représentant d'autres acteurs-clés, voy. A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 221-222 et 226-227.

Pour se faire entendre des politiciens, la société civile dispose d'autres moyens que les auditions au parlement. Sans avoir été invité à parler, il est ainsi possible de[1326] :

- déposer un rapport parallèle lors des évaluations menées par le Comité des droits des personnes handicapées[1327] ; ces rapports sont très importants car ils permettent au Comité de mieux cerner le contexte du pays concerné[1328] ;
- mener des actions judiciaires stratégiques (*strategic litigation*) jusque devant la Cour européenne des droits de l'homme ou le Comité des droits des personnes handicapées, pour faire évoluer la position étatique sur certains points-clés[1329] ;
- mener des actions directes : manifestations, événements, lobbying en tout genre.

Ces actions, chronophages et pluridisciplinaires, se mènent idéalement de façon complémentaire et en front commun.

Par ailleurs, pour soutenir et développer la participation politique, au sens large, des personnes handicapées, celles-ci doivent pouvoir prendre activement part aux recherches touchant au handicap.

2. Recherche participative

Les personnes handicapées, en particulier celles vivant avec un trouble mental, ont souvent été considérées comme incapables d'exprimer leur opinion et donc de défendre leurs intérêts. Ce stéréotype se voit renforcé chaque fois qu'une personne handicapée éprouve des difficultés à parler elle-même de sa situation.

Il faut néanmoins se rappeler qu'exprimer son opinion, parler de sa situation et de la façon dont on voudrait qu'elle s'améliore est une compétence à part entière. Nous l'acquérons progressivement au sein de notre famille et du système éducatif, pour autant que ceux-ci croient en nos facultés d'apprentissage. À l'inverse, si notre entourage social pense d'emblée que nous ne pouvons pas nous exprimer pour défendre nos intérêts, il ne nous apprend pas à le faire, au contraire : il veille à ce que nous comprenions qu'il faut laisser faire les autres à notre place, parce qu'ils savent mieux. Dans ce contexte, il est logique que certaines personnes soient déroutées lorsqu'on leur demande leur opinion, dans des domaines pour lesquels elles n'ont jamais eu leur mot à dire. Une réaction de stupeur, de confusion, de silence signifie d'abord que

[1326] Ces trois moyens d'action complémentaires ont été remarquablement mis en évidence lors de la session « Tools and tactics to achieve change – holding our governments accountable » du 20 juin 2019 dans le cadre de la 11th International Disability Law Summer School (17-21 juin 2019) du Centre for Disability Law and Policy (CDLP) de l'Université Nationale d'Irlande à Galway.

[1327] *Cf. supra*, Titre I, Chapitre 1er, Section 2. La traduction de l'article 12 en droit belge : la réforme des régimes d'incapacité.

[1328] Silvia QUAN (International Disability Alliance), intervention du 20 juin 2019, dans le cadre de la *11th International Disability Law Summer School* (17-21 juin 2019) du Centre for Disability Law and Policy (CDLP) de l'Université Nationale d'Irlande à Galway.

[1329] Pour des exemples de litiges stratégiques devant la Cour européenne des droits de l'homme, voy. A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 98 et s.

ces personnes ont perdu l'habitude – ou n'ont jamais eu la chance – d'être consultées. « *They have been disempowered* », disent les anglophones[1330].

Une recherche participative devrait dès lors commencer par réhabiliter certains participants en tant que sujets porteurs d'une connaissance propre sur eux-mêmes. Aux bénéfices généraux de la recherche – objectivité renforcée, correction de lacunes herméneutiques – viennent donc s'ajouter des bénéfices fondamentaux pour les participants : apprendre à parler pour soi-même et à défendre ses droits.

Dans son ouvrage sur l'objectivité et la diversité dans la recherche scientifique, S. Harding expose les grandes lignes du modèle de *recherche-action participative*. Il s'agit de recherches menées *avec et pour* des communautés pauvres, minoritaires ou opprimées, par opposition à des recherches *sur* ces mêmes communautés. La différence pratique est immense, dans la mesure où ce modèle implique une véritable redistribution du contrôle de la recherche : celle-ci se configure au fil d'une collaboration non-hiérarchisée entre les chercheurs et les membres de la communauté, dans le but de répondre aux besoins identifiés par ces derniers. Les chercheurs s'engagent à fournir aux membres de la communauté les informations dont ils ont besoin pour pouvoir agir eux-mêmes sur leurs conditions de vie[1331].

La démarche s'utilise également dans le domaine du handicap. Ainsi, A. Arstein-Kerslake propose un modèle de recherche participative fondée sur les droits :

> *This framework requires four core aspects*:
> 1. *Research is instigated by the voice of people with disabilities and the disability community calling for change in a particular area. In particular, the voice of people with disabilities and the disability community identifying a rights violation or potential rights violation. This can be an explicit or implicit identification of a rights violation.*
> 2. *The research agenda and core question is guided and led by the voice of people with disabilities and the disability community.*
> 3. *The research itself is co-produced by people with disabilities and the disability community, preferably the specific group to whom the research is relevant.*
> 4. *The outcomes of the research feed back into the disability community and instigate social change to assist in the alleviation of the rights violations initially identified*[1332].

[1330] Réflexion inspirée de l'exposé de Rachel CASSEN (Leap Ireland), intervention du 18 juin 2019, dans le cadre de la *11th International Disability Law Summer School* (17-21 juin 2019) du Centre for Disability Law and Policy (CDLP) de l'Université Nationale d'Irlande à Galway.
[1331] S. HARDING, *Objectivity and Diversity. Another Logic of Scientific Research*, The University of Chicago, 2015, pp. 165-167.
[1332] A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 218.

« Habituellement, la tâche n'est ni facile ni rapide »[1333], ce que l'on peut aisément constater en prenant connaissance de la méthodologie d'un projet de ce type[1334]. Spécifiquement consacré au droit à la capacité juridique, le projet VOICES[1335] est parti des constats suivants : ceux qui ont le pouvoir de faire évoluer le droit en matière de handicap sont peu conscients du vécu des personnes handicapées, premières destinataires de cette législation ; en outre, beaucoup de bonnes idées développées sur le terrain ne sont pas représentées dans la littérature scientifique. Le projet VOICES s'est dès lors donné comme objectif de produire de nouvelles connaissances, à partir du vécu des personnes handicapées. Le savoir issu de cette recherche innovante offre aux législateurs des indications sur la façon de reconnaître la capacité juridique dans des conditions d'égalité, au sens de l'observation générale n°1[1336].

Ce ne sont là que quelques exemples, parmi un fourmillement d'initiatives en *disability studies*. Pour rappel, celles-ci désignent les recherches menées par et pour les personnes handicapées dans divers domaines[1337], pour battre en brèche les préjugés *validistes*[1338] discriminants et appuyer les revendications politiques par des données scientifiques tangibles[1339]. De tels travaux ont notamment permis l'émergence du modèle social du handicap[1340], aujourd'hui consacré par la Convention des Nations Unies.

Les *disability studies* ont commencé à essaimer dans nos régions. L'ouvrage souvent cité *supra*, « *Choisir et agir pour autrui ?* (…) » est issu d'un projet scientifique et citoyen français destiné à « promouvoir le dialogue entre les personnes concernées à titre professionnels, expérientiels, scientifiques ou de citoyens »[1341], selon une démarche de *mise en forums* exposée par les membres du collectif lors de Colloque international « Injustices épistémiques : comment les comprendre, comment les réduire ? », qui s'est tenu à l'Université de Namur les 7 et 8 février 2019[1342]. Ce dernier a été également mis en avant d'autres recherches menées par des personnes handicapées, y compris par des personnes considérées comme intellectuellement handicapées[1343].

[1333] S. HARDING, *Objectivity and Diversity. Another Logic of Scientific Research*, The University of Chicago, 2015, p. 166 (traduction libre).
[1334] E. FLYNN, « Project methodology and background », *Global Perspectives on Legal Capacity Reform, Our Voices, Our Stories*, Oxford, Routledge, 2019, pp. 9-15.
[1335] E. FLYNN, A. ARSTEIN-KERSLAKE, C. DE BHAILÍS, M. LAURA SERRA (dir.), *Global Perspectives on Legal Capacity Reform, Our Voices, Our Stories*, Oxford, Routledge, 2019.
[1336] E. FLYNN, « Project methodology and background », *Global Perspectives on Legal Capacity Reform, Our Voices, Our Stories*, Oxford, Routledge, 2019, p. 9.
[1337] À titre d'exemple, voy. N. WATSON, A. ROULSTONE, C. THOMAS (dir.), *Routledge Handbook of Disability Studies*, Londres et New York, Routledge, 2012.
[1338] Traduction libre de l'expression anglophone « *disablism* », désignant la discrimination ou l'oppression sur la base du handicap, comme le racisme et le sexisme désignent respectivement celles fondées sur l'appartenance ethnique ou sur le sexe.
[1339] Définition inspirée de D. GOODLEY, *Disability Studies. An Interdisciplinary Introduction*, Londres, SAGE Publications Ltd, 2011, pp. 1-21.
[1340] *Ibidem*, pp. 8 et s.
[1341] B. EYRAUD, J. MINOC, C. HANON (dir.), *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, p. V.
[1342] B. EYRAUD (et des citoyens-chercheurs) « De quelques enseignements épistémiques d'une démarche de mise en forums de la convention des Nations Unies sur les droits des personnes en situation de handicap », Intervention du 8 février 2019 à 15h. Voy. également https://confcap-capdroits.org/
[1343] M. DOÉ, A. PRIMERANO, A.-C. MOUGET, « Comment intégrer l'expertise des personnes labélisées "handicapées" dans les recherches les concernant ? », Intervention du 7 février 2019 à 16h; A. D'ARRIPE, C.

En Flandres, la Faculté de psychologie et de sciences de l'éducation de l'Université de Gand mène des recherches en ce domaine depuis plusieurs années[1344]. En Belgique francophone, l'ouvrage *Ethiques et Handicaps* s'inscrit également dans l'idée de participation émancipatrice pour penser l'application de la Convention des Nations Unies[1345]. Une autre recherche participative a abouti à un ouvrage sur des manières d'« accompagner autrement les personnes en difficultés psychiques »[1346]. Enfin, ce n'est pas un hasard si l'Université Saint-Louis a envoyé, en avril 2019, un appel à candidature pour trois doctorants – dont un en droit – en vue de « la constitution d'un pôle d'excellence en *disabilities studies* au sein de l'université Saint-Louis-Bruxelles »[1347]. La première édition des « Grands arrêts en matière de handicap » reconnaît l'importance méthodologique de réflexions émanant de la société civile et de la *pair-expertise*[1348].

Sans prétention d'exhaustivité, ces exemples montrent que la rigueur scientifique n'exclut pas la diversité des points de vue, au contraire : nous sommes sur la voie du développement épistémique en matière de handicap.

Chapitre 2. Faire preuve d'ouverture épistémique… Et ensuite ?

Ce dernier chapitre vise à identifier quelques façons de se rapprocher de l'observation générale n°1 au sein de notre cadre légal actuel. Ce serait en effet faire fausse route que d'attendre un changement législatif pour élaborer de nouvelles formes d'accompagnement à l'exercice de la capacité juridique, sur le terrain : des recherches et des projets-pilotes sont autant de petits pas vers une intégration plus complète de l'article 12[1349].

ROUTIER, C. LEFEBVRE ET SECTION DES USAGERS COLLECTIF, « Tous pareils, tous différents : changer les regards pour réduire les inégalités entre les savoirs », Intervention du 8 février 2019 à 14h30; C. LETAILLEUR, « De la poudre aux yeux à l'aveuglement participatif : reproduction inégalitaire, dépolitisation des savoirs et détresse d'une méchante usagère », Intervention du 8 février 2019 à 14h30.

[1344] Voy., entre autres, G. ROETS, H. DEAN, M. DE BIE, « Disability rights and disability studies in social work: uncovering different interpretations of rights and needs of people with learning disabilities in social work practice », *European Social Work: a compendium*, Leverkusen, Verlag Barbara Budrich, 2018; G. ROETS, R. BRAIDOTTI, « Theorizing the unity of bodies and minds: nomadology and subjectivity in disability studies », *Disability and social theory: new developments and directions*, UK, Palgrave Macmillan, pp. 161-176; G. ROETS, D. GOODLEY, G. VAN HOVE, « Narrative in a nutshell : sharing hopes, fears and dreams with self-advocates », *Intellectual and Developmental Disabilities*, 2007, 45(5), pp. 323–334; G. ROETS, D. VAN DE PERRE, G. VAN HOVE, L. SCHOETERS, E. DE SCHAUWER, « One for all – All for one! An account of the joint fight for human rights by Flemish Musketeers and their Tinker Ladies », *British Journal of Learning Disabilities*, 2004, 32(2), pp. 54–64; G. VAN HOVE, S. GABEL, E. DE SCHAUWER, K. MORTIER, J. VAN LOON, G.LOOTS, P. DEVLIEGER, G. ROETS, L. CLAES, « Resistance and resilience in a life full of professionals and labels: narrative snapshots of Chris », *Intellectual and Developmental Disabilities*, 2012, 50(5), pp. 426-435.

[1345] M. MERCIER, R. SALBREUX (dir.), *Ethiques & Handicaps*, Presses Universitaires de Namur, 2018.

[1346] L. VAN HUFFEL, P. JAMOULLE, E. NICOLAS, *Le rétablissement en pratique(s). Accompagner autrement les personnes en difficultés psychiques*, Louvain, LannooCampus, 2015.

[1347] USL-B, Projet de recherche Autonomicap : « L'autonomie à l'épreuve du handicap, le handicap à l'épreuve de l'autonomie ».

[1348] I. HACHEZ, J. VRIELINK, « Introduction », *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 19.

[1349] En ce sens, A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 223.

Précision liminaire : éviter la confusion des registres épistémique et normatif

Une fois l'observation générale n°1 considérée et comprise, faut-il la suivre en tous points tout de suite ? Pas forcément. Il s'agit là d'une autre question juridico-philosophique : celle de la normativité.

La question épistémologique doit être distinguée de la question normative. Or, à une demande d'ouverture épistémique est parfois opposée une réponse normative : « on ne peut quand même pas intégrer toutes les revendications des militants ! ». Il y a là confusion des registres : on peut écouter, considérer, bref faire preuve d'ouverture épistémique, par opposition à l'injustice, *avant* d'envisager comment le droit devrait – ou non – intégrer certaines évolutions.

Pour décider en connaissance de cause – ou plutôt en connaissance des causes – la question normative doit intervenir *après* la question épistémique. Il faut donc éviter l'amalgame entre la question épistémique – de quelles connaissances disposons-nous, quels savoirs considérons-nous ? – et la question de la normativité – quels choix poser, quelles revendications acceptons-nous d'intégrer, en tant que corps social ?

L'ouverture épistémique ne signifie pas l'inféodation à tout type de revendication. Une connaissance située n'est ni plus ni moins correcte ou critiquable que tout autre type de connaissance. Lever l'injustice épistémique consiste d'abord à entendre et à considérer diverses formes de savoirs, dans l'intérêt du débat démocratique ainsi diversifié. Appliquée à l'observation générale n°1, l'ouverture épistémique implique de faire l'effort de comprendre cette observation dans tous ses aspects. Ensuite et seulement, il convient de se poser la question de la normativité.

Par conséquent, accorder de la valeur aux *savoirs expérientiels* n'implique pas forcément que la société fasse immédiatement siennes toutes les revendications exprimées. Toutefois, concernant l'observation générale n°1, force est de constater que ce ne sont pas de simples revendications mais l'interprétation officielle d'une Convention internationale que la Belgique s'est engagée à respecter. Les obligations générales des États parties à la Convention peuvent être synthétisées comme il suit :

- respecter les droits garantis par la Convention dans leur législation ;
- protéger ces droits en évitant leur violation par des particuliers ;
- réaliser ces droits en prenant des mesures appropriées, étape par étape[1350].

Dans ce contexte, la Belgique ne semble pouvoir faire autrement que de s'engager activement dans une démarche réflexive visant au moins à améliorer l'offre en matière d'accompagnement capacitant à l'exercice des droits. C'est avec cette idée en tête qu'il faut lire le présent chapitre : où en sommes-nous ? Comment pouvons-nous mieux utiliser les outils déjà à notre disposition ? De quels nouveaux outils avons-nous besoin ?

[1350] Art. 4 de la Convention et Pia JUSTESEN (docteure en droit spécialiste des droits humains), intervention du 17 juin 2019, dans le cadre de la *11th International Disability Law Summer School* (17-21 juin 2019) du Centre for Disability Law and Policy (CDLP) de l'Université Nationale d'Irlande à Galway.

La réponse à la question normative ne sera jamais définitive et, à ce stade, une formulation normative de mon opinion trahirait une valeur essentielle à la Convention : la participation, présentée *supra*[1351]. Les points qui suivent esquissent donc simplement quelques pistes de réflexion. L'« accompagnement capacitant » dont il est question désigne un soutien à l'exercice de la capacité juridique, dans l'esprit de l'observation générale n°1, c'est-à-dire un soutien qui ne prend pas la forme d'une mesure restreignant la capacité juridique des personnes concernées.

Section 1ère. Détacher l'accompagnement d'une évaluation incapacitante

Un accompagnement fondé sur les besoins des personnes devrait autant que possible éviter de reposer sur l'évaluation de la capacité de fait menée par un tiers. Un accompagnement capacitant est centré sur les besoins de la personne tels que définis par cette personne elle-même, avec l'aide éventuelle de tiers : parent ou ami, assistante sociale, infirmier à domicile, notaire, médecin traitant, etc.

Nous avons tous besoin de soutien pour exercer nos facultés de jugement. En ce sens, l'autonomie a été définie comme une capacité de poser des valeurs ou des préférences, qui se construit, se développe, se traduit en décisions et en actions à travers la relation à autrui[1352]. En fonction de chaque situation, le soutien relationnel à l'autonomie sera plus ou moins important.

Il devrait exister un vaste panel de mesures d'accompagnement garantissant que, quelle que soit sa situation, une personne peut trouver l'aide dont elle à besoin pour déployer son autonomie, sans devoir le payer d'une diminution de sa capacité juridique. Cela n'empêche pas la *protection*, sous une autre forme. De manière générale, il incombe à l'Etat protéger les individus des abus que rendent possibles les interactions sociales, sans lesquelles, néanmoins, nous ne serions rien.

Le bien-être et la satisfaction des besoins sont inextricablement liées à l'histoire personnelle des individus. Vouloir y répondre en adoptant un point de vue externe est vain. Cela ne devrait pas être remis en cause par le fait qu'une personne puisse avoir besoin d'une aide plus intense pour exprimer un besoin ou pour établir des priorités entre des préférences apparemment contradictoires. L'action efficace sur le plan strictement financier ou médical n'est pas forcément celle qui convient le mieux à une personne particulière, qui ne se réduit pas à son corps, à sa tête ou à son compte en banque. Nous sommes nombreux à avoir la chance de pouvoir nous leurrer, souvent, et même de pouvoir agir de façon sciemment déraisonnable, parfois.

La première question à se poser n'est pas de savoir jusqu'à quel point on peut diminuer la capacité juridique d'une personne pour la protéger, mais comment la protéger sans diminuer sa capacité juridique. Le cadre légal actuel n'offre pas beaucoup de possibilités en ce sens.

[1351] *Cf. supra*, Chapitre 1er, Section 2, §3. Justice herméneutique : *Rien sur nous, sans nous* ou la participation.
[1352] *Cf. supra*, Première partie, Conclusions du titre II. L'autonomie dans ses rapports avec la protection et la dignité humaine : cadre conceptuel de la recherche.

Le Comité recommande l'offre d'outils de planification[1353]. En ce sens, le mandat de protection extrajudiciaire est un outil intéressant mais probablement beaucoup plus accessible à la partie la plus privilégiée de la population : ceux qui ont les ressources pour planifier sereinement leur avenir, avec les proches et les professionnels qu'ils déterminent. Pour beaucoup d'autres, lorsque la question d'un accompagnement se posera, il risque d'être trop tard : déjà considérés comme incapables, ils n'auront plus accès à ce mode d'accompagnement supervisé par la justice de paix tout en laissant intacte la capacité juridique.

L'une des grandes richesses, dans notre société actuelle, est de pouvoir s'appuyer sur un réseau de personnes en qui l'on a confiance. Ceux qui ont cette chance se verront sans doute moins vite imposé un administrateur, tant que leurs proches pourront pallier l'incapacité de fait. Soutenir efficacement les aidants proches est donc un moyen indirect d'éviter le recours à des mesures d'incapacité, faute de mieux. La création du statut d'« aidant proche » présente une opportunité en ce sens[1354].

Aujourd'hui, c'est l'absence d'un panel d'alternatives à la protection judiciaire qui nous éloigne de l'article 12. Faute d'alternatives suffisamment variées, la protection judiciaire est le mode habituel d'accompagnement, plutôt qu'une solution de dernier recours. Le fait que l'*assistance* soit censée supplanter la *représentation* n'y change pas grand-chose. L'assistance limite encore la capacité juridique du sujet, bien que de façon moins invasive et, quoi qu'il en soit, les justices de paix peinent à appliquer ce mécanisme moins invasif : en quoi consiste-t-il, concrètement ? Comment assister quelqu'un au jour le jour, quand on est un administrateur professionnel ? En effet, les administrateurs sont pour la plupart des avocats, chargés de nombreux dossiers. Comment déployer l'assistance dans ce contexte ?

Un autre exemple d'un décalage entre la loi et sa mise en œuvre réside dans l'obligation, pour l'administrateur, d'associer la personne protégée. Il s'agit d'un point crucial, si l'on veut que la mesure de protection respecte la volonté et les préférences de la personne. Or, comment le juge peut-il procéder à un contrôle et à des recommandations efficaces en la matière, s'il est surchargé ?

Le manque de moyens pour les justices de paix n'est pas le seul problème. Pour oser ordonner des mesures originales et déployer le plein potentiel du régime actuel, encore faut-il croire en l'efficacité des mesures moins invasives, ce qui n'est possible que si des projets-pilotes la démontrent. Un projet de ce type pourrait explorer les possibilités de conclusion de mandats de protection extrajudiciaire avec des personnes susceptibles d'être considérées comme incapables de fait.

Plus largement, de nouvelles mesures d'accompagnement non incapacitantes ne pourront voir le jour que si l'ensemble des acteurs-clés de la société civile croient en l'efficacité de ces mesures. Or, ils n'y croiront que s'ils participent à l'élaboration de ces mesures et en constatent

[1353] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 17.
[1354] Loi du 12 mai 2014 relative à la reconnaissance de l'aidant proche.

les bénéfices. Sans ce processus citoyen, les efforts de tous ceux qui luttent pour la reconnaissance des droits des personnes en situation de handicap risquent de rester vains : « je me suis toujours bien débrouillée, mais la banque, elle veut que j'aie un administrateur ».

L'État doit protéger la liberté de choix, ce qui implique qu'il existe des alternatives tangibles à la protection judiciaire, c'est-à-dire que plusieurs options soient disponibles et accessibles en pratique, indépendamment de la capacité de fait de la personne concernée[1355]. La recherche empirique de bonnes pratiques, en matière d'accompagnement capacitant, doit se poursuivre sans relâche, dans un effort conjoint des milieux académiques et associatifs.

Pour répondre à l'exigence de participation et éviter la reproduction d'injustices épistémiques, des recherches devraient être menées à partir de l'expérience vécue des personnes privées de leur capacité juridique ou ayant subi des situations les privant, en fait, de l'exercice de cette capacité. Sachant que les mesures de protection s'appliquent le plus souvent à des personnes vivant avec un trouble mental, celles-ci devraient être associées de bout en bout à des recherches visant à faire émerger de nouvelles formes d'accompagnement de la capacité juridique. Partir des besoins des personnes les premières concernées élargit considérablement l'horizon des possibles et contribue à nourrir l'imaginaire social[1356].

Enfin, déployer des alternatives à la protection judiciaire n'impliquerait pas forcément d'allouer davantage de moyens aux mesures d'accompagnement de la capacité juridique, mais de redistribuer les moyens qui y sont consacrés. Même si cette transition aura un coût, elle semble souhaitable, à long terme, sur le plan économique : les méthodes d'accompagnement à l'exercice des droits seraient moins onéreuses que les mécanismes d'incapacité classiques, si l'on en croit les résultats d'expériences menées à l'étranger[1357].

[1355] A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 188.

[1356] *Ibidem*, pp. 219 et 229. Pour un exemple, voy. l'ouvrage issus du projet VOICES, déjà cité (E. FLYNN, A. ARSTEIN-KERSLAKE, C. DE BHAILIS, M. LAURA SERRA (dir.), *Global Perspectives on Legal Capacity Reform, Our Voices, Our Stories*, Oxford, Routledge, 2019).

[1357] Centre pour le droit et les politiques dans le domaine du handicap – NUI Galway, « Étude consacrée à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Contribution à la Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap », disponible sur https://rm.coe.int/final-study-on-the-equal-recognition-before-the-law-fr/168072b470, 2017, pp. 55-56 et 70-71. *Cf. supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 3, §2, 2. L'accompagnement sur la base de l'égalité avec les autres.

Section 2. Détacher l'accompagnement de la contrainte

§1er. L'arbre ne doit pas cacher la forêt

La question de la contrainte est trop vaste pour être traitée par la présente étude et trop importante pour se voir éludée. Elle apparaît donc, mais en marge seulement, pour rappeler aussi sa juste place. En focalisant les discussions scientifiques sur les situations extrêmes, nous risquons de nous formater à envisager le pire et de pécher ensuite par surprotection dans les innombrables situations banales du quotidien. L'angoisse générée pas les situations extrêmes peut nous pousser à ne plus accepter le risque comme corollaire inéluctable de l'existence humaine, en particulier pour des personnes que nous considérons comme particulièrement susceptibles d'être victimes d'abus ou d'en commettre elles-mêmes.

La réflexion sur le respect de la volonté et les préférences de chaque citoyen doit également et avant tout se mener au regard du quotidien des relations familiales ou amicales ou des soins de santé. Ce quotidien est essentiellement construit de *petits riens* qui ne feront pas le cas d'école devant la Cour européenne des droits de l'homme, mais qui sont d'une importance vitale fondamentale : l'ordinaire, le quotidien, la vie de tous les jours, c'est la plus grande partie de notre vie. Il est disproportionné d'asphyxier les désirs quotidiens d'une personne sous une chappe de protection pour la préserver d'une décision potentiellement catastrophique, à un moment donné. « Juste au cas où », en somme.

La question doit donc d'abord se poser au quotidien : comment *accompagner sans forcer* une personne dans les gestes et les choix de tous les jours, qu'ils aient trait aux repas, à l'habillement, aux soins du corps ou de santé, aux relations sociales, à l'entretien d'un logement, aux déplacements, à l'information sur ses droits et à la défense de ceux-ci ?

La recherche à cet égard doit tenir compte du fait que le risque et les erreurs font partie de la vie. Vouloir en préserver entièrement quelqu'un est vain, vouloir l'en préserver en le privant de l'exercice de ses droits peut s'avérer contre-productif. Les législations dites « de protection » tendent à faire oublier l'importance, pour le bien-être d'une personne, d'être reconnue dans ses facultés d'opérer des choix[1358].

Nous devons tous être protégés de manière efficace contre les escroqueries, les abus de pouvoir et les sévices en tout genre. Nous devons tous pouvoir trouver un remède à un engagement entaché d'un vice de consentement. Nous n'accepterions pas pour nous-mêmes que la seule protection offerte par l'État prenne la forme d'une incapacité juridique, alors pourquoi l'accepter largement pour une catégorie spécifique de la population ?

Probablement en raison d'un stéréotype fort : les personnes vivant avec un trouble mental ne sont pas capables de vigilance, elles ne comprennent pas leurs erreurs et n'en apprennent rien,

[1358] A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 53.

elles se ruinent ou ruinent leur famille, elles refusent l'ensemble des soins offerts et terminent leur vie de manière tragique. Comme le relève la romancière Chimamanda Adichie, « *The problem with stereotypes is not that they are untrue, but they are incomplete. They make one story become the only story* » : « Le problème des stéréotypes n'est pas qu'ils sont faux, mais qu'ils sont incomplets. Ils font d'une histoire la seule histoire possible »[1359].

L'anxiété causée par le spectre des cas extrêmes entraîne souvent leur généralisation abusive et une surprotection susceptible de générer un mal-être pour l'ensemble des personnes impliquées : la personne « protégée » se sent humiliée et passe éventuellement sa colère ou son chagrin sur ses proches, qui se sentent quant à eux coupables mais impuissants, vu l'absence d'alternatives.

En bref, la proposition est simple : plutôt que d'asphyxier le quotidien par peur des situations extrêmes, ouvrons notre imaginaire dans l'accompagnement au quotidien, pour qu'il féconde les réflexions relatives aux situations extrêmes.

§2. Capacité et contraintes légales des personnes handicapées

Indépendamment de la commission d'une infraction, la contrainte légale des « personnes handicapées », au sens de la Convention, intervient de trois manières[1360].

La première est l'imposition d'une mesure de protection judiciaire et la désignation d'un « administrateur » chargé, rarement, d'assister la personne protégée ou, le plus souvent, de la représenter. Dans l'immense majorité des cas, le juge ordonne une telle mesure parce qu'il a constaté l'incapacité de fait de la personne à protéger. Le constat d'une incapacité de fait est donc en lien direct avec l'application d'une mesure de protection judiciaire, laquelle intervient plus souvent à la demande de tiers que de la personne à protéger elle-même.

En deuxième lieu, le patient estimé incapable de fait par le praticien de la santé est représenté par un tiers. Ce dernier a alors la possibilité de consentir à des soins auxquels le patient lui-même s'opposerait, par la simple application de l'article 14 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

[1359] C. ADICHIE, « The danger of a single story », TED Talk, juillet 2009, disponible sur www.ted.com

[1360] Il n'est pas tenu compte, ici, de la mesure pénale prévue par la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement. En effet, la situation des personnes handicapées dans le circuit pénal devrait faire l'objet d'une étude participative et intégrée au contexte carcéral belge global, qui dépasse de loin le cadre de la présente recherche. Plus largement, la question de la privation de liberté des personnes handicapées n'est pas détaillée ici, ce dernier chapitre visant uniquement à présenter quelques pistes pour penser le système actuel à l'aune de l'observation générale n° 1 du Comité onusien des droits des personnes handicapées.
Pour une étude récente entièrement consacrée aux limitations de liberté dans les soins de santé, voy. T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Anvers, INtersentia, 2020. Plus particulièrement en lien avec le handicap, voy. I. HACHEZ et J. VRIELINK (dir.), *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 727-781.

Il faut enfin citer la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux. La « protection » dont question ici désigne l'hospitalisation psychiatrique forcée « d'un malade mental, [uniquement] si son état le requiert, soit qu'il mette gravement en péril sa santé et sa sécurité, soit qu'il constitue une menace grave pour la vie ou l'intégrité d'autrui » et « à défaut de tout autre traitement approprié »[1361]. De prime abord, cette mesure est indépendante de toute évaluation de la capacité de la personne considérée comme « malade mentale » : il suffit que celle-ci soit dangereuse pour elle-même ou pour autrui et qu'il n'existe aucun « autre traitement approprié » pour remédier efficacement à la situation.

Je me permets de ne pas revenir ici sur les difficultés liées à l'interprétation de la notion de « maladie mentale » ou à l'évaluation de la « dangerosité », qui ont déjà fait couler beaucoup d'encre[1362].

La troisième condition, l'absence de « tout autre traitement approprié », est souvent traduite en pratique par le « refus de soins ». Bien sûr, s'il y a acceptation des soins, la contrainte semble inutile. Cependant, l'inverse n'est pas vrai : le refus de soins n'emporte pas *de facto* l'absence de toute autre solution que l'hospitalisation sous contrainte[1363]. Cet amalgame entre « refus de soins » et « absence de tout autre traitement approprié » est peut-être symptomatique de l'idée que l'on se fait d'un patient capable : dans un contexte où des soins paraissent indispensables, un refus de soins est perçu comme insensé et disqualifie d'emblée le patient comme un interlocuteur capable, rendant du même coup la contrainte acceptable. Lorsque l'on est dangereusement malade mental, le refus de soins est d'emblée considéré comme une preuve de l'incapacité de fait et un symptôme de la maladie. Le danger de cette perspective est qu'elle réduit la personne à son diagnostic et exclut toute autre raison pour laquelle cette personne pourrait refuser les soins proposés.

Par ailleurs, compte tenu de la vision sociale du handicap prônée par la Convention, « l'absence de tout autre traitement approprié » relève a priori de la responsabilité de l'État et ne devrait pas apparaître comme une condition relative au patient : ce dernier se voit privé du droit de décider (du lieu) de ses soins, parce que la société dans laquelle il vit n'a pas mis en place des mécanismes de gestion de crise efficaces.

Les labels d'« incapacité », de « maladie mentale » et de « dangerosité » permettent donc une gamme contrainte complète, sur la base de concepts contestables et appliqués de manière potentiellement discriminatoire.

[1361] Art. 2 de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux.

[1362] Entre autres : P. BOXHO, « Applications médico-légales de la loi du 26 juin 1990 », *Les incapacités*, CUP, 2003, pp. 241-280; J. HANTSON, Ch. LEMMENS, « Is een hoogbejaarde dementerende een gevaarlijke geesteszieke in de zin van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke ? », *Rev. dr. santé,* 2014-2015, pp. 55-58; Kr. ROTTHIER, *Gedwongen opname van de geesteszieke: handleiding bij de Wet Persoon Geesteszieke*, Bruges, La Charte, 2012; X., *La protection de la personne des malades mentaux*, Bruxelles, La Charte, 2011.

[1363] Pour une illustration du travail d'équipes mobiles, voy. J. GRASSART, « Le point de vue des familles sur l'application de la loi. Priorité à l'alliance thérapeutique précoce », *La protection de la personne des malades mentaux*, Bruxelles, La Charte, 2011, pp. 208-209.

L'aiguillon suggéré par la Convention est la non-discrimination entre personnes handicapées et personnes non handicapées. En ce sens, la contrainte ne devrait pas s'exercer de manière plus large pour les personnes considérées comme handicapées ou « incapables » que pour celles qui ne le sont pas, quitte à renforcer certains services. Des moyens neutres, du point de vue du handicap, existent pour protéger les citoyens dans leur ensemble : police, services de secours, procédures administratives en cas d'insalubrité, aide et soins à domicile, etc. Ce dernier service est toutefois largement insuffisant, de sorte que des placements non souhaités en institutions doivent régulièrement avoir lieu, surtout pour les citoyens qui n'ont pas la possibilité de rémunérer une aide informelle[1364].

L'idée est de toujours chercher à imaginer ce que l'on pourrait faire en l'absence d'une possibilité de contrainte. Le fait de ne pas pouvoir contraindre son interlocuteur force à le considérer. Sans possibilité de passer outre sa volonté, il faut trouver une solution avec la personne concernée. La décision concertée mettra peut-être plus de temps à se dégager, elle paraîtra peut-être moins bonne aux yeux des proches et des professionnels, mais elle aura aussi beaucoup plus de chances d'être suivie et de jeter les bases d'une relation de confiance, permettant à d'autres décisions d'émerger et de se maintenir par la suite. Des associations peuvent aider efficacement à ce type de décision[1365].

Le refus de la contrainte ne signifie certainement pas l'abandon. Le respect de la volonté et des préférences des personnes doit se comprendre dans un contexte de déploiement de multiples possibilités d'accompagnement, dont l'objectif est de garder le lien avec des personnes en situation difficile, pour les protéger autant que possible, compte tenu des autres intérêts en présence.

Entre le déni de toute forme d'aide et l'invocation abusive de l'obligation de porter assistance à une personne en danger, quitte à la priver de tout pouvoir décisionnel, il y a une large marge et une palette infinie de possibilités d'accompagnement innovant.

§3. Capacité, contrainte et soins de santé

En particulier dans le domaine des soins de santé mentale, des études développent des alternatives à la contrainte[1366]. Les modèles développés peuvent s'utiliser en réponse à une situation de crise ou de manière préventive et soulignent l'importance du soutien social.

[1364] Entendez « au noir », au prix d'environ 3000€/mois (Discussion avec Me Marie-Eve CLOSSEN, avocate au barreau de Namur, le 3 juillet 2018), faute d'offre officielle disponible.

[1365] Inclusion, Psytoyens, Similes, …

[1366] E. FLYNN, A. ARSTEIN-KERSLAKE, « State intervention in the lives of people with disabilities : the case for a disability-neutral framework », *International Journal of Law in Context*, 2017, pp. 52-54 (*open dialogue, family group conferencing, circles of support/of friends*); P. GOODING, B. MCSHERRY, C. ROPER, F. GREY, *Alternatives to Coercion in Mental Health Settings: A Literature Review,* Melbourne Social Equity Institute, University of Melbourne, disponible sur www.socialequity.unimelb.edu.au, 2018.

Il serait possible, dès aujourd'hui, d'interpréter la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient de manière conforme à l'article 12 de la Convention, tel qu'interprété par le Comité. En effet, le patient exerce lui-même les droits prévus par la loi, pour autant qu'il « soit capable d'exprimer sa volonté pour ce faire » ou « *wilsbekwaam* ». Dans la deuxième partie de la présente étude, cette capacité a été définie de façon cohérente avec l'esprit du droit actuel, c'est-à-dire comme la capacité de comprendre l'information, de raisonner, d'apprécier, etc.[1367].

La capacité du patient d'exprimer sa volonté pourrait toutefois se traduire autrement, par exemple par la capacité de manifester sa volonté et ses préférences, en ayant éventuellement recours à l'aide de tiers ou à des moyens de communication non conventionnels. Ce ne serait alors que quand cette volonté et ces préférences paraîtraient impossibles à déceler que le représentant désigné exercerait les droits du patient, sur la base de « l'interprétation optimale de la volonté et des préférences » de ce dernier.

Par ailleurs, la planification des soins fait partie des outils qui recueille l'approbation du Comité[1368]. L'« *Advance Care Planning* » (ACP) ou « planification anticipée des soins » se définit comme « la concertation entre les dispensateurs de soins, les patients et leurs proches/représentants au sujet des buts et des orientations thérapeutiques désirées, et ce en prévision d'une situation où le patient sera dans l'incapacité de prendre lui-même des décisions »[1369]. À ne pas confondre avec ce processus, la « directive anticipée » fait quant à elle référence à l'écrit rédigé par le patient et précisant les interventions dont il souhaite ou refuse de bénéficier s'il n'était plus capable de manifester sa volonté, ou encore l'écrit désignant une personne qui prendrait les décisions à sa place, le cas échéant.

Il a été reproché au Comité de se contredire, dans la mesure où la planification repose sur l'idée d'un patient capable qui prévoit son futur de patient incapable et implique dès lors une évaluation de la capacité[1370].

Toutefois, l'ACP ne se réduit pas à la rédaction isolée de directives anticipées qui devraient s'appliquer en cas d'incapacité. L'ACP est un processus de concertation, impliquant bien sûr le patient mais aussi ses proches et les soignants. Les directives anticipées deviennent alors les outils structurant le processus de concertation et guidant ensuite le processus de prise de

---

[1367] P. APPELBAUM, Th. GRISSO, *Assessing Competence to Consent to Treatment*, Oxford University Press, 1998, p. 31. *Cf. supra*, Deuxième partie, Titre I, Chapitre 2, Section 2. La capacité de fait du patient : définition spécifique et concrète.

[1368] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 17.

[1369] L. DELIENS, L. VAN DEN BLOCK (Coord.), *La planification anticipée des soins : la concertation entre les dispensateurs de soins, les patients atteints de la maladie d'Alzheimer et leurs proches*, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, 2009 (www.kbs-frb.be).

[1370] M. FREEMAN et al., « Reversing hard won victories in the name of human rights : a critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities », *The Lancet Psychiatry*, 2015, p. 846; M. SCHOLTEN, J. GATHER, « Adverse consequences of article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities for persons with mental disabilities and an alternative way forward », *J Med Ethics*, 2018, p. 230.

décision[1371]. Dans ce contexte, il est possible d'envisager des soins futurs sans faire référence à la capacité du patient : la concertation se mène avec le patient et les directives anticipées sont des indications sur lesquelles s'appuyer s'il arrive à ce patient de ne pas être en mesure de communiquer sa volonté ou ses préférences.

La loi du 22 août 2002 ne valorise pas suffisamment l'ACP comme processus soutenant la volonté et les préférences du patient. En effet, elle mentionne simplement que « si, lorsqu'il était encore à même d'exercer les droits tels que fixés dans cette loi, le patient a fait savoir par écrit qu'il refuse son consentement à une intervention déterminée du praticien professionnel, ce refus doit être respecté aussi longtemps que le patient ne l'a pas révoqué à un moment où il est lui-même en mesure d'exercer ses droits lui-même »[1372].

Ce faisant, la loi réserve la planification aux patients considérés comme capables. En pratique, cependant, les équipes planifient les soins avec des personnes qui seraient peut-être considérées comme incapables, dans d'autres contextes.

En outre, la loi n'envisage la rédaction d'une directive anticipée que du point de vue du patient. Bien sûr, ce dernier peut associer à la réflexion un médecin ou certains de ses proches mais la loi ne l'y invite pas expressément. Pourtant, dans la mesure où ce sont précisément des tiers qui devront se conformer à la directive, le cas échéant, il serait plus réaliste de les inclure explicitement dans le processus de réflexion entourant la rédaction. Le dialogue avec les praticiens professionnels permettrait au patient de rédiger une directive anticipée informée – et donc valable. Les proches du patient pourraient également l'assister dans ce processus de réflexion : leur implication *ab initio*, pour autant que le patient y consente, pourrait contribuer à éviter certains malentendus ultérieurs entre les praticiens et les proches du patient.

La loi devrait promouvoir une réelle *concertation triangulaire*, indépendamment de la question de la capacité du patient. L'implication des praticiens et, si le patient l'accepte, de ses proches, devrait contribuer à améliorer la rédaction et le respect ultérieur des directives anticipées. Nos choix se construisent dans l'interaction, ne confondons donc pas interaction et aliénation : « *Decision-making is not a process of individually combining preferences and options, but a shared process of interpretation and understanding. Decisions are not the result of a general and abstract balancing of possibilities, they are concrete answers to the situation, reached through communication with relevant others* »[1373]. A l'inverse, faire des directives anticipées des instruments isolés, sans ancrage dans un réel processus de concertation, risque d'induire le patient en erreur quant à l'application future de ses directives[1374]. Or, le respect de l'autonomie du patient exige en premier lieu qu'il ne soit pas bercé d'illusions. L'autonomie semble alors

[1371] G. A.M. WIDDERSHOVEN, R. L.P. BERGHMANS, « Advance directives in dementia care : from instructions to instruments », *Patient Education and Counseling*, 2001, pp. 179-186.
[1372] Art. 8, §4, al. 4, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[1373] G. A.M. WIDDERSHOVEN, R. L.P. BERGHMANS, « Advance directives in dementia care : from instructions to instruments », *Patient Education and Counseling*, 2001, p. 182.
[1374] Par exemple parce qu'il ne se rendrait pas compte en temps voulu que son refus anticipé est trop vague.

mieux préservée par un processus de concertation que par la rédaction de documents unilatéraux.

Par ailleurs, la loi ne s'intéresse qu'à la directive anticipée consistant en un refus d'intervention. D'un point de vue purement juridique, ce choix semble logique : si un patient a le droit de *refuser* toute intervention, il n'a pas celui d'en *exiger* : pour autant qu'il respecte le droit du patient de bénéficier de « prestations de qualité répondant à ses besoins »[1375], le praticien professionnel reste libre de refuser une intervention qui lui parait inutile ou inacceptable[1376]. Cela n'empêche pas le patient d'émettre des souhaits positifs qui, même s'ils sont dépourvus de caractère strictement contraignant, doivent être pris en compte autant que faire se peut[1377].

Il serait toutefois souhaitable que la loi aborde expressément la possibilité d'émettre des souhaits « positifs »[1378] : le patient devrait être encouragé à exprimer de manière positive ce qu'il souhaite, en général. En ne présentant les directives anticipées que comme des refus d'interventions, la loi ne promeut pas la planification anticipée des soins mais la planification d'économies de soins de santé. Une discussion axée sur la vie et les souhaits positifs du patient semble plus facile à initier, tant pour le patient lui-même que pour ses proches et les soignants.

Près de vingt ans après leur introduction en droit belge, les directives anticipées gagneraient à se voir donner une orientation globale, à travers la revalorisation de l'ACP comme processus concerté visant à respecter au mieux la volonté et les préférences du patient, indépendamment de l'évaluation de sa capacité.

Conclusions du titre II

L'injustice épistémique fait figure de levier réflexif. En tant que construction sociale, le droit, si l'on n'y prend pas garde, reproduit les schémas de domination présents au sein de la société. La considération d'un discours marginal permet de lever le voile sur certaines limites du discours dominant et d'ainsi démocratiser le débat public. En outre, prêter attention à des points de vue différents élargit notre vision du monde et, partant, nous rapproche de l'objectivité scientifique.

La considération de savoirs situés ou militants n'emporte pas automatiquement leur validation, mais elle dynamise la recherche. En l'occurrence, la recherche d'autres moyens de protection

[1375] Art. 5 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[1376] Ch. LEMMENS, « Medische beslissingen van een demente patiënt aan het einde van zijn leven en het juridisch statuut van advance care planning en voorafgaande wilsverklaringen », *Rev. dr. santé*, 2010/2011, p. 13; G. SCHAMPS, « Le droit à l'information et le droit au consentement libre et éclairé », *Mémento des droits du patient et de la responsabilité médicale*, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 63.
[1377] Ch. LEMMENS, « Medische beslissingen van een demente patiënt aan het einde van zijn leven en het juridisch statuut van advance care planning en voorafgaande wilsverklaringen », *Rev. dr. santé*, 2010/2011, pp. 13-14.
[1378] En ce sens, M. VAN OVERSTRAETEN, « Une manifestation particulière du droit du patient au consentement libre et éclairé : la faculté de rédiger une déclaration anticipée », *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2008, p. 101.

des citoyens que l'incapacité et la contrainte peut difficilement se passer de l'apport des savoirs expérientiels.

À l'heure actuelle, l'État belge ne garantit pas une liberté de choix suffisante en matière de soutien à l'exercice de la capacité juridique. Les ingrédients semblent toutefois réunis pour que des recherches participatives de plus en plus nombreuses voient le jour et ouvrent l'imaginaire social en matière de protection capacitante. La mise en place de lieux de concertation entre acteurs des milieux associatif, académique, médical et judiciaire est probablement la clé d'évolutions pertinentes et pérennes.

CONCLUSIONS DE LA TROISIÈME PARTIE

Les difficultés d'évaluation de la capacité de fait des patients, étudiées dans la deuxième partie, mettent en évidence certaines limites des mécanismes d'incapacité juridique fondés sur l'évaluation de la capacité de fait, en général. Pour porter un regard neuf sur ces mécanismes dits *de protection*, l'article 12 de la Convention, tel qu'interprété par l'observation générale n°1 du Comité, a été choisi comme grille de lecture.

En prônant la capacité juridique universelle, le Comité onusien des droits des personnes handicapées défend une position révolutionnaire, à peine audible dans une culture millénaire de la protection par la représentation. L'observation générale n°1 permet toutefois d'identifier clairement deux éléments problématiques et difficilement contestables. D'une part, sous une apparence de neutralité, les mécanismes de protection judiciaire s'appliquent quasi exclusivement à des personnes vivant avec un trouble mental, au sens large. D'autre part, la protection qu'ils mettent en œuvre consiste en une privation de l'exercice personnel de certains droits et obligations, comme s'il s'agissait de la seule façon de soutenir une personne dans l'exercice de sa capacité juridique.

Partant de ces constats, il est déjà possible de travailler au déploiement d'alternatives moins stigmatisantes pour les personnes qui ont besoin d'accompagnement dans l'exercice de leurs droits et obligations. De nombreuses sources d'inspirations existent et sont publiées par des associations de personnes en situation de handicap, mais aussi par des universités ou des instances internationales.

Pour pouvoir bénéficier pleinement de la richesse de cette documentation, il faut toutefois dépasser une certaine méfiance à l'égard des *militants*. Dès lors que leurs propos sont documentés, la considération de leurs connaissances spécifiques ne peut qu'améliorer la légitimité démocratique et l'objectivité scientifique de la recherche. Il convient d'aiguiser notre vigilance face au risque que les préjugés sociaux relatifs à la capacité des personnes vivant avec un trouble mental déteignent sur les connaissances développées à partir du point de vue de ces personnes.

Compte tenu de ces prérequis, un double mouvement de recherche devrait se déployer, au sein de la société civile. En pratique, des projets-pilotes peuvent expérimenter certaines formes d'accompagnement capacitant. En théorie, des études pluridisciplinaires susceptibles de combattre les réticences intellectuelles entravant l'objectivité scientifique sont tout autant nécessaires. Ces deux volets se combinent et s'alimentent d'ailleurs volontiers : nourrir une réflexion plurielle suscite l'intérêt pour les projets concrets, tandis que les résultats de ceux-ci font évoluer les fondements théoriques des recherches.

Quelle que soit la forme de la recherche, celle-ci doit être largement participative et avoir pour objectif prioritaire d'élaborer des alternatives à l'incapacité et à la contrainte, pour offrir une palette étoffée de mesures de protection accessibles à tous les citoyens.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

Hello darkness, my old friend
I've come to talk with you again
Because a vision softly creeping
Left its seeds while I was sleeping
And the vision that was planted in my brain
Still remains
Within the sound of silence

Simon & Garfunkel
Wednesday Morning, 3 A.M., 1964

La vision qui traverse la présente recherche est celle des souffrances causées par les mécanismes d'incapacité juridique. Souffrance pour la personne considérée comme incapable, souffrance pour ses proches ou pour les praticiens, souvent teintée de l'impression commune d'une écrasante impuissance. Sans nier que les mesures d'incapacité peuvent aussi s'appliquer de manière satisfaisante, leur présentation comme des mesures de « protection conformes à la dignité humaine »[1379] tend à passer sous silence toute expérience dissonante.

La réforme des régimes d'incapacité des majeurs[1380], entrée en vigueur en 2014, est généralement reconnue pour l'équilibre qu'elle ménage entre autonomie et protection. Pourtant, ces termes ne sont pas définis et il est difficile de comprendre quelle portée conférer à l'autonomie dans le cadre de mécanismes d'incapacité.

Inspirée par cette réforme, la question de recherche a été formulée de la manière suivante : la construction actuelle de la capacité juridique des majeurs est-elle conciliable avec l'impératif du respect de l'autonomie ?

La première partie s'attache à décrire le cadre conceptuel de la recherche et à inscrire dans une perspective historique son thème transversal : l'impact éventuel d'un trouble mental sur la capacité reconnue à la personne.

Ainsi, il apparaît que le droit romain ne manque pas de modernité dans sa façon d'organiser l'incapacité juridique de citoyens considérés comme inaptes à gérer leurs intérêts, en raison d'un trouble mental. Par exemple, le droit romain semble ne jamais avoir procédé par critères catégoriels : là où le Code civil de 1804 a longtemps lié l'incapacité juridique à de pseudo-

[1379] Loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine.
[1380] *Ibidem*.

diagnostics discriminatoires, les mécanismes romains étaient susceptibles de s'appliquer à toute personne ne présentant pas le discernement suffisant pour gérer ses intérêts, comme la protection judiciaire actuelle.

Toutefois, à Rome comme sous l'Ancien droit, les mécanismes d'incapacité juridique trouvent moins à s'appliquer que dans la société contemporaine. En effet, la pleine capacité juridique n'a été longtemps reconnue qu'à certains individus, en fonction de leur statut social. Aujourd'hui, la pleine capacité juridique de toute personne majeure étant la règle, les caractéristiques individuelles des citoyens sont davantage susceptibles d'avoir un impact sur leur capacité juridique.

L'avènement de « l'administration provisoire des biens », en 1991, constitue un virage, par rapport aux mécanismes d'origine napoléonienne que sont l'interdiction et le conseil judiciaire. L'obsolescence de ceux-ci est d'ailleurs confirmée par le vif succès de l'administration provisoire, susceptible de pallier toute incapacité de fait de gérer ses biens, pour peu que celle-ci trouve sa cause dans l'« état de santé » de la personne concernée. L'administration provisoire pose des principes essentiels, qui lui survivront : primauté des intérêts de la « personne protégée » et implication de ses proches, possibilité d'une incapacité partielle. Toutefois, l'administration provisoire des biens ne permet pas la représentation ou l'assistance de la personne protégée dans les actes personnels, tels que les décisions relatives aux soins de santé ou au lieu de vie.

Dès 2002, la loi relative aux droits du patient[1381] prévoit la possibilité, pour le praticien professionnel, de convoquer un représentant pour le patient majeur dont il constaterait l'incapacité de simple fait. Plus largement, la loi du 17 mars 2013 a instauré de nouveaux régimes de protection, applicables à la gestion des intérêts tant patrimoniaux que personnels[1382]. Les nombreuses façons de moduler les régimes de protection doivent permettre de répondre de façon personnalisée aux différents besoins des citoyens majeurs considérés comme incapables, dans le respect de leur autonomie. En particulier, concernant l'exercice des droits du patient, la réforme des régimes de protection a confirmé le rôle prépondérant du praticien professionnel dans l'évaluation de la capacité de fait d'un patient majeur. Les praticiens de la santé se voient donc aujourd'hui confier la mission de vérifier la capacité de fait des patients, pour en tirer d'éventuelles conséquences en termes de représentation légale.

Généralement reconnue pour avoir ménagé un juste équilibre entre « autonomie » et « protection », cette réforme a été portée par une loi « réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine ». Compte tenu de ces choix terminologiques, la présente recherche a analysé le concept d'autonomie, dans ses rapports avec ceux de protection et de dignité humaine, afin d'élaborer une grille de lecture originale des mécanismes d'incapacité juridique actuels.

[1381] Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[1382] Loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine.

Si la protection désigne souvent des mécanismes connus, tels que les mesures d'incapacité juridique ou d'hospitalisation contrainte, l'autonomie ne revêt pas une acception juridique spécifique. En relevant différents contextes d'utilisations du terme « autonomie » dans des textes de droit interne ou international, la recherche induit que le droit des personnes conçoit l'autonomie comme une capacité relevant à la fois de l'indépendance et de l'interaction. Certains travaux de philosophie permettent de donner plus d'épaisseur à cette définition, en l'inscrivant dans le courant de l'autonomie relationnelle, particulièrement adéquate pour penser l'articulation de l'autonomie et de la capacité de personnes dont les facultés de raisonnement semblent amoindries.

Suite à cette étude, l'autonomie est définie comme une capacité de poser des valeurs ou des préférences, qui se construit, se développe, se traduit en décisions et en actions à travers la relation à autrui. En distinguant l'autonomie du concept juridique de capacité, cette définition permet l'analyse des mécanismes relatifs à la capacité à l'aune de l'autonomie.

La même approche textuelle permet de constater que la protection fait aujourd'hui référence à un ensemble de mesures judiciaires – administration, mise en observation, internement – prises pour pallier l'insuffisance de facultés décisionnelles d'une personne ou pour éviter que cette personne, en raison d'un trouble mental, se mette elle-même ou mette des tiers en danger, avec pour objectif ultime de (tenter de) permettre à cette personne d'évoluer dans notre société.

Enfin, le troisième terme dont la définition pose question, celui de dignité humaine, se voit retenu comme un principe directeur imposant à ceux qui l'invoquent un travail juridico-éthico-moral permanent pour concevoir des structures sociales respectant toujours davantage la valeur de la personne humaine, indépendamment des caractéristiques propres à chaque personne. Le respect de la dignité humaine implique de soutenir et de respecter l'autonomie des individus, ce qui peut parfois nécessiter des mesures de protection visant à restaurer la relation à l'autre, pour rendre l'autonomie effectivement possible.

Pour aller plus loin dans l'analyse des rapports entre autonomie et capacité, la deuxième partie de la recherche explore la notion de « capacité de fait ». En effet, c'est en fonction de l'évaluation de la capacité de fait d'une personne que sa capacité juridique se voit parfois limitée, avec un impact sur le déploiement de l'autonomie de cette personne.

Le droit belge et la doctrine francophone donnent peu de détails sur le sujet. L'analyse se repose donc essentiellement sur la doctrine néerlandophone et la comparaison fonctionnelle avec certaines législations étrangères, telles que le *Mental Capacity Act* anglais ou la loi ontarienne sur la prise de décision au nom d'autrui. Cette recherche permet d'aboutir à une définition générale de la capacité de fait, appelée « capacité de fait du citoyen », et à une définition spécifique à l'exercice des droits du patient.

La recherche d'une définition générale met en évidence l'importance accordée aux mécanismes cognitifs, lorsque se pose la question de la capacité concrète d'un majeur d'exercer ses droits. La capacité fonctionnelle de poser un acte matériel n'a pas d'intérêt juridique en elle-même et

ne devrait donc pas participer à la définition de la capacité de fait. Celle-ci est dès lors définie comme un ensemble de facultés essentiellement cognitives permettant, en général, de faire respecter ses droits et d'exécuter les prestations auxquelles on est obligé. Plus spécifiquement, la capacité de fait conditionne la validité des actes juridiques et permet d'apprécier les conséquences des actes matériels que l'on pose.

L'étude se resserre ensuite autour de la capacité de fait du patient. En effet, l'application de la loi relative aux droits du patient offre un laboratoire de réflexion idéal en matière de capacité de fait. D'une part, les praticiens de la santé font partie de ceux qui sont le plus souvent confrontés à la question de savoir si leur interlocuteur présente le discernement suffisant pour prendre les décisions qui s'imposent. D'autre part, il n'est plus admis aujourd'hui que le patient soit privé de l'exercice de ses droits sur la base d'un critère catégoriel comme, par exemple, l'existence d'une mesure d'incapacité juridique : quelle que soit la situation du patient, celui-ci ne peut être représenté dans l'exercice de ses droits que s'il s'avère inapte, *in concreto*, à prendre la décision qui s'impose[1383], ce qui exige une évaluation au cas par cas.

Dans la droite ligne des sources d'inspiration étrangères, la capacité de fait du patient est définie comme l'aptitude à prendre une décision en matière de soins, impliquant de pouvoir, cumulativement, comprendre l'information pertinente, raisonner quant aux différentes options possibles, apprécier sa propre situation et les conséquences probables, pour soi-même, de la décision et, enfin, communiquer un choix.

Une telle définition soulève toutefois la question d'un décalage entre la rationalité humaine supposée et la façon dont les êtres humains raisonnent effectivement, au quotidien. En toile de fond se dessine le problème d'une éventuelle double peine : les patients les plus vulnérables ne font-ils pas l'objet d'une évaluation particulièrement stricte de leur capacité de fait ? Pour apporter des réponses à cette question préoccupante, la recherche s'est appuyée sur les découvertes de la psychologie cognitive, relatées dans l'ouvrage de Daniel Kahneman[1384]. Certains enseignements de la psychologie cognitive, appliqués à l'évaluation de la capacité de fait du patient par le praticien, questionnent utilement la fiabilité des divers tests supposés mesurer la capacité de fait.

Compte tenu du cadre légal actuel, la présente étude propose un modèle d'encadrement-évitement de l'évaluation de la capacité de fait des patients, dans le but de limiter les décisions arbitraires et les effets pervers d'une évaluation formelle systématique. Ce modèle s'appuie notamment sur l'idée que la présomption de capacité des patients majeurs ne devrait pas être réfragable à l'extrême, sous peine d'être vidée de sa substance : pour que le constat d'incapacité demeure une exception, il convient de limiter les hypothèses dans lesquelles la présomption de capacité peut être remise en cause.

[1383] Art. 14, §1er, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
[1384] D. KAHNEMAN, *Système 1 Système 2 Les deux vitesses de la pensée*, Paris, Flammarion, 2016.

Concrètement, cela revient à déterminer des motifs d'évaluation, en l'absence desquels le patient devrait être irréfragablement considéré comme capable d'exercer ses droits. Par rapport aux modèles existants, les motifs d'évaluation proposés tentent de se détacher de caractéristiques propres au patient, pour envisager la situation de ce dernier d'une façon à la fois plus neutre et plus relationnelle. En ce sens, par exemple, l'existence d'un conflit persistant entre le patient, les praticiens et/ou les proches du patient apparaît comme un motif d'évaluation plus intéressant que le simple refus du traitement recommandé. Dans la droite ligne du cadre légal actuel, le modèle proposé tient compte du besoin de protection de certains patients considérés comme incapables de fait, tout en ramenant les évaluations de la capacité de fait à leur juste place : la pratique clinique ne permettant pas d'évaluer la capacité de chaque patient, il convient de réserver cette évaluation aux cas où elle apporterait une réelle plus-value.

La deuxième partie se termine par l'analyse des recours du patient ou de ses proches à l'encontre d'une décision du praticien, relativement à la capacité de fait du patient.

Lorsque la capacité juridique des citoyens est en jeu, la Cour européenne des droits de l'homme accorde de plus en plus d'importance aux garanties procédurales. Plus particulièrement, en matière de soins de santé, le cadre légal devrait guider l'évaluation de la capacité décisionnelle des patients, afin d'assurer leur protection contre les conséquences potentiellement graves d'une mauvaise évaluation de cette capacité. Or, ni les dispositions du Code civil relatives à la capacité des majeurs ni la loi relative aux droits du patient n'indiquent précisément en quoi consistent la capacité de fait et son évaluation. En outre, contester la décision prise par le praticien, par application de la loi relative aux droits du patient, semble extrêmement difficile : la loi elle-même ne prévoit aucun recours spécifique, tandis que les recours judiciaires théoriquement possibles paraissent inaccessibles en pratique. Ces failles légales et procédurales pourraient mettre l'État belge en difficulté, au regard des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, concernant respectivement le droit à un procès équitable et le respect de la vie privée et familiale.

Bien qu'il ne s'agisse pas d'une voie de recours, la recherche s'intéresse également à la « fonction de médiation » instaurée par la loi relative aux droits du patient. Même sans pouvoir décisionnel, la fonction de médiation pourrait s'avérer précieuse dans les conflits relatifs à la capacité du patient et son rôle gagnerait, en général, à se voir davantage reconnu.

Dans l'ensemble, la deuxième partie de la thèse met en évidence à la fois l'intérêt et la complexité, voire la dangerosité, du concept de capacité de fait, dont l'évaluation entraîne des conséquences juridiques majeures pour la personne concernée, sans pour autant toujours bénéficier de garanties procédurales suffisantes.

La troisième et dernière partie de la recherche reporte certains questionnements relatifs à la capacité du patient sur la capacité des citoyens, en général, à la lumière de l'article 12 de la

Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées[1385] et de l'observation générale n° 1 du Comité des droits des personnes handicapées.

L'article 12 prévoit notamment que « les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres » et que « les États Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique »[1386]. Dans sa première observation générale, le Comité des droits des personnes handicapées donne à ces obligations étatiques une portée inédite : d'après le Comité, l'article 12 commande l'abolition immédiate des mécanismes d'incapacité juridique et leur remplacement par des mesures d'accompagnement sans impact sur la capacité juridique des personnes accompagnées.

Cette position provoque une controverse sans précédent au sujet des fondements et objectifs de l'incapacité juridique des majeurs. En droit interne, le débat semble pourtant inexistant. Partant du principe qu'un « choc des cultures » ne peut être que bénéfique à la recherche scientifique, la troisième partie de la thèse explicite la position du Comité et présente une synthèse des réactions qu'elle a suscitées.

À ce sujet, une première conclusion est que le droit interne ne *s'intéresse pas* assez à l'observation générale n°1, qui émane pourtant d'un organe auquel on reconnaît généralement un rôle d'interprète privilégié. Ce manque de considération découle peut-être de l'interprétation déroutante du Comité, pour des États qui connaissent l'incapacité juridique depuis le droit romain. En outre, plusieurs détracteurs du Comité lui reprochent, expressément ou entre les lignes, son *militantisme*. Finalement, il y a lieu de se demander si la radicalité de l'observation générale n° 1, couplée au militantisme attribué aux membres du Comité, ne jette pas d'emblée le discrédit sur les travaux de ce dernier.

Compte tenu des implications pratiques et scientifiques importantes d'une déconsidération des travaux du Comité, l'étude propose une analyse de la critique du militantisme, à l'aide de récents travaux d'épistémologie. Ceux-ci mettent en évidence l'intérêt d'intégrer à la recherche les connaissances spécifiques de groupes sociaux historiquement opprimés et exclus. Plus spécifiquement, le concept d'« injustice épistémique » théorisé par Miranda Fricker[1387], permet de comprendre la difficulté, pour certaines personnes handicapées et en particulier pour celles qui sont considérées comme incapables, de faire entendre une expérience dissonante, par rapport au discours protectionnel communément partagé.

L'énergie déployée, en troisième partie, pour *faire entendre* la position du Comité ne doit toutefois pas s'interpréter comme la volonté de la *faire adopter* dans toutes ses composantes.

[1385] Pour rappel, au sens de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, les « personnes handicapées » sont « des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres » (art. 1er).
[1386] Art. 12, §§ 2 et 3, de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées.
[1387] M. FRICKER, *Epistemic Injustice. Power & the Ethics of Knowing*, Oxford University Press, 2007.

Dans son observation générale n° 7, relative à la participation, le Comité rappelle ce qui suit :

> 48. L'opinion des personnes handicapées, transmise par les organisations qui les représentent, devrait être dûment prise en considération. Les États parties devraient faire en sorte que l'écoute des opinions de ces personnes ne se réduise pas à une simple formalité ou à une démarche purement symbolique valant consultation. Ils devraient prendre en compte les résultats de ces consultations et les intégrer dans les décisions adoptées, en tenant dûment informés les participants de l'issue du processus[1388].

Par analogie, l'opinion du Comité devrait, elle aussi, être « dûment prise en considération », pour nourrir le débat et alimenter les recherches. Prendre en considération ne signifie toutefois pas traduire légalement cette opinion, de manière immédiate et dans tous ses aspects : la réponse à la question normative dépend en effet de processus de recherche participatifs, sans quoi elle trahirait l'une des valeurs essentielles à la Convention.

En particulier, des recherches participatives devraient se pencher sur le développement de mesures d'accompagnement capacitantes à l'exercice des droits, autrement dit sur les alternatives à l'incapacité pour protéger. Aujourd'hui, en effet, l'offre d'accompagnement à l'exercice de la capacité juridique de personnes considérées comme incapables de fait consiste essentiellement en des mesures d'incapacité juridique.

À la question de recherche, je répondrais donc que la construction actuelle de la capacité juridique des majeurs, fondée sur la présomption d'une capacité de fait exigeante, se trouve en porte-à-faux avec l'impératif du respect de l'autonomie. La raison principale en est que les défaillances dans la capacité de fait ne reçoivent à ce stade pas assez de réponses prenant la forme d'un accompagnement capacitant à l'exercice des droits, c'est-à-dire sans diminution de la capacité juridique de la personne accompagnée. Or, l'incapacité juridique ne peut pas être la réponse ordinaire à un besoin d'aide. Pour donner corps à la conception relationnelle de l'autonomie, l'État doit garantir la liberté de choix dans la manière d'être aidé pour exercer sa capacité juridique.

La possibilité d'être accompagné dans l'exercice de sa capacité juridique commande une architecture globale de soutien capacitant à l'exercice des droits et obligations des citoyens. Le système actuel de protection est essentiellement judiciaire et incapacitant, là où l'intervention d'un juge et la diminution de la capacité juridique devraient, au contraire, se réduire à un détail d'une structure bien plus vaste, organisant diverses formes de soutien capacitant à l'exercice des droits et obligations et portant des projets de recherche innovants en la matière.

L'idée de déployer, d'abord et avant tout, des mesures d'accompagnement capacitantes, prend le contrepied de l'observation générale n° 1. En effet, l'observation générale n° 1 précise

[1388] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 7 (2018) sur la participation des personnes handicapées, y compris des enfants handicapés, par l'intermédiaire des organisations qui les représentent, à la mise en œuvre de la Convention et au suivi de son application*, CRPD/C/GC/7, § 48.

expressément que l'existence parallèle de mesures d'accompagnement capacitantes et incapacitantes ne suffit pas à se conformer à l'article 12[1389].

Toutefois, une confrontation directe à la revendication d'abrogation de toute mesure de d'incapacité juridique risque d'entraîner le rejet de l'observation générale n° 1 dans son ensemble, alors même qu'elle contient de nombreuses pistes de réflexion intéressantes sur l'accompagnement capacitant à l'exercice des droits. Dans notre contexte juridique interne, il faut donc d'abord concentrer les efforts de recherche sur ce point, beaucoup plus consensuel : aussi peaufinés qu'ils puissent être, les régimes d'incapacité ne sont jamais considérés comme une solution de premier choix et l'idée de développer des alternatives ne devrait pas, en elle-même, susciter de nombreuses oppositions.

Selon le *credo* habituel, les mesures d'incapacité juridique doivent être nécessaires, subsidiaires et proportionnées. En « redéfinissant le concept de capacité juridique au regard de celui de discernement »[1390], le législateur a beaucoup travaillé à la question de la proportionnalité. De son côté, le mandat de protection extrajudiciaire a rendu la protection judiciaire moins nécessaire et plus subsidiaire pour toute une série de personnes, mais pas pour celles dont le discernement est d'emblée perçu comme insuffisant : pour conclure un mandat de protection judiciaire, il faut être considéré comme capable de fait.

C'est là que se situe le besoin de recherches destinées à développer des mesures d'accompagnement capacitantes : comment rendre les mesures d'incapacité juridique moins nécessaires et plus subsidiaires pour les personnes déjà considérées comme incapables de fait ? Quelles autres mesures de soutien à l'exercice des droits et obligations pourraient-elles rencontrer les besoins – tant d'autonomie que de protection – de citoyens dont l'incapacité de fait est soupçonnée ou avérée ?

En ne remettant pas en cause la possibilité de l'incapacité juridique, ces questions libèrent la réflexion de la peur des situations extrêmes, prérequis aujourd'hui indispensable pour penser l'accompagnement capacitant. La « peur des situations extrêmes », s'entend de l'angoisse profonde que l'on peut éprouver à l'idée que certaines personnes, par défaut de discernement, (se) causent un tort irrémédiable ou soient victimes d'abus graves. Cette peur, qui provient souvent de l'amour que l'on éprouve pour ses proches mais peut-être aussi, plus largement, d'une forme étendue de solidarité sociale, constitue une donnée importante de la réflexion. Il faut trouver un moyen de la reconnaître tout en l'empêchant de figer l'imaginaire social et donc de freiner la recherche de mesures innovantes d'accompagnement à l'exercice des droits, distinctes de l'incapacité juridique.

[1389] Com. dr. pers. hand., *Observation générale n° 1 (2014) Article 12 Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/GC/1, § 28.

[1390] Comme l'a mis en évidence Th. VAN HALTEREN, dans sa thèse de doctorat intitulée *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures : redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement* (Liège, Wolters Kluwer, 2018).

Pour ces raisons, je préconise que l'on s'inspire largement de l'observation générale n° 1 pour tout ce qui concerne l'accompagnement à l'exercice des droits, en laissant actuellement délibérément de côté la question de l'abrogation des mécanismes d'incapacité juridique. Si l'on peut comprendre la position du Comité, il est apparu au fil de la recherche que, dans certains contextes nationaux, la seule chance de diminuer les recours à l'incapacité juridique et à la contrainte, passe par le maintien de ceux-ci, au moins dans un premier temps.

En effet, la mise en place des mesures d'accompagnement innovantes est susceptible, *in fine*, d'enrayer certains processus générateurs de situations extrême, appelant elles-mêmes des mesures d'incapacité juridique et de contrainte éprouvantes pour l'ensemble des personnes impliquées. Toutefois, le développement de ces mesures innovantes doit tenir compte d'obstacles épistémiques majeurs : la pression morale des situations extrêmes et la méfiance vis-à-vis de savoirs situés. La familiarisation aux processus de recherche participative devrait contribuer à lever ce dernier obstacle. Pour lever le premier, plus viscéral, il semble inévitable d'accepter l'existence parallèle de mesures capacitantes et incapacitantes.

Ce n'est pas là un raisonnement dont l'État belge aurait à rougir face au Comité, d'autant que ce dernier est conscient de la singularité de sa position, tant par rapport aux législations des États parties que sur la scène internationale. Par contre, une attitude consistant – volontairement ou non – à nier l'existence et le contenu de l'observation générale n° 1, semble peu compatible avec les engagements pris par un État partie à la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

Ces considérations ouvrent la voie à des recherches participatives, originales à la fois par leur objet et leur méthodologie. Un premier exemple concerne logiquement la construction de modèles d'accompagnement destinés à soutenir la capacité juridique de citoyens vivant avec un trouble mental, sans impliquer la diminution de cette capacité juridique. Ce type de recherche ne pouvant se passer des savoirs expérientiels des personnes qui sont les destinataires des règles relatives à la capacité des majeurs, chaque étape devrait être conçue et poursuivie en étroite collaboration avec des (associations représentant les) personnes vivant avec un trouble mental mais aussi avec des (associations représentant les) proches de ces personnes et les praticiens coutumiers des questions de capacité juridique : avocats-administrateurs, praticiens de la santé, juges de paix, notaires…

La recherche de modalités d'accompagnement non incapacitantes devrait se mener en parallèle dans divers domaines spécifiques, par exemple ceux des droits du patient et du droit des contrats.

En matière de soins de santé, il conviendrait d'étudier la façon dont la question de la capacité de fait des patients se manifeste, en distinguant éventuellement différents services où cette capacité est régulièrement mise en doute. La réflexion sur l'utilisation pertinente du concept de capacité de fait gagnerait à s'enrichir des retours de la pratique soignante, relativement, par exemple, aux contextes d'émergence des questions sur la capacité de fait des patients, à la façon

dont se règlent les conflits à ce sujet, à l'articulation entre les questions de la capacité du patient et de la contrainte, etc.

Concernant le droit des obligations, les contrats de bail, de vente ou d'ouverture d'un compte en banque comptent parmi les actes juridiques qui ont les répercussions les plus importantes sur notre vie quotidienne. Or, ce sont ceux pour lesquels les personnes vivant avec un trouble mental risquent d'être fréquemment disqualifiées juridiquement.

Des mesures à la fois structurelles et individuelles pourraient permettre à de nombreux citoyens de prendre eux-mêmes des décisions juridiquement valides, tout en étant protégés contre les abus. La société tout entière devrait bénéficier de telles améliorations des pratiques d'accompagnement à l'exercice des droits et obligations.

Par ailleurs, pour porter un regard plus critique sur elle-même et enrichir ses raisonnements, la recherche juridique gagne à s'éclairer de concepts empruntés à d'autres disciplines. Pour ma part, c'est souvent la philosophie qui m'aide à mettre en mots certaines intuitions. Dans le cadre de recherches relatives à des modèles d'accompagnement capacitant à l'exercice de la capacité juridique, j'aimerais approfondir la question des injustices épistémiques, mais aussi me pencher sur l'idée de « capabilités » développée par Martha Nussbaum[1391] et Amartya Sen[1392] et sur la théorie de la reconnaissance d'Axel Honneth[1393].

Enfin, je soulignerais que les dispositions légales relatives à l'*incapacité juridique* ont beaucoup retenu l'attention ces dernières années et qu'il faudrait à présent relancer le débat sur la *capacité juridique* : sous quelles formes l'exercice de cette capacité pourrait-il être garanti par et pour les personnes dont les facultés de raisonnement sont amoindries ?

Dans la tentative de répondre à cette question, il ne faudrait jamais passer sous silence la complexité des mécanismes cognitifs humains et l'expérience des personnes vivant avec un trouble mental. La recherche devrait aussi avoir pour fonction de faire émerger des discours peu audibles dans la sphère publique et de donner des mots à ceux qui en manquent, pour pouvoir se laisser transformer par leurs expériences singulières.

> *The sense of dissonance, then, is the starting point for both the critical thinking and the moral-intellectual courage that rebellion requires. That, I take it, is part of the mechanism of consciousness raising*.
>
> Miranda FRICKER[1394]

[1391] M. NUSSBAUM, *Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste ?*, Paris, Climats, 2012.
[1392] A. SEN, *L'idée de justice*, Paris, Flammarion, 2010.
[1393] A. HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Cerf, 2015 ; L. CARRÉ, *Axel Honneth : le droit de la reconnaissance*, Paris, Michalon, 2013.
[1394] M. FRICKER, *Epistemic Injustice. Power & the Ethics of Knowing*, Oxford University Press, 2007, p. 168.

BIBLIOGRAPHIE

La présente bibliographie reprend toutes les sources du travail, hormi le droit positif, les instruments de *soft law* et les décisions de justice. Lorsque plusieurs contributions à un même ouvrage collectif ont été utilisées, elles sont reprises séparéement ci-dessous, afin de permettre une recherche par nom de contributeur.

ACCARIAS C., *Précis de droit romain*, 3e éd., Paris, A. Cotillon et Cie Editeurs, 1879AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE (FRA), « La capacité juridique des personnes souffrant de troubles mentaux et des personnes handicapées intellectuelles », disponible sur https://fra.europa.eu, 2013.

AIDANTS PROCHES ASBL, « Les aidants proches, ressources indispensables des familles. Resteront-ils toujours invisibles dans votre projet socio-politique ? Mémorandum – Elections du 25 mai 2014 », 19 décembre 2013, disponible sur www.aidants-proches.be.

ALFORD P., BROWNING M., « From institutional life to home ownership: a personal story demonstrating the power of support to enable the exercise of legal capacity », *Global Perspectives on Legal Capacity Reform, Our Voices, Our Stories*, Oxford, Routledge, 2019, pp. 99-109.

ALLART M., LO SARDO S., « La pair-aidance en Fédération Wallonie-Bruxelles : état des lieux. Guide méthodologique », disponible sur www.le-forum.org, février 2020.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM-5,* 5e éd., 2013.

ANCEL P., *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois : approche comparative*, Bruxelles, Larcier, 2015.

ANDERSON E., « Feminist Epistemology and Philosophy of Science », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy,* Edward N. Zalta (ed.), Summer 2019 Edition, disponible sur https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/feminism-epistemology/.

ANDERSON F., CHEN B., « Consent is more than just yes or no », *Global Perspectives on Legal Capacity Reform, Our Voices, Our Stories*, Oxford, Routledge, 2019, pp. 174-183.

APPELBAUM P., « Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment », *N Engl J Med*., 2007, 357(18), pp.1834-1840.

APPELBAUM P., « Il y a toutes sortes de droits : les problèmes posés par l'article 12 et son interprétation », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 35-51.

APPELBAUM P., GRISSO Th., *Assessing Competence to Consent to Treatment*, Oxford University Press, 1998.

ARSTEIN-KERSLAKE A., FLYNN E., « The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law », *The International Journal of Human Rights*, 2016, pp. 471-490.

ARSTEIN-KERSLAKE A., *Restoring Voice to People with Cognitive Disability. Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017

AUTORITÉ DE PROTECTION DES DONNÉES, « Proposition de loi modifiant la loi du 26 juin 1990 relative à la protection des malades mentaux », Avis Avis n° 17/2016 du 27 avril 2016, disponible sur www.autoriteprotectiondonnees.be.

BAILLEUX A., HACHEZ I., « L'applicabilité directe des sources du droit », *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 44-66.

BELGIAN DISABILITY FORUM ASBL, « Alternative report presented for a coalition of organisations by the Belgian Disability Forum asbl (BDF) prior to the adoption by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities of the list of issues relating to Belgium ».

BELGIAN DISABILITY FORUM ASBL, « Position des associations et structures d'avis représentant les personnes handicapées. Rapport alternatif initié et coordonné par le Belgian Disability Forum », disponible sur www.unia.be, 20 février 2014.

BELLEVILLE G., *Assied-toi et écris ta thèse*, Les Presses de l'Université Laval, 2014.

BERNARD D., SIMONE O., « La pertinence des approches féministes du droit : une démonstration par l'exemple », *J.T.*, 2018, pp. 646-648.

BOXHO P., « Applications médico-légales de la loi du 26 juin 1990 », *Les incapacités*, CUP, 2003, pp. 241-280.

CAIRE A.-Bl., « Fictions et présomptions », *Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-lextenso éditions, 2015, pp. 121-141.

CENTRE POUR L'ÉGALITÉ DES CHANCES ET LA LUTTE CONTRE LE RACISME, « Rapport parallèle du centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme au premier rapport périodique de la Belgique dans le cadre de la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées », disponible sur www.unia.be, 2014.

CENTRE POUR LE DROIT ET LES POLITIQUES DANS LE DOMAINE DU HANDICAP – NUI Galway, « Étude consacrée à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Contribution à la Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap », disponible sur https://rm.coe.int/final-study-on-the-equal-recognition-before-the-law-fr/168072b470, 2017.

CHAPUT B., « La condition juridique et sociale de l'aliéné mental », *Aspects de la marginalité au Moyen Age*, Montréal, Les Editions de l'Aurore, 1975, pp. 39-56.

CHARLOT V., GUFFENS C., HEYNEN V., « Aînés, à vous de jouer ! Des intentions aux réalités. Quels leviers pour soutenir la participation des aînés ? », www.lebienvieillir.com, septembre 2020.

CHEVALIER D., « Administration provisoire, malades mentaux et internés : de la théorie à la pratique », *Mental'Idées*, 2012, n° 17, pp. 64-65.

CHEVALIER D., « Justices de paix : réalisme et vigilance », *J.T.*, 2015, pp. 116-117.

CLOSSET-MARCHAL G., *La compétence en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2016.

COLETTE-BASECQZ N., BLAISE N., *Manuel de droit pénal général*, Limal, Anthémis, 2016.

COMITE REGIONAL DE L'OMS POUR L'EUROPE (soixante-troisième session), « Aide-mémoire – Santé mentale », OMS Europe, disponible sur http://www.euro.who.int/fr/health-topics/noncommunicable-diseases/mental-health/data-and-resources/fact-sheet-mental-health, 2013.

COMMISSION FÉDÉRALE « DROITS DU PATIENT », « Avis. Le partenaire en tant que représentant du patient », 13 juin 2008, www.organesdeconcertation.sante.belgique.be/fr/organe-d'avis-et-de-concertation/commission-federale-droits-du-patient

COMMISSION FÉDÉRALE « DROITS DU PATIENT », « Désignation d'un MANDATAIRE dans le cadre de la représentation du patient », 19 décembre 2005, disponible sur www.patientrights.be

COMMISSION FÉDÉRALE « DROITS DU PATIENT », « La fonction de médiation prévue dans la loi relative aux droits du patient : vers une professionnalisation, un statut, une harmonisation des pratiques dans l'intérêt de la qualité des soins », avis du 19 mai 2017, disponible sur https://organesdeconcertation.sante.belgique.be/fr/organe-d%27avis-et-de-concertation/commission-federale-droits-du-patient.

COMMISSION FÉDÉRALE « DROITS DU PATIENT, « Elargissement du droit de porter plainte », 23 juin 2006, disponible sur www.patientrights.be

CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA JUSTICE, « Audit. Le contrôle sur les administrations par les justices de paix », www.csj.be, juillet 2019.

CONSTANTINO R., « The Flag of Imagination: Peru's New Reform on Legal Capacity for Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities and the Need for New Understandings in Private Law », *The Age of Human Rights Journal*, 2020, pp. 155-180.

COUSIN A., *Des incapacités résultant de la folie en droit romain et en droit français, Thèse pour le doctorat, présentée et soutenue le mercredi 13 juillet 1881*, Paris, Alphonse Derenne, 1881.

CURATEUR PUBLIC QUÉBEC, « Module 3. Aptitude et consentement aux soins (ppt) », www.curateur.gouv.qc.ca.

DANDOY N. (dir.), *La protection des personnes majeures : dix-huit mois de pratique*, Bruxelles, Larcier, 2016.

DANDOY N. (dir.), *Le nouveau régime belge de l'incapacité des majeurs : analyse et perspectives*, Bruxelles, La Charte, 2014.

DANDOY N., « Peut-on prononcer l'incapacité d'une personne à conduire un véhicule à moteur ? », note sous J.P. Neerpelt-Lommel, 20 janvier 2015 et 6 mars 2015, *J.J.P.*, 2015, pp. 316-317.

DANDOY N., « Tour d'horizon de la procédure – Du certificat médical circonstancié en particulier », *La protection des personnes majeures : dix-huit mois de pratique*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 71-122.

DANDOY N., « Tour d'horizon de la procédure – Du certificat médical circonstancié en particulier », *La protection des personnes majeures : dix-huit mois de pratique*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 71-122.

DAVIES J., *Cracked. Why psychiatry is doing more harm than good*, London, Icon Books Ltd, 2013.

DE FRÉSART Ch.-E., « Incapacités : le certificat médical et sa référence à la classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé adoptée le 22 mai 2011 par la 54e assemblée mondiale de la santé ou C.I.F., le bon choix ? », *125 ans de Justice de proximité*, Bruges, La Charte, 2017, pp. 69- 89.

DE GREEF V., *Droit au travail et troubles mentaux*, Bruxelles, La Charte, 2016.

DE LEVAL G., « L'action en justice », *Droit judiciaire. Tome 2. Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015.

DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3e éd., II, Bruxelles, Bruylant, 1964.

DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, 4e éd., II Les personnes, Bruxelles, Bruylant, 1990.

DEBREYNE V., VAN HIRTUM T., VERHAEGEN M.-N., « Les droits du patient : des avancées législatives, des constats et des questions », *T. Gez.* / *Rev. dr. santé*, 2014/2015, pp. 10-23.

DEFACQZ E., *Ancien droit Belgique ou Précis analytique des lois et coutumes observées en Belgique avant le code civil*, Tome premier, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1873.

DEFLOOR S., NYS H., *Les droits des patients atteints de la maladie d'Alzheimer ou de maladies apparentées*, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, 2008, www.kbs-frb.be.

DEGUEL Fr., « L'incapacité des majeurs sous la loupe des magistrats », *Actualités du droit des personnes et des familles. Le point en 2018*, Limal, Anthémis, pp. 61-140.

DEGUEL Fr., « Pot-pourri pour les personnes majeures protégées », *J.T.*, 2019, pp. 369-386.

DELAHAYE Th., *L'administrateur provisoire, Loi du 3 mai 2003*, Bruxelles, Larcier, 2004.

DELAHAYE Th., *L'administration provisoire (article 488bis du Code civil)*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2008.

DELAHAYE Th., *La protection judiciaire et extrajudiciaire des majeurs en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2016.

DELBEKE E., *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2012.

DELIENS L., VAN DEN BLOCK L. (Coord.), *La planification anticipée des soins : la concertation entre les dispensateurs de soins, les patients atteints de la maladie d'Alzheimer et leurs proches*, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, disponible sur www.kbs-frb.be, 2009.

DELILE J.-F., *L'invocabilité des accords internationaux devant la CJUE et le Conseil d'État français*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

DEMOLOMBE C., *Cours de Code civil*, t. IV, Bruxelles, J. Stienon, 1852.

DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, « Mental Capacity Act 2005 Code of Practice », 2007, www.gov.uk.

DERÈSE M.-N., *La médiation dans le domaine des soins de santé : enjeux et perspectives*, Waterloo, Kluwer, 2013.

DHANDA A., « Pour ou contre le nouveau paradigme d'une capacité juridique universelle et accompagnée ? », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 52-60.

DHOMMEAUX J., « La Convention relative aux droits des personnes handicapées et son Protocole du 13 décembre 2006 », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, pp. 529-550.

DISPA M.-Fr., « Des maisons où il fait bon vivre et travailler. Le modèle TUBBE : une inspiration scandinave dans les maisons de repos et de soins », disponible sur www.kbs-frb.be, juin 2019.

DR LEGRAND DU SAULLE, *Etude médico-légale sur l'interdiction des aliénés et sur le conseil judiciaire, suivie de recherches sur la situation des fous et des incapables à l'époque romaine*, Paris, A. Delahaye et E. Lecrosnier Editeurs, 1881.

DUPUIS M., « Dignité », *Dictionnaire encyclopédique d'éthique chrétienne*, Paris, Cerf, 2013, pp. 595-606.

DWORKIN G., « Paternalism », The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), disponible sur https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/paternalism/

DWORKIN R., *Life's Dominion*: *An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, New York, Alfred A. Knopf, 1993.

EGAN S., « Strengthening the United Nations Human Rights Treaty Body System », *Human Rights Law Review*, 2013, pp. 209-243.

EUROPEAN NETWORK OF (EX-) USERS AND SURVIVORS OF PSYCHIATRY, « Best practices recommended by ENUSP », disponible sur https://fr.scribd.com/doc/310280356/List-of-the-Best-Practices.

EYRAUD B., MINOC J., HANON C. (dir.), *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018.

FARMER P., *Pathologies of power. Health, human rights, and the new war on the poor*, The University of California Press, 2005.

Fédération royale du notariat belge, *La protection des personnes vulnérables à la lumière de la loi du 17 mars 2013, Acte de la journée d'études organisée le 12 mai 2014 par le conseil francophone de la F.N.R.B*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

FEDNOT, « Le nombre de Belges qui désignent un mandataire pour quand ils ne seront plus capables augmente fortement », disponible sur www.notaire.be, 1er août 2019.

FIERENS J., « La dignité humaine comme concept juridique », *J.T.*, 2002, pp. 577-582.

FIERENS J., « L'efficacité juridique de la consécration des droits économiques, sociaux et culturels », *Le point sur les droits de l'homme*, Liège, Formation Permanente CUP, 2000, pp. 165-213.

FIERENS J., MATHIEU G., « Les droits de la personnalité des personnes mineures ou vulnérables », *Les droits de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 253-279.

FILLION E., RAVAUD J.-Fr., « La mobilisation internationale du droit des personnes en situation de handicap : un activisme scientifique et social », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 232-241.

FLYNN E., ARSTEIN-KERSLAKE A., DE BHAILÍS C., LAURA SERRA M. (dir.), *Global Perspectives on Legal Capacity Reform, Our Voices, Our Stories*, Oxford, Routledge, 2019.

FREEMAN M. et al., « Reversing hard won victories in the name of human rights : a critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities », *The Lancet Psychiatry*, 2015, pp. 844-849.

FRICKER M., *Epistemic Injustice. Power & the Ethics of Knowing*, Oxford University Press, 2007.

FRITZ M., « Expériences médiévales de la folie : le fou aux multiples visages », *Images de la folie du Moyen-Age au siècle des lumières*, Namur, Société archéologique de Namur, 2012, pp. 11-37.

GALLUS N. (dir.), *La protection des incapables majeurs et le droit du mandat : droit belge et comparé*, Limal, Anthemis, 2014.

GALLUS N. et VAN HALTEREN Th., « La personnalisation des mesures d'incapacité », *La protection des personnes majeures : dix-huit mois de pratique*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 9-69.

GALLUS N., « La protection judiciaire de la personne : assistance et représentation », *La protection des personnes vulnérables à la lumière de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 65-99.

GALLUS N., « Les incapables », *Droit des personnes* et *des familles : chronique de* jurisprudence *2005-2010*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 821-871.

GALLUS N., *Bioéthique et droit*, Limal, Anthémis, 2013, p. 202.

GALLUS N., VAN HALTEREN Th., « La personnalisation des mesures d'incapacité », *La protection des personnes majeures. Dix-huit mois de pratique*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 9-69.

GALLUS N., VAN HALTEREN Th., *Le nouveau régime de protection des personnes majeures. Analyse de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

GANZINI L., VLICER L., NELSON W., DERSE A., « Pitfalls in Assessment of Decision-Making Capacity », *Psychosomatics*, 2003, pp. 237–243.

GASTMANS C., « Dignity-enhancing nursing care: A foundational ethical framework », *Nursing Ethics*, 2013, 20(2), pp. 142-149.

GAUDEMET J., CHEVREAU E., *Droit privé romain*, 3e éd., Paris, Lextenso éditions, 2009

GELIJKE RECHETEN VOOR IEDERE PERSOON MET EEN HANDICAP – GRIP, « List of issues prior to reporting for Belgium », disponibles sur https://www.ohchr.org/, 2019.

GELIJKE RECHETEN VOOR IEDERE PERSOON MET EEN HANDICAP – GRIP, « Human rights and persons with disabilities. Shadow repot Flanders (Belgium) 2011. For the attention of the UN-Committee on the Rights of Persons with Disabilities », disponible sur www.unia.be, 2011.

GENERAL MEDICAL COUNCIL, « Consent: patients and doctors making decisions together », 2008, www.gmc-uk.org.

GENICOT G., *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2016.

GHESQUIÈRE V., HACHEZ I., VAN BASSELAERE C., « La discrimination fondée sur le handicap », *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, Liège, Anthemis, 2018.

GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., *La formation du contrat. 1, Le contrat, le consentement*, Paris, LGDJ, 2013.

GIRARD P.-F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2009.

GOLTZBERG S., « Présomption et théorie bidimensionnelle de l'argumentation », *DISSENSUS – Revue de philosophie politique de l'ULg*, 2010, pp. 88-99.

GOODING P., MCSHERRY B., ROPER C., GREY F., *Alternatives to Coercion in Mental Health Settings: A Literature Review,* Melbourne Social Equity Institute, University of Melbourne, disponible sur www.socialequity.unimelb.edu.au, 2018.

GOODLEY D., *Disability Studies. An Interdisciplinary Introduction*, Londres, SAGE Publications Ltd, 2011.

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, « Le consentement aux soins », www.curateur.gouv.qc.ca.

GRASSART J., « Le point de vue des familles sur l'application de la loi. Priorité à l'alliance thérapeutique précoce », *La protection de la personne des malades mentaux*, Bruxelles, La Charte, 2011, pp. 203-212.

GRAY J. E., O'REILLY R. L., « Canada's "Beautiful Mind" case », *International Journal of Law and Psychiatry*, 2009, 32, pp. 315–322.

GUÉRARD Ph., « La controverse dans le texte français. L'article 12 : un outil de lutte pour la reconnaissance en santé mentale », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 61-65.

GZIL F., « La question éthique du respect de l'autonomie », *Annales Médico-Psychologiques*, 2009, 167, pp. 230-233.

HACHEZ I., « Article 26. - Intégration des personnes handicapées », *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 689-715.

HACHEZ I., *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

HACHEZ I., « Le métissage des sources, *hard* ou *soft* », *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 23-43.

HACHEZ I., « L'inclusion des personnes en situation de handicap : du *soft law* au *hard law* et inversement », *Soft law et droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2017, pp. 241-265.

HACHEZ I., « Précision et droits de l'homme dans l'ordre juridique belge : *focus* sur la notion polysémique d'effet direct », *La Revue des droits de l'homme*, 2015/7, 23 p.

HACHEZ Y., CARTUYVELS Y., NEDERLANDT O., « Internement (civil et pénal) des personnes souffrant d'un trouble mental », *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 750-781.

HANTSON J., LEMMENS Ch., « Is een hoogbejaarde dementerende een gevaarlijke geesteszieke in de zin van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke ? », *Rev. dr. santé,* 2014-2015, pp. 55-58.

HARDING S., *Objectivity and Diversity. Another Logic of Scientific Research*, The University of Chicago, 2015.

HENRY P. ET DE COCQUÉAU B., « L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises », *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 25-82.

INSTITUUT VOOR MEDIASTUDIES (KU Leuven), *(Se) Représenter autrement les personnes avec des troubles psychiques Analyser - nuancer – déstigmatiser*, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, disponible sur www.kbs-frb.be, 2017.

JAWORSKA A., « Respecting the Margins of Agency: Alzheimer's Patients and the Capacity to Value », *Philosophy and Public Affairs*, 1999, 28, pp. 105-138.

JESPERSON M., « PO-Skåne – a concrete example of supported decision-making », *Presentation at the OHCHR Symposium on the Human Rights of Persons with Psychosocial Disabilities*, Brussel, disponible sur www.europe.ohchr.org, 2014.

JOINT CENTER FOR BIOETHICS OF THE UNIVERSITY OF TORONTO, « Aid for Capacity Evaluation », www.jointcentreforbioethics.ca/tools/ace_download.shtml.

JONES R., *Mental capacity act manual*, Londres, Sweet & Maxwell, 2012.

KAHNEMAN D., *Système 1 Système 2 Les deux vitesses de la pensée*, Paris, Flammarion, 2016.

KANT E., *Fondements de la métaphysique des mœurs, Traduction nouvelle par Victor Delbos*, Paris, Delagrave, 1907.

KEENE A. R., *Assessment of Mental Capacity 4th edition : Practical Guide for Doctors and Lawyers*, The British Medical Association and the Law Society, 2015.

KILKELLY U., *Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2003.

KNMG, « Implementatie van de WGBO. Van de wet naar praktijk. Deel 2 Informatie en toestemming », juin 2004, www.knmg.nl, pp. 117-122.

KRENC K., « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1er janvier - 30 juin 2018) », *J.T.*, 2018, pp. 901-909.

KRISTEVA J., « Citoyenneté et handicap », *Ethiques et Handicaps*, Namur, Presses Universitaires de Namur, 2018, pp. 89-104.

LAGUESSE R. et LAMBERT M., « PSY 107 : Enquête sur l'implication des acteurs de terrain wallons dans les réseaux 107 », Septembre 2016, disponible sur http://sante.wallonie.be.

LAHARIE M., *La folie au Moyen Age, XI^e – XIII^e siècles*, Paris, Le Léopard d'Or, 1991.

LA LIGUE DES DROITS DE L'HOMME, « Santé mentale. Secret professionnel et pratiques de réseau », disponible sur www.liguedh.be, février 2016.

LANGLOIS A., « Dignité humaine », *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, Bruxelles, De Boeck, 2001, pp. 281-284.

LAURENT F., *Principes de droit civil français*, t. IX, Bruxelles, Bruylant, 1873.

LELEU Y.-H., « La capacité juridique. Notions générales », *Rép. Not.,* t. I, liv. V, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 23-62.

LELEU Y.-H., « Minorité prolongée, interdiction et conseil judiciaire : les dernières années », *Les incapacités*, Liège, CUP, 2003, pp. 281-313.

LELEU Y.-H., « Restrictions d'autonomie des personnes sous protection judiciaire : le logement, la santé, la voiture », *125 ans de justice de proximité. Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Bruxelles, la Charte, 2017, pp. 145-166.

LELEU Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010 et 2020.

LEMMENS C., « De handelings- en wilsonbekwamen », *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 821-1053.

LEMMENS C., « Medische beslissingen van een demente patiënt aan het einde van zijn leven en het juridisch statuut van advance care planning en voorafgaande wilsverklaringen », *Rev. dr. santé*, 2010/2011, pp. 4-26.

LEMMENS C., « Over de bewijslast bij de schending van een informatieverplichting: het Hof van Cassatie keert terug naar de regel dat de patiënt moet bewijzen », *T. Gez.* / *Rev. dr. santé*, 2018/2019, pp. 318-322.

LEPOINTE G., « La protection des incapables au Moyen Age à l'exclusion de ce qui concerne la femme », *Contributions françaises aux IIIe et IVe Congrès internationaux de Droit comparé*, Paris, Sirey, 1959.

Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien (Traduits en français par feu M. Hulot (…) pour les quarante-quatre premiers Livres, et pour les six derniers par m. Berthelot, (…)), Livre XXVII, Titre X, « Des curateurs donnés aux insensés, et à d'autres qu'à des mineurs, 1803, pp. 80 et s.

MARCHAL P., « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, t. I, l. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007.

MARIA I., « Jouir et/ou exercer ses droits en situation de vulnérabilité : les concepts civilistes revisités à la lumière de la Convention », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 66-69.

MARTIN W., MICHALOWSKI S., JÜTTEN T., BURCH M., « Achieving CRPD Compliance. Is the Mental Capacity Act of England and Wales compatible with the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities? If no, what next? », 22 septembre 2014, disponible sur www.autonomy.essex.ac.uk.

MATHIEU B., « La dignité, principe fondateur du droit », *Journal International de Bioéthique*, 2010, pp. 77-83.

MATHIEU G., *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014.

MATHIEU G., ROMMELAERE Cl., *Le secret professionnel. Guide à usage des soignants*, Namur, Les Editions namuroises, 2017.

MCRAE J., *Becoming a Person. The biography of Robert Martin*, Craig Potton Publishing (Nouvelle-Zélande), 2014.

MERCAT-BRUNS M., « L'influence de la Convention sur le droit des (in)capacités aux États-Unis », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 97-103.

MERCIER M., SALBREUX R. (dir.), *Ethiques & Handicaps*, Presses Universitaires de Namur, 2018.

MEURIS C., *Faire et défaire la capacité d'autonomie*, thèse de doctorat, Université Libre de Bruxelles et Université Sorbonne Paris Cité, 2017.

MINISTÈRE DU PROCUREUR GÉNÉRAL, Le Bureau de l'évaluation de la capacité, « Lignes Directrices en Matière d'évaluations de la Capacité », Mai 2005, www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca.

MINKOWITZ T., « CRPD Advocacy by the World Network of Users and Survivors of Psychiatry: The Emergence of a User/Survivor Perspective in Human Rights », disponible sur https://papers.ssrn.com, 2012.

MISAWSKI R., « Les Droits des proches de la personne malade », Saint-Louis Réseau Sein, disponible sur http://www.saint-louis-reseau-sein.org/documents_pdf/proches_plaquette.pdf, 2008.

MONTERO E., GOFFAUX B., « La référence au paradigme du "bon père de famille" en responsabilité extracontractuelle *», Forum de l'assurance*, 2014, n° 140, pp. 1-15

MOREAU Th., « La violation du secret professionnel », *Les infractions – Volume 5*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 685-726.

MOSSELMANS S., VAN THIENEN A., « Bescherming en bewind voor meerdejarigen. Commentaar bij de qet van 17 maart 2013 », *T. Fam.*, 2013, pp. 71-72.

NATIONAL INSTITUTE FOR HEALTH AND CARE EXCELLENCE, « Decision-making and mental capacity. NICE guideline », Octobre 2018, www.nice.org.uk

NEDELSKY J., « Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities », *Yale Journal of law and Feminism*, 1, 1989, pp. 7-36.

NYS H., BODDEZ L., VANERMEN E., *Overzicht van het gezondheidsrecht in 2012, 2013 en 2014*, Mechelen, Kluwer, 2015, p. 113.

NYS H., *Geneeskunde recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2016.

OST F., VAN DE KERCKHOVE M., *Entre la lettre et l'esprit*, Bruxelles, Bruylant, 1989.

PECQUEUR E., CARON-DÉGLISE A., VERHEYDE Th., « Regards de juges sur la loi française et la CIDPH », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 70-79.

PELLUCHON C., *L'autonomie brisée : bioéthique et philosophie*, Paris, PUF, 2011.

PERELMAN Ch., « Présomptions et fictions en droit. Essai de synthèse », *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp. 339-348.

PERELMAN Ch., VANDER ELST R., *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984.

PÉRINO L., « Test mental », *Des échelles pour prendre soin. Cailloux pour sentiers fragiles*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2009, pp. 75-80.

PETROVA M., YUMEROVA A., « I had one dream – to buy a simple smartphone », *Global Perspectives on Legal Capacity Reform, Our Voices, Our Stories*, Oxford, Routledge, pp. 92-98.

POGGE T., « Human rights and global health: a research program », *Global institutions and responsibilities. Achieving global justice*, Oxford, Blackwell Publishing, 2005.

QUINN G., « *An Ideas Paper* », *Consortium on Human Rights and Disability*, Bruxelles, 2009, disponible sur www.inclusionireland.ie.

QUINN G., « La personne et ses capacités : quelques perspectives sur le changement de paradigme de l'article 12 », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 21-34.

QUINN G., « Personhood & Legal Capacity. Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD », Concept paper, HPOD Conference, Harvard Law School, 20 février 2010, disponible sur www.inclusionireland.ie

QUINN G., « Personhood & Legal Capacity. Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD », Concept paper, HPOD Conference, Harvard Law School, 20 février 2010, disponible sur www.inclusionireland.ie.

RACHELS J., *The Elements of Moral Philosophy*, Random House Inc., 1986.

RAOUL-CORMEIL G., « Changer de paradigme à droit constant ? Lire la loi à la lumière des droits fondamentaux », *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 249-254.

RASSON A.-C., *Les droits fondamentaux de l'enfant au prisme de la jurisprudence de la Cour* constitutionnelle, Thèse en cours de rédaction, Université de Namur.

REHEMA J., O'SHEA E., « I have the strength to speak up for myself », *Global Perspectives on Legal Capacity Reform, Our Voices, Our Stories*, Oxford, Routledge, 2019, pp. 50-60.

RENAUDIE O., « De la Convention à son effectivité. L'article 12 est-il invocable devant les juridictions administratives françaises ? » *Choisir et agir pour autrui*, Paris, John Libbey Eurotext, 2018, pp. 243-248.

REUSENS Fl., « Petit aperçu de la grande réforme du droit belge des incapacités », *ADL,* 2014, 74, pp. 5-20.

REUSENS Fl., TASIAUX A., *L'adulte âgé dans le droit des personnes et de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2016.

RIGAUX N., « Autonomie et démence I : Pour une conception de l'autonomie « dementia-friendly », *Ger Psychol Neuropsychiatr*, 2011, 9(1), pp. 107-115.

ROBAYE R., *Le droit romain*, 4e éd., Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2014.

ROCHFORD-BRENNAN H. , JENKINS M., « Travel and dementia : one story, many rights », *Global Perspectives on Legal Capacity Reform, Our Voices, Our Stories*, Oxford, Routledge, 2019, pp. 81-91.

ROMMELAERE Cl., VAN GYSEGHEM J.-M., « Les proches du patient et la loi », *Ethica Clinica*, n° 83, 2016, pp. 40-55.

ROMMELAERE Cl., VYT Ch., « Décrédibilisation du discours militant et droits des personnes Handicapées », *Lucidités subversives. Dialogues entre savoirs et disciplines sur les injustices épistémiques*, Éditions sciences et bien commun, 2021, pp. 141-163 (ouvrage téléchargeable gratuitement à partir du site www.editionscienceetbiencommun.org).

ROTTHIER Kr., *Gedwongen opname van de geesteszieke*, Bruges, Die Keure, 2012.

RUET C., « Quelle autonomie pour les personnes atteintes de troubles mentaux ? Réflexions relatives à quelques arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev.trim.D.H.*, 2020, pp. 47-67.

SACASE M., *De la folie considérée dans ses rapports avec la capacité civile*, Paris, Videcoq Fils Aîné, 1951.

SCHAMPS G., « L'autonomie de la personne en matière médicale : du début à la fin de la vie », *Le temps et le droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 543-573.

SCHAMPS G., « Le droit à l'information et le droit au consentement libre et éclairé », *Mémento des droits du patient et de la responsabilité médicale*, Bruxelles, Kluwer, 2003, pp. 41-68.

SCHEERS D., SCHEERS C., *Bewind 2.0 Artikelsgewijze commentaar bescherming meerderjarige personen na de wet van 21 december 2018*, Antwerpen, Intersentia, 2019.

SCHOLTEN M., GATHER J., « Adverse consequences of article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities for persons with mental disabilities and an alternative way forward », *J Med Ethics*, 2018, pp. 226-233.

SENAEVE P., *Compedium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000.

SERIES L., NILSSON A., « Article 12 CRPD Equal Recognition before the Law », *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

SERVICE DE MÉDIATION FÉDÉRAL « DROITS DU PATIENT », « Rapport annuel 2007 », « Rapport annuel 2009 » et « Rapport annuel 2014 », disponibles sur www.patientrights.be

SESSUMS L.L. et al., « Does This Patient Have Medical Decision-Making Capacity? », *JAMA*, 2011, 306(4), pp. 420-427.

SEYFRIED L., RYAN K., KIM S., « Assessment of Decision-Making Capacity: Views and Experiences of Consultation Psychiatrists », *Psychosomatics*, 2013, pp. 115-123.

SIMILES, *Les familles comme partenaires de soins en santé mentale. Guide pratique à l'usage des soignants*, Chênée, ASBL Similes Wallonie, 2013, p. 4 (disponible sur www.psy107.be).

SODIS, « Legislative Decree No. 1384 that recognizes and regulates the legal capacity of persons with disabilities », www.sodisperu.org

SPF Santé Publique, Sécurité de la Chaîne Alimentaire et Environnement – Société scientifique de médecine générale (SSMG), « Evaluation de l'état de santé de la personne âgée selon la Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé (CIH-2) A utiliser pour la rédaction du certificat médical circonstancié en vue de la protection judiciaire d'une personne. Version simplifiée – OMS 2000 », 2015, disponible sur www.ssmg.be

SPINOY M., VRIELINK J., « Les notions de discriminations directes et indirectes », *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020.

STEUP M., « Epistemology », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy,* Edward N. Zalta (ed.), Winter 2018 Edition, disponible sur https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/epistemology/

STURMAN E.D., « The capacity to consent to treatment and research: A review of standardized assessment tools », *Clinical Psychology Review*, 25, 2005, pp. 967-971.

SWENNEN F., « De meerderjarige beschermde personen (Deel II) », *R.W.*, 2013-2014, pp. 602-623.

SWENNEN F., *Geestesgestoorden in het Burgelijk Recht*, Anvers, Intersentia, 2000.

SWENNEN F., *Het Personen- en Familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2017.

SWENNEN F., *Personenrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2008.

THE DEMENTIA NETWORK OF OTTAWA, « A Practical Guide to Capacity and Consent Law of Ontario for Health Practitioners Working with People with Alzheimer Disease », mtrembla@rohcg.on.ca

TOUSSAINT J.(dir.), *Images de la folie du Moyen-Age au siècle des lumières*, Namur, Société archéologique de Namur, 2012.

UNIA, « Contribution du Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations sur la liste des questions relatives au rapport étatique belge », disponible sur www.unia.be.

UNIA, « Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées et son Protocole facultatif », disponible sur www.unia.be

UNIA, « Information pour la Liste préalable Belgique - Contribution d'Unia (33.2) au Comité des Droits des Personnes handicapées », mars 2019, disponible sur www.unia.be.

UREEL Fr., « L'administration provisoire et son contrôle : propos introductifs », *Mental'Idées*, 2012, n° 17, pp. 56-60.

VALLIAPPAN R., MYKITIUK R., « The humour in my tumour : respecting legal capacity in health-care decision-making », *Global Perspectives on Legal Capacity Reform, Our Voices, Our Stories*, Oxford, Routledge, 2019, pp. 184-196.

VAN DE KERCKHOVE M., « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique », *L'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, FUSL, 1978, pp. 13-50.

VAN DE KERCKOVE M., « L'organisation d'asiles spéciaux pour aliénés criminels et aliénés dangereux. Aux sources de la loi de défense sociale », *Généalogie de la défense sociale en Belgique, 1880-1914*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, pp. 113-140.

VANDENBUSSCHE N., *100 vragen en antwoorden inzake bewindvoering*, Bruges, La Charte, 2019.

VAN GYSEL A.-Ch. (dir.), *DE PAGE Traité de droit civil belge. Les personnes*, vol. 1 et 2, Bruxelles, Bruylant, 2015.

VAN HALTEREN Th., *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Liège, Wolters Kluwer, 2018.

VAN HALTEREN Th., « Quelques récentes modifications législatives en matière de protection des personnes majeures vulnérables (loi du 21 décembre 2018) », *Incapables majeurs : adaptation de la loi de 2013*, Bruges, La charte, 2019, pp. 67-107.

VAN OMMESLAGHE P., *DE PAGE Traité de droit civil belge. Les obligations*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013.

VAN OVERSTRAETEN M., « Une manifestation particulière du droit du patient au consentement libre et éclairé : la faculté de rédiger une déclaration anticipée », *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2008, pp. 83-145.

VANSWEEVELT Th. ET TACK S., « Het recht op gezondheidtoestandinformatie en geïnformeerde toestemming », *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, pp. 331-428.

VANSWEEVELT Th., DELBEKE E., « Soins et respect de la volonté de la personne en fin de vie en Belgique », *Le droit de la santé : aspects nouveaux*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LB2V, 2012, pp. 715-730.

VERHAEGEN M.-N., « La loi relative aux droits du patient de 2002 : bientôt 10 ans… », *T. Gez.* / *Rev. dr. santé*, 2011/2012, pp. 162-163.

VERJANS E., *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, Antwerpen, Intersentia, 2019.

VERMEULEN Br., LAUWERS H., SPRUYTTE N., VAN AUDENHOVE Ch., MAGRO C., SAUNDERS J., JONES K., « *Experiences of family caregivers for persons with severe mental illness : an international exploration* », Leuven, LUCAS KULeuven / EUFAMI, 2015, disponible sur www.caringformentalhealth.org

VERSCHELDEN G., « Onbekwaamheid – De persoon », *Meerderjarige beschermde personen*, Bruges, die Keure, 2014, pp. 58-60.

VEYS M.-N., « La position du patient psychiatrique dans la loi relative aux droits du patient », Service public fédéral Santé publique, 2005-2006, www.healthbelgium.be.

VIEUJEAN E., « De la majorité, de l'administration provisoire, de l'interdiction et du conseil judiciaire », *J.T.*, 2004, pp. 275-276.

VROONEN Cl., WESTERLINCK E., « Les nouvelles missions pour l'administrateur : vers une tâche simplifiée ? », *Le nouveau régime belge de l'incapacité des majeurs : analyse et perspectives*, Bruxelles, La Charte, 2014, pp. 157-182.

WARLET Fr.-J., *La capacité protégée : analyse de la loi du 17 mars 2013,* Waterloo, Kluwer, 2014.

WATSON N., ROULSTONE A., THOMAS C. (dir.), *Routledge Handbook of Disability Studies*, Londres et New York, Routledge, 2012.

WELIE S., *Criteria for assessment of patient competence, A Conceptual Analysis from the Legal, Psychological and Ethical Perspectives*, thèse de doctorat, Universiteit Maastricht, 2008.

WÉRY P., *Droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010.

WIDDERSHOVEN G. BERGHMANS R., « Advance directives in dementia care : from instructions to instruments », *Patient Education and Counseling*, 2001, pp. 179-186.

WILLEMS G., « Droit à la personnalité et à la capacité d'exercice », *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 379-408.

WILLIATTE-PELLITTERI L., « Les enjeux juridiques de l'évaluation de la capacité du patient », *Ethica Clinica*, 2012, n° 65, pp. 4-13.

WRÓBLEWSKI J., « Structure et fonctions des présomptions juridiques », *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp. 43-71.

X, « Handreiking voor de beoordeling van wilsbekwaamheid (voor de hulpverlener) », 2007, disponible sur le site officiel du gouvernement néerlandais: www.rijksoverheid.nl.

ZDANOWICZ N., SCHEPENS P., *Tous fous ou la psychiatrie 5.0*, Louvain-la-Neuve, Academia – L'Harmattan, 2015.

TABLE DES SCHEMAS

Figure 1 : vous avez dit incapacité ? 20
Figure 2 : régimes d'incapacité des majeurs prévus par le Code civil au début du XXIe siècle 49
Figure 3 : de l'augmentation exponentielle de l'usage du terme « autonomie » en droit 81
Figure 4: la capacité de fait, notion-charnière 112
Figure 5: définition générale de la capacité de fait 132
Figure 6: définition de la capacité de fait du patient 151
Figure 7: de la rationalité supérieure du praticien professionnel 163
Figure 8: théorie et pratique de la décision raisonnée 168
Figure 9: le bonheur est dans l'ignorance 169
Figure 10: jugements de substitution dans le dialogue soignant-soigné : quelques possibilités 172
Figure 11: présomptions à réfragabilité variable 185
Figure 12: proposition de motifs d'évaluation de la capacité du patient 215
Figure 13: vous avez dit capacité ? Vision traditionnelle versus vision du Comité 264
Figure 14: cécité scientifique et sous-développement épistémique 332