

LES DROITS DE LA PERSONNALITÉ DES PERSONNES MINEURES OU VULNÉRABLES

PAR

JACQUES FIERENS

PROFESSEUR AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES
NOTRE-DAME DE LA PAIX À NAMUR

ET

GÉRALDINE MATHIEU

ASSISTANTE

AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES NOTRE-DAME DE LA PAIX À NAMUR

*Quand les sages sont au bout de leur sagesse,
Il convient d'écouter les enfants.*

G. BERNANOS, *Dialogues des Carmélites*, 1948

La folie parle.

ERASME, *Eloge de la folie*, 1515

INTRODUCTION :

LES PERSONNES VULNÉRABLES

Pendant longtemps, la jouissance effective des libertés et des droits fondamentaux a été réservée à une partie réduite de la population (1). Il s'agissait des hommes au sens masculin du terme, suffisamment pourvus du point de vue économique et culturel. La manière dont les droits de la personnalité se sont affirmés a d'ailleurs «pris pour modèle la configuration individualiste et subjective du droit de propriété» (2), ce qui dit assez qu'ils ne concernaient en fait qu'une minorité.

(1) Voy. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1990, n° 9 et Chap. V.

(2) *Ibidem*, n° 5.

Ce n'est que progressivement que seront pris en compte les problèmes particuliers suscités par l'ineffectivité des droits fondamentaux de ceux qui ne les ont pas suscités, qui n'ont guère les moyens de les conquérir ou de les défendre.

Le thème proposé est celui des personnes mineures ou vulnérables. La minorité est une notion juridique, la vulnérabilité une question de fait. Chacun est vulnérable, c'est pour cela qu'il a des droits, mais évidemment à des degrés divers. Certaines personnes semblent cependant reconnues implicitement par le droit civil comme nécessitant une protection organisée. Un système est mis en place, qui prétend les protéger à travers la loi. Il s'agit des mineurs d'âge et des malades mentaux quand une mesure juridique a été prise à l'égard de ceux-ci. D'autres groupes vulnérables, comme les malades non psychiatriques, les handicapés physiques, certains pauvres, seront davantage pris en compte par le droit social. D'autres encore, comme les détenus, par le droit pénal au sens large (3). Les personnes surendettées sont visées par le droit judiciaire (4). Des questions de respect ou de mise en œuvre des droits de la personnalité se posent évidemment pour toutes ces catégories de personnes.

Parfois, une personne vulnérable en fait est assimilée par nécessité à une personne reconnue vulnérable en droit. Ainsi, beaucoup de pauvres sont-ils juridiquement considérés comme handicapés sans nécessairement l'être du point de vue médical, pour qu'ils puissent bénéficier d'allocations aux handicapés ou d'allocations familiales majorées en raison du handicap d'un enfant. Il s'agit de pis aller rendus nécessaires par l'insuffisance de la protection économique des non-handicapés.

Certaines personnes sont vulnérables en fait, et éprouveront parfois bien des difficultés à exercer les droits de la personnalité, mais le système juridique ne reconnaît pas cette vulnérabilité, ou très partiellement. Il contribue même parfois à la provoquer. On songe, à propos de catégories vulnérables mais mal protégées, aux personnes atteintes de sénilité sans qu'aucune mesure de protection n'ait été prise, aux pauvres que le système de sécurité sociale ou d'aide sociale rejette, à certaines catégories d'étrangers, surtout s'ils

(3) Voy. la loi de principes du 12 janvier 2005 concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus.

(4) Art. 1676/2 et s. du Code judiciaire.

séjourner illégalement dans le pays, aux personnes qui rencontrent des problèmes spécifiques d'exercice de leurs droits fondamentaux en raison de la couleur de leur peau, de leur mode de vie globalement réprouvé en raison par exemple de leur nomadisme ou de la pratique de la mendicité.

La question de l'exercice des droits de la personnalité de ceux qui appartiennent à des groupes vulnérables en fait sans bénéficier d'une protection organisée est politique, au sens où c'est le rapport de force dans lequel ils se situent qui pose problème. Elle n'est cependant pas étrangère au thème de cette rencontre, car ce qui leur est commun est la fragilisation de certains droits fondamentaux comme le droit à la liberté, le droit à certaines garanties socio-économiques, à l'accès au savoir, le droit de s'établir ou de circuler sur le territoire, ou encore le droit à la non-discrimination. Cette fragilisation compromet en pratique, parfois de manière radicale, l'exercice des droits de la personnalité, parce que tous les droits fondamentaux sont interdépendants. Le renforcement de l'un consolide les autres. L'affaiblissement de l'un compromet les autres. Tant il est vrai que pour voir assuré le respect de sa vie privée et familiale, par exemple, il vaut mieux encore, de nos jours, être jeune, riche, blanc, en bonne santé et en séjour légal que vieux, pauvre, noir, malade et enfermé au Centre 127.

En outre, l'approche selon laquelle les droits de la personnalité seraient ceux que l'individu fait valoir contre la puissance publique, ceux qui supposent l'abstention de l'Etat, contrairement aux droits-créances, doit être considérée comme obsolète. Comme tous les droits fondamentaux, les droits de la personnalité doivent à la fois être *respectés, protégés et réalisés* (5). «Respectés» signifie que les pouvoirs publics ne peuvent les violer. «Protégés» signifie que l'Etat doit empêcher la violation des droits par d'autres que lui ou sanctionner cette violation. «Réalisés» signifie que le droit doit faciliter

(5) Voy. l'insistance du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations-unies : Observation générale n° 12, à propos du droit à une nourriture suffisante, §15; Observation générale n° 13 du 8 décembre 1999, à propos du droit à l'éducation, §46; Observation générale n° 14 du 11 août 2000, à propos du droit à la protection de la santé, §33; Observation générale n° 15 du 20 janvier 2003 à propos du droit à l'eau, §20; Observation générale n° 16 du 11 août 2005 à propos du droit égal des hommes et des femmes à la jouissance des droits économiques, sociaux et culturels, §17; Observation générale n° 17 du 12 janvier 2006 à propos du droit qu'a toute personne de bénéficier de la protection des bienfaits moraux et matériels découlant d'une production scientifique, littéraire ou artistique dont elle est l'auteur, §28; Observation générale n° 18 du 24 novembre 2005, à propos du droit au travail, §22.

l'exercice des droits, les assurer et les promouvoir. Les obligations d'abstention et d'intervention se complètent donc nécessairement. C'est sur un triple terrain que les personnes vulnérables sont menacées, et une triple solution qu'il faudra mettre en œuvre. L'Etat va-t-il lui-même respecter leurs droits de la personnalité? Le droit va-t-il protéger contre la négation des droits par des tiers, qui seront peut-être les représentants des individus vulnérables ou du moins les personnes elles-mêmes chargées de les protéger? Enfin, comment donner les moyens nécessaires à l'effectivité concrète de ces droits? Le problème de la conciliation entre la dépendance et l'effectivité des droits de la personnalité est donc plus compliqué à résoudre qu'il n'y paraît peut-être. Il ne suffit pas de substituer une volonté efficiente à une volonté inefficace par le mécanisme classique d'un représentant qui à la fois «rend présent» la personne vulnérable, lui prête en quelque sorte sa personnalité, et constituerait une sorte de bouclier contre l'agression du pouvoir ou d'autrui. Il faudra encore donner aux personnes vulnérables elles-mêmes la possibilité de se protéger contre la négation de leur personne par le pouvoir, par des tiers, et encore leur procurer les moyens de l'exercice effectif des droits de la personnalité.

Le programme est bien vaste. Il a fallu circonscrire le propos. L'attention se concentrera sur quelques aspects des droits de la personnalité des enfants, au sens de la Convention relative aux droits de l'enfant (6), et des malades mentaux faisant l'objet de mesures dites de protection, parce que cette protection est organisée surtout par le droit des personnes qui nous réunit.

PARTIE I. — LES ENFANTS ET LES FOUS NE PARLENT PAS : L'ORGANISATION DE LA DÉPENDANCE

A. — La dépendance et la peur

La caractéristique commune des mineurs et des malades mentaux est d'abord la dépendance. Les fous inspirent en outre manifestement la peur. Le premier souci du droit est de s'en prémunir, avant

(6) Au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable. (Art. 1^{er} de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989).

de les protéger et d'organiser la dépendance (7). Ce n'est qu'à première vue une caractéristique spécifique des malades mentaux, car il en va de même des enfants. Notre droit n'est pas aussi «pédocentrique» qu'il le prétend. Ce qui fait peur est notamment la capacité des mineurs de créer des dommages, ce qui justifiera notamment les règles de la responsabilité pour autrui, ou leur capacité de nuire aux personnes et aux biens en posant des actes qualifiés infractions, ce qui entraînera les modifications législatives récentes en la matière. Elles font davantage place au souci sécuritaire. Ainsi, la réforme de la «protection» de la jeunesse intervenue en 2006 a introduit un nouveau *Titre préliminaire* dans la loi du 8 avril 1965, qui n'évoque jamais l'intérêt de l'enfant que l'on croyait demeurer le fondement de cette loi et de tant d'autres. A quatre reprises en vingt lignes, par contre, le nouveau texte mentionne la volonté de «protéger la société», «la protection de la société» ou «l'impératif de protection sociale». «Protéger la société à long terme» est d'ailleurs explicitement le tout premier des principes nouveaux (8).

Il revient surtout au droit de la responsabilité civile et au droit pénal, au sens large, de gérer la peur. Le droit des personnes tente davantage de gérer la dépendance. C'est donc elle qui nous retiendra. Elle pose des difficultés particulières à propos de l'exercice des droits de la personnalité. Ceux-ci, comme leur nom l'indique, sont censés faire exister la personne. Les mineurs et les malades mentaux sont dépendants mais doivent pourtant socialement et juridiquement exister.

B. — Parole, raison, volonté

«Personnalité», «personne», chacun connaît la signification profonde de ces notions dérivées de l'étrusque *prosdopon* qui signifiait «masque de théâtre» (9), cet objet servant à la fois à masquer et à

(7) Voy., à ce sujet, l'exposé des motifs du projet de loi qui a abouti à la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental, *Monit.*, 13 juillet 2007. L'option sécuritaire est constamment soulignée. Il s'agira à la fois de protéger la société tout en assurant un soutien thérapeutique adapté aux auteurs de crime ou délits qui souffrent d'un trouble mental ayant altéré de manière grave leur capacité de discernement et qui représentent un danger pour la société (*Doc. parl., Ch.*, sess. 2006-2007, I-2841, p. 6).

(8) Voy. J. FIERENS, «Caïn, Abel, Etéocle, Polynice et les autres. Aspects historico-mythiques de la réforme de la loi du 8 avril 1965», dans *Actes des journées d'étude des 31 mai et 1^{er} juin 2007. «La réforme de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse. Premier bilan et perspectives d'avenir»*, à paraître.

(9) Voy. M.-Th. MEULDERE, v^o Personne, dans A.J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de la sociologie du droit*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Story Scientia, 1988.

faire entendre la voix. Or, l'enfant et le fou, s'ils sont souvent en effet masqués par le droit, ont aussi été considérés d'abord comme n'ayant pas de voix, pas de parole. Ils ne pouvaient donc être véritablement des «personnes» (10). «Parole» se dit en grec *logos*, qui veut dire aussi «raison». La seule parole prise au sérieux par la société en général et par le droit en particulier est la parole raisonnable. Les mineurs et les malades mentaux en sont dépourvus, ou du moins est-elle considérée comme défaillante. *In-fans* veut dire celui qui ne peut parler (11). *De-mens* veut dire celui qui n'a pas de raison (12). Celui qui ne parle pas ou celui qui n'a pas d'esprit ne participe pas de cette caractéristique la plus fondamentale de l'*homo* : être *homo sapiens*.

Or, la manifestation la plus évidente de la raison dans notre idéologie juridique est la *volonté*. La conséquence de l'absence de raison est donc l'impossibilité soit de se fixer un but convenable, soit de l'atteindre.

Le but convenable désigné est quant à lui le profit, au sens large de la préservation de ses propres intérêts (on sait par exemple que la prodigalité est considérée comme une maladie mentale (13)). La parole, la raison, la volonté doivent mobiliser pour chacun les moyens de préserver et de renforcer ses intérêts.

C. — Les mécanismes juridiques mis en place

Les artifices juridiques élaborés pour pallier l'absence ou les carences de la parole ou de la volonté sont bien connus.

1. La privation de jouissance de certains droits

Le premier moyen juridique mis en place est la privation de jouissance de certains droits de la personnalité. A première vue, il ne saurait en être question, puisque les mineurs comme les malades mentaux se voient reconnaître dès leur naissance la personnalité juridique.

Pourtant, un mineur prolongé ou un interdit ne peuvent par exemple valablement contracter mariage ou adopter, c'est-à-dire que leur droit de fonder une famille, tel que consacré notamment par l'article 12 de la Convention européenne, se trouve drastiquement limité, ou que le droit à la vie privée et à la protection de la vie familiale n'a pas pour eux la même signification que pour les autres. Il en va de même pour l'enfant, sauf dispense en matière de mariage (14).

Pour ce qui concerne les mineurs d'âge, une technique fréquemment mise en œuvre consiste à distinguer différentes «sous-périodes» au sein de la minorité et à y faire correspondre la jouissance ou l'exercice des droits. La plus classique trace une frontière, héritée du droit romain, en fonction de la capacité de «discernement» (15). En l'absence de celui-ci, aucun droit ne peut être exercé par l'enfant, mais il faut considérer aussi que la jouissance de certains d'entre eux, en matière de droits de la personnalité, peut faire défaut, comme le droit de disposer de soi-même, le droit à la libre disposition des éléments de son corps, le droit à la libre disposition de sa dépouille mortelle, le droit au secret des communications.

Remarquons que le Code civil de 1804 ne connaissait pas la notion jurisprudentielle de discernement. Elle figure dans la Convention relative aux droits de l'enfant (16) et n'a été introduite dans le Code civil belge que par la loi du 29 avril 2001 modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs, à l'article 410,

(10) A propos des enfants, on s'intéressera notamment aux travaux de Philippe Ariès. Voy. Ph. ARIÈS, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Paris, Seuil, 1971; à propos des malades mentaux, la référence principale demeure M. FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, NRF-Gallimard (Coll. Tel, n° 9), 1972.

(11) Rousseau le relève; voy. J.-J. ROUSSEAU, *Emile*, dans *Œuvres complètes*, Paris, NRF Gallimard [Bibliothèque de La Pléiade], 1964, p. 89.

(12) Selon Foucault, il n'en a pas toujours été ainsi. Cette perception est liée au rationalisme. Ainsi, DESCARTES, dans les *Méditations métaphysiques*, se sert-il de la folie comme antithèse de la raison. Voy. M. FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, cité, notamment p. 67 et s.; voy. aussi p. 311.

(13) Art. 513 du Code civil: *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'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal.*

(14) Voy. l'article 145 du Code civil en matière de mariage et l'article 345 du Code civil en matière d'adoption.

(15) La loi distingue l'enfant en bas âge et le mineur plus âgé en Allemagne, en Autriche, en Égypte, en Grèce, au Liban ou en Suisse. Quelques législations, comme celles de la Colombie et de la Roumanie, distinguent trois périodes dans la vie juridique du mineur. Dans *Emile*, ROUSSEAU distingue, selon la division en Livres, le nourrisson (*enfance*), l'enfant de 2 à 12 ans (*puer*), l'enfant de 12 à 15 ans (qui a atteint l'âge de forces), l'enfant de 15 à 20 ans (qui a atteint l'âge de raison), et l'enfant de 20 à 25 ans (qui a atteint l'âge de sagesse et du mariage).

(16) Art. 12, §1^{er}: *Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.*

§2, dernier alinéa, du Code civil (17), et à l'article 348-1 par la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption (18).

Pour le malade mental, le maintien de la capacité de jouissance et d'exercice est la règle. En ce qui concerne la personne placée sous administration provisoire tout d'abord, son incapacité d'exercice est limitée à la sphère de la gestion de ses biens de sorte que, sous réserve de son discernement, elle conserve l'entière capacité d'exercice de ses droits strictement personnels. Elle peut ainsi se marier, divorcer, adopter ou reconnaître un enfant.

Une personne mise en observation ou maintenue en traitement médical en application de la loi du 26 juin 1990 sur la protection des malades mentaux conserve en principe sa pleine capacité (19), même si elle peut – mais ne doit pas – être pourvue d'un administrateur provisoire de ses biens.

Une personne internée sur la base de la nouvelle loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental conserve en principe sa capacité de jouissance et sa capacité d'exercice des droits de la personnalité. Alors qu'avant la réforme, la commission de défense sociale pouvait décider elle-même d'adjoindre un administrateur provisoire à un interné, cette décision ne peut désormais être prise que par le juge de paix. Le tribunal de l'application des peines n'a pas de compétence en la matière.

2. Les mécanismes de soutien de l'exercice des droits

En dehors des exceptions à la jouissance, d'autres mécanismes soutiendront en principe l'exercice des droits de certaines personnes vulnérables. Il s'agit de la représentation, de l'assistance et de l'autorisation.

(17) En tout cas, le mineur qui possède le discernement requis est invité pour être entendu, s'il le souhaite, avant que l'autorisation puisse être accordée.

(18) Toute personne âgée de douze ans ou moins lors du prononcé du jugement d'adoption doit consentir ou avoir consenti à son adoption.

Par dérogation à l'alinéa premier, le consentement n'est pas requis de la personne déclarée interdite, en état de minorité prolongée ou dont le tribunal estime, en raison d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé, qu'elle est privée de discernement.

(19) Voy. Y.-H. LÉLÉU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 243.

- La représentation

La représentation est littéralement – du moins aujourd'hui (20) – le mécanisme qui rend présent quelqu'un qui est absent. Si on était un peu heideggérien, on dirait «faire entrer dans la présence», mais l'ambition du droit n'est pas ici ontologique. Le but de la loi est de fictivement substituer à une volonté absente ou réputée absente, une volonté réputée capable et fiable. Il ne s'agit pas de mandat, car celui-ci suppose au contraire la volonté saine du mandant qui choisit son mandataire et lui donne des instructions. Le mineur ni le malade mental ne choisissent leur représentant. La loi ou le juge le font pour eux.

Le mineur est en principe représenté dans l'exercice de ses droits par le père et la mère (21), à défaut par le tuteur «civil» (22), le tuteur d'un mineur étranger non accompagné (23), le membre du conseil de l'action sociale d'un CPAS à qui a été confiée la tutelle administrative d'un mineur d'âge à l'égard duquel personne n'est investi de l'autorité parentale ou n'exerce la tutelle ou la garde matérielle (24), ou encore le protuteur en cas de déchéance de l'autorité parentale (25).

Le malade mental qui a fait l'objet d'une mesure de minorité prolongée est représenté par ses père et mère ou par un tuteur (26), s'il est interdit par un tuteur (27).

La personne placée sous administration provisoire est représentée par l'administrateur pour ce qui concerne les actes juridiques et les actions relatifs à son patrimoine (28).

(20) Le mécanisme de représentation au sens actuel est cependant moins ancien qu'il en a l'air. Dans un premier temps, le concept juridique de représentant se bornait à signifier «successeur». Voy. Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 2000, spécialement n° 24 et s.

(21) Le conjoint d'un parent, son cohabitant légal ou son cohabitant de fait élève peut-être l'enfant en pratique dans une étroite proximité affective. Juridiquement, il n'est pas titulaire de l'autorité parentale et ne peut le devenir. Il n'est jamais son représentant légal. Il en va de même des «parents d'accueil», notion inconnue du droit civil.

(22) Voy. art. 405, §1^{er}, al. 2, du Code civil. Le tuteur officieux visé à l'article 476bis du Code civil ne représente pas son pupille en dehors des nécessités de l'administration de ses biens.

(23) Voy. le titre XIII, chapitre 6 «Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés», de la loi-programme du 24 décembre 2002.

(24) Voy. art. 63 à 68 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale.

(25) Voy. art. 34 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait.

(26) Voy. art. 487quater du Code civil.

(27) Voy. art. 509 du Code civil.

(28) Voy. Y.-H. LÉLÉU, *Droit des personnes et des familles*, cité, n° 182.

La nouvelle loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental ne mentionne pas d'éventuel représentant du malade ou de l'interné mais différentes dispositions (29) mentionnent néanmoins que *l'interné comparait toujours en personne. Si des questions d'ordre médico-psychiatrique sont posées au cours de l'audience et qu'il serait particulièrement préjudiciable de les examiner en la présence de l'interné, son conseil peut le représenter pour cet aspect.*

Une manière de tenter d'affermir les droits de la personnalité des personnes vulnérables est de recourir, pour leur effectivité, au mécanisme classique de la représentation. On pourrait penser que ces droits, étant intrinsèquement liés à la personne et même constitutives de celle-ci, l'excluent par essence. On songe ainsi au droit de se marier ou au droit de demander le divorce. Mais ce principe est loin d'être absolu. Certains droits de la personnalité s'accommodent de la représentation.

Ainsi, en ce qui concerne le mineur d'âge, les parents exerçant l'autorité sur le mineur, ou son tuteur, sont habilités à donner le consentement requis à l'acte médical ou à tout acte portant atteinte à son intégrité physique (30), même si, suivant son âge et sa maturité, l'enfant est associé à l'exercice de ses droits.

Pour la personne majeure incapable de donner son consentement, la loi a dû prévoir un système comparable (31). A nouveau, la règle est tempérée par l'exigence que le patient incapable soit associé dans la mesure du possible aux décisions à prendre.

En matière de divorce, en vertu de l'article 1255, §7, nouveau, du Code judiciaire, si l'un des époux est dans un état de démence ou dans un état grave de déséquilibre mental, il est représenté en tant que défendeur par son tuteur, son administrateur provisoire, ou, à défaut, par un administrateur *ad hoc* désigné préalablement par le président du tribunal à la requête de la partie demanderesse (32).

Le tuteur d'un interdit pourrait être autorisé à représenter celui-ci dans une action en nullité de mariage (33).

Le droit à l'image est également susceptible d'être exercé, pour ce qui concerne le mineur, par ses représentants légaux (34), même s'il doit, dans la mesure du possible et en fonction de son âge, être associé à la prise de vue, au principe et aux modalités de diffusion de son image (35).

En matière de filiation, l'enfant est titulaire de différentes actions : il peut contester la présomption de paternité du mari de sa mère (36), la maternité établie légalement à son égard, contester une reconnaissance ou encore tenter une action en recherche de paternité ou de maternité. Il sera cependant représenté dans l'exercice de ces actions pourtant éminemment personnelles par son représentant légal ou par un tuteur *ad hoc* (37).

De la même façon, l'interdit et la personne incapable d'exprimer sa volonté sont représentés dans les actions relatives à la filiation par leur représentant légal et en cas de conflit d'intérêt par un tuteur *ad hoc*.

Enfin, dans certains cas, l'administrateur provisoire peut être autorisé par le juge de paix à représenter la personne protégée lors de la conclusion de son contrat de mariage (38). On se trouve ici à la marge des actes à caractère personnel.

- L'assistance

L'assistance permet à l'incapable d'agir lui-même, à condition qu'une personne capable soit présente à ses côtés, effectivement ou fictivement, au moment de l'exercice du droit.

L'exemple-type de l'assistance est la mise sous conseil judiciaire du malade mental, telle que prévue aux articles 513 à 515 du Code civil. Elle vise exclusivement l'exercice de droits patrimoniaux.

Le curateur assiste le mineur émancipé pour certains actes patrimoniaux (39).

(34) Voy. Civ. Brux., 17 mai 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 233.

(35) Y.-H. LÉLÉU, *Droit des personnes et des familles*, cité, p. 148.

(36) L'action de l'enfant doit être intentée, selon les termes de l'article 318 nouveau du Code civil, au plus tôt le jour où il a atteint l'âge de douze ans et au plus tard le jour où il a atteint l'âge de vingt-deux ans ou dans l'année de la découverte du fait que le mari n'est pas son père. La formulation du texte finalement adopté en séance plénière de la Chambre permet de considérer qu'avant ses 12 ans, l'enfant ne peut agir, mais qu'à partir de l'âge de 12 ans et jusqu'à ses 18 ans il pourra agir, par l'intermédiaire de son représentant légal ou d'un tuteur *ad hoc* chargé d'apprécier l'opportunité de sa demande s'il y a opposition d'intérêts conformément à l'article 331sexies du Code civil.

(37) Voy. art. 331sexies du Code civil.

(38) Voy. art. 488bis-H, §3, al. 2, du Code civil.

(39) Voy. art. 482 du Code civil.

(29) Art. 27, 35, 43, 99.

(30) Voy. art. 12, §1^{er}, de la loi du 22 août 2002 sur les droits du patient. Voy. aussi, sur les limites de la représentation, X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, Bruxelles, Larcier, 1982, n° 644 et s.

(31) Art. 13 à 15 de la loi du 22 août 2002 sur les droits du patient.

(32) La solution de l'ancien art. 232, al. 2, du Code civil a été transposée dans la nouvelle loi.

(33) P. MARCHAL, «Les incapables majeurs», *Rép. Not.*, t. I, l. VIII, Bruxelles, Larcier, 1998, n° 77.

– *L'autorisation*

L'autorisation est proche de l'assistance, mais en diffère. Elle consiste dans un assentiment préalable, donné une seule fois, à l'exercice d'un droit, alors que l'assistance est un concours continu à celle-ci.

L'exemple-type est cette fois l'autorisation au mariage d'un mineur par ses parents, prévue à l'article 148 du Code civil.

Par son caractère ponctuel, l'autorisation s'accommode bien de l'intervention de juridiction gracieuse. On peut ainsi songer à l'autorisation du juge de paix donnée à un tuteur (40) ou à un mineur émancipé pour l'accomplissement de certains actes considérés comme importants (41).

D. – *Les difficultés pratiques*

Dans les faits, un des risques les plus importants est de voir le mécanisme de représentation, d'assistance ou d'autorisation se retourner contre la personne vulnérable. Dans l'intérêt prétendu de l'incapable, ses droits de la personnalité peuvent être compromis.

Un parent, un tuteur, un administrateur de biens, peuvent, à l'évidence, prendre des décisions qui en fait concernent directement ou indirectement la vie privée et les droits de la personnalité d'un mineur ou d'un malade mental. Des parents peuvent de manière nuisible permettre la diffusion de l'image de leur enfant, ou au contraire s'y opposer abusivement. La gestion des biens d'un incapable concernera indirectement mais certainement le choix d'un logement, l'attribution d'argent de poche, le paiement ou le refus de paiement de certains soins.

PARTIE II. – LES ENFANTS ET LES FOUS PARLENT :
L'ORGANISATION DE L'AUTONOMIE

A. – *L'enfant et le malade mental sont doués de parole*

Comme on vient de le rappeler, selon le schéma classique de l'organisation de la dépendance des personnes vulnérables, le

mineur et le malade mental ne jouissent pas de tous les droits de la personnalité et ne les exercent qu'exceptionnellement.

Dans un passé relativement récent, toutefois, le droit a redécouvert que l'enfant parle et que le fou pense. *Stultitia loquitur*, «la folie parle» avait écrit Erasme en titre du premier chapitre de l'*Eloge de la folie*. La psychologie, la psychiatrie et surtout la psychanalyse nous ont réappris que les enfants aussi parlent, très tôt et beaucoup, que leur volonté s'exerce, qu'ils défendent leurs intérêts de manière souvent très raisonnable. Chacun sait que les fous ont historiquement été considérés comme porteurs de vérité – d'où leur nécessité dans l'entourage du pouvoir –, de même que les enfants : «La vérité sort de la bouche des enfants» (42).

Dès lors, certains droits fondamentaux en rapport avec cette capacité de langage redécouverte pourront – devront – être exercés par la personne vulnérable elle-même. Est significative à cet égard l'organisation en droit belge de l'audition de l'enfant, à travers l'article 931 du Code judiciaire (43) ou de l'article 52ter de la loi du 8 avril 1965 (44) relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait.

B. – *Honni soit qui trop dépend*

Plus généralement, aujourd'hui, la dépendance de droit ou de fait à l'égard d'autrui, au niveau privé ou collectif, qui caractérise les personnes vulnérables, est de plus en plus suspecte, voire progressivement considérée comme intolérable. Le phantasme est que chaque individu puisse jouir de tous ses droits, en tout cas de ceux qui fondent son existence sociale comme les droits de la personnalité, et qu'il puisse les exercer lui-même.

C'est un truisme de relever que l'affirmation de droits de la personnalité est inhérente à la constante montée en puissance de l'individualisme dans nos idéologies juridiques. L'évolution du droit du

(42) On l'histoire authentique de la rédaction d'un écolier au sujet de son voyage à Luxembourg, qui écrit qu'il est allé au cinéma avec ses parents «pendant que Bonne-maman faisait des courses à la banque»...

(43) Loi du 30 juin 1994 modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures du divorce.

(44) Loi du 2 février 1994 modifiant la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse.

(40) Voy. art. 410 du Code civil.

(41) Voy. art. 483 et 494 du Code civil.

mariage, celui du divorce ou de la filiation tendent de même vers l'individualisation sans cesse grandissante, éventuellement jusqu'à la mise en cause du lien familial, comme en matière de sécurité sociale ou d'aide sociale (45).

A cet égard, sur le terrain juridique, en ce qui concerne les mineurs, la Convention relative aux droits de l'enfant a été déterminante. Non sans susciter diverses critiques (46), elle consacre le droit de l'enfant d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant (47), le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion, le droit de l'enfant à la liberté d'association et à la liberté de réunion pacifique, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, de sa famille, de son domicile ou de sa correspondance, de son honneur et de sa réputation, le droit de l'enfant à l'accès à une information et à des matériels provenant de sources nationales et internationales diverses (48).

Il n'existe pas de Convention relative aux droits fondamentaux du malade mental, mais l'affirmation de ceux-ci gagne du terrain. On peut citer ainsi la Déclaration des droits du déficient mental, proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution n° 2856 du 20 décembre 1971 (49), la Déclaration des droits des personnes handicapées, proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution n° 3447 du 9 décembre 1975 (50), la Recommandation n° 818 du 8 octobre 1977 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, relative à la situation des malades mentaux (51), la Résolution du Parlement européen sur les droits des handicapés mentaux du 16 septembre 1992 (52) ou la Recommandation R (2004) 10 du 22 septembre 2004 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux.

(45) Voy. J. FIERENS, «Familles et aide sociale», dans M.-Th. CASMAN *et alii* (dir.), *Familles plurielles. Politique familiale sur mesure?*, Bruxelles, éd. Luc Pire, 2007, p. 196-202.

(46) Voy. A. FINKIELKRAUT, «La Mystification des droits de l'enfant», dans *Les Droits de l'enfant. Actes du colloque européen d'Amiens, 8-10 nov. 1990*; I. THÉRY, «Nouveaux Droits de l'enfant, la potion magique?», in *Esprit*, n° 3-4, p. 5-30, 1992.

(47) Art. 12.

(48) Art. 14 à 17.

(49) <<http://www.unhcr.ch/french/html/menu3/b/>> (consulté en novembre 2007).

(50) *Ibidem*.

(51) <[http://www.coe.int/t/f/foh/%E9/recommandations/Rec\(1977\)818.asp](http://www.coe.int/t/f/foh/%E9/recommandations/Rec(1977)818.asp)> (consulté en novembre 2007).

(52) *J.O.C.E.*, n° C284 du 2 novembre 1992, p. 49.

C. - Les mécanismes juridiques mis en place

Pour redonner la parole et affermir les droits de la personnalité des enfants et des malades mentaux, plusieurs techniques juridiques vont être mises en œuvre, parallèles à celles qui organisaient la dépendance.

1. La limitation dans le temps du régime de l'incapacité

Une première possibilité est de limiter dans le temps le régime d'incapacité, ou d'organiser cette limitation au cas par cas.

La loi du 19 janvier 1990 (53) a abaissé l'âge de la majorité civile de 21 à 18 ans, au nom de l'indépendance et de la responsabilisation des jeunes, c'est-à-dire leur capacité affirmée de «répondre» de leurs actes et de leurs décisions plus tôt qu'auparavant, du moins si l'on considère l'histoire récente. Dans les législations anciennes, cet âge était généralement celui de la puberté. A Rome, il avait été fixé à 12 ans pour les filles et 14 ans pour les garçons. La simplicité des rapports juridiques et surtout la protection efficace de la famille pouvaient expliquer cet octroi précoce de la capacité. Le relâchement des liens familiaux a parfois provoqué le phénomène inverse de celui que nous vivons, lorsque le législateur prolonge l'état d'incapacité jusqu'au moment où le développement cérébral de l'enfant est censé achevé. Ainsi, au Bas-Empire les Romains retardèrent jusqu'à vingt-cinq ans l'âge de la pleine capacité. À l'heure actuelle, la plupart des systèmes juridiques fixent la majorité à dix-huit ans et non plus vingt-et-un comme l'avait fait le Code Napoléon. Les travaux parlementaires de la loi du 19 janvier 1990 laissent apparaître un consensus du monde politique, à l'époque, pour donner plus de chances, mais aussi plus de responsabilités, aux jeunes dès dix-huit ans. L'indépendance de fait des jeunes doit être confirmée par le droit (54).

En ce qui concerne les malades mentaux, si les causes de l'interdiction disparaissent, la loi prévoit que la mainlevée de la mesure pourra être demandée dans les mêmes formes que l'interdiction (55). La mainlevée pourra être sollicitée par ceux qui pouvaient deman-

(53) *Monit.*, 30 janvier 1990.

(54) Proposition de loi abaissant à dix-huit ans l'âge de la majorité civile, *Développements, Doc. Parl., Ch.*, sess. extr. 1988, n° 42/1, p. 2.

(55) Voy. art. 512 du Code civil.

der l'interdiction, mais également par l'interdit lui-même (56). Une fois qu'elle est prononcée, la personne retrouve sa pleine capacité.

De la même manière, la mise sous conseil judiciaire cesse avec sa cause, moyennant une décision de mainlevée (57).

La cessation de l'état de minorité prolongée peut être demandée, en application de l'article 487septies du Code civil, par le mineur prolongé, ses père ou mère, son tuteur, tout autre parent ou par le procureur du Roi, même si la loi ne prévoit pas ici une cessation en raison de la disparition de la cause, la guérison étant dans ce cas illusoire (58).

Concernant l'administration provisoire, l'article 488bis-D du Code civil dispose que le juge de paix pourra à tout moment y mettre fin, soit d'office, soit à la demande de la personne protégée, de toute personne intéressée, du procureur du Roi ou de l'administrateur provisoire. Il peut également modifier les pouvoirs de l'administrateur.

Les régimes d'incapacité mis en place ne sont donc jamais définitifs et sont voués à disparaître dès que la mesure ne se justifie plus. La pluralité des personnes autorisées à demander qu'il soit mis fin à la mesure, en ce compris la personne qui en fait l'objet, témoigne du refus du législateur de cadenasser la personne dans une camisole de force d'incapacité qui ne se justifierait plus.

2. Les exceptions à l'incapacité générale d'exercice

Une deuxième technique visant à diminuer la dépendance des personnes vulnérables consiste à accentuer les exceptions à l'incapacité générale d'exercice.

Tout d'abord, la loi, la doctrine ou la jurisprudence s'accordent à reconnaître au mineur, dans le domaine des droits à caractère dit «strictement personnel», la capacité d'agir en fonction de son âge, de son discernement et de l'importance de l'acte.

Le mineur peut ainsi, sans représentation ni assistance, reconnaître un enfant (59). Cette dérogation est d'ailleurs valable pour tout

(56) Voy. Y.-H. LÉLEU, «Minorité prolongée, interdiction et conseil judiciaire : les dernières années», dans Y.-H. LÉLEU (éd.), *Les incapacités*, Liège, C.U.P., 2003, p. 301.

(57) *Ibidem*, p. 309.

(58) *Ibidem*, p. 291.

(59) Voy. art. 328, al. 1^{er}, du Code civil.

incapable en vertu de l'article 328, alinéa 1^{er}, du Code civil, qui dispose que la reconnaissance peut être faite par un incapable. La reconnaissance exige toutefois que son auteur ait conscience de la portée de ses actes (60), ce qui paraît par exemple exclu pour la personne placée sous statut de minorité prolongée. L'interdit qui se trouverait dans un intervalle lucide pourrait reconnaître un enfant.

Le mineur est également apte à demander une dispense d'âge en vue de se marier, à exercer l'autorité parentale, à exercer seul ses droits en matière d'aide sociale (on peut rapprocher l'aide sociale des droits de la personnalité par la référence à la dignité humaine contenue à l'article 1^{er} de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale), voire même, selon une certaine jurisprudence, à demander en justice une contribution alimentaire à ses parents (61).

Dans le cadre du droit de disposer de son corps, le mineur se voit reconnaître le droit de consentir seul à un prélèvement de sang sur sa personne (62) ou, à partir de douze ans, à un prélèvement d'organe (63). Les droits définis dans la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient peuvent être exercés de manière autonome par le patient mineur s'il est estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts (64). Il n'en va pas de même pour le mineur prolongé ou pour l'interdit qui ne peuvent qu'être associés à l'exercice de leurs droits, compte tenu de leur capacité de compréhension, mais ne peuvent jamais les exercer seuls.

Le consentement à son avortement dans les conditions de la loi du 3 avril 1990 ne peut être donné, le cas échéant, que par la mineure elle-même (65). En théorie comme en pratique, une jeune fille peut acheter, sans l'accord de ses parents, la «pilule du lendemain» et se l'administrer évidemment.

(60) Voy. Y.-H. LÉLEU, *Droit des personnes et des familles*, cité, p. 196, note 253.

(61) Voy. Y.-H. LÉLEU, *ibidem*, p. 223, note 405 et les références de jurisprudence.

(62) Voy. art. 9, al. 3, de la loi du 5 juillet 1994 relative au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine. La formulation est toutefois ambiguë : *Néanmoins, si le mineur d'âge est en mesure d'exprimer un consentement ou un avis, le médecin est tenu de les recueillir et, éventuellement, d'en tenir compte.*

(63) Voy. art. 7, §2, de la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organe, tel que modifié par la loi du 7 décembre 2001.

(64) Voy. art. 12 de la loi du 22 août 2002 sur les droits du patient.

(65) Voy. C.A. n° 39/91, 19 décembre 1991, 6.B.18; Y.-H. LÉLEU et G. GÉNICOT, *Le droit médical*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2004, n° 107 et 206.

Une partie importante de la doctrine et de la jurisprudence tend à considérer que l'incapacité du mineur doué de discernement, qui est à la base une règle de protection à son égard, ne saurait avoir comme effet paradoxal de lui nuire, de manière telle qu'il devrait pouvoir être amené à agir lui-même en justice dans certains cas, notamment dans toutes les actions personnelles qui sont par nature exclusives de toute représentation (66).

Dans cette mouvance, on relèvera une proposition de loi déposée le 18 janvier 2001, votée au Sénat le 18 juillet 2002 et relevée de caducité après la dissolution des Chambres en 2003, ouvrant l'accès à la justice aux mineurs en cas d'inaction de leurs représentants légaux ou en cas de conflit d'intérêts avec eux, sur la base des articles 9 et 12 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les développements de la proposition énoncent :

Il y a néanmoins une profonde évolution sociale qui amène à considérer que l'autorité parentale n'est pas absolue et qu'elle doit être exercée eu égard au droit du mineur à disposer de lui-même. Dans la vie quotidienne aussi, les mineurs et en particulier les adolescents posent de plus en plus d'actes juridiques.

C'est pourquoi le maintien en droit belge de l'incapacité du mineur d'ester en justice à quelques exceptions fragmentaires près suscite de plus en plus de critiques. La Convention internationale des droits de l'enfant dispose que l'enfant même est un sujet de droit et donc un titulaire de droits. Toutefois, le principe de l'application directe de cette convention n'a pas été admis de manière univoque en tout cas pas en ce qui concerne tous ses articles de sorte que la faculté d'exercer les droits en question reste lettre morte si le représentant légal refuse d'intervenir.

La doctrine fait observer que la loi belge est contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui a bel et bien un effet direct quant à lui.

De plus, le droit à l'accès à la justice est une condition sine qua non de la préservation de tous les autres droits fondamentaux (67).

3. L'association de l'incapable à l'exercice de ses droits

Une troisième possibilité de diminuer la dépendance et d'entendre la parole de la personne vulnérable consiste à associer l'incapable à l'exercice de ses droits de la personnalité, soit par le recueil de son avis, soit par l'exigence de son «co-consentement», qui vient alors se

superposer à celui de ses représentants légaux, ou encore par la mise en place de l'assistance plutôt que de la représentation.

Ainsi, en-dessous de l'âge de 12 ans, à défaut de devoir donner un véritable consentement, le mineur doit néanmoins pouvoir donner son avis quant à un prélèvement d'organe sur sa personne (68).

Dès l'âge de 12 ans, il est amené à consentir à sa reconnaissance (69).

Le consentement du mineur âgé de 12 ans est également requis pour son adoption (70). Toutefois, il ne sera pas demandé, que ce soit pour sa reconnaissance ou son adoption, si la personne concernée est interdite, en état de minorité prolongée ou si le tribunal estime en raison d'éléments de fait, constatés par un procès-verbal motivé, qu'elle est privée de discernement.

La modernisation de la tutelle par les lois des 29 avril 2001 et 13 février 2003, a été justifiée par une attention accrue portée sur la personne de l'enfant plutôt que sur ses biens. *Ce n'est pas parce qu'il est incapable de poser des actes juridiques qu'il doit être exclu de toute décision concernant sa personne, son patrimoine, son avenir (71).* Le mineur est ainsi davantage associé à l'organisation et au fonctionnement de la tutelle. Une disposition générale prévoit qu'il doit être entendu à partir de 12 ans dans les procédures relatives à sa personne et à partir de 15 ans dans celles relatives à ses biens. Pour autant qu'il le souhaite, le mineur sous tutelle doué de discernement doit être entendu avant qu'une autorisation de vente de gré à gré d'un bien meuble ou immeuble lui appartenant puisse être accordée par le juge de paix (72).

En cas de conflit grave avec le tuteur ou le subrogé tuteur, le mineur a la possibilité de saisir le procureur du Roi, selon le cas, à partir de 12 ans en cas de conflit relatif à sa personne, ou à partir de 15 ans en cas de conflit relatif à ses biens. Le mineur âgé de

(68) Voy. art. 7, §2, 2°, de la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes.

(69) Voy. art. 320bis, §2, al. 2, nouveau, du Code civil. L'âge était fixé à 15 ans avant la loi du 1^{er} juillet 2006 réformant la filiation.

(70) Voy. art. 348-1, al. 2, du Code civil. L'âge était fixé à 15 ans avant la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption.

(71) Projet de loi modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs, Exposé des motifs, *Doc. parl., CA.*, sess. ord. 1999-2000, n° 50-576/001, p. 9 et s.

(72) Voy. art. 410, §2, al. 5, du Code civil.

(66) J.-P. MASSON, G. HIERNAX, N. GALLUS, N. MASSAGER, J.-C. BROUWERS et S. DEGRAVE, «Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 1999-2004», *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Larcier, Bruxelles, 2006, p. 61 et Y.-H. LÉLÉU, *Droit des personnes et des familles*, cité, p. 218 et 222.

(67) Proposition de loi ouvrant l'accès à la justice aux mineurs, *Doc. Parl., S.*, sess. ord. 2000-2001, n° 2-626/1, p. 2.

12 ans doit par ailleurs être entendu par le juge de paix avant la nomination du tuteur.

De la même manière, la 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, témoigne du souci d'associer davantage la personne protégée à la prise de décision. L'apparition de la « personne de confiance » comme intermédiaire entre l'administré, l'administrateur et le juge est révélatrice de ce souhait de mieux cerner la volonté de la personne vulnérable, notamment dans l'exercice de ses droits de la personnalité. Selon les travaux préparatoires, *il s'agit de tendre au maximum vers une mesure de protection basée sur une relation de confiance entre la personne à protéger et l'administrateur, et ce, afin d'en arriver à une gestion personnalisée. Pour réaliser cet objectif, il faudrait intégrer davantage de garanties dans la loi afin d'associer plus étroitement la personne protégée, ses proches et/ou personne de confiance à la gestion de ses biens. Citons, à titre d'exemple, le souhait de garantir que la personne protégée aura toujours une participation minimale à la gestion de ses fonds et de ses biens en fonction de la nature et de l'importance de ceux-ci. Le juge de paix peut donc décider qu'il faut accorder un minimum d'argent de poche à la personne protégée, argent qu'elle pourra utiliser pour faire de petits achats pouvant lui rendre la vie plus agréable* (73).

La loi du 26 juin 1990 relative à la protection des malades mentaux prévoit aussi la possibilité pour le malade de choisir une personne de confiance (74), de même que les dispositions relatives à l'administration provisoire des biens appartenant à un majeur (75).

En ce qui concerne le co-consentement, on le retrouve en matière de mariage du mineur ayant obtenu une dispense d'âge (on a déjà

(73) 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, *Développements, Doc. parl., C.A., sess. extr. 1999, n° 50-0107/001, p. 2.*

(74) Voy. art. 7, §2, de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection des malades mentaux. On retrouve d'ailleurs cette personne de confiance aux côtés de personnes vulnérables en fait dans la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient qui permet la désignation d'une personne de confiance pour assister le patient dans l'exercice de son droit à l'information (art. 7) de même que dans la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie qui prévoit la possibilité de désigner, dans une déclaration anticipée, une personne de confiance qui pourra dialoguer avec les médecins si des choix cruciaux devaient être pris et informer celui-ci de la volonté du patient (art. 4, §1^{er}, al. 2).

(75) Voy. art. 488bis-B, §4, du Code civil.

mentionne qu'il peut d'ailleurs agir seul pour l'obtenir). Il consent évidemment lui-même (76).

En ce qui concerne l'assistance, pour conclure un contrat de mariage, le mineur est assisté d'un parent au moins (77), à défaut de quoi la conclusion du contrat de mariage pourrait néanmoins être autorisée par le tribunal de la jeunesse.

De manière relativement similaire, une personne placée sous administration provisoire conclut elle-même son contrat de mariage, même si, de manière critiquable selon certains (78), elle doit à présent être assistée par son administrateur et autorisée par le juge de paix (79).

4. La répression pénale

Le droit pénal vise parfois à protéger les droits de la personnalité des personnes vulnérables. On songe au respect du droit à l'image des enfants.

Le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants porte en son article 3 que *chaque Etat Partie veille à ce que, au minimum, les actes et activités suivants soient pleinement couverts par son droit pénal, que ces infractions soient commises au plan interne ou transnational, par un individu ou de façon organisée : (...) c) Le fait de produire, de distribuer, de diffuser, d'importer, d'exporter, d'offrir, de vendre ou de détenir aux fins susmentionnées, des matériels pornographiques mettant en scène des enfants, tels que définis à l'article 2. Selon l'article 8, §1^{er}, les États Parties adoptent à tous les stades de la procédure pénale les mesures nécessaires pour protéger les droits et les intérêts des enfants victimes des pratiques prosrites par le présent Protocole, en particulier (...) en permettant que les vues, les besoins ou les pré-occupations des enfants victimes soient présentés et examinés au cours de la procédure lorsque leurs intérêts personnels sont en jeu, d'une*

(76) Voy. art. 145 et 148 du Code civil. Le mineur peut néanmoins demander au tribunal de passer outre ce refus s'il est abusif en cas de refus des deux parents ou simplement non fondé en cas de refus d'un des deux.

(77) Voy. art. 1095 et 1397, al. 1^{er}, du Code civil.

(78) Voy. Y.-H. LELU, *Droit des personnes et des familles*, cité, n° 198.

(79) Dans des cas particuliers l'administrateur peut représenter l'administré (article 488bis-H, §3, al. 2, du Code civil).

manière conforme aux règles de procédure du droit interne; (...) en protégeant, s'il y a lieu, la vie privée et l'identité des enfants victimes et en prenant des mesures conformes au droit interne pour prévenir la diffusion de toute information pouvant conduire à leur identification.

La Belgique a mis en œuvre ses obligations internationales notamment à travers l'article 383bis du Code pénal (80).

PARTIE III. – QUELQUES MENACES SUR LES DROITS DE LA PERSONNALITÉ DES PERSONNES VULNÉRABLES

Tels sont, à grands traits, les mouvements de notre législation en ce qui concerne la mise en œuvre des droits de la personnalité des mineurs et des malades mentaux. On ne saurait cependant clôturer ce rapport sans mentionner que certains d'entre eux sont encore gravement menacés, tant il y a loin de la théorie à l'effectivité.

On mentionnera d'une part la situation des enfants détenus dans les centres fermés, d'autre part celle des personnes internées dans les annexes psychiatriques des prisons ou dans des établissements de défense sociale.

A. – Le mineur en séjour illégal

Comme le relevait Hannah Arendt dans un contexte beaucoup plus dramatique que celui de l'immigration clandestine, certaines personnes voient leurs droits les plus fondamentaux menacés ou niés parce qu'elles n'appartiennent pas, plus ou pas encore à la communauté politique ou juridique qui produit les règles auxquelles ils sont soumis (81). Sans qu'il soit question d'atrocités comme celles que perpétrent les régimes fascistes, il faut admettre que les étrangers en séjour illégal sont, en Belgique notamment, largement exclus du bénéfice des droits de la personnalité. Il en va ainsi également de leurs enfants, à qui on ne peut même pas reprocher la transgression des lois sur l'entrée ou le séjour en Belgique.

(80) Loi du 13 avril 1995 relative aux abus sexuels à l'égard des mineurs. L'article 383bis du Code pénal a été modifié plusieurs fois depuis son insertion.

(81) Voy. H. ARENDT, *Les origines du totalitarisme*, t. 2, L'impérialisme, spécialement au chapitre V, «Le déclin de l'Etat-nation et la fin des droits de l'homme», tr. fr. par Martine LEIRIS [coll. Points politique], Paris, Fayard, 1982, p. 239 et s.

A propos des mineurs d'âge détenus en centre fermés, la seule allusion législative ou réglementaire aux enfants figure à l'article 83, alinéa 5, de l'arrêté royal du 2 août 2002 (82): *Si des mineurs séjournent dans le centre, l'infrastructure adaptée doit être mise à leur disposition de manière à ce qu'ils puissent se détendre.*

Pour le surplus, au regard du droit belge, un enfant, à son arrivée dans un centre fermé, doit subir une fouille corporelle (83) et doit «faire usage des installations sanitaires» (84). Il doit se soumettre à un examen médical (85). Il peut voir sa correspondance contrôlée (86), il est possible de lui interdire, dans des conditions assez strictes il est vrai, l'usage du téléphone (87). Il peut voir réduire ou interdire certaines visites (88). Des sanctions disciplinaires ne sont pas exclues à l'égard des mineurs (89), dont l'imposition de tâches relatives à l'ordre et à la propreté du centre, la suppression d'avantages, pour autant qu'il y ait un lien direct ou indirect entre l'infraction et la mesure d'ordre, tels que l'accès à la bibliothèque, à l'espace récréatif ou à la cantine ou les activités culturelles, spor-

(82) Arrêté royal du 2 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du Gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/6, §1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

(83) Voy. art. 10. Dans son avis, le Conseil d'Etat a souligné que la fouille corporelle portant atteinte au droit au respect de la vie privée, elle doit être prévue par la loi qui doit en fixer les conditions, conformément à l'article 22, alinéa 1^{er}, de la Constitution. Ainsi, les cas et les conditions dans lesquelles des fonctionnaires de police, ou des personnes agissant sous leur responsabilité, peuvent effectuer des fouilles, ont été fixés par le législateur (Voir l'article 28 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police. Voir également, pour ce qui concerne les officiers de protection, l'article 25 de la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité).

Le Conseil d'Etat constate qu'en l'état actuel de la législation, «les membres du personnel de sécurité du centre» n'ont pas été investis d'un tel pouvoir par la loi et qu'ils n'ont pas la qualité de fonctionnaire de police au sens de l'article 3 de la loi du 5 août 1992 précitée.

Selon le Rapport au Roi, à la suite de l'avis du Conseil d'Etat, il a été décidé d'appliquer une modification de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers en vue d'y insérer une compétence de fouille pour le personnel de sécurité du centre. En attendant cette modification de loi, et pour la protection de la sécurité des occupants et du personnel du centre, «il est cependant absolument nécessaire de garder les règles établies par cet arrêté en matière de fouilles».

La loi du 25 avril 2007 a introduit un art. 51/3bis dans la loi du 15 décembre 2007 autorisant la fouille corporelle lors de l'arrivée dans un centre. L'arrêté royal d'exécution prévu par cette nouvelle disposition n'a pas été pris à ce jour.

(84) Voy. art. 12.

(85) Voy. art. 13.

(86) Voy. art. 20.

(87) Voy. art. 25.

(88) Voy. art. 31.

(89) Voy. art. 98.

tives ou de détente ou le placement dans un local d'isolement pour une durée maximale de vingt-quatre heures, prolongeable deux fois. Des mesures coercitives peuvent être imposées aux enfants comme aux adultes : une contrainte physique, une clef de bras, des menottes aux poignets et/ou aux pieds (90). Un mineur comme un majeur peut être isolé s'il présente un risque sérieux de suicide (91).

Un test médical est par ailleurs purement et simplement imposé aux jeunes étrangers si un doute apparaît quant à leur statut de minorité, en vertu des articles 3, §2, 2° et 7 du titre XIII, chapitre 6 «Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés», de la loi-programme du 24 décembre 2002.

A titre de comparaison, en ce qui concerne les jeunes garçons placés à «Everberg», l'article 4, alinéa 3, de la loi du 1^{er} mars 2002 relative au placement provisoire de mineurs ayant commis un fait qualifié infraction dispose plus explicitement que *la mesure provisoire de protection sociale* (encore la protection de la société) (...) *doit être exécutée dans le respect des dispositions des articles 37 et 40 de la Convention internationale des droits de l'enfant, dont le texte est remis à l'intéressé, contre accusé de réception, lors de son admission* (92).

B. - Les malades mentaux internés en hôpital psychiatrique

La prééminence des aspects sécuritaires dans le traitement des malades mentaux, sur lesquels vient d'insister à nouveau la réforme de la loi sur l'internement, menace de manière constante le respect, la protection et la réalisation de leurs droits de la personnalité, tout comme d'ailleurs les nécessités thérapeutiques.

La surpopulation des établissements de défense sociale demeure un problème majeur. Souvent, un interné demeure à l'annexe psychiatrique de la prison, elle-même surpeuplée, et ne reçoit pas les soins adaptés. Cette situation a déjà été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme, qui la considère le cas échéant comme constitutive de traitements inhumains et dégra-

dants (93). Elle est dénoncée par les médecins eux-mêmes, qui parlent de violation flagrante de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

La loi nouvelle tend à rapprocher de plus en plus le traitement des personnes souffrant d'un trouble mental de celui qui s'applique aux délinquants de droit commun, par la prise en compte du critère de dangerosité ou par la compétence dévolue aux tribunaux d'application des peines.

Les établissements de défense sociale n'ont par ailleurs pas les moyens financiers d'un accueil décent et d'un suivi thérapeutique adéquat des malades concernés.

En 2001, le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants a stigmatisé la situation des malades mentaux en Belgique (94), qui ne semble pas s'être améliorée à ce jour. Il a souligné qu'à l'évidence, *le consentement d'un patient à un traitement ne peut être qualifié de libre et éclairé que s'il se fonde sur des informations complètes, exactes et compréhensibles sur son état de santé et le traitement qui lui est proposé. Par conséquent, tous les patients doivent systématiquement obtenir les informations pertinentes relatives à leur état de santé et le traitement qu'on propose de leur prescrire. Les patients doivent aussi obtenir des informations pertinentes (résultats, etc.) pendant et à l'issue de leur traitement.*

Après sa visite au Centre hospitalier Jean Titeca à Schaerbeek, la délégation a été particulièrement préoccupée par la fréquence et la durée d'utilisation des moyens de contention physique, surtout durant la phase d'admission, au cours de laquelle cette pratique était quasi systématique. Dans certains cas particuliers, ces moyens de contention physique ont été appliqués à des patients pendant une période totalisant 120 à 180 jours sur une année civile donnée.

Le Comité a aussi souhaité soulever la question de principe du conflit de nature éthique entre les fonctions thérapeutique et d'expertise. Il n'est pas rare que le médecin chef de service qui établit le «rapport médical circonstancié» produit devant le tribunal au

(90) Voy. art. 104.

(91) Voy. art. 115.

(92) L'article 6, §1^{er}, énonce cependant que *pour les nécessités de l'information ou de l'instruction, le tribunal de la jeunesse ou le juge d'instruction peut, par ordonnance motivée, interdire [à] l'intéressé de communiquer librement avec les personnes qu'il désigne nommément, à l'exception de son conseil, et ce pendant un délai de trois jours calendrier maximum.*

(93) *Aerts c. Belgique*, 30 juillet 1998.

(94) *Rapport au Gouvernement de la Belgique relatif à la visite effectuée en Belgique par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 25 novembre au 7 décembre 2001*, Conseil de l'Europe, CPT/Inf (2002) 25. Voy. <<http://www.cpt.coe.int/documents/bel/2002-10-17-fra-gov.htm>> (consulté en novembre 2007).

40° jour de la mise en observation soit également le médecin traitant du patient concerné, ce qui met en péril la relation de confiance nécessaire entre le médecin et son patient.

Au cours de sa visite au Centre hospitalier Titeca, la délégation a également constaté que certains patients avaient été hospitalisés à titre volontaire, mais avaient été par la suite placés dans une unité «fermée», pour des raisons non autrement explicitées. Or, le consentement des patients concernés n'était ni clairement établi, ni visible dans leur dossier médical. Le Comité est donc préoccupé par le fait que des patients volontaires puissent être retenus durablement dans des unités fermées sans bénéficier des garanties de procédure offertes dans le contexte d'une procédure de placement non volontaire, au motif du caractère volontaire initial de leur placement.

CONSIDÉRATIONS FINALES : LES AMBIGÜITÉS DE L'«AUTONOMIE»

Les droits de la personnalité des enfants et des malades mentaux sont destinés à limiter leur dépendance et à accentuer leur autonomie.

Même considéré sans les interférences sécuritaires et les difficultés de mise en œuvre concrètes, ce mouvement n'est pas sans ambiguïté, car il est permis de se demander ce qui ferait qu'aujourd'hui, contrairement à hier, dans certains domaines au demeurant essentiels pour la personne et pour les relations sociales, le mineur ou le malade trouverait tout à coup les lumières nécessaires à la détermination de son intérêt. A trop vouloir permettre l'exercice purement individuel de leurs droits de la personnalité par les personnes vulnérables en raison de leur âge ou de leur santé mentale, ne prend-on pas le risque d'affaiblir ce qui devrait demeurer le but premier des régimes, la protection ? Les enfants, heureusement, ne sont pas moins enfants qu'autrefois. Les malades mentaux, malheureusement, ne sont pas moins malades qu'auparavant.

Contrairement à une opinion répandue, le terme «autonomie» ne vient pas de *nomos* et ne veut pas dire «se donner sa propre loi». Il vient de *némô*, partager, et signifie «recevoir sa part

propre» (95), ce qui est bien plus conforme non seulement à l'idée que les Grecs se faisaient de la loi et de la justice, mais aussi à la manière de raisonner de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour constitutionnelle.

Le glissement de sens moderne, qui croit que le but des lois est la suppression de cette dépendance, est en lui-même significatif.

Il ne s'agit pas de donner à chacun la possibilité d'établir lui-même la norme qui le gouverne, mais de respecter une proportionnalité. La véritable égalité est une proportion géométrique, à quatre termes, et non une égalité arithmétique (96). Les droits de A par rapport à ceux de B, leur respect, leur protection et leur mise en œuvre doivent demeurer dans le même rapport que ce qui fait la différence entre A et B, par exemple du point de vue de l'âge et de la santé mentale. Il convient de donner à chacun ce qui lui convient en fonction de ce qu'il est. L'autonomie est le respect de ce rapport et non la fiction selon laquelle l'enfant est un adulte en plus petit ou le malade mental une personne dont la rationalité est simplement différente.

L'autonomie n'est pas l'indépendance solitaire. Donner à chacun son pâturage juridique n'exclut pas la reconnaissance d'un besoin de protection ou l'acceptation de vivre juridiquement en partie à travers autrui.

Bien au contraire, être autonome serait pour certains, et sans doute pour tous, reconnaître et accepter sa dépendance.

(95) Plus originairement encore, il s'agit d'attribuer à un troupeau sa part de pâturage. Voy. A. BAILLY, *Dictionnaire grec-français*, Paris, Hachette, 1950. Sur l'autonomie des enfants, on peut consulter J. FIERENS, «Les droits de l'enfant : individualisme, indépendance ou autonomie?», *Journal du droit des jeunes*, mars 1990, n° 183, p. 33-35. Pour Kant, mais à tort si l'on se place du point de vue étymologique, «l'autonomie de la volonté est cette propriété qu'a la volonté d'être à elle-même sa loi (indépendamment de toute propriété des objets du vouloir)» (E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, tr. Fr. V. DELBOS, éd. Librairie Delagrave, 1980, p. 109).

(96) Le juste implique donc nécessairement au moins quatre termes : les personnes pour lesquelles il se trouve en fait juste, et qui sont deux, et les choses dans lesquelles il se manifeste, au nombre de deux également. Et ce sera la même égalité pour les personnes et pour les choses : car le rapport qui existe entre ces dernières, à savoir les choses à partager, est aussi celui qui existe entre les personnes. Si, en effet, les personnes ne sont pas égales, elles n'auront pas de parts égales; mais les contestations et les plaintes naissent quand, étant égales, les personnes possèdent ou se voient attribuer des parts non égales, ou quand, les personnes n'étant pas égales, leurs parts sont égales. Si $A/B = 1/2$, où A et B représentent des personnes et des choses, $A/2 = B/1$ et $A/B + 1/2 = A/B$; c'est-à-dire, pour cette dernière égalité, que si on donne à A la part et à B la part, A + et B + restent dans le même rapport que A et B, donc $A + 1/2 + = A/B$ également (ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, 1131a, 20 et s., tr. fr. J. TRICOT, Librairie philosophique J. Vrin, 1979).