

QUE PENSER DE LA TUTELLE A LA PERSONNE ? Réflexions à partir de l'application de la loi française sur les incapables majeurs

Monique BUCHER-THIZON*

La réforme du droit des incapables majeurs a été conçue dans une période d'expansion économique où le "progrès" semblait devoir lui aussi s'étendre, dans le souci généreux des plus faibles. La loi du 3 Janvier 1968 a été adoptée au terme de débats caractérisés par un grand élan enthousiaste, les seules réserves étant celles des sénateurs attachés à donner des garanties à des décisions qui, malgré tout, entachent l'espace des libertés fondamentales.

Les psychiatres qui, rappelons-le, avaient été très engagés dans la conception de la loi (commission de réforme spéciale instituée fin 1963) étaient, quant à eux, portés par l'élan de transformation du "vieil asile" et d'organisation de liens nouveaux à la cité sous la forme de ce qui s'élaborait en France sous le vocable de politique de secteur.

Désormais, juges et psychiatres sont censés collaborer. Cependant sur ce terrain qui était à défricher, les pressions utilitaires semblent avoir largement pris le pas. La pratique sociale qui constitue leur bien commun en la matière... obéit à une mission, un langage, une histoire et des logiques fort différentes. Pour ces raisons, il paraît important de réfléchir aux réponses spontanément apportées à des "besoins" et de s'attacher à mettre en relief les questions sous-jacentes.

La question de "la tutelle à la personne" a émergé rapidement de ce champ de pratique sociale, champ dont il faut rappeler l'importance du 3^e terme : la famille et/ou l'instance tutélaire. Le caractère brûlant de cette problématique (la personne) et des réponses d'évidence m'ont régulièrement surprise. Le malaise est redoublé lorsque, alors, il est explicitement fait mention du pouvoir excessif des psychiatres à l'égard des personnes ; non pas que puisse être mis en doute le caractère exorbitant des attributions décisionnelles confiées à la psychiatrie ; mais il me semble que dans ces débats disons actuels, où la personne est qualifiée par opposition aux biens, les points de vue quant à ce que représente la personne sont si différents qu'il nous semble parfois être dans une tour de Babel. Il nous faut donc nous méfier d'un pragmatisme trop hâtif, au nom de l'adaptation nécessaire à une réalité. Qu'est-ce en effet cette réalité ?

Il y a la réalité économique. On raconte que De Gaulle avait incité à l'adoption de cette loi sur l'argument que la fortune de la France était entre les mains de vieillards. Envers du décor ou précipitation de l'histoire : la loi serait chargée maintenant de veiller à la personne de ceux qu'on appelle les "exclus", c'est-à-dire de ceux qui, précisément, sont démunis jusqu'à être corps sans voix.

Il y aurait aussi la réalité qui serait définie pour circonscrire le délire (délirer : sortir du sillon) et serait la réalité du bon sens. A ce seul énoncé, on se rend bien compte qu'il est difficile de parler de ces choses (la réalité) au singulier. Cependant, un instant, arrêtons-nous sur la logique paranoïaque qu'on peut considérer comme un des paradigmes de la folie. Ceci nous intéresse d'autant plus qu'il est de remarque courante (quoique peu soulignée) que les patients réputés paranoïaques constituent une impossibilité à l'organisation d'une "protection" juridique. "Plutôt mourir que de céder sur mon droit" : ce n'est pas comme on pourrait le croire une devise ; c'est un aveu essentiel, à entendre au mot. La cause à défendre alors, sans cesse, c'est moi contre l'autre ; "mon droit" est une dernière forteresse qui ne suppose pas de partage puisque la cause à défendre y est enclose. En ce sens la logique paranoïaque pourrait être envisagée comme une fiction contractuelle parfaitement autonome, quoique posant problème (ou question tout du moins) à l'entourage.

Il n'est sans doute pas inutile de rappeler, en introduction, que le mobile premier de la loi du 3 Janvier 1968 était de répondre aux besoins des malades mentaux en ce qui concerne la gestion des biens : pour rompre avec l'automatisme restrictive en vigueur jusqu'alors (l'administration provisoire des biens s'appliquait aux seuls "aliénés" non interdits et seulement pendant le temps de l'internement). Il s'agissait de dissocier lieu de traitement et protection des biens. Il s'agissait aussi d'intégrer ce fait d'expérience que la capacité ou non d'un patient à s'occuper de ses affaires de façon adaptée était sans rapport avec la nature et l'importance des troubles pour lesquels il était traité (le "délire" n'est pas une cause d'incapacité).

* Psychiatre des hôpitaux, Paris - Exposé effectué dans le cadre de la session de formation permanente des magistrats organisée par l'Ecole Nationale de la Magistrature à Paris en février 1997 sous la direction de Claude LOUZOUN et Denis SALAS.

Rappelons également la volonté de désépécification de la loi : laquelle est conçue pour répondre aux besoins des personnes réputées malades mais aussi d'autres catégories (personnes âgées séniles, enfants inadaptés, coma etc). Ces catégories volontairement étendues à des situations hétérogènes indiquent la volonté du législateur (relayant celle des psychiatres) de sortir la maladie mentale d'une marque ségrégative.

C'est dans ce contexte qu'est organisée une loi de protection juridique : qui voile pudiquement son versant incapacitaire; qui s'inscrit dans le Code Civil, marque de citoyenneté¹; qui s'applique à une vaste généralité.

C'est à partir de cette "vaste généralité" que se pose la question : *comment aborde-t-on la personne à protéger et qui peut juger de son bien?* (formulation volontairement polysémique)

Pour explorer cette question deux axes guideront notre pensée :

* ce que l'histoire de la psychiatrie nous a légué comme leçon à ne pas oublier en terme d'exclusion ; tenant compte par ailleurs de ce que cette fin de siècle voit s'organiser en matière de mises à la rue, d'exils de toutes sortes, de mouvements de population et de nouvelles catégorisations (mouvements qui ne sont pas sans rappeler la période d'avant le grand renfermement décrit par M. Foucault).

* ce qui caractérise le champ de la psychiatrie par rapport à la médecine :

- l'importance du lien social;
- le couplage historique soins-assistance;
- la problématique : espace public/espace privé et folie;
- l'expérience de la contrainte de corps et le rapport historiquement fondé entre médecine, famille (et société civile) et état;
- ainsi que les tensions actuelles autour de la redéfinition des missions de la psychiatrie publique.

Je vais prendre le parti de reprendre le parcours qui a été le mien dans l'exploration de la loi de 1968. Vraisemblablement, cela peut donner idée de la façon dont les psychiatres abordent ces questions (en tout cas c'est mon hypothèse).

1 - "Du très thérapeutique au majeur oublié"

Sous cette bannière de l'expansion thérapeutique du début des années 80 nous avons engagé une recherche : «Incidences de l'application de la loi du 3 Janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs sur la structuration et l'évolution des sujets présentant des altérations mentales au long cours»²

Le constat partait de ce qu'une mesure de protection était une incitation à faire entrer les patients dans un circuit (économique) socialisé ; et ce au moment où les pôles soignants se déplaçaient de l'hôpital à la cité. L'hypothèse était que cette nouvelle inscription, fût-ce au prix d'une assistance ou d'une représentation, pouvait avoir des effets dynamisants eu égard à la passivité basale de la psychose. Notre hypothèse, optimiste, rejoignait celle d'une "vertu thérapeutique" censée être contenue dans la loi elle-même qualité promotionnelle indiquée par Mr Pleven dans sa présentation du projet de loi. Pourtant l'enquête à laquelle nous nous sommes prêtés sur le terrain³ concluait, loin de cette attente optimiste : "le majeur protégé est un majeur oublié". Sans doute pouvait-on lire dans cette assertion une méconnaissance, de la part des sociologues enquêteurs, de l'enfouissement du désir et du dire qui caractérise la "maladie mentale". Mais enfin, il fallait bien en convenir : les mesures de "protection" étaient dévoilées ainsi comme étant un des outils stratégiques mis en oeuvre par les médecins ; les patients eux-mêmes subissant cette "protection" comme une contrainte ; contrainte d'autant plus sensible qu'elle prend forme de contrôle rapproché sur l'argent quotidien. "La loi de 1968 comme alternative à l'hospitalisation" écrivons-nous alors.

"La liberté est thérapeutique" : slogan bien connu, écrit sur les murs de l'hôpital de Trieste en voie de fermeture ; alors que Basaglia introduisait l'antipsychiatrie à l'italienne⁴.

En France, la politique de secteur permettait que s'organisent des dispositifs d'assistance et de soins diversifiés, différenciés et rapprochés de la vie sociale ordinaire. L'hôpital psychiatrique comme lieu d'exclusion et de relégation devait dépérir progressivement.

Cependant, de même que "l'externement" était rendu économiquement possible par l'attribution d'allocation adulte handicapé, de même l'inscription comme citoyen-consommateur nécessitait d'en passer, parfois, par un statut d'incapable.

On était en train de passer d'un système unique représenté par l'hôpital psychiatrique (dont la contrainte concernait peu de sujets sur de très longues périodes) à des dispositions législatives et réglementaires plurielles où les contraintes changeaient de formes, d'objet et d'acteurs. Les psychiatres pouvaient devenir des acteurs parmi d'autres dans la cité. On reviendra plus loin sur l'importance et les conséquences de ces modifications.

1 selon T. FOSSIER "Justice et Psychiatrie : la construction d'un statut civil de protection de l'adulte", Médecine et Droit 1996 (21), p.11-15

2 recherche soutenue par la M.I.R.E.

3 travail d'enquête mené par le FRENE

4 Franco Basaglia, l'Institution en négation, Le seuil, Paris, 1968

Dans ces perspectives, la loi de 1968 devait être envisagée comme organisant des rapports sociaux⁵ au croisement de logiques institutionnelles idéologiques, économiques. Le thérapeutique et le caractère protecteur des mesures venaient en partie comme déclaration d'intention pour le bien supposé de ceux ("malades") qui étaient toujours en rade, arrimés à bien des dépendances, bon gré mal gré...

Mais aussi, les rapports sociaux indiquent les contingences matérielles, la vie relationnelle sociale et des zones d'échanges: ils peuvent être envisagés comme promesse à venir: non comme un monde meilleur mais comme un monde plus humanisé que le repli autistique ou la forteresse délirante. Encore faut-il que le patient puisse trouver sur ces chemins des accompagnateurs, des proches qui soient des passeurs.

2 - De la compagnie (accompagnement) au gouvernement de la personne; volonté protectrice ou tutélaire? S'agirait-il toujours d'un enfant?

Pour avoir d'abord eu affaire dans ma pratique avec des gérants de tutelle d'établissements et pour avoir d'abord appréhendé ces dispositions législatives au regard d'une gestion des biens (au sens de la tradition de la psychiatrie publique rôdée à un siècle et demi d'application de la loi de 1838...), il m'a fallu une longue période pour prendre la mesure du malentendu qui présidait aux échanges avec quelquefois des magistrats mais surtout les associations chargées de mandats tutélares.

En première intention, je pouvais mettre leur zèle intempestif au compte d'une incompréhension des manifestations psycho-pathologiques ou de leur mission sociale de réconfort des familles. Le sentiment a persisté longtemps qu'on ne parlait ni de la même personne (à aborder ou à protéger), ni du même droit.

Je reviendrai ultérieurement sur ce que la seule gestion des biens implique à mon sens pour ce qui a trait à la personne. Pour l'instant, il me paraît seulement utile d'évoquer l'ampleur des divergences de vues sur ces questions. Les réalités des pratiques sur le terrain sont fort variées. Les alliances construites autour du majeur protégé et avec lui se font parfois sans bruit, sans histoire (et sans doute sans problème). Cependant, si on considère que la plupart des patients que nous avons en charge sont sous curatelle, on s'étonne que, à répétition, se développent des conflits sur des sujets qui ne devraient pas s'y prêter (vacances, télévision, repas, téléphone, etc). Ce qui est remarquable c'est la passion que ces conflits provoquent ce qui en soi n'est pas forcément une mauvaise chose, à condition de pouvoir les aborder et les dépasser.

Dans ces circonstances, on ne peut manquer d'être frappé par la sensibilité des majeurs protégés à ce qui est vécu, soit comme intrusion (en cas d'initiative à leur rencontre), soit comme incompréhension (en cas de veto). S'il arrive parfois que cette sensibilité soit à mettre au compte d'un trait pathologique (persécutif par exemple), il ne saurait être question de réduire ainsi le problème posé. Or, il est également frappant que des désaccords graves et irréductibles surviennent lorsque le délégué de tutelle (ou l'association) veulent en faire trop.

Nous avons été amenée à réfléchir à cette volonté interventionniste, à partir de la différence considérable entre le discours et la pratique de gérants de tutelle de CHS d'un côté, et ceux d'associations tutélares de l'autre.

C'est ainsi que nous avons rencontré l'article 495 C.C. ; puis le décret du 6 Novembre 1974 portant "organisation de la tutelle d'Etat prévue à l'article 433 du Code Civil", traitant de la même façon la tutelle des mineurs et celle des incapables majeurs et introduisant, par ce biais, la tutelle à la personne. Sans doute, était-ce bien dans l'esprit du législateur de privilégier la famille. "Tenter d'en reconstituer une par le biais de la tutelle d'Etat"⁶ en est peut-être la suite logique. Cependant l'assimilation pure et simple des règles applicables aux incapables majeurs à celles des mineurs pose problème.

Il m'a fallu encore du temps pour découvrir un aspect caché de ces pratiques "tutélistes"; caché, en tant qu'il s'appuie me semble-t-il sur l'expérience des tutelles aux prestations sociales; et qu'il y aurait eu - c'est mon hypothèse - inscription immédiate de la loi de 1968 dans une continuité logique et historique par rapport à des pratiques éducatives fondées sur la sauvegarde des mineurs.

Enfin le travail de H. NOGUES et G. BROVELLI⁷ m'a permis de comprendre comment l'impréparation totale des conditions d'application de la loi de 1968 avait ouvert la voie à des pratiques précipitées, importées d'autres espaces de protection sociale (et ils ne manquent pas en France, depuis l'après guerre).

Ces deux auteurs ont montré dans leur considérable travail de recherche, comment la loi de 1968 avait ouvert des droits nouveaux (complexes) qui dans ce champ (protection) correspondent à des besoins sociaux. Ces besoins impliquent des réponses ajustées. Or, leur déploiement, leur organisation, leur financement n'ayant fait l'objet d'aucune réflexion, des pratiques se sont agencées en fonction de stratégies de pure adaptation et en rapport avec des opportunités locales.

⁵ "la protection des biens des incapables majeurs conçue comme rapport social" in *Regards sur la folie*, dir. B. Doray et J.-M. Rennes l'Harmattan, 1993, p. 99-108

⁶ J.P. TACHON "évolution historique du cadre législatif de la famille entre 1964 et 1975", *Information Psychiatrique* n° 5, 1989 p. 507-509.

⁷ H. NOGUES et G. BROVELLI *la tutelle au majeur protégé*, l'Harmattan 1994.

C'est comme si le vide juridique dont il est tant question au regard de la protection de la personne était en réalité un déplacement ; et le problème majeur serait à chercher du côté des formes socialement organisées (ou pas...) pour exercer les mesures de protection.

Dans ces circonstances - si on nous suit, historiquement datées mais encore actuelles - on aura un éclairage sur la rareté d'utilisation de la gamme des mesures prévues par le législateur. La capacité d'invention que cela supposait, repose en partie sur une reconnaissance a priori des compétences des nouvelles spécialisations mises en jeu en suppléance aux familles. On ne saurait trop insister au passage sur l'importance de la dissociation entre le financement des mesures et leur nature : les mesures à moindre effet sur la capacité civile du sujet impliquent un ajustement relationnel précis.

De façon répétée, ces réflexions sur les butées des pratiques, nous renvoient à l'extrême diversité des causes prévues par le législateur : de "l'enfant" inadapté au comateux en passant par l'intempérant, etc. Comme je viens de le montrer, les textes et pratiques de référence renvoient à l'"infans".

Le risque est grand que le trait commun de ces situations soit le "sans parole" à protéger - la crainte du discours délirant étant à cet égard exemplaire -.

3 - La protection de la personne; conception d'un statut des incapables majeurs comme retour à une logique du Code Civil

"(...) lesquels (régimes civils d'incapacité) ont pour objet, d'une façon générale, de pourvoir à la protection de la personne et des biens de l'incapable". De cette façon, à la fois incidente et claire, l'arrêt de la Cour de Cassation du 18 Avril 1989 fait une interprétation d'importance, 20 ans plus tard, de la loi du 3 Janvier 1968.

Cette prise de position jurisprudentielle est confirmée dit-on par l'arrêt de la Cour de Cassation du 11 Juin 1991. Il paraît intéressant d'y regarder de plus près. Il s'agit d'une situation ayant trait à la désignation d'un mandataire spécial - préposé d'un centre hospitalier spécialisé -. Différents aspects sont attaqués par le pourvoi. Le résumé jurisprudentiel de l'arrêt dit, dans la matière qui nous occupe ici :

"Un tribunal a pu, sans porter atteinte à la vie privée et à la liberté individuelle de l'intéressé, donner mission au mandataire spécial qu'il lui désignait de recevoir le courrier, la gestion du patrimoine impliquant des réponses rapides à toutes correspondances administratives ou d'affaires".

Liberté individuelle et vie privée peuvent donc être restreintes par une mesure de protection (protection, sans incapacité juridique ici, puisqu'il s'agit d'un mandat spécial dans le cadre d'une sauvegarde de justice) : cependant il n'échappera pas que cette restriction est immédiatement et précisément référée aux nécessités de la gestion du patrimoine.

Cependant, sans avoir suivi les détours de ce débat, sans avoir repéré tous les enjeux de sa logique juridique, j'ai bien dû me rendre à l'évidence : le concept de "protection de la personne" avait non seulement opéré une percée large mais encore il avait acquis un droit de cité, et il est en attente d'être légiféré.

Ceci se passe, j'y reviendrai plus tard, au moment où s'opère un glissement sémantique d'importance dans l'autre législation d'exception concernant les troubles mentaux. De la loi du 30 Juin 1838 à celle du 27 Juin 1990, on est passé de l'internement à l'hospitalisation sous contrainte, c'est-à-dire d'une mise à l'écart de la société et séquestration à une obligation de soins.

Pour les raisons aussi bien pratiques que théoriques que j'ai abordées précédemment, cette perspective de droit à gouverner la personne dite à protéger ou protégée me paraît exorbitante. D'un autre côté, on ne peut faire comme si les questions patrimoniales ou économiques pouvaient être traitées comme de simples affaires puisqu'elles organisent l'existence de la personne. Ainsi, j'ai découvert avec intérêt un article de Thierry FOSSIER "Justice et psychiatrie : la construction d'un statut civil de protection de l'adulte"⁸.

L'idée de concevoir comme un statut juridique ce qui a trait à la situation économique du majeur et à sa situation personnelle comporte l'intérêt de se décaler des préjugés devenus brûlants sinon passionnels sur ces questions. Puisqu'il s'agirait de quelque chose à construire c'est un axe qui pourrait organiser autrement les zones d'influence des divers acteurs. Les procédures juridiques y retrouveraient leur pré-éminence de principe (et de fait, espérons-le...).

Mais surtout, dire que "la loi du 3 Janvier 1968 constitue peut-être le dernier effort de construction d'un statut, notamment grâce à la conjonction des logiques judiciaires et médicales "la fait sortir nettement de son origine apparente - réforme d'une partie de la loi de 1968 - pour la référer à ce qu'elle est essentiellement : une refonte du Code Civil.

Cela étant posé, s'ouvre une série de questions :

a) Une question sémantique, à situer dans sa perspective historique

Avec la loi de 1968, il s'agissait : "à l'image de l'aliéné assimilé au criminel de substituer celle

⁸ cf références déjà citées

du faible, du malade qui a besoin d'aide et de sollicitude"⁹. Il s'agissait aussi de se démarquer de l'interdiction et du conseil judiciaire du Code Civil entâchés d'une "marque infamante" pour la famille et tombés en déclin (en réalité très peu utilisés dès l'origine).

Le terme de protection a donc été introduit, gommant l'aspect incapacitaire qui l'accompagne la plupart du temps. C'est illusion qui a eu un certain succès... si on en croit l'explosion galopante des "mesures"¹⁰.

Cet effet de langage apparaît comme un fait de structure sociale. Ce qui était latent en 1967 explose maintenant. Dans un monde où ce qui structure le lien social vole en éclats et où court la haine, l'humanitaire constitue la face présentable dont il ne faut pas ignorer la fonction de "cache-misère".

C'est ainsi que le terme d'incapacité a disparu au profit de celui de protection, de même que par exemple, celui d'internement au profit de celui d'hospitalisation sous contrainte (loi du 27 Juin 1990) et bientôt d'obligations de soins diverses.

b) Une question stratégique

Peut-on freiner le grand élan protectionniste et retourner à une conception d'un statut civil d'exception ?

Th. FOSSIER, dans l'article auquel nous nous référons, rappelle que l'axe du Code Civil est organisé par la conception de l'être humain idéal et complet, issue de l'idéologie révolutionnaire (de même que le Code Pénal est référé à un être libre de ses actes).

La période contemporaine a organisé des politiques en référence aux "besoins" humains. Au regard des déclarations généreuses du législateur et des pratiques expansionnistes qui s'en sont suivies, il est bon de rappeler que "l'incapacité est une exception" (article 8 du Code Civil).

Dans le projet proposé d'organiser un statut civil de protection, il s'agirait d'en limiter les contours en même temps que d'en préciser le contenu - la protection étant envisagée comme évolutive et réparatrice comme cela a toujours été largement énoncé.

Dans cette perspective, le principe de subsidiarité de la tutelle qui s'est dégagé récemment paraît essentiel : tutelle ou curatelle ne doivent être envisagées que si un autre moyen d'assistance ou de représentation s'avère insuffisant. A notre sens, ce principe ne peut être opérant que si les mesures d'incapacité prévues par la loi de 1968 sont bien situées comme des mesures d'exception.

Mais sera-t-il possible d'aller à contre courant de l'élan protectionniste qui a vu converger vers les tribunaux les cohortes d'"inadaptés" réalisant ainsi ce qu'avait évoqué le Pr Jean CARBONNIER de "l'immense armée de psychopathes, grabataires et autres gisants se mettant en marche vers les Parquets" et des épineux problèmes de gestion qui en découleraient...

Et ce d'autant que, très rapidement, la loi "protectrice" de 1968 est devenue un recours d'évidence à des stratégies médico-sociales de toutes sortes, dont le point commun est constitué par leur volonté (nécessité) de vaincre des résistances individuelles aux projets des politiques d'assistance.

c) Question de l'écart théorico-pratique

Le champ de l'application de l'incapacité civile étant ainsi défini, par restriction plutôt que par extension, il paraît alors intéressant de concevoir un statut tel que le définit Th. FOSSIER, "qui habilite définitivement le malade en citoyen, pour toute éventualité"; un statut civil qui soit un "statut cohérent de la personne avec sa situation économique, ses libertés et obligations personnelles", tel que construit par la loi de 1968.

La "protection de la personne" étant ainsi mise en perspective, il paraît important d'énoncer des principes fondamentaux qui serviront de guide à l'action.

Nous en emprunterons volontiers la formulation à Th. FOSSIER :

- * principe contradictoire dans la procédure (avocat, parquet, audition du majeur);
- * caractère exceptionnel (subsidiarité) et provisoire (toujours revisable) de la privation des droits;
- * assistance à la personne plutôt que son gouvernement;
- * la capacité et l'aide seront la règle, la contention, l'exception ("faire valoir les atouts voire la volonté du majeur, pour peu qu'elle soit sans danger sérieux pour lui-même ou pour autrui").

Mais quels moyens pour garantir ces principes en leur application? Quand on sait que la gamme des mesures et leur souplesse prévues par la loi de 1968 sont si peu utilisées; que les mesures les moins incapacitaires (sauvegarde de justice, curatelle simple) sont comme ignorées; que les main-levées sont exceptionnelles...

⁹ M. NUNGESSER, secrétaire d'Etat au Sénat (débat en 1ère lecture, 18 Mai 1967 p. 372)

¹⁰ M. PLEVEN dans son rapport de présentation (P. 115) avait d'ailleurs avancé la perspective de 500 000 incapables majeurs.

4 - Hypothèse pour une lecture croisée Code Pénal et Code Civil

La loi du 3 Janvier 1968 conçue comme un statut civil organisant la situation juridique et assistancielle, au regard de l'exercice des actes de l'ensemble de la vie (civile) a pour nous un autre intérêt.

C'est de pouvoir se la représenter dans une correspondance plus précise avec le non-lieu pénal et ses conséquences historiques. Organisons le fil de cette hypothèse.

L'article 64 du Code Pénal en invoquant la démence et une force irrésistible comme causes de non-imputabilité des faits met en exergue la volonté libre comme ligne de partage entre ceux qui doivent rendre raison de leurs actes et ceux qui en sont totalement écartés¹¹. P. RAPPARD a démontré que, ainsi, c'est le Code Pénal de 1810 en son article 64, et non pas la loi du 30 Juin 1838 sur l'internement qui fonde la psychiatrie.

La loi du 3 Janvier 1968 réactualise le Code Civil ; il définit une ligne de partage en référence à l'idéal de la volonté libre (ou autonomie de la volonté). Est organisée la séparation entre ceux qui deviennent réputés capables de contracter et ceux qui ne le sont pas.

Les causes donnant lieu à ouverture à protection pour incapacité se sont modifiées; nous avons souligné, par ailleurs¹², combien la définition adoptée par la loi de 1968 est délibérément vague, vaste et d'opportunité (altération des facultés personnelles, ...). Mais surtout en affirmant la protection par la loi (article 1) s'opère une condensation lourde de conséquences. L'incapacité disparaît dans les termes, voilée par les intentions réparatrices : il n'y aurait plus lieu d'en parler. Par ailleurs et en même temps, est mis en exergue un devoir social de protection dont nous avons vu plus haut que faute d'avoir été pensé et organisé, il a été jusqu'à présent livré aux initiatives de terrain pour des résultats des plus divers.

Il a été largement souligné que la "protection" telle que prévue par le législateur est dynamique, c'est-à-dire doit assumer un processus évolutif : évolution de la situation où est engagée la personne.

De même que la loi de 1838 sur l'internement était à la fois une loi qui organisait les lieux pour recevoir et soigner les malades mentaux, en créant une catégorie (les aliénés) et une discipline (la psychiatrie), la référence en était la dangerosité des conduites et la non imputabilité prévue par l'article 64 du Code Pénal.

De même l'énoncé d'un statut civil pour les incapables protégés par la loi peut-il constituer une base pour penser d'une façon conséquente et dans ses différents aspects cette situation d'exception.

En d'autres termes ; en France avec l'article 64 (remplacé par l'article 122-1) du Code Pénal,

la justice ne prend pas en charge les conséquences de l'irresponsabilité pénale; c'est le pouvoir administratif qui en délègue la responsabilité à la psychiatrie¹³. Avec la loi de 1968, certes la responsabilité civile a été clairement affirmée par l'article 489-2 et l'importance en a été justement soulignée. Mais une nouvelle ligne de partage a été organisée en fonction d'une capacité à contracter et à se diriger. Ici c'est dans le même temps et le même lieu que la justice (éclairée par la médecine expertale) définit cette incapacité et en confie la charge à une

instance ad-hoc. Définir ce que nous avons appelé en son temps, faute de mieux, "l'incapacité-protection" par "statut civil de protection" est sûrement plus conforme à l'esprit de la réforme du Code Civil.

C'est sans doute une façon théorique de renouer avec l'idée d'un "véritable service public des tutelles confié à l'autorité judiciaire" tel que l'avait présenté Mr R. PLEVEN¹⁴ même si alors il était seulement question de la gestion ou du contrôle de la bonne administration d'un patrimoine, sur le modèle de ce qui venait de s'organiser pour la protection des biens des mineurs.

Mais à qui la Justice peut-elle confier ces attributions? Le principe de "l'atténuation de la prépondérance familiale" prévu par le législateur (par comparaison avec la tutelle des mineurs) a connu de grands développements. En réalité, tutelles (et curatelles) sont souvent confiées soit à un gérant privé, soit à un gérant d'établissement, soit encore déferées à l'Etat et par ce biais confiées à une association conventionnée.

Une apparente myriade d'instances tutélaires s'est ainsi déployée, sous une forme pseudo-libérale qui structurellement pose problème, l'Etat n'ayant pas joué son rôle d'organisateur et de concepteur des financements. D'un côté, on voit donc avec les gérants de tutelle d'établissements ré-apparaître la collusion entre lieu de traitement médical et lieu de la mesure de protection à l'encontre d'un des principes essentiels de la loi ; collusion d'autant plus problématique que le préposé gérant de tutelle est dans un rapport hiérarchique à son administration et que l'argent des majeurs protégés est ainsi soumis aux règles de la comptabilité publique qui sont celles de l'établissement.

11 J. MICHEL. Par delà la loi du 30 Juin 1838: la rationalité juridique, Information Psychiatrique, vol. 64 n° 6, Juin 1988, P. 783-792.

12 "les travaux parlementaires relatifs à la loi du 3 Janvier 1968" Information Psychiatrique, Avril 1988, p. 413-422

13 P. RAPPARD, la folie et l'Etat, Ed. Privat, 1981

14 Rapport sur le projet de loi, Assemblée Nationale, n° 1891, 2 Juin 1966, p. 35-40

Dans une analyse de la situation de préposé gérante de tutelles de C.H.S. (après avoir été conseillère juridique plusieurs années dans cet établissement à la disposition des malades), A.M. CALVEZ¹⁵ en arrive à poser la question de l'opportunité de services de tutelles publiques, de petite dimension et articulés avec le Tribunal d'Instance plutôt que dépendant de l'hôpital.

D'un autre côté, on voit avec nombre d'associations ressurgir valeurs familiales, éducatives et normalisatrices, la tutelle (ou curatelle) d'Etat faisant structurellement la conjonction entre minorité et majorité ; la légitimité fondée sur l'ordonnance du juge devenant même parfois argument de devoir d'ingérence.

Pour ces questions, les travaux de H. NOGUES et G. BROVELLI ci-dessus mentionnés sont essentiels.

Cette esquisse structurelle de l'exercice des mandats tutélaires n'est pas un jeu spéculatif : elle a été rendue nécessaire par l'analyse des malentendus majeurs dont je faisais état en introduction, qui jalonnent la pratique quotidienne. Elle permet d'aborder les conflits de terrain au-delà des seules questions de personnes, de bonne et de mauvaise entente. Elle souligne aussi l'importance essentielle de repenser les conditions d'application au moment où il serait question de légiférer sur l'aspect "personnel" de la protection.

Pour reprendre plus directement le fil de notre hypothèse, si la loi de 1968 organise un champ social à partir d'incapacités, elle se doit d'être accompagnée d'une conception élaborée des organisations assistancielles de "protection", faute de quoi malgré le dévouement, la compétence et l'inventivité de ces nouveaux professionnels, s'organiseront des phénomènes de dépendance et d'immobilisme comparables aux établissements psychiatriques dès lors qu'ils étaient chargés d'abord d'assumer la "sûreté".

5 - Réflexions actuelles d'un psychiatre de service public

a) Modification de l'organisation et des missions de la psychiatrie publique depuis 50 ans

Les rapports institutionnels (Etat, société civile, famille) dans lesquels la psychiatrie s'inscrit nous importent en tant qu'ils balisent des trajectoires pour ceux qui ont été appelés selon les temps : fou, aliéné, malade mental, psychotique, délirant, autiste... La loi de 1838 avait organisé l'espace de la psychiatrie par voie de conséquence de l'irresponsabilité pénale et

comme hors-champ judiciaire. Elle réglait en un texte unique les problèmes posés par les malades mentaux : le statut des établissements d'abord chargés de les recevoir et de les traiter ; ce qui avait trait à la contrainte sur les personnes par le biais des internements ; et enfin ce qui concernait la gestion des biens.

De ce point de vue, c'est récemment que ces trois aspects ont été complètement dissociés, la loi de 1968 ayant eu pour fonction de réformes (profondément) la gestion des biens.

Entre temps, les pratiques avaient beaucoup changé. Depuis très longtemps, se posaient les questions d'assistance et de soins hors de l'asile (colonies agricoles, dispensaire d'hygiène mentale). Comme on le sait, c'est surtout au sortir de la dernière guerre que les transformations ont été importantes.

A ce moment là, l'idée de secteur en psychiatrie comportait la conception (militante, politique et professionnelle) d'une présence auprès des patients dans la cité ; qui allie soins et assistance, qui associe dans ces fonctions d'autres personnages de la cité, qui invente des itinéraires et des rencontres, qui crée des lieux nouveaux à taille humaine, qui ajuste sans cesse la distance nécessaire. ça s'appelait : "on fait du secteur"... On se rend bien compte à l'énoncé ainsi que cette démarche comportait une dimension d'aide à la personne, qui s'appelle plutôt dans le jargon "accompagnement". Une de ses caractéristiques et non des moindres est que cela s'originait dans des expériences professionnelles (infirmiers en particulier) de vécu partagé, à l'hôpital, dans des séjours thérapeutiques, etc.

Dans ce courant de pratiques professionnelles en transformation, les psychiatres qui ont participé à la genèse de la loi (commission préparatoire) avaient des idées assez pratiques, en vue d'étayer le mouvement en cours.

"Le secteur n'avait pas d'existence, on pensait lui en donner un comme cela" expliquait l'un d'eux (Dr BAILLY-SALIN) ; on imaginait, dit-il, un personnage bien implanté sur le secteur ; quelque chose qui dépasse le statut d'assistante sociale et qui permette un étayage juridique ; pour une aide momentanée, ponctuelle.

On voit donc comment la loi de 1968 est venue se nicher comme enrichissement possible d'une "politique de secteur" en voie de développement dans des préoccupations étrangères à celles d'une refonte du Code Civil.

Mais venons-en au sort des deux autres volets de la loi de 1838.

Pour ce qui concerne la contrainte de corps visée par l'internement, nous avons déjà indiqué qu'il y avait eu peu de changements structurels avec la loi du 27 Juin 1990, hormis le glissement insidieux vers la notion des soins obligatoires.

15 "Conseil juridique et/ou service des tutelles", p. 420-425, la raison psychiatrique et la raison juridique, rapport de médecine légale, P. Rappard et M. Bucher, Masson, 1990

Le devenir du dernier aspect traité par la loi de 1838 paraît intéressant à mettre en perspective avec le précédent. De diverses façons et pas à pas la psychiatrie est devenue une spécialité médicale traitée comme les autres, elle a intégré le statut d'établissement hospitalier, et plus encore elle est incitée à devenir une discipline parmi les autres à l'hôpital général. Le "secteur" légalisé fin 1985 l'a été, contre nature, devenant administrativement une excroissance (originale) de l'hôpital.

La "crise" globale du système hospitalier prend forme en psychiatrie de renoncer à une partie de sa tradition, de se consacrer à un exercice technique objectivable, rapide ; avec une "nouvelle" mission : s'occuper de tous les exclus.

Dans l'ensemble de ces circonstances trop rapidement évoquées, le "secteur" en psychiatrie est à peine né qu'il a été officialisé puis déclaré "dépassé". La perspective des psychiatres (publics) est alors devenue trop souvent celle d'une instrumentalisation de la loi de 1968 : organiser la vie des patients "à l'extérieur" coûte que coûte ; le fameux triptyque (neuroleptique retard, AAH, curatelle) représente le condensé de ce coût réduit... et dérisoire.

Alors qu'il y a 10 ans, nous analysions la fonction des mesures de protection (des biens...) comme alternative à l'hospitalisation, nous en arrivons à l'analyser comme alternative à la psychiatrie de secteur.

Les réalités de terrain sont extrêmement hétérogènes, et heureusement persistent encore des expériences de travail et d'élaboration en commun. Cependant, on est confronté à un mouvement d'évolution rapide de la psychiatrie.

L'éclatement législatif et réglementaire sur lequel nous avons appuyé notre argumentation fait figure d'agent révélateur anticipant la crise galopante actuelle.

On peut comprendre comment sans doute la psychiatrie renvoyée du côté du symptôme, du médical et du soin pur, a pu laisser une certaine vacance sur le terrain (tout en continuant à parler de "secteur").

De là à parler de vide juridique, de ce point de vue, il y a un pas que nous ne franchirons pas. Car le risque actuel serait plutôt celui d'un trop-plein juridique à venir qui relierait de façon trop étroite, trop définie a priori, un majeur à son tuteur ou à son curateur. On pourrait voir, si on n'y prend garde, s'organiser un statut d'exception des personnes en relais à ce qui était autrefois un statut d'exception des établissements.

b) Qu'est-ce qui, dans l'espace, dit thérapeutique, pourrait correspondre à ce qui est désormais appelé "protection de la personne" dans le statut civil juridique des incapacités ?

Cette question - difficile à poser - est sans doute l'occasion de réfléchir sur le versant "social" de la psychiatrie dans sa fonction thérapeutique. Longtemps appelée assistance, cette fonction était étroitement liée aux soins ; d'autant, nous l'avons vu, que l'asile (devenu hôpital psychiatrique) avait en lui-même statut d'exception et répondait - tant bien que mal - à l'ensemble des problèmes qui se posait en son sein.

Actuellement, depuis que la thérapeutique a été mise en valeur (parallèlement à la "sortie" de l'hôpital), il est plutôt question de ré-insertion (avec ses trois temps ré-habilitation, ré-adaptation, ré-insertion).

Sur le plan théorique, cela pose la question du lien social dans la psychose (plus explicitement indiqué dans l'ancien terme d'aliénation). Au delà de l'opinion, par définition particulière, que chacun s'en fait, c'est bien cette question qui fait de la psychiatrie une branche spécifique de la médecine (conception qui semble remise en cause, et ces toutes dernières années, de façon officielle).

La psychiatrie est une pratique qui utilise un appareillage médical et un ajustement social, dans un agencement qui peut permettre un processus de subjectivation. Dans cette conception thérapeutique, la perspective est non pas celle d'une soumission à obtenir face à la maladie mais d'un espace relationnel à construire, et toujours pluriel. La question lancinante dans cet espace relationnel, précaire et de reconstruction est celle de la distance. A cet égard, la période des pratiques où s'est essayée la politique de secteur a permis de dégager quelques principes :

- * distance spatiale : pluralité des lieux de soins plus ou moins associés à une dimension de ré-insertion;
- * distance relationnelle : articulation avec des instances non spécifiques chaque fois que possible; place nécessaire à l'imprévu et au risque;
- * distance temporelle : des discontinuités doivent se constituer, même si la psychose pose des problèmes au long cours et même si l'équipe de psychiatrie publique de secteur se doit de ne pas renoncer (aux situations les plus difficiles).

Ceci étant ainsi déroulé, on prend la mesure d'un certain nombre de principes inscrits dans la loi de 1968 et tels que les ont voulu ceux de nos aînés qui ont contribué à son élaboration :

- * dissociation de la mesure de protection et du traitement médical ;
- * évolutivité dans le temps, souplesse et adaptation des mesures;
- * participation du psychiatre à l'élaboration de la mesure juridique.

Il nous a paru intéressant de remettre en perspective cette dynamique qui a véritablement porté la loi de 1968. Elle pourrait bien être gravement déstabilisée de deux façons :

- * du côté de la psychiatrie par la transformation rapide de ses missions (et des pratiques) : avec une polarisation sur les symptômes, conception opératoire des soins, rejetant ainsi vers d'autres ce qui serait du social ;

* du côté de l'interprétation de la loi de 1968 : au travers d'une certaine conception de la protection de la personne qui renverrait, on le comprend, à la conception totalisante de la période asilaire, même si la forme en est moins visible.

c) Eloges des biens et des choses...

"J'ai bien aimé ce film, dit à la fin un des personnages de *la moindre des choses* (Nicolas PHILIBERT) parce qu'il y a des échanges... entre les moments douloureux et des moments de gaieté". Quand on a affaire à la psychose, on ne sait plus très bien qui est personne. Se souvenir que "personna" c'est le masque. Mais sans doute peut-on aussi envisager l'entité "la personne" comme une fiction juridique.

Peut-être est-ce parce que "je" est si douloureusement en (re) construction quand il est touché par la folie, qu'il faut l'approcher avec une respectueuse prudence. Alors, tout particulièrement, la personne n'existe pas en dehors du lien et de la chose. Le monde est chaotique et ce n'est pas la moindre fonction du délire que de tenter d'y mettre un certain ordre, ne serait-ce qu'une frontière provisoire avec quelques autres.

Sans doute est-il nécessaire de "baliser" des conduites : avec comme unique perspective d'éviter qu'elles ne mettent en péril quelqu'un. A cet égard, il nous avait plu d'apprendre que le terme de sauvegarde (de justice) avait été emprunté au vocabulaire de la marine : une épave à la dérive, le premier qui s'en saisit lui doit assistance.

La catégorie de l'avoir est un biais intéressant pour aborder avec le patient psychotique son être au monde. Une difficulté apparaît sans doute de ce que l'investissement des objets est volontiers narcissique chez le névrosé, ce qui le rend facilement susceptible... (on aura compris que psychose-névrose ne recouvre que partiellement soignés-soignants ou majeurs protégés-curateurs).

Ce sont des questions qui mériteraient d'être très largement abordées et approfondies pour que cessent d'être traités comme choses basement matérielles : cartes d'identité, chaussettes, valises, téléphone, rideaux, voyages, etc.

Une des premières gérantes de tutelle avec qui j'avais travaillé, développait la thèse du "double patrimonial" de la personne; le patrimoine étant entendu comme l'ensemble non seulement des biens mais des revenus, des créances, des droits potentiels ou perdus, etc. Elle abordait cet aspect de sa fonction comme quelque chose d'extraordinairement délicat et important : à la fois reflet d'une histoire et occasion (obligée ou possible) d'en parler.

Cette représentation patrimoniale constitue par ailleurs une façon intéressante d'aborder la problématique privé-public puisqu'il s'agit précisément de ce qui articule et relie les deux espaces sans qu'il s'agisse de frontière pré-déterminée et immuable. De plus, cette frontière fait l'objet de règles déontologiques des plus variées de la part des travailleurs sociaux : de l'inviolabilité absolue à la non reconnaissance sans vergogne de l'intimité lié par exemple ... à un papier.

De notre point de vue, l'inscription sociale (quelle qu'en soit la forme) est ce qui constitue l'être humain dans sa relation au monde.

Les biens sont à considérer comme un attribut de l'existence du sujet : valeur d'attachement et valeur d'échange toujours problématique. A cet égard, il ne peut y avoir gestion de patrimoine (même de simples revenus) sans relation d'aide.

Des professionnalités se sont développées dans ce domaine depuis bientôt 30 ans ; il est sans doute utile de les reconnaître et que prévale un droit qui fasse échapper à la toute puissance de la famille, de l'Etat ou des établissements¹⁶.

6 - En conclusion :

Avec le projet de révision en cours de la loi du 3 Janvier 1968 qui modifierait le statut civil de protection (des incapables majeurs), on semble s'éloigner de sa filiation du côté de la loi de 1838 pour se situer résolument du côté d'un Code Civil recomposé pour le monde contemporain. Ceci se passe au moment où la psychiatrie est proche de se dissoudre soit dans la science, soit dans l'exil de la rue.

On ne peut manquer également de souligner le paradoxe qu'il y a à légiférer sur une protection (voire tutelle) de la personne au moment où les biens se raréfient, en tous cas pour un plus grand nombre.

¹⁶ "la gestion des biens comme alternative à l'hospitalisation ?", p. 387, *la raison psychiatrique et la raison juridique*, op. Cité

Une autre remarque s'impose. Dans une période où les liens sociaux se déstructurent gravement, le concept de personne autonome est renvoyé du côté du droit sous prétexte d'une nécessaire évaluation de la capacité à consentir ; mais aussi du côté de la médecine au moment où le déchainement technique (plus que scientifique) exalte la toute puissance au delà des corps.

Enfin et surtout nous prendrons parti pour dire l'être humain caractérisé moins par son autonomie-liberté à conquérir que par le langage ; langage qui le situe entre l'incomplétude et le désir. Personne n'a le monopole de décoder les dires les plus énigmatiques (du trop vide du silence au trop plein du délire) ; encore faut-il ne pas en oblitérer le possible à venir par un enveloppement totalisant.

Je terminerai par deux citations :

"entre le faible et le fort, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit" LACORDAIRE (cité par Gisèle HALIMI)

"plus il y a d'institutions, plus le peuple est libre (...) Là où il y a beaucoup de lois, le peuple est esclave"
SAINT JUST