

LA MALADIE PHYSIQUE, ÉLÉMENT DE L'ÉTAT DES PERSONNES?¹

par Gérard Cornu*

C'est un sujet d'étonnement de pouvoir encore retenir comme objet de recherche l'état des personnes, qui passerait volontiers pour avoir atteint, dans le raffinement où nous voyons nos lois civiles, son plein achèvement. Ce quiétisme pourtant est un mauvais tour du confort intellectuel. La querelle encore ouverte autour de l'autorité des jugements d'état l'atteste, et, nouvel exemple, la classification traditionnelle de l'état dans la cité, de l'état dans la famille et de l'état individuel, cèderait utilement la place pour notre satisfaction intellectuelle, à une classification plus rationnelle des éléments de l'état d'une personne. Ces éléments, les multiples qualités que le législateur prend en considération pour y attacher des effets de droit civil, mériteraient sans doute d'être reclassés après une nouvelle analyse de leur nature. Car certains, tirés de l'appartenance familiale, religieuse, ou professionnelle, font apparaître entre les individus, des discriminations civiles à fondement purement social, tandis que d'autres, tirés de la nature même de la personne, fondent de véritables discriminations biologiques, comme le sexe, l'âge, la race et la santé.

Encore cette remise en ordre n'est-elle pas l'essentiel. Le plus étonnant est qu'il existe, parmi les éléments de l'état, des notions favorisées et, si j'ose dire, des notions sous-développées.

Entre toutes les discriminations sociales, celles qui dérivent de la qualité légitime ou naturelle de la filiation, ou de la nationalité, retiennent depuis longtemps l'attention des juristes, mais c'est tout récemment que de bons esprits ont étudié la religion d'une personne comme élément de son état². Et il reste à étudier l'influence de la condition sociale d'un individu sur sa condition civile, qui affleure parfois, en jurisprudence française dans la notion d'injure grave, cause de divorce. Telle gifle conjugale, gravement injurieuse sur la joue d'une dame de haut-quartier, pourra n'être plus qu'offense légère, en milieu moins policé, si, comme il a été jugé, elle est reçue par un concierge de la main de sa femme. Et la distorsion s'aggrave encore pour les discriminations naturelles. L'imbecillitas sexus ou ce qu'il en reste, est bien connue, même si l'égalité des sexes est pour demain, ainsi que l'incapacité fondée sur l'âge,

*Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Poitiers.

¹Conférence prononcée le 15 décembre 1960 à l'Université McGill, Montréal.

²P. Coulombel, *Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Eglises et de l'Etat*; Revue trimestrielle de droit civil, 1956, p. 1 et s.

propter ætatem, la minorité. Mais déjà les discriminations raciales, lorsqu'elles existent en droit civil (les Indiens), sont peu étudiées. Et surtout, l'état de santé, comme élément de l'état civil, recèle en lui-même un singulier paradoxe. Autant la santé mentale a retenu, après celle du législateur, l'attention des tribunaux et des auteurs, dans la mesure où l'altération des facultés mentales est une cause d'interdiction sous les formes principales d'imbécillité, de démence ou de fureur habituelles (a. 325 C. civ. Prov. Qu.) ou sous les formes associées d'ivrognerie invétérée ou de narcomanie (a. 336 a., C. civ. Prov. Qu.), autant la santé physique, ou la maladie physique, est restée jusqu'à nos jours à peu près inaperçue, du moins en tant qu'élément de l'état des personnes. C'est ce dernier problème que nous voudrions aujourd'hui évoquer.

De quoi s'agit-il?

De la maladie physique, de celle qui atteint, dans son corps, un homme sain d'esprit: mens sana sed non in corpore sano. Curable ou incurable, contagieuse ou non, la maladie ne nous intéresse que dans la mesure où elle touche d'abord et principalement l'homme dans son intégrité physique, en quoi on peut y ajouter les infirmités corporelles comme la cécité, la surdité, etc. . . Est-il besoin de dire que cette séparation de l'âme et du corps ne saurait être prise ici comme une négation de leurs influences mutuelles? Les hypothèses marginales où l'altération des facultés physiques engendre ou laisse présumer l'altération des facultés mentales ne sont pas exclues, mais il n'est pas artificiel, pour l'essentiel, de raisonner sur l'homme qui, diminué dans son corps, garde toute sa connaissance, même si, dans l'ordre affectif, par exemple, son *moral* est atteint. Notons enfin que seules les maladies graves, tuberculose, affection siphylitiques, polyomyélite et les infirmités poseront, en fait, un problème.

Mais quel problème?

Très précisément celui de l'influence de l'état physique d'une personne sur son état civil. La loi civile prend-elle en considération la santé ou la maladie physique d'un individu pour y attacher une conséquence civile, c'est-à-dire un droit, une obligation dans l'ordre civil? L'étude, on le voit, à notre insistance, relève du pur droit civil, et non du droit médical ou du droit social. Il ne s'agit ni de contrat médical, ni de responsabilité médicale ni de statut des hôpitaux, ni d'hygiène publique. Il n'est pas question de maladie en tant que *risque maladie* garanti par la sécurité sociale, ou comme accident du travail.

Le malade, physiquement atteint a-t-il, en droit civil, un statut spécial, qui ferait, à certains égards, de la maladie corporelle un élément de sa condition civile? Voilà tout le problème.

Cette perspective, reconnaissons-le, a de quoi laisser perplexe. Car de statut, il n'en existe, sous une forme même sommairement élaborée, ni dans la loi, ni dans la jurisprudence, tant au Canada qu'en France. Quelques articles des Codes québécois ou français, règlent le testament des sourds-muets, quelques décisions, en France abordent la question par fragments, sans vue d'ensemble.

Aucune synthèse doctrinale enfin ne nous a encore été proposée. M. Savatier, dans ses *Métamorphoses*³, s'attache bien à la santé humaine, comme attribut essentiel de l'état des personnes, mais, faute d'avoir distingué santé mentale et santé physique, et surtout droit civil et droits spéciaux, il fait surtout, sous cette étiquette, du droit social ou du droit médical. Le problème reste entier.⁴

Tâchons donc, pour l'heure, de l'ordonner dans ses lignes maîtresses.

Or, d'un côté, la maladie physique paraît n'être d'aucune influence en droit civil. Un principe de non-discrimination l'emporte. Le malade est juridiquement assimilé à un homme bien portant. Il est, dans une vue abstraite, un individu comme les autres. Mais plus concrètement, d'un autre côté, nous voyons la maladie physique prise en considération par la loi ou la jurisprudence, et génératrice d'effets de droit fort variés. Tels sont les deux objets de notre examen.

— I —

Le domaine d'assimilation du malade physique à l'homme sain de corps et d'esprit paraît à première vue le plus vaste et le plus clair. Il se développe dans l'ordre des principes, ceux de la personnalité et de la famille, entouré à ce plan élevé, du silence des choses qui vont sans dire.

A—Ainsi intéresse-t-il, d'abord, le principe de la personnalité juridique et de la capacité civile.

Que le malade, physiquement atteint, soit une personne, voilà une affirmation indiscutable. Diminué physiquement, infirme, amputé d'un ou plusieurs membres, l'individu conserve sa pleine personnalité juridique, échappant à toute capitivité *deminutio*. *Impotent, cul de jatte, goutteux, manchot, pourvu qu'en somme je vive, c'est assez*.⁵

Plus précisément, le malade physique échappe à toute incapacité de jouissance ou d'exercice. Non seulement il est apte, comme l'aliéné mental à acquérir des droits et des obligations, mais, à la différence de l'aliéné interdit, il est apte à les exercer lui-même, sans représentation ni assistance. La maladie corporelle n'est pas, à la différence de l'aliénation mentale et de ses diminutifs, une cause d'interdiction, une source péremptoire ou facultative d'incapacité d'exercice.

Les articles 985 et 986 du Code civil de la Province de Québec (cf. a. 1123 et 1124 C. Nap.) le démontrent suffisamment: toute personne est capable de

³"Un attribut essentiel de l'état des personnes: la santé humaine", dans *Les Métamorphoses économiques et sociales du Droit privé d'aujourd'hui*, Troisième série et D. 1958, Chron. p. 95 et s.

⁴L'espoir vient de deux thèses, sur le même sujet, actuellement en préparation à Poitiers, celle de M. Pradel, et celle de M. Lombois. Aux dernières nouvelles, la première a été soutenue le 20 décembre 1960 sous le titre *La condition civile du malade* (dactyl. 369 pages). Ajoute deux thèses, plus spéciales et déjà anciennes: G. Bonnefoy, *La surdimutité au point de vue civil et criminel*, thèse Paris 1899; L. Boisson, *L'aveugle au point de vue social et juridique*, Toulouse 1926. V. aussi Merlin, Rep. V° Sourd-Muet.

⁵*La mort et le malheureux*, La Fontaine.

contracter si elle n'en est pas expressement déclarée incapable par la loi et l'on cherche en vain dans les textes de telles déclarations. Si on veut même dépasser l'analyse littérale dans une matière où, pourtant, tout est de droit étroit, le principe de l'égalité civile fournit surabondamment son soutien à cette solution. Il importe peu que la Déclaration canadienne des droits de l'homme ait refusé de faire acception de race, d'origine nationale, de couleur, de religion, de sexe, sans ajouter la santé; le droit de l'individu à l'égalité devant la loi y est nettement posé.

D'ailleurs, la conscience populaire réprouverait comme odieuses les discriminations à l'encontre des malades, au moins celles qui, par eugénisme, et dans un esprit comparable à certaines discriminations raciales, tendraient à maintenir le malade dans une condition civile inférieure. Il en est ainsi: on tolère l'incapacité pour aliénation mentale, que l'on condamnerait pour une diminution physique, parce que l'homme qui a perdu l'esprit n'est plus parfaitement un homme. Si, au contraire, il vit, sain d'esprit, les imperfections de son corps n'altèrent point sa dignité, pas plus que ses beautés ne la rehaussent.

Tout cela est tellement évident qu'il est à peine besoin de relever même des objections de détail.

Ainsi, l'altération des facultés mentales sera parfois la suite d'une perte grave des forces physiques, car l'esprit et le corps sont, bien sûr, liés. Et l'a. 986 (C. civ. Prov. Qu.) qui, parmi les causes d'incapacité, fait état d'aberration temporaire causé par la maladie, n'exclut pas la maladie physique. Mais il est certain que la maladie physique, cause occasionnelle d'aberration, n'est pas cause juridique d'incapacité: elle n'est pas prise en considération pour elle-même et elle seule mais, médiatement, à cause de l'aberration consécutive. Et c'est toujours la faiblesse de l'esprit qui compte, quelle qu'en soit l'origine (*ou autre cause* précise le texte de l'a. 986 C. civ. Prov. Qu.).

De même, on ne saurait objecter les incapacités de succéder frappant l'enfant qui n'est pas né viable (a. 608 et 838 C. civ. Prov. Qu., cf. a. 725 C. Nap.). Le problème déborde largement celui de la maladie physique, problème d'existence, de vie ou de mort, non de santé. L'enfant qui n'est pas né viable est bien plus que malade, il est médicalement condamné, étant, par définition, dépourvu des organes nécessaires à la vie. Avec l'aptitude à la vie, c'est l'aptitude à la personnalité civile qui lui est refusée. L'enfant non viable, bien au-delà d'une incapacité spéciale, seule énoncée parce que seule pratique, n'acquiert pas la personnalité juridique.

Enfin, dans un ordre tout différent, le certificat pré-nuptial qui, en France, est exigé des futurs époux, ne saurait dérouter l'interprète. Il est vrai que le mariage ne peut être célébré qu'après la remise, par chacun des fiancés, à l'officier d'état civil, d'un certificat médical attestant que l'intéressé a été examiné en vue du mariage (a. 63 C. Nap.). Il est vrai que chacun de son côté, le fiancé devant le médecin de son choix, la fiancée devant le médecin de son choix, doit subir un

examen médical. Mais cette règle ne frappe les malades d'aucune incapacité de se marier. Le fiancé reconnu malade reste libre de se marier. Le secret de la visite médicale est parfait, tant à l'égard de l'officier de l'état civil que du futur conjoint, ou de toute autre personne. Le certificat mentionne, à l'exclusion de toute autre indication (souligne l'art. 63 C. Nap.) que le futur a été examiné en vue du mariage. Mais le résultat de l'examen n'est dévoilé qu'à celui qui en a fait l'objet et la loi ne fait même pas expressément au malade l'obligation de révéler son mal à son fiancé. C'est un devoir de conscience dont la violation pourra, nous le verrons, n'être pas sans conséquence, mais enfin, la maladie physique n'est à aucun titre, une cause d'incapacité générale ou spéciale matrimoniale ou autre.

B—Précisément, c'est dans le cadre des relations de famille, et pas seulement en matière de capacité, que va se développer le principe de non-discrimination.

En effet, il apparaît que, la maladie corporelle qui frappe tel ou tel membre d'une famille n'a aucune influence sur les liens de famille et plus précisément sur le lien conjugal.

En droit positif québécois ou français, la maladie physique d'un époux n'est ni une cause d'annulation du mariage, ni une cause de séparation de corps. Et il faut ajouter qu'en France elle n'est pas davantage une cause de divorce. Un époux ne peut alléguer la maladie de son conjoint pour obtenir la rupture du lien conjugal ou même son relâchement. Entre autres raisons, dont le devoir d'assistance entre époux, la conception des causes de nullité ou de séparation de corps, ou, chez nous, de divorce, suffirait à l'établir: pas de nullité sans texte; pas de séparation de corps sans cause déterminée (a. 186 C. civ. Prov. Qu., cf. a. 232 C. Nap.). Or, parmi les textes et les causes ne figure point la maladie et l'on reconnaît qu'en elle-même, (nous verrons plus tard les tempéraments), la maladie physique n'est ni un excès, ni un sévice ni une injure grave, dans les termes de l'a. 189 du Code civil de la Province de Québec. Il n'y a d'ailleurs pas lieu d'insister ici sur son caractère physique. Car si la maladie mentale peut, lorsque la démence existe au moment de l'échange des consentements, fonder une annulation du mariage pour cause d'absence du consentement, elle n'est pas non plus une cause de séparation de corps (ni de divorce), lorsqu'elle survient pendant le mariage.

Positive, la solution paraît s'accorder, de plus, aux conceptions générales du mariage et du divorce. Elle est conforme au vœu de l'institution du mariage, union pour le meilleur et pour le pire. Elle est dans l'ordre d'un divorce "sanction" et non "remède", puisque le divorce et la séparation de corps sont censés sanctionner la faute d'un conjoint coupable contre lequel la sentence sera prononcée, lors toutefois qu'il n'y aura pas de torts réciproques, et non apporter un remède à une vie conjugale devenue intolérable.

Solution juste, dira-t-on. Il faut tout de même, non pour l'abandonner, mais pour une pleine connaissance de cause, en sentir toute l'austérité. Car

elle va loin: la maladie fût-elle incurable, contagieuse, la vie commune fût-elle difficilement supportable, rien, au moins théoriquement, n'y fait.

Aussi bien, d'autres législations, il faut le savoir, se font moins rigoristes.⁶

Pour l'aliénation mentale, c'est bien connu, la plupart des législations qui admettent le divorce, la comptent au nombre de ses causes. Position de la théologie protestante depuis le XVII^e Siècle, il ne faut pas s'étonner de trouver la règle dans tous les pays imprégnés par la Réforme: Angleterre, Allemagne, Suède, Norvège, Danemark, Suisse; mais aussi, et suivant des vues et des voies différentes, dans le droit de famille des Républiques populaires de l'Est: Hongrie, Yougoslavie, ou encore en d'autres pays: Portugal, Grèce, Turquie, Monaco, par l'effet d'influences postérieures. A peu près partout, d'ailleurs, le législateur s'entoure de précautions. Il exige presque toujours de la part de l'époux demandeur un délai d'attente qui est généralement de trois ans, comptés pendant le mariage, et de 5 ans en Angleterre: 3 ou 5 ans de folie constatée à l'expiration desquels le conjoint du dément pourra obtenir le divorce. La plupart des législations exigent même, ce délai passé, que l'aliénation mentale soit reconnue incurable. Et d'autres (Suisse, Turquie) réclament encore que la vie commune soit devenue, par le fait, intolérable. Hors série, la législation allemande, abandonnant à regret la conception du *divorce-sanction*, n'admet que l'aliénation qui abolit toute communauté spirituelle entre époux. Il reste que toutes les législations ne peuvent éliminer les irritantes questions de preuve: preuve de l'aliénation mentale, et surtout de son caractère incurable.

Moins connues et plus proches de notre propos, d'autres législations poussent plus loin l'audace: la maladie physique devient elle-même cause de divorce, à certaines conditions.

Ainsi la loi allemande sur le divorce retient-elle comme cause de divorce, une maladie contagieuse ou répugnante et grave, lorsque la suppression de ce danger ne peut être envisagé dans un temps déterminé. Le Code Bulgare fait de même lorsque la maladie d'un époux présente un danger sérieux pour la santé de l'autre époux ou des descendants. Dans le même esprit, la loi portugaise vise une maladie contagieuse incurable ou une maladie entraînant une aberration sexuelle (ce sont toujours à peu près les mêmes conditions).

On pourrait même ajouter les législations de l'U.R.S.S., de la Pologne et de la Tchécoslovaquie, au regard desquelles, la maladie physique, entre tout naturellement dans le cadre de la cause unique de divorce, laissée à l'appréciation du juge. Mais l'inspiration toute différente de ces trois législations souligne les difficultés que soulève la maladie physique (ou mentale d'ailleurs) en tant que cause de divorce:

Ou bien le législateur élabore lui-même des restrictions qui s'imposent au juge et aux parties; mais il recule les difficultés de preuve et enlise le juge ou

⁶V. dans *Divorce et Séparation de corps dans le monde contemporain*, sous la direction de G. Le Bras. I. Europe. Sirey 1952, les références aux diverses législations.

l'expert dans la recherche de *l'incurable*, — ou bien, comme dans le système soviétique et ses épigones, le juge est libre: porte ouverte à l'arbitraire, fragilité du lien conjugal. On mesure quelle distance sépare ces systèmes du Droit civil du Québec.

Pourtant, dira-t-on, la rigueur du Code québécois semble fléchir sur un point particulier en matière de nullité de mariage, pour une espèce un peu à part d'infirmité corporelle, l'impuissance maritale. Naturelle ou accidentelle, l'art. 117 du Code civil en fait une cause de nullité de mariage, à la condition qu'elle existât lors du mariage, et, ajoute maladroitement le texte, dans le cas seulement où, lors du mariage, elle aura été apparente et manifeste. Réaliste, concret, le Code civil québécois reprend par là la tradition canonique que le Code Napoléon a abandonné. On objectera sans doute qu'il s'est départi de ce réalisme au sujet des causes de désaveu de paternité puisque le mari ne peut désavouer l'enfant de sa femme en opposant son impuissance naturelle ou accidentelle survenue avant le mariage (a. 220 C. civ. Prov. Qu.). Il reste que l'impuissance n'est pas sans conséquences civiles: antérieure au mariage, à certaines conditions, elle est cause de nullité du mariage; postérieure, cause de désaveu de paternité.

Cela suffit pour démontrer déjà, sur un point particulier, que l'état physique d'un individu n'est pas civilement indifférent, ce qu'il faut plus amplement démontrer.

— II —

Fût-ce en ordre dispersé, la loi et la jurisprudence attachent à la maladie corporelle maints effets de droit civil. Seulement, ce n'est pas toujours aux mêmes fins. Parfois la maladie physique attire sur celui qu'elle frappe la protection spéciale du législateur ou du juge. D'autres fois la maladie oblige celui qu'elle atteint, source non plus de protection mais de sanctions et d'obligation.

*

* * *

A—A certains égards, le droit civil prodigue au malade, dans sa faiblesse, une attention toute particulière.

a)—Naturellement, les malades bénéficient d'abord au sein de leur famille, d'une protection privilégiée, manifestation de la solidarité familiale. Celle-ci se traduit, on le sait, par l'obligation d'assistance entre époux, par l'obligation pour les père et mère de soigner leurs enfants, et même par l'obligation alimentaire, puisque le besoin dont doit justifier le créancier d'aliment résulte souvent, en fait, de la maladie qui l'affecte. Tout cela est bien connu. Il y a, dans les termes de la loi, un droit d'être soigné par sa famille sinon en famille, qui n'est, vu du côté actif, que l'envers du devoir de famille, et qui entoure le malade d'une sécurité primordiale et naturelle.

A la vérité, il ne faut pas s'étonner de la discrétion observée en doctrine et en jurisprudence, sur l'objet de ce devoir et ses modalités d'exécution. On sait que l'obligation alimentaire s'exécute en argent et non en nature, réserve faite de l'article 171 du Code civil de la Province de Québec (cf. a. 210 C. Nap.). Pour les autres devoirs, en revanche, c'est le genre de problème domestique que chaque famille résolvait hier encore avec les moyens du bord, peu ou beaucoup d'argent, peu ou beaucoup d'amour. Mais l'évolution des mœurs familiales avec celle des méthodes médicales, et l'incidence des lois sociales, ont sensiblement modifiées les données du problème. Hier encore, on aurait affirmé que l'obligation d'assistance entre époux, et le devoir pour les parents de soigner leurs enfants devaient normalement, dans la mesure du possible, s'exécuter en nature, c'est-à-dire en personne. Il semblait possible d'affirmer un droit pour le conjoint ou pour l'enfant d'être respectivement soignés par son époux ou ses parents personnellement, sauf à reconnaître que ce droit, au cas de difficulté, n'a cessé de courir après sa sanction.

Aujourd'hui, l'hospitalisation rapide du malade pourrait bien transformer le sens de la solidarité familiale, sinon même l'éliminer en dispensant la famille de toute participation, personnelle ou financière aux soins. De plus haut, il faudrait avoir le temps d'étudier la répercussion exacte des lois sociales sur ces devoirs de famille.

En France par exemple, les prestations sociales versées à l'assuré social pour cause de maladie, de vieillesse ou d'infirmité déchargent financièrement la famille, dans toute cette mesure. Mais, au cas d'insuffisance, la famille reste tenue pour le surplus, et rien, jusqu'à l'hospitalisation, ne décharge le conjoint et les parents de leur devoir d'assistance personnelle. On voit la direction des recherches: l'harmonisation de la protection familiale et de la protection sociale du malade.

b)—En dehors même de la famille et jusque dans les relations contractuelles, le malade jouit encore d'une certaine protection: non plus dans sa santé personnelle, mais dans son activité juridique. Et les secours peuvent, le cas échéant, s'organiser à un double plan:

1°—Ce peut être au plan psychologique d'abord que le malade physique aura besoin d'une protection lorsqu'il passe un acte juridique. Et sans doute la loi ne le dit-elle pas expressément. Pas plus que les règles de capacité, les règles de consentement aux actes juridiques n'ont expressément égard aux maladies physiques. Mais précisément, à la différence de la capacité qui est de droit étroit, la liberté et la lucidité du consentement posent une question de fait, dans l'appréciation de laquelle les juges jouissent du plus large pouvoir. Et c'est par ce biais que la considération de la maladie physique de l'auteur d'un acte juridique peut être prise. S'il est patent que la faiblesse corporelle a eu une influence sur le consentement, le juge pourra plus facilement conclure au vice du consentement. Plus faible, plus craintive, une personne malade,

fût-ce physiquement, sera davantage sujette à l'erreur; elle résistera moins au vol et à la fraude, à la captation du cocontractant; moins encore à sa violence et sur ce chef, l'article 995 du Code civil de la Province de Québec (cf. a. 1112 C. Nap.) en invitant le juge à considérer l'âge, le sexe, le caractère et la condition de la personne pour apprécier les ravages psychologiques de la crainte produite par la violence, le conduit aussi à ne pas négliger, chez la victime de la violence, son état de santé. La jurisprudence est nette là-dessus autant que naturelle.⁷ Seulement, la protection n'intervient qu'à posteriori, par sentence d'annulation.

2°—Il arrive qu'elle soit nécessaire lors de la conclusion même de l'acte juridique. En effet, ce ne sont pas toujours les facultés d'intelligence, de compréhension qui sont affectés par la maladie physique, mais parfois la faculté même d'expression, la possibilité matérielle de s'exprimer. Lorsque cela est, le problème n'est plus psychologique, mais, si l'on peut dire, mécanique, instrumentaire. Bien sûr, les deux problèmes ne se distingueront pas toujours, car il arrivera qu'un malade, et surtout un infirme, privé de tout moyen d'expression, nous mette en présence d'une impossibilité de savoir s'il a sa connaissance, ou encore, qu'il soit privé de ses sens au point de n'être pas suffisamment instruit, comme beaucoup de sourds-muets (les art. 847, 850, 852 C. civ. Prov. Qu. réservent sagement ce cas). Mais il suffira qu'un malade privé d'un ou plusieurs moyens d'expression ne le soit pas de tous, et soit d'ailleurs suffisamment instruit pour que le problème se pose⁸.

Il se résoudra très naturellement, pour les actes non-formalistes, car le consensualisme se contente, par définition, d'une manifestation quelconque de volonté. Mais les actes formalistes, et ce sont les plus importants, posent de véritables énigmes. Comment exiger la signature d'un paralytique absolu? La dictée de la part d'un muet? La lecture de la part d'un aveugle? Et que signifierait la lecture faite à un sourd? Heureusement, la loi, secourable aux infirmes, apporte au formalisme les atténuations nécessaires, au moins en certains cas. La forme du testament des infirmes est réglée par les articles 850 et s. du Code civil de la Province de Québec, qui distinguent les aptitudes psychologiques à la connaissance, et l'aptitude physique, matérielle, à la manifestation de la volonté. Force est bien de renvoyer, pour le détail, à leur lecture.

Il ne paraît pas excessif d'en dégager un principe, applicable dans tous les cas où la loi n'a rien décidé.⁹ Il faut se contenter du mode d'expression qui

⁷V. entre beaucoup d'autres décisions, en matière d'erreur, Req. 10 fév. 1926, S. 1926. 1. 59; Paris, 20 nov. 1934, S. 1935.2.190; en matière de captation, Req. 15 mars 1935, D.H. 1935.329; Nîmes, 11 juin 1945, Gaz. Pal., 1945.2.51; en matière de violence, Req. 19 juin 1877, D. 1878.1.160; Req. 27 janv. 1919, S. 1920.1.198.

⁸A propos d'un sourd-muet, un arrêt de la Chambre des Requêtes (23 mai 1887, D.P. 88.1.469) distingue bien l'aptitude à consentir et l'aptitude à manifester sa volonté. L'article 852 C. civ. Prov. Qu. pose très bien la distinction.

⁹V. pour la validité du testament olographe rédigé par un aveugle, Req. 23 mai 1887, D.P. 88.1.469.

est à la portée de l'infirme, dans la mesure où il permet à celui-ci d'exprimer fidèlement sa pensée puis d'en contrôler l'expression reçue. Le sourd-muet ne peut tester de vive voix? Qu'il le fasse, s'il le peut, par instructions écrites de sa main, remises au notaire (C'est, au fond, le testament mystique, a. 847 C. civ. Prov. Qu.). Et celui qui ne peut entendre la lecture du testament par le notaire, doit, s'il le peut, le lire lui-même. Le droit sur ce point ne commande pas à la nature, il lui obéit: nécessité fait loi. La loi s'aligne très exactement sur les possibilités naturelles d'expression de l'infirme. Encore la nature est-elle une maîtresse exigeante car il ne suffit pas que l'infirme puisse émettre, communiquer, un consentement, il faut encore qu'il puisse contrôler la conformité de l'acte dressé avec sa déclaration de volonté.¹⁰

Il arrivera qu'il n'ait aucun moyen de faire l'un ou l'autre et donc aucune position de repli. Alors devant l'impossibilité de fait, l'acte deviendra impossible, comme le montre, pour le testament authentique, l'article 847, in fine du Code civil de la Province de Québec.

Mais la loi ne sacrifie nullement l'infirme à une incapacité de droit, elle se résigne, tout au plus, à une incapacité de fait. Elle plie devant la nature des choses. En dehors de cette impossibilité naturelle, le principe de l'équivalence et de l'adaptation des formes doit toujours l'emporter. Il devrait même conduire à reconnaître la validité d'un testament olographe qu'un manchot double, éduqué à cette fin, aurait tracé avec son pied (a. 850 C. civ. Prov. Qu.).

On voit combien, sur ce point, l'intervention de la loi se résoud en protection légitime.

* * *

B—Mais il arrive aussi que la loi sanctionne. Il se peut que la maladie physique soit, pour celui qu'elle affecte, la source d'obligations diverses.

a)—A la vérité, la première de ces obligations n'intéresse qu'une espèce particulière de maladies, les maladies contagieuses, mais elle est d'importance: c'est l'obligation de ne pas contaminer autrui, au moins lorsque le malade, agent de contamination, connaît son mal. Car il semble difficile de nous rendre responsables des microbes que nous portons sans le savoir, ou d'une contagiosité que nous ignorons.

Cependant, cette obligation négative, de non-contamination, sous ses multiples applications, est assortie de sanctions variables selon les milieux.

Dans les relations sociales, la responsabilité délictuelle du malade envers ses victimes par contamination, apporte une sanction adéquate. Suivant le droit commun de l'article 1053 (C. civ. Prov. Qu., Cf. a. 1382 C. Nap.), le contagieux répondra du dommage causé aux tiers par sa négligence, par son imprudence, faute d'avoir pris les précautions nécessaires pour éviter la conta-

¹⁰V. la note de J. Ch. Laurent, J.C.P. 1956.II.9226.

gion. En vérité, si la pratique judiciaire offre peu d'exemples de cette responsabilité, ce n'est pas que les principes soient douteux. C'est que l'agent de contagion n'est presque jamais identifiable. Il court! Il court!

Le problème se posera plutôt au sein d'un groupe déterminé de personnes où les difficultés de preuve sont circonscrites. Ainsi existe-t-il toute une jurisprudence sur les contaminations du nourrisson par la nourrice et vice-versa. Simplement, la responsabilité de la nourrice ou des parents passera du plan délictuel au plan contractuel, avec les différences ordinaires de régime.

Enfin, entre les membres d'une même famille, l'obligation de non-contamination pose des problèmes spécifiques, qui sont très rarement, à notre connaissance, des problèmes de responsabilité civile, car les actions de cette nature entre conjoints, et plus encore entre père ou mère et enfants ne sont pas courantes. Mais n'y-a-t-il pas une sanction plus grave et plus adéquate, la séparation de fait ou de droit?

Entre le parent malade, et les enfants, il semble que la séparation soit, assez souvent, la bonne solution, volontairement choisie dans la plupart des cas. A l'occasion pourtant, la séparation forcée, judiciairement ordonnée n'est pas à exclure, sûrement en droit français, vraisemblablement aussi en droit québécois. D'abord, au cas de divorce ou de séparation de corps, le juge, pour le plus grand avantage de l'enfant, devra tenir compte, le cas échéant, avant d'attribuer la garde au père ou à la mère, de leur état de santé respectif. Chez nous, le juge ose même régler le droit de visite accordé à celui des parents qui n'est pas gardien, lorsque la visite pourrait être une occasion de contagion.¹¹

Mais la maladie des parents n'agit pas seulement sur les mesures consécutives à une séparation ou à un divorce. Elle peut être à elle seule cause de séparation. Au moins en droit français (a. 375 C. Nap.), le mineur dont la santé est compromise (serait-ce par la maladie des parents) peut faire l'objet d'une mesure d'assistance éducative, le séparant, au besoin, de ses parents.

Entre conjoints, les choses se compliquent, à cause de l'obligation d'assistance mutuelle, d'autant plus que, nous l'avons vu, la maladie n'est pas en elle-même une cause de divorce ou de séparation de corps. Pourtant un double tempérament apparaît en jurisprudence. D'une part, la communication par l'un des conjoints à l'autre d'une maladie vénérienne est désormais assimilée à une injure grave, chaque fois au moins que l'agent de contamination se savait atteint.¹² D'autre part, la même injure grave, cause de divorce, pourra être retenue à la charge du fiancé qui, se sachant atteint d'une maladie grave (même non contagieuse) l'aura dissimulée lors de son mariage à son futur conjoint.¹³

¹¹Paris, 26 juillet 1950, *Gaz. Pal.* 1950.II.252.

¹²V. entre beaucoup d'autres décisions, Aix, 30 avril 1951, *J.C.P.* 1951 éd. Avoués, IV, n° 1665 note Madray; Cass. Civ. 7 mai 1935, *D.P.* 1935 I.78, note Appleton).

¹³Cass. Civ. 2, 5 juillet 1956, *D.* 1956.609.

Cette dernière règle fait indirectement apparaître, par derrière l'obligation de non-contamination, le devoir positif implicite de loyauté, de sincérité, celui de révéler sa maladie à son futur conjoint, que la loi n'énonce pas explicitement: Bel exemple de montée à la vie juridique d'un devoir de conscience.

b) — Justement, on pourrait se demander si le malade ne serait pas, plus généralement, assujéti à une autre obligation positive, celle de se soigner.

Y a-t-il une obligation civile de se soigner? Il ne fait pas de doute que le droit de la santé publique assujéti les citoyens à plus d'une obligation: on ne peut qu'évoquer, en France au moins, les vaccinations obligatoires et la déclaration obligatoire des maladies vénériennes.

D'ailleurs, puisque dans son préambule, la Constitution française¹⁴ affirme au profit de tout individu quel que soit son état physique, non pas comme on l'a dit, un droit à la santé, mais le droit à la protection de sa santé, on peut se demander si, en droit public, ce droit ne se double pas, pour son bénéficiaire, d'une obligation corrélatrice de se soigner.

Mais il faut, semble-t-il, laisser au droit public et à l'état d'exception ces obligations. Il convient de proclamer comme une liberté civile le droit de ne pas se soigner. La loi civile serait mal inspirée de poser directement, brutalement, le principe contraire, ce qui, pour finir, nous suggère de conclure par une distinction.

Au terme de l'échantillonnage des conséquences civiles de la maladie physique (il en est beaucoup d'autres) une double ligne se dessine en effet.

Beaucoup de ces conséquences ont un caractère de discrétion qui se marque par la prise en considération médiate, indirecte, de la maladie. Celle-ci apparaît moins comme une catégorie autonome et spécifique que comme élément, ou manifestation, entre beaucoup d'autres, de telle ou telle catégorie plus compréhensive, générique. La maladie elle-même n'est ni une faute, ni une injure, etc. . . mais elle entrera, le cas-échéant, dans l'appréciation concrète de la faute, source de responsabilité, de l'injure, cause de divorce, de la violence ou de l'erreur, causes de nullité, des besoins qui actualisent l'obligation alimentaire. Bien d'autres exemples pourraient être donnés: la maladie qui n'est pas, en elle-même, une cause d'exonération de responsabilité, jouera tout de même un rôle atténuant en ces matières. Et sur toute la ligne, il est bon qu'il en soit ainsi. En pratique, cette prise en considération indirecte, empirique, donne toute satisfaction. Au point de vue théorique, elle atteste que ces conséquences civiles de la maladie ne sont point des entorses à l'égalité civile. La maladie physique, pur fait, simple accident, se coule dans les catégories du droit commun.

Mais il arrive aussi que la maladie corporelle, accédant à un degré supérieur de détermination et d'efficacité juridiques, devienne elle-même l'objet immédiat

¹⁴Préambule de la Constitution du 27 Octobre 1946 auquel renvoie celui de la Constitution du 5 octobre 1958.

d'un droit ou d'une obligation. Par prise en considération directe, un droit spécifique du malade corporel apparaît. La maladie physique s'érige en catégorie juridique distincte. Mais il est clair qu'alors, elle n'engendrera que des conséquences spéciales, en des limites définies. Au sein du groupe familial se développeront des obligations de soins et des droits corrélatifs. Le législateur s'efforcera aussi de corriger certaines inégalités particulières, rétablissant, par appoint, en faveur du malade, une égalité réelle rompue par la nature. Mais, en dehors de ces règles fragmentaires, toute extension du statut du malade se développerait au détriment de l'égalité civile et ceux qui rêveraient d'un plus vaste statut du malade méconnaîtraient son caractère de droit d'exception.

En vérité, gardons-nous de fixer la maladie corporelle en un statut exhaustif et rigide de droit civil. Élément secondaire de l'état, ce n'est pas un état. Laissons la maladie où elle est, livrée à l'illustration prétorienne des catégories du droit commun et à quelques adaptations spéciales nécessaires. Le principe est à la non-discrimination.