HAL
open science

Regard critique sur la proposition de réforme des directives anticipées des majeurs protégés

Camille Bourdaire-Mignot

To cite this version:

Camille Bourdaire-Mignot. Regard critique sur la proposition de réforme des directives anticipées des majeurs protégés. Revue générale de droit médical, 2015, 56, pp.117. hal-01458106

HAL Id: hal-01458106

https://hal.parisnanterre.fr/hal-01458106v1

Submitted on 10 Jan 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Regard critique sur la proposition de réforme des directives anticipées des majeurs protégés [1]

Camille Bourdaire-Mignot

Introduction

1. La proposition de loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale à une très large majorité et transmise au Sénat au mois de mars 2015[2], vient d'être rejetée par celui-ci le 23 juin dernier. L'Assemblée nationale doit donc revoir sa copie ; elle a déjà saisi sa commission des affaires sociales qui devrait s'inspirer des travaux du Sénat[3] pour proposer une nouvelle version de son texte.

L'un des objectifs de cette réforme est de renforcer la portée des directives anticipées créées par la loi Léonetti de 2005[4]. Ces directives sont actuellement dépourvues d'effet obligatoire, ce qui a suscité d'importantes critiques, notamment chez les patients qui ont exprimé le souhait d'avoir la certitude que leur volonté serait respectée à la fin de leur vie[5]. C'est ce vœu que les députés ont voulu exaucer en prévoyant que les directives anticipées « *s'imposent au médecin, pour toute décision d'investigation, d'actes, d'intervention ou de traitement, sauf en cas d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation* »[6]. La proposition

---

[1] L'étude porte sur la proposition de loi n° 486, créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 17 mars 2015 et rejetée par le Sénat le 23 juin dernier. L'analyse est menée à la lumière des travaux du Sénat.

[2] La proposition de loi vise à renforcer les soins palliatifs et garantir les droits des malades à ne pas souffrir et à mourir dignement.

[3] Texte de la commission des affaires sociales du Sénat et amendements de la commission des lois adoptés par les sénateurs en séance publique au mois de juin 2015.

[4] La loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 a créé, dans le code de la santé publique (ci-après CSP), une section consacrée à l' « *Expression de la volonté des malades en fin de vie* » dans laquelle figure notamment l'article L 1111-11, al. 1er, qui définit les directives anticipées. Ce texte est complété par un décret n° 2006-119 du 6 février 2006, codifié aux articles R 1111-17 et s. CSP, qui définit les conditions de rédaction, de modification, de révocation, de conservation et de mise en œuvre des directives anticipées. Sur la nature et les effets de ces directives, cf. G. Raoul-Cormeil, « Une approche civiliste du « laissez-trépasser » demandé au médecin par une personne âgée », *in Droit et vieillissement de la personne*, dir. J.R. Binet, Colloque et débat 2008, p. 61 et s.

[5] Une telle demande a notamment émané des partisans de l'euthanasie (sur ce point, cf. le rapport du comité de réflexion sur la fin de vie en France, sous l'égide du Pr. Sicard, « Penser solidairement la fin de vie », remis le 18 décembre 2012, spéc. p. 48).

[6] Art. L 1111-11, al. 3, CSP, issu de la proposition de loi. Sur la question du caractère contraignant des directives anticipées, les propositions et recommandations issues des différents rapports relatifs à la fin de vie étaient plus nuancées que la proposition de loi. Cf. le rapport Sicard, préc., spéc. p. 46 et s. ; cf. aussi l'avis n° 121 du Comité consultatif national d'éthique, en date du 1er juillet 2013, dont l'une des recommandations était de conférer un caractère contraignant aux directives anticipées rédigées en présence d'un médecin traitant et dans des circonstances où une maladie grave a été annoncée (spéc, p. 1). Dans son avis, le CCNE envisageait une présomption simple de caractère contraignant pour les directives anticipées (sur ce point, cf. F. Vialla, « Interrogations autour de la fin de vie. A propos de l'Avis 121 du CCNE », Médecine et Droit, 2013, p. 147 et s., spéc. p. 153). Sur les différents avis, cf. aussi C. Castaing, « Fin de vie : que disent les avis ? », RDSS 2014, spéc. p. 688. Notons que, si les textes européens et, en particulier la convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine du 4 avril 1997, n'imposent pas le caractère contraignant de telles directives, de nombreux autres Etats ont fait le choix de leur conférer un tel caractère. Sur ce point, cf. A. Sériaux, « Le "testament de vie" à la française : une institution à parachever », D. 2012, 1195, spéc. n° 3. En faveur d'une évolution, en France, dans le sens

de loi dispose, en outre, que ces directives restent valables sans limitation de temps, sauf révocation expresse, ce qui tend à renforcer la certitude du patient que sa volonté, parfois exprimée longtemps avant la fin de sa vie, sera bien respectée le moment venu, s'il se trouve dans l'impossibilité de la réitérer[7]. Les débats ayant eu lieu au sein du Sénat révèlent que le caractère contraignant des directives anticipées suscite des craintes. Pour autant, les sénateurs n'ont pas envisagé de le remettre en cause. Il semble donc probable que l'Assemblée nationale maintiendra le cap en réécrivant le texte de manière à laisser place à une certaine souplesse dans l'application des directives anticipées qui devraient s'imposer au médecin, sauf situation particulière.

2. Outre les modifications tenant à la force obligatoire des directives anticipées, la proposition de loi se prononce sur la question de leur champ d'application. Elle en réserve la rédaction à « *toute personne majeure et capable*»[8] et crée un régime spécifique pour les majeurs protégés. Le texte dispose que « *Lorsqu'une personne fait l'objet d'une mesure de protection juridique, au sens du chapitre II du titre XI du livre 1er du code civil, elle peut rédiger des directives anticipées avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué »* et que *« Le juge ou le conseil de famille peut prévoir qu'elle bénéficie, pour la rédaction de telles directives, de l'assistance de la personne chargée de sa protection, dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 459 du même code, à l'exclusion de toute possibilité de représentation.* »[9]. Ce texte constitue une réelle innovation car la loi actuellement en vigueur ne distingue pas selon que le rédacteur des directives, nécessairement majeur, fait l'objet, ou non, d'une mesure de protection juridique[10].

3. Il convient dès lors de s'interroger sur la nécessité de créer un régime spécifique pour les directives anticipées des majeurs protégés, avant d'apprécier l'opportunité des solutions proposées tant au regard des dispositions du code civil que de celles du code de la santé publique.

La réforme envisagée s'avère utile car elle clarifie et unifie le régime des directives anticipées des majeurs protégés (I). On peut émettre quelques réserves, en revanche, sur l'opportunité des solutions proposées qui sont imparfaites (II).

I. Une réforme nécessaire : clarification et unification

4. Il résulte de l'articulation du code civil et du code de la santé publique que le régime actuel des directives anticipées des majeurs protégés est complexe et hétéroclite (A). Il y a donc une réelle nécessité à clarifier et unifier ce régime (B).

---

du caractère contraignant de telles directives : C. Bernard-Xemard, « Vincent, sa famille, ses médecins et les autres », RLDC 2014, n° 120, p. 40.

[7] Cette certitude sera encore renforcée par l'amélioration des conditions de conservation des directives anticipées qui devront être répertoriées dans un registre national (art. L 1111-11, al. 4, CSP, issu de la proposition de loi).

[8] Art. L 1111-11, al. 1er, CSP, issu de la proposition de loi. Le texte de la commission des affaires sociales supprime le mot « capable » mais maintient l'idée d'un régime spécifique pour les majeurs sous tutelle au moins (art. L 1111-11, al. 1er, issu du texte de la commission).

[9] Art. L 1111-11, al. 5, CSP, issu de la proposition de loi.

[10] L'article L 1111-11, al. 1er, CSP dispose que : « *Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt des traitements. Elles sont révocables à tout moment.* »

A. Le régime actuel : un régime complexe et hétéroclite

5. L'article L 1111-11 du code de la santé publique, qui réserve la rédaction des directives anticipées aux seules personnes majeures, n'exclut pas *a priori* les majeurs protégés. Le texte ne prévoyant rien de spécifique pour ceux-ci, il convient de se reporter au droit commun de la protection des majeurs pour déterminer le régime de rédaction de leurs directives anticipées.

Dans la dichotomie, sur laquelle repose la loi relative à la protection des majeurs[11], entre les actes relatifs au patrimoine du majeur et ceux relatifs à sa personne, les directives anticipées relèvent de la seconde catégorie. Dès lors, seuls les majeurs, dont la mesure de protection s'étend à la personne, sont concernés par une éventuelle incapacité en ce domaine[12]. Pour ceux-là, il convient d'appliquer l'article 459 du code civil, relatif aux actes personnels[13]. Cette disposition, novatrice et libérale, instaure un système de consentement gradué qui permet de dépasser le critère binaire de la capacité du majeur au profit de celui de son discernement. Il en résulte que, lorsque son état le permet, le majeur protégé peut prendre seul les décisions relatives à sa personne et peut donc rédiger seul ses directives anticipées. Lorsque son état ne lui permet pas de prendre une décision personnelle éclairée, le juge peut prévoir qu'il bénéficiera de l'assistance de la personne chargée de sa protection qui pourra même être autorisée à le représenter si nécessaire. La mise en œuvre des directives anticipées étant susceptible d'avoir pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle du majeur, son représentant ne pourra alors agir sans l'autorisation du juge des tutelles[14]. Cette solution, favorable à l'autonomie du majeur protégé, est bienvenue car elle prend en considération les facultés de discernement du majeur qui peuvent être très différentes d'une personne à l'autre.

6. Malheureusement, malgré la vocation générale de l'article 459 du code civil, cette règle ne paraît pas s'appliquer de manière uniforme à tous les majeurs protégés. Si elle vaut sans doute pour les majeurs sous curatelle[15], elle ne s'applique pas aux majeurs sous tutelle[16]. Pour ceux-ci, en effet, il faut combiner l'article 459 du code civil avec les dispositions du code de la santé publique et, plus précisément, les articles L 1111-2 et L 1111-4, relatifs au consentement aux soins du majeur sous tutelle[17]. En tant qu'elles constituent un consentement aux soins ou traitements, donné par anticipation ou, plus probablement, un refus, opposé par anticipation, à la poursuite de soins ou de traitements, les directives anticipées relèvent vraisemblablement des articles L 1111-2

---

[11] Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007.

[12] En vertu de l'article 425, al. 2, du code civil (ci-après CC), la mesure de tutelle ou de curatelle peut être limitée à la seule protection des intérêts patrimoniaux de la personne.

[13] Cela est d'ailleurs confirmé par la proposition de loi qui renvoie à l'article 459, al. 2, CC pour les hypothèses où le juge autorisant la rédaction des mesures anticipées estimerait que le majeur doit bénéficier de l'assistance de son représentant légal pour les rédiger. Cf. toutefois L. Cimar, « Considérations juridiques sur l'expression de la volonté en fin de vie », Médecine et droit 2012, p. 99, spéc. p. 104. L'auteur qualifie les directives anticipées d'acte strictement personnel. Le point de vue des sénateurs paraît à mi-chemin entre ces deux qualifications, cf. *infra* n° 13.

[14] Art. 459, al. 3, CC.

[15] Elle vaut aussi pour les majeurs sous sauvegarde de justice, lorsqu'une mission de protection de la personne a été confiée à un mandataire spécial en vertu de l'article 438 du code civil.

[16] Cf. toutefois A. Sériaux, art. préc., spéc. n° 7, qui semble invoquer le seul article 459 du code civil aussi bien pour la curatelle que pour la tutelle, sans se référer aux dispositions du code de la santé publique.

[17] Article 459-1 du CC.

et L 1111-4 du code de la santé publique, lesquels posent des règles spécifiques pour le majeur sous tutelle[18]. Aux termes de ces derniers textes, le refus de soins ne peut émaner du majeur seul. Celui-ci doit être autorisé, assisté ou représenté par son tuteur – le texte n'est pas clair à cet égard[19] - pour pouvoir émettre un tel refus. Il en résulte que, si les directives anticipées du majeur sous tutelle recèlent un refus de traitement, elles ne pourront être rédigées sans le tuteur, sous peine de rester lettre morte. Même rédigées avec l'intervention du tuteur, les directives anticipées du majeur sous tutelle auront une portée plus limitée que celles des autres majeurs – protégés ou non – car l'article L 1111-4, alinéa 6, du code de la santé publique, limite l'effet du refus de soins exprimé par le tuteur, dans l'hypothèse où un tel refus risquerait d'entraîner des conséquences graves pour la santé du majeur. Ajouté au fait que, telles que prévues dans la loi Léonetti, les directives anticipées n'ont de toute façon pas d'effet contraignant, cet élément n'est pas de nature à favoriser leur prise en considération par les médecins[20].

En tout état de cause, la différence de régime des directives anticipées du majeur sous curatelle et de celles du majeur sous tutelle ne paraît pas justifiée compte-tenu du caractère éminemment personnel de cette décision touchant aux convictions (philosophiques, morales, religieuses…) du majeur.

Quant aux directives anticipées du majeur sous mandat de protection future – étendu à la protection de la personne du majeur – elles sont soumises en principe au régime des directives anticipées du majeur sous curatelle[21]. Il en ira toutefois différemment si le mandataire se voit confier les missions revenant au tuteur dans le code de la santé publique[22]. Dans ce dernier cas en effet, c'est le régime des directives anticipées du majeur sous tutelle qui devrait l'emporter.

7. Le droit positif des directives anticipées du majeur protégé apparaît donc relativement complexe[23] et critiquable en ce qu'il varie d'une mesure de protection à une autre, ce qui ne se justifie pas pour les actes personnels. De ce point de vue, la réforme des directives anticipées ne peut qu'être approuvée puisqu'elle propose une clarification et à une unification des solutions en la matière.

---

[18] L'article L 1111-2, al. 5, CSP dispose : « *Les droits du (…) majeur sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés (…) par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article (…). Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée (…) à leurs facultés de discernement (…)* ». L'article L 1111-4, al. 6, du même code, dispose : « *Le consentement (…) du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par (…) le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables* ».

[19] Cf. *infra*, n° 16 et 17.

[20] Pour les majeurs sous tutelle, le principe de bienfaisance à l'égard de celui qui est en état de faiblesse pourrait en effet prendre le pas sur le principe, opposé, de l'autodétermination du patient (sur l'opposition entre le deux, cf. R. Fragkou, « Entre paternalisme médical et autonomie absolue, une autonomie du patient à géométrie variable. Les directives anticipées en droit comparé », RGDM, mars 2012, n° 42, spéc. p. 169).

[21] L'article 479 CC renvoie en effet aux articles 457-1 à 459-2 du même code.

[22] Art. 479, al. 2, CC.

[23] Ce régime est en outre susceptible de plusieurs interprétations ; l'articulation des articles 459 et 459-1 du code civil et des dispositions du code de la santé publique soulève de nombreuses questions. Sur ce point, cf. A. Batteur, « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », Droit de la famille 2011, n° 2 dossier 5. Pour cet auteur, l'article 459 du code civil et l'article L 1111-4, al. 6, du code de la santé publique relatifs au consentement aux soins posent une même règle d'où il résulte que lorsque l'état du majeur protégé le permet, celui-ci prend seul la décision relative à son traitement médical.

B. Le régime proposé : un régime clarifié et unifié

8. La proposition de loi consacre une disposition spécifique aux directives anticipées du majeur protégé qui déroge au droit commun et s'applique quelle que soit la mesure de protection envisagée.

Au terme de cette proposition, la rédaction des directives anticipées du majeur protégé est soumise à l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille, s'il a été constitué. Une fois l'autorisation obtenue, le majeur peut rédiger seul ses directives anticipées si son état le lui permet ou bénéficier, dans le cas contraire, de l'assistance de la personne chargée de sa protection. La procédure devrait être identique pour toute modification des directives anticipées[24].

La révocation des directives anticipées ne devrait en revanche nécessiter aucune autorisation[25]. Cette liberté de révocation apparaît d'ailleurs essentielle compte-tenu des modifications envisagées par la réforme en cours. Si les directives anticipées devenaient applicables pour une durée indéterminée, comme le prévoit la proposition de loi, leur révocation présenterait un réel enjeu. Quid en effet de la volonté du patient qui a rédigé ses directives anticipées dans sa jeunesse et qui en a oublié jusqu'à l'existence à la fin de sa vie ? Si, à ce moment, le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, doit-on présumer que sa volonté n'a pas évolué depuis qu'il l'a exprimée par écrit lorsqu'il se projetait dans un avenir plus ou moins lointain ? La limitation actuelle de l'effet des directives anticipées à trois ans, permet de limiter les risques de voir appliquer des directives fort anciennes, ne correspondant plus à la volonté actuelle du majeur qui aurait oublié de les révoquer. La proposition de loi amplifie ce risque. Cette difficulté a d'ailleurs été relevée par la commission des lois du Sénat qui a proposé deux amendements adoptés en séance publique : l'un prévoyant la possibilité de révoquer ses directives anticipées par tout moyen ; l'autre prévoyant la mise en place d'un mécanisme de rappel régulier de l'existence des directives anticipées à leur auteur. Quelle que soit la solution finalement retenue, il appartiendra au médecin traitant d'être très vigilant à cet égard et de vérifier, avec le majeur protégé, si ses directives sont toujours conformes à sa volonté.

9. Quant aux personnes concernées, le texte, qui se réfère au chapitre consacré aux « *mesures de protection juridique des majeurs* », paraît viser non seulement les majeurs sous tutelle ou sous curatelle mais aussi les majeurs sous mandat de protection future ou sous sauvegarde de justice. Ces derniers majeurs protégés ne seraient toutefois concernés par la nouvelle disposition qu'en cas de désignation d'un mandataire spécial investi d'une mission de protection de la personne[26]. Mise à part cette hypothèse, la personne placée sous sauvegarde de justice conserve en principe l'exercice de ses droits et est donc bien « capable » au sens de la proposition de loi.

---

[24] Le texte issu des travaux de la commission des affaires sociales du Sénat, amendé par la commission des lois, prévoit que les directives anticipées pourront être révisées selon les modalités prévues par décret en Conseil d'Etat. Si cette solution était reprise dans les travaux à venir, il conviendrait de veiller à ce que ces modalités de révision soient précisées pour les majeurs protégés.

[25] Un parallèle peut ici être fait avec la rédaction et la révocation du testament du majeur sous tutelle, art. 476 CC.

[26] Art. 438 CC.

10. Le texte adopté par l'Assemblée nationale et rejeté par le Sénat en première lecture a le mérite de clarifier et d'unifier les solutions applicables en matière de rédaction des directives anticipées des majeurs protégés. Ces modifications sont opportunes. Il est donc souhaitable que les députés poursuivent dans cette voie. Le régime proposé n'est toutefois pas à l'abri de critiques : il déroge partiellement au régime des actes personnels définis dans le code civil et s'harmonise mal avec les dispositions du code de la santé publique, relatives au refus de soins du majeur sous tutelle. Dès lors, les solutions proposées sont imparfaites[27].

II. Une réforme critiquable : des solutions imparfaites

11. Alors que les directives anticipées peuvent se définir comme un acte personnel susceptible d'exprimer, par anticipation, un refus de soins ou de traitements, la proposition de loi leur confère un régime distinct tant de celui des actes personnels, définis dans le code civil, que de celui du refus de soins, précisé dans le code de la santé publique. Le régime proposé apparaît moins libéral que celui des actes personnels (A) et conduit à privilégier le refus anticipé de soins au détriment du refus actuel de soins du majeur sous tutelle (B).

A. Un régime moins libéral que celui des actes personnels

12. Le texte adopté par l'Assemblée nationale en première lecture traite les directives anticipées comme un acte personnel spécifique dont le régime déroge partiellement à l'article 459 du code civil. Quelles que soient les facultés du majeur protégé, la rédaction de ses directives anticipées demeure en effet, au terme de la proposition de loi, soumise à l'autorisation du juge ou du conseil de famille.

De ce point de vue, la réforme envisagée conduit à restreindre l'autonomie du majeur sous curatelle[28] qui peut actuellement rédiger seul ses directives anticipées et qui serait désormais tenu de solliciter une autorisation judiciaire[29]. En revanche, la situation du majeur sous tutelle se trouverait quelque peu améliorée par la proposition de loi. Une fois l'autorisation obtenue, il pourrait en effet rédiger seul ses directives si son état le lui permet. Néanmoins, le majeur sous tutelle resterait moins autonome, pour la rédaction de ses directives anticipées que pour ses autres actes personnels. Dès lors, le bilan des solutions élaborées par les députés est mitigé. Certes, elles présentent un réel progrès pour le majeur sous tutelle mais celui-ci se réalise au détriment du majeur sous curatelle. Et surtout, elles demeurent en deçà de ce que permet le code civil pour les actes personnels, ce qui n'est pas satisfaisant.

13. Les sénateurs ont bien perçu ces difficultés. C'est pourquoi ils ont adopté un amendement de la commission des lois visant, d'une part, à réduire le champ d'application de la disposition consacrée aux majeurs protégés aux seuls majeurs sous

[27] Certaines de ces imperfections ont d'ailleurs été relevées par les sénateurs dont les propositions – souvent intéressantes – n'emportent pas toujours l'adhésion (cf. *infra*, n° 13).

[28] Les majeurs sous mandat de protection future et sous sauvegarde de justice sont également concernés le cas échant.

[29] La situation du majeur sous curatelle demeure toutefois inchangée dans le cas où son état ne lui permet pas de prendre seul une décision éclairée. Dans ce cas, en effet, il faut de toute façon solliciter l'autorisation du juge en vertu de l'article 459, al. 3, du code civil puisque les directives anticipées constituent sans doute un acte susceptible de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne, dans un avenir plus ou moins proche.

tutelle et, d'autre part, à interdire toute assistance ou représentation, par le tuteur, du majeur autorisé à rédiger ses directives. Ils proposent ainsi de faire des directives anticipées un acte à mi-chemin entre celui qui implique un consentement strictement personnel, relevant de l'article 458 du code civil, et l'acte personnel, relevant de l'article 459 du même code[30].

L'idée est intéressante ; toutefois les solutions qui en résultent ne sont pas à l'abri de toute critique. En premier lieu, le dispositif proposé ne permet pas d'atteindre l'objectif d'unification qui semblait se dégager de la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale, ce qui est regrettable. En second lieu, il risquerait de complexifier le régime des directives anticipées du majeur sous curatelle. En gommant la référence à l'article 459 du code civil et en interdisant toute assistance ou représentation du majeur protégé, le texte de la commission des affaires sociales sème le doute sur la nature des directives anticipées : actes impliquant un consentement strictement personnel ou acte personnel. Or, en l'absence d'une disposition relative aux directives anticipées du majeur sous curatelle, leur régime dépendra de la nature de l'acte. Il est donc essentiel que ce point soit clarifié par la réforme en cours[31].

14. A notre sens, les directives anticipées doivent relever, pour le majeur sous tutelle, comme pour le majeur sous curatelle, de l'article 459 du code civil. L'exigence d'une autorisation judiciaire préalable ne paraît opportune ni dans son principe, ni dans sa mise en œuvre.

Il ne paraît pas souhaitable en effet que, sur un tel sujet, le majeur sous tutelle voie son autonomie limitée lorsque ses facultés de discernement lui permettent d'agir seul. Et ce d'autant qu'il pourra en discuter avec son médecin traitant à même de l'aider et de déterminer si son patient peut effectivement rédiger seul ses directives. De ce point de vue tant la proposition de loi que le texte issu des travaux sénatoriaux apparaît en retrait par rapport à la loi du 5 mars 2007, relative aux majeurs protégés. Celle-ci s'est montrée soucieuse de préserver l'autonomie des majeurs pour tous les actes personnels[32], auxquels les directives anticipées doivent être rattachées. Pour les décisions touchant à la personne du majeur, cette loi a voulu dépasser le critère binaire de la capacité pour prendre en considération les facultés de discernement de la personne. Il serait tout à fait souhaitable que le législateur profite de la réforme en cours pour insuffler le même esprit d'autonomie dans le code de la santé publique[33]. Un cadre trop rigide serait d'autant plus dommageable au majeur protégé que, lorsqu'il est sous tutelle au moins, il demeure privé de la possibilité de désigner une personne de confiance. L'article L 1111-6 du code de la santé publique prévoit en effet que les dispositions relatives à la désignation de la personne de confiance ne s'appliquent pas

[30] Les sénateurs se sont sans doute inspirés du régime du testament du majeur sous tutelle (Art. 476, alinéa 2, CC).

[31] Si on considère que les directives anticipées relèvent de l'article 458 du code civil, les majeurs sous curatelle dont les facultés ne leur permettent pas de prendre seuls une décision personnelle éclairée seront totalement privés de la possibilité de rédiger leurs directives. Il y aurait alors une certaine contradiction à vouloir d'un côté encourager la rédaction des directives anticipées et de l'autre limiter les possibilités de rédaction pour certains majeurs protégés.

[32] La loi du 5 mars 2007 a même défini des actes strictement personnels, non soumis à autorisation du juge, que le majeur doit faire seul sans assistance ni représentation (art. 458 du code civil).

[33] D'autres pays ont fait le choix d'ouvrir la rédaction des directives anticipées à toute personne capable de discernement. C'est notamment le cas de la Suisse. En ce sens Cf. R. Fragkou, art. préc., spéc. p. 209.

lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée[34]. Tout au plus le juge peut-il confirmer une désignation antérieure à la mesure de protection. Et encore, cela n'est-il pas une obligation. Dès lors, si le juge n'autorise pas la rédaction des directives anticipées (ou si l'autorisation tarde à venir) et qu'aucune personne de confiance n'a été désignée avant l'ouverture de la tutelle (ou que la désignation antérieure à l'ouverture de la mesure n'a pas été confirmée par le juge), le majeur se verra définitivement privé de la possibilité de faire entendre, de manière certaine, sa volonté pour sa fin de vie, dans l'hypothèse où il ne pourrait la manifester le moment venu.

D'un point de vue pratique, les solutions proposées ne sont pas opportunes non plus. Les juges des tutelles sont débordés et ne seront pas en mesure de délivrer rapidement des autorisations. Or le majeur protégé pourrait avoir pris la décision de rédiger de telles directives après en avoir discuté avec son médecin traitant tenu de l'informer de la possibilité et des conditions de rédaction des directives anticipées[35]. La perspective des démarches à effectuer pour obtenir cette autorisation ne sera-t-elle pas de nature à le décourager?

Seul le recours à l'article 459 du code civil permettrait une réelle souplesse qui serait tout à fait bienvenue pour ce type d'acte. Dès lors que la réforme envisage de renforcer considérablement l'effet des directives anticipées qui deviendraient contraignantes pour l'équipe médicale et sans date limite de validité, il est essentiel d'en permettre un large accès aux majeurs protégés. Dans cet esprit, on ne peut qu'encourager le législateur, amené à faire de nouvelles propositions à s'orienter vers cette piste. S'il fallait, pour plus de clarté, insérer dans le code de la santé publique une disposition spécifique pour les majeurs protégés, elle pourrait être ainsi rédigée : « *Lorsque le majeur fait l'objet d'une mesure de protection touchant à sa personne, il peut rédiger des directives anticipées si son état le permet. Lorsque son état ne lui permet pas de rédiger seul ses directives anticipées de manière éclairée, le juge peut prévoir qu'il bénéficiera de l'assistance de la personne chargée de sa protection.* ».

15. Outre la nécessité de clarifier et de simplifier le régime des directives anticipées du majeur protégé, dans un sens favorable à son autonomie, la réforme devrait aussi s'intéresser aux dispositions du code de la santé publique relatives au refus de soins. Ni la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale, ni le texte de la commission des affaires sociales du Sénat ne contiennent de dispositions visant à réformer le code de la santé publique sur ce point alors pourtant que les modifications envisagées au plan des directives anticipées s'accordent mal avec les dispositions actuelles du code de la santé publique. Si le législateur omettait d'harmoniser les différents textes sur le refus de soins du majeur sous tutelle, l'anticipation du refus de soins de ce majeur aurait plus de force que son refus actuel de soins.

<u>B. Un régime privilégiant l'anticipation du refus de soins</u>

[34] Ni la proposition de loi, ni le texte issu de la commission des affaires sociales du Sénat ne contiennent de disposition visant à réformer ce texte. La commission des lois avait pourtant adopté un amendement précisant que les personnes sous tutelle pourraient, avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille, désigner une personne de confiance, mais il n'a finalement pas été retenu en séance publique.

[35] Art. L 1111-11, al. 4, CSP, issu de la proposition de loi.

16. Les débats se sont jusqu'à présent concentrés sur le refus anticipé de soins du majeur protégé[36] sans que le refus actuel de soins du majeur sous tutelle soit repensé. Si le législateur persistait en ce sens, il en résulterait une incohérence certaine entre les différents textes du code de la santé publique : le refus actuel de soins du majeur sous tutelle serait moins contraignant que son refus anticipé de soins.

L'article L 1111-4, alinéa 6, relatif au consentement aux soins du majeur sous tutelle est assez elliptique. Le refus actuel de soins, exprimé par le majeur protégé, n'est nullement envisagé – ce qui est symptomatique de l'appréhension qu'éprouve le législateur à traiter de cette question[37]. Seul celui du tuteur est expressément pris en considération, ce dont on peut en déduire qu'il doit intervenir à l'acte[38] et que le refus qui serait exprimé par le majeur seul n'aurait aucune portée. En outre, même exprimé par le tuteur, le refus de soins du majeur sous tutelle n'a pas une force absolue, contrairement au refus de soins exprimé par tout patient[39]. L'article L 1111-4, alinéa 6, prévoit en effet que si le refus de traitement par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables.

Il en résulte que si le législateur persiste dans sa volonté de rendre les directives anticipées contraignantes sans modifier le régime actuel du refus de soins du majeur sous tutelle, le refus de soins exprimé par le majeur protégé de manière anticipée aura plus de force que celui qui serait exprimé par le majeur sous tutelle au moment où les soins seraient proposés. Autrement dit selon que le majeur sous tutelle, rédacteur de directives anticipées, sera ou non en état d'exprimer sa volonté à la fin de sa vie, son éventuel refus de soins n'aura pas la même force. De manière assez paradoxale, le refus exprimé par anticipation sera plus contraignant que celui exprimé au moment où les soins seront proposés. Alors qu'il est sans doute plus proche de la volonté présente du patient, le refus actuel de soins, ne sera pas nécessairement contraignant pour le médecin.

17. Pour éviter une telle incohérence, il faudrait modifier l'article L 1111-4, alinéa 6, du code de la santé publique afin de prendre en considération le refus de soins

---

[36] La proposition de loi adoptée par les députés n'envisage les directives anticipées que sous l'angle du refus de soins. Le titre de la section 2, « *Expression de la volonté des malades refusant un traitement et des malades en fin de vie* » est assez éloquent à cet égard. Cette restriction de l'objet des directives anticipées avait d'ailleurs été soulignée par Mme F. Dreiffus-Netter, Conseillère à la Cour de cassation, *in* Colloque relatif à la proposition de loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, organisé au Sénat le 9 février 2015 (www.senat.fr/rap/fin_de_vie/fin_de_vie.html). Les sénateurs semblent avoir été sensibles à cette observation puisqu'ils proposent d'indiquer que les « *directives anticipées expriment la volonté de la personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement* » (art. L 1111-11, al. 2, issu du texte de la commission des affaires sociales du Sénat), ce qui confère un objet plus large aux directives anticipées.

[37] Pour un aperçu de cette question en droit comparé, cf. R. Frakgou, art. préc., spéc. p. 175.

[38] Les travaux préparatoires de la loi du 4 mars 2002 sont en ce sens. Cf. par exemple le rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales le 18 septembre 2001 (volume I titre Ier *Démocratie sanitaire*) par les députés C. Evin et B. Charles et J-J. Denis, qui précise à propos des aménagements du régime général du consentement aux soins : « *Le second cas abordé est celui des incapables majeurs et des mineurs qui, évidemment, ont des droits sur leur corps comme toute personne, mais ne peuvent les exercer en raison de leur incapacité juridique. Le consentement aux actes médicaux relève donc des parents ou du tuteur*. »

[39] Cf. article L 1111-4, al. 2, CSP. Ce texte prévoit déjà que le refus de soins exprimé par le patient s'impose au médecin ; tant les députés que les sénateurs envisagent de reformuler le texte pour que le principe apparaisse encore plus clairement (cf. art. L 1111-4, al. 2 et 3, issu de la proposition de loi et art. L 1111-4, al. 2 et 3, issu du texte de la commission des affaires sociales du Sénat).

exprimé par le majeur sous tutelle[40]. Cette modification pourrait être l'occasion de clarifier ce texte en l'harmonisant avec l'article 459 du code civil et en l'étendant alors à tous les majeurs protégés. Le texte pourrait être ainsi modifié : « *Lorsque son état le permet, le majeur protégé prend, avec le professionnel de santé, les décisions concernant sa santé. Lorsque son état ne lui permet pas de prendre seul une décision personnelle éclairée, le juge peut prévoir qu'il bénéficiera de l'assistance de la personne chargée de sa protection. Exprimé dans ces conditions, le refus du majeur protégé s'impose au médecin.* » La solution n'aurait rien d'originale puisque le code de la santé publique, n'hésite pas à faire prévaloir le refus du majeur protégé dans certaines hypothèses[41].

Cette formulation aurait le mérite de clarifier les conditions de l'intervention de la personne chargée de la protection du majeur qui ne pourrait en aucun cas le représenter. Lorsque le majeur est hors d'état d'exprimer sa volonté, il devrait, en effet, relever de l'article L 1111-5 du code de la santé publique.

18. En somme, la réforme des directives anticipées du majeur protégé paraît utile. Les imperfections de la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture ont été en partie relevées par le Sénat. Toutefois, les aménagements proposés par les sénateurs ne permettent pas une bonne articulation des textes en discussion avec les dispositions du code civil, d'une part, et celles du code de la santé publique, d'autre part. En particulier, il nous paraît souhaitable que la réforme en cours prenne davantage en considération les facultés de discernement du majeur protégé. Le discernement de la personne constitue en effet un critère mieux adapté que celui de la capacité juridique pour préserver, et définir les contours, de l'autonomie des personnes vulnérables en fin de vie.

---

[40] La commission nationale consultative des droits de l'homme s'est prononcée en faveur d'une réforme pour une meilleure articulation du code civil et du code de la santé publique sur ce point, cf. *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, Assemblée plénière du 16 avril 2005, http://www.cncdh.fr/fr/publications/avis-sur-le-consentement-des-personnes-vulnerables.

[41] Il en va ainsi notamment en matière de décision relative à la ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive (art. L 2131-2 CSP), en matière d'utilisation, à des fins thérapeutiques, de tissus, cellules et produits du corps prélevés à l'occasion d'une intervention pratiquée dans son intérêt (art. L 1245-2 CSP), en matière de participation à une recherche biomédicale (art. L 1122-2 CSP) ou encore en matière de don d'organes (art. L 1235-2 CSP).