HAL
open science

Le respect de la volonté des personnes âgées malades

Ingrid Maria

To cite this version:

Ingrid Maria. Le respect de la volonté des personnes âgées malades. Droit, Santé et Société [Journal de médecine légale, droit médical, victimologie, dommage corporel. Série E], 2021, Le vieillissement, 64 (1), pp.47-53. hal-03239243

HAL Id: hal-03239243

https://hal.science/hal-03239243v1

Submitted on 27 May 2021

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.

Le respect de la volonté des personnes âgées malades

Ingrid MARIA, Professeur à l'Université Grenoble Alpes, Co-directrice du Centre de Recherches Juridiques (EA 1965)

Primauté accordée à la volonté. Le vénérable Doyen Carbonnier soulignait déjà, dans son Introduction au droit, l'importance de la volonté dans le Code civil[1]. Cette faveur faite à la volonté n'a pas faibli avec le développement de nouvelles règles de droit. Tout au contraire, la philosophie des droits de l'homme paraît avoir exacerbé ce souci de la prise en compte de la volonté individuelle. Les récentes modifications législatives prises en matière de protection juridique des majeurs attestent de cette tendance. Ainsi, sous l'influence de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées [2] relayée par le Rapport du défenseur des Droits du 29 septembre 2016, la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a modifié certaines règles relatives aux mesures de protection juridique afin de redonner aux personnes concernées une place centrale dans l'exercice de leurs libertés personnelles[3] et donc, dans la prise en compte de leur volonté. Le Comité des droits de l'homme nous incite même à aller plus loin et à supprimer toutes les mesures de représentation en ce qu'elles sont substitutives de volonté. Il nous faudrait donc remplacer notre référent actuel de l'intérêt de la personne vulnérable[4] par celui du respect de la volonté de ces personnes dont l'altération des facultés mentales et/ou physiques empêche pourtant l'expression de la volonté.

Primauté consacrée en matière médicale. Le droit de la santé n'a pas échappé à ce mouvement. « L'exigence du respect de la volonté de la personne s'est imposée comme la seule clé qui permette d'interdire ou de légitimer une atteinte à l'intégrité physique de l'individu sans porter atteinte à sa dignité »[5]. Aussi la recherche de la volonté réelle du patient constitue-t-elle un souci constant des soignants aujourd'hui. Le Code de la santé publique érige, par ailleurs, la volonté du patient en principe supérieur. Conformément à l'article L. 1111-4 alinéa 3 de ce code, « le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne ».

---

[1] J. Carbonnier, *Introduction au droit civil*, PUF, 2017, p. 124 : « Le code civil apparaît comme une triple exaltation de l'égalité, de la liberté, de la volonté de l'homme ».

[2] Dite CIDPH, spécialement son article 12 dont l'interprétation par le Comité des droits des personnes handicapées de l'Organisation des Nations unies [ONU] dans son observation générale n°1 en date du 19 mai 2014 ne manque pas de susciter la controverse : (sous la dir.), B. Eyraud, Julie Minoc, Cécile Hanon, «*Choisir et agir pour autrui. Controverse autour de la convention d el'ONU relative aux droits des personnes handicapées »*, Doin, collec. Polémiques, 2018 ; É. Pecqueur, A. Caron-Déglise et T. Verheyde, « Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations unies relatives aux droits des personnes handicapées », *D.* 2016. 958 – D. Noguéro, « Pour la protection à la françaises des majeurs protégés malgré la Convention des Nations unies relatives au droit des personnes handicapées », *RDSS* 2016. 964

[3] Voir, not. : J. Combret et D. Noguéro, « Personnes vulnérables, régimes matrimoniaux et statut personnel : réforme de la justice et prospective », *Defrénois* 2019, n°14, p. 27.

[4] V. article 415 alinéa 3 du Code civil.

[5] M. Grosset, « Etude sur les directives anticipées et la personne de confiance : le rôle du tiers dans l'expression de la volonté du sujet empêché », *D.* 2019 p. 1947.

Primauté illusoire pour les personnes âgées malades ? Néanmoins cette injonction n'est-elle pas vouée à être lettre morte quand le patient est une personne âgée malade ? Pour y répondre, encore faudrait-il savoir ce qu'il faut entendre par personne âgée. Or, si dans certains pays une définition a été retenue pour attribuer un véritable statut protecteur à la personne âgée, la tradition universaliste de la France empêche de créer une catégorie juridique spécifique pour ces personnes[6]. Cela n'exclut pas des références sporadiques à la vulnérabilité en raison de l'âge mais ce critère ne suffit pas à lui seul à déterminer un régime juridique propre[7]. Aussi aucune qualification juridique particulière n'existe ni pour les personnes âgées ni, *a fortiori*, pour les personnes âgées malades. Pourtant on pressent que ces dernières ont besoin d'une protection plus importante de leur volonté. Cumulant une double vulnérabilité (dégradation des facultés cognitives ou comportementales due à l'âge et affaiblissement dû à l'état de santé), ces personnes auront probablement plus de difficultés à faire entendre leur volonté voire à l'exprimer.

Plan de l'étude. Est-ce à dire que les personnes âgées malades sont traitées par le droit français comme tout autre malade ? Existe-t-il des règles susceptibles de s'assurer que, malgré leur vulnérabilité marquée, elles sont en mesure d'exprimer leur volonté et de la voir respectée ? L'étude ici menée vise précisément à faire le tour des mécanismes juridiques mis en place pour garantir ce respect avant d'en mesurer la suffisance. Un regard porté sur les dispositions du Code de la santé publique usant du terme « volonté » enseigne que les règles diffèrent suivant que le malade dispose d'une volonté pleine et entière ou pas. Aussi, dans un souci didactique, présenterons-nous, d'abord, les règles applicables aux personnes âgées malades aptes à exprimer leur volonté (1) avant d'exposer, ensuite, celles régissant le cas des personnes âgées malades dont l'expression de la volonté est empêchée ou altérée (2). Un point sera enfin fait sur la suffisance et le réalisme de ces injonctions législatives (3).

1) Les personnes âgées malades aptes à exprimer leur volonté

Le droit français est très clair : que le malade soit une personne âgée ou non, protégée ou non, le personnel médical se doit de rechercher et de respecter sa volonté.

Le respect de toute volonté. Un médecin ou un autre membre du personnel médical se doit, face à tout patient, de tenter de recueillir sa volonté. Une fois celle-ci connue, il doit la respecter qu'il s'agisse d'une volonté positive (« je veux ») ou d'une volonté négative (« je ne veux pas » ou « je refuse »). Nombreuses sont les dispositions consacrées au nécessaire respect du refus de soins. Cette exigence est présentée comme un devoir de chaque praticien envers les patients : médecin, bien sûr[8], mais aussi masseur-kinésithérapeute[9] infirmier[10], chirurgien-dentiste[11],

[6] V. M. Rebourg, « Vers un statut des personnes âgées ? Réflexions à la lumière du droit brésilien », *RDSS* 2020, p. 83.
[7] Voir, par exemple : articles L. 113-1 et L. 232-1 du Code de l'action sociale et des familles.
[8] CSP art. R. 4127-36.
[9] CSP art. R. 4321-84.
[10] CSP art. R. 43212-14.
[11] CSP art. R. 4127-236.

sage-femme[12]. Comme une extension logique, le malade peut imposer sa volonté d'être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic sauf si des tiers sont exposés à un risque de contamination[13]. De même doit être respectée sa volonté de ne pas être informé[14]ou encore sa volonté de ne pas voir son dossier médical partagé consulté[15]. La volonté du patient est encore déterminante dans la coopération entre les différents médecins intervenant sur un même dossier. Ainsi l'article R. 4127-62 du Code de la santé publique prévoit que le médecin consulté « ne doit pas, sauf volonté contraire du malade, poursuivre les soins exigés par l'état de celui-ci lorsque ces soins sont de la compétence du médecin traitant ».

Majeurs protégés. La recherche de la volonté s'impose également par ailleurs pour les personnes dépourvues de capacité juridique. Ainsi chaque disposition envisageant les mineurs et les majeurs protégés viennent préciser que leur consentement « doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté »[16]. Aussi, tout praticien médical doit avoir clairement en tête que, même s'il a, face à lui, une personne placée en mesure de protection juridique, il ne peut faire fi de sa volonté et s'en remettre systématiquement à la personne chargée de la représenter ou de l'assister. Ni le tuteur, ni le curateur, ni la personne habilitée dans l'habilitation familiale, ni le mandataire dans la sauvegarde de justice et dans le mandat de protection future n'ont, par principe, vocation à exprimer la volonté de leur protégé. Le principe d'une autonomie maximale en matière personnelle a été posée par la réforme de la protection juridique des majeurs[17] et figure au titre des principes fondamentaux en ce domaine[18]. Il est évidemment repris par la récente ordonnance n°2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique[19] entrée en vigueur depuis le 1er octobre 2020.

Ordonnance n°2020-232 du 11 mars 2020. L'objectif de ce texte était précisément d'adapter les règles du Code de la santé publique à celles présidant à la protection de la personne dans le Code civil afin d'éviter les problèmes d'articulation qui avaient été très rapidement soulevés[20]. Il importait aussi de davantage assurer la promotion des droits fondamentaux du majeur protégé en matière médicale. Désormais donc tous les majeurs protégés sont envisagés par le Code de la santé publique alors que n'étaient autrefois visées que la tutelle (très

---

[12] CSP art. R. 4127-306 et R. 4217-356.
[13] CSP art. L. 1111-2, L. 1131-1-2, R. 1131-20-1et R. 4127-35.
[14] CSP art. R. 4312-13.
[15] CSP. art. L. 1111-17.
[16] Voir les articles L. 1111-4, L. 1111-15, L. 1111-16, L. 1161-5, L. 2123-2, L. 1241-3, R. 1131-4, R. 1241-18 et R4312-16 du Code de santé publique.
[17] L. n°2007-308, 5 mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs, JO 7 mars 2007, p. 4325, texte n°12.
[18] Voir art. 415 al. 3 du Code civil qui prône une faveur faite à l'autonomie de la personne protégée « dans la mesure du possible » et voir les articles 458 et 459 du même code.
[19] Sur celle-ci, voir : L. Mauger-Vielpeau, « La protection de la personne du majeur protégé mal ordonnée », *Dr. Famille* 2020, comm. 107 et, avec une vision très critique : A. Batteur, L. Mauger-Vielpeau, f. Rogue et G. Raoul-Cormeil, « Régime des décisions médico-sociales relatives aux personnes protégées : une ordonnance affligeante ! », *D.* 2020, p. 992.
[20] Et ce, malgré la règle posée à l'article 459-1 du Code civil qui donne la priorité aux règles spéciales. Voir le rapport au Président de la République.

majoritairement) et la curatelle (très rarement). Cette prise en compte générale de toutes les mesures de protection juridique (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, habilitation familiale et mandat de protection future) est visible dans le vocabulaire retenu : l'expression « mesure de protection juridique » étant désormais utilisée dans pas moins de trente et un articles du Code de la santé publique[21]. Une distinction est néanmoins opérée entre les mesures de représentation (tutelle, habilitation familiale avec représentation et sauvegarde de justice avec mandat spécial de protection à la personne) et les mesures d'assistance (curatelle simple, renforcée ou aménagée et habilitation familiale avec assistance). Ainsi si le représentant de la personne du majeur protégé doit recevoir l'information délivrée au malade, l'individu chargé d'une assistance à la personne aura connaissance de cette information seulement « si le majeur protégé y consent expressément »[22]. Cette dernière disposition montre combien l'importance du recueil de la volonté du patient est forte. Même si celui-ci est placé en mesure de protection, c'est vers lui que doit se tourner en priorité le personnel médical. Le confirme encore la règle retenue pour le consentement à l'acte médical ou au traitement. Ainsi l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique prévoit que le consentement d'un majeur placé sous une mesure de représentation à la personne doit être obtenu s'il est apte à exprimer sa volonté, au besoin avec l'assistance de la personne chargée de sa protection. Ce texte montre toutefois que la référence à l'aptitude à exprimer sa volonté constitue un critère du respect de la volonté du patient. Aussi que se passe-t-il quand le malade n'est plus tout à fait apte à exprimer sa volonté ?

2) <u>Les personnes âgées malades hors d'état d'exprimer leur volonté</u>

Pour les personnes hors d'état de manifester leur volonté, le Code de la santé publique prévoit que le personnel médical doit se référer à la volonté manifestée antérieurement par le patient - c'est l'hypothèse des directives anticipées - et/ou au témoignage de volonté de la personne de confiance ou, à défaut, d'un proche du malade.

Les directives anticipées. Les directives anticipées ont été introduites en France par loi dite Leonetti du 22 avril 2005[23]. Elles permettent à la personne empêchée de faire connaître ses souhaits concernant sa fin de vie dans un document écrit réalisé par anticipation. Tout majeur peut en rédiger même s'il est placé en mesure de protection juridique avec représentation à la

---

[21] CSP. art. L. 1111-2, L. 1111-4, L. 1111-6, L. 1111-7 (principes généraux informations aux usagers du système de santé et expression de leur volonté), L. 1111-11 (expression de la volonté des malades refusant un traitement et des malades en fin de vie), L. 1111-14, L. 1111-15, L. 1111-16 (dossier médical partagé), L. 1121-8, L. 1122-2 (recherches impliquant la personne humaine), L. 1142-7 (règlement amiable en cas d'accidents médicaux), L. 1142-24-2, L. 1142-24-10 (indemnisation des victimes), L. 1161-5 (éducation thérapeutique du patient), L. 1211-2 (prélèvement produits corps humains), L. 1221-5 (don du sang), L. 1241-5, L. 1245-2 (cellules, tissus corps humain), L. 2123-2 (stérilisation à visée contraceptive), L. 3211-1, L. 3211-12, L. 3212-1, L. 3212-2, L. 3212-3 (soins psychiatriques), L. 5121-12, L. 5121-12-1 (médicaments), R. 1111-1 (accès aux informations de santé personnelles), R. 1111-26, R. 1111-30 (dossier médical partagé), R. 1241-6 (compétence juge des tutelles), R. 3131-22 (quarantaine ou isolement).

[22] CSP. Art. L.1111-2 III. Choix très vivement critiqué par les commentateurs cités note 11. De même, la saisine de la commission d'indemnisation n'est possible que pour le représentant, non pour l'assistant. Cf : CSP. Art. L.1142-7. Voir aussi : L. 11142-24-2 et L. 1142-24-10.

[23] Voir CSP art. L. 1111-11 et L.1111-12.

personne. Dans ce cas toutefois, il lui faudra une autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Cet acte est même considéré comme un acte strictement personnel par la loi puisque « la personne chargée de la mesure de protection ne peut ni l'assister ni la représenter à cette occasion »[24]. Une personne qui ne pourrait écrire pourrait également rédiger de telles directives en demandant à un tiers d'intervenir. Deux témoins devront alors authentifier cette volonté pour que le document soit valide. Conformément à l'article L. 1111-11 alinéa 2 du Code de la santé publique, des modèles qui diffèrent selon que la personne est atteinte ou non d'une affection grave sont proposés. Le respect de cette volonté anticipée est imposé au médecin puisqu'il est listé au sein de ses devoirs[25]. Il n'y a guère que deux hypothèses dans lesquelles le médecin pourra passer outre : en cas d'urgence vitale ou de caractère inapproprié reconnu suite à une procédure collégiale[26]. Cette manifestation anticipée de la volonté s'impose donc non seulement au personnel médical mais également aux proches du malade qui ne seraient pas en accord avec cette volonté antérieurement exprimée.

La personne de confiance. Ce dispositif est une aide à l'appréhension de la volonté du malade hors d'état de l'exprimer. Mis en place par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, il figure aujourd'hui à l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique. Il est accessible à toute personne majeure disposant ou non de sa capacité juridique. Ainsi, une personne placée en mesure de protection juridique avec représentation peut tout à fait y avoir accès après avoir obtenu l'autorisation du juge pour ce faire. Néanmoins si la désignation a été opérée avant l'ouverture d'une tutelle, le juge peut la révoquer au moment de la mise en place de la mesure[27]. Il consiste, pour une personne majeure, à désigner par écrit un tiers qui sera susceptible de témoigner de sa volonté relative à certains soins médicaux, en cas de manifestation de volonté empêchée. Cette désignation peut être modifiée à tout moment. « Sa parole n'a pas le poids ou la portée de celle d'un représentant légal puisque la loi prévoit que son avis ne se substituera pas. Elle sera simplement consultée en tant que témoin. Mais sa voix, lorsque la loi le prévoit, sera prédominante sur les autres tiers »[28]. Aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée sans que la personne de confiance ait été consultée, « sauf urgence ou impossibilité »[29]. Cette consultation est érigée au titre des devoirs du médecin[30], du kinésithérapeute[31] et de l'infirmier[32].

En l'absence de directives anticipées et de personne de confiance. Bien souvent toutefois, le patient ne s'est saisi d'aucun de ces deux mécanismes[33]. Dans cette hypothèse, comment assurer la prise en compte de la volonté de la personne malade ? Les textes se référent alors à

---

[24] CSP art. L. 1111-1 dernier alinéa. Pour une liste indicative des actes strictement personnels, voir l'article 458 du Code civil.
[25] CSP art. L.1111-1 al.3, R. 4127-37-1, R. 4127-37-3 al. 3 et R. 4127-36.
[26] CSP art. L.1111-1 al.3.
[27] CSP. art. L1111-6, dernier alinéa. On remarquera cette restriction étonnante au cas de la tutelle alors que toutes les mesures représentatives de volonté auraient dû être visées.
[28] M. Grosset, art. précité.
[29] CSP art. L. 1111-4 al. 5.
[30] CSP art. R. 4127-36.
[31] CSP. art. R. 4321-84.
[32] CSP art. R. 4312-14.
[33] Voir *infra* sur le faible succès de ceux-ci.

la famille et aux proches du patient qui joueront le rôle de témoin de la volonté du malade. Le risque est évident en cas de pluralité de personnes susceptibles de donner leur avis. L'affaire Lambert a été suffisamment illustrative de l'impasse à laquelle peut aboutir des avis divergents de proches pourtant tous très attentionnés. En l'absence de manifestation ou de témoignage fiable de volonté, la responsabilité du choix revient donc au corps médical étant entendu, toutefois, que l'absence de volonté exprimée est présumée être un désir de vie. Ainsi, le Conseil d'Etat a, dans une hypothèse d'arrêt des traitements d'un patient hors d'état de manifester sa volonté, précisé que « dans l'hypothèse où cette volonté demeurerait inconnue, elle ne peut être présumée comme consistant en un refus du patient d'être maintenu en vie »[34]. L'arrêt des traitements pour refus d'obstination déraisonnable exige alors une procédure collégiale spécifique qui s'éloignera inévitablement de la volonté – méconnue au demeurant – du patient mais qui aura le mérite d'aboutir à une décision collective vraisemblablement conforme à l'intérêt du malade.

D'autres formes d'anticipation de l'expression de la volonté. En-dehors des directives anticipées, il est possible qu'une personne âgée malade hors d'état d'exprimer sa volonté ait fait connaître ses souhaits par le biais de fiches d'autorisation signées au préalable. C'est l'hypothèse envisagée par l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique pour l'accès au dossier médical partagé. Les professionnels de santé ont ainsi l'obligation de respecter le refus de voir son dossier consulté ou alimenté formulé antérieurement par un malade à la volonté empêchée. Il importe surtout de ne pas oublier l'instrument civiliste mis en place par la réforme de la protection juridique des majeurs en 2007 : le mandat de protection future. Il est tout à fait possible qu'un mandataire donne, dans celui-ci, des directives quant aux soins à lui prodiguer voire qu'il désigne, dans ce contrat, la personne de confiance.

Aussi est-il certain que, depuis une vingtaine d'années, le législateur s'efforce de garantir le respect de la volonté des personnes malades, que celles-ci soient en état ou non de manifester leur volonté. Ces mécanismes mis en place ne manquent toutefois pas de susciter la critique ce qui interroge sur leur performance et la satisfaction qu'ils procurent.

3) <u>Des règles satisfaisantes ?</u>

Différents écueils. Différents écueils peuvent être soulignés concernant ces mécanismes mis en place pour que la volonté des plus vulnérables soit prise en compte. D'une part, il est difficile d'accéder en pratique à l'information relative à une volonté anticipée ou à une mesure de protection. D'autre part, lorsque les professionnels de santé en ont connaissance, ils ne maîtrisent pas toujours les règles de droit applicables à chacun de ces mécanismes. Et l'ordonnance du 11 mars 2020 ne va probablement pas arranger les choses !

Un accès difficile aux mécanismes existants. Pour appliquer les règles de la protection juridique des majeurs envisagées dans le Code de la santé publique, encore faut-il que les professionnels de la santé soient informés de l'existence d'une telle mesure. Comment vont-ils

[34] CE 24 juin 2014, n°375081 ; *D.* 2014 1856 ; *AJFam.* 2014.396 ; *RDSS* 2014. 11101 ; *RFDA* 2014, 702.

faire concrètement ? Il est inimaginable qu'on exige des patients qu'ils produisent un extrait d'acte de naissance (qui, par ailleurs, ne fera pas figurer de mentions pour les habilitations spéciales, les sauvegardes de justice et les mandats de protection future puisque celles-ci ne font pas l'objet d'une publicité !) ou le jugement les ayant placés en protection juridique. Mais alors, comment les praticiens de santé vont-ils pouvoir identifier si la mesure est substitutive de volonté - car de représentation - ou simplement d'assistance ? On le voit, les obstacles sont nombreux et ils ne sont pas propres aux mesures de protection juridique. En effet, l'accès aux directives anticipées n'est pas nécessairement plus aisé. Un auteur souligne ainsi « le manque de coordination entre l'hôpital et la médecine de ville et l'absence d'interrogations systématiques des personnels soignants aux patients »[35]. En d'autres termes, la connaissance des directives anticipées n'est pas suffisamment assurée. Sur ce point, l'IGAS préconise de s'appuyer davantage sur les acteurs de proximité du système pour sensibiliser les patients[36] ainsi qu'une formation adaptée à destination de l'ensemble des praticiens. Il faudra également améliorer les conditions de recueil, d'accès et de consultation de ces volontés exprimées par anticipation. Si le dossier médical partagé constitue une avancée notable, il ne suffit pas[37]. Un constat quasi similaire peut être dressé concernant la personne de confiance pour laquelle l'IGAS a souligné l'importance de tracer et de rendre accessible ce fameux dossier médical partagé. Alors comment faire appliquer des mécanismes non accessibles et non connus ? On pourrait relativiser cet écueil en se disant que les directives anticipées, comme le mandat de protection future, sont *a priori* des mécanismes au succès plutôt modéré[38]. Les français auraient, en effet, quelques difficultés à anticiper la fin de vie comme la dégénérescence de leurs facultés. L'anticipation ne serait pas des plus aisées en raison, précisément, de la conscience d'une volonté susceptible de changer. Est-on sûr que la personne envisagée pour nous protéger à un instant X sera toujours la plus apte à le faire quelques années plus tard ? Peut-on être sûr de l'envie que l'on aura au moment d'approcher la mort ? Autant de questions qui constituent des freins indéniables au développement de ces instruments. Néanmoins, il est impossible de compter sur une utilisation exponentielle de ces mécanismes si les règles qui leur sont applicables ne sont pas bien maîtrisées par les principaux concernés. Or, là aussi, le bât blesse.

Une méconnaissance des règles relatives à ces mécanismes. Tant les personnes susceptibles de faire appel à ces instruments que les professionnels de santé ne connaissent pas suffisamment les règles les régissant. Comment la population pourrait se tourner spontanément vers les directives anticipées ou le mandat de protection future à défaut d'une information suffisante en amont ? Comment le personnel de santé peut-il appliquer les règles du Code de la santé publique sans avoir connaissance de celles-ci ? On constate ainsi parfois une réelle méconnaissance du rôle que doit ou non jouer la personne de confiance. Il n'est pas rare que celle-ci soit envisagée comme un représentant du malade plutôt que comme un témoin de sa volonté. Les choses se complexifient encore lorsque cette personne de confiance côtoie un

---

[35] M. Grosset, art. préc.

[36] L. Barret, S. Fillion, L. C. Viossat, *Evaluation de l'application de la loi du 2 février 2016 sur la fin de vie*, rapp. IGAS, avr. 2018.

[37] *Ibid.*

[38] Pour les directives anticipées, v. G. Maria, *Connaissance des directives anticipées dans la population générale*, thèse Toulouse III, 2018 ; pour le mandat de protection future, v. Rapp. C. comptes, *La protection juridique des majeurs : une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défaillante*, 4 oct. 2016.

assistant ou un représentant d'une mesure de protection juridique. Rares sont les médecins à connaître les différents types de mesures de protection juridique et les conséquences qu'elles emportent. Un effort doit donc être fait dans la formation des praticiens en matière médicale pour qu'une connaissance minimale des règles du code de la santé publique soit assurée. Le constat se vérifie encore plus avec l'arrivée de nouvelles règles alliant protection juridique et décisions médicales.

L'ordonnance du 11 mars 2020 : de nouvelles difficultés en vue ? Les quelques commentaires parus sur l'ordonnance du 11 mars dernier ne sont pas des plus flatteurs[39]. Alors qu'il était beaucoup attendu de ce texte, les auteurs notent que le résultat est décevant et, surtout, peu compréhensible pour les professionnels de la santé. L'objectif de simplification serait manqué avec des textes taxés d'inintelligibles[40]. Il est vrai que certaines incohérences subsistent comme cela a pu être noté précédemment pour la personne de confiance. D'autres sont encore relevées : lorsque le mandat de protection future est visé, il n'est nullement fait la distinction entre le mandat ayant pris effet et le mandat à l'état de veille[41]. Pourquoi, par ailleurs, faire encore référence dans certains textes à des mesures spécifiques alors que d'autres visent les mesures représentatives dans leur ensemble ? Le rôle de la personne en charge de la protection ne serait, en outre, pas très bien défini. Ainsi, à titre d'exemple, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique prévoit que le majeur protégé apte à exprimer sa volonté donne son consentement aux soins, « au besoin avec l'assistance de la personne chargée de la protection ». Que recoupe ici le terme d'assistance ? Une cosignature tel que l'envisage l'article 467 du Code civil ou un « soutien psychologique à la décision »[42] ? Le même texte précise également que le représentant a le pouvoir de décider à la condition de prendre en considération l'avis exprimé par la personne protégée. Une telle disposition peut-elle être sérieusement considérée comme réaliste dès lors qu'elle concerne une personne qui n'est précisément pas « apte à exprimer sa volonté » ? Cette nécessaire prise en compte de l'avis du majeur représenté est pourtant réitérée en plusieurs endroits[43]. Le majeur protégé se trouve indéniablement replacé au centre de la relation de soins. En atteste encore la mise à l'écart du protecteur dans les mesures d'assistance. Si la promotion de l'autonomie des plus vulnérables est louable en soi, encore faut-il qu'elle porte ses fruits dans la réalité.

Conclusion. Le législateur offre une palette non négligeable d'instruments permettant d'assurer le respect de la volonté des personnes âgées malades, que celles-ci soient placées en protection juridique ou non. Ces mécanismes n'apportent toutefois pas pleinement satisfaction au regard, notamment, de leur méconnaissance. L'assurance d'un meilleur respect de la volonté des personnes âgées malades devra donc passer par une information complète sur ces mécanismes.

---

[39] Voir *supra* note 11.
[40] A. Batteur, L. Mauger-Vielpeau, F. Rogue et G. Raoul-Cormeil, art. précité.
[41] CSP art. L. 6322-2.
[42] A. Batteur, L. Mauger-Vielpeau, F. Rogue et G. Raoul-Cormeil, art. précité.
[43] CSP art. L. 1111-14 et L. 1161-5.