



HAL
open science

Le consentement à l'acte médical des personnes vulnérables

Nour Le Du

► **To cite this version:**

Nour Le Du. Le consentement à l'acte médical des personnes vulnérables. Droit. Université Paris Est Créteil, 2018. Français. NNT: . tel-02297034

HAL Id: tel-02297034

<https://theses.hal.science/tel-02297034>

Submitted on 25 Sep 2019

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License



École doctorale Marchés, Institutions, Libertés

Thèse de doctorat

Droit privé

Nour LE DU

Le consentement à l'acte médical des personnes vulnérables

Soutenue le 11 décembre 2018

Directeur de thèse :

Madame Anne DEBET,
professeur à l'Université Paris-Descartes

Membres du jury :

Madame Adeline GOUTTENOIRE,
professeur à l'Université Montesquieu, Bordeaux IV, rapporteur

Madame Astrid MARAIS,
professeur à l'Université Paris VIII – Vincennes – Saint- Denis

Monsieur David NOGUERO,
professeur à l'Université Paris- Descartes, rapporteur

Madame Nathalie PETERKA,
professeur à l'Université Paris-Est-Créteil



École doctorale Marchés, Institutions, Libertés

Thèse de doctorat

Droit privé

Nour LE DU

**Le consentement à l'acte médical des personnes
vulnérables**

Soutenue le 11 décembre 2018

Directeur de thèse :

Madame Anne DEBET,
professeur à l'Université Paris-Descartes

Membres du jury :

Madame Adeline GOUTTENOIRE,
professeur à l'Université Montesquieu, Bordeaux IV, rapporteur

Madame Astrid MARAIS,
professeur à l'Université Paris VIII – Vincennes – Saint- Denis

Monsieur David NOGUERO,
professeur à l'Université Paris- Descartes, rapporteur

Madame Nathalie PETERKA,
professeur à l'Université Paris-Est-Créteil

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens à exprimer mes profonds remerciements à Madame le professeur Anne Debet pour avoir accepté de diriger ce travail de recherche et pour m'avoir prodigué ses conseils toujours pertinents.

J'adresse toute ma gratitude à Mme le professeur Adeline Gouttenoire et à M. le professeur David Noguéro, pour avoir accepté d'être les rapporteurs de ce travail, ainsi qu'à Mme le professeur Nathalie Péterka, et à Mme le professeur Astrid Marais pour avoir accepté de faire partie des membres de mon jury.

Tous mes remerciements aux professionnels de santé qui par leurs réflexions et remarques ont contribué à rendre mon travail plus concret.

J'adresse toute ma gratitude aux professeurs et maitres de conférences de l'Université qui m'ont encouragée dans l'élaboration de ce travail ainsi qu'à mes amis doctorants qui ont contribué à rendre ces heures de travail plus supportables. Un grand merci à tous mes amis qui m'ont soutenu durant toutes ces années.

Merci à Laetitia pour son travail de relecture.

Un immense merci à papa, maman et Timothée pour votre amour, votre soutien indéfectible durant toutes ces années. Les mots me manquent pour exprimer toute ma gratitude et ma reconnaissance. Cette thèse vous est dédiée avec tout mon amour.

Et enfin merci S., sans Toi rien n'aurait été possible ...

Résumé : Le consentement à l'acte médical des personnes vulnérables

Le régime applicable au consentement à l'acte médical des personnes vulnérables que sont les mineurs et les majeurs sous protection juridique est un sujet délicat pour le législateur. Ce dernier doit instaurer une législation conciliant protection de l'intégrité physique du patient, et respect de son autonomie. Le droit positif échoue à trouver cet équilibre. Les mineurs sont privés de leur capacité d'exercice à toutes les étapes de leur vie, quel que soit leur âge ou leur degré de maturité. La loi réserve également un traitement disparate aux majeurs protégés. Leur autonomie variant selon la prise en compte ou non de leur régime de protection par le Code de la santé publique. À ces difficultés s'ajoute celle de l'existence de nombreux actes spécifiquement réglementés dont les règles ne sont pas toujours cohérentes ni compatibles avec les réalités de la pratique médicale. Une réflexion est menée sur les limites du régime actuel ainsi que sur l'élaboration d'une nouvelle législation plus respectueuse de l'autonomie des mineurs et des majeurs protégés. La possibilité de consentir à un acte médical dépendra non pas du statut juridique du patient, mais de son « aptitude à consentir », notion tirée des législations suisse et québécoise. Toutefois, la volonté de protéger l'autonomie du patient ne devant pas conduire à une mise en péril de son intégrité physique, un encadrement de sa capacité d'exercice pourrait être instauré selon que le soin est ou non requis par son état de santé.

Mots-clés : Mineurs – Majeurs protégés – Consentement – Acte médical – Soins – Autonomie – Aptitude à consentir – Capacité – Incapacité – Personnes vulnérables – Soins requis par l'état de santé – Suisse — Québec

Abstract : Consent to medical treatment of vulnerable persons

The system of Consent to medical treatment for vulnerable persons – whether minors or adults without capacity – is a sensitive subject for legislator. The law has to combine protection of the patients' physical integrity as well as the respect for their autonomy. The current state of law fails to achieve this purpose. Minors patients are deprived of their right to consent on their own, regardless of their age or level of maturity. Adults without capacity are treated in various ways depending on whether their legal protection is taken into account or not by the Public Health Code. An additional challenge is the existence of various medical acts that depend on specific regulations. Here we discuss the current limits of the law and propose a new system for the consent to medical treatment, which would be more respectful of the autonomy of minors patients or adults without capacity. Consent to medical treatment would depend on the ability to consent rather than on each patient's legal status, such as stated in legislations from Switzerland or Quebec. However, the will to confer a larger autonomy should not put patient's physical integrity at risk. Therefore, patients' capacity for decision-making would depend whether the proposed care is required or not by their health state.

Keywords : Minors – Adults without capacity – Consent – Medical treatment – Healthcare – Autonomy – Ability to consent – Decision making capacity – Mature Minor – Capacity – Incapacity – Care required by health state – Switzerland - Quebec

Intitulé et adresse du laboratoire :

Marchés – Institutions- Libertés, 83-85 avenue du Général de Gaulle, 94 000 Créteil

Principaux sigles et abréviations

AJDA	Actualité juridique - Droit administratif
AC	Appeal Case
AJ Fam.	Actualité juridique - Famille
AJ Pén.	Actualité juridique -Pénal
al.	Alinéa
anc.	Ancien
Art.	Article
Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
Ass. plén.	Assemblée plénière
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral Suisse
Bull.	Bulletin
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts des chambres criminelles de la Cour de cassation
c./	Contre
CAA	Cour administrative d'appel
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
CAN LII	Canadian legal information institute (Québec)
CASF	Code de l'action sociale et des familles
Cass.	Cour de cassation
Cc.	Code civil
CCNE	Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé
CDNOM	Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des Droits de l'Homme
ch.	Chambre
chap.	Chapitre
CISS	Collectif inter associatif sur la santé
Civ.	Chambre civile
CMU	Couverture maladie universelle
CNESCO	Conseil national d'évaluation du système scolaire
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Cons.	Considérant
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme et du citoyen

CP	Code Pénal
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CRUQPC	Commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge
CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale
D.	Recueil Dalloz
DACS	Direction des affaires civiles et du sceau
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
déc.	Décembre
DHOS	Direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins
Dr. fam.	Revue Droit de la famille
éd.	Édition
EHESP	École des hautes études en santé publique
ex.	Exemple
fasc.	Fascicule
fév.	Février
FLR	Family law report
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
h.	Heure
HAS	Haute Autorité de la Santé
Ibid.	Ibidem
INED	Institut national d'études démographiques
IRDES	Institut de recherche et documentation en économie de la santé
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
J.E.	Jurisprudence Express (Québec)
janv.	Janvier
J-CL. Civ.	Jurisqueuseur civil (LexisNexis)
J-CL. Proc. Form.	Jurisqueuseur Procédure civile - Formulaire
J-CL. Adm.	Jurisqueuseur Administratif
JCP	La semaine juridique (Jurisqueuseur périodique)
JCP A.	La semaine juridique (Jurisqueuseur périodique Édition Administrations et collectivités territoriales)
JCP G.	La semaine juridique (Jurisqueuseur périodique Édition générale)

JCP N.	La semaine juridique (Jurisclasseur périodique Édition notariale)
JO	Journal officiel
juill.	Juillet
JurisData	Banque de données juridiques
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
n°	Numéro
nov.	Novembre
obs.	Observations
oct.	Octobre
OMS	Organisation mondiale de la Santé
ONU	Organisation des Nations Unies
op. cit.	Opere citato
ord.	Ordonnance
p.	Page
préc.	Précité
PUF	Presses universitaires de France
QCCA	Court of appeal (Québec)
QCCQ	Court of Québec
QCCS	Superior court (Québec)
R.E.J.B.	Répertoire électronique de jurisprudence du barreau (Québec)
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
réf.	Référé
Rép. Civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. Proc.Civ.	Répertoire de procédure civile
req.	Requête
RFDA	Revue française de droit administratif
RGDM	Revue générale de droit médical
RJG	Recueil de jurisprudence du Québec
RJPF	Revue juridique personne et famille
RLDC	Revue Lamy de droit civil
RMS	Revue médicale suisse
RSNS	Revised statutes of Nova Scotia (Québec)
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil

s.	Suivants
sept.	Septembre
t.	Tome
T.	Tribunal
TA	Tribunal administratif
TI	Tribunal d'instance
TGI	Tribunal de grande instance
Th. Dactyl.	Thèse dactylographiée
UDAF	Union nationale des associations familiales
UKHL	United Kingdom House of Lords
V.	Voir
Vol.	Volume

Sommaire

Introduction

Première partie : Le consentement à l'acte médical, un équilibre complexe entre protection de l'intégrité physique et respect de l'autonomie des personnes vulnérables

Titre premier : Le difficile respect de l'autonomie des mineurs dans le domaine du consentement à l'acte médical

Chapitre premier : Le consentement de principe des titulaires de l'autorité parentale en matière médicale

Chapitre second : Le consentement subsidiaire du mineur à l'acte médical

Titre second : L'inégal respect de l'autonomie des majeurs protégés dans le domaine du consentement à l'acte médical

Chapitre préliminaire : L'identification de la loi applicable aux majeurs protégés, usagers du système de santé

Chapitre premier : L'inégal respect de l'autonomie des majeurs protégés en matière de droit commun applicable au consentement à l'acte médical

Chapitre second : L'inégal respect de l'autonomie des majeurs protégés en matière d'actes médicaux spécifiquement réglementés

Seconde partie : Vers un respect accru de l'autonomie des personnes vulnérables en matière de consentement à l'acte médical

Titre premier : La législation étrangère, source d'inspiration pour l'amélioration de l'autonomie des personnes vulnérables

Chapitre préliminaire : Les droits Suisse et Québécois, sources d'inspiration pour l'amélioration de l'autonomie des personnes vulnérables dans le régime français

Chapitre premier : La notion d'aptitude à consentir dans la législation étrangère, source de l'autonomie des personnes vulnérables

Chapitre second : La nature des soins, une limite à la capacité d'exercice du patient apte à consentir dans la législation étrangère

Titre second : La législation française modifiée pour une meilleure autonomie des personnes vulnérables

Chapitre premier : La modification des règles françaises de droit commun

Chapitre second : La modification des règles de droit spécial

Conclusion générale

Introduction

1. Le 5 janvier 2018¹, le Conseil d'État rejette la demande de parents tendant au maintien de la poursuite de traitements sur la personne de leur enfant. Dans cette affaire, médiatiquement connue sous le nom d'affaire « Inès », une mineure de quatorze ans se retrouve, après un arrêt cardiaque, en situation d'état végétatif persistant. À la suite de nombreux examens, les médecins estiment que son état neurologique est très défavorable et que toute poursuite des traitements relèverait de l'obstination déraisonnable. Ils tentent sans succès de parvenir à un consensus avec les parents qui sont, quant à eux, en faveur du maintien des soins. Aussi, les professionnels de santé décident-ils à l'issue de la procédure collégiale figurant à l'article L. 1110-5-1 du Code de la santé publique, d'arrêter les traitements. Ils suspendent cependant l'exécution de la décision afin de permettre aux parents d'exercer leur droit de recours.

Dans l'arrêt du 5 janvier 2018, le Conseil d'État avait pour tâche de trancher de la délicate question du consentement exprimé à l'arrêt des soins sur la personne d'un mineur. La volonté des parents titulaires de l'autorité parentale lie-t-elle les médecins ? Les juges répondent ici par la négative, ils considèrent qu'« au vu de l'état irréversible de perte d'autonomie de la jeune A. qui la rend tributaire de moyens de suppléance de ses fonctions vitales et en l'absence de contestation sérieuse tant de l'analyse médicale des services du CHRU de Nancy que des conclusions du rapport du collège d'experts [...], il résulte de l'instruction, nonobstant l'opposition des parents qui ont toujours été associés à la prise de décision, qu'en l'état de la science médicale, la poursuite des traitements est susceptible de caractériser une obstination déraisonnable »². Le Conseil d'État considère ici qu'il appartient au médecin compétent « d'apprécier, compte tenu des circonstances de l'espèce, si et dans quel délai, la décision d'arrêt de traitement doit être exécuté »³. Le juge indique que « compte tenu de son âge, il était envisageable de s'interroger sur les souhaits [de l'adolescente], les informations contradictoires relevées

¹ CE, ord. Réf., 5 janv. 2018, n° 416689, JurisData n° 2018-000023, *Dr. Fam.* 2018, n° 5 p. 142, note Maria ; *JCP G.* 2018, n° 8 p. 217, note Violla ; *JCP A.* 2018, n° 6, p. 2051, note Castaing • V. aussi : CEDH, 23 janv. 2018, « Afiri et Biddarri c/France », n° 1828/18, *JCP G.* 2018, n° 8 p. 217, note Violla ; Dalloz Act. 5 février 2018, note Marais

² CE, ord. Réf., 5 janv. 2018, *op.cit.*, cons.14

³ *Ibid.*, cons.15

dans le dossier sur les avis émis par la jeune fille ne permettent pas de déterminer qu'elle aurait été sa volonté. L'avis des parents de la jeune patiente titulaires de l'autorité parentale [...] revêt dès lors une importance particulière ».

Le Conseil d'État s'était déjà prononcé sur une décision portant sur des faits similaires, dans le cadre de l'affaire « Marwa »⁴. Dans celle-ci, la question de l'arrêt des soins concernait un nourrisson placé dans un état de coma artificiel après avoir contracté un entérovirus foudroyant. Les médecins considèrent la poursuite du traitement comme relevant de l'obstination déraisonnable. À la suite de la procédure collégiale, ils décident d'arrêter les traitements contre l'avis des parents. Ces derniers saisissent le juge des référés qui ordonne une expertise⁵. À la différence du cas précédent, les experts soulignent ici les incertitudes entourant l'état médical de l'enfant et les séquelles dont il est atteint. En conséquence, le juge⁶ prononce le maintien des soins. Le Conseil d'État dans un arrêt en date du 8 mars 2017⁷ confirme cette ordonnance. Il relève notamment que « faute de pouvoir rechercher quelle aurait été la volonté de l'enfant, qui avait moins d'un an à la date de la décision, l'avis de ses parents revêt une importance particulière ».

À la lumière de ces deux arrêts, deux éléments concernant l'arrêt des traitements sur la personne d'un mineur sont à relever. D'une part, les titulaires de l'autorité parentale, bien que chargés de la représentation du mineur, ne peuvent exprimer qu'un simple avis ne liant pas les médecins. D'autre part, les juges recherchent systématiquement la volonté du mineur avant de se prononcer.

2. Ces décisions font écho à une autre jurisprudence concernant l'arrêt des traitements sur la personne d'un majeur protégé, l'affaire « Lambert »⁸. À la suite d'un accident survenu

⁴ CE, ord. Réf., 8 mars 2017, n° 408146, *D.* 2017 p. 574, obs. c. du Conseil d'État ; *AJ Fam.* 2017 p. 218, obs. Dionisi-Peyrusse ; *RDSS* 2017 p. 698, note Thouvenin ; *JCP G.* 2017, n° 14 p. 382, obs. Vialla

⁵ TA Marseille, ord. Réf., 16 nov. 2016, n° 1608830, *AJDA* 2017 p.301, note Véron et Vialla

⁶ TA Marseille, ord. Réf., 8 fév. 2017, n° 1608830, *JCP G.* 2017, n° 14, p. 382, obs. Vialla

⁷ CE, ord. Réf., 8 mars 2017, *op. cit.*

⁸ CE, ass., 24 juin 2014, « Mme Lambert et autres », n° 375081,375090, 375 091, *D.* 2014 p. 1856, note Vigneau et p. 2021, obs. Laude ; *D.* 2015 p. 755, obs. Galloux ; *AJDA* 2014. p. 1293 et 1669 et 1484, chron. Bretonneau et Lessi, note Truchet ; *AJ. Fam.* 2014 p. 396, obs. Dionisi-Peyrusse ; *RFDA* 2014 p. 657, concl. Keller et p. 702, note Delvolvé ; *RDSS* 2014 p. 1101, note Thouvenin ; *JCP G.* 2014 p. 825, obs. Vialla • CEDH, 5 juin 2015, « Lambert et al. c/France », n° 46043/14, *D.* 2015 p. 1625, note Vialla ; *D.* 2016 p. 752, obs. Galloux ; *AJDA* 2015 p. 1124 et p. 1732, chron. Burgorgue-Larsen ; *AJ.Fam.*

en 2008, Vincent Lambert se retrouve dans un état de conscience minimale puis dans un état végétatif. En 2013, à l'issue de la procédure collégiale, les médecins décident d'arrêter les traitements considérés comme relevant de l'obstination déraisonnable. L'épouse du patient y est favorable, en revanche ses parents y sont opposés et la décision d'arrêt des traitements n'est pas exécutée. C'est dans ce contexte que la Cour de cassation⁹ confirme la désignation de l'épouse comme tutrice du patient. Il convient alors de s'interroger quant au poids du consentement du tuteur dans la procédure d'arrêt des soins envisagé sur la personne d'un majeur sous tutelle. La Cour rappelle à ce sujet « que le tuteur ne saurait se substituer à la procédure définie par le code de la santé publique, qui relève de la collégialité des médecins chargés du suivi du patient ». À l'heure actuelle, la décision d'arrêt des traitements n'a toujours pas été exécutée en raison de la forte contestation exprimée par certains membres de la famille quant à la décision d'arrêt des soins. Comme dans les affaires Marwa et Inès, la personne chargée de la représentation du patient, ici le tuteur, ne peut exprimer qu'un simple avis et non un véritable consentement liant le médecin. De même, le juge invite à rechercher la volonté de la personne concernée par la procédure d'arrêt des traitements.

3. Ces cas illustrent la délicate question du consentement à l'acte médical lorsque le patient est un mineur ou un majeur protégé, objet de cette thèse.

L'*acte médical* n'est pas expressément défini par le législateur. Il s'agit de « l'ensemble des activités humaines, techniques et scientifiques exercées par une personne qui réunit les conditions d'exercice de la médecine et ayant pour but la prévention, la guérison ou le soulagement des maladies et des infirmités qui atteignent les êtres humains »¹⁰. Le législateur mentionne ce terme à plusieurs reprises. Par exemple, l'article L. 4161-1 du Code de la santé publique traite de la question de l'exercice illégal de la médecine. Pour que ce délit soit constitué, la personne doit pratiquer un acte médical¹¹, qui va ici

2015 p.364, obs. Dionisi-Peyrusse ; *JCP G.* 2015 p. 805, obs. Sudre • CE, 19 juill. 2017, n° 402472 et 403377, *D.* 2017 p.1605, obs. Violla ; *AJDA* 2017 p. 1477 et 2012, concl. Domino ; *AJ. Fam.* 2017 p. 435, obs. Dionisi-Peyrusse ; *JCP G.* 2017 p. 898, obs. Mistretta

⁹ Civ. 1ère, 8 déc. 2016 n° 16-20.298, *JurisData* n° 2016-025731, *RTD. Civ.* 2017 p.97, note Hauser ; *D.* 2016 p. 2569, obs. Violla ; *D.* 2017 p.332, note Saulier et p. 1490, obs. Lemouland ; *AJ FAM.* 2017. 68, obs. Raoul-Cormeil ; *JCP G.* 2016. 70, note Hauser

¹⁰ ISRAEL L., « Médecine — Relation malade-médecin », *Encyclopaedia Universalis*, 2018

¹¹ REGNIAULT A., ROBERT J-A., THERON C., « Professionnels de santé et internet », *Lamy droit de la santé*, étude 275 – 220, 2017

correspondre à un acte de diagnostic¹² ou de traitement¹³ d'une maladie. De même, l'étude de la nomenclature générale des actes professionnels ainsi que de la classification commune des actes médicaux, qui regroupe la liste des actes pris en charge par l'assurance maladie¹⁴, permet de se rendre compte de la grande diversité des actes considérés comme médicaux. Cela concerne, entre autres, les actes réalisés par les médecins généralistes ou spécialistes, par les dentistes, ou les sages-femmes. On y trouve aussi des actes faisant l'objet d'une réglementation spécifique, tels que les actes liés à la procréation et à la grossesse. L'étude de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique permet également d'intégrer dans cette catégorie « les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés » par les professionnels de santé.

Dans le cadre de cette étude, sera envisagée la question du consentement à l'acte médical entendu au sens large. Il va s'agir de tout acte pratiqué par un professionnel de santé, en établissement hospitalier ou dans le cadre d'une activité libérale ; faisant ou non l'objet d'une réglementation spécifique. Afin de rendre la lecture de ce travail plus confortable, l'acte médical pourra indifféremment être désigné sous les termes de « traitement » ou de « soin ».

Le *consentement*, du latin *consentire*, est ici entendu comme la manifestation de volonté d'un patient ou de la personne chargée de sa protection, d'accepter ou de refuser un soin. Cette exigence, préalable à toute intervention médicale sur la personne humaine, est progressivement inscrite dans la législation au lendemain du procès de Nuremberg¹⁵ et plus particulièrement de celui des médecins de Nuremberg¹⁶. Durant celui-ci des médecins nazis sont jugés pour crimes de guerre et contre l'humanité, notamment pour avoir pratiqué des expérimentations sur des prisonniers de camps de concentration. Le procès aboutit à l'élaboration d'une liste de critères nécessaires pour qu'une expérimentation médicale soit jugée acceptable. Cette liste constitue le « Code de

¹² Le diagnostic est l'acte par lequel le médecin, groupant les symptômes qu'offre son patient, les rattache à une maladie : DELAMARE J., *Dictionnaire abrégé des termes de médecine*, 6 éd., Maloine, 2012

¹³ *Ibid.* : Le traitement correspond à l'ensemble des prescriptions employées pour combattre une maladie

¹⁴ Art. L. 162-1-7 et R. 162-52 CSS ; ANDRE S., BAUDET-CAILLE V., *et alii*, « Actes médicaux et paramédicaux », Lamy droit de la protection sociale, étude 1094, 2018

¹⁵ Tribunal militaire américain, 20 nov. 1945 – 1er oct. 1946

¹⁶ Tribunal militaire américain, 9 déc. 1946 – 20 août 1947

Nuremberg »¹⁷. Son premier article dispose que « le consentement volontaire du sujet humain est absolument essentiel. Cela veut dire que la personne concernée doit avoir la capacité légale de consentir ; qu'elle doit être placée en situation d'exercer un libre pouvoir de choix, sans intervention de quelque élément de force, de fraude, de contrainte, de supercherie, de duperie ou d'autres formes sournoises de contrainte ou de coercition ; et qu'elle doit avoir une connaissance et une compréhension suffisantes de ce que cela implique, de façon à lui permettre de prendre une décision éclairée. Ce dernier point demande que, avant d'accepter une décision positive par le sujet d'expérience, il lui soit fait connaître : la nature, la durée, et le but de l'expérience ; les méthodes et moyens par lesquels elle sera conduite ; tous les désagréments et risques qui peuvent être raisonnablement envisagés ; et les conséquences pour sa santé ou sa personne, qui pourraient possiblement advenir du fait de sa participation à l'expérience »¹⁸. Ce texte pose les fondements du consentement libre et éclairé dans le domaine médical.

La nécessité d'obtenir le consentement de la personne avant la mise en œuvre d'un acte médical est progressivement reprise dans divers textes européens¹⁹ et français. Le 30 avril 1980, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe adopte une recommandation concernant la participation active du malade à son propre traitement²⁰. Il estime qu'il est « essentiel de passer du consentement passif du patient à la coopération avec les spécialistes de la santé »²¹, notamment en améliorant son information médicale. De même, une recommandation en date de 1985²² invite à la recherche par les médecins du consentement du patient. Ce principe est affirmé dans la Charte européenne des droits des patients²³, dans la Convention dite « d'Oviedo »²⁴, dont l'article 5 pose le principe

¹⁷ AMIEL Ph., VIALLA F., « La vérité perdue du code de Nuremberg : réception et déformations du "code de Nuremberg" en France », *RDSS*, vol. 4, 2009 p. 673-687

¹⁸ Art. 1 Code de Nuremberg ; V. AMIEL Ph., VIALLA F., « Le "code de Nuremberg", une jurisprudence pénale inaugurale en droit international de la santé », in *Mélanges en l'honneur de Michel Bélanger*, 2015, p. 573-585

¹⁹ DUBUIS A., *Les droits du patient en droit de l'Union européenne*, Bruylant, « Droit de l'Union européenne », 2017

²⁰ Recommandation n° R (80) 4, *concernant la participation active du malade à son propre traitement*, Comité des ministres du Conseil de l'Europe, 30 avril 1980

²¹ *Ibid.* § 4

²² Recommandation n° R (85) 3, *sur les devoirs juridiques des médecins vis-à-vis de leurs patients*, Comité des ministres du Conseil de l'Europe, 26 mars 1985

²³ L'article 4 de cette charte rappelle le droit du patient au consentement éclairé.

²⁴ *Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine*, Conseil de l'Europe, 4 avril 1997 :

selon lequel « une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé ». Ce principe est depuis affirmé dans de nombreuses directives²⁵. Le principe du consentement se rattache également à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui proclame le respect de la vie privée et familiale. Dans son arrêt *Pretty contre Royaume-Uni*²⁶, la Cour européenne des droits de l'homme, exprime clairement ce lien en précisant que « l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient, s'il est adulte et sain d'esprit, s'analyse en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 de la Convention »²⁷. De même, dans son arrêt *Codarcea contre Roumanie*²⁸, elle indique clairement que les questions liées à l'intégrité physique des individus, à leur participation au choix des actes médicaux qui leur sont prodigués ainsi qu'à leur consentement à cet égard entrent dans le champ de l'article 8 de la Convention.

Le législateur français vient poser le principe du consentement libre et éclairé du patient dans plusieurs textes. Tout d'abord, l'article 16-3 du Code civil dispose qu'« il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ». De même, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique dispose qu'« aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment ».

4. Dans le cadre de cette thèse, est développée la question du consentement à l'acte médical lorsqu'il concerne une « personne vulnérable ». Le terme de vulnérable, du latin *vulnerabilis*, signifie « qui est exposé à recevoir des blessures, des coups »²⁹ ; « qui peut

²⁵ Pour une liste des directives, V. BROSSET E., « Le consentement en matière de santé et le droit européen », 2013 : article en ligne sur le site HAL – archives ouvertes : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00872135/document>

²⁶ CEDH, 29 avril 2002, « *Pretty c./ Royaume-Uni*, », n°2346/02, *D.* 2002 p. 1596 ; *RDSS* 2002 p. 475, note Pedrot ; *RTD civ.* 2002 p. 482, obs. Hauser ; *RTD civ.* 2002. 858, obs. Marguénaud

²⁷ *Ibid.* § 63

²⁸ CEDH, 2 juin 2009, « *Codarcea c./ Roumanie* », n°31675/04, *JCP G.*, n° 29, 13 Juillet 2009, chron. Sudre

²⁹ Cette notion n'est pas définie juridiquement, mais est employée par le législateur et par les juges : v. DUTHEIL - WAROLIN L., *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé* (sous la direction de J. Leroy), Th. Dactyl., Limoges, 2004 ; BLONDEL M., *La personne vulnérable en droit*

servir de cible facile face aux attaques de l'ennemi » ; mais également « qui par ses insuffisances, ses imperfections, peut donner prise à des attaques »³⁰. Cela recouvre l'idée d'une personne qui en raison d'une fragilité particulière, telle que l'âge ou l'état de santé³¹, se retrouve plus facilement susceptible d'être exploitée ou blessée. Les personnes pouvant être considérées comme vulnérables sont nombreuses, à l'instar des femmes enceintes, des personnes détenues, ou des populations réfugiées. Afin de restreindre notre champ d'étude, le choix a été fait de ne traiter que de deux catégories de personnes vulnérables, les *mineurs* et les *majeurs protégés*. Ils sont en effet considérés par le législateur comme relevant de cette catégorie³². Lors de cette étude, ils pourront être désignés sous le terme général de *personnes vulnérables*.

5. Les *mineurs* sont les personnes de moins de dix-huit ans³³. En janvier 2018, ils étaient 15 599 854 sur un total de 67 186 638 personnes en France soit environ 22 % de la population française³⁴. Parmi eux, 66 % ont moins de treize ans³⁵. Afin de les protéger dans leur sécurité, leur santé, leur moralité, et pour assurer leur éducation et leur développement, dans le respect dû à leur personne³⁶, les mineurs sont représentés par leurs deux parents, titulaires de l'autorité parentale³⁷. Il n'en a pas toujours été ainsi. Antérieurement à loi du 4 juin 1970, les pouvoirs exercés sur l'enfant sont le privilège

international, (sous la direction de S. Sana-Chaillé de Néré et A-M. Tournepiche), Th. Dactyl., Bordeaux, 2015 ; FOISSIER Th., *Droits de la défense et personnes vulnérables*, Rev. Sc.crim. 1998 ; GRYNBAUM J. et SAFAR D., *Le nouveau Code pénal : droit et société*, Problèmes politiques et sociaux, La documentation française, n° 741, p.2 ; ENNUYER B., « La vulnérabilité en question ? », *Ethics, Medicine and Public Health*, 2017, n° 3, p. 365-373

³⁰ Dictionnaire de français Larousse éd. 2018

³¹ FAVIER Y., « Vulnérabilité et fragilité : réflexions autour du consentement des personnes âgées », *RDSS* 2015 p. 702, p.706 ; FIECHTER-BOULVARD F., « La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit », in COHET CORDEY F. (dir.), *Vulnérabilité et droit, développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, PUG, 2000

³² À titre d'exemple, il faut citer l'Art. 221-4 CP : « Le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis [...] 3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur » ; l'Art. 225— 13 CP : « Le fait d'obtenir d'une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende » ; ainsi que l'arrêt de la : CEDH, 23 septembre 1998, « A. c. Royaume-Uni », n° 25599/94 : Rec. 1998— VI, § 22 : la CEDH considère en vertu de l'Art. 3 (interdiction de la torture et des mauvais traitements) que « les enfants et autres personnes vulnérables, en particulier, ont droit à la protection de l'État ».

³³ Art. 414 Cc.

³⁴ INSEE, *Pyramide des âges au 1^{er} janvier 2018, France, Bilan démographique 2017*, n° 1683, janvier 2018

³⁵ 10 555 350 mineurs.

³⁶ Art. 371-1 Cc.

³⁷ Art. 372 Cc.

de la « puissance paternelle ». Cette dernière constitue un héritage de la *patria potestas* romaine ayant connu de nombreuses évolutions³⁸. En 1804, les père et mère sont titulaires de cette puissance parentale³⁹, mais celle-ci est exercée par le seul père⁴⁰. La notion d'autorité parentale est introduite par la loi du 4 juin 1970⁴¹ et traduit l'idée de « la prise en charge par les parents d'une faiblesse temporaire de fait » du mineur⁴². La loi du 4 mars 2002 consacre définitivement l'exercice par les parents de cette autorité, quelles que soient les circonstances de la naissance de l'enfant ou le devenir du couple. Le mineur est donc en principe représenté par ses deux parents, titulaires de l'autorité parentale.

Cependant, à l'heure actuelle, la famille nucléaire traditionnelle ne représente plus la norme française et le législateur se heurte à de nouveaux défis. En 2011, l'INSEE recense 13,7 millions de mineurs vivant dans une famille. Parmi ce nombre, « sept sur dix vivent dans une famille “traditionnelle” avec leurs deux parents. Les autres vivent dans une famille monoparentale (18 %), avec un seul parent donc, ou dans une famille recomposée (11 %) »⁴³. Dans ce contexte, le mineur peut être sous la responsabilité de tiers alors que les parents exercent toujours l'autorité parentale en commun. On pense à titre d'illustration aux beaux-parents de l'enfant. Légalement, ils n'ont aucun pouvoir à son égard, ce qui pose problème. Il a été envisagé de réformer le statut des beaux-parents⁴⁴ afin de leur conférer une autorité légale sur les enfants, mais cette réforme n'a pas abouti. Ils ne peuvent donc prendre des décisions médicales pour l'enfant, ce qui suscite parfois des difficultés pratiques. Cette question, bien que passionnante, ne sera pas traitée dans nos développements.

Si la protection de l'enfant l'exige, il arrive que ce dernier soit confié à une tierce personne ou à un service habilité à prendre soin des mineurs⁴⁵. Lorsque le mineur est orphelin de père et de mère ou que les deux parents se sont vu retirer l'exercice de

³⁸ TERRE F., FENOUILLET D., *Droit civil, la famille*, 9e éd., Dalloz, « Précis » 2018

³⁹ MAZEAUD H, L et J, CHABAS F., *Leçons de droit civil — tome I, troisième volume — la famille*, 7e éd., Montchrestien, 1995

⁴⁰ Article 371, 372 et 373 anciens du Code civil de 1804

⁴¹ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 *relative à l'autorité parentale*

⁴² CORNU G., *Droit civil, la famille*, 4e éd., Montchrestien, « Domat droit privé » 1994, p. 124

⁴³ INSEE, *Enquête famille — logement*, 2011

⁴⁴ Assemblée nationale, proposition de loi n° 1856 relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, déposée le 1er avril 2014

⁴⁵ Art. 375-3 Cc. ; Les parents continuent à exercer leur autorité, si le juge ne le leur a pas retiré, mais le tiers peut être autorisé à exercer certains actes relevant de celle-ci : Art. 375-7 Cc.

l'autorité parentale, il est placé sous tutelle⁴⁶. Il n'est alors plus représenté par les titulaires de l'autorité parentale. Dans le cadre de cette thèse, notre étude portera uniquement sur l'hypothèse du mineur représenté par ses parents, titulaires de l'autorité parentale. De ce fait, le cas du mineur émancipé, qui permet à ce dernier d'acquérir une autonomie accrue, ne sera pas non plus envisagé.

6. *Les majeurs protégés* sont des personnes qui, du fait d'une impossibilité de pourvoir seules à leurs intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de leurs facultés mentales, soit de leurs facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de leur volonté⁴⁷, sont placées sous mesure de protection juridique. Le régime applicable à la protection de ces personnes s'est très progressivement mis en place. En 1968⁴⁸ le législateur instaure différents niveaux de protection, parmi lesquels la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle. Le profil des personnes concernées par ces mesures est divers puisqu'est aussi bien concerné le « majeur qu'une altération de ses facultés personnelle met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts » que le « majeur qui par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales »⁴⁹. Cette loi est cependant centrée sur la protection du patrimoine⁵⁰. La loi du 27 juin 1990⁵¹ fait un pas supplémentaire dans la protection personnelle des majeurs protégés en imposant des conditions strictes à l'hospitalisation sans consentement⁵². Elle affirme également l'existence de nombreux droits personnels pour le patient⁵³. Elle n'est toutefois applicable qu'au cas des personnes hospitalisées pour troubles mentaux. Il faut attendre la loi du 5 mars 2007 pour voir apparaître une consécration légale et officielle de la protection de la personne du majeur « incapable »⁵⁴. L'article 415 du Code civil dispose que la protection doit être assurée « dans le respect des libertés individuelles, des droits

⁴⁶ Art. 390 Cc.

⁴⁷ Art. 425 Cc.

⁴⁸ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs

⁴⁹ Anc. Art. 488 Cc.

⁵⁰ BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil : introduction, biens, personnes, famille*, 20e éd., Dalloz, « Sirey », 2018

⁵¹ Loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation

⁵² Anc. Art. L.333 CSP.

⁵³ Voir notamment les anciens articles L. 326-3 à L. 326-5 du CSP : droit de vote, droit d'émettre et de recevoir des courriers, droit de pratiquer une activité religieuse ou philosophique...

⁵⁴ BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBAU-TERNEYRE V., *op. cit.*

fondamentaux et de la dignité de la personne », elle doit garantir son autonomie. Désormais, la mesure de protection est ordonnée par le juge « lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux »⁵⁵ et un régime spécifique est mis en place pour garantir le respect des droits personnels du majeur. Le juge peut choisir parmi cinq mesures de protection juridique : la sauvegarde de justice, la curatelle, la tutelle, le mandat de protection future ainsi que l'habilitation familiale.

Il est difficile de chiffrer le nombre de majeurs protégés en France⁵⁶. Au début de l'année 2017, leur nombre était estimé à plus de 730 000⁵⁷. En 2015, environ 76 809 mesures de protection des majeurs ont été ouvertes dont 41 975 (55 %) tutelles, 33 316 (43 %) curatelles, et 1 518 (2 %) sauvegardes de justice⁵⁸. Dans son rapport annuel en date de 2016, l'Observatoire national des populations majeures protégées dans les Unions départementales des associations familiales (UDAF), dresse le portrait type du majeur protégé accompagné par les UDAF⁵⁹. Ainsi en 2014, environ 51,9 % des personnes protégées seraient des hommes. L'âge moyen de la personne majeure protégée accompagnée par les UDAF est de 57,4 ans, contre 49,9 ans pour l'ensemble de la population majeure française. L'âge moyen est de 61,3 ans pour les femmes et 54 ans pour les hommes et 50,5 % des femmes ont 60 ans ou plus contre 35,1 % pour ce qui est des hommes. Près de 50 % des personnes protégées dans les UDAF sont célibataires, 67 % vivent dans leur domicile et 18 % exercent encore une activité professionnelle. Parmi les personnes placées sous curatelle, les hommes seraient 56,8 %. En revanche, les femmes sont majoritaires pour la tutelle, 52,4 % ou la sauvegarde de justice, 52,7 %.

Les personnes vulnérables ne disposent que d'une capacité d'exercice atténuée. Les mineurs jeunes et inexpérimentés sont considérés comme incapables de se protéger eux-mêmes. Pour cette raison, ils sont par principe considérés comme juridiquement

⁵⁵ Art. 428 Cc.

⁵⁶ Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs : une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, communication à la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée Nationale, sept. 2016, p.10

⁵⁷ Rapport de mission interministérielle, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, 21 sept. 2018, p. 7

⁵⁸ Ministère de la justice « les chiffres clés de la justice 2016 »

⁵⁹ Observatoire national des populations majeures protégées dans les UDAF, *Rapport annuel*, 2016

incapables et sont représentés par les titulaires de l'autorité parentale. La capacité juridique du majeur protégé va varier en fonction de la nature de sa protection ainsi que de l'acte envisagé. Les mesures de tutelles, d'habilitation familiale et dans une certaine mesure⁶⁰ le mandat de protection future visent à organiser la représentation du majeur. Il est alors considéré comme incapable et est en principe représenté dans l'exercice de ses droits. Les mesures de curatelle et de sauvegarde de justice ne permettent pas la représentation du majeur qui est toujours considéré comme capable d'agir, mais son action devra parfois être encadrée.

Des voix se sont élevées afin d'accorder une plus grande capacité d'exercice aux personnes vulnérables. La maturité d'un mineur s'accroît au fil du temps. Plus le mineur grandit plus son aptitude à se protéger lui-même évolue. Il paraît alors logique de lui conférer progressivement plus de droits. Plusieurs textes internationaux et européens prônent ainsi la reconnaissance d'une autonomie accrue pour les mineurs. C'est le cas de la Convention internationale des droits de l'enfant qui accorde le droit à l'enfant de s'exprimer librement et de voir ses opinions prises en considération en fonction de son âge et de son degré de maturité⁶¹, ainsi que l'article 7 de la Convention d'Oviedo qui va dans le même sens⁶².

Les textes internationaux invitent également à laisser plus d'autonomie aux majeurs protégés. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe dans une recommandation relative à la protection juridique des majeurs incapables⁶³ considère qu'une « mesure de protection juridique ne devrait pas automatiquement conduire à une restriction totale de la capacité juridique »⁶⁴ de ces derniers. Il affirme au principe 19.1 qu'il « appartient au droit interne de définir quels actes juridiques sont de nature si personnelle qu'ils ne peuvent pas être accomplis par un représentant ». Les majeurs protégés mêmes faisant l'objet d'une mesure de représentation doivent donc pouvoir conserver une capacité d'exercice dans certains domaines. De même, selon la Convention des Nations Unies

⁶⁰ V. § 336

⁶¹ Art. 12 CIDE ; V. GOUTTENOIRE A., « Au miroir de la Convention internationale des droits de l'enfant », *JCP. G.*, 18 déc. 2017, p. 2302 et GOUTTENOIRE A., « Les droits de l'enfant », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 66, n° 2, 2014, p.565

⁶² Art.7, Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, Oviedo 1997

⁶³ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n° R (99) 4 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, 23 fév. 1999

⁶⁴ *Ibid.*, principe 3.1

relative aux droits des personnes handicapées⁶⁵, les états s'engagent à reconnaître « l'importance pour les personnes handicapées de leur autonomie et de leur indépendance individuelle, y compris la liberté de faire leurs propres choix »⁶⁶. Ainsi, la personne handicapée qui ferait l'objet d'une mesure de protection juridique doit pouvoir conserver une autonomie d'action.

Le législateur français est venu partiellement traduire ces exigences en droit interne. Les personnes vulnérables vont bénéficier d'une capacité d'exercice dans certains domaines limités. Elles pourront par exemple effectuer seules les actes courants autorisés par la loi ou les usages⁶⁷. Les mineurs doivent être associés aux décisions qui les concernent en fonction de leur âge et de leur maturité⁶⁸ et être mis en mesure de s'exprimer dans toutes les procédures les concernant⁶⁹ s'ils sont capables de discernement. Le législateur confère également une capacité d'exercice au mineur pour certains actes déterminés⁷⁰. En raison de la multiplication des actes pour lesquels le mineur retrouve une capacité d'exercice, les membres de la doctrine se sont régulièrement interrogés quant à l'opportunité de la mise en place d'un régime de *prémajorité* pour les mineurs⁷¹.

7. Depuis la loi du 5 mars 2007⁷², les majeurs protégés bénéficient d'une pleine capacité juridique pour la mise en œuvre d'un acte qualifié de *strictement* personnel,⁷³ et ce même s'ils font l'objet d'une mesure de représentation. Leur autonomie en matière d'acte *simple* personnel ne demeure pas en reste puisqu'ils pourront être assistés

⁶⁵ ONU, Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, 13 déc. 2006 ; entrée en vigueur le 3 mai 2008 et ratifiée par la France 18 février 2009 suite à la loi n° 2009-1791 du 31 décembre 2009 *autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées*.

⁶⁶ *Ibid.*, Préambule, § n.

⁶⁷ Art. 1148 ; 388-1-1 ; 471 et 473 Cc.

⁶⁸ Art. 371-1 Cc.

⁶⁹ Art. 388-1 Cc.

⁷⁰ Par exemple il s'agit du cas de la capacité du mineur dans le domaine bancaire : il peut posséder une carte bancaire, faire des retraits...

⁷¹ V. par ex. : ROQUE J., « La prémajorité », *Dr.fam.*, avril 2009, n° 4, étude 20 ; GISSER F., « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs, une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP. G.*, 1984 I, p.3142 ; HAUSER J., « La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes », *RDSS*, 1992 p.467 ; ALFANDARY E., DEKEUWER-DEFOSSEZ F., MONEGER F., et alii, *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la Convention internationale sur les droits de l'enfant*, La documentation française, « Rapports officiels », 1993 ; CARBONNIER J., *Droit civil, 1/les personnes*, 21e éd., PUF, « Thémis droit privé », 2000 ; RAYMOND G., *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, 5e éd., Litec, « Pratique professionnelle », 2006 ; FASQUELLE D., BRUNETTI-PONS C., « Pour la protection des personnes dans l'âge fragile et vulnérable de l'enfance et de l'adolescence », *Dr.fam.*, avril 2014, n° 4, p.5

⁷² Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs

⁷³ Art. 458 Cc. ; V. § 261 et s.

ou représentés dans leur mise en œuvre uniquement lorsqu'ils ne sont pas en mesure de prendre seuls une décision personnelle éclairée⁷⁴.

8. Conformément aux exigences internationales, les personnes vulnérables retrouvent donc une capacité limitée pour certains actes du domaine civil. En revanche, l'on ne peut que constater que ces exigences n'ont été que peu retranscrites dans le domaine de la santé. Les mineurs se voient conférer une autonomie pour des actes précisément énumérés⁷⁵, mais le principe reste celui de leur incapacité. Sauf exception, le consentement des titulaires de l'autorité parentale demeure nécessaire pour la mise en œuvre d'un acte médical. Le législateur a introduit la possibilité pour l'enfant de conserver le secret quant à son état de santé, mais uniquement dans des cas limités⁷⁶. La maturité du mineur progresse corrélativement à son âge. Avec le temps, il est censé devenir de plus en plus apte à se protéger lui-même. Il n'est donc pas logique de le traiter de la même manière qu'il ait six mois ou dix-sept ans et demi. La minorité devrait être conçue comme une phase de transition durant laquelle la capacité d'exercice du mineur augmente progressivement, et ce afin d'éviter une transition brutale à la majorité. De plus, les médecins se trouvent régulièrement confrontés à de « grands mineurs » qui se présentent seuls en consultation, ils ne peuvent théoriquement pas les soigner sans l'accord parental. Ils doivent alors choisir entre remplir le rôle qui est le leur en prenant en charge le mineur ou lui demander de revenir accompagnés des titulaires de l'autorité parentale au risque de le voir renoncer aux soins. Il serait ici préférable que le mineur puisse bénéficier d'une autonomie plus grande en matière de santé.

L'autonomie des majeurs protégés en droit de la santé est très variable. Dans la plupart des cas, le Code de la santé publique ne prend en compte que les régimes de la tutelle et de la curatelle. Les majeurs bénéficiant de ces régimes ne disposent que d'une autonomie très réduite et la personne chargée de leur protection joue un rôle considérable dans ce domaine. Les majeurs placés sous un autre régime de protection ne sont souvent pas pris en compte. Ils ne sont donc pas protégés de manière spécifique alors que leurs facultés sont altérées. L'inégalité de traitement entre les majeurs protégés

⁷⁴ Art. 459 Cc. ; V. § 261 et s.

⁷⁵ Par ex. l'accès à la contraception ou à l'interruption volontaire de grossesse.

⁷⁶ Art. L. 1111-5 CSP

rend leur régime difficile à appréhender pour les professionnels de santé. À ces difficultés, s'ajoute celle de savoir quelle est la loi applicable au cas des majeurs protégés, il va en effet falloir articuler les règles du Code de la santé publique qui fixent leurs droits en tant que patients, avec celles du Code civil qui indiquent leurs droits en tant que majeurs protégés. Or, l'article 459-1 du Code civil qui traite de cette question est mal rédigé et suscite de nombreuses interrogations⁷⁷. Depuis la loi du 5 mars 2007, le Code civil contient des dispositions conférant aux majeurs protégés une grande autonomie pour les actes personnels, or ce n'est pas le cas du Code de la santé publique. Les règles issues de ce dernier datent pour l'essentiel de la loi du 4 mars 2002⁷⁸. Elles n'intègrent donc pas l'esprit d'autonomisation instauré par le Code civil. Les actes médicaux étant rattachés à la personne du majeur protégé, il semblerait pourtant logique que ce soit le cas. Cela contribue à créer un régime incohérent dans lequel les majeurs sont privés d'autonomie pour la mise en œuvre d'actes personnels médicaux alors qu'ils seront libres d'agir en matière civile. La mission interministérielle œuvrant sur l'évolution de la protection juridique des personnes, effectue un constat identique en relevant que « si le Code civil fait primer l'autonomie du majeur protégé, le Code de la santé publique privilégie la protection du majeur en évoquant une représentation quasi systématique par le tuteur »⁷⁹. Le rapport précise que « le groupe de travail préconise de manière générale une meilleure articulation des dispositions du Code civil et du Code de la santé publique relatives aux conditions dans lesquelles peut s'exprimer la volonté des personnes faisant l'objet d'une mesure de protection juridique. Il est favorable à une simplification des textes prévoyant, pour l'essentiel, que toute personne protégée doit consentir elle-même aux soins qui la concernent, après avoir personnellement reçu du médecin une information adaptée à ses facultés. Pour les personnes pour lesquelles un régime de représentation de la personne a été décidé, ce consentement devrait être complété par l'autorisation de son représentant »⁸⁰. Les idées développées tout au long de cette thèse s'inscrivent parfaitement dans le sens de cette proposition qui permettrait d'améliorer grandement l'autonomie à l'acte médical des majeurs protégés.

⁷⁷ V. § 266 et s.

⁷⁸ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

⁷⁹ Rapport de mission interministérielle, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, 21 sept. 2018, p. 65

⁸⁰ *Ibid.*, p. 66

Il existe également au sein du Code de la santé publique des actes médicaux spécifiquement réglementés qui comporte des dispositions particulières pour les mineurs et les majeurs protégés. Le régime de ces actes n'a pas été pensé de façon cohérente et l'autonomie des personnes vulnérables y est très disparate. Il est indispensable de repenser les règles applicables de façon à aboutir à un régime plus cohérent et respectueux de l'autonomie de ces derniers.

9. Il est possible de se demander en quoi il est nécessaire de conférer une autonomie accrue aux personnes vulnérables en droit de la santé. La personne humaine est composée à la fois d'un corps et d'un esprit. Afin d'assurer la protection de tout son être, il est nécessaire de préserver son intégrité physique, mais également morale. L'intégrité morale comporte le respect de la dignité de l'individu. Lui permettre de prendre ses propres décisions et de s'exprimer sur les situations qui le concerne, en d'autres termes lui octroyer de l'autonomie, agit en ce sens.

10. La reconnaissance d'une autonomie aux mineurs et majeurs protégés dans le domaine de la santé n'est pas chose aisée, car ils sont doublement vulnérables. À leur vulnérabilité « naturelle » qui correspond à leur jeune âge ou à l'altération de leurs facultés, s'ajoute une « fragilité médicale », cause de leur prise en charge par le système de santé. Il ne faudrait pas qu'en leur accordant plus d'autonomie leur intégrité physique soit mise en péril. Il apparaît essentiel de trouver un équilibre entre ces deux objectifs. Pour ce faire, il semble utile de s'attarder sur la notion d'autonomie. En effet, en accorder plus à une personne vulnérable ne signifie pas que l'on va pour autant la laisser libre d'agir selon sa seule volonté. Des restrictions à celle-ci pourront être mises en place⁸¹. Tout va dépendre de la conception retenue de l'autonomie⁸².

Dans sa *conception anglo-saxonne*, cette notion signifie le fait pour une personne de pouvoir décider selon ses propres lois et de ne pas avoir à suivre les règles édictées par une autre personne. Cette idée trouve sa source dans le concept d'autodétermination au sens politique, c'est-à-dire le fait pour un état de pouvoir se doter de ses propres lois sans avoir à subir la tutelle d'un autre pays⁸³. Elle est également issue du libéralisme

⁸¹ PELLUCHON C., « L'autonomie brisée : bioéthique et philosophie », Paris, PUF, 2008

⁸² ZIELINSKI A., « Le libre choix : de l'autonomie rêvée à l'attention aux capacités », *Gérontologie et société*, 2009, vol. 32, n° 131, p.11-24

⁸³ *Ibid.*, p.15

anglo-saxon⁸⁴. Préserver l'autonomie d'une personne signifie que sa décision doit être respectée, que celle-ci paraisse sage ou non aux yeux de la société. Il sera légitime d'intervenir dans la décision de l'individu uniquement si elle peut conduire à nuire à des tiers. D'un point de vue médical, cette idée se traduit par la volonté de refuser tout paternalisme médical⁸⁵. Le médecin ne doit pas interférer dans la décision du patient, celui-ci doit être laissé libre de prendre les décisions concernant son propre corps. On ne peut pas le contraindre à accepter un acte médical au motif que ce serait la meilleure solution pour lui.

Retenir cette conception de l'autonomie n'est pas envisageable lorsque les patients sont des personnes vulnérables. Ce sont des êtres fragiles qui ne sont pas toujours pleinement en mesure de se protéger eux-mêmes. Il ne faudrait pas qu'au nom de la protection de leur autonomie ils puissent mettre en péril leur intégrité physique. Il est nécessaire de leur laisser une plus grande capacité d'action, mais leur décision doit pouvoir être remise en cause si elle revient à présenter un danger pour leur santé. John Stuart Mill reconnaît lui-même que sa doctrine « n'entend s'appliquer qu'aux êtres humains dans la maturité de leurs facultés. Nous ne parlons pas des enfants ni des jeunes gens [de] ceux qui sont encore d'âge à réclamer les soins d'autrui [ou qui] doivent être protégés contre leurs propres actions aussi bien que contre tout dommage extérieur. »⁸⁶. Aussi, notre étude n'entend pas conférer plus d'autonomie aux mineurs et aux majeurs protégés selon sa conception anglo-saxonne.

La *conception kantienne* de l'autonomie permettrait d'assurer un plus grand contrôle sur la volonté des personnes vulnérables. Selon Kant⁸⁷, l'être autonome est celui qui choisit selon la raison appréhendée de façon objective. Le choix raisonnable est celui effectué de manière autonome, en s'affranchissant de l'opinion des tiers⁸⁸, mais également de ses désirs et passions. Il ne faut pas agir selon ses envies, mais de manière purement raisonnable. L'être autonome doit, de lui-même, soumettre sa volonté à l'universel⁸⁹, c'est-à-dire qu'il doit effectuer un choix qui aurait été celui choisi par la

⁸⁴ MILL J.S., « *De la liberté* », Paris, Guillaumin et cie, 1860

⁸⁵ PELLUCHON C., *op. cit.*

⁸⁶ MILL J.S., *op. cit.*

⁸⁷ KANT. E., *Qu'est-ce que les lumières ?*, (1784), Larousse, « Petits classiques », 2013 ; *Fondements de la métaphysique des mœurs*, (1785), Nathan, « Intégrales de Philo », 2010

⁸⁸ KANT. E., *Qu'est-ce que les lumières ?*, *op. cit.*

⁸⁹ KANT. E., *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*

majeure partie des individus. Si la personne n'est pas capable de plier elle-même sa volonté à la raison, appréhendée de manière *in abstracto*, et que son action doit être encadrée par des restrictions posées par des tiers, alors elle n'est pas autonome. Cette conception permet un contrôle plus aisé sur le choix opéré par le patient. Dès lors qu'il prend une décision qui serait contraire à celle adoptée par la majorité des personnes, il faut alors questionner sa capacité à délivrer un consentement libre et éclairé. Le patient n'est pas considéré comme raisonnable ni donc autonome. Il est alors justifié de faire intervenir un tiers qui prendra la décision à sa place. Cette conception est notamment utilisée en France pour justifier le fait de ne pas respecter la volonté des patients qui refusent des soins nécessaires à leur survie. C'est le cas du refus des témoins de Jéhovah de recevoir des transfusions sanguines⁹⁰. Les juges ne sanctionnent pas les médecins qui accomplissent un acte indispensable à la survie du patient et proportionné à son état⁹¹. On remet en cause la liberté de ce dernier qui opte pour un choix contraire à la raison dans sa conception universelle. On le considère implicitement comme n'étant pas autonome puisqu'incapable d'opérer un choix raisonnable.

L'appréhension kantienne de la notion d'autonomie n'est cependant pas réaliste dans la pratique. Aucune personne ne peut agir de manière totalement détachée de ses désirs⁹². L'autonomie n'est pas le fait d'effectuer un choix purement rationnel, sans tenir compte de ses envies, mais plutôt le fait d'être capable de décider en prenant en compte ces dernières sans pour autant les laisser nous dominer. Le fait d'évaluer le caractère raisonnable ou non d'une décision à l'échelle universelle n'est pas non plus acceptable en matière de consentement à l'acte médical. Chaque personne réagit différemment face à la souffrance et à la maladie, l'évaluation de la décision doit s'effectuer par rapport à la propre échelle de valeurs du patient et non pas de manière *in abstracto*. Lorsqu'il prend une décision qui est contraire à celle qui aurait été universellement adoptée, cela peut donner un indice de son incapacité à prendre une décision éclairée, mais il ne faut

⁹⁰ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Kant contre Jéhovah ? », *D.* 2004 p.3154

⁹¹ V. l'affaire Senanayaké : CE 26 oct. 2001 « Senanayaké », n° 198546, *AJDA.* 2002. 259, note Deguerge ; *RGDM.* 2003 n° 8 p. 111, obs. Pain-Masbrenier ; *RFDA.* 2002. 146, concl. Chauvaux ; *RTD. Civ.* 2002. 484, obs. Hauser ; *RDSS.* 2002. 41, note Dubouis ; *JCP. G.* 2002 II p. 10025, note Moreau ; *LPA.* 15 janv. 2002, n° 11, p. 18, note Clément (C.) ; et l'affaire Feuillatey : CE 16 août 2002, « Feuillatey », n° 249552, *JurisData* n° 2002-064221, *JCP.* 2002. II. 10 184, note Mistretta ; *Dr. adm.* 2002. 188, note Aubin ; *Gaz. Pal.* 15-17 sept. 2002, n° 351, p.19, note Lachaud ; *LPA.* 26 mars 2003, n° 61. p.4, note Clément (C)

⁹² ZIELINSKI A., « Le libre choix : de l'autonomie rêvée à l'attention aux capacités », *Gérontologie et société*, 2009, vol. 32, n° 131, p.11-24

pas aboutir automatiquement à cette conclusion. Il faudra mesurer le caractère raisonnable de la décision en tenant compte des circonstances d'espèce et du patient lui-même. Aussi, la conception kantienne de l'autonomie ne sera pas retenue.

Lorsqu'il est proposé de conférer plus d'autonomie aux patients mineurs et majeurs protégés, c'est au sens de la conception proposée par *Paul Ricœur*⁹³. L'idée ici est de dire que l'autonomie n'est pas un élément que l'on obtient d'un coup, mais plutôt une chose que l'on acquiert progressivement depuis l'enfance⁹⁴. Selon le philosophe, la personne autonome est celle qui est capable d'arbitrer entre plusieurs possibilités afin de choisir celle qui paraît raisonnable en fonction de qui elle est, mais également de la réalité. L'appréciation de l'autonomie se fait *in concreto* en prenant en considération les capacités de l'individu. Son choix doit paraître raisonnable au regard de son vécu et de ce qu'elle est capable de faire. Au besoin, il est possible de l'assister dans la mise en œuvre de ce choix.

Favoriser l'autonomie d'une personne revient alors à prêter attention à ses capacités⁹⁵, « les développer [et lui] donner les moyens de les faire passer à l'effectivité – peut-être même faire advenir des capacités qui n'avaient encore jamais eu l'occasion de se révéler » chez la personne⁹⁶. Cette idée d'encourager l'autonomie de la personne vulnérable se retrouve dans le rapport de la mission interministérielle chargée de réfléchir à « l'évolution de la protection juridique des personnes »⁹⁷. La magistrate Anne Caron Déglise, considère dans le rapport rendu par la mission que « toute personne s'identifie par ses capacités, par ce qu'elle peut faire ou être en mesure de faire selon ses choix si elle est soutenue »⁹⁸. Encourager les capacités de la personne vulnérable

⁹³ RICŒUR P., *Philosophie de la volonté. Tome 1 : le volontaire et l'involontaire*, Points, « Essais », 2017 ; *Parcours de la reconnaissance*, Gallimard, « Folio essais », 2005 ; *Soi-même comme un autre*, (1990), Points, « Essais », 2015 ; *Le juste 2*, Esprit, « Philosophie », 2001

⁹⁴ V. ZIELINSKI A., *op. cit.* ; SVANDRA P., « L'autonomie comme expression des "capabilités" », *Éthique et santé*, 2007, n° 4, p. 74-77 ; ENNUYER B., « La vulnérabilité en question ? », *Ethics, Medicine and Public Health*, 2017, n° 3, p. 365-373 ; LEFEBVRE DES NOETTES V., LE BIVIC C., « Peut-on se former à la dignité », *Neurologie-Psychiatrie-Gériatrie*, 2013, n° 13, p.331-336

⁹⁵ Ricœur classe les capacités d'une personne en quatre catégories : la capacité à s'attribuer une identité ; la capacité d'agir par soi-même ; la capacité de raconter ; la capacité à porter les conséquences de ses actes : ZIELINSKI A., « Le libre choix : de l'autonomie rêvée à l'attention aux capacités », *Gérontologie et société*, 2009, vol. 32, n° 131, p.11-24 ; RICŒUR P., « Autonomie et vulnérabilité », article en ligne : <http://www.fisp.org.tr/autonomie.htm>

⁹⁶ ZIELINSKI A., *op. cit.*, p.22

⁹⁷ Rapport de mission interministérielle, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, 21 sept. 2018

⁹⁸ *Ibid.*, p. 7

revient à se rattacher à la conception de l'autonomie selon Ricœur. Ainsi, ce n'est pas parce qu'une personne est vulnérable et qu'elle dépend d'une autre personne, qu'elle ne pourra pas être autonome. Alors que dans les deux conceptions précédentes, le fait d'assister une personne afin de l'aider à prendre une décision revenait à interroger son autonomie, c'est ici une manière de lui permettre de concrétiser en opportunité réelle ses capacités, et donc de l'aider à accéder à l'autonomie. Un mineur ou un majeur protégé peut donc être considéré comme autonome malgré son âge ou l'altération de ses facultés et même s'il dépend d'une tierce personne.

11. En retenant la conception de Ricœur, accorder plus d'autonomie aux personnes vulnérables, revient nécessairement à réfléchir aux restrictions pouvant être apportées à celle-ci. Elles n'ont pas toutes la capacité d'agir de façon autonome, c'est-à-dire d'opérer un choix raisonnable entre plusieurs possibilités en fonction de son échelle de valeurs. Aider la personne à le faire est envisageable, mais cela implique pour cela qu'elle dispose de facultés de discernement suffisantes pour comprendre la situation et les enjeux qui sont rattachés à son choix. Un mineur de deux ans ne dispose pas de cette capacité, pas plus qu'un majeur sous tutelle en état de coma végétatif. La recherche d'une plus grande autonomie pour les personnes vulnérables va être constante, mais seules celles disposant des facultés leur permettant d'être « aptes à consentir »⁹⁹ pourront bénéficier d'une capacité d'exercice accrue. Même dans le cas où, la personne vulnérable est jugée apte à consentir, il sera nécessaire de venir encadrer sa capacité d'exercice. Il ne faudrait pas que par leur action, les mineurs et les majeurs protégés puissent mettre en danger leur intégrité physique. Grâce à l'usage de la conception de Ricœur, le fait de limiter la capacité d'exercice des personnes protégées ne remet pas pour autant en cause leur autonomie, dès lors qu'on lui permet d'agir en fonction de ses capacités.

12. Dans le cadre de cette thèse, une réflexion sera menée quant à la manière de trouver un plus juste équilibre entre protection de l'intégrité physique et autonomie des personnes vulnérables en matière de consentement à l'acte médical, de façon à leur garantir une protection plus complète.

Après avoir constaté que la législation actuelle a plutôt tendance à privilégier la

⁹⁹ Cette notion sera étudiée tout au long de nos développements.

protection de l'intégrité physique des mineurs et des majeurs protégés et que les règles posées ne sont pas toujours cohérentes (Première partie) ; une réflexion relative à la construction d'un nouveau régime fondée sur la notion d'aptitude à consentir sera menée. Ce régime inspiré des législations suisse et québécoise a pour objectif d'assurer une plus grande autonomie et une capacité d'exercice accrue aux personnes protégées aptes à consentir, tout en garantissant la protection de leur intégrité physique (Seconde partie). Afin de rendre ce travail plus concret, des questionnaires¹⁰⁰ ont été envoyés à des professionnels de santé exerçant auprès des mineurs et des majeurs protégés et des entretiens ont également été menés. Le faible nombre de réponses¹⁰¹ ne permet pas d'avoir des données fiables quant à l'opinion des professionnels de santé sur les questions liées au consentement à l'acte médical des personnes vulnérables. Ces retours ont cependant servi à enrichir ce travail d'exemples pratiques.

¹⁰⁰ Les questionnaires sont retranscrits dans les Annexes 5 et 6.

¹⁰¹ Vingt-cinq personnes ont répondu au questionnaire relatif au consentement à l'acte médical des mineurs et cinq personnes ont répondu à celui concernant les majeurs protégés.

Première partie :
**Le consentement à l'acte médical, un équilibre complexe
entre protection de l'intégrité physique et respect de
l'autonomie des personnes vulnérables**

13. La Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant [...] et aux vieux travailleurs, la protection de la santé »¹⁰², c'est par ces termes que le législateur affirme sa volonté de prodiguer une protection spécifique aux personnes les plus vulnérables de notre société, et notamment dans le domaine de la santé. Dans ce but, et en raison de leur particulière fragilité, des dispositions particulières ont été introduites au sein du Code de la santé publique afin de préserver l'intégrité physique des mineurs et des majeurs protégés. Ces personnes étant considérées comme vulnérables, le législateur a jugé préférable de restreindre leur autonomie en matière de consentement à l'acte médical. Ainsi, les mineurs seront dans la plupart des cas dans l'incapacité de consentir eux-mêmes à la mise en œuvre d'un acte médical sur leur personne, et ils seront représentés par leurs parents dans l'exercice de ce droit. Les majeurs protégés verront quant à eux leurs droits plus ou moins étendus selon la nature de leur protection juridique. À titre d'exemple, les majeurs bénéficiant d'un régime de représentation verront généralement leurs droits médicaux exercés par leur représentant.

L'étude du droit positif applicable au consentement à l'acte médical des personnes vulnérables permet d'illustrer à quel point il est complexe de trouver un équilibre entre protection de l'intégrité physique et respect de l'autonomie des patients mineurs et majeurs protégés. Il s'agit de personnes particulièrement vulnérables et il est compréhensible que le législateur ait préféré restreindre leur autonomie en imposant l'obtention du consentement d'une tierce personne à l'acte médical. Cela permet d'éviter de les voir prendre une décision pouvant mettre en péril leur intégrité alors qu'ils n'en comprennent pas toutes les implications. D'un autre côté, le domaine de la santé relève de l'intimité des individus. Quel que soit l'âge du patient ou l'altération de ses facultés de discernement, il semble nécessaire de lui assurer une autonomie en lui

¹⁰² Art. 11 du Préambule de la Constitution de 1946

délivrant, lorsque cela est possible, une information quant à son état de santé ainsi qu'en recherchant son consentement préalablement à la mise en œuvre d'un acte médical sur sa personne. Le législateur tente de trouver un équilibre entre ces deux objectifs sans toujours y parvenir, et il est constaté que dans la plupart des cas, il a préféré restreindre l'autonomie des mineurs (**Titre premier**) et des majeurs protégés (**Titre second**) en matière de consentement à l'acte médical.

Titre premier : Le difficile respect de l'autonomie des mineurs dans le domaine du consentement à l'acte médical

14. Le mineur est considéré comme une personne vulnérable. Pour le législateur, il n'est pas à même de se protéger lui-même en raison de son jeune âge et de ses facultés cognitives en développement. Il est notamment jugé incapable de prendre seul les décisions propres à la préservation de sa santé. Ce présupposé explique les raisons pour lesquelles le mineur est privé d'autonomie en matière médicale. Il sera nécessaire d'obtenir le consentement des titulaires de l'autorité parentale préalablement à la mise en œuvre d'un acte médical sur sa personne (**Chapitre premier**). Les parents exerçant conjointement l'autorité parentale, ils devront tous deux donner leur accord aux soins. Cependant, et dans le but de faciliter la mise en œuvre des actes médicaux, il sera possible de se contenter du consentement d'un seul des deux titulaires de l'autorité parentale dans un certain nombre de cas et notamment si cet accord représente un « acte usuel de l'autorité parentale ». Le principe de la recherche du consentement parental démontre la priorité accordée par le législateur à la protection de l'intégrité physique du mineur. Or, dans la mesure où le mineur gagne en maturité au fil des années, il serait logique de voir la protection parentale progressivement diminuer afin de lui permettre d'acquérir de plus en plus d'autonomie
15. L'autonomie médicale du mineur n'existe que de manière très parcellaire. En effet, son consentement ne sera recherché que de manière subsidiaire, l'accord parental demeurant obligatoire (**Chapitre second**). Il existe cependant certains cas dans lesquels le mineur se voit octroyer la possibilité de consentir seul à un acte médical, notamment sur le fondement de l'article L. 1111-5 du Code de la santé publique. Toutefois, ces cas ne sont qu'exceptionnels et dans la majorité des situations, l'objectif de protection de l'intégrité physique du mineur prime la préservation de son autonomie.

16. La protection exercée par les titulaires de l'autorité parentale sur la personne de leur enfant se traduit par la notion juridique d'autorité parentale, qui correspond à « l'ensemble des droits et des devoirs que la loi attribue, en vue d'une certaine finalité [...], également au père et à la mère sur la personne et les biens de leurs enfants mineurs non émancipés »¹⁰³. L'article 371-1 du Code civil précise que cette autorité est exercée dans l'intérêt de l'enfant afin de « le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne ». Les parents devront cependant associer « l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ». De cet article a été déduite l'existence d'une incapacité générale du mineur tant en matière personnelle que patrimoniale. L'enfant se retrouve dans la position d'un « spectateur » ne pouvant que laisser le soin à ses parents de prendre les décisions le concernant.
17. L'exercice de l'autorité parentale a notamment pour but de protéger le mineur dans sa santé. Il est alors loisible d'en conclure que le mineur fait également l'objet d'une autonomie limitée en droit de la santé, les décisions médicales devant être prises par les titulaires de l'autorité parentale. Ce postulat est confirmé par l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique qui dispose qu'en matière de délivrance de l'information les droits des mineurs sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale. De même, l'article L. 1111-4 fait référence au refus parental de consentir à un acte médical.
- Les titulaires de l'autorité parentale sont des figures incontournables de la prise de décision médicale. Le mineur sera, dans la majorité des cas, représenté en matière de consentement à l'acte médical, et ce afin de garantir une meilleure protection de son intégrité physique (**Première section**). Le double-consentement parental sera exigé préalablement à la mise en œuvre de tout acte médical sur la personne du mineur. Il sera cependant possible dans certaines situations de se contenter de recueillir l'accord d'un seul des deux titulaires de l'autorité parentale, notamment lorsque l'acte relève du

¹⁰³ Voir CARBONNIER I., « *Autorité parentale — exercice de l'autorité parentale* », J.-CL. Civ., Art. 371 à 387, fasc. 10, 2014 ; CORNU G., (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 12e éd., PUF, « *Quadrige* », 2018

domaine de « l'usuel ».

L'exigence du consentement des titulaires de l'autorité parentale n'est cependant pas dénuée de défaut. Exiger le double-accord des parents peut s'avérer difficile à mettre en œuvre dans la pratique. Se pose également la question de savoir que faire lorsque les parents sont en désaccord quant aux soins devant être prodigués à leur enfant. Dans certains cas, le médecin pourra agir directement en se passant de l'accord parental, mais ce n'est pas toujours le cas et une intervention du juge sera alors nécessaire. Pour pallier les difficultés engendrées par le recueil du consentement des titulaires de l'autorité parentale, le législateur est donc venu atténuer cette exigence (**Seconde section**).

Première section : Le nécessaire recueil du consentement à l'acte médical des titulaires de l'autorité parentale

18. Les droits des patients tels qu'ils figurent au sein du Code de la santé publique peuvent être classés en deux catégories. Il s'agit tout d'abord des droits mentionnés au titre premier du livre premier de la première partie, intitulé « Droits des personnes malades et des usagers du système de santé ». Ce titre traite des règles générales relatives à l'accès aux soins, au respect du secret médical ainsi qu'à la délivrance de l'information et au recueil du consentement des patients. Le Code de la santé publique contient également des dispositions applicables à des actes spécifiquement réglementés ou à des situations singulières. Il s'agit par exemple des règles applicables à la contraception ou celles relatives à l'hospitalisation sans consentement.
19. Afin de garantir au mineur la meilleure protection de son intégrité physique, le Code de la santé publique comporte des dispositions spécifiques à son égard. Sauf exception, les titulaires de l'autorité parentale exercent les droits médicaux du mineur, que ce soit en droit commun des patients **(I)**, ou pour les actes spécifiquement réglementés **(II)**.

I Le principe du recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale

20. L'article 372 du Code civil dispose que « les père et mère exercent en commun l'autorité parentale ». L'autorité parentale représente « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne »¹⁰⁴. Elle est exercée en commun par les parents jusqu'à la majorité de l'enfant, et n'a pas vocation à se prolonger indéfiniment. Elle peut prendre fin de façon anticipée en cas d'émancipation de l'enfant par le juge des tutelles¹⁰⁵. Son étendue peut également évoluer en fonction de l'accroissement des facultés de discernement de l'enfant. Ainsi, en droit civil, le législateur a mis en place des seuils d'âges qui une fois atteints, permettront à l'enfant d'effectuer davantage d'actes par lui-même. À partir de treize ans, les parents ne pourront plus décider seuls de son changement de nom, mais il devra donner son consentement¹⁰⁶. De même, le droit de jouissance légale des parents sur les biens de leur enfant cesse dès lors qu'il atteint l'âge de seize ans¹⁰⁷. L'autonomie du mineur s'en trouve augmenté et la capacité d'exercice des titulaires de l'autorité parentale réduite, on retrouve une forme d'adéquation entre l'autonomie réelle du mineur et son autonomie juridique.

21. Il est intéressant de noter que cette autonomie octroyée au mineur dans le domaine civil n'a pas été reprise en droit de la santé. Le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale va être appliqué. Cette exigence va se traduire par la nécessité d'obtenir le consentement des deux titulaires de l'autorité parentale préalablement à toute intervention médicale sur l'enfant. Ce double consentement est exigé dès le début de la prise en charge d'un mineur par le système de santé (**A**), mais également en matière de consentement à la mise en œuvre d'un acte médical (**B**)

¹⁰⁴ Art. 371-1 Cc.

¹⁰⁵ Art. 413-2 Cc. et s.

¹⁰⁶ Art. 60 Cc.

¹⁰⁷ Art. 384 Cc.

A) Le nécessaire recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour l'accès du mineur aux soins

22. Lorsqu'il est question pour le mineur d'accéder au système de santé, il est exigé de recueillir le consentement des deux titulaires de l'autorité parentale, même s'ils sont séparés¹⁰⁸. Il sera exceptionnellement possible de se contenter du consentement d'un seul des parents lorsque la décision relève d'un acte usuel de l'autorité parentale¹⁰⁹.

23. Ni le Code civil ni le Code de la santé publique ne comportent de dispositions venant préciser si la décision de faire prendre l'enfant en charge par un médecin nécessite ou non le double consentement des titulaires de l'autorité parentale. L'article L. 162-5-3 du Code de la sécurité sociale dispose que le choix de la personne du médecin traitant de l'enfant requiert l'accord d'au moins l'un des deux titulaires de l'autorité parentale. Cette disposition est surprenante et paraît contraire au principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Dans la mesure où le médecin traitant est appelé à jouer un rôle important tout au long de la vie du mineur, il est difficilement justifiable de laisser ce choix à un seul des deux parents. Cette règle a probablement été adoptée dans le but de simplifier les démarches administratives dans ce domaine, mais elle mériterait d'être revue de façon à respecter les droits des deux parents.

À la lecture de cet article, il serait aisé d'en conclure que de manière identique, la décision de faire prendre en charge l'enfant par un médecin ne nécessite pas l'accord des deux parents. Cependant, l'analyse de la jurisprudence fait douter de cette hypothèse. Il faut ici citer l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse en date du 7 novembre 2000¹¹⁰. Dans cette affaire, une mère avait pris seule l'initiative de faire suivre son enfant par un médecin. Elle le pensait victime d'agressions de la part de son époux, le père de l'enfant. Celui-ci s'oppose au choix du médecin au motif qu'il ne s'agit pas d'un pédopsychiatre. La cour relève le fait que la décision de faire suivre un enfant par un médecin, « destinée à protéger la santé de l'enfant appartient aux deux parents titulaires de l'autorité parentale [...]. Il convient en conséquence de décider que l'enfant ne peut

¹⁰⁸ GOUTTENOIRE A., « Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant », AJ. Fam. 2010 p. 12

¹⁰⁹ V. § 89 et s.

¹¹⁰ Toulouse 7 nov.2000, n° 99/05839, JurisData n° 2000-144843, Dr. Fam. 2012, n° 2, comm. Neirinck

pas être suivi ni soigné par ce médecin ». Le fait pour le père de ne pas avoir confiance en ce médecin peut s'avérer « préjudiciable à un suivi efficace de l'enfant », car il est en mesure de faire obstacle au suivi de son enfant par celui-ci. La cour a en conséquence décidé que le médecin ne pouvait pas suivre l'enfant.

De même, un arrêt de la cour d'appel de Nîmes en date du 15 septembre 2009¹¹¹ traite de cette question pour des faits similaires. Le médecin — psychiatre est condamné pour avoir effectué à la demande de la mère le suivi d'un mineur, suivi auquel le père s'était opposé. La cour souligne que « le père a fait connaître son opposition au suivi psychologique de l'enfant par le médecin — psychiatre par lettre recommandée avec accusé de réception. Aucune situation d'urgence ne justifiait qu'il soit passé outre le refus du père ». Ici encore, le cas démontre, que par principe, le choix de faire suivre un mineur par un médecin appartient aux deux titulaires de l'autorité parentale, et qu'il ne peut être passé outre le refus de l'un d'entre eux, sauf à démontrer une situation d'urgence. Ce cas de l'urgence fait référence à l'article 16-3 du Code civil, et aux articles L. 1111-4 et R. 1112-35 du Code de la santé publique qui permettent, en cas d'urgence, de délivrer des soins en se passant du consentement de l'un des deux titulaires de l'autorité parentale.

24. Il est intéressant de noter que l'exigence du double consentement parental dans le choix du médecin s'impose, y compris dans des situations très spécifiques. Dans les deux cas d'espèce, le médecin concerné est un psychiatre qui intervient à la demande de la mère sur le fondement de soupçons d'agressions sexuelles commises sur la personne de l'enfant. Dans ce contexte, la volonté de la mère de faire prendre en charge l'enfant sans le consentement de son père est compréhensible. En dépit de cette situation, les juges appliquent strictement l'obligation du recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale quant à la décision de faire suivre l'enfant par un médecin. Il est possible de se demander si la décision des juges aurait été différente dans un autre domaine que celui de la psychiatrie, qui est un cas très particulier. Il est probable que la réponse à cette question soit positive, il n'existe cependant pas de jurisprudences relatives au choix d'un médecin, autre que d'un psychiatre pour s'en assurer.

¹¹¹ Nîmes 15 sept. 2009, n° 07/04215, JurisData n° 2009-014362

25. Le double consentement étant systématiquement requis, il est possible d'en conclure que le choix de faire suivre l'enfant par un médecin, en tout cas un médecin-psychiatre, entre dans la catégorie des actes non usuels de l'autorité parentale. C'est-à-dire des actes pour lesquels il est nécessaire d'obtenir le double consentement parental préalablement à leurs mises en œuvre¹¹². Autrement dit, si l'un des parents refuse que son enfant soit suivi par le médecin, celui-ci ne pourra pas le prendre en charge, en dehors d'un cas d'urgence. Il s'agit de la solution la plus conforme avec le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale.
26. Si le médecin estime que l'état du mineur nécessite une hospitalisation, l'article R. 1112-34 du Code de la santé publique confie le droit de faire admettre un mineur dans un établissement de santé à une « personne exerçant l'autorité parentale ». L'hospitalisation ne pourra se faire sans l'accord de cette personne, « sauf nécessité ». Il convient de relever que contrairement à la question du choix du médecin, pour lequel les juges mentionnent les « parents titulaires de l'autorité parentale », il est ici fait référence à une « personne exerçant l'autorité parentale ». Par principe, les parents sont titulaires de l'autorité parentale et l'exercent en commun, mais ils peuvent dans certains cas être privés de cet exercice. Dans ce cas de figure, seul le parent exerçant effectivement l'autorité parentale devra donner son accord à l'hospitalisation de son enfant.
27. L'admission du mineur au sein du système de santé implique le fait pour lui de pouvoir bénéficier de soins. Se pose alors la question de la nécessité du recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale à la mise en œuvre de ces actes médicaux.

B) Le nécessaire recueil du double consentement à l'acte médical des titulaires de l'autorité parentale

¹¹² V. § 92 et s.

28. Le mineur suivi par un médecin ou hospitalisé devra en toute probabilité suivre un traitement ou bénéficier d'un acte médical. La législation en matière de consentement à l'acte médical réalisé sur la personne d'un mineur semble confuse. L'article L.1111-4 du Code de la santé publique vient poser les principes applicables au consentement à l'acte médical concernant un enfant. Il dispose qu'« aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment ». Aucune mention n'est faite quant à l'existence d'une procédure spécifique applicable au consentement requis avant la réalisation d'un acte médical sur un mineur. Cette absence conduit à se demander si en matière de consentement à l'acte médical, le mineur n'aurait pas la possibilité de consentir lui-même à l'acte, dans la mesure où il est une personne juridique et qu'« aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne ». Le législateur pourrait ainsi souhaiter lui conférer une autonomie dans ce domaine.

Cependant, en prenant en considération la suite de l'article L. 1111-4 et en l'analysant à la lumière des autres articles du Code de la santé publique cette théorie ne semble pas pouvoir être appliquée. Il existe une référence indirecte faite dans cet article au consentement du titulaire de l'autorité parentale. En effet, il est indiqué que « dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale [...] risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables ». Si le titulaire de l'autorité parentale a la possibilité de refuser les soins, c'est donc bien qu'il a eu l'opportunité d'y consentir. Toutefois, il est regrettable que le législateur n'ait pas été plus clair. L'hypothèse de la représentation du mineur en matière de consentement à l'acte médical est également étayée par l'analyse des autres articles du Code de la santé publique. L'article L. 1111-2 relatif à la délivrance de l'information préalable dispose que « les droits des mineurs [...] sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale [...]. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article ». Ici le législateur pose clairement le principe de la représentation du mineur en matière de délivrance de l'information médicale. Celle-ci étant un préalable à la formulation d'un consentement éclairé, cela permet de conclure que le consentement à l'acte médical doit également relever du ressort des titulaires de l'autorité parentale. Cette interprétation est confirmée par l'article L. 1111-7 qui réserve aux titulaires de l'autorité parentale le droit d'accéder au dossier médical du mineur. Ainsi que par l'article R. 1112-35 qui n'autorise, par

principe, la réalisation d'une opération sur la personne d'un mineur qu'après l'obtention d'une autorisation écrite d'opérer des père ou mère.

29. Ces textes invitent à conclure à l'absence d'autonomie du mineur en matière de consentement à l'acte médical. Il fera par principe l'objet d'une représentation, et ce, en application des règles relatives à l'autorité parentale. Toutefois, un doute peut se présenter quant à l'identité de la personne devant donner son consentement en raison d'une utilisation maladroite des notions relatives à l'autorité parentale par le législateur. En effet, aux articles L. 1111-2 et L.1111-4 il est fait référence aux titulaires de l'autorité parentale, tandis qu'à l'article R. 1112-34 on parle de la personne exerçant cette autorité. De même, l'article R. 1112-35 mentionne les père et mère de l'enfant¹¹³. Conformément à l'article 371-1, l'autorité parentale appartient aux parents afin de protéger l'enfant dans sa « *sécurité, sa santé et sa moralité* », ils sont alors titulaires de celle-ci. Il est possible de penser que lorsque le législateur mentionne les « père et mère » et les « titulaires de l'autorité parentale », il désigne indifféremment les parents de l'enfant. Toutefois, cette conclusion est trop hâtive. Les parents peuvent dans certains cas se retrouver privés totalement ou partiellement de l'exercice de l'autorité parentale lorsque par leur comportement ils mettent en danger la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant¹¹⁴. Le parent peut également être privé de la possibilité d'exercer l'autorité parentale, en fonction de la période d'établissement d'un lien de filiation avec l'enfant. En effet, si ce lien est établi plus d'un an après la naissance de l'enfant, et que celui-ci a déjà un lien établi à l'égard de l'autre parent, alors ce dernier reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale. L'autre parent n'exercera cette autorité, qu'à la condition qu'une déclaration conjointe des parents soit adressée au greffier en chef du tribunal de grande instance¹¹⁵. Ainsi, les parents, bien que, par principe, titulaires de l'autorité parentale, ne l'exercent pas toujours et celle-ci peut être conférée à un tiers.

¹¹³ Nous soulignons.

¹¹⁴ L'article 378 du Cc. permet le retrait de l'autorité parentale au parent condamné comme auteur, co-auteur ou complice à des crimes et délits commis sur la personne de l'enfant. De même, l'article 378-1 Cc. autorise ce retrait lorsque les parents, par leurs mauvais traitements, leur défaut de soins, leur conduite, ou la consommation excessive d'alcool ou de stupéfiants mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant.

¹¹⁵ Art. 372 Cc.

30. Lorsque le législateur exige le recueil du consentement des « parents », des « titulaires de l'autorité parentale », ou des « personnes exerçant l'autorité parentale » faut-il interpréter strictement ces articles ou doit-on au contraire aller au-delà des termes et réfléchir à l'esprit qui anime ces textes ? L'interprétation littérale pourrait conduire à faire intervenir plusieurs personnes différentes dans le domaine médical ce qui risque d'entraîner de nombreuses difficultés pour les médecins. Imaginons que le mineur ait besoin d'une opération : le médecin serait choisi par les deux « titulaires de l'autorité parentale », la demande d'admission à l'hôpital serait effectuée par la « personne exerçant l'autorité » et l'autorisation écrite d'opérer par ses « parents ». Si les parents n'exercent pas l'autorité parentale, le médecin sera confronté à plusieurs interlocuteurs ce qui est dénué de sens. De plus, il n'est pas logique d'octroyer le pouvoir de prendre des décisions médicales concernant l'enfant à des parents qui se seraient vus retirer l'exercice de l'autorité parentale en raison de leur comportement dangereux pour celui-ci. Par conséquent, et malgré l'usage de termes différents, il faut en conclure qu'en matière de décision médicale, le législateur fait référence à la personne qui exerce l'autorité parentale¹¹⁶. Un parent n'exerçant plus l'autorité parentale ne pourra pas consentir à l'acte médical, même si le législateur fait expressément référence à sa personne comme dans le cas de la signature de l'autorisation d'opérer.

31. La mise en œuvre de l'acte médical est autorisée par la personne exerçant l'autorité parentale. Celle-ci étant en principe exercée par les deux parents, il faudra donc obtenir systématiquement le double consentement parental avant la réalisation d'un acte médical ou la mise sous traitement d'un mineur. C'est par exemple le cas pour autoriser une opération telle qu'une appendicectomie ou la mise en place d'un traitement d'orthodontie¹¹⁷. Un arrêt du Conseil d'État en date du 7 mai 2014¹¹⁸ confirme cette exigence. Dans cette affaire, les juges ont condamné le médecin psychiatre qui avait mis sous antidépresseur une adolescente de seize ans, avec le seul accord maternel¹¹⁹, alors même que la décision de mettre en place un suivi psychiatrique de l'enfant relevait d'une

¹¹⁶ Pour les développements suivants, le titulaire de l'autorité parentale exerce bien celle-ci. Aussi, la personne exerçant l'autorité parentale pourra être désignée par le terme de « titulaire de l'autorité parentale ».

¹¹⁷ GOUTTENOIRE A., TRAVADE –LANNOY S., PIERROT-BLONDEAU J., « Autorité parentale : exercice », in *Droit de la famille* (sous la dir. de P. Murat), Chapitre 234, Dalloz, « Dalloz Action », 2016

¹¹⁸ CE 7 mai 2014 n° 359076, JurisData n° 2014-009605, *D.* 2014 p. 1787, obs. Bonfils et Gouttenoire ; *JCP.G.*, 15 sept. 2014, n° 38, doct.953, chron. Favier

¹¹⁹ CE 7 mai 2014 n° 359076, JurisData n° 2014-009605, *D.* 2014 p. 1787, obs. Bonfils et Gouttenoire

décision parentale conjointe. En effet, l'adolescente a été amenée à la consultation par son père puis par sa mère. Les deux parents ayant consenti au suivi médical de l'enfant, il était logique de penser que le médecin pouvait se contenter d'obtenir le consentement d'un seul d'entre eux à la prescription du médicament. Mais ce raisonnement ne semble pas validé par le Conseil d'État.

Comme pour le choix du médecin, le juge fait référence à la catégorie des actes usuels de l'autorité parentale. Lorsque l'acte relève de cette catégorie, le médecin peut présumer de l'accord du parent dont il n'a pas demandé l'avis. L'arrêt indique qu'« un acte médical ne constituant pas un acte usuel ne peut être décidé à l'égard d'un mineur qu'après que le médecin s'est efforcé de prévenir les deux parents et de recueillir leur consentement. Il n'en va autrement qu'en cas d'urgence, lorsque l'état de santé du patient exige l'administration de soins immédiats ». Il est possible d'interpréter cette formulation de deux manières. Il peut s'agir d'une reconnaissance par le juge du caractère non usuel de tout acte médical, le double consentement étant alors systématiquement nécessaire. Cette interprétation est la plus conforme au principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale, mais semble inapplicable en pratique¹²⁰. Les médecins ont un emploi du temps chargé, il n'est pas réaliste de leur demander de rechercher systématiquement l'accord des deux parents. Parmi les professionnels de santé interrogés, environ 37 % se contentent d'informer le seul parent présent lors de la consultation¹²¹. Plusieurs nuancent leurs réponses et indiquent qu'ils font l'effort de contacter le second parent lorsque la pathologie n'est pas bénigne. Ils essaient de respecter les droits des deux parents, mais soulignent qu'il peut être difficile pour eux de le faire. Aussi faut-il plutôt privilégier une seconde interprétation, à savoir que le Conseil d'État s'est ici uniquement prononcé pour un cas précis, la délivrance d'un antidépresseur. La prescription de ce médicament particulier ne rentre pas dans la catégorie des actes usuels de l'autorité parentale, et il est nécessaire d'obtenir un double consentement préalablement à la délivrance de ce produit. La décision ne s'étendant pas forcément à tous les autres traitements médicaux. Cette interprétation semble la plus réaliste et la plus viable dans la pratique. Dans cet arrêt les juges se prononcent à nouveau sur un cas d'acte médical réalisé en matière de psychiatrie. Il s'agit d'un

¹²⁰ AVENA-ROBARDET V., « Bras de fer entre parents et médecins », *AJ Fam.* 2014, p.451

¹²¹ Ce chiffre est toutefois à prendre avec prudence et ne constitue pas un indice significatif de la pratique des professionnels de santé en raison du faible nombre de praticiens ayant répondu au questionnaire.

domaine qui vient alimenter de façon importante la jurisprudence en matière de consentement à l'acte médical et il convient de se demander si un régime jurisprudentiel d'exception dans ce domaine n'est pas en train de se développer.

32. À la lumière de ce qui précède, il est possible de conclure qu'en matière d'acte médical le consentement doit être délivré par les deux personnes exerçant l'autorité parentale. La difficulté pour les médecins étant d'acquiescer le réflexe de vérifier si l'individu qui accompagne l'enfant ou qui souhaite consentir au traitement est bien titulaire de l'exercice de cette autorité. À des fins de simplification, le législateur a laissé ouverte la possibilité pour le médecin de présumer du consentement de l'autre titulaire de l'autorité parentale pour les actes relevant de la catégorie des actes usuels de l'autorité parentale. Cette catégorie sera étudiée plus en détail,¹²² mais il est d'ores et déjà possible de constater que la prescription d'antidépresseurs n'en fait pas partie.

Il est également à relever que le mineur ne dispose d'aucune autonomie. Il ne peut choisir seul son médecin, ni se faire admettre dans un établissement hospitalier ou consentir à un acte médical lui-même. Il est systématiquement représenté par les titulaires de l'autorité parentale, sauf exception¹²³. Ce régime de représentation a pour objectif de protéger au mieux le mineur dans son intégrité physique, mais peut constituer une atteinte semblant disproportionnée à son autonomie dans certains cas. En effet, lorsque le mineur est capable de discernement, l'on regrette qu'il n'ait pas la possibilité d'agir seul pour les actes les plus courants. En particulier lorsqu'il se trouve dans une situation conflictuelle avec sa famille, ou qu'il souffre de certaines pathologies relevant de son intimité telles que des maladies sexuellement transmissibles ou une grossesse non désirée. Une révision de la loi sur ce point devrait être envisagée¹²⁴.

33. La représentation du mineur existe également pour les actes faisant l'objet d'une réglementation spécifique au sein du Code de la santé publique.

¹²² V. § 90 et s.

¹²³ V. § 158 et s.

¹²⁴ V. § 615 et s.

II Le recueil du consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les actes et situations spécifiquement réglementés

34. Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale a également été envisagé par le législateur dans le cadre de certains actes médicaux spécifiquement réglementés, qu'ils soient (**A**) ou non (**B**) relatifs à des prélèvements réalisés sur la personne de l'enfant.

A) Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les prélèvements effectués sur la personne du mineur

35. Il existe plusieurs prélèvements de produits issus du corps humain pouvant concerner la personne du mineur. Une législation spécifique est mise en place pour le prélèvement de sang ou d'organes (**1**), mais également pour le prélèvement de tissus ou de cellules (**2**). La protection du mineur va ici passer par le nécessaire recueil du consentement des titulaires de l'autorité parentale.

1) Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les prélèvements de sang ou d'organes effectués sur un mineur

Les prélèvements sanguins (**a**) ou d'organes (**b**) pourront être exceptionnellement réalisés sur la personne d'un mineur¹²⁵. Afin de garantir sa protection, le consentement parental est obligatoire.

¹²⁵ CHARBONNEAU C., « Don et utilisation du corps humain », Droit médical et hospitalier, Lexis Nexis, Fasc. 32, 2009 ; VIGNAL N., « Droits individuels du patient : Droit au consentement », Lamy droit de la santé, étude 319, 2002

a. *Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les prélèvements sanguins*

36. En principe, « aucun prélèvement de sang [...] en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui ne peut avoir lieu sur une personne mineure »¹²⁶. Toutefois, un prélèvement sera possible « à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur immunologiquement compatible ». À l'origine, ces deux conditions étaient cumulatives, or, il a été considéré que le critère de « la recherche de compatibilité tissulaire peut se suffire à lui-même, sans y adjoindre une condition d'urgence [...] et sans que l'enjeu médical soit pour autant moins important », le gouvernement a même estimé que « le cumul des deux conditions que sont l'urgence et la compatibilité tissulaire [...] serait restrictif à l'excès »¹²⁷. Aussi, la loi du 6 août 2004¹²⁸ est venue modifier l'article afin de permettre le prélèvement sanguin sur un mineur au bénéfice d'un tiers dans l'un ou l'autre cas.

37. Par exception, en présence de l'un de ces deux critères, un prélèvement sanguin pourra être effectué sur un mineur dans l'intérêt thérapeutique d'autrui à condition d'obtenir le double accord écrit des titulaires de l'autorité parentale. Dans la théorie, cette exigence du double consentement est tout à fait louable. Le prélèvement est réalisé au bénéfice d'un tiers, ce qui constitue une atteinte portée à l'intégrité physique du mineur sans nécessité médicale pour lui. Il est alors compréhensible que le législateur ait cherché à protéger cette dernière en limitant la participation du mineur et en exigeant le double consentement des titulaires de l'autorité parentale. Toutefois, le régime mis en place paraît très (trop ?) protecteur de l'intégrité physique du mineur et s'avère disproportionné au vu des enjeux liés à la question du don du sang et de la faible gravité de cet acte pour l'enfant. Une modification de ce régime de façon à permettre au mineur de bénéficier d'une autonomie accrue dans ce domaine sera envisagée¹²⁹. Il n'existe pas

¹²⁶ Art. L.1221-5 code de la santé publique ; V. : BINET J-R., « *Respect et protection du corps humain — sang humain* », J.-CL. Civ., fasc. 24, 2017 ; VIGNAL N., « *Droits individuels du patient : Droit au consentement* », Lamy droit de la santé, étude 319, 2002

¹²⁷ Sénat, Discussion en séance publique du projet de loi relatif à la bioéthique – article 6, séance du 29 janvier 2003

¹²⁸ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique

¹²⁹ V. § 760 et s.

non plus d'exceptions permettant de réaliser le prélèvement avec l'accord d'un seul des deux titulaires de l'autorité parentale.

38. L'article L. 1221-5 du Code de la santé publique n'aborde pas la question des prélèvements sanguins réalisés dans l'intérêt du mineur. En conséquence, il convient d'appliquer à ces prélèvements, les règles applicables aux actes médicaux non spécifiquement réglementés. Le double consentement sera donc nécessaire.

b. Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les prélèvements d'organes

39. Le prélèvement d'organe fait partie des actes spécifiquement réglementés pour lesquels le législateur a prévu la nécessité de l'obtention du double consentement préalable à la réalisation de l'acte¹³⁰. Conformément à l'article L. 1231-2 du Code de la santé publique, « aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ». En revanche, celui-ci pourra être envisagé sur un mineur décédé. Dans ce cas de figure, l'article L. 1232-2 précise que celui-ci « ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale [...] y consente par écrit ». En cas d'impossibilité de consulter l'un des titulaires, il sera possible de procéder à un prélèvement sur le fondement d'un seul consentement. La législation n'a pas ici pour objectif de protéger l'intégrité physique du mineur, mais plutôt de préserver la sensibilité parentale. C'est donc en se plaçant de leur point de vue qu'il conviendra d'analyser ces dispositions.

Il existe une volonté importante du législateur de préserver les familles en deuil. Cette volonté se remarque notamment en matière de droit applicable aux enfants mort-nés que ce soit pour les funérailles ou pour le sort qui leur est réservé¹³¹. Si les juges, ou le

¹³⁰ BINET J-R., « Respect et protection du corps humain — Organes, tissus, cellules, produits », J.-CL. Civ., fasc. 22, 2016 ; NEIRINCK C., « Enfance », Rép. Civ., § 847 et s., 2016

¹³¹ Il faut ainsi citer l'article 79-1 du Code civil permettant l'établissement d'un acte d'enfant sans vie. Ou les arrêts : CEDH, 30 oct. 2001, *Pannullo et Forte c./France*, n° 37794-97, *Dr. Fam.* 2002, n° 16, obs. De Lamy ; *Europe* 2002, n° 78, obs. Deffains ; *RTD civ.* 2002 p. 393, obs. Marguénaud ; *RD publ.* 2002, p. 702, obs. Gouttenoire ; *Cahiers du Credho*, n° 8, Actes de la huitième session d'information, note Debet : qui impose l'obligation pour les états de respecter le chagrin des parents en deuil en imposant une « obligation positive » de diligence dans la restitution du corps d'un enfant défunt, celui-ci ne pourra pas être conservé plus qu'il ne l'est nécessaire pour la réalisation de l'autopsie • De même, l'arrêt : CEDH 14 fév. 2008, *Hadri-Vionnet c./Suisse*, n° 55525/00, *D.* 2008 p.1435, obs. J.-C. Galloux ; *RTD civ.* 2008

législateur accordent une importance aussi grande à la préservation de la sensibilité parentale lorsque les enfants sont mort-nés, à plus forte raison vont-ils respecter les parents quant aux actes pouvant être réalisés sur le cadavre de l'enfant. À la lumière de ces diverses dispositions, il semble alors logique que le législateur soumette le prélèvement d'organes sur le corps de l'enfant défunt au consentement préalable des deux titulaires de l'autorité parentale. Deux réserves quant aux dispositions mises en place sont à émettre.

40. Effectuer un prélèvement sur le fondement d'un seul consentement est autorisé en cas d'impossibilité de consulter l'un des titulaires de l'autorité parentale. Il serait intéressant de savoir quelles sont les situations recouvertes par « l'impossibilité » ; quoi qu'il en soit, la disposition est ici dictée non pas dans l'intérêt des parents, mais plutôt dans celui d'un tiers, le receveur. Toutefois, au vu de l'enjeu vital que représente le don d'organe, et des délais s'imposant pour réaliser le prélèvement¹³², les raisons ayant poussé le législateur à adopter cette exception sont compréhensibles.

41. Le fait de soumettre le prélèvement d'organe à un consentement préalable semble se justifier dans le but de respecter la sensibilité des parents en deuil. Pour que cet objectif soit atteint, il est important de bien préciser l'identité des personnes concernées par le consentement. Le législateur exige ici non pas le consentement des parents, mais celui des titulaires de l'autorité parentale. Pour le consentement à l'acte médical non spécifiquement réglementé, il avait été conclu que ce terme faisait en réalité référence aux personnes exerçant cette autorité¹³³. Or, les parents peuvent être privés de cet exercice. Si l'on considère que le « titulaire » de l'autorité fait référence à la personne qui l'exerce effectivement, la décision de prélever ou non les organes de l'enfant pourrait être prise par une personne tierce aux parents, et l'objectif ne semble pas atteint. Il est délicat d'admettre que dans un domaine aussi sensible, une personne autre que les parents puisse prendre une décision concernant le corps de l'enfant défunt. La rédaction

p. 257, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP G.* 2008, n° 30, doctr. 167, chron. Sudre : dans lequel l'État est condamné en raison du transport d'un enfant mort-né dans une « camionnette de livraison » avant d'être inhumé dans une fosse commune, et ce sans accord ni information des parents. Il est à retirer de cet arrêt que les parents ont le droit d'organiser et d'assister aux funérailles de leur enfant décédé.

¹³² Les délais entre le prélèvement et la greffe sont variables selon l'organe concerné et son état : par ex. 3 à 4 h pour le cœur ; 12 à 18 h pour le foie. Toutefois, plus celui-ci est court et meilleures sont les chances de voir la greffe réussir ; voir le site <http://www.dondorganes.fr/> pour plus de renseignements.

¹³³ V. § 28 et s.

de cet article sera revue afin de garantir la protection des droits des parents dans ce domaine¹³⁴.

42. Le principe de l'interdiction s'applique également pour les prélèvements de tissus ou de cellules sur la personne d'un mineur, il existe toutefois des exceptions.

2) Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les prélèvements de tissus et de cellules

43. L'article L. 1241-2 du Code de la santé publique dispose qu'« aucun prélèvement de tissus ou de cellules [...] en vue de don ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ». Une exception est toutefois introduite à l'article L. 1241-3 pour les *cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse*. Il s'agit de cellules souches fabriquées par la moelle osseuse. Ces cellules sont dites « *indifférenciées* », c'est-à-dire qu'elles ont la capacité de se différencier afin de devenir des globules rouges, des globules blancs ou des plaquettes. Elles sont utilisées pour le traitement de différentes pathologies, comme des leucémies et peuvent servir à effectuer des greffes de moelle osseuse. Le prélèvement de ces cellules se fait de deux manières, par aphérèse ou par ponction. Le prélèvement par aphérèse consiste, après avoir injecté un médicament spécifique au donneur, à prélever les cellules issues de la moelle osseuse présentes dans le sang. Le prélèvement par ponction s'effectue au niveau des os du bassin : il nécessite quarante-huit heures d'hospitalisation et s'effectue sous anesthésie générale¹³⁵.

44. Le législateur vient autoriser ce prélèvement chez les mineurs de façon exceptionnelle en cas d'absence de toute « autre solution thérapeutique » au bénéfice de son frère ou de sa sœur. Un élargissement a été effectué, au bénéfice des cousins germains¹³⁶, des oncles et tantes ou des neveux et nièces du mineur, à titre exceptionnel, en l'absence d'autre solution thérapeutique appropriée. Le don n'est pas ici anonyme, mais orienté au bénéfice d'une personne déterminée appartenant à la famille du donneur, ce qui constitue une exception faite au principe de l'anonymat du don posé à l'article L.1211-

¹³⁴ V. § 777 et s.

¹³⁵ Pour plus d'informations voir le site : www.dondemoelleosseuse.fr

¹³⁶ Projet de loi relatif à la bioéthique, n° 3166, déposé le 20 juin 2001 p.28

5 du Code de la santé publique. Ceci s'explique par les exigences de la compatibilité tissulaire¹³⁷. En effet, il est extrêmement rare de trouver un donneur compatible en dehors de la famille du receveur¹³⁸. À titre d'exemple, pour les frères et sœurs il existe une chance sur quatre de compatibilité. Par comparaison, elle n'est que d'une chance sur un million¹³⁹ pour des personnes n'appartenant pas à la même famille. Dans certaines situations, « la compatibilité ne peut être trouvée ni chez un donneur majeur, ni même auprès d'un mineur, frère ou sœur, cousin ou cousine du receveur » aussi, il a semblé essentiel de pouvoir élargir la possibilité d'effectuer des prélèvements sur un mineur au bénéfice d'autres membres de sa famille, car il arrive que « dans certains cas rares, les hasards de la consanguinité font que d'autres parents proches comme les neveux ou les nièces, les oncles ou les tantes se révèlent histocompatibles au receveur »¹⁴⁰. Le fait de pouvoir effectuer un prélèvement de cellules issues de la moelle osseuse sur un mineur apparaît donc comme un enjeu vital. Le législateur vient donc permettre ces prélèvements, mais en les assortissant d'une procédure très développée afin de protéger au mieux le mineur. Or, plusieurs critiques peuvent être émises.

45. Le prélèvement peut être effectué par ponction ou par aphérèse. Cette dernière consiste à injecter au patient un médicament destiné à faire migrer les cellules hématopoïétiques dans son système sanguin. Elles pourront ainsi être prélevées par simple prise de sang. Or, l'article L. 1221-6 interdit de procéder à la modification des caractéristiques du sang d'un mineur. Par conséquent, seul un prélèvement par ponction, plus invasif peut être réalisé sur sa personne, ce qui est contraire à l'objectif de préservation de sa santé. Il semble donc nécessaire de réviser cet article afin d'autoriser la modification des caractéristiques du sang d'un mineur pour permettre le prélèvement par aphérèse¹⁴¹.

46. Les deux titulaires de l'autorité parentale doivent exprimer leur consentement au prélèvement devant le président du tribunal de grande instance, ou un magistrat désigné par lui¹⁴², après avoir été informés des « risques encourus par le mineur et des

¹³⁷ Sénat, *Rapport n° 128 de M. Francis Giraud* sur le projet de loi relatif à la bioéthique

¹³⁸ Ce principe est peut-être appelé à évoluer à l'avenir grâce au développement des greffes *haplo mismatch* qui permettent de s'affranchir des règles de l'histocompatibilité.

¹³⁹ Source : www.agence-biomedecine.fr

¹⁴⁰ Sénat, *Discussion en séance publique du projet de loi relatif à la bioéthique* – article L.1241-3, séance du 29 janvier 2003 : voir les propos de M. Francis Giraud relatifs à l'amendement n° 18 p.19

¹⁴¹ V. § 797 et s.

¹⁴² En cas d'urgence vitale le consentement sera recueilli par le procureur de la République.

conséquences éventuelles du prélèvement ». Le prélèvement ne pourra être effectué que sur autorisation d'un comité d'expert qui vérifiera que tous les moyens ont été mis en œuvre afin de trouver un donneur majeur compatible. Dans tous les cas, le refus du mineur fera obstacle au prélèvement. Une fois encore, le mineur est représenté par les deux titulaires de l'autorité parentale. Lors des discussions relatives à cette loi, cette mesure a été longuement discutée, notamment en raison de l'identité des receveurs. Il a été soulevé le fait qu'« on ne peut accepter qu'un parent doive solliciter ses enfants pour que son frère ou sa sœur reçoivent le don » et qu'« introduire une telle possibilité serait dramatique pour les familles »¹⁴³. Ces arguments conduisent à s'interroger quant à la pertinence de cette représentation du mineur par ses parents pour cet acte. Sont-ils réellement les mieux placés pour protéger leur enfant alors même qu'un prélèvement permettrait de sauver un autre membre de leur famille ? Et que dire lorsque le parent doit consentir à un prélèvement réalisé au bénéfice d'un autre de ses enfants ? Une telle possibilité s'avère extrêmement délicate pour les parents qui se retrouvent pris dans une forme de conflit émotionnel et affectif intérieur, ce qui a conduit M. Alain CLAEYS à déclarer qu'on se retrouve ici face à un « dilemme : prélever sur un mineur, qu'il nous appartient de protéger, pour sauver une vie »¹⁴⁴. Ces arguments ont toutefois été balayés en raison de l'importance de réaliser le prélèvement, « enjeu vital », qui « doit être mis en regard du caractère relativement bénin et de l'absence de complexité technique particulière du prélèvement »¹⁴⁵. Le fait d'autoriser ces prélèvements semble alors justifié.

47. Le double consentement va prendre ici une dimension supplémentaire, outre la traduction du principe de l'exercice commun de l'autorité parentale, il permet aux parents de se soutenir l'un l'autre dans cette décision difficile sortant du quotidien de la vie d'une famille et de s'autocontrôler. Le parent ayant un lien de famille avec le bénéficiaire n'est pas laissé seul face à la prise d'une telle décision et le parent n'étant pas lié au receveur peut « contrôler » la décision de son conjoint. Il peut y faire obstacle s'il estime que l'intérêt de son enfant n'est pas suffisamment préservé. Toutefois, cet

¹⁴³ Sénat, *Discussion en séance publique du projet de loi relatif à la bioéthique* – article L.1241-3, séance du 29 janvier 2003 : voir les propos de M. Gilbert Barbier relatifs au sous-amendement n° 155 p.19

¹⁴⁴ Assemblée nationale, *Discussion en séance publique du projet de loi relatif à la bioéthique*, 2ème séance du 17 janvier 2002 p. 649

¹⁴⁵ Sénat, *Discussion en séance publique du projet de loi relatif à la bioéthique* – article L.1241-3, séance du 29 janvier 2003 : voir les propos de M. Francis Giraud relatifs à l'amendement n° 18

argument perd de sa force lorsque les deux parents sont apparentés au receveur. Cependant, ce risque semble acceptable lorsque l'on considère l'enjeu en question, sauver la vie d'une personne et surtout si l'on garde à l'esprit que le mineur peut refuser de se prêter au prélèvement. La législation semble donc établir un équilibre plutôt satisfaisant entre protection de l'intégrité physique du mineur et son autonomie. Au vu des enjeux, il est cependant regrettable qu'il n'existe pas de possibilités de surmonter un éventuel refus de l'un des titulaires de l'autorité parentale.

48. Il existe d'autres actes spécifiquement réglementés dans le Code de la santé publique pour lesquels s'impose le double consentement des titulaires de l'autorité parentale. Ces actes ne sont cependant pas liés aux prélèvements effectués sur la personne du mineur.

B) Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les actes spécifiquement réglementés autres que les prélèvements

49. Le Code de la santé publique prévoit une législation spécifique pour les actes relatifs au début et à la fin de la vie. Il est par exemple possible de penser à l'accès à la contraception ou à la question de l'arrêt des traitements lorsque le patient est en fin de vie. Les actes en rapport avec le début de la vie recouvrent ceux liés à la procréation ou à l'interruption d'une grossesse. Les mineurs disposent ici d'une grande autonomie et le double consentement des titulaires de l'autorité parentale n'est pas systématiquement requis. Aussi ces actes ne seront pas traités dans cette partie¹⁴⁶. En revanche, le Code de la santé publique intègre des règles applicables aux actes touchant à la fin de la vie pour lesquels les parents retrouvent un rôle important (1).

50. De même, certains actes sont parfois accomplis dans un contexte médical très particulier (2), qui est celui de la recherche ou de la délivrance de soins psychiatriques. Le cas du mineur est alors pris en compte.

¹⁴⁶ V. § 237 et s.

1) Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les actes liés à la fin de vie du mineur

51. « L'épreuve de la mort d'un enfant confine à l'injustice la plus absolue. Nous considérons aujourd'hui qu'il n'est pas de drame plus cruel, de tragédie plus insurmontable »¹⁴⁷. En ayant cette idée à l'esprit, le législateur a tant bien que mal mis en place une législation relative à la fin de vie du mineur¹⁴⁸. Les règles instaurées tentent de préserver la sensibilité parentale dans une période fort douloureuse, mais n'y parviennent pas toujours. Il est également à noter que les mineurs eux-mêmes ne sont pas suffisamment pris en considération alors qu'ils sont les premiers concernés par les décisions.

Le rôle alloué aux titulaires de l'autorité parentale va varier selon qu'il s'agit pour eux de témoigner de la volonté de leur enfant (**a**) ou de se prononcer sur la question de l'arrêt des soins (**b**).

a. Le rôle prépondérant des titulaires de l'autorité parentale en matière d'expression de la volonté du mineur en fin de vie

52. Les articles L. 1111-6 et L.1111-11 privent le mineur de la possibilité de désigner une personne de confiance ou de rédiger des directives anticipées. Cela démontre le rôle prépondérant devant être joué par les titulaires de l'autorité parentale dans ce contexte. Le mineur n'ayant pas la possibilité d'exprimer de manière anticipée sa volonté doit alors nécessairement faire connaître ses souhaits aux titulaires de l'autorité parentale.

53. L'interdiction pour le mineur de désigner une personne de confiance paraît justifiée. Les titulaires de l'autorité parentale ont pour rôle d'accompagner et de protéger l'enfant « dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son

¹⁴⁷ VIALLA F., note sous CE ord. Réf. 5 janv. 2018 et CEDH 23 janv. 2018, JCP. G. 2018 n° 8 p. 217 ; Dalloz Act. 5 février 2018, note Marais

¹⁴⁸ BEIGNIER B., PUYO Y., « Respect et protection du corps humain — la mort », J.-CL. Civ., fasc. 70, 2017 ; BINET J.-R., « Bioéthique » J.-CL. Civ., synthèse 20, 2018 ; BERGOIGNAN-ESPER C., « Santé », J.-CL. Adm., synthèse 110, 2017 ; PENNEAU J., « Corps humain — bioéthique », Rép. Civ., 2012 ; BOSSU B., LEGROS B., « La dignité de la personne humaine » Lamy Droit des personnes et de la famille, étude 208, 2015

développement, dans le respect dû à sa personne »¹⁴⁹. Ils développent une relation de confiance avec l'enfant et ils sont les mieux placés pour connaître et exprimer la volonté de leur enfant pour le cas où celui-ci ne serait plus en mesure de le faire. Autoriser la désignation d'une personne de confiance autre que les titulaires de l'autorité parentale n'incite pas le mineur à nouer un dialogue avec ses parents, et pourrait complexifier la tâche des médecins.

54. En revanche, il semble regrettable de ne pas autoriser le mineur à rédiger des directives anticipées. La rédaction de ces directives permet souvent aux patients d'entamer un dialogue avec leurs proches et leur médecin quant à la question de la fin de vie¹⁵⁰. Alors que la fin de vie des mineurs demeure une situation délicate et sensible, cette perspective serait plus que bénéfique, en particulier lorsque le mineur est atteint de pathologie grave. Cela constituerait un outil supplémentaire pour aider les parents à accompagner leur enfant en fin de vie. Il semble également important d'accorder une attention plus grande à la voix d'un mineur en fin de vie dès lors qu'il est apte à consentir. Aussi, une réflexion sur l'ouverture de ce droit pour les mineurs sera menée¹⁵¹.

b. Le rôle atténué des titulaires de l'autorité parentale en matière de délivrance des soins au mineur en fin de vie

55. Des règles spécifiques sont également prévues lorsque se pose la question de l'arrêt des traitements sur un mineur (α .) ou des actes accompagnant cet arrêt (β .). Les titulaires de l'autorité parentale, bien que tous deux consultés, vont jouer un rôle atténué dans la prise de décision.

¹⁴⁹ Art. 371-1 Cc.

¹⁵⁰ Haute Autorité de Santé, *Les directives anticipées concernant les situations de fin de vie*, guide pour le grand public, oct. 2016

¹⁵¹ V. § 841 et s.

α. Le rôle atténué des titulaires de l'autorité parentale en matière d'arrêt des traitements

56. L'article L. 1110-5-1 commence par poser l'interdiction pour les médecins de poursuivre un traitement avec une obstination déraisonnable. Les récentes jurisprudences relatives aux affaires Lambert¹⁵² ; Marwa¹⁵³ et Inès¹⁵⁴, portant sur l'arrêt des traitements de patients majeur protégé ou mineurs en état d'inconscience, donnent un éclairage sur les critères à prendre en compte pour qu'un traitement puisse être considéré comme relevant de l'obstination déraisonnable¹⁵⁵. Il faut pour cela que le traitement soit inutile ; disproportionné ; ou n'ait pas d'autre effet que le maintien artificiel de la vie¹⁵⁶.

Dans l'affaire Lambert, le juge est venu dissocier la notion d'obstination déraisonnable des éléments médicaux précités. Par exemple, les juges ont indiqué que « la seule circonstance qu'une personne soit dans un état irréversible d'inconscience ou, à plus forte raison, de perte d'autonomie la rendant tributaire d'un [...] mode d'alimentation et d'hydratation [artificiel] ne saurait caractériser, par elle-même, une situation dans laquelle la poursuite de ce traitement apparaîtrait injustifiée au nom du refus de l'obstination déraisonnable »¹⁵⁷. Ainsi, pour que soit qualifiée l'obstination déraisonnable, le médecin doit prendre en compte « un ensemble d'éléments médicaux et non médicaux, dont le poids respectif ne peut être prédéterminé et dépend des circonstances particulières à chaque patient, le conduisant à appréhender chaque situation dans sa singularité ». L'évaluation du caractère déraisonnable ou non d'un traitement est donc effectuée *in concreto*. Il est également précisé dans cet arrêt que les

¹⁵² CE ass., 24 juin 2014, « Mme Lambert et autres », n° 375081,375090, 375 091, *D.* 2014 p. 1856, note Vigneau et p. 2021, obs. Laude ; *D.* 2015 p. 755, obs. Galloux ; *AJDA* 2014. p. 1293 et 1669 et 1484, chron. Bretonneau et Lessi, note Truchet ; *AJ. Fam.* 2014 p. 396, obs. Dionisi-Peyrusse ; *RFDA* 2014 p. 657, concl. Keller et p. 702, note Delvolvé ; *RDSS* 2014 p. 1101, note Thouvenin ; *JCP* 2014 p. 825, obs. Vialla • CEDH, 5 juin 2015, « Lambert et al. c/France n° 46043/14, *D.* 2015 p. 1625, note Vialla ; *D.* 2016 p. 752, obs. Galloux ; *AJDA* 2015 p. 1124 et p. 1732, chron. Burgogue-Larsen ; *AJ.Fam.* 2015 p.364, obs. Dionisi-Peyrusse ; *JCP* 2015 p. 805, obs. Sudre • CE, 19 juill. 2017, n° 402472 et 403377, *D.* 2017 p.1605, obs. Vialla ; *AJDA* 2017 p. 1477 et 2012, concl. Domino ; *AJ. Fam.* 2017 p. 435, obs. Dionisi-Peyrusse ; *JCP* 2017 p. 898, obs. Mistretta

¹⁵³ CE, ord. Réf., 8 mars 2017, n° 408146, *D.* 2017 p. 574, obs. c. du Conseil d'État ; *AJ Fam.* 2017 p. 218, obs. Dionisi-Peyrusse ; *RDSS* 2017 p. 698, note Thouvenin ; *JCP G.* 2017, n° 14 p. 382, obs. Vialla

¹⁵⁴ CE, ord. Réf., 5 janv. 2018, n° 416689, *JurisData* n° 2018-000023, *Dr. Fam.* 2018, n° 5 p. 142, note Maria ; *JCP G.* 2018, n° 8 p. 217, note Vialla ; *JCP A.* 2018, n° 6, p. 2051, note Castaing • CEDH, 23 janv. 2018, « Afiri et Biddarri c/France », n° 1828/18, *JCP G.* 2018, n° 8 p. 217, note Vialla ; *Dalloz Act.* 5 février 2018, note Marais

¹⁵⁵ Voir par ex. : THOUVENIN D., note sous CE, ord. Réf., 8 mars 2017, *RDSS* 2017 p.698

¹⁵⁶ Art. L. 1110-5-1 CSP.

¹⁵⁷ CE, ass., 24 juin 2014, « Mme Lambert et autres », n° 375081,375090, 375 091, cons. 16

éléments médicaux doivent être analysés sur « une période suffisamment longue » et doivent « porter notamment sur l'état actuel du patient, sur l'évolution de son état depuis la survenance de l'accident ou de la maladie, sur sa souffrance et sur le pronostic clinique »¹⁵⁸.

57. La procédure à suivre conduisant à la décision d'arrêt des traitements va dépendre de l'existence ou non d'une volonté exprimée par le patient. En principe, selon l'article L. 1110-5-1, la décision d'arrêt des traitements ne pourra être prise que conformément à la volonté du patient. Cette disposition concerne également le patient mineur. Le médecin doit rechercher son accord et non celui des titulaires de l'autorité parentale dès lors que le mineur est capable d'exprimer une volonté. Le mineur retrouve ici une forme d'autonomie, puisqu'il ne sera pas représenté par les titulaires de l'autorité parentale dans la prise de cette décision. Le médecin tiendra compte de son âge et de sa maturité afin de déterminer s'il est capable d'exprimer une volonté¹⁵⁹.

58. Lorsque le patient est hors d'état d'exprimer une volonté, la décision sera prise par le médecin à l'issue d'une procédure collégiale dans laquelle il commence par rechercher sa volonté, y compris si celui-ci est mineur. Le mineur ne pouvant désigner une personne de confiance ou rédiger des directives anticipées, cette recherche implique notamment d'interroger ses proches¹⁶⁰. L'article R. 4127-37-2 précise que lorsque le patient est mineur, il convient également de recueillir l'avis des titulaires de l'autorité parentale.

59. La question se pose alors de savoir si le médecin peut prendre une décision d'arrêt des traitements en cas d'avis défavorable des titulaires de l'autorité parentale qui rappelons-le sont censés représenter l'enfant. En principe, dans le domaine médical, le médecin appelé à donner des soins à un mineur doit s'efforcer d'obtenir le consentement de ses parents,¹⁶¹ mais des exceptions sont parfois admises¹⁶². Ici, rien n'est précisé dans

¹⁵⁸ *Ibid.*, cons. 17

¹⁵⁹ VIALLA F., note sous CE ord. Réf. 5 janv. 2018 et CEDH 23 janv. 2018, JCP. G. 2018 n° 8 p. 217 ; Dalloz Act. 5 février 2018, note Marais

¹⁶⁰ CASTAING C., note sous CE ord. Réf. 5 janv. 2018, JCP A. 2018 n° 6, p. 2051

¹⁶¹ Art. R. 4127-42 CSP

¹⁶² Par ex. l'article L. 1111-5 permet au médecin de délivrer des soins au mineur à sa demande sans avoir besoin d'obtenir le consentement parental. De même, l'article L. 1111-4 autorise le médecin à délivrer

l'article. Deux affaires récentes, les affaires « Marwa » et « Inès » éclairent sur ce point. Dans la première affaire¹⁶³, il était question de l'arrêt des soins sur la personne d'un enfant de dix mois, il est alors précisé qu'« à défaut de pouvoir rechercher quelle aurait été la volonté de la personne s'agissant d'un enfant de moins d'un an [...], l'avis de ses parents [...] revêt une importance particulière ». Il serait possible d'en conclure que lorsque le mineur est hors d'état de s'exprimer et qu'il n'a jamais été en mesure de formuler une volonté en raison de son jeune âge, les médecins auront plutôt tendance à suivre l'avis des parents, qui sont ici opposés à l'arrêt des traitements. Cependant, ce postulat est à nuancer, en effet, dans cette espèce, les éléments médicaux, tels que l'état de conscience réelle de l'enfant, ou le degré de ses souffrances, étaient incertains. Au vu de l'opposition des parents et de ces incertitudes, les juges ont prononcé le maintien des soins. S'ils avaient été certains que les traitements étaient inutiles, la décision aurait peut-être été différente.

Cette hypothèse est confirmée par les décisions rendues dans l'affaire « Inès »¹⁶⁴. Ici, l'arrêt des soins concernait une mineure de quatorze ans. Les juges ont indiqué que « si compte tenu de son âge, il était envisageable de s'interroger sur les souhaits [de l'enfant], les informations contradictoires relevées dans le dossier sur les avis émis par la jeune fille ne permettent pas de déterminer quelle aurait été sa volonté »¹⁶⁵. Cela confirme bien le fait que la minorité n'écarte pas la nécessité pour le médecin de rechercher quelle aurait été la volonté de l'enfant. Dans cet arrêt, les parents étaient également opposés à l'arrêt des traitements. Toutefois, contrairement à l'affaire précédente, les juges ont décidé qu'il appartenait au médecin « d'apprécier, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, si et dans quel délai la décision d'arrêt de traitement doit être exécutée »¹⁶⁶. La différence entre les deux décisions peut s'expliquer par la certitude de l'inutilité du traitement dans le cas d'Inès. Les experts ont en effet conclu au « caractère déraisonnable du maintien de l'assistance respiratoire [...] et du

les soins indispensables lorsque le refus de soins opposé par les titulaires de l'autorité parentale « risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur »

¹⁶³ CE, ord. Réf., 8 mars 2017, n° 408146, D. 2017 p. 574, obs. c. du Conseil d'État ; *AJ Fam.* 2017 p. 218, obs. Dionisi-Peyrusse ; *RDSS* 2017 p. 698, note Thouvenin ; *JCP G.* 2017, n° 14 p. 382, obs. Vialla

¹⁶⁴ CE, ord. Réf., 5 janv. 2018, n° 416689, JurisData n° 2018-000023, *Dr. Fam.* 2018, n° 5 p. 142, note Maria ; *JCP G.* 2018, n° 8 p. 217, note Vialla ; *JCP A.* 2018, n° 6, p. 2051, note Castaing • CEDH, 23 janv. 2018, « Afiri et Biddarri c/France », n° 1828/18, *JCP G.* 2018, n° 8 p. 217, note Vialla ; *Dalloz Act.* 5 février 2018, note Marais

¹⁶⁵ CE, ord. Réf., 5 janv. 2018, n° 416689, JurisData n° 2018-000023, cons. 13

¹⁶⁶ *Ibid.*, cons. 15

maintien de la nutrition artificielle [...] chez cette enfant, en état végétatif persistant »¹⁶⁷.

60. Aussi il est possible d'en déduire¹⁶⁸ qu'en cas d'incertitudes sur la présence des éléments médicaux constitutifs de l'obstination déraisonnable, l'avis des parents doit prédominer pour guider la décision du médecin. Dans le cas contraire, lorsque la présence des éléments médicaux est certaine, la décision sera laissée à la libre appréciation du médecin. Il devra rechercher l'avis de la mineure et des titulaires de l'autorité parentale et tenter d'obtenir leur accord. Toutefois, en cas d'opposition parentale, il pourra théoriquement prendre la décision d'arrêter les soins sans leur consentement.
61. Dans la pratique, il va être très difficile pour le médecin d'endosser la responsabilité de mettre fin à la vie d'un enfant contre l'avis de ses parents. D'autant plus lorsque l'affaire est fortement médiatisée¹⁶⁹. Le Conseil d'État semble bien en avoir conscience. Dans l'affaire Inès, il se décharge entièrement de cette responsabilité sur le médecin, en le laissant décider « si et dans quel délai la décision d'arrêt de traitement doit être exécutée »¹⁷⁰, faisant ainsi peser un grand poids sur les épaules d'une équipe médicale déjà bien éprouvée. L'accord des titulaires de l'autorité parentale, bien que juridiquement non obligatoire retrouve ici tout son poids.
62. La possibilité de prendre une décision pouvant conduire au décès du mineur sans l'accord des titulaires de l'autorité parentale peut sembler choquante. Les parents ne représentent plus le mineur et ne sont que les témoins de sa volonté. Certains auteurs¹⁷¹ se demandent si ces dispositions sont compatibles avec le rôle dévoué aux titulaires de l'autorité parentale en charge de la représentation de ce dernier. Il est étonnant de voir que ces derniers ne bénéficient pas d'un droit de veto permettant de faire obstacle à la décision du médecin. Dans le domaine du prélèvement d'organes *post mortem* sur la personne d'un mineur¹⁷², il a été vu que pour préserver la sensibilité parentale, l'acte

¹⁶⁷ *Ibid.*, cons. 12

¹⁶⁸ CASTAING C., note sous CE ord. Réf. 5 janv. 2018, *JCP A.* 2018 n° 6, p. 2051

¹⁶⁹ Cette réflexion est également applicable à l'arrêt d'un traitement sur la personne d'un majeur protégé lorsque les avis familiaux sont divergents, c'est le cas de l'affaire « Lambert ».

¹⁷⁰ CE, ord. Réf., 5 janv. 2018, *op. cit.*, cons. 15

¹⁷¹ Voir par ex. : THOUVENIN D., note sous CE, ord. Réf., 8 mars 2017, *RDSS* 2017 p.698

¹⁷² V. § 39 et s.

n'était possible qu'avec leur accord. L'arrêt des traitements devant ici conduire au décès de l'enfant, à plus forte raison devraient-ils être en mesure de le refuser. Cependant, si le législateur les a privés de cette possibilité c'est certainement qu'il considère que les parents ne sont pas les plus à même de raisonner de manière réfléchie dans la perspective de la fin de vie de leur enfant. Quoiqu'il en soit, cet article pourrait faire l'objet d'une révision législative afin de clarifier ce que les médecins sont ou non en droit de faire en cas de refus exprimé par les titulaires de l'autorité parentale¹⁷³.

β. Le rôle atténué des titulaires de l'autorité parentale dans la prise en charge de la souffrance du mineur en fin de vie

63. Afin d'éviter au patient en fin de vie toute souffrance, la loi du 2 février 2016¹⁷⁴ encadre la possibilité de mettre en place une « sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès »¹⁷⁵ de ce dernier. La procédure collégiale précédemment décrite pour l'arrêt des soins est applicable, les titulaires de l'autorité parentale pourront donc exprimer leur avis à ce sujet¹⁷⁶.
64. L'article L. 1110-5-3 régleme également la question de la délivrance des traitements analgésiques ou sédatifs pour répondre à la « souffrance réfractaire du malade en phase avancée ou terminale même s'ils peuvent avoir comme effet d'abrégé la vie ». Il s'agit de la question du « double effet ». Le cas du mineur n'est ici pas spécifiquement pris en compte. Lorsque le traitement est envisagé, le médecin doit informer la famille du patient, ce qui inclut les titulaires de l'autorité parentale, bien que cela ne soit pas explicitement indiqué. Le consentement à ce traitement sera exprimé selon les règles de droit commun, les titulaires de l'autorité parentale devront donc donner leur accord¹⁷⁷.
65. Se pose la question de savoir si le mineur pourrait lui-même demander l'application de ce traitement en se passant des titulaires de l'autorité parentale, conformément aux

¹⁷³ V. § 777 et s.

¹⁷⁴ Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie

¹⁷⁵ Art. L. 1110-5-2 CSP

¹⁷⁶ Art. R. 4127-37-3 CSP

¹⁷⁷ Art. L. 1111-4 CSP

règles de l'article L. 1111-5. L'étude des conditions de cet article montre que cela n'est pas possible. En effet, l'article L. 1111-5 qui permet la mise en œuvre d'un traitement sans le consentement des titulaires de l'autorité parentale n'est possible que lorsque l'acte « s'impose pour sauvegarder la santé » du mineur. Or, ici, l'acte peut avoir pour effet d'abrèger sa vie. L'impossibilité pour le mineur de consentir seul à ce traitement semble justifiée, les conséquences de celui-ci sont irréversibles, et il est préférable qu'il ne puisse pas prendre seul cette décision. Les titulaires de l'autorité parentale retrouvent ici un rôle décisif dans la mise en œuvre de ce soin, mais il est à regretter que le mineur capable de discernement n'ait pas plus de poids dans la décision relative à la mise en place de ce traitement. Une révision en ce sens pourrait être envisagée.

66. En dehors de la fin de vie, le législateur a instauré des règles spécifiques visant à encadrer les actes médicaux accomplis dans d'autres situations médicales spécifiques.

2) Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les actes accomplis dans un cadre médical spécifique

67. Il existe des situations médicales spécifiques dans lesquelles des actes peuvent être accomplis sur la personne d'un mineur. Les soins délivrés dans ce contexte ne relèveront pas du droit commun, mais de dispositions particulières. Il s'agit des actes réalisés dans le cadre d'une recherche **(a)** ou dans le cadre d'un traitement psychiatrique¹⁷⁸ **(b)**. Les titulaires de l'autorité parentale conservent le droit de représenter le mineur dans ces situations.

a. Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les actes liés à la recherche médicale

68. La participation d'un mineur à une recherche ne peut que relever de l'exceptionnel. En effet, l'article L. 1121-7 dispose que « les mineurs ne peuvent être sollicités pour se prêter à des recherches [...] que si des recherches d'une efficacité comparable ne

¹⁷⁸ COUTURIER M., « Soins psychiatriques sans consentement », J.-CL. Civ., fasc.10, 2016 ; DUPRAT J-PP, « Personne handicapée mentale », Lamy droit de la santé, étude 288, 2012

peuvent être effectuées sur des personnes majeures et dans les conditions suivantes : soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ; soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres mineurs. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal ». Lorsque ces conditions sont réunies, le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale est nécessaire. L'adhésion du mineur est recherchée¹⁷⁹.

69. Par exception, l'article L. 1122-2 permet de se contenter du consentement d'un seul des deux titulaires lorsque les conditions suivantes sont réunies¹⁸⁰ : « la recherche ne comporte que des risques et des contraintes minimales ; le mineur ne se prête pas à la recherche à titre de volontaire sain ; l'autre titulaire de l'exercice de l'autorité parentale ne peut donner son autorisation dans des délais compatibles avec les exigences méthodologiques propres à la réalisation de la recherche au regard de ses finalités ». Cette exception se justifie notamment par la nécessité de pouvoir réaliser plus facilement des recherches sur les mineurs qui sont indispensables « pour déterminer les modalités thérapeutiques optimales de prescriptions de médicaments et de dispositifs médicaux aux enfants »¹⁸¹.

70. À la lumière de l'objectif du législateur qui est de protéger l'intégrité physique du mineur, cette exception est acceptable. En effet, lorsque l'on analyse les différentes conditions, on remarque plusieurs choses. D'une part, l'exception ne pourra avoir lieu que de façon très exceptionnelle puisqu'il faut que le parent ne soit pas en mesure de « donner son autorisation dans des délais compatibles avec les exigences méthodologiques propres à la réalisation de la recherche au regard de ses finalités ». Or, dans une société où les moyens de transport et les modes de communications sont très

¹⁷⁹ BINET J.-R., « Bioéthique » J.-CL. Civ., synthèse 20, 2018 ; BERGOIGNAN-ESPER C., « Santé », J.-CL. Adm., synthèse 110, 2017 ; PENNEAU J., « Corps humain — bioéthique », Rép. Civ., 2012 ; NEIRINCK C., « Enfance », Rép. Civ., 2016 ; BEVIÈRE-BOYER B., « Respect et protection du corps humain — Recherche impliquant la personne humaine », J.-CL. Civ., fasc. 60, 2018 ; BEVIÈRE-BOYER B., « Respect et protection du corps humain — Recherche impliquant la personne humaine — Mise en œuvre », J.-CL. Civ., fasc. 62, 2018

¹⁸⁰ NACKA F., BENADJAUD L., CORVEZ L., et alii, « Modalités d'information et de recueil du consentement des parents d'un mineur participant à une recherche biomédicale », *Archives de pédiatrie*, 2013 v.20 n° 5 p. 138 — 139

¹⁸¹ Sénat, Rapport n° 34 de M-T HERMANGE sur la proposition de loi relative aux recherches sur la personne, 14 oct. 2009 p. 18

développés, on voit difficilement dans quels cas, le parent ne pourrait donner son consentement dans les temps. D'autant plus que tous les moyens doivent être mis en œuvre pour le contacter, et que le recueil de son approbation peut provisoirement se faire par téléphone, fax ou mail¹⁸². D'autre part, la recherche ne doit comporter que des risques minimes. Autrement dit les risques d'atteintes à son intégrité physique, en tout cas directement par le biais de la réalisation de la recherche sont extrêmement limités.

71. La possibilité de déroger au double consentement parental pour la réalisation d'une recherche est donc très encadrée et demeure l'exception. Le mineur ne pouvant par principe participer à la recherche que lorsque la balance bénéfice-risque est favorable pour lui ou d'autres mineurs, la volonté du législateur d'avoir tout de même permis la mise en place de cette exception est compréhensible.

b. Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les soins psychiatriques du mineur

72. En 2015, sur deux millions de patients pris en charge en ambulatoire en psychiatrie hospitalière, 25 % étaient mineurs¹⁸³. Cette même année, on estime à 18 257 le nombre de mineurs pris en charge sous forme d'hospitalisation complète¹⁸⁴. La délivrance de soins psychiatriques aux mineurs est loin d'être une situation anodine. Il est intéressant de noter que selon le contrôleur général des lieux de privation de liberté, « la place des représentants légaux est apparue très incertaine »¹⁸⁵ dans ce domaine. En effet, la loi ne prend en compte la situation spécifique des mineurs que de manière parcellaire. On dénombre également un nombre insuffisant de structures spécialisées dans l'accueil des

¹⁸² NACKA F., BENADJAOUD L., FAYON M., et alii, « Recherche en pédiatrie (2) : le consentement en pratique », 2015 v.22 n° 9 p.989-995

¹⁸³ Sénat, Rapport n° 494 de M. Amiel sur la situation de la psychiatrie des mineurs en France, 4 avril 2017, p.22

¹⁸⁴ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Les droits fondamentaux des mineurs en établissement de santé mentale, 2017, p.3

¹⁸⁵ *Ibid.*, p.4

mineurs. Ces derniers sont souvent pris en charge avec des adultes, ce qui n'est pas l'idéal¹⁸⁶

73. Dans l'ensemble, l'on ne peut que constater le peu de mentions relatives aux rôles des titulaires de l'autorité parentale¹⁸⁷. Ils vont ainsi jouer un rôle prépondérant lorsque l'enfant est admis en soins psychiatriques « libres » (α), et un rôle atténué en cas de soins sur décision du représentant de l'état (β).

α . Le rôle prépondérant des titulaires de l'autorité parentale en matière de soins psychiatriques « libres » du mineur

74. Le mineur peut faire l'objet d'une admission en soins psychiatriques selon différents modes, l'admission à la demande des titulaires de l'autorité parentale ; l'admission en application d'une ordonnance de placement provisoire par un juge ; et, l'admission sur décision d'un représentant de l'état. Il est ici à noter que les mesures d'admission à la demande d'un tiers autre que les titulaires de l'autorité parentale et d'admission en cas de péril imminent n'existent pas pour les mineurs.

75. En principe, conformément à l'article L.3211-10, l'admission d'un mineur en soins psychiatriques est demandée par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale¹⁸⁸, on parle alors d'une admission en « soins psychiatriques libres ». L'on note l'impossibilité pour le mineur de demander sa propre admission en soins psychiatriques, et il est possible de se demander si une modification de la loi dans ce sens ne serait pas envisageable. L'exigence du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour faire admettre un mineur en soins psychiatriques est logique si l'on se réfère aux positions jurisprudentielles précédemment exposées en matière d'acte non usuel de

¹⁸⁶ Conformément à l'article R. 3221-1 du Code de la santé publique, les mineurs de seize ans sont accueillis avec les majeurs en secteur de psychiatrie générale. Le contrôleur général des lieux de privation de liberté recommande de ne pas accueillir des mineurs de seize ans avec des majeurs de plus de vingt-cinq ans : Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Les droits fondamentaux des mineurs en établissement de santé mentale*, 2017, p.12

¹⁸⁷ DUPRAT J-PP, « *Personne handicapée mentale* », Lamy droit de la santé, étude 288, 2012 ; COUTURIER M., « *Soins psychiatriques sans consentement* », J.-CL. Civ., fasc.10, 2016

¹⁸⁸ Voir l'article R. 1112-34 du CSP pour les cas où le mineur est confié par le juge à un tiers ou à l'aide sociale à l'enfance.

l'autorité parentale¹⁸⁹. Il a en effet été relevé que le choix d'emmener l'enfant voir un psychiatre, ou le consentement donné à son placement sous antidépresseurs constituait un acte non usuel de l'autorité parentale nécessitant le consentement des deux titulaires de l'autorité parentale. A fortiori, l'on comprend donc la nécessité de l'obtention du double accord en ce qui concerne le placement du mineur en soins psychiatriques. Le contrôleur général des lieux de privation de liberté constate cependant que dans la pratique, les procédures d'admission d'un établissement à l'autre sont très disparates et que dans la plupart des cas, les médecins se contentent d'un formulaire d'admission signé par un seul des deux parents¹⁹⁰. L'obligation du recueil du double consentement n'est donc pas respectée en pratique. Il est précisé qu'en cas de désaccord entre les titulaires de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales statue. À la différence du droit commun, la compétence du juge est ici explicitement prévue pour résoudre un conflit parental.

76. La sortie du mineur s'effectue à la demande des titulaires de l'autorité parentale. En principe, l'article L. 3211-12 permet à la personne hospitalisée sans son consentement de saisir le juge des libertés et de la détention afin de demander la mainlevée de la mesure. Or, pour un mineur, cette demande est uniquement exercée par les titulaires de l'autorité parentale. L'enfant qui serait hospitalisé sans son consentement ne bénéficie donc pas de la possibilité d'agir lui-même pour contester la mesure alors que c'est le cas pour un certain nombre de majeurs protégés (ceux non sous tutelle ou curatelle). Une révision de ces points devrait être envisagée.

77. Les droits du mineur sont ici exercés conformément au droit commun, sans qu'il y ait de dispositions spécifiques le concernant. On note que le mineur bénéficie d'une forme d'autonomie en ce qu'il est invité à s'exprimer quant à l'élaboration et la modification de son programme de soins. Curieusement, les titulaires de l'autorité parentale ne sont pas consultés à ce sujet¹⁹¹, et il serait préférable d'y remédier. Les parents vont jouer un rôle important dans le suivi du mineur, en particulier lorsqu'il ne fait pas l'objet d'une

¹⁸⁹ V. § 23 et s. et § 31 et s.

¹⁹⁰ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Les droits fondamentaux des mineurs en établissement de santé mentale, 2017, p.20-21

¹⁹¹ Art. L. 3211-2-1 CSP

prise en charge sous la forme d'une hospitalisation complète. Ils doivent donc pouvoir s'exprimer.

β. Le rôle atténué des titulaires de l'autorité parentale en matière de soins psychiatriques « sur décision du représentant de l'état »

78. Lorsque la demande n'est pas initiée par les titulaires de l'autorité parentale, l'admission du mineur peut avoir lieu dans le cadre d'une ordonnance de placement provisoire par un juge ou sur décision du représentant de l'état. Si « la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées »¹⁹². À ce titre, le juge peut prendre une ordonnance de placement provisoire dans le but de confier l'enfant à un établissement spécialisé en psychiatrie¹⁹³. Ce cas ne figure pas dans le Code de la santé publique, mais uniquement dans le Code civil.

79. Notre étude ne traitant que du cas des mineurs demeurant sous la pleine responsabilité de leurs parents, ce mode d'admission et les conséquences qui en découlent pour le mineur et les titulaires de l'autorité parentale ne seront pas abordés plus en détail. Il est cependant à relever que les dispositions applicables aux mineurs admis selon ce mode sont loin d'être suffisantes à préserver de manière satisfaisante ses intérêts et de nombreux points seraient à revoir¹⁹⁴.

80. Le mineur peut également être admis en soins sur décision du représentant de l'état. Cette admission est prononcée par le préfet, et à Paris, le maire ou le commissaire de police lorsque les troubles mentaux du mineur « nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public »¹⁹⁵. Il se prononce sur la base d'un avis médical circonstancié émanant d'un médecin n'exerçant

¹⁹² Art. 375 Cc.

¹⁹³ Art. 375-3 et 375-9 Cc.

¹⁹⁴ Pour plus d'informations à ce sujet, voir : Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *op. cit.*, p.29 et s.

¹⁹⁵ Art. L. 3213-1 CSP

pas dans l'établissement d'accueil. Il est surprenant de constater que l'article L. 3213-9 ne prévoit pas explicitement d'informer dans les vingt-quatre heures les titulaires de l'autorité parentale de l'admission du mineur en soins psychiatriques. Ils seront néanmoins avertis en tant que « familles de la personne » ou en tant que « personnes chargées de la protection juridique de l'intéressé ». Cette absence législative est regrettable.

81. La décision de placement d'un patient sur décision du représentant de l'état fait l'objet d'un contrôle devant le juge des libertés et de la détention avant expiration d'un délai de douze jours. La requête saisissant le juge est communiquée aux titulaires de l'autorité parentale¹⁹⁶. Ils sont également convoqués à l'audience¹⁹⁷. Les droits du mineur admis selon ce régime sont exercés par les parents¹⁹⁸, mais il est constaté que dans la pratique, ils ne sont souvent pas informés de cette possibilité et ne se voient pas notifier les différentes décisions concernant leur enfant¹⁹⁹. Une obligation légale allant dans ce sens devrait être instaurée. Les droits du mineur sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale conformément au droit commun. On appliquera donc les règles des articles L. 1111-2 et suivants. Ces règles ne sont pas toujours adaptées au domaine de la psychiatrie²⁰⁰ et l'absence de disposition spécifique dans ces domaines est à regretter.

¹⁹⁶ Art. R.3211-11 CSP

¹⁹⁷ Art. R. 3211-13 CSP

¹⁹⁸ Art. L. 3211-3

¹⁹⁹ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Les droits fondamentaux des mineurs en établissement de santé mentale*, 2017, p.24-28

²⁰⁰ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Les droits fondamentaux des mineurs en établissement de santé mentale*, 2017, p.36 et s.

Conclusion de la première section

82. Le législateur impose le principe du double consentement parental afin de permettre une meilleure protection de l'intégrité physique du mineur. Ce principe, qui s'avère être la traduction logique de la notion d'exercice en commun de l'autorité parentale en droit de la santé, s'applique pour les actes non réglementés, mais également à la majeure partie des actes faisant l'objet d'une réglementation spécifique. Cette disposition permet de s'assurer d'un dialogue entre les parents quant à la santé de l'enfant, ils pourront ainsi s'autocontrôler et prendre ainsi la meilleure décision qui s'impose. Elle permet également dans certains cas de préserver la sensibilité parentale.
83. Le principe du double consentement parental est louable, mais est difficile d'application, ce qui peut conduire à retarder les soins délivrés au mineur. En effet, le fait d'imposer un double consentement parental n'est pas dénué de risques, si les parents ne s'entendent pas quant à la décision à prendre, ce qui va conduire à paralyser dans une certaine mesure les soins devant être prodigués au mineur. Cette pratique peut également s'avérer difficile à appliquer pour le corps médical qui doit faire l'effort de joindre les deux parents lorsque ceux-ci n'accompagnent pas ensemble l'enfant. Une telle pratique demande du temps, temps dont les professionnels de santé ne bénéficient pas forcément. De plus, lorsque l'on analyse l'atteinte portée au corps de l'enfant, cette pratique peut sembler très rigide dans les cas où l'intégrité physique du mineur n'est que faiblement menacée. Il semble alors dommage d'imposer le double consentement parental.
84. Conscient de ces limites, le législateur est venu instaurer la possibilité exceptionnelle de mettre en œuvre des soins avec le consentement d'un seul des deux titulaires de l'autorité parentale (**Seconde section**).

Seconde section : Les atténuations à l'exigence du recueil du double-consentement à l'acte médical des titulaires de l'autorité parentale

85. L'exercice en commun de l'autorité parentale entraîne l'obligation de recueillir le double consentement parental pour la mise en œuvre d'un acte médical concernant l'enfant. Les parents peuvent ainsi exercer un contrôle mutuel sur leur décision, de manière à assurer la meilleure protection de l'intégrité physique de ce dernier. Ce système n'est cependant pas dénué de limites et peut parfois remettre en cause cet objectif. Aussi, des procédés ont été mis en place afin de surmonter ces difficultés.
86. Les premières limites apparaissent lorsque l'on se place du côté des médecins. Ceux-ci se retrouvent dans l'obligation de consulter les deux titulaires de l'autorité parentale avant d'effectuer un acte médical sur l'enfant. Cette exigence peut s'avérer lourde dans la pratique. Les médecins ont des emplois du temps chargés. Informer correctement le parent et l'enfant est parfois déjà difficile pour eux, exiger en plus qu'ils fassent l'effort d'obtenir un second consentement paraît délicat.
87. Les limites sont également à rechercher du côté des parents. Qui dit double consentement dit double opinion, qui dit double opinion, dit désaccord possible. Dans ce cas de figure, les soins ne pourront alors pas être mis en œuvre sauf cas d'urgence. L'intégrité de l'enfant se trouve alors menacée par le refus exprimé par l'un des titulaires de l'autorité parentale.
88. Afin de surmonter ces difficultés, le législateur a introduit une exception à l'exigence du recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale. Il s'agit de l'article 372-2 du Code civil qui permet au tiers de bonne foi d'agir sur le fondement d'un consentement parental unique lorsque la décision relève de la catégorie des actes usuels de l'autorité parentale (I). Les actes médicaux pourront parfois être considérés comme tels. De plus, des possibilités ont été introduites afin de pouvoir prodiguer des soins aux mineurs malgré de désaccord parental (II). Le médecin pourra agir seul en cas d'urgence ou lorsque le refus de soins exprimé par les titulaires de l'autorité parentale est susceptible d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur. En dehors de ces cas, une intervention sera possible avec l'accord du juge.

I La mise en œuvre de soins sur le fondement d'un consentement parental unique, l'exception de l'article 372-2 du Code civil

89. L'autorité parentale²⁰¹ est par principe exercée en commun par les parents afin de protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité²⁰². Dans la théorie, ce procédé est idéal puisqu'il permet aux parents d'être placés sur un pied d'égalité et d'instaurer un dialogue quant aux décisions à prendre relativement à celui-ci. Cependant, dans la pratique, cette obligation vient considérablement alourdir les démarches préalables à la mise en œuvre des actes concernant le mineur. Autant cette contrainte semble justifiée pour les décisions les plus graves, autant pour les actes plus banals, celle-ci paraît plus difficilement fondée.

90. Conscient de cette limite, le législateur est lui-même venu instaurer une exception qui permet aux tiers de se contenter d'un consentement parental unique pour la mise en œuvre de certains actes. Cette possibilité est introduite à l'article 372-2 du Code civil qui dispose qu'à « l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ». Pour que l'exception au double consentement puisse être applicable, deux conditions doivent donc être réunies. L'acte concerné doit relever de la catégorie des actes usuels de l'autorité parentale (**A**), et le tiers doit être considéré comme étant de bonne foi (**B**).

²⁰¹ CARBONNIER I., « *Autorité parentale — exercice de l'autorité parentale* », J.-CL. Civ., Art. 371 à 387, fasc. 10, 2014 ; GOUTTENOIRE A., FULCHIRON H., « *Autorité parentale* », Rép. Civ., 2015 ; NEIRINCK C., « *Enfance* », Rép. Civ., 2016

²⁰² V. § 20 et s.

A) *L'acte usuel de l'autorité parentale, condition d'application de l'article 372-2*

91. Pour qu'un acte puisse être concerné par l'exception de l'article 372-2, celui-ci doit relever de la catégorie des « actes usuels » de l'autorité parentale. Définir quels sont les critères de l'acte usuel représente un enjeu de taille puisqu'ils conditionnent la possibilité pour les tiers d'agir sur le fondement du seul consentement d'un titulaire de l'autorité parentale et de présumer du consentement de l'autre²⁰³. Lorsqu'un acte est considéré comme usuel, un parent seul peut le mettre en œuvre, la vie familiale s'en trouve facilitée. À l'inverse, lorsque l'acte n'est pas usuel, le double consentement des titulaires est indispensable. Il est donc important que les critères soient suffisamment larges pour permettre à un grand nombre d'actes d'être considérés comme usuels et être ainsi accomplis plus facilement au quotidien par les parents. Mais, il convient également de ne pas tomber dans une interprétation trop extensive afin d'éviter une remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale.
92. Dans le domaine médical, il est important de trouver un équilibre afin de faciliter le plus possible le quotidien des familles en permettant aux parents d'autoriser seuls les soins les plus courants, tout en garantissant au mineur une protection de son intégrité physique importante en imposant le double consentement pour les actes les plus importants.
93. Pour l'heure, le constat doit être fait de l'absence de définition légale de la notion d'acte usuel. Pour clarifier cette notion, il a un temps été envisagé par le législateur d'introduire la notion *d'acte important de l'autorité parentale*²⁰⁴, en sachant que « tout acte n'entrant pas dans la définition de l'acte important est un acte usuel ». « Constitue un acte important l'acte qui rompt avec le passé et engage l'avenir de l'enfant, ou qui touche à ses droits fondamentaux ». Il était précisé que « la seule rupture avec le passé ne saurait

²⁰³ QUENNESSON C., « Santé et protection de l'enfant : les décisions relatives à la santé de l'enfant », *AJ Fam.*, 2015 p.275

²⁰⁴ Assemblée nationale, rapport de Mme Marie-Anne Chapdelaine n° 1925, sur la proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, 7 mai 2014 p. 59-60

être suffisante si elle n'est pas combinée avec son impact sur l'avenir de l'enfant : un acte peut rompre avec le passé et rester usuel, car sans gravité, et inversement, un acte peut engager l'avenir de l'enfant, mais s'inscrire dans la continuité directe des décisions déjà prises »²⁰⁵. La proposition de loi n'ayant pas abouti, cette définition n'a pas été adoptée.

94. L'analyse de la jurisprudence donne des indications quant aux critères applicables (1). De même, la doctrine a tenté de préciser les contours de cette notion (2).

1) Les critères de l'acte usuel dans la jurisprudence

95. De nombreux arrêts²⁰⁶ se prononcent sur le caractère usuel ou non d'un acte médical. Les juges utilisent trois critères différents pour qualifier un acte d'usuel, son caractère habituel pour l'enfant, son absence de gravité ou son absence de controverse scientifique.

96. Dans le domaine de la psychiatrie, plusieurs arrêts ont été rendus quant à la décision de faire suivre l'enfant par un psychiatre ou de lui faire prendre des antidépresseurs²⁰⁷. Dans un premier arrêt²⁰⁸, les juges considèrent que la décision de faire suivre l'enfant par un psychiatre « appartient aux deux parents titulaires de l'autorité parentale ». Dans une autre décision²⁰⁹, les juges ont condamné le médecin ayant prescrit des antidépresseurs à l'enfant avec l'accord d'un seul des deux parents en énonçant qu'« un acte médical ne constituant pas un acte usuel ne peut être décidé à l'égard d'un mineur qu'après que le médecin s'est efforcé de prévenir les deux parents et de recueillir leur consentement. Il n'en va autrement qu'en cas d'urgence, lorsque l'état de santé du patient exige l'administration de soins immédiats ». Ce faisant, les juges considèrent que l'accord pour la délivrance d'un antidépresseur ne constitue pas un acte usuel de l'autorité parentale. Dans ces arrêts, les juges utilisent différents critères pour écarter ou

²⁰⁵ Assemblée nationale, rapport de Mme Marie-Anne Chapdelaine n° 1925, *Ibid.*

²⁰⁶ Nous ne présenterons ici que les arrêts en rapport avec le droit de la santé.

²⁰⁷ V. § 23 et s. et § 31 et s.

²⁰⁸ Toulouse 7 nov. 2000, n° 99/05839, JurisData n° 2000-144843

²⁰⁹ CE 7 mai 2014, n° 359076, JurisData n° 2014-009605

retenir le caractère usuel de l'acte. Dans la première décision relative au choix du médecin, les juges retiennent le critère de la rupture d'avec le passé de l'enfant. Lorsque l'on consulte un médecin pour la première fois, il ne s'agit pas d'une chose que l'on a l'habitude de faire, ce qui s'inscrit en rupture par rapport à notre passé. Ce choix premier ne constitue pas un acte usuel aussi doit-il relever de la décision des deux parents.

La deuxième situation paraît plus surprenante. Les deux parents étaient d'accord sur le choix du médecin et le suivi de l'enfant par celui-ci puisqu'ils accompagnent successivement l'enfant aux séances. Le suivi régulier de l'enfant par le médecin permet d'inscrire l'acte dans la continuité, on retrouve alors le caractère habituel. Or, les juges considèrent ici que le consentement à la délivrance d'un antidépresseur n'est pas un acte usuel de l'autorité parentale. Les juges paraissent ici introduire un nouveau critère pour déterminer si l'acte est usuel, à savoir, celui de l'absence de controverse scientifique importante²¹⁰. Si l'acte ne fait pas l'objet d'un consensus médical majoritaire, il ne pourra être qualifié d'usuel.

97. En dehors du domaine de la psychiatrie, on retrouve également une jurisprudence conséquente en matière de circoncision. Dans un premier arrêt en date de 1973²¹¹, le tribunal de grande instance de Paris avait qualifié la circoncision médicalement nécessaire comme étant un acte usuel de l'autorité parentale, l'intervention chirurgicale étant « *relativement bénigne* ». Le juge se place ici sur le critère de l'absence de gravité pour retenir la qualification d'usuel. Cette appréciation est discutable²¹², la circoncision étant une intervention chirurgicale, celle-ci n'est jamais dénuée de risques²¹³. Il semble

²¹⁰ Voir par exemple : HEALY D., *Les médicaments psychiatriques démythifiés*, Elsevier Masson 2011 ; BULTEAU S., DOLIGEZ N., VICTORRI-VIGNEAU C., et alii, « Les antidépresseurs ont-ils encore un intérêt dans la dépression bipolaire ? », *Annales médico-psychologiques*, 2016 v.174 n° 1 p.70-76 ; BECKER E., « Dépression de l'enfant et prescription d'antidépresseurs », *Psychothérapie*, 2003/3 v.23 p. 169-176

²¹¹ TGI Paris 6 nov. 1973, *Gaz. Pal.* 1974 I p. 299, note Barbier

²¹² DUVERT C., « Autorité parentale et circoncision rituelle », *D.* 2001 p. 1585

²¹³ Par exemple : GROSSHOLZ C., « La circoncision infantile en cause : la décision du Tribunal de Cologne du 7 mai 2012 » *RFDA* 2012 p.843 : dans cette décision, le Tribunal de Cologne en Allemagne, juge que « le droit d'éducation religieuse [des parents] ne prime pas sur le droit de l'enfant à son intégrité physique et à l'autodétermination, de sorte qu'il faut constater que la décision de le faire circoncire est contraire à son intérêt [...] Les parents ont consenti à la circoncision, mais cela ne pouvait justifier les blessures corporelles infligées à l'enfant », ils considèrent que la circoncision rituelle pratiquée sur un enfant trop jeune pour y consentir est pénalement répréhensible. Cela illustre la grande importance consacrée par les juges allemands à l'autonomie de l'enfant et à la protection de son intégrité physique. • Il est également possible de citer la décision de la cour d'appel de Lyon du 20 septembre 1993 relative au

également que le juge ait retenu cette qualification en raison de la nécessité médicale que présentait cette opération. *A contrario*, lorsque la circoncision était réalisée dans un but rituel sans nécessité médicale, les juges ont considéré²¹⁴ qu'elle ne pouvait constituer un acte usuel de l'autorité parentale, car, il s'agit alors « d'une décision grave qui ne peut être prise que d'un commun accord entre les parents »²¹⁵.

Ces décisions paraissent illogiques et contradictoires. Dans le cas de la circoncision médicalement nécessaire, le juge a utilisé le critère de l'absence de gravité pour qualifier l'acte d'usuel, alors que dans le cas d'une circoncision rituelle il a qualifié l'acte de « *décision grave* ». Le critère de l'absence de gravité de la circoncision tombe alors de lui-même. Quels que soient les motifs conduisant à pratiquer la circoncision, l'acte demeure le même, tout comme ses risques. Il s'agit d'une intervention chirurgicale qui, par conséquent, n'est jamais anodine. De plus, elle conduit à porter à atteinte définitive à l'intégrité physique du mineur. Le critère de l'absence de gravité semble donc mal employé par les juges. La logique du juge serait compréhensible s'il avait qualifié la circoncision rituelle d'acte usuel, sur le fondement de l'acte qui s'inscrit dans le passé de l'enfant, ou dans une tradition. En effet, il est d'usage, dans les confessions juives et musulmanes de faire circoncire un enfant, l'acte s'inscrivant dans une tradition culturelle et culturelle, une appréciation *in abstracto* aurait pu permettre au juge de qualifier la circoncision rituelle d'acte usuel. Or il n'en est rien, la circoncision rituelle ne peut, selon le juge être qualifiée d'acte usuel²¹⁶. Si celle-ci ne peut être qualifiée d'usuelle, alors même qu'elle s'inscrit dans une tradition millénaire, comment peut-on considérer que la circoncision médicalement nécessaire le soit alors qu'elle ne s'inscrit pas dans le passé de l'enfant et n'est pas dénuée de risque ? À notre sens, la circoncision, acte chirurgical non dénué de risque, et portant une atteinte irréversible à l'intégrité du corps humain, ne devrait pas pouvoir recevoir le qualificatif d'usuel et devrait systématiquement faire l'objet d'un double consentement parental, qu'elle soit pratiquée dans un but rituel ou non.

décès d'un enfant au cours d'une circoncision réalisée sous anesthésie générale : CAA Lyon 20 sept. 1993 n° 91LY00720, *Lebon* 1993

²¹⁴ Voir Paris 29 sept. 2000, *RTD. Civ.* 2001 p. 126, obs. Hauser ; *D.*2001 p.1585, note Duvert

²¹⁵ Lyon, 2^{ème} civ., 25 juill. 2007, *JCP* 2008. IV. 1028 ; *RTD. Civ.* 2008. 99, obs. Hauser : à noter qu'il faut également le consentement de l'enfant lorsque celui-ci est âgé de onze ans

²¹⁶ Probablement par respect pour l'autre titulaire de l'autorité parentale qui ne partage pas nécessairement cette tradition.

98. Enfin, il faut également noter l'existence d'une décision considérant le prélèvement sanguin effectué sur l'enfant dans le cadre d'une action en contestation de paternité²¹⁷ comme acte d'usuel. À nouveau, les juges semblent avoir utilisé le critère de l'absence de gravité pour qualifier l'acte d'usuel, et ce malgré le fait que l'acte s'inscrive en rupture d'avec les habitudes familiales.

2) Les critères de l'acte usuel dans la doctrine

99. Dans une circulaire ministérielle²¹⁸, le gouvernement donne une définition et des exemples de l'acte usuel dans le domaine de la santé. On constate que les critères de l'acte usuel posés par celle-ci ont été repris par plusieurs auteurs. Ainsi, elle définit les actes usuels comme étant des « actes de la vie quotidienne sans gravité, prescriptions ou gestes de soins qui n'exposent pas le malade à un danger particulier ». Elle cite pour exemple « les soins obligatoires (vaccinations), les soins courants (blessures superficielles, infections bénignes), les soins habituels (poursuite d'un traitement) ». *A contrario*, les actes non usuels sont des « actes considérés comme lourds, dont les effets peuvent engager le devenir du malade et ayant une probabilité non négligeable de survenir », et elle donne pour exemple les « hospitalisation [s] prolongée [s], traitement [s] comportant des effets secondaires ou ayant des conséquences invalidantes, actes invasifs tels que l'anesthésie, l'opération chirurgicale ».

100. Cette définition et ces illustrations permettent de mettre en lumière plusieurs critères applicables à la notion d'acte usuel. La référence à la « vie quotidienne », aux « soins courants » et aux « soins habituels » permet de relever un premier critère qui est celui de la normalité, la *fréquence*. Le terme habituel peut en effet se définir comme ce qui est « constant, fréquent, ordinaire courant »²¹⁹. L'acte usuel est donc un acte qu'il est courant de pratiquer dans la vie quotidienne. La fréquence est appréciée *in abstracto*, mais également *in concreto*, de façon à prendre en compte les particularités de chaque

²¹⁷ Dijon, 19 juin 1996, JurisData n° 1996-056509, *JCP* 1998 IV p. 3145

²¹⁸ Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville — Ministère de la santé et des sports, circulaire DHOS/F4 n° 2009-319 du 19 octobre 2009, *relative aux règles de facturation des soins dispensés dans les établissements de santé*

²¹⁹ Dictionnaire de français Larousse éd. 2015

famille. Ainsi, soit il est d'usage de pratiquer l'acte chez les enfants en général (par exemple, il est possible de juger comme usuel, et obligatoire, le fait de vacciner les enfants contre la poliomyélite²²⁰) ; soit *in concreto*, l'on va considérer comme habituel l'acte pour un enfant précis. Il s'inscrit dans une pratique de vie et ne rompt pas avec son passé. À titre d'illustration, il peut être usuel pour un enfant diabétique de recevoir un traitement à base d'insuline, ou de faire l'objet d'un suivi de traitement d'orthodontie²²¹.

Toutefois, le caractère courant n'est pas le seul critère posé par la circulaire, celle-ci précise également que l'acte doit être « *sans gravité* », et ne pas exposer « le malade à un danger particulier ». Un second critère doit donc être ajouté au précédent, qui est celui de *l'absence de gravité importante prévisible*. L'acte ne doit pas comporter de risques ou d'effets secondaires trop importants. Ces risques devant être prévisibles. Dans le domaine médical tous les actes comportent des risques, seuls ceux prévisibles les plus importants seront de nature à faire perdre à l'acte son caractère usuel. Une réaction inattendue du malade au traitement ne devant pas être prise en compte²²². On trouve ici l'idée que l'acte ne doit pas « *engager le devenir du malade* ». Si l'importance des conséquences de l'acte ou de ses effets secondaires est susceptible d'engager son avenir, celui-ci ne pourra être qualifié d'usuel.

101. La circulaire pose donc plusieurs critères : l'acte usuel doit être de pratique courante, selon, une appréciation *in abstracto*, ou bien habituelle pour une personne et s'inscrire dans son passé, selon une appréciation *in concreto*, de plus, il ne doit pas être assorti d'une gravité importante prévisible et par conséquent ne doit pas engager l'avenir du malade.

102. Ces critères se retrouvent dans le travail de divers auteurs. Ceux-ci mettent, selon les cas, l'accent sur le critère de l'absence de gravité ou bien sur celui de la pratique habituelle, en continuité avec le passé. Les professeurs Gouttenoire et Fulchiron²²³

²²⁰ Art. L.3111-3 CSP.

²²¹ GOUTTENOIRE A., TRAVADE –LANNOY S., PIERROT-BLONDEAU J., « Autorité parentale : exercice », *in Droit de la famille* (sous la dir. de P. Murat), Chapitre 234, Dalloz, « Dalloz Action », 2016

²²² Pour une question de sécurité juridique : le tiers ne pouvant pas prévoir la réaction du patient, il semblerait injustifié d'engager sa responsabilité pour ne pas avoir demandé un second consentement alors même que la gravité était imprévisible.

²²³ GOUTTENOIRE A., FULCHIRON H., « Autorité parentale », *Rép. Civ.*, § 46, 2015

retiennent que la détermination d'un acte usuel se fait au regard du passé et de l'avenir de l'enfant. L'acte doit s'inscrire dans un caractère de continuité, si celui-ci constitue une rupture d'avec le passé, il ne saurait être considéré comme un acte usuel. Mais ils ajoutent également le critère de l'absence de gravité en précisant que si l'avenir de l'enfant est profondément engagé par la réalisation de l'acte, il ne sera pas considéré comme usuel. Ils soutiennent l'idée de la double appréciation du caractère usuel, de façon *in abstracto* et *in concreto*.

D'autres auteurs²²⁴ retiennent plutôt le caractère de l'absence de gravité. L'acte usuel ne peut être qu'un acte anodin, sans gravité aucune. Le doyen Cornu explique que le terme « usuel suggère d'abord, dans une échelle de gravité, un genre d'initiatives de peu d'importance »²²⁵. Même si l'acte s'inscrit dans le passé de la personne ou qu'il peut être considéré comme courant, il ne peut être usuel s'il est grave. Toutefois, faire reposer la définition de l'acte usuel sur le seul critère de la gravité est quelque peu délicat, il semble en effet difficile de considérer qu'un acte médical peut être un acte anodin.

103. En résumé, il convient d'adopter pour définition de l'acte usuel celle donnée par la cour d'appel d'Aix en Provence, qui résume ces différents critères : « les actes usuels peuvent être définis comme des actes de la *vie quotidienne, sans gravité*, qui n'engagent pas l'avenir de l'enfant, qui ne *donnent pas lieu à une appréciation de principe essentiel* et ne présentent aucun risque grave apparent pour l'enfant, ou encore, même s'ils revêtent un caractère important, des actes s'inscrivant dans une *pratique antérieure non contestée* »²²⁶. En reprenant les exemples posés par la circulaire ministérielle²²⁷, il semble que l'on puisse alors considérer comme usuels les « *soins obligatoires* » qui sont des traitements habituels pour les enfants selon une appréciation *in abstracto*, tels que les vaccinations obligatoires ; les « *soins courants* » pour lesquels le critère de l'absence de gravité prévisible est applicable et les « *soins habituels* » qui permettent selon une

²²⁴ CORNU G., Droit civil – la famille, 6^{éd.} Montchrestien, n° 83 ; DUVAL--ARNOULD D., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ 1994

²²⁵ CORNU G., *op. cit.*.

²²⁶ Aix en Provence 28 oct. 2011 n° 2011/325 :

<http://ddata.over-blog.com/xxxyyy/1/17/08/53/jurisprudence/aix-en-provence/Aix-281011.pdf>

²²⁷ Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville — Ministère de la santé et des sports, circulaire DHOS/F4 n° 2009-319 du 19 octobre 2009, *relative aux règles de facturation des soins dispensés dans les établissements de santé*

appréciation *in concreto* d'ajouter les soins s'inscrivant dans le passé de l'enfant²²⁸. Comme le dit la circulaire l'exclusion des « hospitalisation [s] prolongée [s], traitement [s] comportant des effets secondaires ou ayant des conséquences invalidantes, actes invasifs tels que l'anesthésie, l'opération chirurgicale », en raison de la rupture d'avec le passé de l'enfant ou de la gravité importante prévisible de ces actes.

104. Quel que soit le critère retenu pour que l'acte usuel puisse être mis en œuvre par l'un seul des deux titulaires de l'autorité parentale, faut-il encore que le tiers soit considéré comme étant de bonne foi.

B) Le tiers de bonne foi visé par l'article 372-2

105. L'article 372-2 du Code civil dispose qu'« à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ». Le fait qu'un acte soit considéré comme usuel n'est donc pas suffisant pour permettre de lui appliquer la présomption de l'article 372-2, il faut que deux conditions supplémentaires soient réunies. La personne se prévalant de la présomption doit être considérée comme étant de bonne foi (1), et doit être un tiers à l'enfant (2).

1) La bonne foi, condition de l'application de l'article 372-2

106. La personne souhaitant se prévaloir de la présomption de l'article 372-2 doit être considérée comme de bonne foi. Comme pour la notion d'acte usuel, il n'existe pas de définition légale de la bonne foi. Elle a pu être définie comme étant la « croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière » ou comme étant le « comportement loyal (ou à tout le moins normal) que requiert notamment l'exécution d'une obligation ; attitude d'intégrité et d'honnêteté »²²⁹. Dans notre cas, il s'agirait plutôt de la première définition, la personne croit valablement qu'elle peut mettre l'acte en œuvre à la demande d'un seul des deux titulaires, car elle ignore l'existence d'un

²²⁸ GOUTTENOIRE A., « Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant », *AJ. Fam.* 2010 p. 12

²²⁹ CORNU G., (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 8e éd., PUF, « Quadrige », 2007

désaccord et agit en conséquence. *A contrario*, lorsque le tiers a une connaissance directe ou indirecte « par un faisceau d'indices concordants qui ne pouvaient qu'éveiller [son] attention »²³⁰ du désaccord entre les parents et du refus de l'un des parents de voir l'acte être mis en œuvre, il doit alors refuser de le faire. S'il procède malgré tout à sa mise en œuvre, il ne pourra alors pas être considéré comme étant de bonne foi, et ne sera plus couvert par la présomption.

107. Il faut ici citer l'exemple de l'arrêt de la cour d'appel de Nîmes en date du 15 septembre 2009²³¹, dans lequel une mère décide de faire suivre son enfant par un psychiatre. Le père fait connaître son opposition au médecin par lettre recommandée. Ce dernier n'en ayant pas tenu compte, sa responsabilité est retenue, car « aucune situation d'urgence ne justifiait qu'il soit passé outre le refus du père ». Le médecin ne peut être considéré comme étant de bonne foi dans la mesure où il est au courant de l'opposition paternelle.

108. Un arrêt en date du 8 février 1999²³², invite à se demander si la présomption est toujours applicable en cas de connaissance par le tiers d'une probabilité de désaccord parental ; peut-il toujours être considéré comme de bonne foi dans ce contexte ²³³ ? Dans cette décision, une mère en instance de divorce demande l'inscription du nom de ses enfants sur son passeport, l'administration refuse et demande la preuve de l'accord paternel. Le Conseil d'État sanctionne cette position en considérant que la présomption trouvait ici application. Or cette solution est surprenante, la présomption d'accord semblant « trouver sa légitimité dans la forte probabilité d'accord parental »²³⁴, en cas de risque important de désaccord, il est logique qu'elle ne soit plus applicable. Le fait d'avoir une famille désunie peut permettre de supposer de « l'existence d'un climat familial conflictuel »²³⁵, et par conséquent de douter de la réalité d'un dialogue et d'un accord mutuel relatif à l'enfant. Il semble légitime pour l'administration de supposer

²³⁰ GOUTTENOIRE A., FULCHIRON H., « Autorité parentale », *Rép. Civ.*, 2015 § 137

²³¹ Nîmes 15 sept. 2009, n° 07/04215, *JurisData* n° 2009-014362

²³² CE 8 fév. 1999 n° 173126, *D.* 2000 somm. 161, obs. Vauvillé ; *Dr.fam.* 1999 n° 40, note Murat ; *Defrénois* 1999 p.944, obs. Massip ; *RTD civ.* 1999 p.360, obs. Hauser

²³³ VAUVILLE F., note sous CE 8 fév. 1999, « inscription d'enfants mineurs sur le passeport d'un des parents », *D.* 2000, p.161

²³⁴ GUINERET-BROBBEL DORSMAN A., SIRE S., « Maman dit oui, papa aussi, ou les regrettables incertitudes de la présomption d'accord en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale », *LPA.*, 31 mars 2003 n° 64 p.5

²³⁵ *Ibid.*, p.6

que ce soit le cas lors d'une instance en divorce, la probabilité d'accord devenant plus faible. Mais le Conseil d'État affirme ici « qu'aucun élément ne [permettait] à l'administration de mettre en doute l'accord réputé acquis de l'autre parent », le juge semble exiger une preuve tangible de l'existence d'un désaccord. Aussi la simple probabilité de désaccord, ne semble pas suffisante pour faire tomber la présomption de l'article 372-2 et il faut bien la preuve de la connaissance d'un désaccord existant pour pouvoir remettre en cause la bonne foi du tiers.

Le tiers fait donc l'objet d'une grande protection puisque sa bonne foi ne sera pas remise en cause en cas de connaissance d'une probabilité de désaccord, mais bien uniquement en cas de connaissance directe ou indirecte de celui-ci. La présomption peut donc être applicable dans de nombreuses situations.

2) Le tiers à l'enfant

109. Cette présomption de bonne foi ne peut être invoquée que par une personne tierce à l'enfant. La notion de tiers n'est pas définie dans le code. Le tiers peut être considéré comme étant la « personne qui est étrangère à un groupe considéré »²³⁶, en l'occurrence l'enfant, ce qui permet d'en écarter les parents. L'instauration de la présomption de l'article 372-2 a en effet pour but d'éviter que « les tiers (entendus au sens large du terme, à savoir des membres de la famille aux administrations) ne soient tentés d'exiger une preuve de l'accord des parents ou une démarche conjointe de leur part (une double signature par ex.) » de façon systématique. La présomption va permettre de simplifier le quotidien des familles en permettant au titulaire de l'autorité parentale d'effectuer un acte usuel sans la preuve du consentement de l'autre. Mais elle va également permettre de protéger le tiers, qui, s'il a mis en œuvre un acte à la demande d'un seul des deux titulaires, ne verra pas sa responsabilité engagée en cas de contestation ultérieure de l'acte par l'autre personne.

110. Les parents n'étant pas tiers à l'enfant, ils ne peuvent se prévaloir de la présomption. Celle-ci n'a pas pour but de leur permettre d'accomplir seuls un acte usuel

²³⁶ Dictionnaire de français Larousse éd. 2015

en se passant du consentement de l'autre titulaire de l'autorité parentale. Or, « cet article est souvent interprété comme donnant la possibilité à un parent d'agir seul, sans concertation avec l'autre parent, pour les actes usuels, un accord n'étant requis que pour l'accomplissement d'actes importants »²³⁷, ce qui a pour conséquence le fait que de nombreux parents, et non des tiers se prévalent de la présomption.

111. Il semble même que dans certains cas, les juges viennent valider le détournement de la présomption par les parents, par exemple, dans un arrêt en date du 8 février 1999²³⁸, relatif à l'inscription des enfants sur le passeport de la mère. La demande avait pour particularité qu'elle était réalisée par la mère seule, alors en instance en divorce. L'administration avait refusé d'y procéder sans preuve de l'accord paternel. La mère demande l'annulation de cette décision en se prévalant notamment de l'article 372-2. Le tribunal administratif rejette la demande de la mère, mais le Conseil d'État vient casser cette décision en affirmant qu'aux termes de l'article 372-2 du Code civil « chacun des parents peut légalement obtenir l'inscription sur son passeport de ses enfants mineurs, sans qu'il lui soit besoin d'établir qu'il dispose de l'accord exprès de l'autre parent, dès lors qu'il justifie exercer, conjointement ou exclusivement, l'autorité parentale sur ces enfants et qu'aucun élément ne permet à l'administration de mettre en doute l'accord réputé acquis de l'autre parent ».

Le Conseil d'État détourne la présomption de son sens initial. En indiquant que par application de l'article 372-2 « chacun des parents peut légalement obtenir l'inscription sur son passeport de ses enfants mineurs, sans qu'il lui soit besoin d'établir qu'il dispose de l'accord exprès de l'autre parent », la présomption est interprétée comme constituant une autorisation pour le parent d'agir seul dès lors qu'il a prouvé qu'il exerçait l'autorité parentale. Or, ce n'est pas ce que dispose l'article 372-2 qui précise bien que c'est « à l'égard des tiers de bonne foi²³⁹ [que] chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale ». Les parents étant en

²³⁷ Assemblée nationale, rapport de Mme Marie-Anne Chapdelaine n° 1925, sur la proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, 7 mai 2014 p. 58

²³⁸ CE 8 fév.1999 n° 173126, *D.* 2000 somm. 161, obs. Vauvillé ; *Dr.fam.* 1999 n° 40, note Murat ; *Defrénois* 1999 p.944, obs. Massip ; *RTD civ.* 1999 p.360, obs. Hauser

²³⁹ Nous soulignons.

instance de divorce, il était parfaitement légitime pour le tiers, l'administration de demander une preuve de l'accord paternel.

112. Afin d'éviter cette dérive, il a un temps été envisagé²⁴⁰, de compléter l'article 372 relatif à l'exercice de l'autorité parentale en précisant que dans ce cadre, les parents « doivent s'informer réciproquement de l'organisation de la vie de l'enfant et prendre ensemble les décisions qui le concernent », et ceci afin d'éviter que « le parent qui vit avec l'enfant prenne des décisions seul et en avise *a posteriori* l'autre parent, qui est ainsi mis devant le fait accompli ». L'article 372-2 devait également être modifié afin de commencer par la précision que « tout acte de l'autorité parentale, qu'il ait un caractère usuel ou important, requiert l'accord de chacun des parents lorsqu'ils exercent en commun l'autorité parentale ». Cette proposition de loi n'ayant jamais abouti, cet ajout n'a pas été effectué, et les parents n'étant pas plus éclairés quant à la notion d'exercice en commun de l'autorité parentale continuent à se prévaloir de la présomption pour passer sans l'accord de l'autre titulaire de l'autorité parentale des actes concernant l'enfant.

113. En conclusion, la présomption de l'article 372-2 du Code civil est applicable pour des tiers à l'enfant n'ayant pas de connaissance directe ou indirecte de l'existence d'un désaccord entre les titulaires de l'autorité parentale, au sujet de la demande de mise en œuvre par l'un d'entre eux, d'un acte usuel de l'autorité parentale. L'acte usuel étant un acte qui s'inscrit dans une pratique courante chez les enfants, selon une analyse *in abstracto*, ou dans une pratique habituelle chez un enfant en particulier, selon une appréciation *in concreto*, qui ne porte pas une atteinte importante et prévisible à l'intégrité physique ou morale²⁴¹ du mineur et qui n'est pas sujet à d'importantes controverses.

En droit médical, il semble que cela puisse recouvrir²⁴² les « *soins obligatoires* » pour les enfants, tels que certaines vaccinations ; les « *soins courants* » pour les enfants en général, tels que les soins prodigués pour des maladies infantiles courantes, les soins

²⁴⁰ Assemblée nationale, rapport de Mme Marie-Anne Chapdelaine n° 1925, *op. cit.*, p.56-58

²⁴¹ Il s'agit ici de préserver également les atteintes pouvant être portées au droit de la personnalité du mineur.

²⁴² Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville - Ministère de la santé et des sports, circulaire DHOS/F4 n° 2009-319 du 19 octobre 2009, *relative aux règles de facturation des soins dispensés dans les établissements de santé*

apportés pour des blessures superficielles ou infections bénignes ; les soins « *habituels* » pour des enfants précis, comme la poursuite d'un traitement, ou la consultation chez le médecin habituel²⁴³. Il conviendra d'exclure les actes « *lourds* » pouvant « *engager le devenir du malade et ayant une probabilité non négligeable de survenir* » tels que les hospitalisations prolongées, les traitements comportant des effets secondaires importants ou ayant des conséquences invalidantes ; les actes très invasifs comme les opérations chirurgicales ou les anesthésies ; à cette liste, il faut également ajouter les actes faisant l'objet d'une controverse importante ou d'une absence de consensus médical comme les actes relatifs à la psychiatrie. Cette liste devant être appréciée en fonction des circonstances de chaque espèce.

114. Lorsque ces conditions sont réunies, le parent peut demander seul à mettre en œuvre l'acte. Toutefois, il est censé avoir un dialogue préalable avec l'autre titulaire de l'autorité parentale afin de s'assurer de son accord. Or, il arrive dans certains cas que les parents soient en désaccord par rapport aux actes devant être effectués sur la personne de l'enfant. Le désaccord peut conduire à une véritable situation de blocage puisque, par principe, l'exercice en commun de l'autorité parentale impose la nécessité d'un double accord avant de pouvoir mettre en œuvre les soins. Le législateur est venu mettre en place différentes solutions afin de permettre de surmonter cette situation et de prodiguer des soins au mineur.

²⁴³ Une première consultation constituant une rupture d'avec son passé, le double accord sera nécessaire

II La délivrance de soins au mineur sans le consentement des titulaires de l'autorité parentale

115. L'exigence du double consentement parental est susceptible d'engendrer des difficultés dans la délivrance des soins, lorsque les titulaires de l'autorité parentale sont en désaccord quant aux soins devant être effectués sur la personne de l'enfant. Le consentement à l'acte médical ne constitue pas une simple adhésion à une décision déjà prise par le médecin, et les parents ou l'un d'entre eux ont le droit de refuser l'acte. Le parent peut être en désaccord par rapport au traitement proposé par le médecin. Il peut même chercher à imposer un autre traitement au médecin. Or, il faut noter que les juges ont déjà estimé par le passé qu'« il n'appartient [...] qu'au médecin lui-même de déterminer les mesures qu'appelle l'état du malade, sans qu'il puisse accepter de se voir imposer une thérapeutique par le malade lui-même, quelle que soit sa qualité »²⁴⁴. Dans cette affaire, le patient était lui-même médecin, mais ce principe demeure valable de manière générale. Pour les mineurs, les juges ont estimé que « le désir légitime des parents de tout mettre en œuvre pour favoriser la guérison de leur enfant ne leur permet pas de demander à l'État de s'immiscer dans les relations entre patients et praticiens et dans l'exercice indépendant de l'art médical en exigeant la réalisation d'une intervention chirurgicale dont l'appréciation de la pertinence ne relève pas, de surcroît, du débat judiciaire, mais de la seule compétence des professionnels de santé devant en conscience et dans l'intérêt de l'enfant décider du traitement le plus adapté à son état »²⁴⁵.

116. Le désaccord entre les parents et le médecin ou entre les parents eux-mêmes, va conduire à une situation de blocage. En raison du principe du recueil du double consentement parental, le médecin devra s'abstenir de pratiquer l'acte. La majorité des professionnels de santé interrogés soulignent la difficulté qu'ils ont dans le suivi de l'enfant lorsque les parents sont séparés. Un médecin souligne ainsi : « Je ne peux m'en

²⁴⁴ CAA Lyon 15 mai 2007, n° 04LY00116, JurisData n° 2007-352888, *AJDA* 2007 p.1470, note Kolbert : dans cet arrêt, le patient cardiologue a réclamé la réalisation d'un traitement pour ses troubles du rythme cardiaque, selon des protocoles non admis à l'époque, son médecin accepte. Le patient est par la suite victime d'un AVC. Les juges considèrent que le comportement du patient n'est pas de nature à exonérer l'hôpital de sa responsabilité, le patient ne pouvant imposer un traitement au médecin.

²⁴⁵ TGI Paris, ord. Réf., 29 nov. 2005, n° 05/59 998, arrêt cité par : RUDE-ANTOINE E., « La décision médicale et la relation médecin-patient en oncologie », *Médecine et droit*, 2017 p. 15-23

tenir qu'aux informations données par le parent présent, je ne peux pas me procurer le jugement de divorce, m'assurer du consentement du parent absent... je n'en ai pas les moyens matériels ni la possibilité, et j'estime que ce n'est pas mon travail. Je me positionne en soignant et pas en juriste. Si je dois en plus m'assurer du consentement du parent absent (et inconnu de moi), je ne prends plus en charge aucun enfant de parents divorcés, par principe et pour m'éviter des ennuis ».

Cette situation peut, à terme, s'avérer néfaste pour la santé du mineur. Pour surmonter cette difficulté, le législateur a prévu diverses solutions. Dans certains cas, tels que l'urgence ou lorsque les parents opposent un refus de soin susceptible d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur, le médecin pourra délivrer les soins directement même en l'absence de consentement parental (A). Lorsque ces hypothèses ne permettent pas de résoudre le blocage, il existe également la possibilité de recourir au juge (B).

A) La délivrance par le médecin de soins au mineur en l'absence de consentement des titulaires de l'autorité parentale

117. Le législateur est venu permettre au médecin de délivrer des soins au mineur sans le consentement des titulaires de l'autorité parentale. Lorsque les conditions sont remplies, le médecin peut directement intervenir sans avoir besoin de l'accord du juge. Pour les actes ne bénéficiant pas d'une législation spécifique, cette possibilité est prévue en cas d'urgence ou du refus risquant d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur (1). Le Code de la santé publique vient également prévoir cette hypothèse pour certains actes médicaux spécifiquement réglementés (2).

1) L'intervention directe du médecin sans l'accord des titulaires de l'autorité parentale pour les actes non spécifiquement réglementés

118. Le législateur est venu prévoir deux cas permettant au médecin de délivrer des soins au mineur en se passant du consentement des titulaires de l'autorité parentale. Il s'agit de la question du refus de soins par l'un ou les titulaires de l'autorité parentale qui

risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur (a), ainsi que de la délivrance d'un traitement dans l'urgence (b).

a. *L'intervention directe du médecin en cas de refus de soins risquant d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur*

119. Afin de surmonter un refus de soins risquant d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur, le législateur est venu mettre en place une exception permettant au médecin de réaliser un acte médical en l'absence de consentement de l'un ou des titulaires de l'autorité parentale. Cette exception est prévue à l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, qui dispose que « lorsque le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale [...] risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur », le médecin peut alors délivrer « *les soins indispensables* »²⁴⁶. Il doit en effet « être le défenseur de l'enfant lorsqu'il estime que l'intérêt de sa santé est mal compris ou mal préservé par son entourage »²⁴⁷

120. Pour que le médecin puisse agir sur le fondement de cet article, deux conditions doivent être remplies. D'une part, des conséquences graves doivent peser sur la santé de l'enfant. En cas de conséquences « bénignes », le médecin ne pourra intervenir et sera dans l'obligation de respecter le refus de soins émis par le ou les titulaires de l'autorité parentale. Ce critère semble toutefois abstrait et délicat à déterminer, comment savoir à l'avance si les conséquences seront bénignes ou non ? La détermination d'un tel critère relevant plutôt du corps médical, ces interrogations ne seront pas menées plus en avant. Le médecin doit toutefois prêter attention à ce point avant de procéder à un acte qui serait contraire à l'avis d'un ou des parents.

D'autre part, ces conséquences graves doivent découler du refus parental et non de la simple évolution naturelle de la maladie. Celle-ci doit être influencée par le refus. Autrement dit, si les conséquences graves avaient des chances de survenir y compris en cas d'accord des titulaires de l'autorité parentale pour la réalisation des soins, alors la condition de causalité entre le refus et les conséquences graves n'est pas remplie. Il est

²⁴⁶ NEIRINCK C., « *Enfance* », Rép. Civ., § 797 et s., 2016

²⁴⁷ Art. R. 4127-43 CSP ; MOURALIS J-L., " *Normes déontologiques : Code de déontologie des médecins*", Lamy droit de la santé, étude 166, 2009, § 166-85

également difficile de déterminer ce lien de causalité. On retrouve l'idée d'une inaction parentale, à l'origine de ces conséquences. Autant cette causalité devrait pouvoir facilement être déterminée en cas de refus de soins, autant cela semble plus délicat en cas de refus d'un traitement en particulier.

121. En présence d'un refus de traitement qui risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé de l'enfant, le médecin est autorisé à intervenir, mais son action demeure limitée puisqu'il devra se contenter de délivrer les soins indispensables. Ce qui sous-entend qu'il ne pourra mettre en œuvre que les traitements qui s'imposent à la sauvegarde de la santé du mineur et ne pourra aller au-delà. Dans l'hypothèse d'une inaction parentale, il est également possible de saisir le juge des enfants, si les autres conditions en sont remplies, afin qu'il prononce les mesures d'assistance éducative qui s'imposent pour protéger l'enfant²⁴⁸. Le législateur a prévu d'autres cas dans lesquels le médecin peut intervenir malgré le refus parental.

b. L'intervention directe du médecin en cas d'urgence

122. « Le droit reconnu au patient [...] d'accepter ou de refuser tout acte médical ou traitement constitue une liberté fondamentale »²⁴⁹ qui découle des articles 16 et suivants du Code civil relatifs au principe de dignité de la personne humaine. En conséquence, l'article 16-3 rappelle que le consentement du patient doit être obligatoirement recueilli préalablement « hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ». Cette idée, reprise au sein du Code de la santé publique, renvoie à la question de l'urgence. L'article L. 1111-4 rappelle en effet qu'« aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne » et que « lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ». Le médecin est donc autorisé à intervenir sur la personne du patient, même en l'absence de consentement, en cas d'urgence.

²⁴⁸ V. § 114 et s.

²⁴⁹ TA Lyon 9 août 2002, n° C9357, *Gaz. Pal.* 17 sept. 2002 n° 260 p.8

123. Ce principe est également applicable au cas du mineur²⁵⁰. L'article R. 4127-42 du Code de la santé publique instaure une procédure spécifique à cette situation. Le « médecin appelé à donner des soins à un mineur [...] doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir leur consentement. En cas d'urgence, même si ceux-ci ne peuvent être joints, le médecin doit donner les soins nécessaires ». Ce texte commence par rappeler le principe de recueil préalable du consentement parental, avant délivrance des soins à un mineur. Toutefois, on remarque que le texte utilise le terme « s'efforcer d'obtenir » et non pas celui « d'obtenir », ce qui ouvre la possibilité à une intervention sur le mineur sans l'accord parental. L'article introduit ici le cas de l'urgence médicale en permettant au médecin, lorsque celle-ci est présente, de soigner l'enfant, même s'il n'a pas pu obtenir le consentement parental pour soigner le mineur. Cela correspond au cas où le médecin n'a pu joindre les parents, mais il est également possible de supposer que cela recouvre la situation dans laquelle ils ont refusé l'acte. L'abstention médicale en cas d'urgence pouvant s'avérer plus que préjudiciable pour la santé de l'enfant, il pourra intervenir²⁵¹.

124. Il reste à déterminer ce qu'est une situation d'urgence en matière médicale. L'urgence peut se définir comme « le caractère d'un état de fait susceptible d'entraîner s'il n'y est porté remède à bref délai, un préjudice irréparable »²⁵². Dans le domaine médical, l'urgence va concerner « toute symptomatologie dont le diagnostic et surtout le traitement, voire l'orientation, ne peuvent être différés »²⁵³. En l'absence d'intervention immédiate « la vie de l'enfant serait définitivement compromise ou sa santé et son intégrité physique atteintes d'une manière irréversible »²⁵⁴. On comprend que dans cette situation, les soins doivent être administrés le plus rapidement à l'enfant, au risque de voir son état se détériorer très rapidement. Il est à noter que l'urgence recouvre non seulement, les soins devant être apportés au patient afin de préserver sa santé, il s'agit de l'urgence dite thérapeutique, mais qu'elle recouvre également l'intégralité des actes médicaux devant être accomplis en vue d'établir un diagnostic

²⁵⁰ NEIRINCK C., « *Enfance* », Rép. Civ., 2016, § 797 et s.

²⁵¹ GARAY A., « La responsabilité des médecins urgentistes dans la prise en charge des enfants », *Gaz. Pal.*, 06 mai 2003, n° 126, p. 2

²⁵² CORNU G., (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 8e éd., PUF, « Quadrige », 2007

²⁵³ POURRIAT J-L., KIERZEK G., " La responsabilité du médecin face à l'urgence", *Médecine et droit*, 2006 n° 78 p.91-97

²⁵⁴ DEISS A., « Le juge des enfants et la santé des mineurs », *JCP*. 1983, I, n° 3125

(tels que les radiographies, prises de sang...), ce qui représente l'urgence diagnostique²⁵⁵. La loi n'utilisant que le terme large de l'urgence, il faut en conclure que l'action du médecin en l'absence de consentement parental peut s'appliquer aussi bien au niveau du diagnostic qu'au niveau de la thérapeutique.

125. Le médecin sera protégé contre d'éventuelles poursuites engagées par les parents, puisque « l'obligation faite au médecin de toujours respecter la volonté du malade [...] n'en trouve pas moins sa limite dans l'obligation qu'a également le médecin [...] de protéger la santé, c'est-à-dire en dernier ressort la vie elle-même de l'individu ; il s'ensuit que ne saurait être qualifié de fautif le comportement de médecins qui, dans une situation d'urgence, lorsque le pronostic vital est en jeu, et en l'absence d'alternative thérapeutique, pratiquent les actes indispensables à la survie du patient et proportionnés à son état [...] fût-ce en pleine connaissance de la volonté préalablement exprimée par celui-ci de les refuser »²⁵⁶. Aussi en situation d'urgence, le médecin qui accomplit « un acte indispensable à [la survie du patient], et proportionné à son état »²⁵⁷ ne pourra faire l'objet d'une condamnation.

126. L'action du médecin dans le contexte de l'urgence semble être plus large que dans le contexte du refus parental pouvant entraîner des conséquences graves sur la santé du mineur. En effet, ici, il importe peu que les parents refusent les soins pour que soit caractérisée la situation d'urgence. Le médecin pourrait intervenir alors même que les parents n'ont simplement pas pu être contactés, ce qui n'est pas le cas avec le fondement précédent. L'action du médecin est également plus grande puisqu'il peut délivrer les soins nécessaires et non pas uniquement les soins indispensables. Le terme de « nécessaire » semble permettre une marge de manœuvre plus importante pour le médecin que le terme d'indispensable.

127. Le praticien en cas d'absence de consentement délivré par le ou les titulaires de l'autorité parentale aura donc deux possibilités pour intervenir directement. En cas de

²⁵⁵ GABRIEL A., *Le mineur, quel acteur de santé ?* (sous la direction de Anne Laude) Th. Dactyl. Paris-Descartes 2011

²⁵⁶ CAA Paris, 9 juin 1998 n° 95PA03653, Juris-Data n° 050721, *D.* 1999 p.277, note Pélissier ; *RFDA* 1998 p. 1231, concl. Heers

²⁵⁷ CE 26 oct. 2001 n° 198546 *Senanayaké*, *AJDA* 2002 p. 259, note Deguergue ; *RGDM* 2003 n° 8 p.111, obs. Pain-Masbrenier

refus de soins créant des conséquences graves pour la santé de l'enfant, il agira afin de délivrer les soins indispensables. En cas d'urgence, il délivrera les soins nécessaires après avoir tenté d'obtenir un consentement. Hormis ces deux cas, en l'absence de consentement des titulaires de l'autorité parentale, le médecin pourra directement intervenir sur la personne du mineur pour certains actes spécifiquement réglementés.

2) L'intervention directe du médecin sans l'accord des titulaires de l'autorité parentale pour les actes spécifiquement réglementés

128. Au sein du Code de la santé publique, et parmi les actes faisant l'objet d'une réglementation spécifique, il existe plusieurs situations dans lesquelles le médecin peut intervenir malgré le désaccord parental. Les questions de la délivrance de soins psychiatriques sans consentement²⁵⁸ et de la fin de vie du mineur²⁵⁹ ont déjà été citées. Lorsque le mineur est admis en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'état, il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement des titulaires de l'autorité parentale pour son admission. Bien qu'en principe ils continuent à exercer les droits de leur enfant, il a été relevé que dans la pratique, les titulaires de l'autorité parentale n'étaient pas toujours informés de la situation de leur enfant. Il a été constaté que le rôle des titulaires de l'autorité parentale était amoindri pour la mise en œuvre d'actes relatifs à la fin de vie, et en particulier pour la question de l'arrêt des traitements du mineur. Ces derniers pouvant être stoppés malgré le désaccord parental. Aussi nous ne reviendrons pas sur ces deux points.

129. Il existe une situation dans laquelle le médecin peut exceptionnellement mettre en œuvre un acte malgré le désaccord des titulaires de l'autorité parentale. Il s'agit de l'interruption volontaire de grossesse²⁶⁰. Conformément à l'article L. 2212-1, « la femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin

²⁵⁸ V. § 79 et s.

²⁵⁹ V. § 56 et s.

²⁶⁰ Dans le domaine de la recherche biomédicale, nous avons également vu qu'un acte pouvait être accompli avec le consentement d'un seul des deux titulaires de l'autorité parentale. La situation est différente, puisque cette exception concerne le cas où l'autre titulaire ne peut donner son accord dans des délais compatibles avec les exigences de la recherche. Nous ne sommes donc pas en présence d'un conflit parental quant à la mise en œuvre d'une recherche. V. § 70

ou à une sage-femme l'interruption de sa grossesse ». Cette possibilité est ouverte aux mineures²⁶¹. Dans son cas, une consultation préalable sera obligatoirement organisée avec « une personne ayant satisfait à une formation qualifiante en conseil conjugal ou toute autre personne qualifiée dans un établissement d'information, de consultation ou de conseil familial, un centre de planification ou d'éducation familiale, un service social ou un autre organisme agréé » afin de lui prodiguer une assistance ou des conseils adaptés à sa situation²⁶².

130. En principe, l'acte ne peut être accompli qu'avec l'accord d'au moins l'un des deux titulaires de l'autorité parentale. Le refus de l'un des deux titulaires de l'autorité parentale n'est donc pas un obstacle à l'interruption volontaire de grossesse. Cette solution permet d'éviter une situation de blocage en cas de désaccord entre les titulaires de l'autorité parentale et de pouvoir intervenir rapidement²⁶³. En effet, il faut rappeler que l'interruption volontaire de grossesse ne peut être pratiquée que jusqu'à la fin de la douzième semaine de grossesse²⁶⁴.

131. Si les deux titulaires de l'autorité parentale refusent l'acte, ou que la mineure souhaite conserver le secret sur son état. Le médecin, après avoir tenté d'obtenir son consentement à l'avertissement des titulaires de l'autorité parentale, pourra pratiquer l'acte sur le seul consentement de la mineure si celle-ci persiste dans son refus. Elle devra alors être accompagnée de la personne majeure de son choix. Elle n'est ainsi pas isolée lors de la mise en œuvre de ces démarches²⁶⁵. On remarque que la mineure est dotée d'une grande autonomie puisque son consentement seul permet la mise en œuvre de l'acte. Toutefois, ce n'est que l'exception, le principe restant l'obtention du consentement des titulaires de l'autorité parentale.

132. Il est possible de rencontrer des situations n'entrant pas dans les cas précités, les actes médicaux ne peuvent être mis en œuvre soit en raison du désaccord des parents

²⁶¹DREIFUSS-NETTER F., « Législations spécifiques - éthique et biotechnologies, Interruption volontaire de grossesse », Droit médical et hospitalier, Lexis Nexis, fasc. 33-1, 2008

²⁶² Art. L.2212-4 CSP

²⁶³ Avant l'adoption de cette disposition, l'impossibilité de pratiquer l'intervention sans l'accord parental a posé de nombreuses difficultés : par ex. pour un cas de refus manifestement abusif : CA Bordeaux, 4 déc. 1991, JurisData n° 1991-050482, D. 1993 p. 129, note Dubaele ; *RTD civ.* 1992, p. 554, obs. Hauser

²⁶⁴ Art. L.2212-1 CSP

²⁶⁵ DREIFUSS-NETTER F., *op. cit.*, § 16

entre eux, soit en raison du désaccord de ceux-ci avec le médecin. Ce cas de figure pouvant, à terme, s'avérer préjudiciable pour le mineur, le législateur a prévu la possibilité de faire intervenir le juge afin de régler le conflit et de permettre la mise en œuvre de l'acte.

B) La délivrance par le médecin de soins au mineur avec l'accord du juge

Le principe d'exercice en commun de l'autorité parentale impose au médecin l'obtention préalable du consentement des deux titulaires de l'autorité parentale avant d'intervenir sur la personne de l'enfant. Lorsque l'un ou les titulaires de l'autorité parentale refusent l'acte il ne pourra être réalisé. Le médecin ne pourra pas intervenir sauf en cas d'urgence ; de refus pouvant entraîner des conséquences graves sur la personne de l'enfant ; ou lorsque son intervention a été spécifiquement prévue par le législateur. Dans les autres cas de figure, il est possible de saisir le juge afin résoudre la situation conflictuelle. Il existe deux juges pouvant intervenir dans les problèmes relatifs aux mineurs, le juge aux affaires familiales (1) et le juge des enfants (2). Cette situation ne semble pas courante dans la pratique. Aucun des professionnels de santé interrogés n'a eu recours à ce mécanisme. Lorsque se présente le cas d'un refus parental, tous les praticiens vont chercher à comprendre les raisons du refus parental et vont tenter de les faire changer d'avis. Ils vont prendre du temps pour réexpliquer la situation, la souffrance de l'enfant, la méthode d'intervention et ses effets. Certains médecins vont demander à un autre collègue de se prononcer sur le cas du patient. Lorsque son avis converge avec le sien, cela suffit souvent à faire changer les parents d'opinion. Si le ou les parents persistent dans leur refus, la position est alors très différente d'un professionnel à l'autre. Sur les 25 praticiens interrogés, 11 d'entre eux s'abstiennent de prendre en charge l'enfant, 8 le traitent en se contentant d'un seul consentement parental. Dans ce cas, certains font signer « une décharge » par le parent qui refuse le soin. Quel que soit le cas de figure, l'une des principales difficultés pour les professionnels de santé lorsqu'ils doivent suivre un mineur se trouve dans les rapports avec les parents. Certains ne sont pas « disponibles », d'autres sont « trop inquiets, trop indifférents ». Ils vont parfois « se décharger totalement sur le professionnel de santé ». Les médecins soulignent également les nombreux problèmes engendrés lorsque les parents sont séparés.

1) L'incertaine compétence du juge aux affaires familiales pour autoriser la mise en œuvre des soins sur la personne du mineur

133. Depuis l'introduction du principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale y compris dans les familles désunies²⁶⁶, le risque de voir se créer des désaccords entre les parents concernant les décisions à prendre pour l'enfant est accru. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, le législateur apportait une solution pour surmonter le conflit parental. Un article 372-1-1²⁶⁷ au sein du Code civil disposait que lorsque « *les père et mère ne parvenaient pas à s'accorder sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, la pratique qu'ils avaient précédemment pu suivre dans des occasions semblables leur tiendrait lieu de règle* » et qu'« *à défaut d'une telle pratique ou en cas de contestation sur son existence ou son bien-fondé, le parent le plus diligent pourra saisir le juge aux affaires familiales qui statuera après avoir tenté de concilier les parties* ». En cas de conflit, les parents devaient donc opter pour la solution antérieurement retenue, et, si cela ne suffisait pas, ils pouvaient saisir le juge aux affaires familiales qui statuait « *après avoir tenté de concilier les parties* ». L'autorité parentale étant exercée notamment dans le but de protéger la santé de l'enfant²⁶⁸, il était donc imaginable que des parents ayant des divergences d'opinions quant à une décision médicale à prendre puissent saisir le juge aux affaires familiales pour résoudre le litige.

Ce texte a été abrogé par la loi du 4 mars 2002, sans être remplacé par un texte équivalent. Se pose dès lors la question de la compétence du juge aux affaires familiales à intervenir en cas de divergences survenant au cours de l'exercice de l'autorité parentale, concernant l'enfant. En l'absence d'un texte clair, la doctrine est venue se prononcer pour **(b)** ou contre **(a)** l'intervention du juge aux affaires familiales en la matière.

²⁶⁶ Art. 373-2 Cc.

²⁶⁷ Version abrogée au 5 mars 2002

²⁶⁸ Art. 371-1 Cc.

a. *Les arguments en défaveur de l'intervention du juge aux affaires familiales pour autoriser les soins sur la personne du mineur*

134. Pour le professeur Salvage-Gerest, l'abrogation de l'article 372-1-1 a entraîné la disparition de la compétence du juge aux affaires familiales pour régler les « problèmes ponctuels soulevés par l'exercice en commun de l'autorité parentale »²⁶⁹. L'auteur considère qu'en l'absence de disposition expresse permettant au juge d'être saisi, celui-ci n'est plus compétent pour ce type de conflit. Il faudra alors se tourner vers d'autres mécanismes pour surmonter la difficulté. Les parents peuvent tenter de le résoudre par eux-mêmes en faisant, au besoin, appel à un médiateur. Le juge des enfants pourrait également être saisi si les conditions en sont réunies. L'auteur pense que cette solution de l'absence de compétence du juge aux affaires familiales est la seule viable compte tenu du contexte actuel. En effet, lors de la rédaction de l'article 372-1-1²⁷⁰ l'autorité parentale exercée en commun ne pouvait l'être que par des parents mariés et vivants ensemble. Les sources de conflit et de divergence quant à l'éducation de l'enfant étaient moindres par rapport à notre époque où de nombreux parents vivent séparément et n'ont pas l'occasion de dialoguer quotidiennement. Si l'on ouvrait la possibilité aux titulaires de l'autorité parentale de saisir le juge aux affaires familiales en cas de conflit mineur relatif à l'exercice de cette autorité, celui-ci risquerait vite de se voir déborder par les demandes. Inciter les parents à se concerter semble être la meilleure solution.

135. Toutefois, à cette théorie, diverses objections tenant à l'élargissement de l'exercice en commun de l'autorité parentale peuvent être soulevées. De nombreux parents vivent aujourd'hui séparément pour certains après des séparations conflictuelles, et il est illusoire de les imaginer se concertant seuls alors qu'ils n'ont pu le faire précédemment, lorsqu'ils étaient ensemble. Aussi pour plusieurs auteurs, la saisine du juge aux affaires familiales demeure possible.

²⁶⁹ SALVAGE-GEREST P., « Le juge des affaires familiales (de l'homme-orchestre du divorce à l'homme-orchestre de l'autorité parentale) », *Dr.fam.*, avril 2003, n° 4

²⁷⁰ Pour mémoire cet article a été introduit par la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 *relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales* ; et auparavant, la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 *relative à l'autorité parentale* leur permettait de saisir le juge des tutelles dans le même contexte (anc. Art. 372-1).

b. *Les arguments en faveur de l'intervention du juge aux affaires familiales pour autoriser les soins sur la personne du mineur*

136. La disparition de l'article 372-1-1 ne représente pas pour l'ensemble de la doctrine un obstacle à la saisine du juge aux affaires familiales. Il pourra être saisi sur d'autres fondements que le *désaccord sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant*. Pour comprendre le maintien de la possibilité de saisir le juge aux affaires familiales, il faut examiner la proposition de loi du 4 mars 2002²⁷¹ dans laquelle le législateur justifie la suppression de l'article 372-1-1 par son inutilité²⁷². Ce texte était remplacé, dans l'esprit du législateur, par un article 372-5²⁷³. Pour éviter une redondance, le législateur a donc décidé de le supprimer. Par la suite, devant le sénat, ce nouvel article 372-5 est modifié et renuméroté et correspond aux articles 373-2-8 et 373-2-11 tels que nous les connaissons aujourd'hui. Il ne semblait donc pas être de la volonté du législateur de faire disparaître cet article, celui-ci n'était supprimé qu'en raison de sa redondance avec d'autres textes. Toutefois, il est aisé de se rendre compte que, bien que dans l'esprit du législateur l'article 372-2 ait été remplacé par un texte de contenu équivalent, l'équivalence n'est pas exacte. On le remarque en analysant le contenu de ces articles.

137. L'article 372-1-1 d'origine, disposait que :

« Si les père et mère ne parvenaient pas à s'accorder sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, la pratique qu'ils avaient précédemment pu suivre dans des occasions semblables leur tiendrait lieu de règle. À défaut d'une telle pratique ou en cas de contestation sur son existence ou son bien-fondé, le parent le plus diligent pourra saisir le juge aux affaires familiales qui statuera après avoir tenté de concilier les parties ».

Se retrouvent dans ce texte deux idées : en cas de conflit concernant l'intérêt de l'enfant, les parents tentent d'abord de le résoudre en s'appuyant sur la pratique

²⁷¹ Proposition de loi de M. Jean-Marc Ayrault *relative à l'autorité parentale*, n° 3074, déposée le 17 mai 2001

²⁷² Assemblée nationale, *rapport de M. Marc Dolez n° 3117 sur la proposition de loi relative à l'autorité parentale*, 13 juin 2001, p.56 : « Le paragraphe II (*nota* : de l'article 7 du projet de loi) abroge divers articles sur l'autorité parentale, devenus inutiles en raison de la restructuration de ces dispositions »

²⁷³ *Ibid.*, p.57 : « les principes ainsi énoncés sont, en effet, repris aux articles 372-4 (médiation) et 372-5 ».

précédemment admise, et si cela n'est pas suffisant, ils pourront saisir le juge aux affaires familiales.

138. Dans un premier temps, cet article a été repris, selon le législateur, par un article 372-5²⁷⁴. En analysant le contenu de cet article, il est aisé de réaliser qu'il ne reprend que certaines idées de l'article 372-1-1, et n'est pas équivalent à celui-ci. En effet, l'article 372-1-1 permettait de saisir le juge aux affaires familiales de façon générale en cas de problèmes liés à l'exercice de l'autorité parentale, lorsque les parents ne parvenaient pas à s'accorder sur « l'intérêt de l'enfant ». L'article 372-5 permet quant à lui de saisir le juge en cas de litige lié aux modalités d'exercice de l'autorité parentale. Cet article a donc une portée plus restreinte que l'article 372-1-1.

139. Par la suite devant le sénat, l'article 372-5 est modifié et rescindé en plusieurs articles. Un nouvel article 373-2-8 dispose que le juge peut être saisi pour statuer sur les « modalités d'exercice de l'autorité parentale », et un article 373-2-11 dispose que « lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération : 1° La pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure ». Là encore, on retrouve uniquement l'idée selon laquelle le juge statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et non pas sur les difficultés rencontrées lors de cet exercice. Selon le législateur, l'article 372-1-1 a été abrogé, car repris et donc devenu inutile, or ce n'est pas le cas, et la compétence du juge se trouve réduite. Cette limitation de la compétence du juge paraît n'être qu'involontaire de la part du législateur, en raison d'une mauvaise rédaction, et ce dès l'origine de la proposition de loi.

140. La doctrine ne s'est pas laissée leurrer par cette erreur, et pour plusieurs auteurs²⁷⁵, le juge aux affaires familiales conserve sa compétence. Celui-ci pourra être saisi notamment sur le fondement de l'article 373-2-6 qui dispose que « le juge du tribunal de grande instance délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui

²⁷⁴ « Le juge peut également être saisi par l'un des parents, un membre de la famille ou le ministère public à l'effet de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, [...]. Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération : 1° La pratique qu'ils avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure ».

²⁷⁵ BONFILS P., GOUTTENoire A., *Droit des mineurs*, 2^e éd., Dalloz, « Précis », 2014 ; LARRIBAU-TERNEYRE V., « *Autorité parentale* », *Rép. Proc. Civ.*, 2014, § 243 et s.

sont soumises dans le cadre du présent chapitre en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs ».

141. Fonder l'intervention du juge aux affaires familiales sur cet article semble toutefois le détourner de son contexte. Les articles de ce chapitre ne traitent pas explicitement du désaccord parental lors de l'exercice de leur autorité parentale. Toutefois, comme le juge aux affaires familiales est censé veiller à « la sauvegarde des intérêts de l'enfant » sa compétence semble justifiée. C'est l'interprétation qu'en font les professeurs Gouttenoire et Fulchiron, pour qui « la généralité de ce texte, qui s'applique à l'ensemble des dispositions relatives à l'autorité parentale, permet sans doute de considérer que le juge aux affaires familiales a nécessairement compétence pour trancher les conflits parentaux résultant d'un exercice en commun de l'autorité parentale »²⁷⁶.

142. En droit de la santé, l'argument du maintien de la compétence du juge aux affaires familiales est appuyé par l'article R. 3711-13 du Code de la santé publique, relatif au choix du médecin traitant qui fait toujours référence à l'article 372-1-1. Il précise qu'« en cas de désaccord entre le père et la mère, le juge aux affaires familiales choisit le médecin traitant du mineur dans les conditions de l'article 372-1-1 du Code civil ».

En cas de litige relatif à l'intérêt de l'enfant, il est donc toujours possible de saisir le juge aux affaires familiales. Cette hypothèse est implicitement confirmée en matière médicale par un arrêt de la Cour de cassation en date du 15 mars 2017²⁷⁷. Dans cette espèce, une mère divorcée souhaite faire bénéficier son enfant d'un traitement médical à base d'hormones de croissance. Le père s'étant opposé à cet acte, elle saisit le juge aux affaires familiales afin qu'il tranche le conflit. Ce dernier, se reconnaît compétent et rappelle que le conflit parental doit alors être réglé « en considération du seul intérêt de l'enfant ». La disparition de l'article 372-1-1 n'empêche donc pas le juge aux affaires familiales d'intervenir pour régler le conflit parental opposant les parents quant au traitement devant être prodigué à l'enfant.

²⁷⁶ GOUTTENOIRE A., FULCHIRON H., « *Autorité parentale* », Rép. Civ., § 158, 2017

²⁷⁷ 15 mars 2017, n°16-24.055, JurisData n°2017-004646, Dr. Fam. 2017, comm. Millerioux

Le juge peut être saisi par les parents, mais également par le ministère public, notamment à la demande d'un tiers²⁷⁸. En revanche, le médecin n'a pas qualité pour saisir directement le juge. En cas de conflit, il devra nécessairement passer par le ministère public qui pourra éventuellement procéder à cette saisine. Le médecin devra démontrer son intérêt à agir. Le juge aux affaires familiales s'efforcera dans un premier temps de concilier les parties²⁷⁹ en proposant, le cas échéant, une mesure de médiation. Il pourra résoudre le conflit en prenant en compte les divers éléments évoqués à l'article 373-2-11²⁸⁰.

Le juge des enfants pourrait également être saisi pour résoudre le conflit.

2) La compétence du juge des enfants en cas de refus de soins des titulaires de l'autorité parentale

143. Un autre juge pourrait être compétent pour résoudre un conflit en matière médicale, il s'agit du juge des enfants. Conformément à l'article 375 du Code civil, il peut intervenir lorsque « la santé ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger ». Il est saisi par les parents conjointement ou séparément, mais également par le ministère public. En cas de conflit entre les parents et le médecin, ce dernier n'a pas qualité pour agir pour le mineur, et ne pourra pas saisir directement le juge, il devra passer par le ministère public.

144. Ce n'est pas le juge des enfants qui consentira aux soins, mais il pourra prononcer des mesures dites d'assistance éducative. L'assistance éducative va lui permettre de désigner une personne chargée « d'apporter aide et conseil à la famille, afin de surmonter les difficultés matérielles ou morales qu'elle rencontre »²⁸¹. Le juge

²⁷⁸ Art. 373-2-8 Cc.

²⁷⁹ Art. 373-2-10 Cc.

²⁸⁰ « 1° La pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure ; 2° Les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1 ; 3° L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre ; 4° Le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l'âge de l'enfant ; 5° Les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre-enquêtes sociales prévues à l'article 373-2-12 ; 6° Les pressions ou violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre. »

²⁸¹ Art. 375-2 Cc.

peut également choisir de confier l'enfant à un tiers. Dans ce cas, c'est cette personne qui pourra consentir à l'acte médical. Toutefois, pour que le juge des enfants soit compétent, plusieurs conditions doivent être réunies. Il faut un danger pour l'enfant **(a)** causé par un mauvais exercice de l'autorité parentale **(b)**.

a. Le danger, une condition à la compétence du juge des enfants

145. L'article 375 du Code civil dispose que « si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger », le juge des enfants est compétent pour intervenir. Sa compétence est conditionnée par l'existence d'un danger. Il est donc nécessaire d'étudier plus en détail cette notion de danger. Comme bien souvent, le législateur utilise une notion, pour laquelle il n'a pas apporté de définition. On la retrouve à plusieurs reprises, notamment en droit pénal,²⁸² mais elle n'est jamais précisée. Selon le dictionnaire, un danger est ce qui constitue une menace, un risque pour quelqu'un, quelque chose²⁸³.

146. Dans le domaine de la santé, il serait facile de considérer le mineur comme systématiquement en danger ; or, il est important de réaliser que « “santé en danger” et “santé déficiente” ne peuvent pas être considérées comme synonyme »²⁸⁴. Aussi, dans le but d'encadrer la compétence du juge des enfants, convient-il de réfléchir à d'autres critères que la simple menace pesant sur la santé du mineur. Pour le magistrat Alain Deiss²⁸⁵, le danger encouru par l'enfant doit être certain et réel. En cas de simple risque hypothétique, la protection administrative peut être suffisante à protéger le mineur. En revanche, bien que le danger se doit d'être certain, il ne semble pas nécessaire qu'il soit né et actuel, le juge devant pouvoir intervenir avant que la santé de l'enfant ne soit définitivement altérée²⁸⁶. De même, exiger du danger qu'il soit imminent ou immédiat serait superfétatoire et viendrait restreindre l'intervention du juge, ce critère n'a d'ailleurs jamais été consacré par la jurisprudence. Le danger doit également présenter

²⁸² Voir par exemple l'art. 121-3 CP relatif à la mise en danger délibérée d'autrui ; le chapitre 3 du livre II, titre II de la partie législative du Code pénal qui est relatif à la mise en danger de la personne (voir notamment les articles 223-5 et 223-7).

²⁸³ Dictionnaire de français Larousse, 2012

²⁸⁴ DEISS A., « Le juge des enfants et la santé des mineurs », *JCP*. 1983, I, p. 3125

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ Le danger, au sens étymologique du terme correspond à une situation précédant le dommage né et actuel, et ne correspond pas au dommage lui-même.

un caractère sérieux, l'appréciation se faisant *in concreto* en fonction de la situation précise du mineur. Il faudra notamment prendre en compte son âge, son état de santé, et sa capacité de discernement.

147. Le danger doit prendre naissance dans un événement « extérieur à la santé de l'enfant » pour que le juge soit compétent.

b. Le mauvais exercice de l'autorité parentale, cause de la situation de danger pour l'enfant

148. Pour que le juge des enfants soit compétent, le danger encouru par l'enfant ne doit pas prendre sa source dans son état de santé. Le « danger visé est un danger particulier, celui que court l'enfant en raison d'un mauvais exercice ou d'un exercice insuffisant de l'autorité parentale »²⁸⁷. Il va revêtir des formes diverses²⁸⁸. Il peut résulter d'une défaillance parentale, les parents ne pouvant être contactés pour consentir à l'acte ; ou correspondre à une carence dans l'exercice de l'autorité parentale, lorsque ceux-ci s'abstiennent de prendre une décision, n'emmènent pas l'enfant chez le médecin ou ne lui prodiguent pas les soins adéquats²⁸⁹. De même, l'inaptitude à l'exercice de l'autorité parentale peut constituer un exercice insuffisant de l'autorité parentale. Par exemple, le parent n'est plus en mesure d'exercer de rôle en raison de son état de santé. Enfin cela peut prendre la forme d'une opposition parentale à la délivrance de soin²⁹⁰. Ces éléments s'analyseront comme une faute parentale, justifiant la compétence du juge des enfants, lorsqu'elle est « susceptible de mettre en péril la vie de leur enfant »²⁹¹. Le juge sera alors en mesure de prononcer des mesures d'assistance éducative pour préserver l'enfant. Ces règles sont applicables dans le domaine médical. Dans la perspective d'un refus de soins exprimé par les titulaires de l'autorité parentale, le juge des enfants sera compétent si ce refus est susceptible de faire courir un danger à l'enfant.

²⁸⁷ NEIRINCK C., « L'enfant, être vulnérable », *RDSS*, 2007 p.5

²⁸⁸ DEISS A., *op. cit.*

²⁸⁹ BOULANGER F., note sous Civ. 1ère, 25 nov. 1981, *JCP*. 1983, II, p. 19952

²⁹⁰ Art. R. 1112-35 CSP : le refus de signer une autorisation écrite d'opérer, permet au médecin responsable du service de saisir le ministère public « afin de provoquer les mesures d'assistance éducative lui permettant de donner les soins qui s'imposent »

²⁹¹ DORSNER-DOLIVET A., note sous CA Nancy 3 déc. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, n° 69-70, p. 132

149. Il est nécessaire que le danger découle du mauvais exercice de l'autorité parentale pour que l'intervention du juge soit possible. Cette exigence est illustrée dans l'arrêt de la cour d'appel de Nancy en date du 3 décembre 1983²⁹². Dans cette affaire, une adolescente de quatorze ans atteinte d'une maladie grave décide avec l'accord de sa mère d'arrêter son traitement à la suite d'importants effets secondaires, pour en suivre un autre non conventionnel et à l'efficacité moindre. Le médecin, inquiet pour l'état de santé de la jeune fille en informe le juge des enfants qui se saisit d'office. Une expertise médicale conclut à l'importance de poursuivre le traitement conventionnel, le juge de première instance prononce l'ouverture d'une mesure d'assistance éducative dans le but d'inciter la famille à poursuivre le traitement conventionnel. La cour d'appel de Nancy vient censurer la décision au motif que le danger pesant sur la mineure ne découlait pas du comportement parental. La cour relève qu'il n'existe aucune situation de conflit en l'espèce. C'est la mineure, âgée de quatorze ans, qui a décidé de stopper son traitement en toute connaissance de cause. La volonté d'un mineur ne s'imposant pas au médecin, ce dernier aurait pu passer outre son refus. Or, la mineure a agi avec le soutien de sa mère. L'arrêt précise que la mère et l'enfant n'ont « jamais divergé sur le choix de telle ou telle thérapeutique ; ont toujours agi de concert et pris les risques que pouvait comporter un tel traitement en toute connaissance de cause ». Il existait donc un conflit entre la mère et le médecin. Pour la cour d'appel, la seule existence d'un conflit entre ces derniers n'est pas suffisante pour justifier l'intervention du juge dans cette affaire. La cour relève en effet que « la mineure a toujours été soumise à un traitement médical ; qu'elle en suit actuellement un de façon régulière, mais que ce traitement n'est pas celui préconisé par le professeur O », à savoir le traitement conventionnel. La mineure demeure soumise à un traitement médical non conventionnel. Pour la cour, il n'y a par conséquent pas de faute parentale à l'origine de la situation de danger pour l'enfant. Dans ce cas, « tout ce que l'on pouvait exiger du milieu familial, face à cette maladie, c'était de soumettre l'enfant à une surveillance médicale »²⁹³ et la cour considère que le simple refus de traitement opposé par la mère n'est pas suffisant pour justifier de l'intervention du juge des enfants dans la mesure où la jeune fille demeure soumise à un autre traitement. La solution aurait probablement été différente si la mère avait refusé

²⁹² Nancy Ch. Mineurs, 3 déc. 1982, *Gaz. Pal.* 1984, I, p. 132, note Dorsner-Dolivet ; *JCP.* 1983 II p. 20081, note Raymond

²⁹³ DORSNER-DOLIVET A., *op. cit.*

toute forme de traitement.

Dans cette espèce, le danger encouru par la mineure ne résulte donc pas de la carence parentale, mais bien de l'évolution naturelle de la maladie qui « présente un caractère de gravité tel qu'une issue fatale n'est pas à écarter ». La cour d'appel conclut que, dans ce contexte « la saisine du juge des enfants revient, en l'absence de défaillance du milieu familial, à laisser à ce magistrat, le choix d'une thérapeutique qui, de toute évidence, doit être laissée à la famille ». Elle rappelle que « la compétence du juge des enfants [...] ne saurait être admise à défaut d'établir que par leur carence et leur défaillance, les parents, investis de l'autorité parentale, ont commis une faute susceptible de mettre en péril la vie de leur enfant ». Cet arrêt illustre le fait que pour que le juge des enfants soit compétent, il est nécessaire qu'une défaillance dans l'exercice de l'autorité parentale soit à l'origine d'une mise en danger de la santé du mineur. Un refus d'un traitement bien spécifique ne sera donc pas nécessairement constitutif d'une défaillance parentale si les parents consentent à un autre type de traitement.

150. En l'absence de danger constitué par une carence parentale, le juge devra se déclarer incompétent, et le médecin devra respecter le refus exprimé.

Conclusion de la seconde section

151. Le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale impose au médecin de rechercher systématiquement le double consentement des titulaires de celle-ci avant de pouvoir prodiguer des soins au mineur. Pour des raisons pratiques, il est cependant possible au médecin de bonne foi de délivrer des soins à l'enfant avec l'accord d'un seul des deux titulaires de l'autorité parentale lorsque les traitements correspondent à des actes usuels de l'autorité parentale, c'est-à-dire dans notre domaine à des actes médicaux sans gravité prévisible pour son avenir ; qui ne font pas l'objet d'une controverse médicale importante ; ou qui sont habituellement pratiqués chez un enfant.
152. Le médecin pourra également intervenir en l'absence de consentement parental ou sur le fondement du seul accord de l'un des deux titulaires de l'autorité parentale en cas d'urgence ; lorsque le refus exprimé par le ou les parents est susceptible d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou enfin lorsque le législateur a spécifiquement prévu cette possibilité comme en matière d'arrêts des traitements par exemple.
153. Dans les autres cas, le médecin s'abstiendra d'agir. En cas de désaccord entre les parents, il leur sera possible de saisir le juge aux affaires familiales afin de décider du traitement à prodiguer à l'enfant. De même, si le mauvais exercice de l'autorité parentale présente un danger pour le mineur, le juge des enfants pourra être saisi afin de prononcer les mesures éducatives nécessaires pour assurer sa sauvegarde. Si la situation ne correspond à aucune des situations mentionnées, l'acte ne sera pas mis en œuvre et le médecin devra respecter le refus exprimé par le ou les titulaires de l'autorité parentale.

Conclusion du chapitre premier

154. Lors de ce premier chapitre, la nécessité pour le médecin de recueillir systématiquement le double-consentement des titulaires de l'autorité parentale préalablement à la mise en œuvre d'un soin sur la personne du mineur a été mise en lumière. Dans certaines circonstances, il pourra intervenir malgré l'opposition exprimée par le ou les titulaires de l'autorité parentale, mais cela demeure exceptionnel.

155. Le principe de la représentation du mineur en matière de consentement à l'acte médical a pour but d'assurer la protection de son intégrité physique. Mais, ce faisant, les sentiments et la volonté du mineur sont mis au second plan, alors qu'il est le premier concerné par les décisions parentales. Afin de lui redonner une sphère d'autonomie, le législateur est venu prévoir des possibilités pour le mineur d'exprimer son avis, voire de consentir seul dans certaines situations. Il existe par exemple l'article L. 1111-5 du Code de la santé publique qui lui permettra de recevoir des soins tout en conservant le secret quant à son état de santé. Cela reste des cas exceptionnels, et le consentement à l'acte médical du mineur demeure subsidiaire (**Chapitre second**).

Chapitre second : Le consentement subsidiaire du mineur à l'acte médical

156. En 2013, Mme la ministre déléguée à la famille, Dominique Bertinotti, exprimait l'idée selon laquelle « il faut considérer l'enfant comme une personne à part entière, de sa naissance à sa majorité, et lui reconnaître les droits qui vont avec. Même si l'enfant a besoin de protection, ce n'est pas l'adulte qui doit tout décider à sa place. En fonction de son âge, il faut donc regarder s'il ne peut pas acquérir des droits nouveaux »²⁹⁴. Dans un projet de loi présenté le 21 octobre 2013²⁹⁵, elle proposait ainsi de « replacer l'enfant au cœur de la loi » en lui conférant une autonomie progressive en fonction de l'évolution de ses facultés. Ces propos corroborent l'avis des professionnels de santé interrogés qui considèrent majoritairement qu'il devrait être possible de laisser le mineur consentir seul s'il est capable de discernement et en fonction de la gravité de l'acte. Ils viennent également nuancer leur réponse en fonction du type de prise en charge de l'enfant. Ainsi, lorsqu'elle doit se dérouler sur une longue durée « le travail avec l'entourage est fondamental... C'est surtout la motivation de tous et la régularité qui seront les plus importantes ». Le soutien parental est alors indispensable. Un médecin souligne qu'il faut « considérer l'enfant comme une entité capable de donner son sentiment. Cela nécessite patience et écoute surtout ».

157. Cette idée existe déjà dans de nombreux textes internationaux²⁹⁶. De multiples conventions affirment la nécessité de consulter le mineur et de lui permettre de s'exprimer dans les affaires le concernant. C'est le cas de la Convention de New York qui dans son article 12 confère à « l'enfant qui est capable de discernement, le droit d'exprimer librement son opinion sur toutes les questions l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ». De même, la déclaration d'Amsterdam sur la promotion des droits des

²⁹⁴ BERTINOTTI D., interview accordée au journal « 20 minutes » le 31 nov. 2013 : <http://www.20minutes.fr/politique/1244517-20131031-20131031-dominique-bertinotti-il-faut-considerer-lenfant-comme-personne-a-part-entiere>

²⁹⁵ MARRAUD DES GROTTES G., « Entretien avec Dominique Bertinotti, ministre déléguée à la famille », *RLDC.*, 1er nov. 2013, n° 109 : il est à noter que les travaux de réflexion sur ce futur projet de loi famille ont débuté le 21 octobre 2013 et ont été abandonnés en mai 2014, le projet de loi n'ayant jamais été déposé.

²⁹⁶ SIRVENT N., BERARD E., *Cadre juridique de la prise de décision chez le mineur*, Archives de Pédiatrie, vol. 17, supp. 1, fév. 2010, p. S3-S6

patients en Europe²⁹⁷ énonce que « le patient mineur doit être associé à la prise de décision, dans toute la mesure où ses capacités le permettent ». La convention d'Oviedo énonce également que « l'avis du mineur est pris en considération comme un facteur de plus en plus déterminant en fonction de son âge et de son degré de maturité »²⁹⁸. Se retrouve dans ces textes la même idée, l'enfant doit pouvoir s'exprimer lorsqu'il est en mesure de le faire et doit être associé aux décisions en fonction de ses capacités.

158. Le droit français vient tenir compte de cette exigence²⁹⁹. L'article 371-1 du Code civil comporte l'obligation pour les parents d'associer « l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ». L'enfant pourra s'exprimer librement dans toutes les procédures le concernant, à condition qu'il soit capable de discernement³⁰⁰. En droit de la santé, cette idée est reprise aux articles L. 1111-2 et L. 1111-4, « le consentement du mineur [...] doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision » après avoir reçu une information adaptée à son degré de maturité. Le code de déontologie médicale vient également affirmer ce principe dans son article 42, codifié à l'article R. 4127-42 du Code de la santé publique. Il dispose que « si l'avis de l'intéressé peut être recueilli, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible ».

159. Au regard de ces textes, nous pouvons en conclure, que bien que représenté, le mineur conserve une part d'autonomie dans le domaine médical. Nous verrons cependant au travers de l'étude du régime général (**Première section**) et des règles relatives aux actes spécifiquement réglementés (**Seconde section**) que cette autonomie est limitée. Certes le consentement du mineur sera recherché, mais il sera insuffisant pour autoriser les soins, le consentement parental demeurant, sauf exception, nécessaire.

²⁹⁷ Déclaration sur la promotion des droits des patients en Europe, OMS Europe, Amsterdam, 1994

²⁹⁸ Art.7, Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, Oviedo 1997.

²⁹⁹ GRATADOUR H., « *L'autonomie du mineur* », Lamy Droit des personnes et de la famille, étude 472 2017

³⁰⁰ Art. 388-1 Cc.

Première section : Le consentement exceptionnel du mineur pour les actes non spécifiquement réglementés

160. Le législateur est venu poser des principes généraux applicables à la recherche et à l'expression du consentement du mineur, usager du système de santé. Ces règles s'appliqueront lorsque l'acte médical ne relève pas d'un régime dérogatoire de droit commun. Afin de permettre au patient mineur de conserver une sphère d'autonomie, le législateur a instauré des règles imposant sa participation à la prise de décision médicale. Il va ainsi systématiquement recevoir une information médicale adaptée à ses facultés de compréhension. De même, son accord sera systématiquement recherché. Cependant, le consentement du mineur est simplement recherché et est insuffisant à autoriser la mise en œuvre des soins **(I)**. Le principe demeure celui de sa représentation. Le législateur est venu introduire une exception à l'incapacité médicale du mineur. Il existe en effet un article L. 1111-5 dans le Code de la santé publique qui permet à l'enfant de recevoir des soins en se passant du consentement parental, son seul accord est alors suffisant à la mise en œuvre des traitements **(II)**.

I Le principe de l'insuffisance du consentement à l'acte médical du mineur

161. Les droits du mineur, usager du système de santé, sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale. Le législateur lui confère cependant des droits en matière d'information et d'expression d'un consentement à l'acte médical. L'article L. 1111-2 dispose que les mineurs « ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée [...] à leur degré de maturité ». L'article L. 1111-4 ajoute que « le consentement du mineur [...] doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision ».
162. Il est donc nécessaire pour le médecin de rechercher le consentement du mineur si celui-ci est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision (**A**). Cependant, ce consentement représente plus une adhésion à la décision prise par les titulaires de l'autorité parentale plutôt qu'un véritable choix exprimé par le mineur. En effet, le consentement du seul mineur ne suffit pas à autoriser la mise en œuvre de l'acte médical sur sa personne (**B**).

A) Le consentement recherché du mineur à l'acte médical

163. Conformément à l'article L.1111-4 du Code de la santé publique, le consentement du mineur doit être systématiquement recherché, s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision³⁰¹. Le législateur vient ici fixer deux critères conditionnant la recherche du consentement du mineur. Ces conditions semblent faire référence à la capacité physique du mineur à intervenir, il doit pouvoir être en mesure de parler et de communiquer ; mais également à sa capacité « intellectuelle », l'aptitude à formuler une volonté. Il convient de s'interroger sur la notion de *volonté* introduite dans ce texte. Étymologiquement, volonté vient du latin *velle, voluntas* qui signifie vouloir. Ce terme est utilisé pour désigner la « faculté d'un individu à se déterminer

³⁰¹ VIGNAL N., « Droits individuels du patient : Droit au consentement », Lamy droit de la santé, étude 319, 2002

librement à accomplir ou non un acte en fonction de motifs rationnels »³⁰². Deux notions importantes sont ici soulevées, celle de la liberté et celle de la rationalité. Pour faire preuve de volonté, il faut être en mesure d'exprimer librement le fruit d'une réflexion autonome et rationnelle. Cela implique de disposer des informations adéquates, comprendre les tenants et aboutissants de la situation, puis prendre une décision qui aura été mûrement réfléchie. Ces différentes étapes sont nécessaires afin de pouvoir se déterminer selon des motifs rationnels. Ce choix doit être librement effectué, il faut donc avoir la capacité de faire abstraction des influences qui nous entourent afin de pouvoir émettre un choix propre et personnel.

164. Dès lors que le mineur est capable de se déterminer de manière libre et rationnelle, son consentement doit être recherché par le médecin. Les critères de liberté et de rationalité se retrouvent dans une autre notion de droit de la santé, celle du « consentement libre et éclairé », aussi présente au sein de l'article L. 1111-4. Cet article dispose « qu'aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne ». Il paraît possible d'en conclure que lorsque le législateur exige de rechercher le consentement du mineur « apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision », il fait référence à l'enfant en mesure de formuler un consentement libre et éclairé. Il faut alors se demander si le mineur est en capacité d'exprimer un consentement éclairé (1) et libre (2).

1) Le consentement éclairé du mineur, condition nécessaire à la recherche de son consentement

165. Le consentement éclairé est le fait pour une personne de pouvoir prendre une décision après avoir pris connaissance de tous les éléments utiles à celle-ci³⁰³. Le corrélatif nécessaire au consentement éclairé est la délivrance d'une information. Celle-ci doit être, selon le code de déontologie médicale, loyale, claire et appropriée³⁰⁴. Les mineurs, en tant que patients, sont titulaires du droit de recevoir une information.

³⁰² Dictionnaire de français Larousse éd. 2015

³⁰³ PORCHY-SIMON S., « Santé — Responsabilité médicale — Principes généraux », J.-CL. Civ., fasc. 440-20, 2011

³⁰⁴ Art. R.4127-35 CSP

Conformément à l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, elle doit être adaptée à leur degré de maturité. Le mineur n'est cependant pas autorisé à agir seul, et l'exercice de ce droit est assuré par les titulaires de l'autorité parentale. La représentation parentale s'exerce sur tous les aspects de l'information médicale y compris, lors de l'accès au dossier médical, puisque, conformément à l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique, le mineur ne sera pas en mesure d'accéder directement à son dossier médical, mais devra passer par l'intermédiaire de ses parents.

166. Le mineur, titulaire du droit à l'information, doit la recevoir de manière adaptée à ses facultés de compréhension. La Haute Autorité de Santé reprend cette idée dans ses recommandations de bonnes pratiques³⁰⁵. La délivrance de l'information au mineur doit être systématique, et dans la mesure du possible, au cours d'un entretien individuel, sans la présence des titulaires de l'autorité parentale. Si le mineur est seul, la Haute Autorité de Santé conseille de préciser au mineur la nécessité de réitérer l'information délivrée en présence des titulaires de l'autorité parentale. C'est ici l'illustration que le mineur est bien titulaire du droit à l'information, et non ses parents. Dans la pratique, les professionnels de santé interrogés font majoritairement l'effort de respecter ce droit. 90 % d'entre eux délivrent l'information à l'enfant et à ses parents. En revanche, l'entretien individuel n'a lieu que dans 50 % des cas.

167. Le médecin doit délivrer une information adaptée aux facultés de compréhension du mineur. Une question se pose alors, un enfant est-il capable de comprendre une information médicale ? Diverses études menées par des médecins ont démontré que les facultés de compréhension d'un mineur évoluaient en fonction de multiples facteurs³⁰⁶. L'appréhension du concept de maladie chez un enfant progresse en fonction de sa maturité cognitive, qui est en partie corrélée à son âge. Il est démontré que de très jeunes enfants sont en mesure de comprendre de façon globale une maladie et d'en appréhender ses répercussions concrètes. Ils peuvent comprendre les différents aspects d'un traitement, mais ne percevront pas toujours les raisons de leur mise en œuvre. Les facultés de compréhension de l'enfant vont fortement évoluer en fonction de la qualité

³⁰⁵ Haute Autorité de Santé, recommandation de bonnes pratiques relatives à la délivrance de l'information à la personne sur son état de santé, mai 2012

³⁰⁶ BAILLY D., « Problèmes liés au consentement chez l'enfant et l'adolescent », *Archives de pédiatrie*, 2010, n° S1, p. 7-15

de l'information qui lui a été délivrée, de son état d'anxiété, mais également de son expérience antérieure. Ainsi, un enfant fréquemment hospitalisé, ou ayant déjà été affecté par cette pathologie démontrera une maturité plus importante dans sa perception de la maladie qu'un enfant n'en ayant pas l'habitude. Le fait d'être un mineur n'empêche donc pas celui-ci de comprendre sa maladie et les traitements proposés à condition que les professionnels de santé prennent le temps de l'informer de façon spécifique dans un cadre adapté. Un enfant pourra, selon la situation, percevoir les éléments nécessaires à la compréhension de sa pathologie et disposer ainsi de toutes les clefs lui permettant de se forger une opinion et d'avoir un avis raisonnable sur la question. Dans la pratique, les professionnels de santé vont s'assurer de la bonne compréhension de l'information du mineur en lui faisant « reformuler pour être sûr qu'il a bien écouté » et procèdent à des « questionnements ».

168. Au vu de ces éléments, le mineur, titulaire du droit à l'information, apparaît comme capable de délivrer un consentement éclairé après avoir reçu une information adaptée. Toutefois, pour que son consentement soit recherché, il doit également être en mesure de délivrer un consentement autonome, c'est-à-dire qui soit le fruit d'une réflexion propre, libre de toute influence.

2) La liberté de consentement du mineur, condition à la recherche de son consentement

169. La volonté est la faculté de déterminer librement ses actes en fonction de motifs rationnels³⁰⁷. Pour que celle-ci soit prise en considération, elle doit être le fruit d'une décision mûrement réfléchie et surtout indépendante. Un choix pris sous la contrainte ne peut être considéré comme une véritable volonté personnelle de l'individu. La décision doit donc être prise de façon libre. La liberté pouvant être définie comme la possibilité de se déterminer en dehors de toute pression extérieure³⁰⁸. Ces notions de volonté et de liberté s'apparentent à la notion d'autonomie. Autonomie vient du grec *autos* qui signifie soi-même et *nomos*, loi. Il s'agit du pouvoir de se déterminer soi-

³⁰⁷ Dictionnaire de français Larousse éd. 2015

³⁰⁸ Dictionnaire de français Larousse éd. 2015

même et de se donner sa propre loi³⁰⁹. Cette notion a été reprise par Kant pour qui l'être autonome représente « l'agent rationnel qui se détermine en vertu de sa propre loi »³¹⁰.

170. Pour que le consentement d'un mineur soit recherché, celui-ci doit devenir cet agent rationnel. Il peut être considéré comme autonome lorsqu'il est en mesure de prendre une décision personnelle qui lui est propre, sans avoir été influencé par des tiers. Se pose la question de savoir si une telle liberté est envisageable chez un mineur. Peut-il s'affranchir de toute influence extérieure et prendre une décision personnelle dénuée de toute pression ? Le mineur est susceptible de subir des influences médicales (a) et parentales (b), peut-il faire abstraction de celles-ci ?

a. *L'influence médicale sur le mineur*

171. Le mineur, comme tout patient, est soumis à une influence médicale. Le médecin ne se contente pas de lui délivrer une simple information sur sa maladie, le traitement, ses risques et alternatives, mais va également l'accompagner de préconisations. La Haute Autorité de Santé lui recommande notamment d'indiquer « la proposition qui a sa préférence, en expliquant ses raisons »³¹¹. Il joue un rôle particulièrement important au sein du processus décisionnel, d'autant que l'on se retrouve ici dans une relation *asymétrique*, mettant en rapport « un enfant ignorant qui souffre et un médecin attentif supposé savoir »³¹². Le médecin va donc, nécessairement influencer d'une certaine manière l'enfant.

172. Toutefois, cette influence est à relativiser. Il a été démontré dans le cadre des recherches biomédicales, que lorsqu'on présentait un traitement de manière plus favorable qu'un autre, l'enfant avait tendance à choisir celui-là. Cependant, d'autres facteurs entrent en ligne de compte, et l'enfant peut par exemple préférer le traitement

³⁰⁹ CORNU G., (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 8e éd., PUF, « Quadrige », 2007

³¹⁰ BOURRET R., VIALLA F., MARTINEZ E., « Le principe d'autonomie dans les avis du Comité consultatif national d'éthique : quelles limites ? » *Médecine et droit*, 2015, p.90-98

³¹¹ Haute Autorité de Santé, recommandation de bonnes pratiques relatives à la délivrance de l'information à la personne sur son état de santé, mai 2012

³¹² BAILLY D., « Problèmes liés au consentement chez l'enfant et l'adolescent », *Archives de pédiatrie*, 2010, n° S1, p. 7-15

permettant une reprise plus rapide de son autonomie, même s'il s'agit du traitement présenté comme étant le moins favorable³¹³. Le mineur est donc capable de faire abstraction des recommandations du médecin en prenant une décision selon des critères qui lui sont propres. De plus, peut-on considérer le mineur comme plus influencé par son médecin que ne l'est un adulte ? La relation médicale est asymétrique et met en rapport un professionnel disposant « du savoir et des moyens de soigner » et un patient obligé de lui « confier son corps »³¹⁴. Ce rapport déséquilibré n'est pas pour autant néfaste au patient puisque le médecin est supposé agir avec bienveillance dans l'intérêt du patient. Le médecin influence l'enfant, mais dans le but de l'aider à prendre la meilleure décision qui soit pour sa santé. Sachant que le mineur est capable de faire abstraction de ses recommandations peut-on considérer l'influence du médecin comme étant de nature à priver son consentement de liberté ? On ne considère pas le consentement d'un adulte comme dénué de son caractère libre en raison de l'influence certaine du médecin, pourquoi devrait-on le faire pour un enfant ?

173. Il convient donc de vérifier au cas par cas si l'influence subie par l'enfant est de nature à l'empêcher ou non de prendre une décision autonome. Si c'est le cas et que l'enfant se sent obligé de prendre une décision conformément à l'avis du médecin alors qu'il souhaiterait consentir à autre chose, il n'est pas en mesure de délivrer un consentement véritablement libre. Dans le cas contraire, s'il a la capacité de décider selon ses propres critères, il faut alors considérer que l'influence médicale sur l'enfant est moindre, au même titre qu'un adulte, et que sa volonté est librement formulée. Outre l'influence médicale, l'enfant subit également une influence parentale.

b. L'influence parentale sur le mineur

174. Le mineur subit une influence parentale d'ordre émotionnel, qui est liée à la position d'autorité des parents, perçue comme légitime par celui-ci. Les enfants ont par conséquent tendance à respecter leur volonté³¹⁵. Toutefois, cette influence est-elle

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ BOURRET R., VIALLA F., MARTINEZ E., *op. cit.*

³¹⁵ BAILLY D., *op. cit.*

suffisamment importante pour empêcher un enfant de prendre une décision en considérant d'autres critères que le désir parental ? Il a été démontré dans le domaine des recherches biomédicales³¹⁶ que l'enfant a la possibilité d'émettre un choix propre en dépit de l'influence parentale. Plus l'enfant grandit plus il s'affranchit de celle-ci. Il devient progressivement capable de prendre en considération d'autres sources d'information et d'assumer ses opinions. L'influence indéniable qu'exercent les parents va donc petit à petit diminuer. Il est toutefois établi qu'elle persiste « jusqu'à l'âge de 11-12 ans ». À cet âge, la majorité des enfants interrogés dans le cadre de l'étude n'étaient pas en mesure d'imaginer un conflit avec leurs parents quant à la décision à prendre. Les plus âgés se sentent en revanche libres de discuter de leur point de vue avec leurs parents et il semble qu'à partir de 14-15 ans, « la plupart des adolescents sont capables de donner leur consentement à un traitement, sans que celui-ci soit influencé par l'opinion d'autres personnes ».

L'âge n'est toutefois pas le seul facteur à prendre en compte dans la capacité du mineur à prendre une décision autonome. Il est également constaté que la nature de la maladie a un impact sur cette capacité et qu'il est particulièrement marqué lorsque l'enfant souffre d'une maladie chronique. L'influence parentale n'est donc pas nécessairement de nature à priver le mineur de sa capacité à émettre librement un choix. Il ne faut pas non plus considérer cette influence comme néfaste pour l'enfant, les parents agissent dans son intérêt. Les études soulignent le fait que, les enfants ont majoritairement confiance en leurs parents pour les protéger et les impliquer dans le processus décisionnel, notamment par le biais de la délivrance d'informations concernant leur situation. Ce dialogue entre parents et enfants contribue à faire grandir le mineur et à l'accompagner vers une prise d'autonomie progressive. L'influence parentale du point de vue émotionnel est donc indéniable, mais ne va pas forcément être de nature à priver l'enfant de sa faculté d'agir de façon autonome. Après tout peut-on considérer automatiquement que le mineur est plus influençable qu'un adulte ?

175. L'influence parentale est également économique, et recouvre l'idée selon laquelle le mineur est matériellement dépendant de ses parents. Il ne dispose pas des ressources nécessaires pour assurer sa propre subsistance, et n'est pas indépendant quant au régime de l'assurance maladie. En effet, jusqu'à l'âge de 16 ans il est considéré

³¹⁶ *Ibid.*

comme un ayant-droit de ses parents, assurés sociaux³¹⁷. Les remboursements des actes médicaux seront assurés sur le compte d'un ou de ses parents³¹⁸. Toutefois, il n'est pas certain que cet état de fait soit de nature à priver l'enfant de son consentement libre. D'une part, un enfant n'a généralement que peu de connaissances du fonctionnement de la sécurité sociale, il est capable de comprendre quels sont les soins qu'on lui propose et quelles en sont les conséquences, mais ne va pas forcément réfléchir au fait que ces soins ne lui seront pas remboursés directement, mais par l'intermédiaire de ses parents. Si l'enfant n'a pas conscience de la façon dont le système fonctionne, il ne sera pas influencé par celui-ci et le fait d'être dépendant économiquement de ses parents n'entrera pas en ligne de compte dans sa prise de position. Son consentement pourra donc s'avérer libre en dépit de cet état de fait.

D'autre part, le législateur est venu mettre en place des mécanismes permettant aux mineurs le désirant de devenir autonomes pour le remboursement des prestations relatives à l'assurance maladie. L'article L.161-14-1 du Code de la sécurité sociale permet effectivement au mineur à partir de 16 ans de devenir un ayant droit autonome. Il pourra ainsi bénéficier du remboursement à titre personnel et ne plus dépendre de ses parents. L'article L. 861-1 du même code permet également au mineur en rupture familiale de bénéficier à titre personnel de la CMU. Le mineur a donc la possibilité de se libérer de sa dépendance parentale économique.

176. Nous subissons tous de multiples pressions familiales médicales ou sociétales. Être autonome ne signifie pas agir en étant coupé des autres. Contrairement aux conceptions anglo-saxonne et kantienne de l'autonomie dans lesquelles l'être autonome est supposé agir sans tenir compte des autres ou de ses émotions, nous avons choisi de retenir la conception de l'autonomie selon Paul Ricœur, dans laquelle les autres contribuent à aider la personne vulnérable à accéder à l'autonomie en lui permettant de développer ses capacités. Cette conception est la seule valable dans le domaine médical où la personne est particulièrement vulnérable. Elle a besoin d'être entourée, conseillée par son médecin et ses proches pour affronter sereinement sa maladie. C'est aussi bien le cas des mineurs que des adultes. L'influence parentale quelle soit économique ou

³¹⁷ Art. L.313-3 CSS.

³¹⁸ Le mineur pouvant en effet être rattachés en qualité d'ayant-droit à ses deux parents conformément à l'article L.161-15-3 CSS.

émotionnelle, ne doit donc pas être automatiquement considérée comme étant de nature à priver le mineur de son autonomie. Il fait l'objet d'une influence, mais peut parfaitement être capable de considérer les diverses opinions qu'on lui soumet, de peser le pour et le contre et de faire un choix en conséquence.

177. Lorsque le mineur est capable de formuler un consentement libre et éclairé, il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision au sens de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique. Dans la pratique, les professionnels de santé vont mesurer cette aptitude avec « des critères cliniques ». Ils se fondent essentiellement sur « son âge ; son niveau intellectuel ; ses aptitudes en compréhension du langage oral (y compris langage élaboré) ; et sur sa curiosité/intérêt pour sa pathologie », ainsi que sur « son degré de développement (moteur, émotif, langagier) ». Ils vont aussi prendre en compte son « histoire familiale, sociale et médicale », ainsi que « la présence ou l'absence d'altération du jugement et de troubles cognitifs ou psychiques ». Ils peuvent également « observer son comportement, sa posture ». Un médecin indique que lorsque le mineur « ne formule aucune demande, questionnement, ni ne démontre d'intérêts, je postule qu'il n'a pas la maturité nécessaire ». Dans l'ensemble, les professionnels tentent de rendre l'enfant acteur de sa prise en charge, en particulier lorsqu'elle est de longue durée. Ils vont par exemple le faire participer « au choix de l'heure de la prise de rendez-vous, de la fréquence ».

Le consentement du mineur apte exprimer sa volonté et à participer à la décision est simplement recherché. Il sera insuffisant à la mise en œuvre des soins.

B) Le consentement recherché mais insuffisant du mineur

178. Le consentement du mineur apte à participer à la décision doit être recherché. Les parents conservent-ils alors leur pouvoir de représentation ou le mineur est-il libre d'agir seul pour donner son accord à la mise en œuvre d'un acte médical ? À partir du moment où l'enfant est en mesure de « construire une réflexion qui le permet d'opter,

cette option mérite d'être entendue »³¹⁹. Antérieurement à l'adoption de la loi du 4 mars 2002, plusieurs auteurs étaient favorables à cette idée. Le professeur Nerson³²⁰ considère que les usages devraient permettre au mineur de consulter un médecin seul dès lors qu'il est apte à émettre une volonté propre³²¹, et si l'acte n'a pas de conséquences sérieuses, le médecin doit pouvoir agir sans l'accord des parents. De manière similaire, Mme Duval - Arnould³²² estime qu'en fonction de l'âge de l'enfant, on ne peut plus s'adresser à lui de la même manière et que l'on ne peut laisser les adolescents en dehors des décisions médicales qui les concernent. À son sens, la doctrine de l'époque considère majoritairement qu'un mineur capable de discernement peut consentir seul à un traitement médical courant ou à des interventions peu graves, et à l'utilité non contestée. Cette position lui paraît logique dans la mesure où le mineur peut effectuer seul des actes conservatoires sur ses biens. Le consentement à l'acte médical s'apparente à une forme d'acte conservatoire sur le corps.

179. Depuis l'adoption de la loi du 4 mars 2002, les auteurs semblent plus réservés quant à la possibilité pour le mineur de consentir seul à l'acte médical. Il est constaté que la législation sur ce point n'est pas explicite (1), la doctrine est-elle venue confirmer la valeur conférée au consentement du mineur (2) ?

1) L'incertaine valeur légale du consentement du mineur à l'acte médical

180. L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique pose les règles relatives au consentement à l'acte médical. Il indique que le consentement du mineur doit être recherché s'il est apte à participer à la décision. Cependant, il n'est pas explicitement précisé que ce consentement est insuffisant pour autoriser la mise en œuvre d'un soin et que les droits du mineur dans ce domaine sont nécessairement exercés par les titulaires de l'autorité parentale. Ils ne sont mentionnés que de façon *négative* par l'article qui traite de la possibilité pour le médecin d'outrepasser le refus du titulaire de l'autorité

³¹⁹ BERTHIAU D., « La décision médicale à propos du mineur : aspects juridiques et éthiques », *La revue sage-femme*, 2010, n°9, p.146-150

³²⁰ NERSON R., « Le respect par le médecin de la volonté du malade », in *Mélanges en l'honneur de Gabriel Marty*, 1978, p. 853-880

³²¹ Conformément aux articles 389-3 et 450 du Code civil.

³²² DUVAL - ARNOULD D., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ, 1994

parentale lorsque celui-ci « risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur »³²³. L'absence de mention explicite de la représentation du mineur en matière de consentement à l'acte médical pourrait être interprétée comme la volonté du législateur de permettre au mineur l'acquisition d'une autonomie progressive en fonction de ses capacités.

Certains auteurs sont favorables à cette position. Le professeur Raymond³²⁴ considère « qu'il convient de déduire [de l'article L.1111-4] que l'adolescent, qui a priori et sauf exception, est capable de comprendre et de vouloir, a le droit à une information et qu'il doit consentir au traitement médical ou chirurgical qu'il devra subir ». En cas de refus d'un traitement spécifique, le refus doit être respecté, car « le choix entre deux thérapies appartient certainement à l'adolescent ». Cette théorie est confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Nancy en date du 3 décembre 1982 dans lequel la cour avait accepté le refus d'un traitement par une adolescente de 14 ans et son choix d'un traitement moins efficace³²⁵. Selon cet auteur, le refus de tout soin peut en revanche être surmonté s'il constitue un danger vital pour l'enfant. Les parents devront saisir le juge des enfants afin qu'il prononce une mesure d'assistance éducative³²⁶ et ordonner la mise en œuvre du traitement. Sur ce point, l'auteur s'interroge sur « l'efficacité d'un tel traitement imposé si son suivi dépend du bon vouloir de l'adolescent ? ».

Cette position semble partagée, de façon plus nuancée, par Mme Kimmel-Alcover³²⁷. Elle estime que « dans la plupart des cas, le consentement indispensable des pères et mères est suffisant et exclusif », en particulier pour les interventions « concernant les nourrissons, les enfants en bas âge et tous ceux qui, par leur manque de maturité et de discernement, ne sont pas aptes à comprendre les enjeux de la décision les concernant ». Puis, elle vient atténuer ses propos en considérant qu'à « s'en tenir aux termes de la loi et à son esprit, il semblerait qu'il ne soit pas possible de passer outre le refus du mineur » sauf en saisissant le juge afin qu'il prononce des mesures d'assistance éducative. Elle ajoute également au sujet des dispositions de l'article L.1111-4 que « si l'autorité parentale incarnée dans le pouvoir décisionnel ne semble pas remise en cause dans son

³²³ V. § 120 et s.

³²⁴ RAYMOND G., *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, 5e éd., Litec, « Pratique professionnelle », 2006

³²⁵ V. § 149 et s.

³²⁶ Conformément à l'article 375 du Code civil.

³²⁷ KIMMEL-ALCOVER A., « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS*, 2005 p. 265

principe au premier abord, de telles dispositions sont pourtant de nature pour le moins à brider la décision parentale, pour le plus à la rendre totalement inopérante ». Selon cette interprétation, à nouveau le consentement parental semble être tenu en échec par le refus exprimé par le mineur apte à participer à la décision.

181. L'étude des travaux préparatoires concernant la loi du 4 mars 2002 relative au droit des malades³²⁸ permet d'obtenir des indications quant à la valeur que le législateur souhaitait conférer au consentement du mineur. Lors de la discussion du texte devant le Sénat³²⁹, le débat a porté sur la question du refus de soins par le mineur. Il s'agissait d'un amendement relatif à la question de savoir si le médecin pouvait « passer outre le consentement du mineur lorsque la vie de celui-ci était en danger ». M. Bernard Kouchner, alors ministre délégué à la santé a émis un avis défavorable à cet amendement. À son sens, cela mettait « sur le même plan le refus du mineur et celui des parents », car « il laisse entendre que le médecin ne peut passer outre le refus du mineur, même avec l'accord des parents, qu'en cas de conséquences graves pour la santé de celui-ci ». D'après lui, « une telle règle serait contraire aux responsabilités confiées par le Code civil aux titulaires de l'autorité parentale ». Le gouvernement considère que l'adhésion du mineur aux soins « doit certes être recherchée avec acharnement, mais c'est aux titulaires de l'autorité parentale de prendre la décision ». On constate que non seulement M. Kouchner use du terme « adhésion » aux soins, terme qui sous-entend la simple acceptation d'une décision déjà prise, mais qu'en plus il exprime clairement l'idée que le mineur n'a pas la capacité de consentir seul aux soins.

L'Assemblée nationale avait déjà adopté une position dans ce sens. Dans le rapport remis par MM. Evin, Charles et Denis³³⁰ il est indiqué que, bien que le consentement des mineurs apte à exprimer une volonté et à participer à la décision soit systématiquement recherché, ils n'ont pas pour autant « juridiquement la capacité de consentement qui appartient au titulaire de l'autorité parentale ». De même, le rapport

³²⁸ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, publiée au JO n°54 en date du 5 mars 2002

³²⁹ Sénat, discussion du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale n°4 (2001-2002), séance du 31 janvier 2002

³³⁰ Assemblée nationale, Rapport de MM. Claude Evin, Bernard Charles et Jean-Jacques Denis n° 3263, sur la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé – introduction générale, discussion générale, examen des articles

d'information³³¹ indique que « les décisions concernant la santé des mineurs sont normalement prises par le titulaire de l'autorité parentale ». Mais que cela « ne dispense pas le professionnel de santé de rechercher le consentement du mineur [...] s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision ».

182. Le législateur, en invitant les médecins à rechercher le consentement des mineurs aptes à exprimer leur volonté et à participer à la décision, ne souhaitait pas pour autant leur conférer un véritable pouvoir décisionnel. Il faut donc comprendre l'article L. 1111-4 comme une simple obligation pour les médecins de rechercher l'adhésion du mineur à un acte médical et non une obligation d'obtenir ce consentement. En définitive, même si le mineur consent aux soins, ce consentement ne pourra être suivi d'effets que si les parents donnent également leur accord. De même, si le mineur refuse l'acte, celui-ci pourra théoriquement malgré tout lui être prodigué avec le simple accord des parents. Il faut se demander si les auteurs partagent la position du législateur quant à l'inefficacité du consentement à l'acte médical du mineur.

2) La confirmation doctrinale de l'inefficacité du consentement du mineur

183. Depuis l'adoption de la loi du 4 mars 2002, certains auteurs considèrent, conformément à la volonté du législateur, que le consentement recherché du mineur est privé de toute efficacité. C'est ainsi le cas des professeurs Gouttenoire et Fulchiron. Pour eux, l'avis de l'enfant est simplement recherché et non exigé. Il ne lie par le médecin et ce dernier peut passer outre son refus³³². Cette position est également celle de M. Berthiau qui opère le constat qu'en droit de la santé, la vision du mineur est assez *monolithique*³³³. Il procède à une comparaison entre la façon dont un mineur est traité en droit pénal et en droit civil. Dans ces domaines, le traitement du mineur évolue en fonction de son âge. En droit pénal par exemple, le mineur peut être considéré comme

³³¹ Assemblée nationale, Rapport de MM. Claude Evin, Bernard Charles et Jean-Jacques Denis n° 3688, sur la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, 11 avril 2002

³³² GOUTTENOIRE A., FULCHIRON H., « Autorité parentale », Rép. Civ., 2015

³³³ BERTHIAU D., « La décision médicale à propos du mineur : aspects juridiques et éthiques », *La revue sage-femme*, 2010, n°9, p.146-150

pénalement responsable s'il est jugé capable de discernement³³⁴, les sanctions qui lui sont applicables seront différentes en fonction de son âge³³⁵. De même, en droit civil, le mineur peut bénéficier d'une capacité d'action dans certains domaines. À partir de seize ans, il peut ouvrir seul un livret A à la banque³³⁶, ou être autorisé à « accomplir les actes d'administration nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée »³³⁷. Les usages autorisent également le mineur à agir seul pour un certain nombre d'actes de la vie courante³³⁸. Or, en droit de la santé, l'auteur constate que ces possibilités sont absentes. « Le mineur est considéré de façon abstraite comme ayant un besoin égal de protection, qu'il soit un nourrisson ou un jeune adulte sur le point de devenir majeur ». Les parents vont donc conserver un pouvoir décisionnel, et le mineur ne pourra, sauf exception, agir seul. S'il est capable d'autonomie, son consentement sera recherché, mais cette « expression n'implique pas qu'elle soit prise en compte ».

184. Cette position à l'avantage d'affermir les parents dans leur rôle de protecteur de l'enfant, conféré par l'exercice du pouvoir d'autorité parentale. Mais que penser d'une législation qui impose de rechercher le consentement du mineur, mais n'oblige pas les médecins à en tenir compte ? D'un côté, on considère qu'il est apte à consentir et de l'autre on nie sa volonté en privant d'efficacité son consentement. Cette position permet la plus grande protection physique au détriment de sa dignité. On le prive de sa faculté de choix au motif de son incapacité juridique et au détriment de son aptitude réelle.

185. Au vu de ces positions doctrinales et de la volonté du législateur lors de l'adoption de la loi, il semble qu'il faille considérer que par principe, le consentement du mineur n'est pas doté d'efficacité. Lorsque le législateur impose la recherche de son consentement, il n'impose en réalité que la simple recherche de son adhésion à un acte qui aura été consenti par ses parents, et son absence n'empêchera pas la réalisation dudit

³³⁴ Art. 122-8 Cp.

³³⁵ Conformément à l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, les peines vont évoluer selon son âge : pour un mineur de moins de dix ans, seules des mesures éducatives pourront être prononcées ; à partir de treize ans il pourra être condamné à une amende et faire l'objet d'une peine d'emprisonnement ; à seize ans il pourra être condamné à des travaux d'intérêt général...

³³⁶ Art. L.221-3 Code monétaire et financier

³³⁷ Art. 389-8 Cc.

³³⁸ Art. 389-3 Cc. : un mineur de dix-sept ans peut par exemple se faire couper les cheveux seul sans autorisation parentale, V. : T.Paix Dijon, 6 nov. 1925

acte. Les médecins pourront donc mettre en œuvre des soins sur le simple consentement parental et malgré le refus du mineur ; à l'inverse, ils ne pourront pas mettre en œuvre des soins, à la simple demande du mineur. Il existe toutefois des exceptions, et dans certains cas, le consentement du mineur se verra doté d'une véritable efficacité qui lui permettra de se passer du consentement parental pour la mise en œuvre des soins.

II Le consentement suffisant du mineur à l'acte médical

186. En principe, le consentement du mineur apte à participer à la décision est recherché, mais ne suffit pas à autoriser la mise en œuvre des soins. Il existe cependant une exception introduite en droit commun lors de l'adoption de la loi du 4 mars 2002. L'article L. 1111-5 du Code de la santé publique dispose que « le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé ». Il est donc possible à un mineur de bénéficier de soins sans faire intervenir les titulaires de l'autorité parentale. Il bénéficie alors d'une grande autonomie.

Cette exception a par la suite été étendue lors de l'adoption de la loi du 26 janvier 2016³³⁹ et la création d'un article L. 1111-5-1. Ce dernier permet aux infirmiers de se dispenser d'obtenir le consentement à l'acte médical du ou des titulaires de l'autorité parentale pour la réalisation d'un acte de prévention, de dépistage ou de traitement qui s'impose pour sauvegarder la santé sexuelle et reproductive du mineur, lorsque ce dernier s'oppose à leur consultation.

La possibilité pour le mineur de consentir seul à un acte médical est strictement encadrée par la loi (**A**). Le médecin ne pourra mettre en œuvre des actes qui s'imposent pour sauvegarder la santé de l'enfant. Cette possibilité n'est pas dénuée de limites (**B**) et présente des inconvénients pour le médecin, les parents et le mineur.

³³⁹ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé

A) Le consentement suffisant du mineur à l'acte médical, une exception strictement encadrée par la loi

187. Les articles L. 1111-5 et L. 1111-5-1 du Code de la santé publique permettent au mineur de bénéficier de soins, sans avoir besoin d'obtenir le consentement parental. Son consentement n'est pas uniquement recherché, il devient suffisant. Le mineur est alors doté d'une grande autonomie. Cependant, afin d'éviter qu'il ne puisse prendre une décision qui contribuerait à mettre en danger son intégrité physique, l'exercice de cette exception est strictement encadré par la loi. L'étude des origines des articles (1) est nécessaire pour mieux comprendre les conditions actuelles encadrant l'exercice de ce droit pour les mineurs (2).

1) Les origines de la création des articles L. 1111-5 et L. 1111-5-1

188. Les articles L. 1111-5 et L. 1111-5-1 confèrent une autonomie d'action importante au mineur, en l'autorisant à bénéficier de soins sans avoir besoin du consentement parental. L'information des titulaires de l'autorité parentale n'est plus obligatoire et il est alors difficile pour eux d'assurer pleinement la protection de la santé de leur enfant. Ces dispositions paraissent incompatibles avec la mission confiée aux titulaires de l'autorité parentale, ce qui amène à s'interroger sur les raisons de l'adoption de ces articles par le législateur.

189. À l'origine, l'adoption de l'article L. 1111-5 n'avait pas pour objectif de conférer une marge d'autonomie plus grande au mineur, mais « d'encadrer des situations concrètes qui existent, même si l'on peut les regretter »³⁴⁰. Le texte a été adopté afin de permettre aux mineurs souffrants du sida d'accéder à des soins, sans en informer leurs parents. Le législateur a réfléchi à la création de cet article après avoir été alerté de la situation dramatique de certains mineurs par le Conseil National du Sida. En effet, le 6 mars 2000, ce Conseil³⁴¹ rend un rapport dans lequel il opère plusieurs constats. Il

³⁴⁰ Assemblée nationale, Discussion en séance publique du projet de loi n°3258 relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, 1ère séance du 4 oct. 2001

³⁴¹ Conseil National du Sida, rapport suivi d'un avis et de recommandations sur l'accès confidentiel des mineurs adolescents aux soins", 6 mars 2000

remarque que du fait de l'article 371-2 et des pouvoirs conférés aux titulaires de l'autorité parentale « aucune prise en charge thérapeutique d'un mineur séropositif n'est possible sans consentement parental »³⁴², et qu'en conséquence aucun « professionnel de santé ne peut selon la loi soigner confidentiellement un mineur qui le lui demanderait »³⁴³. Partant de cela, le conseil relève qu'un certain nombre d'adolescents séropositifs demandent aux médecins la confidentialité à l'égard de leurs parents et, ne pouvant l'obtenir, renoncent aux soins, ou attendent leur majorité avant de les faire mettre en œuvre, ce qui s'avère extrêmement péjoratif pour leur santé. Dans la pratique, les professionnels de santé confirment que les demandes les plus importantes de confidentialité sont liées à des pathologies d'ordre intime ainsi que pour la délivrance de contraceptifs.

À la suite de ce constat, le Conseil a effectué deux propositions afin d'inciter le législateur à modifier la législation afin de garantir une meilleure protection de ces mineurs, et leur permettre d'accéder à des soins y compris sans le consentement parental.

Une première proposition consistait à instaurer une prémajorité sanitaire, déterminée en fonction d'un seuil objectif³⁴⁴ choisi sur la base d'un « consensus des spécialistes et [qui] devrait être révisé régulièrement, en fonction des données disponibles »³⁴⁵ afin de s'adapter au mieux à la réalité. Le Conseil constate que des seuils existent déjà dans divers domaines tels que le droit pénal ou la majorité sexuelle. Un seuil similaire pourrait donc être introduit en droit de la santé. Cette solution aurait l'avantage de permettre aux médecins une simplicité d'utilisation. Ceux-ci savent automatiquement d'après un critère précis si le mineur peut ou non bénéficier de soins sans le consentement parental. Cela permet également de mieux prendre en compte les différentes phases de la minorité, et de suivre les évolutions physiologiques, sociologiques et psychologiques ayant lieu à cette époque. Le mineur n'est pas traité comme un « tout abstrait », mais acquiert de plus en plus d'autonomie au fur et à mesure de son évolution. L'adoption d'un seuil contribue ainsi à améliorer la prise en charge sanitaire du mineur, en lui permettant, s'il le désire de bénéficier de soins sans le

³⁴² *Ibid.*, p.2

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ Conseil National du Sida, *op. cit.*, p.15 et s.

³⁴⁵ *Ibid.*, p.15

consentement parental, ce qui évite de le voir repousser des actes nécessaires à sa santé par crainte de voir ses parents mis au courant. Toutefois, le Conseil reconnaît que l'adoption d'une telle solution n'est pas sans engendrer des difficultés³⁴⁶. La première étant de savoir précisément sur quelle base fixer le seuil. Sa détermination risque d'entraîner de nombreux débats et ne permettra pas nécessairement d'aboutir à une solution satisfaisante, puisque, et c'est là la seconde difficulté, le fait de fixer un seuil conduit à exclure tous les mineurs dont « l'âge se situe immédiatement en dessous de ce seuil »³⁴⁷. Il semble quelque peu délicat d'écarter automatiquement les mineurs du bénéfice de ce droit au seul motif qu'ils n'ont pas atteint le seuil fixé.

Au vu de ces inconvénients, le Conseil National du Sida émet alors une seconde proposition³⁴⁸, à savoir, l'instauration d'une « exception législative spécifique », pour permettre dans des cas précis de déroger au consentement parental. Le Conseil souhaite réserver l'introduction de cette possibilité à des situations particulières, car « il ne semble pas souhaitable que le mineur puisse être soigné à l'insu de ses parents pour n'importe quelle pathologie »³⁴⁹. Ce processus ne devrait concerner que les mineurs ayant des « des problèmes de santé dont la révélation aux détenteurs de l'autorité parentale serait susceptible d'être dommageable à son état de santé et à son intégrité corporelle et/ou de jeter sur lui le discrédit ou l'opprobre au sein de sa famille »³⁵⁰. Le conseil fait ici référence à des pathologies relevant de l'intimité du mineur, telle qu'une maladie étant la conséquence de ses pratiques sexuelles (sida, autres MST...) ou de ses pratiques addictives (consommation d'alcool, de produits illicites...). La révélation de ce type de pathologie est susceptible de mettre la santé du mineur en danger (celui-ci peut refuser de mettre en œuvre les soins, les parents peuvent refuser de donner leur accord) ou de l'exclure du cercle familial. Cette solution a l'avantage d'ouvrir le traitement confidentiel uniquement aux mineurs entrant dans cette catégorie et de laisser les autres être soignés selon la législation de droit commun. Le Conseil souligne d'ailleurs que l'instauration d'une telle législation s'inscrirait « dans un mouvement législatif qui depuis les années 1970, tend à limiter l'autorité des parents dès lors que la

³⁴⁶ *Ibid.*, p.16 et s.

³⁴⁷ *Ibid.*, p.16

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 17 et s.

³⁴⁹ *Ibid.*, p.17

³⁵⁰ *Ibid.*

sexualité des adolescents est en jeu »³⁵¹. Le conseil fait ici référence aux législations relatives à l'accès à la contraception et aux tests de dépistage des maladies sexuellement transmissibles. La mise en place de ce système ne doit concerner que les mineurs en faisant la demande et pour des soins « rendus nécessaires par un état ou une pathologie consécutifs à des pratiques relevant de leur intimité et dont ils considèrent que la révélation aux détenteurs de l'autorité parentale serait de nature à jeter sur eux le discrédit et l'opprobre et pourrait avoir pour conséquence un dommage pour leur santé psychique et leur intégrité corporelle »³⁵².

Le législateur a préféré cette dernière recommandation à l'instauration d'un régime de prémajorité sanitaire. Il va alors créer un article L. 1111-5 au sein du Code de la santé publique permettant au médecin ou à la sage-femme de délivrer des soins sans le consentement des titulaires de l'autorité parentale. Puis, à la suite du constat que les dispositions de cet article ne couvraient pas toutes les situations rencontrées dans la pratique³⁵³, un article L. 1111-5-1 est également créé. Ce dernier ouvre la possibilité aux infirmiers de pratiquer des actes de prévention, de dépistage ou de traitement dans le domaine de la santé sexuelle et reproductive, sans le consentement parental.

Le législateur retient cependant des critères d'accès différents de ceux préconisés par le Conseil National du Sida.

2) Les critères de mise en œuvre des articles L.1111-5 et L. 1111-5-1

190. Sur recommandation du Conseil National du Sida, le législateur a adopté l'article L.1111-5 du Code de la santé publique qui dispose que :

« Par dérogation à l'article 371-1 du Code civil, le médecin ou la sage-femme peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque l'action de prévention, le dépistage, le diagnostic, le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne

³⁵¹ *Ibid.*, p.18

³⁵² *Ibid.*, p.20

³⁵³ *Rapport de MM. Olivier Vérain, Jean-Louis Touraine, Richard Ferrand et de Mmes Bernadette Laclais et Hélène Geoffrois n° 2673, sur la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, 20 mars 2015, V. les propos sur l'« Article 2 bis ».*

mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé. Toutefois, le médecin ou la sage-femme doit dans un premier temps s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation. Dans le cas où le mineur maintient son opposition, le médecin ou la sage-femme peut mettre en œuvre l'action de prévention, le dépistage, le diagnostic, le traitement ou l'intervention. Dans ce cas, le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix.

Lorsqu'une personne mineure, dont les liens de famille sont rompus, bénéficie à titre personnel du remboursement des prestations en nature de l'assurance maladie et maternité et de la couverture complémentaire mise en place par la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, son seul consentement est requis ».

Cet article est composé de deux parties. La première est relative au consentement des mineurs dont les liens familiaux ne sont pas rompus, mais qui réclament la confidentialité des soins devant leur être délivrés. Cette partie est inspirée de l'article L.2212-7 et de la législation en matière d'interruption volontaire de grossesse qui permet à une mineure qui désire garder le secret de pouvoir procéder à une interruption de grossesse sans le consentement parental. Cette disposition confère une autonomie limitée en raison des critères d'application de l'article et en raison de difficultés rencontrées pour le mettre en œuvre. La seconde partie est, quant à elle, consacrée au consentement du mineur dont les liens familiaux sont rompus et qui bénéficie « à titre personnel du remboursement des prestations en nature de l'assurance maladie » et de la couverture maladie universelle complémentaire. Elle concerne donc les mineurs ayant plus de 16 ans dont les liens de famille sont rompus³⁵⁴. Il peut s'agir, par exemple des adolescents confiés à l'Aide sociale à l'enfance³⁵⁵ ou à la Protection judiciaire à la jeunesse. Cette législation revient à conférer une véritable autonomie à ces mineurs puisqu'ils seront les seuls à pouvoir consentir à l'acte, le consentement parental n'étant alors plus requis. Certains auteurs³⁵⁶ considèrent même que cette opportunité constitue « une véritable majorité sanitaire » pour les mineurs concernés.

³⁵⁴ Art. L.861-1 CSS.

³⁵⁵ Art. 375-3 Cc. et Art. L.222-5 CASF.

³⁵⁶ DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner », *RGDM*, 2004, n°12, p. 99-104

D'autres estiment même que « le Code de la santé publique est ainsi fortement marqué par la volonté du législateur de promouvoir la liberté du mineur à l'encontre de l'autorité parentale » et que « cette reconnaissance de la capacité du mineur en matière médicale est la clef de voûte de l'élaboration du régime de prémajorité »³⁵⁷.

Affirmer que le législateur, avait ici pour volonté de conférer un nouveau régime pour le mineur semble aller un peu loin, on constate en lisant les travaux préparatoires de la loi du 4 mars 2002 que le texte « vise à encadrer des situations concrètes qui existent » et tend « à instaurer une procédure dérogatoire permettant de dispenser des soins aux mineurs dans certaines conditions, la règle imposant que les parents soient contactés ». Le but était de permettre de prodiguer des soins au mineur tout en empêchant que son « comportement à risque [...] puisse être révélé à une famille de manière inopinée sans aucune préparation »³⁵⁸. Le législateur ne souhaitait donc pas systématiquement permettre au mineur de passer outre le consentement de ses parents, mais bien instaurer un simple régime dérogatoire de droit commun, le principe restant le recueil du consentement du titulaire de l'autorité parentale. Notre étude ne portant que sur les mineurs représentés par les titulaires de l'autorité parentale, nous n'aborderons pas cette question plus en détail.

191. L'article L. 1111-5-1 dispose pour sa part que « par dérogation à l'article 371-1 du Code civil, l'infirmier peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions à prendre lorsque l'action de prévention, le dépistage ou le traitement s'impose pour sauvegarder la santé sexuelle et reproductive d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé. Toutefois, l'infirmier doit, dans un premier temps, s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation. Dans le cas où le mineur maintient son opposition, l'infirmier peut mettre en œuvre l'action de prévention, le dépistage ou le traitement. Dans ce cas, le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix ».

³⁵⁷ ROQUE J., « La prémajorité », *Dr.fam.*, avril 2009, n°4, étude 20

³⁵⁸ ROUGE — MAILLART C., « Le mineur dans la relation de soins. Introduction », 4^e journée d'étude de droit du centre hospitalier universitaire d'Angers, « Médecine et vulnérabilité » (31 mars 2011), *Médecine et droit*, 2011 p.218-220

Par ces conditions, cet article se rapproche de l'article L. 1111-5.

192. La possibilité pour le mineur de recevoir des soins sur le fondement de ces articles est strictement encadrée. Certaines conditions sont relatives au mineur **(a)** alors que d'autres concernent l'acte lui-même **(b)**.

a. Les critères relatifs au mineur

193. Pour que les articles L. 1111-5 et L. 1111-5-1 puissent trouver application, deux conditions doivent être remplies par le mineur. Il doit être à l'initiative de la demande de soins sans consentement parental et doit se faire accompagner par une personne majeure de son choix.

194. Le mineur doit expressément s'opposer à la consultation de ses parents. Il est à noter d'une part qu'il « n'est pas prévu d'âge minimum pour permettre au mineur de se prévaloir de ce droit »³⁵⁹, cette possibilité est donc théoriquement ouverte à tous les mineurs y compris les plus jeunes. D'autre part, il n'a pas non plus été introduit de « distinction selon la nature de l'acte envisagé »³⁶⁰. Il faut cependant ici atténuer cette remarque pour l'article L. 1111-5-1, en effet, ce dernier ne vise que les actes de prévention, de dépistage ou de traitement dans le domaine de la santé sexuelle et reproductive.

La capacité de discernement du mineur n'est pas non plus visée par ces articles. Bien que cette dernière ne soit pas mentionnée, elle doit être suffisante pour permettre au mineur de réitérer sa demande malgré les tentatives du praticien pour le convaincre de changer d'avis. Il doit avoir la capacité de s'affranchir des pressions extérieures afin de

³⁵⁹ Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville — Ministère de la santé et des sports, *circulaire DHOS/F4 n° 2009-319 du 19 octobre 2009, relative aux règles de facturation des soins dispensés dans les établissements de santé*

³⁶⁰. KIMMEL-ALCOVER A, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS*, 2005 p. 265

faire un choix lui étant propre. Le législateur n'est pas venu préciser s'il était possible pour l'enfant de ne réclamer le secret médical qu'à l'encontre d'un seul des deux titulaires de l'autorité parentale. Théoriquement, aucune indication ne vient empêcher le mineur de procéder à une telle demande, toutefois certains auteurs³⁶¹ soulignent le fait qu'introduire une telle possibilité serait pour le moins paradoxal, les parents étant eux-mêmes privés de cette possibilité y compris lorsque seul l'un d'entre eux exerce l'autorité parentale.

À la suite de la demande de secret émise par le mineur, le professionnel doit tout mettre en œuvre pour obtenir son consentement à la consultation parentale. Cette indication paraît *superflue*, car il est possible de compter sur « les autorités médicales pour faire preuve de vigilance lorsqu'elles sont confrontées à une demande de secret émanant du mineur. En effet, dans ces hypothèses, il est difficile d'imaginer un praticien ne cherchant pas à inciter l'enfant à dépasser le conflit qui peut l'opposer à ses parents, afin de permettre à ces derniers de réinvestir leur fonction de protection, à un moment où leur enfant en a le plus besoin »³⁶². Elle n'est toutefois pas inutile, le médecin étant légalement et déontologiquement tenu de rechercher le consentement parental. Le praticien joue ici le rôle de médiateur familial contribuant à rétablir le dialogue entre parents et enfants. Il faut rappeler que le soutien parental est indispensable au développement de l'enfant et le laisser affronter seul une pathologie semble être contraire à son intérêt.

195. Si le mineur maintient sa demande de secret, il a pour obligation de se faire accompagner par un tiers majeur pour recevoir les soins. « Aucune garantie n'est exigée par le législateur quant à la désignation de cette personne »³⁶³, celui-ci ne précise ni l'identité ni le rôle de ce tiers. Il pourrait s'agir d'un proche, d'un membre de la famille, d'un médecin, mais également d'un tiers inconnu des parents, voir même d'un majeur protégé ce qui peut laisser circonspect quant à l'objectif de protection. « On ne sait pas s'il est là pour influencer la position du mineur ou pour accompagner la décision qui est bien la sienne »³⁶⁴. Il n'est pas non plus précisé si le tiers participe à la prise de décision,

³⁶¹ DEKEUWER-DEFOSSEZ F., *op. cit.*

³⁶² KIMMEL-ALCOVER A., *op. cit.*

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ BERTHIAU D., « La décision médicale à propos du mineur : aspects juridiques et éthiques », *La revue sage-femme*, 2010, n°9, p.149

et le risque est que celui-ci « ne soit qu'un simple figurant, dont le rôle se limiterait à ménager les apparences ». Il n'a pas non plus à être informé, consulté ou à assister aux entretiens médicaux³⁶⁵. Certains auteurs³⁶⁶ considèrent que ce tiers peut jouer un rôle « pour servir d'appui à l'équipe médicale et tenter de convaincre le mineur d'avertir ses parents ». En cas de litige, il pourrait également jouer le rôle de témoin et prouver que le médecin a tout mis en œuvre pour convaincre l'enfant de revenir sur sa position, mais cela pourrait poser problème lorsque le majeur n'est pas connu des parents³⁶⁷. En raison de toutes ces imprécisions, il convient de s'interroger quant au rôle réel de ce majeur et craindre que ce mécanisme ne soit pas « en mesure de garantir une protection efficace » pour le mineur.

196. Malgré ces réserves, à partir du moment où le mineur, accompagné d'un tiers majeur demande le secret à l'égard de ses parents, le médecin pourra mettre en œuvre les soins si les conditions relatives à l'acte médical sont remplies.

b. Les critères relatifs à l'acte médical

197. Le législateur n'a pas pour objectif d'autoriser l'enfant à systématiquement passer outre le consentement parental, mais « d'instaurer une procédure dérogatoire permettant de dispenser des soins aux mineurs dans certaines conditions »³⁶⁸, en effet, « il n'est pas souhaitable qu'un mineur puisse être traité à l'insu de ses parents pour n'importe quelle pathologie »³⁶⁹. Pour cette raison, l'application de l'article L.1111-5 est limitée à la situation dans laquelle « le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure ». L'article L. 1111-5-1 est quant à lui encore plus restreint dans la mesure où il concerne les actes qui s'imposent pour sauvegarder la santé sexuelle et reproductive du mineur.

³⁶⁵ VIALLA F., FAURE M., MARTINEZ E. *et alii*, « Mineur et secret médical — Le secret sur son état de santé demandé par le mineur à l'égard de ses parents : de la reconnaissance d'un droit à sa mise en œuvre concrète », *Médecine et droit* 2015 p.79-89

³⁶⁶ REY-SALMON C., « Secret médical et personnes vulnérables : le cas du mineur », *D.* 2009 p.2651

³⁶⁷ RAYMOND G., *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, 5e éd., Litec, « Pratique professionnelle », 2006

³⁶⁸ Assemblée nationale, Discussion en séance publique du projet de loi n°3258 relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, 1ère séance du 4 oct. 2001

³⁶⁹ REY-SALMON C., « Secret médical et personnes vulnérables : le cas du mineur », *D.* 2009 p.2651

Se pose la question de savoir ce qu'est un acte qui s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne. Une fois encore, le législateur n'est pas venu définir la notion utilisée. Il va s'agir d'un acte ne rentrant pas dans la catégorie des actes urgents puisque dans ce cas, le médecin pourrait agir sans avoir obtenu le consentement parental³⁷⁰.

198. La doctrine est venue apporter des précisions quant à la notion « d'actes qui s'imposent pour sauvegarder la santé ». Certains auteurs ont adopté une vision large de cette notion en considérant qu'elle pouvait « englober tout acte médical considéré comme bienfaisant pour le mineur »³⁷¹. Cette vision semble toutefois trop étendue et contradictoire avec la volonté du législateur de vouloir cantonner l'application de cet article à certains actes déterminés. En effet, dans la mesure où l'atteinte à l'intégrité corporelle est justifiée par la nécessité médicale³⁷², ne pourrait-on pas considérer que tout acte médical a pour effet d'être bénéfique à la santé du mineur ? Il n'y aurait dans ce cas plus aucune restriction quant à l'usage de cet article, ce qui n'était pas de la volonté du législateur. La majorité des auteurs retiennent que l'acte nécessaire à la sauvegarde de la santé recouvre obligatoirement un acte à visée thérapeutique. Selon le dictionnaire médical de l'Académie de médecine, la thérapeutique est la « discipline médicale qui se consacre aux moyens pouvant être utilisés pour supprimer une maladie ou corriger les lésions produites par un traumatisme et prévenir leurs séquelles »³⁷³. Il s'agit donc d'un acte ayant un « intérêt curatif indiscutable »³⁷⁴, l'acte curatif étant l'acte propre à la guérison ou au traitement d'une maladie³⁷⁵. Il est par conséquent possible d'exclure les actes de chirurgie esthétique³⁷⁶ de la liste des actes qui sont nécessaires à la sauvegarde de la santé du mineur, ces actes regroupant « l'ensemble des interventions consistant à améliorer l'apparence physique d'un individu »³⁷⁷.

Outre les actes thérapeutiques, la notion peut également recouvrir les actes rendus nécessaires en raison de « circonstances dans lesquelles l'abstention de soins serait

³⁷⁰ Conformément à l'article 16-3 Cc. et L. 1111-4 CSP ; V. § 123 et s.

³⁷¹ BERTHIAU D., *op. cit.*

³⁷² Art.16-3 Cc.

³⁷³ Académie nationale de médecine, *Dictionnaire médical*, 2015

³⁷⁴ DUVAL - ARNOULD D., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ, 1994

³⁷⁵ Dictionnaire de français Larousse éd. 2015, v° curatif.

³⁷⁶ Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville — Ministère de la santé et des sports, *circulaire DHOS/F4 n° 2009-319 du 19 octobre 2009, relative aux règles de facturation des soins dispensés dans les établissements de santé*

³⁷⁷ Dictionnaire de français Larousse éd. 2015, v° chirurgie esthétique.

préjudiciable à la santé du mineur »³⁷⁸. L'acte étant indispensable à la santé de l'enfant, il ne doit donc pas concerner quelque chose de futile. Pour certains auteurs, cette précision permet d'écarter les actes bénins qui ne sont pas indispensables, comme certaines consultations dermatologiques ou dentaires³⁷⁹, toutefois, l'abstention de soins n'est-elle pas toujours préjudiciable à la santé de l'enfant ? Il semble illogique que le mineur puisse consentir à des actes graves, mais ne puisse pas consentir à des actes bénins. Il faut donc retenir que l'acte qui « s'impose pour sauvegarder la personne du mineur » fait référence à un acte curatif nécessaire et dont l'absence serait préjudiciable à la santé du mineur.

199. Le législateur est venu restreindre la mise en œuvre de cette exception, tout en lui conférant un cadre plus large, pour ce qui est de l'article L. 1111-5, que celui qui était demandé par le Conseil National du Sida. Celui-ci préconisait d'instaurer une exception lorsque les soins « sont rendus nécessaires par un état ou une pathologie, consécutif à des pratiques relevant de leur intimité ». L'article L. 1111-5-1 respecte cette idée dans la mesure où il concerne le seul domaine de la santé sexuelle et reproductive, mais ce n'est pas le cas de l'article L. 1111-5. Le législateur permet une application plus large de cette exception puisqu'il ne la limite pas à une pathologie intime. De même, le Conseil considérait que la révélation de l'état ou de la pathologie aux détenteurs de l'autorité parentale devait être de nature « à jeter sur [les mineurs] le discrédit et l'opprobre ». Ici, le législateur n'est pas venu prendre en considération les effets de la révélation de la pathologie du mineur sur sa vie familiale, mais uniquement les effets sur sa santé en cas d'abstention à la réalisation des soins. Ces diverses réflexions permettent de s'interroger quant au fait de savoir si en définitive, « la source de la dérogation à l'autorité parentale n'est pas, comme on pourrait le croire, la volonté de l'enfant, mais la nécessité médicale »³⁸⁰. Le législateur n'a pas tant cherché à conférer une autonomie au mineur, mais plutôt à assurer sa prise en charge médicale de manière à lui garantir une protection, et ce en toute circonstance.

Dans la pratique, les professionnels de santé semblent adopter une conception très large

³⁷⁸ REY-SALMON C., « Secret médical et personnes vulnérables : le cas du mineur », *D.* 2009 p.2651

³⁷⁹ MARION B., *Le mineur son corps et le droit criminel*, (sous la direction de B. Py), Th. Dactyl., Nancy 2, 2010

³⁸⁰ DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner », *RGDM*, 2004, n°12, p. 99-104

de cette notion d'acte qui s'impose pour sauvegarder la santé puisqu'ils ont déjà pris en charge des mineurs sur ce fondement pour « un enfant de seize ans présentant des troubles de la fluence » ; « pour l'hospitalisation d'une mère adolescente » ; ainsi que pour « une consultation pour douleurs chroniques ».

La mise en œuvre de cet article rencontre cependant des difficultés.

B) Le consentement suffisant du mineur, une exception non dénuée de limites

200. Lorsque les conditions sont remplies, et qu'un mineur accompagné d'un majeur demande au médecin de conserver le secret quant à la mise en œuvre d'un acte nécessaire à la sauvegarde de sa santé, l'acte pourra être ordonné sans demander l'autorisation parentale. Toutefois, la mise en œuvre de cet article fait l'objet de nombreuses limites, ce qui rend cette exception parfois difficile à mettre en œuvre dans la pratique. Ces difficultés peuvent concerner le praticien (1), les parents ou le mineur (2).

1) Les limites de l'application des articles L.1111-5 et L. 1111-5-1 pour les professionnels de santé

201. L'application des articles L. 1111-5 et L. 1111-5-1 va poser aux professionnels des difficultés quant à l'engagement de leur responsabilité civile et professionnelle. La mise en œuvre de cet article fait peser sur eux une grande responsabilité morale et déontologique puisqu'ils décident ou non de mettre en œuvre les soins. De plus, en cas de soins prodigués au mineur ils encourent le risque de voir leur responsabilité engagée par les parents.

202. Le fonctionnement de ces articles fait peser une grande responsabilité morale sur les praticiens. Le respect du secret demandé par le mineur n'est jamais de droit, et c'est

le professionnel qui décide *in fine* d'accéder ou non à cette demande³⁸¹. L'article précise en effet que « le médecin ou la sage-femme peut³⁸² se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale », c'est également le cas de l'infirmier. Le verbe « pouvoir » renvoie à l'idée que l'accession à la demande du mineur n'est qu'une faculté du médecin et non une obligation. Le professionnel « n'est pas tenu d'accepter la demande du mineur. Il l'apprécie en opportunité »³⁸³. La responsabilité conférée à celui-ci est importante. Sans son accord, le mineur ne sera pas soigné. On retrouve l'idée selon laquelle le « médecin est le défenseur de l'enfant lorsqu'il estime que l'intérêt de sa santé est mal compris ou mal préservé par son entourage »³⁸⁴. Si le mineur réclame le secret, c'est qu'il pense que la révélation de son état de santé à sa famille risque de lui être préjudiciable, et il peut en conséquence se tourner vers ce « défenseur » pour voir assurer le respect de la protection de sa santé.

La faculté laissée au praticien d'accéder ou non à la demande du mineur le place face à un dilemme. Il peut décider d'accéder à la demande du mineur, ce qui le conduira à le soigner sans en avertir ses parents, le laissant ainsi affronter seul sa pathologie. Le professionnel peut également refuser d'accéder à la demande de secret. Ce qui pourrait conduire le mineur à prendre la décision de repousser les soins nécessaires à la sauvegarde de sa santé par crainte de la réaction parentale. La santé de l'enfant se trouve alors en danger en raison du refus du médecin. Il faut rappeler que « tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril [...] doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires »³⁸⁵. Le praticien ne remplit plus son rôle de protecteur et contribue indirectement à l'aggravation de l'état de santé du mineur. Ne pourrait-il pas voir ultérieurement sa responsabilité déontologique engagée, pour non-respect de cette obligation ? Afin de garantir la protection du mineur, il pourrait choisir d'avertir les titulaires de l'autorité parentale, mais il risque alors de perdre la confiance qui le liait à son patient. Cela pourrait également placer le mineur dans une situation de « *péril* » si l'annonce de la pathologie est mal prise par la famille. Le choix laissé au

³⁸¹ VIALLA F., « Relation de soins et minorité », *LPA.*, 20 mars 2015, n°57, p.4

³⁸² Nous soulignons.

³⁸³ Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville — Ministère de la santé et des sports, *circulaire DHOS/F4 n° 2009-319 du 19 octobre 2009, relative aux règles de facturation des soins dispensés dans les établissements de santé*

³⁸⁴ Art. R. 4127-43 CSP

³⁸⁵ Art. R.4127-9 CSP.

médecin d'accéder ou non à la demande de secret du mineur est très délicat, et il faut se demander s'il est réel. Le médecin ne se sentira-t-il pas « *obligé* » de prodiguer des soins à l'enfant afin d'éviter de voir celui-ci y renoncer ?

203. Dans l'hypothèse où le professionnel décide d'accéder à la demande du mineur, il demeure placé dans une situation délicate puisqu'il n'est jamais à l'abri de voir sa responsabilité engagée par les titulaires de l'autorité parentale. Imaginons, que le médecin décide d'accéder à la demande, et que lors de la mise en œuvre de l'acte surviennent des effets indésirables contribuant à aggraver l'état de santé du mineur ou qui conduisent à son décès. Le médecin peut « craindre une mise en cause de sa responsabilité civile si le traitement se révèle préjudiciable ou si le mineur se retrouve dans une situation de détresse »³⁸⁶.

204. Les articles ne peuvent être mis en œuvre que si les conditions en sont réunies. Or, comment le médecin peut-il se ménager une telle preuve³⁸⁷ ? En cas de litige, il risque d'avoir de grandes difficultés à justifier qu'il agissait bien dans le cadre de cet article. Comment peut-il prouver qu'il a tout mis en œuvre afin de convaincre le mineur d'accepter d'avertir ses parents ? Conformément à l'article R.1111-6 du Code de la santé publique, il aura consigné par écrit l'opposition du mineur, mais cela ne démontre pas pour autant qu'il ait cherché à le dissuader de prendre cette décision³⁸⁸. Le fait de faire signer un document écrit au mineur serait envisageable, mais, l'enfant n'ayant pas de capacité juridique reconnue, cette signature n'aurait pas de valeur. De même, il a la possibilité de « demander une signature au majeur accompagnant, mais le doute sera facilement émis si ce majeur n'est pas quelqu'un de l'entourage immédiat de l'enfant et n'est pas connu des parents »³⁸⁹.

205. Bien que la tentative du législateur de conférer une certaine autonomie au mineur par le biais de l'article L. 1111-5 et L. 1111-5-1 soit appréciable, il est regrettable qu'il

³⁸⁶ BERNHEIM-DESVAUX S., « La relation de soins : the consent of the minor in the care relationship », *Médecine et droit*, 2011 p.221-225

³⁸⁷ KIMMEL-ALCOVER A., « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS*, 2005 p. 265

³⁸⁸ BERNHEIM-DESVAUX S., *op. cit.*

³⁸⁹ RAYMOND G., *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, 5e éd., Litec, « Pratique professionnelle », 2006

n'ait pas dans le même temps garanti la protection des médecins qui se retrouvent alors placés dans une situation délicate qu'ils décident ou non d'accéder à la demande des mineurs. Ces difficultés rencontrées par les médecins ne sont pas les seules limites de ces articles.

2) Les limites de l'application des articles L.1111-5 et L. 1111-5-1 pour les parents et le mineur

206. Outre les limites rencontrées par le professionnel, l'application de ces articles est également susceptible de poser des difficultés aux titulaires de l'autorité parentale ainsi qu'au mineur.

a. Les limites de l'application des articles pour les parents

207. Les parents peuvent être les premiers à « pâtir » des effets de ces articles. Du fait de l'article 371-1 du Code civil, ils se voient conférer un pouvoir d'autorité parentale. Ce pouvoir doit être exercé dans l'intérêt de l'enfant et a pour but de « le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité ». La mise en œuvre de ces articles est difficilement conciliable avec cet objectif. Comment les parents peuvent-ils assurer leur devoir de protection de l'enfant lorsqu'ils ignorent quelles sont les décisions prises concernant sa santé ? De même, lorsque la délivrance des soins nécessite la présence du mineur dans un établissement médical, les parents sont susceptibles de s'inquiéter de ne pas voir l'enfant rentrer au domicile. Ils pourraient considérer cette « disparition » comme préoccupante et en informer la police³⁹⁰. Le majeur accompagnant le mineur pourrait venir rassurer les parents quant à la sécurité de leur enfant, mais il n'est pas certain que ce soit l'effet obtenu, en particulier lorsque le tiers est inconnu des parents. Les parents jouent un rôle important du point de vue émotionnel pour l'enfant. Quel que soit son âge, l'enfant demeure attaché à leur opinion³⁹¹. Le fait de les écarter de la

³⁹⁰ REY-SALMON C., « Secret médical et personnes vulnérables : le cas du mineur », *D.* 2009 p.2651

³⁹¹ BAILLY D., « Problèmes liés au consentement chez l'enfant et l'adolescent », *Archives de pédiatrie*, 2010, n° S1, p. 7-15

procédure décisionnelle risque de faire peser une charge très lourde sur les épaules du mineur.

208. Pour contrer ces critiques, il est possible d'arguer du fait que l'autorité parentale est conférée aux parents dans le but de protéger leur enfant vulnérable. À partir du moment où celui-ci devient suffisamment apte à se protéger lui-même, l'existence des pouvoirs conférés aux titulaires de l'autorité parentale n'a plus lieu d'être. L'enfant doit voir sa capacité juridique grandir pendant que l'ascendant juridique de ses parents sur lui décroît. Si l'enfant réclame la mise en œuvre de cet article, c'est généralement en raison de rapports familiaux difficiles. Le fait de ne pas avertir ses parents se justifie alors par le fait que les avertir serait contraire à son intérêt supérieur. Cependant, l'application de cet article ne permet pas toujours d'assurer une protection satisfaisante au mineur.

b. Les limites de l'application des articles pour les mineurs

209. La mise en œuvre de ces articles permet au mineur d'exercer son autonomie, de bénéficier de soins appropriés et de conserver le secret sur son état de santé. Ces objectifs ne sont toutefois que partiellement atteints. Le mineur n'est jamais assuré de bénéficier de soins puisque c'est en définitive le médecin qui décide si oui ou non il accédera à sa demande. De plus, son autonomie est relative puisque pour pouvoir exercer ce droit, il doit être accompagné d'un majeur. C'est comme s'« il n'était pas possible que la position du mineur soit prise en compte comme tel en dehors d'une position d'un tiers majeur »³⁹².

210. Il faut également ajouter que le secret médical introduit par ces articles ne sera pleinement respecté que s'il s'applique également à la prise en charge des frais médicaux par la sécurité sociale, or, ce n'est actuellement pas le cas. Le Conseil National du Sida a donné l'alerte sur ce point³⁹³ après avoir été informé de difficultés

³⁹² BERTHIAU D., « La décision médicale à propos du mineur : aspects juridiques et éthiques », *La revue sage-femme*, 2010, n°9, p.146-150

³⁹³ Conseil National du Sida, Avis suivi de recommandations sur la garantie du droit au secret des personnes mineures dans le cadre de leur prise en charge médicale, 15 janv. 2015

rencontrées par les patients mineurs au niveau du remboursement des frais de santé engagés lors de la mise en œuvre des soins confidentiels. Le COREVIH³⁹⁴ du Languedoc Roussillon lui a signalé par un courrier en date du 19 mai 2014, la situation d'un mineur au CHRU de Montpellier. Celui-ci, séropositif souhaitait conserver le secret quant à son état de santé. Il demande à bénéficier d'un traitement rétroviral de façon confidentielle. Le personnel de l'établissement réalise qu'en raison des informations transmises automatiquement à l'assurance maladie, « il semble impossible de ne pas voir apparaître des indices sur les relevés d'assurance maladie que la mère recevra suite aux soins et traitements fournis »³⁹⁵. L'établissement interroge la caisse primaire d'assurance maladie qui estime « être dans l'impossibilité d'assurer l'anonymat pour une affection de longue durée, à un ayant droit mineur rattaché à la couverture sociale de ses parents »³⁹⁶. Cette situation est loin d'être un cas isolé, et dans le domaine du sida, plus d'une vingtaine de cas similaires ont déjà été rapportés ce qui a conduit les établissements à adopter diverses stratégies afin de tenter de garantir au mineur le respect du secret demandé. Certains établissements ont mis en place des « stratégies d'anonymisation » dans lesquelles ils n'inscrivent pas le mineur au bureau des entrées, et n'indiquent pas son nom sur l'ordonnance de prescription. D'autres établissements procèdent à de fausses déclarations de rupture du lien familial afin de permettre au mineur de bénéficier de la CMU. Dans la pratique libérale, lorsque le mineur se présente seul à une consultation, les professionnels prendront sa carte vitale s'il en présente une. Dans le cas contraire, ils contacteront les parents pour le règlement. Le secret n'est alors pas préservé.

211. Ces solutions ne sont pas satisfaisantes. Le mineur n'est jamais assuré de voir sa demande respectée et la réponse apportée par les établissements de santé risque d'être très différente d'un lieu à l'autre. Il n'est pas acceptable que les règles de facturations viennent mettre en échec la mise en œuvre d'un droit fondamental instauré par le législateur ; or c'est ce qui se passe. « Les relevés de prestations transmis aux ayants droit, c'est-à-dire aux titulaires de l'autorité parentale, réduiront à néant la volonté du

³⁹⁴ Comité de coordination de lutte contre le virus de l'immunodéficience humaine

³⁹⁵ VIALLA F., FAURE M., MARTINEZ E. *et alii*, « Mineur et secret médical — Le secret sur son état de santé demandé par le mineur à l'égard de ses parents : de la reconnaissance d'un droit à sa mise en œuvre concrète », *Médecine et droit* 2015 p.79-89

³⁹⁶ Conseil National du Sida, *op. cit.*

mineur de préserver le secret sur sa situation de santé ». Cette situation entraîne « un bricolage des textes » et « conduit à une situation choquante d'écart entre les droits fondamentaux proclamés et des textes engendrant des situations d'inégalité »³⁹⁷.

212. Afin de mieux préserver le secret médical lors de la mise en œuvre de ces articles, le Conseil National du Sida a effectué des propositions afin de garantir « à toutes les étapes de la prise en charge », le droit pour le mineur de demander le secret quant à son état de santé. Le conseil recommande de consacrer la garantie du secret de la prise en charge financière dans « un instrument de droit approprié » qui pourrait notamment « reposer sur des dispositifs d'anonymisation des données dans le cadre de l'assurance maladie, à condition que ceux-ci préservent la traçabilité des informations ».

213. Des procédures fondées sur l'anonymat existent déjà dans le domaine de l'interruption de grossesse et de la prise en charge de la toxicomanie, et le législateur pourrait s'en inspirer. En matière d'interruption volontaire de grossesse, lorsque la mineure refuse d'avertir ses parents³⁹⁸ aucune demande de paiement ne lui sera demandée³⁹⁹, les frais engagés seront directement remboursés au médecin ou à l'établissement de santé et les documents nécessaires au remboursement sont anonymes⁴⁰⁰. La préservation du secret est ainsi garantie à toutes les étapes de la prise en charge. Ce système pourrait aisément être adapté au mineur souhaitant bénéficier de soins sans en avertir les titulaires de l'autorité parentale dans la mesure où la rédaction de l'article L. 1111-5 et L. 1111-5-1 s'inspire directement de celle de l'article L.2212-7. « Si le législateur et le pouvoir réglementaire ont su s'entendre pour garantir le secret à la jeune fille mineure qui souhaite subir une interruption volontaire de grossesse, sans risquer d'être trahie par des questions de remboursement de la Caisse primaire de l'Assurance maladie, une telle solution est alors envisageable pour le cas général du mineur souhaitant se faire soigner dans le secret et pour l'atteindre, une modification des textes s'impose »⁴⁰¹. Lorsque le mineur souhaite se faire soigner dans la

³⁹⁷ VIALLA F., FAURE M., MARTINEZ E. *et alii*, *op. cit.*

³⁹⁸ Art. L.2212-7 CSP.

³⁹⁹ Art. D.132-1 CSS.

⁴⁰⁰ Art. D. 132-3 CSS.

⁴⁰¹ VIALLA F., FAURE M., MARTINEZ E. *et alii*, « Mineur et secret médical — Le secret sur son état de santé demandé par le mineur à l'égard de ses parents : de la reconnaissance d'un droit à sa mise en œuvre concrète », *Médecine et droit* 2015 p.79-89

confidentialité, il est envisageable, à l'instar de ce qui se fait pour l'interruption de grossesse, de lui délivrer les soins gratuitement et que par la suite un remboursement soit directement effectué auprès du médecin ou de l'établissement de santé.

Le système de l'anonymat de la prise en charge financière existe également en matière de toxicomanie. Le dépistage est anonyme est gratuit et les dépenses sont prises en charge par l'assurance maladie⁴⁰². En cas de traitement, le patient peut demander à bénéficier de l'anonymat⁴⁰³.

Il en est de même pour la délivrance d'un contraceptif d'urgence, la délivrance se fait de façon gratuite au mineur⁴⁰⁴ puis le pharmacien adresse une demande de remboursement « sur une feuille de soins ne comportant pas l'identification de l'assuré et du bénéficiaire »⁴⁰⁵.

La mise en place d'un système de gratuité et d'anonymat permettrait ainsi de « venir à bout d'une situation choquante dans laquelle le fonctionnement administratif tient la loi en échec »⁴⁰⁶ et de garantir au mineur le respect de la confidentialité à toutes les étapes de sa prise en charge. Il est donc nécessaire que le législateur intervienne afin de pallier ce manque d'effectivité des articles L.1111-5 et L. 1111-5-1.

⁴⁰² Art. L.3411-4 CSP.

⁴⁰³ Art. L. 3414-1 CSP.

⁴⁰⁴ Art. L. 5134-1 CSP.

⁴⁰⁵ Art. D. 5134-3 CSP

⁴⁰⁶ VIALLA F., FAURE M., MARTINEZ E. *et alii*, *op. cit.*

Conclusion de la première section :

214. Afin de respecter l'autonomie du mineur, le législateur impose que son consentement à l'acte médical soit recherché dès lors qu'il est apte à consentir, c'est-à-dire capable d'exprimer une volonté libre et éclairée. Son accord n'est en revanche pas suffisant pour autoriser la mise en œuvre de l'acte, et le mineur demeure par principe représenté par les titulaires de l'autorité parentale. Le législateur a cependant introduit une exception à la représentation du mineur en matière médicale aux articles L. 1111-5 et L. 1111-5-1 du Code de la santé publique. À sa demande, ce dernier pourra bénéficier de soins qui s'imposent pour sauvegarder sa santé, à condition d'être accompagné de la personne majeure de son choix.
215. L'autonomie ici exercée par le mineur est relative dans la mesure où son consentement n'est doté d'efficacité que de manière exceptionnelle et dans des conditions strictement encadrées. De plus, le secret médical n'est pas garanti, notamment en raison des règles encadrant le remboursement des soins par la sécurité sociale.
216. Le législateur est également venu lui conférer une autonomie exceptionnelle pour des actes spécifiquement réglementés (**Seconde section**).

Seconde section : Le consentement exceptionnel du mineur pour les actes spécifiquement réglementés

217. Le mineur bénéficie de la possibilité d'exprimer un consentement aux soins de façon exceptionnelle pour certains actes spécifiques. Avant l'instauration d'un régime de droit commun pour les patients par la loi du 4 mars 2002, le législateur avait déjà adopté une législation particulière en matière de consentement aux soins pour certains actes médicaux. Ces règles dérogatoires de droit commun n'ayant pas été remises en cause en 2002, le mineur sera toujours à même d'exercer son autonomie dans ce cadre. Il convient donc de se pencher plus en avant sur ces actes spécifiquement réglementés afin de savoir dans quelle mesure et sous quelles conditions le mineur peut délivrer un consentement aux soins.

218. De prime abord, la liste de ces actes peut surprendre et sembler disparate. Elle va concerner le don du sang⁴⁰⁷, la mise en œuvre d'une recherche biomédicale⁴⁰⁸ ou encore le prélèvement de tissus et cellules⁴⁰⁹. Il est possible de distinguer trois catégories d'actes : les actes qui concernent la recherche biomédicale, les actes relatifs à la sexualité et à la grossesse et les actes relatifs à la collecte et l'utilisation de produits issus du corps humain. La logique du législateur est difficile à saisir. Dans certains cas, le mineur va d'office être exclu de l'acte, alors que dans d'autres, il bénéficiera d'une autonomie totale et son consentement sera suivi d'effets. Il est logique de penser que l'exclusion du mineur est liée à la gravité de l'acte dans le but d'assurer une protection optimale de sa personne physique, mais ce n'est pas le cas, et le mineur se retrouve à de nombreuses reprises, privé de son autonomie pour des actes peu invasifs. Il est par exemple exclu du don du sang dans l'intérêt thérapeutique d'autrui⁴¹⁰, alors qu'il est autorisé à donner son consentement à une interruption volontaire de grossesse⁴¹¹.

⁴⁰⁷ Art. L. 1221-5 CSP

⁴⁰⁸ Art. L. 1121-7 CSP

⁴⁰⁹ Art. L. 1241-2 CSP

⁴¹⁰ Art. L.1221-5 CSP

⁴¹¹ Art. L. 2212-7 CSP

219. Malgré la diversité des actes concernés, il est possible d'opérer un recoupement, non pas en fonction du type d'acte, mais en fonction des droits conférés au mineur. Pour un certain nombre d'actes, le législateur est venu conférer une forme de « semi-capacité » au mineur en lui accordant un droit de « veto » (**I**), tandis que pour d'autres, il est venu le doter d'une capacité quasi complète et d'une totale autonomie (**II**).

I Le refus du mineur, obstacle à la mise en œuvre des actes spécifiquement réglementés

220. Au sein des actes spécifiquement réglementés, il est à distinguer une première catégorie d'actes pour lesquels le législateur est venu accorder au mineur une forme de « capacité atténuée ». Pour ces actes (**A**), le consentement du mineur n'est pas suffisant pour les mettre en œuvre, en revanche, son refus permettra de faire échec à l'accord délivré par les titulaires. Il dispose alors d'un véritable « droit de veto » (**B**).

A) *Les actes médicaux concernés par le droit de refus du mineur*

221. Parmi les actes spécifiquement réglementés, il en existe quatre qui accordent au mineur une forme de capacité atténuée. Il s'agit d'actes relatifs à l'utilisation des produits issus du corps humain (**1**) ou relatifs aux recherches (**2**).

1) Le droit de refus du mineur en matière d'actes relatifs à l'utilisation des produits du corps humain

222. Il existe trois actes relatifs à l'utilisation des produits du corps humain pour lesquels le législateur est venu accorder un droit de refus au mineur. Ces actes concernent les prélèvements sanguins (**a**) ou les prélèvements de tissus et cellules (**b**).

a. *Le droit de refus du mineur en matière de prélèvements sanguins*

223. L'article L. 1221-5 légifère le don du sang. Par principe, tout prélèvement sanguin sur un mineur en vue d'une utilisation thérapeutique sur autrui est interdit⁴¹². Il

⁴¹² BINET J-R., « Respect et protection du corps humain — sang humain », J.-CL. Civ., fasc. 24, 2017 ; AULOIS-GRIOT M., « Législations spécifiques — éthique et biotechnologies, Les produits dérivés du sang et de ses composants », Droit médical et hospitalier, Lexis Nexis, fasc. 35-1, 2011 ; CHARBONNEAU C., « Don et utilisation du corps humain », Droit médical et hospitalier, Lexis Nexis, fasc. 32, 2009

se trouve exclu de ce processus et ni son consentement ni celui de ses parents ne seront suffisants pour surmonter cette interdiction. L'impossibilité d'effectuer un prélèvement sanguin sur les mineurs pose parfois des problèmes médicaux. En cas de groupe sanguin rare, il peut être difficile de trouver un donneur majeur compatible. L'interdiction d'effectuer un prélèvement sur un mineur compatible conduit à condamner le receveur à plus ou moins brève échéance.

224. Aussi le législateur est-il venu assouplir ce principe en permettant de façon exceptionnelle le prélèvement sur mineur « lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique et de la compatibilité tissulaire l'exigent ». Toutefois, il est vite apparu que ce double critère était « restrictif à l'excès »⁴¹³. Il est alors proposé d'ouvrir le prélèvement sanguin en cas d'urgence thérapeutique ou de compatibilité tissulaire, la présence des deux critères n'étant plus exigée de façon cumulative. Certains sénateurs se sont de prime abord opposés à une telle ouverture au nom de la protection de la santé des enfants, car « on ne connaît pas, à ce jour, les effets de tels prélèvements sur des enfants mineurs ». Cependant, cette crainte n'a pas été suivie d'effets et l'ouverture du don du sang au mineur en cas d'urgence thérapeutique ou de compatibilité tissulaire a été adoptée, cette ouverture étant nécessaire, car « chacune [des deux conditions] justifie en soi qu'il puisse être procédé à un tel prélèvement ». De plus, il est possible de comprendre « que l'on prenne des précautions lorsqu'il s'agit d'un prélèvement de moelle ou d'un prélèvement qui laisse des séquelles [...], mais là ce n'est qu'un prélèvement de sang », le risque étant ici moindre pour le mineur.

225. Lorsque le prélèvement sur le mineur est possible, il faut, conformément au droit commun, obtenir le consentement écrit des deux titulaires de l'autorité parentale. Ce mécanisme semble lourd et contraignant par rapport à la faible gravité de l'acte. Le mineur n'a pas le pouvoir de consentir seul au prélèvement, en revanche, le législateur est venu lui accorder un pouvoir spécifique puisque son refus fait obstacle à celui-ci. Bien que le consentement du mineur ne soit pas nécessaire à la réalisation de l'acte, il est systématiquement recherché. En effet, pour que le mineur puisse exprimer son refus, son consentement doit avoir été recherché. Le pouvoir accordé au mineur est non négligeable puisque le simple refus même non motivé sera de nature à tenir en échec le

⁴¹³ Sénat, discussion du projet de loi relatif à la bioéthique, séance du 29 janvier 2003

double consentement parental. Il convient de s'interroger sur le pouvoir réel des représentants du mineur dont l'accord se trouve mis en échec aussi aisément. L'efficacité du consentement parental se trouve en réalité conditionnée par l'absence de refus du mineur. C'est également le cas pour le prélèvement de tissus ou de cellules.

b. Le droit de refus du mineur en matière de prélèvement de tissus ou cellules

226. Le droit pour le mineur de refuser l'acte existe également en matière de prélèvement de tissus ou cellules. Lorsque le prélèvement a eu lieu à l'occasion d'un acte de chirurgie pratiqué dans l'intérêt de la personne opérée, la réutilisation de celui-ci dans l'intérêt thérapeutique d'autrui est subordonnée à l'absence d'opposition quant à cette réutilisation. Chez le mineur, l'opposition est manifestée par les titulaires de l'autorité parentale, mais le mineur dispose lui-même d'un droit de « veto » et son refus fera obstacle à la réutilisation de ce prélèvement⁴¹⁴. Le mineur est ainsi placé sur un même pied d'égalité que les titulaires de l'autorité parentale. Ce prélèvement ne sera pas abordé plus en détail, car il ne pose que peu de problèmes éthiques le prélèvement ayant lieu lors d'un acte réalisé au bénéfice du mineur. Il semble plus intéressant d'aborder en détail les cas dans lesquels le prélèvement est réalisé pour lui-même et que l'atteinte à l'intégrité physique du mineur est effectuée dans l'intérêt d'autrui.

227. Par principe, le législateur est venu interdire la réalisation de ces prélèvements⁴¹⁵. C'est l'article L. 1241-2 du Code de la santé publique qui dispose qu'« aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain « en vue d'un don » ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ». Se retrouve ici la volonté du législateur de préserver l'intégrité physique du mineur. Cependant, l'affirmation d'un tel principe est parfois venue poser des difficultés lorsqu'il n'existait aucun autre donneur compatible que le mineur. Le législateur est alors venu assouplir cette interdiction en énonçant qu'« en l'absence d'autre solution

⁴¹⁴ Art. L. 1245-2 CSP

⁴¹⁵ BINET J-R., « Respect et protection du corps humain — Organes, tissus, cellules, produits », J.-CL. Civ., fasc. 22, 2016 ; CHARBONNEAU C., « Don et utilisation du corps humain », Droit médical et hospitalier, Lexis Nexis, fasc. 32, 2009

thérapeutique, un prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse peut être fait sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur »⁴¹⁶.

A l'occasion des lois bioéthiques de 2004⁴¹⁷, la question s'est posée d'un élargissement de cette exception aux cousins germains, oncles et tantes ainsi que neveux et nièces. En effet, « les règles de la compatibilité tissulaire impératives pour la réussite des greffes de moelle osseuse, font que parfois cette compatibilité ne peut être trouvée ni chez un donneur majeur, ni même auprès d'un mineur, frère ou sœur, cousin ou cousine du receveur. En revanche, les hasards de la consanguinité font que d'autres parents proches comme les neveux ou nièces, oncles ou tantes se révèlent HLA⁴¹⁸ identiques au receveur »⁴¹⁹. Le projet de loi souligne le fait que l'hypothèse de l'impossibilité de trouver un donneur autre que le cousin germain se rencontre une à deux fois par an. Ce projet d'extension, a ainsi été présenté au sein du projet de loi comme le dilemme de « prélever sur un mineur, qu'il nous appartient de protéger, pour sauver une vie », aussi a-t-il été amplement débattu notamment au sein du sénat⁴²⁰. Des craintes ont été exprimées quant à une généralisation de l'exception faite à l'interdiction de prélèvement sur le mineur. Or, il a été souligné que « du fait de la rareté des cas concernés, cette extension ne peut en aucun cas conduire à une banalisation des prélèvements sur personne mineure ». De plus, afin de garantir la protection des donneurs mineurs, un amendement avait été déposé afin que « le comité d'experts s'assure au préalable que tous les moyens ont bien été mis en œuvre pour trouver un donneur majeur compatible avec le receveur ». Enfin, le rapport de M. Giraud rappelle que l'enjeu vital que représente la greffe pour les bénéficiaires doit « être mis en regard avec le caractère relativement bénin et sans complexité technique particulière du prélèvement opéré sur le donneur »⁴²¹.

228. Au regard de ces arguments, l'extension du prélèvement sur les mineurs de cellules hématopoïétiques de la moelle osseuse en vue d'un don a été adoptée. L'article L. 1241-3 permet désormais un prélèvement au bénéfice des frères et sœurs en l'absence

⁴¹⁶ Art. L. 1241-3 CSP

⁴¹⁷ Projet de loi relatif à la bioéthique n° 3166, déposé le 20 juin 2001

⁴¹⁸ Human Leucocyte Antigen

⁴¹⁹ Sénat, Rapport n°128 de M. Francis Giraud, sur le projet de loi relatif à la bioéthique

⁴²⁰ Sénat, discussion du projet de loi relatif à la bioéthique, séance du 29 janvier 2003

⁴²¹ Sénat, Rapport n°128 de M. Francis Giraud, *op. cit.*

d'autre solution thérapeutique. À titre exceptionnel, il peut être fait au bénéfice des cousins germains, oncles et tantes, neveux et nièces. Le consentement est délivré par les deux titulaires de l'autorité parentale devant le président du tribunal de grande instance, ou le magistrat désigné par lui. On ne peut ici s'empêcher de s'interroger quant à l'existence d'un éventuel conflit d'intérêts pour les parents. En effet, les parents doivent consentir à un prélèvement réalisé au bénéfice d'un autre membre de la famille. Les parents sont-ils alors les plus objectifs et les mieux placés pour préserver l'intérêt de leur enfant ? N'aurait-il pas été préférable que la décision revienne à un administrateur *ad hoc* chargé de prendre la meilleure décision pour l'enfant ?

Au vu de cet élément, les pouvoirs qui ont ici été conférés au mineur par le législateur sont compréhensibles. Une fois encore, l'enfant bénéficie d'une « capacité atténuée » prenant la forme d'un droit de « veto ». Son refus fera obstacle à la réalisation du prélèvement. Le mineur peut ainsi devenir le propre garant de la préservation de son intégrité physique. Il est ainsi en mesure d'exercer un véritable « contrepouvoir » face à la décision parentale dont l'efficacité du consentement est, à nouveau, conditionnée par l'absence de refus du mineur. Il est toutefois à regretter qu'il n'ait été fait aucune référence à la capacité de discernement du mineur. À l'heure actuelle, son refus fera obstacle au prélèvement, et ce même si celui-ci n'est pas capable de discernement. Le refus conduisant à la non-réalisation de l'acte et par extension, à la « condamnation » d'un membre de la famille, il est à déplorer que cette possibilité n'ait pas été réservée au seul mineur capable de discernement. Une telle décision devant nécessairement être mûrement réfléchie et ne pas refléter la simple traduction d'une peur ou d'une incompréhension enfantine.

2) Le droit de refus du mineur en matière de recherches biomédicales

229. Une logique similaire s'applique aux recherches biomédicales⁴²². Dans le système mis en place par la loi dite « Hurriet-Serusclat »⁴²³, le mineur n'est pas en

⁴²² BEVIÈRE-BOYER B., « Respect et protection du corps humain — Recherche impliquant la personne humaine — Mise en œuvre », J.-CL. Civ., fasc. 62, 2018 ; BYK C., « Législations spécifiques — éthique et biotechnologies, Recherche impliquant la personne humaine », Droit médical et hospitalier, Lexis Nexis, fasc. 34, 2018

⁴²³ Loi n° 88-1138 du 28 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales

mesure de consentir à l'acte, mais son refus sera de nature à y faire obstacle. Le système est maintenu par la loi du 9 août 2004⁴²⁴. Le régime applicable apparaît comme très protecteur de l'intégrité physique du mineur puisque sa participation ne pourra être sollicitée, conformément à l'article L. 1121-7 que « si des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur des personnes majeures » et uniquement si « l'importance du bénéfice escompté est de nature à justifier le risque prévisible encouru » ou lorsque « ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres mineurs », le risque devant alors avoir un caractère minimal.

230. Si le mineur remplit les conditions de participation à la recherche, il recevra alors dans un premier temps une information adaptée à ses capacités de compréhension⁴²⁵, cependant son consentement n'est pas exigé. En effet, là encore, le consentement devra être délivré par les deux titulaires de l'autorité parentale. Il est ici constaté le souci du législateur de garantir la protection de l'intégrité du mineur la plus optimale, en posant l'exigence d'un double consentement parental. Le consentement d'un seul des titulaires de l'autorité parentale pourra exceptionnellement être suffisant dans trois cas : lorsque la recherche ne comporte que des risques négligeables et n'a pas d'influence sur la prise en charge médicale du mineur ; lorsque la recherche est réalisée à l'occasion d'un acte de soins ; lorsque l'autre parent est dans l'impossibilité de délivrer un consentement dans des délais compatibles avec le déroulement de la recherche. Tout comme dans le cadre des prélèvements, le refus du mineur fera obstacle au consentement parental et la recherche ne sera pas menée. Ici encore, le mineur se voit doter d'une véritable capacité d'action lui permettant non pas de mettre en œuvre l'acte, mais tout du moins d'y faire obstacle.

231. Les actes conférant une capacité « atténuée » au mineur sont généralement réalisés dans l'intérêt thérapeutique d'autrui, ce qui permet de comprendre pourquoi le législateur a autorisé le mineur à s'opposer à l'acte. Le consentement à ces actes semble fonctionner selon le même modèle, un consentement parental est donné, et le mineur peut s'y opposer. Il convient à présent d'étudier plus en détail ce modèle.

⁴²⁴ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique

⁴²⁵ Art. L 1122-2 CSP

B) Le fonctionnement du droit de refus accordé au mineur

232. Il est loisible de constater que dans les divers actes pour lesquels le mineur bénéficie d'une « capacité atténuée », un même schéma semble systématiquement se perpétuer. Le mineur est en principe exclu de ces actes, cependant en raison des bénéfices pouvant résulter dans l'intérêt thérapeutique d'autrui, il pourra dans certains cas être concerné par ceux-ci. La procédure est alors similaire pour les différents actes. Il faudra obtenir le consentement parental. L'exception de l'article 372-2 du Code civil n'est ici pas applicable et le double consentement parental est nécessaire. L'autonomie du mineur apparaît alors comme nulle. Cependant, et bien que cela ne soit pas explicitement dit dans le texte, il doit être informé et consulté à ce sujet. Il est possible de déduire l'existence de cette obligation de la possibilité offerte au mineur de refuser l'acte. Le fait qu'il puisse refuser l'acte implique nécessairement qu'il ait été consulté au préalable. À partir du moment où le mineur se prononce de façon négative en refusant d'adhérer à l'acte autorisé par ces parents, celui-ci ne pourra être réalisé, en revanche son consentement seul ne permettra pas la mise en œuvre de l'acte. C'est pourquoi il semble possible de parler de « capacité atténuée ».

233. Le mineur est doté de la capacité de refuser l'acte en toute discrétion. Il n'a aucune obligation de motiver ou de justifier son choix. Aucune condition n'est fixée quant à son état, son âge ou sa faculté de discernement. Il est en mesure d'y faire obstacle même s'il est très jeune ou inapte à consentir, ce qui peut s'avérer. L'acte n'est réalisé sur les mineurs que de façon exceptionnelle en cas de nécessité thérapeutique pour autrui. Ne pas l'effectuer pourrait avoir des conséquences préjudiciables pour la santé du receveur. Il peut être acceptable de s'abstenir de réaliser l'acte, lorsque le mineur doté de toutes ses facultés de discernement a longuement pesé le pour et le contre, et a, en toute conscience, décidé qu'il ne souhaitait pas se le voir imposer. Or, un tel choix est beaucoup moins justifiable lorsque le mineur n'est pas doté de toutes ses facultés de discernement. Cette décision pourrait s'avérer lourde de conséquences y compris au sein de sa propre famille. En effet, en matière de prélèvement de cellules hématopoïétiques, les bénéficiaires directs sont les frères et sœurs du mineur, le refus d'un tel acte revient à mettre en péril leur santé à plus ou moins long terme. Une telle décision peut être source de nombreuses tensions dans une famille, voire être la cause de rancœur à l'égard

du mineur. L'absence de précision du législateur quant à l'existence des facultés de discernement du mineur semble d'autant plus surprenante qu'en droit commun elle est un préalable nécessaire à toute recherche du consentement du mineur, le mineur non apte à participer à la décision ne verra pas son consentement recherché.

Afin d'éviter ces multiples désagréments, il serait plus juste que le refus du mineur ne soit doté d'efficacité seulement s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision, ce qui signifie qu'il doit posséder les facultés de discernement suffisantes pour appréhender pleinement l'acte qu'il doit subir. Mais pour l'heure, ce n'est pas le cas, et il suffit que le mineur émette « un veto » à l'acte pour que celui-ci ne se réalise pas.

234. Le droit de refus conféré au mineur de façon exceptionnelle pour des actes spécifiquement réglementés lui confère une forme de capacité atténuée, il existe cependant des actes pour lesquels le législateur a cru bon d'accorder une capacité pleine et entière au mineur qu'il convient d'étudier dès à présent.

II Le consentement suffisant du seul mineur pour les actes spécifiquement réglementés

235. Bien qu'en principe, le seul consentement du mineur soit insuffisant pour autoriser la mise en œuvre des soins, le législateur est venu exceptionnellement admettre cette possibilité pour une liste d'actes spécifiques. Ainsi, dans les domaines de l'accès à la contraception (**A**) et de l'interruption volontaire de grossesse (**B**), les mineurs bénéficient d'une grande autonomie.

A) *Le consentement suffisant du mineur en matière de contraception*

236. Le législateur a progressivement laissé la possibilité au mineur d'agir seul dans le domaine de la contraception⁴²⁶. L'idée étant de lui permettre l'accès à ces dispositifs y compris en l'absence de consentement du titulaire de l'autorité parentale. En 1967, la loi dite « Neuwirth »⁴²⁷ légalise l'accès à la contraception. Son usage pour les mineurs est autorisé, mais uniquement sur prescription médicale et après avoir obtenu le consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale⁴²⁸. En 1974⁴²⁹, le législateur introduit une exception au consentement parental permettant aux mineures de se procurer un contraceptif sur simple prescription médicale dans un centre de planification familiale. La délivrance se fait de façon gratuite et anonyme par le médecin du centre et le consentement parental n'est alors pas nécessaire. Cependant, cette exception n'est applicable qu'aux centres de planification familiale et non à la délivrance de contraceptifs dans un autre lieu. Les mineurs souhaitant garder le secret étaient obligés de se rendre dans un centre de planification familiale pour pouvoir obtenir un

⁴²⁶ VAN DEN BRINK H., « *Les contraceptifs et abortifs* », Droit pharmaceutique, Lexis Nexis, fasc. 61-20, 2016

⁴²⁷ Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances

⁴²⁸ Assemblée nationale, rapport de Mme Martine Lignières — Cassou n° 2726 sur la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception

⁴²⁹ Loi n° 74-1026 du 4 décembre 1974 *relative au contrôle des naissances*

contraceptif, or, ils étaient parfois difficiles d'accès⁴³⁰ et peu connus des mineurs⁴³¹. En cas d'impossibilité de s'y rendre et en cas de refus parental, le mineur ne pouvait bénéficier d'une contraception.

237. En raison de cette limite et à la suite du constat de l'augmentation du nombre d'interruptions volontaires de grossesse chez les mineurs⁴³², un nouveau projet de réforme est proposé en 2001⁴³³. Il a pour objectif d'assurer un meilleur accès à la contraception aux mineurs⁴³⁴. Après avoir rappelé que par principe, en vertu des pouvoirs conférés au titulaire de l'autorité parentale, aucune prescription médicale ne peut se faire pour un mineur sans consentement parental⁴³⁵, le législateur vient poser une exception⁴³⁶. Le nouvel article L. 5134-1 du Code de la santé publique dispose que « le consentement des titulaires de l'autorité parentale (...) n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration d'un contraceptif aux personnes mineures », et ce quel que soit le centre de délivrance. Le mineur peut obtenir une contraception sans consentement parental dans un centre de planning familial ou dans une pharmacie. Cette mesure vient également s'inscrire dans le prolongement de la loi relative à la contraception d'urgence⁴³⁷ qui permet la délivrance de la « pilule du lendemain » aux mineures sans consentement parental.

⁴³⁰ Assemblée nationale, Discussion en séance publique du projet de loi relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, 1ère séance du 30 nov. 2000

⁴³¹ À ce sujet, il convient de citer les propos de Mme Marie-Thérèse Boisseau lors de la discussion du projet de loi :

« on table sur les centres de planification, mais ceux-ci sont loin d'être accessibles à tous les mineurs. Ils ne sont pas suffisamment nombreux, à tel point que l'on n'en trouve pas en milieu rural ou dans les petites villes. Non seulement les centres de planification restent insuffisamment connus, mais puisque nous parlons de la contraception des mineures, ils sont de surcroît peu pratiques, dans la mesure où leurs horaires d'ouverture coïncident avec ceux des écoles : en d'autres termes, ils sont fermés au moment précisément où les mineurs pourraient les contacter. »

⁴³² La proportion de mineure enceinte recourant à l'IVG étant passée de 59,7 % en 1985, à 71,8 % en 1995.

⁴³³ Projet de loi relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, n°2605, déposé le 4 oct. 2000

⁴³⁴ Assemblée nationale, rapport d'information de Mme Danièle Bousquet n°2702

⁴³⁵ Assemblée nationale, rapport de Mme Martine Lignières -Cassou n° 2726 sur la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception

⁴³⁶ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 *relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*

⁴³⁷ Loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 *relative à la contraception d'urgence*

238. Certaines critiques⁴³⁸ ont été émises quant au fait de permettre aux mineures de passer outre le consentement parental dans ce domaine. Il a été souligné qu'une telle mesure constituait un affaiblissement de l'autorité parentale risquant à terme de porter atteinte à la relation parent-enfant, et qu'il faudrait plutôt prendre des mesures pour encourager le dialogue entre les parents et leurs enfants. Ces critiques n'ont cependant pas porté de fruits. Il a été souligné l'incohérence qu'il y aurait à maintenir un consentement parental alors que la mineure, peut décider seule d'avoir des rapports sexuels et si elle poursuit sa grossesse, d'abandonner son enfant. De même, il a été remarqué que l'absence de consentement parental semblait être la solution la plus réaliste compte tenu des difficultés de dialogues pouvant exister entre les parents et leurs enfants en matière de sexualité, celui-ci étant parfois impossible dans certaines familles. Il peut être plus simple à l'enfant de se confier à un tiers plutôt qu'à sa propre famille.

239. Compte tenu de ces arguments, la nouvelle législation en matière de contraception a ainsi été adoptée⁴³⁹. Une mineure peut se faire prescrire et remettre un contraceptif sans autorisation parentale. Depuis 2016⁴⁴⁰, les mineures de quinze ans bénéficient d'un accès gratuit aux contraceptifs remboursés par la sécurité sociale,⁴⁴¹ mais également aux frais liés à la contraception. Ainsi, sont pris en charge à 100 % dans le cadre d'une procédure spécifique de « dispense de frais », une consultation annuelle en vue de la prescription du contraceptif, une consultation de suivi lors de la première année de prescription, les actes liés à la pose au changement ou au retrait du dispositif, ainsi que certains examens de biologie médicale utile au suivi de la patiente⁴⁴². Plusieurs remarques peuvent ici être émises. Tout d'abord, il est possible de s'interroger sur la pertinence de restreindre l'accès à la gratuité aux mineures de quinze ans. Si le but est de permettre un large accès à la contraception, cette mesure devrait concerner l'ensemble des mineures. De plus, il est à relever que la procédure à suivre pour les

⁴³⁸ Assemblée nationale, Discussion en séance publique de la proposition de loi relative à la contraception d'urgence, séance du 5 octobre 2000

⁴³⁹ PORCHY-SIMON S., « Santé — Responsabilité médicale — Responsabilité pour faute d'éthique médicale. Consentement libre et éclairé du patient. Secret médical », J.-CL. Civ., fasc. 440-30, 2011

⁴⁴⁰ Décret n° 2016-865 du 29 juin 2016 *relatif à la participation de l'assuré pour les frais liés à la contraception des mineures d'au moins quinze ans*

⁴⁴¹ Art. L. 160-14, 21° ; Art. L. 162-4-5 et Art. L. 162-8-1 CSS

⁴⁴² Art. R. 160-17, 5° CSS

professionnels de santé en vue de la mise en place de la gratuité est très stricte⁴⁴³. À titre d'exemple : les médecins doivent rédiger la prescription sur une ordonnance isolée avec la mention « contraception mineure », ils procèdent ensuite à une facturation isolée comportant le n° de sécurité sociale de la jeune fille (si elle a une carte vitale personnelle) ou avec un n° anonyme (si elle ne dispose pas de carte personnelle et qu'elle demande le secret de la prescription). Sur la feuille de soins électronique, ils devront cocher le « Code exo 3 – 100 % - dispense d'avance des frais » et cocher la case « l'assuré n'a pas payé la part obligatoire et n'a pas payé la part complémentaire ». En pratique, elle est parfois très difficile à mettre en œuvre pour les professionnels de santé, les logiciels n'étant pas toujours équipés du « Code exo 3 ». De plus, lorsque la patiente demande l'anonymat, un n° de sécurité sociale anonyme comportant des chiffres et des lettres est alors utilisé, or, les logiciels de facturation n'acceptent pas toujours cette combinaison, ce qui impose aux médecins de procéder à la facturation sous la forme d'une feuille de soin papier, ce qui accroît leur charge de travail⁴⁴⁴.

Il est également important de relever que le secret quant à l'accès à la contraception ne sera appliqué que si la mineure en fait la demande. Le médecin devra alors suivre la procédure précédemment décrite en attribuant un n° de sécurité sociale anonyme à la jeune fille. Dans le cas contraire, les actes liés à la contraception apparaîtront sur le relevé de remboursement de l'Assurance maladie. Dans un rapport, l'inspection générale des affaires sociales⁴⁴⁵ constate que seul 1 % des délivrances de contraceptifs aux mineures s'effectuent suivant les procédures de gratuité et d'anonymat, le rapport souligne notamment la complexité de la démarche à suivre⁴⁴⁶. L'accès gratuit et anonyme des mineures à la contraception n'est donc pas toujours effectif en pratique.

Les mineures peuvent également se procurer la contraception d'urgence sans le consentement parental. Le législateur est venu assortir la délivrance de cette dernière d'une procédure très spécifique afin de garantir la protection de la mineure. Elle est précédée d'un entretien afin de vérifier que les conditions d'utilisation du produit sont

⁴⁴³ V. le guide « Contraception des mineures d'au moins 15 ans – Aide à la facturation » sur le site ameli.fr : https://www.ameli.fr/sites/default/files/Documents/5375/document/contraception-mineures-aide-facturation_assurance-maladie.pdf

⁴⁴⁴ TALBOT R., « La contraception gratuite et anonyme des mineures est un casse-tête pour les médecins », 20 nov. 2016 : article en ligne sur le site de la fédération des médecins de France : <http://www.fmfpro.org/la-contraception-gratuite-et-anonyme-des-mineures-est-un-casse-tete-pour.html>

⁴⁴⁵ IGAS, *L'accès gratuit et confidentiel à la contraception pour les mineures*, avril 2015

⁴⁴⁶ *Ibid.* p.3

présentes et afin de délivrer à la mineure une information générale relative à la contraception⁴⁴⁷. En cas de besoin, celle-ci pourra être orientée vers un centre de planification familiale ou un médecin. Cette procédure instaurée par le législateur semble être un bon compromis entre la nécessité de garantir la protection physique de la mineure, et la possibilité qui lui est laissée d'exercer une certaine autonomie. L'absence de consentement parental à la délivrance d'un contraceptif ne paraît pas mettre en danger la santé de la mineure, en raison de la procédure mise en place. La mineure sera systématiquement encadrée dans l'exercice de cette liberté par un adulte : pharmacien, infirmière scolaire, médecin généraliste... Cette solution semblait nécessaire afin de garantir la protection de la santé de la mineure dans les familles où tout dialogue relatif à la sexualité s'avère impossible. Dans la pratique, les gynécologues ont souvent des demandes de secret quant à la prescription de contraceptifs, formulées par des mineures. Ce régime répond à un besoin exprimé par ces dernières, lorsqu'elles ne sont pas en mesure de dialoguer avec leurs parents sur ces questions.

B) Le consentement suffisant du mineur en matière d'interruption volontaire de grossesse

240. Tout comme en matière de contraception, la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse a connu de multiples évolutions afin de permettre un accès facilité aux mineures⁴⁴⁸. C'est la loi dite « Veil » qui en 1975⁴⁴⁹ vient pour la première fois légaliser l'interruption volontaire de grossesse. Pour les mineures, elle prévoit que « le consentement de l'une des personnes qui exerce l'autorité parentale [...] est requis »⁴⁵⁰. En 1979, la loi du 31 décembre⁴⁵¹ vient ajouter à cette exigence, la nécessité de l'obtention du consentement de la mineure. Celui-ci sera délivré lors d'un entretien

⁴⁴⁷ Art. D. 5134-1 et Art D. 5134-8 CSP

⁴⁴⁸ DREIFUSS-NETTER F., « Interruption volontaire de grossesse », Lamy droit de la santé, étude 326, 2012 ; DREIFUSS-NETTER F., « Législations spécifiques — éthique et biotechnologies, Interruption volontaire de grossesse », Droit médical et hospitalier, Lexis Nexis, Fasc. 33-1, 2008 ; VAN DEN BRINK H., « Les contraceptifs et abortifs », Droit pharmaceutique, Lexis Nexis, fasc. 61-20, 2016 ; GRATADOUR H., « L'autonomie du mineur », Lamy Droit des personnes et de la famille, étude 472, 2017

⁴⁴⁹ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse

⁴⁵⁰ Anc. Art. L.162-7 (loi 17 janv. 1975).

⁴⁵¹ Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse

en dehors de la présence parentale afin de permettre à la mineure de s'exprimer de façon plus libre.

241. Jusqu'alors, l'interruption volontaire de grossesse pour une mineure était possible, mais uniquement avec l'accord parental. Ce système est apparu pour beaucoup comme « trop rigide »⁴⁵², notamment lorsque la mineure se trouvait dans l'impossibilité d'obtenir le consentement parental, aussi, en 2000 lors de la discussion du projet de loi relatif à la l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception⁴⁵³, de nombreuses voix se sont élevées en faveur de l'assouplissement de ce mécanisme. Mme Bousquet souligne que dans certaines situations « où le milieu familial est hostile à la sexualité », le fait d'obliger la mineure à obtenir le consentement parental peut être vécu par celle-ci comme « une violence morale exercée contre son intimité, relevant symboliquement de l'intrusion et de la punition ». Le simple fait de parler d'une telle situation va parfois engendrer des phénomènes de violence à son encontre, ce qui peut la conduire à adopter un comportement dangereux pour sa santé. Il a été souligné que certaines mineures recourent à des tentatives d'auto-avortement, d'autres développent des dénis de grossesse, et certaines s'enfuient à l'étranger, ou se retrouvent dans des situations de grave détresse. Enfin, le fait d'avertir les parents peut « avoir des effets particulièrement dramatiques lorsque la mineure est enceinte à la suite d'un inceste ou d'un viol ». Le fait que l'exigence du consentement parental mette la mineure en danger semble inacceptable, si un tel consentement est exigé, c'est justement dans le but de préserver sa santé et sa sécurité en raison de sa vulnérabilité. Si le système est de nature à créer le danger, il convient de s'interroger quant à sa viabilité. Ne devrait-on pas alors dans ces cas pouvoir se passer de l'autorisation parentale et pouvoir pratiquer l'acte à la seule demande de la mineure ? Il a également été souligné l'incohérence qu'il y avait à maintenir pour la mineure l'obligation de recueillir « une autorisation parentale dont elle a sans doute fait l'impasse pour ses premières expériences sexuelles et sans doute sa contraception ». Cet argument trouve écho dans le fait qu'elle dispose de droits propres de plus en plus étendus. Elle peut décider seule de mener à terme sa grossesse,

⁴⁵² Assemblée nationale, rapport d'information de Mme Danièle Bousquet n°2702 et Assemblée nationale, audition de Mme Moreau, dans le cadre de la discussion du projet de loi relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception d'urgence, 24 octobre 2000

⁴⁵³ Projet de loi relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, n°2605, déposé le 4 oct. 2000

de reconnaître son enfant, d'exercer son autorité parentale, ou d'accoucher sous X, mais elle ne pourrait décider d'interrompre sa grossesse.

Pour surmonter le refus de l'interruption de grossesse pouvant être exprimé par les parents, certains ont tenté de saisir le juge des enfants afin qu'il autorise directement ou indirectement l'interruption de grossesse⁴⁵⁴. Cette « *solution* » a fait l'objet de nombreuses controverses. Pour que les juges viennent autoriser l'interruption de grossesse directement ou indirectement dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative⁴⁵⁵, il fallait qu'ils se reconnaissent comme compétents, ce qui implique que l'enfant soit en danger⁴⁵⁶. La difficulté de ce critère est qu'il n'existe pas de définition légale du danger. La Cour de cassation estime que son appréciation relève du caractère souverain des juges du fond⁴⁵⁷. Certains juges se sont reconnus compétents. Ils retiennent une conception très large de la notion. Le danger peut ainsi être constitué par le fait pour la mineure de se retrouver « sans ressource, ni domicile, ni famille » ce qui ne lui permet pas d'élever son enfant ; lorsqu'en raison de son état « des comportements de type suicidaire sont très sérieusement à craindre », ou encore lorsque « sa détresse est telle qu'on peut effectivement craindre pour sa sécurité et sa santé »⁴⁵⁸. Le danger est donc apprécié de manière large puisque les juges prennent aussi bien en compte les éléments psychologiques que physiques suscités par la grossesse.

Quoi qu'il en soit, cet état de danger doit être démontré et ne découle pas du simple état de grossesse. Cette exigence est valable y compris lorsque les parents ont commis dans l'exercice de l'autorité parentale un abus de droit. La cour d'appel de Bordeaux⁴⁵⁹ l'a rappelé dans un litige mettant en cause la mineure et ses parents. La mère acceptait d'autoriser sa fille à subir une interruption de grossesse à condition que celle-ci retire la plainte pour inceste qu'elle avait déposée à l'encontre de son père. La cour a reconnu l'existence d'un abus de droit, mais n'a pas pour autant reconnu le juge des enfants compétent pour autoriser l'acte, l'état de grossesse n'ayant pas « eu égard aux

⁴⁵⁴ ESCHYLLE J-F., « Le juge de l'assistance éducative et l'IVG des mineures célibataires », *RDSS*, 1997 p.639

⁴⁵⁵ Art 375 Cc

⁴⁵⁶ V. § 143 et s.

⁴⁵⁷ Voir par ex : Cass. Civ 1^{ère} 7 nov. 1995, n° 94-05.104 ; Cass. Civ 1^{ère} 14 janv. 2009, n° 07-19.579

⁴⁵⁸ ESCHYLLE J-F., *op. cit.*

⁴⁵⁹ Bordeaux, 4 déc.1991

circonstances [...] engendré un danger au sens de l'article 375 du Code civil »⁴⁶⁰. En l'espèce, il a notamment été souligné le fait que « la jeune fille adoptait une position floue par rapport à sa grossesse, souhaitant tantôt l'interruption de grossesse, tantôt garder l'enfant »⁴⁶¹. C'est ici l'occasion de rappeler qu'en principe, le juge des enfants n'est fondé à intervenir qu'en cas de danger résultant d'une carence parentale ce qui n'est pas le cas ici.

La compétence du juge est nécessairement tributaire de son appréciation de la situation de danger suscitée par la grossesse. Or, ce caractère étant apprécié *in concreto*, son interprétation peut s'avérer extrêmement variable d'un juge à l'autre et créer une situation d'inégalité pour les mineures, elles ne seront jamais certaines de pouvoir bénéficier de cette intervention. De plus, dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative, le juge des enfants est habilité à prendre toute mesure d'assistance éducative pour faire cesser le danger. Le fait de reconnaître le juge comme compétent sur ce fondement sous-entend que l'interruption de grossesse représente une mesure éducative, ce qui est discutable⁴⁶². De même, en exigeant que la grossesse vienne entraîner une situation de danger, on instaure pour les mineures une restriction supplémentaire à l'accès à l'interruption de grossesse, restriction non prévue par la loi. Le législateur n'impose aux femmes qu'une condition de « détresse » qu'elles apprécient elles-mêmes. Cela crée à l'égard des mineures une discrimination. Enfin, il convient de s'interroger quant à la pertinence d'instaurer une procédure faisant intervenir un juge pour un acte dans lequel la notion de délai prend toute son importance. En effet, à cette époque, l'interruption de grossesse n'était autorisée que jusqu'à la 10^e semaine de grossesse ; or le temps de saisir le juge et d'obtenir sa décision, le délai risquait fort d'être dépassé.

242. Au regard de ces éléments, le législateur est venu instaurer un nouveau système en 2001⁴⁶³. Aujourd'hui, c'est l'article L. 2212-7 du Code de la santé publique qui vient

⁴⁶⁰ *Ibid.* ; V. aussi DUBAELE T., « Avortement, mineure, autorité parentale et abus de droit : pouvoirs du juge des enfants pour consentir à l'IVG d'une mineure faisant l'objet d'une mesure d'assistance éducative ? », *D.* 1993 p.129

⁴⁶¹ ESCHYLLE J-F., « Le juge de l'assistance éducative et l'IVG des mineures célibataires », *RDSS* 1997 p.639

⁴⁶² DUVAL-ARNOULD D., « Minorité et interruption volontaire de grossesse », *D.* 1999 p. 471

⁴⁶³ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 *relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*

poser les conditions de l'interruption volontaire de grossesse chez les mineurs. Il dispose que « si la femme est mineure non émancipée, le consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal est recueilli. Ce consentement est joint à la demande qu'elle présente au médecin en dehors de la présence de toute autre personne ». Le législateur conserve le principe du double consentement, celui de la mineure d'une part, associé à celui de ses parents d'autre part. Cependant, à l'alinéa 2, il vient introduire une exception pour la mineure souhaitant conserver le secret quant à son état. Dans un premier temps, le législateur impose au médecin de « s'efforcer [...] d'obtenir son consentement pour que le ou les titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, le représentant légal soient consultés ». Cette procédure incite l'adolescente à ne pas rester seule face à cette situation délicate en recherchant le consentement parental. Cet entretien permet également au médecin de s'assurer que la mineure remplit les conditions de l'interruption de grossesse. Cela peut être aussi l'occasion de s'assurer qu'elle n'a pas subi de violences sexuelles.

Si la mineure persiste dans son refus, « l'interruption volontaire de grossesse ainsi que les actes médicaux et les soins qui lui sont liés peuvent être pratiqués à la demande de l'intéressée ». Le législateur veille toutefois à ce qu'elle se fasse accompagner d'un majeur de son choix afin de ne pas « la laisser porter seule une responsabilité trop lourde pour ses frêles épaules »⁴⁶⁴.

243. La solution introduite par le législateur semble être un bon compromis entre le fait d'assurer la protection de l'intégrité physique de la mineure tout en lui garantissant une autonomie. Le principe de l'autorité parentale demeure respecté, mais, lorsque les titulaires de l'autorité parentale refusent l'acte, ou ne doivent pas, selon les désirs de la mineure être informés, la santé de celle-ci sera préservée. Cette position est louable et permet de mettre fin à une incertitude juridique. De plus, le système préserve le secret réclamé par la mineure jusqu'au bout du processus de remboursement. Lorsqu'une mineure demande la mise en œuvre dans le secret d'une interruption de grossesse, aucune demande de paiement ne peut lui être présentée pas plus qu'à ses parents⁴⁶⁵. L'article D. 132-3 du Code de la sécurité sociale précise que les documents nécessaires

⁴⁶⁴ Assemblée nationale, Discussion en séance publique du projet de loi relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, 1ère séance du 30 nov. 2000

⁴⁶⁵ Art. D.132-1 CSS

au remboursement des dépenses engagées à l'occasion de l'intervention sont anonymes. Celles-ci sont prises en charge par l'Assurance maladie et il est impossible de remonter jusqu'à la jeune fille, à la différence des actes mis en œuvre dans le cadre de l'article L. 1111-5⁴⁶⁶.

244. Il est toutefois possible de regretter que le législateur ne soit pas venu apporter plus de précision quant à l'identité et au rôle joué par le majeur accompagnant. Il n'est pas précisé qu'il s'agit d'un majeur capable, ce qui semble n'être qu'un oubli du législateur et il était logiquement dans son intention, afin de garantir une protection optimale à la mineure que celle-ci soit accompagnée d'une personne dotée de toutes ses facultés. Un débat a eu lieu lors de la discussion du projet de loi⁴⁶⁷ sur la question de savoir si le choix du majeur accompagnant ne devait pas être limité et encadré afin de protéger au mieux la jeune fille. Il a été suggéré qu'il soit choisi « au sein d'une équipe compétente, pluridisciplinaire, constituée d'un médecin, d'un psychologue et d'une personne de la société civile »⁴⁶⁸. Cette proposition a été rejetée au motif « que dans un moment aussi difficile et douloureux, la mineure a vraiment besoin de s'appuyer sur une personne de son choix en qui elle a confiance ». De plus, un tel dispositif « limiterait considérablement le choix de la jeune fille ». La mineure est donc laissée libre de choisir une personne majeure pour l'accompagner dans sa démarche.

Le législateur n'a pas non plus précisé en détail le rôle de cette personne. Lors de la discussion du projet de loi devant le sénat, il a été souligné qu'il « consistera à soutenir et à accompagner l'adolescente dans sa démarche et dans la mesure du possible, à examiner avec elle les moyens de nouer un dialogue, toujours souhaitable, avec les parents »⁴⁶⁹. Cependant, ceci n'ayant pas été précisé au sein de la loi, il est à craindre que cette personne n'ait qu'un rôle de « façade » destinée à sauver les apparences et que la mineure se retrouve bel et bien en définitive seule face à cette situation. Quoi qu'il en soit, le fait de permettre à la mineure de décider elle-même de la mise en œuvre de cet acte semble être une avancée en matière d'autonomie, mais dans laquelle le législateur

⁴⁶⁶ V. § 211

⁴⁶⁷ Projet de loi relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, n°2605, déposé le 4 oct. 2000

⁴⁶⁸ Assemblée nationale, *op. cit.*

⁴⁶⁹ Assemblée nationale, Discussion en séance publique du projet de loi relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, 1ère séance du 30 nov. 2000

n'a pas oublié de venir assurer sa protection physique en lui imposant un entretien préalable obligatoire et la présence d'une personne majeure.

Conclusion de la seconde section

245. À l'instar du droit commun, le législateur a exceptionnellement permis la mise en œuvre d'actes médicaux spécifiquement énumérés sur le seul consentement du mineur. Il pourra tout d'abord faire obstacle au consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les prélèvements de produits issus du corps humain réalisés dans l'intérêt d'autrui ainsi que pour les actes liés à la recherche. L'exercice du droit de refus par le mineur n'est pas encadré, et il est à regretter que le législateur ne l'ait pas assorti de conditions quant à son âge ou son aptitude à consentir. En effet, sa participation n'est qu'exceptionnelle et son refus peut conduire à placer le receveur dans une situation de danger vital, il est donc nécessaire qu'il ait pleinement conscience des conséquences de sa décision.

246. Le mineur va retrouver une autonomie totale pour accéder à la contraception. Il peut se voir prescrire et délivrer un contraceptif sans le consentement parental, quel que soit le lieu de délivrance. Un accompagnement est prévu pour la délivrance d'une contraception d'urgence et les règles de délivrance et de remboursement garantissent son anonymat. La mineure bénéficie également d'une autonomie pour accéder à l'interruption volontaire de grossesse, le principe demeure cependant celui de l'obtention du consentement des titulaires de l'autorité parentale. Elle peut néanmoins accéder à cet acte sans avertir ces derniers. Elle est alors accompagnée d'un majeur dont le rôle n'a pas été précisé par le législateur, ce qui est regrettable.

Conclusion du chapitre second

247. Bien qu'en principe représenté par les titulaires de l'autorité parentale, le législateur préserve la sphère d'autonomie du mineur en droit de la santé par le biais de plusieurs mécanismes. Son consentement sera systématiquement recherché dès lors qu'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. C'est-à-dire lorsqu'il est capable d'émettre un consentement libre et éclairé. Ce dernier sera cependant insuffisant à autoriser la mise en œuvre des soins, ce qui semble paradoxal lorsqu'il dispose de la capacité à le faire.
248. Par exception, les articles L. 1111-5 et L. 1111-5-1 permettent au médecin, à la sage-femme ou à l'infirmier de délivrer des soins avec le seul accord du mineur accompagné d'un adulte, lorsqu'ils s'imposent pour sauvegarder la santé de ce dernier. Il a cependant été relevé que cette possibilité était assortie de nombreuses limites et qu'elle ne permettait pas toujours de garantir au mineur l'anonymat des soins.
249. Le mineur bénéficie également d'une sphère d'autonomie pour les actes spécifiquement réglementés. Il va ainsi disposer du droit de refuser les actes liés aux prélèvements réalisés dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ou liés à la recherche. Il pourra seul donner son accord pour bénéficier d'une contraception ou pour autoriser une interruption volontaire de grossesse. À la différence du droit commun, les règles applicables aux conditions de remboursement des actes sont ici plus respectueuses de l'anonymat des mineurs.

Conclusion du titre premier

250. En droit de la santé, le législateur tente de trouver un équilibre entre protection de l'intégrité physique et autonomie accordée aux mineurs, sans jamais y parvenir. Afin d'assurer leur protection physique, le législateur confie par principe les décisions médicales à prendre aux titulaires de l'autorité parentale. Leur consentement devra être double pour les actes les plus graves. L'autonomie du mineur n'apparaît que comme subsidiaire et va tout d'abord se manifester par la nécessité de rechercher son consentement lorsqu'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision, puis en lui permettant dans certains cas de faire échec au consentement exprimé par les titulaires de l'autorité parentale. De manière très exceptionnelle, le mineur pourra autoriser seul les soins, sans même en informer ces derniers.
251. Il est constaté que le législateur privilégie la protection de l'intégrité physique du mineur au détriment de son autonomie. Cette démarche est compréhensible lorsque le mineur est très jeune et incapable de se défendre seul, mais au fur et à mesure de l'évolution de ses facultés de discernement, la loi devrait lui conférer une capacité d'exercice plus grande, ce qui n'est pour l'heure pas le cas. De plus, le système actuel mis en place pour préserver l'autonomie du mineur est assorti de nombreuses limites, et ne permet pas toujours de remplir effectivement cet objectif.
252. Il est légitimement possible de se demander si les problèmes rencontrés pour les mineurs sont similaires pour les majeurs protégés. Ils font également l'objet d'une législation spécifique dans le domaine de la santé, et là encore le législateur tente de trouver un équilibre entre protection de l'intégrité physique et respect de l'autonomie des majeurs. Il est intéressant de vérifier si l'équilibre instauré est le même que celui des mineurs (**Titre second**).

Titre second : L'inégal respect de l'autonomie des majeurs protégés dans le domaine du consentement à l'acte médical

253. Tout comme pour les mineurs, la recherche d'un équilibre entre protection de l'intégrité physique et autonomie des majeurs protégés s'avère ardue. Ces derniers sont placés sous protection juridique en raison d'une altération de leurs facultés mentales ou physiques qui les empêche d'assurer seuls la protection de leurs intérêts⁴⁷⁰. À l'inverse des mineurs, dont les facultés de discernement s'accroissent au fil des années, celles des majeurs protégés ont tendance à s'amenuiser avec le temps. Il faut se demander comment parvenir à maintenir dans le domaine de la santé l'autonomie de personnes dont les capacités sont altérées.

254. Plusieurs spécificités relatives aux majeurs protégés rendent particulièrement difficile le travail du législateur. Il est tout d'abord possible de noter qu'il n'existe aucune coordination, que ce soit au niveau national ou local de la politique de protection des majeurs. Aucune instance ne regroupe l'ensemble des acteurs intervenant dans ce domaine, il n'y a pas de ministère dédié à cet effet ni de dispositif national d'information du public sur ces questions⁴⁷¹, ce qui contribue à rendre la législation opaque, notamment pour les professionnels de santé. La mission interministérielle relative à l'étude de « l'évolution de la protection juridique des personnes »⁴⁷² invite d'ailleurs le gouvernement à instaurer plusieurs instances permettant le pilotage de la politique publique de protection des majeurs⁴⁷³. Il est ainsi proposé de créer un « délégué interministériel chargé de la structuration d'une politique publique de la protection juridique des majeurs » ainsi que d'un « Conseil national de la protection juridique des

⁴⁷⁰ BATTEUR A., RAOUL-CORMEIL G., « Majeurs protégés », J.-CL. Civ., synthèse 180, 2016 ; MARCHADIER F., « Majeurs protégés », Rép. Civ., 2016 ; BALIVET B., « Majeurs protégés — Domaine d'application. Conditions. Critères », J.-CL. Proc. Form., fasc. 10, 2017

⁴⁷¹ Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs : une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, communication à la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée Nationale, sept. 2016, p.12

⁴⁷² Rapport de mission interministérielle, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, 21 sept. 2018

⁴⁷³ *Ibid.*, V. les propositions 93 à 104

majeurs ».

Les personnes pouvant être placées sous protection juridique sont très diverses, il peut s'agir de Mlle N..., atteinte d'autisme, n'ayant jamais eu accès au langage, et qui à 20 ans, vient d'être placée dans une maison d'accueil spécialisée ; de Mme B..., 86 ans, qui souffre de la maladie d'Alzheimer depuis plusieurs années et dont le mari qui la prenait en charge est décédé brutalement ; ou encore de M. A..., 45 ans, dont la famille a rompu tout lien pendant une longue période de toxicomanie et qui, après une overdose à l'héroïne, a perdu toute mémoire immédiate⁴⁷⁴. La différence de profils et de situation des patients est tel qu'il va être difficile de les traiter comme relevant d'un tout uniforme, même lorsqu'ils sont placés sous le même régime de protection. À titre d'exemple, un majeur atteint de trisomie placé sous curatelle n'aura pas forcément la même capacité à comprendre et à décider de subir ou non une opération qu'un patient souffrant de troubles bipolaires placé sous le même régime.

Le législateur doit également parvenir à articuler les règles issues du Code civil qui organisent la protection juridique du patient avec celles issues du Code de la santé publique qui posent les droits du majeur protégé en tant que patient. Or, il n'y parvient pas toujours avec succès (**Chapitre préliminaire**). Il va tant bien que mal essayer de trouver un équilibre entre autonomie des majeurs protégés et protection de leur intégrité physique en déterminant des règles de droit commun (**Chapitre premier**) ainsi que de droit spécial pour des actes déterminés (**Chapitre second**).

⁴⁷⁴ Situations réelles évoquées par : Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs : une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, communication à la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée Nationale, sept. 2016, p.20

255. Sous l'influence européenne⁴⁷⁵, le législateur français vient progressivement mettre en place un régime destiné à préserver l'autonomie des majeurs protégés et c'est véritablement la loi du 5 mars 2007 qui vient consacrer la protection de la personne du majeur « incapable »⁴⁷⁶. Elle « a pour finalité l'intérêt de la personne à protéger et favorise dans la mesure du possible l'autonomie de celle-ci » est assurée « dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne »⁴⁷⁷. La mise en place d'une mesure de protection ne se fera que conformément au respect des principes de « nécessité, de proportionnalité et de subsidiarité »⁴⁷⁸. La nécessité⁴⁷⁹ correspond à une mesure qui serait « impérieusement dictée par [certaine] circonstances »⁴⁸⁰. La personne doit être « dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales⁴⁸¹, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté⁴⁸² »⁴⁸³. Sur ce dernier point, les juges considèrent que « l'importante dépendance physique et psychologique n'est pas assimilée à l'abolition

⁴⁷⁵ VASSEUR — LAMBRY F., « Le statut civil du majeur protégé et de droit supranationale des droits de l'homme », *Dr.fam.*, fév. 2011, n°2, dossier 3

⁴⁷⁶ BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil : introduction, biens, personnes, famille*, 17e éd., Dalloz, « Sirey » 2011

⁴⁷⁷ Art. 415 Cc.

⁴⁷⁸ REBOURG M., « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr.fam.*, mai 2007, n°5, étude 16

⁴⁷⁹ Art. 415 et 428 Cc.

⁴⁸⁰ CORNU G., (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 12e éd., PUF, « Quadrige », 2018

⁴⁸¹ Par ex. : Cas de la trisomie : Civ. 1ère, 17 déc. 1996 n° 94-20128, *Defrénois* 15 sept. 1997 p. 999 note Massip) ; Cas de délires paranoïaques : Civ. 1ère, 20 sept. 2006, n°05-16.891, *JurisData* n° 2006-035040, *Dr. Fam.* 2007 n°2, comm. Fossier • Mais le simple fait d'être « une proie facile pour des gens peu scrupuleux » et d'avoir atteint un « grand âge [qui] soit de nature à altérer ses facultés de résistance aux pressions » ne sera pas suffisant pour déclarer l'ouverture d'une mesure de curatelle au motif d'une altération des facultés mentales, dans la mesure où il a été constaté que la personne « avait conservé ses facultés intellectuelles » : Civ. 1ère, 19 oct. 1999, *JurisData* n°003960, *Dr. Fam.* 2000 n°1, comm. Fossier.

⁴⁸²: Par ex. : Cas d'un accident vasculaire cérébral : TGI Sables-d'Olonne, 9 juin 2006 *JurisData* n° 2006-325363, *JCP. G.* 2007 II p. 10053, note Geffroy et Nissabouri. • *A contrario*, les deux critères n'ont pas été reconnus présents : Cas d'une personne en fauteuil roulant et ayant des troubles visuels et auditifs : Civ. 1ère, 3 janv. 2006 n° 02-19.537, *JurisData* n° 2006-031477, *JCP. G.* 2006 II p. 10154, note Geffroy et Nissabouri ; Cas d'une personne aveugle en fauteuil roulant : Civ. 1ère, 30 sept. 2009 n° 09-10.127 *AJ fam.* 2009 p. 457, obs. Pécaut-Rivolier. ; Cas d'une personne souffrant d'éthylisme : Civ. 1ère, 9 mars 1994 n° 92-12232, *Defrénois* 15 sept. 1994 p.1103, note Massip.

⁴⁸³ Art. 425 Cc.

du discernement ». Il faut que l'altération des facultés corporelles empêche l'expression de la volonté⁴⁸⁴. La délivrance d'un certificat médical circonstancié est également nécessaire pour que l'ouverture d'une mesure soit envisagée⁴⁸⁵.

La subsidiarité⁴⁸⁶ est le principe selon lequel la mesure ne devra pas être ouverte si un autre mécanisme de protection permet de protéger suffisamment les intérêts de la personne. Il faut ainsi vérifier si l'application des règles relatives au mariage et aux régimes matrimoniaux⁴⁸⁷, au mandat⁴⁸⁸, ou au nouveau régime de droit commun de la représentation⁴⁸⁹ instauré par l'ordonnance du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*⁴⁹⁰, ne suffit pas à protéger la personne. Dans le cas contraire, la mise en place de la mesure se fera conformément au principe de proportionnalité⁴⁹¹ en choisissant une mesure adaptée aux besoins de la personne.

Depuis 2015,⁴⁹² le juge pourra choisir parmi cinq régimes de protection⁴⁹³ : le mandat

⁴⁸⁴ Toulouse 8 janv. 2013 n° 11/01924, JurisData n° 2013-011123

⁴⁸⁵ Sur la question de l'ouverture d'une mesure sur le fondement d'un certificat de carence en cas de refus de la personne de se faire examiner par le médecin : V.Civ. 1ère, 20 avril 2017, n°16-17.672, *D.* 2017 p. 1455, note Péterka

⁴⁸⁶ Art. 428 Cc.

⁴⁸⁷ PETERKA N., « La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs », *JCP. G.* 11 janv. 2010 doctr.33 : il est possible de citer le devoir d'assistance entre époux prévu à l'article 212 ; le mandat entre époux de l'article 218 ; les articles 217 et 219 qui permettent à un époux de saisir le juge afin de se faire autoriser à effectuer un acte seul ou à représenter son conjoint hors d'état de manifester sa volonté.

⁴⁸⁸ LE TOURNEAU Ph., « Mandat », *Rép. Civ.*, 2016 ; MEKKI M., « Mandat — conditions de validité », *J.-CL.*, fasc. 20, 2012 : selon l'article 1984 du Code civil, le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.

⁴⁸⁹ DIDIER P., « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP. G.* 16 mai 2016 p.580

⁴⁹⁰ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : création des articles 1153 et suiv. Cc.

⁴⁹¹ Art. 428 Cc.

⁴⁹² L'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 *portant simplification et modernisation du droit de la famille* introduit une nouvelle mesure de protection : l'habilitation familiale.

⁴⁹³ GALLMEISTER I., « État et capacité des personnes », *Rép. Civ.*, § 135 et s., 2016

de protection future⁴⁹⁴, l'habilitation familiale⁴⁹⁵, la sauvegarde de justice⁴⁹⁶, la curatelle et la tutelle⁴⁹⁷. En 2016, on comptait 77 334 ouvertures d'une mesure de protection des majeurs, dont 41 464 (54 %) tutelles, 34 335 (44 %) curatelles, et 1 485 (2 %) sauvegardes de justice⁴⁹⁸. Il est constaté que la majorité des mesures de protections juridiques sont gérées par des mandataires professionnels. Pour 100 ouvertures, ils sont 55 contre 45 familiaux. Leur part varie cependant en fonction du type de mesure. Ainsi la gestion professionnelle représente 76 % dans la curatelle, alors que la gestion familiale représente 62 % pour la tutelle⁴⁹⁹.

256. La loi du 5 mars 2007 confère aux majeurs protégés une capacité de principe pour les « actes personnels »⁵⁰⁰. Cela recouvre ici l'idée de l'existence d'une « capacité naturelle » qui s'appliquerait aux majeurs protégés selon laquelle « certains actes sont rebelles à toute immixtion d'un tiers, en sorte qu'il vaut mieux, soit les laisser-faire par le sujet concerné, soit y renoncer, plutôt que de les faire faire ou même seulement de les faire contrôler par un autre sujet »⁵⁰¹. Le législateur va distinguer deux types d'actes personnels. L'acte strictement personnel pour lequel le majeur bénéficie d'une « sphère

⁴⁹⁴ Le mandat permet à la personne d'en charger une autre de la représenter pour le cas où elle ne pourrait plus pourvoir à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés mentales ou corporelles l'empêchant d'exprimer sa volonté. V. PETERKA N., "Le mandat de protection future : bilan et perspectives", *Deffrénois*, 30 avril 2017, n° 8, p. 497

⁴⁹⁵ Art. 494-1 et suiv. Cc. ; RAOUL-CORMEIL G., « Majeurs protégés — Habilitation familiale », *J.-CL. Civ.*, Art. 494-1 à 494-12 — fasc. Unique, 2017 ; MARIA I., ROBBE C., « Majeur vulnérable : protection judiciaire : sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, habilitation familiale », *in Droit de la famille*, chap.335 Dalloz, « Dalloz Action » 2016 ; PETERKA N., « Le statut de la personne habilitée », *Dr.fam.*, nov. 2016, n°11, dossier 44 ; MARIA I., « L'habilitation familiale à l'épreuve des principes directeurs du droit des majeurs protégés », *Dr.fam.*, nov. 2016, n°11, dossier 40 ; HAUSER J., « L'habilitation familiale : examen critique d'une nouvelle mesure de protection juridique », *Dr.fam.*, nov. 2016, n°11 dossier 48 ; Cette mesure permet au juge des tutelles, lorsque la personne est hors d'état de manifester sa volonté d'habiliter un « proche » à la représenter de façon générale ou spéciale, pour des actes patrimoniaux ou personnels.

⁴⁹⁶ Art. 433 et s. ; Selon l'article 433, le juge peut placer sous sauvegarde de justice, la personne qui, en raison d'une altération médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté « a besoin d'une protection juridique temporaire ou d'être représentée pour l'accomplissement de certains actes déterminés ».

⁴⁹⁷ Art. 440 et s. ; L'article 440 du Code civil dispose que « la personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425, d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile peut être placée en curatelle » et que, pour les mêmes causes, la personne qui « doit être représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile peut être placée en tutelle ».

⁴⁹⁸ Ministère de la justice, *Les chiffres clés de la justice 2017*, 19 oct. 2017, p.13

⁴⁹⁹ Ministère de la justice, *InfoStat. Justice*, juin 2018, n° 162

⁵⁰⁰ MESA R., « La capacité d'exercice du majeur protégé », *Lamy Droit des personnes et de la famille*, étude 241, 2015 ; GALLMEISTER I., « État et capacité des personnes », *Rép. Civ.*, § 135 et s., 2016

⁵⁰¹ FOSSIER T., « La protection de la personne, un droit flexible », *Dr. Fam.*, Mai 2007, n°5, étude 17, §21.

d'autonomie incompressible »⁵⁰² se traduisant par l'impossibilité de le représenter ou de l'assister dans ce domaine, et l'acte simplement personnel pour lequel une assistance ou une représentation pourra être instaurée si le majeur ne peut agir seul. L'acte médical étant relatif à la personne du majeur, il est utile de se demander dans quelle catégorie il peut être rattaché. Il sera conclu que l'acte médical est considéré comme étant « simplement personnel » (I).

257. Les règles issues du Code civil constituent le droit commun applicable aux personnes placées sous protection juridique. Or, lorsque ces personnes sont confrontées au système de santé, elles relèvent également du droit spécial applicable au patient, issu du Code de la santé publique. Il convient alors de voir la manière dont le législateur a souhaité articuler les deux codes afin de déterminer à quel régime l'acte médical, acte personnel, doit obéir (II). Cette question est délicate, les Codes vont en effet se compléter et les règles applicables ne seront pas toujours identiques en fonction de la nature de la protection du majeur.

⁵⁰² MARCHADIER F., « *Majeurs protégés* », Rép. Civ., §160, 2016

I Le caractère simplement personnel de l'acte médical

258. L'article 458 du Code civil instaure la catégorie des actes « strictement personnels », dont l'accomplissement « ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée ». Le majeur, conserve alors une « sphère d'autonomie irréductible », et devra les accomplir seul, quel que soit son état, sans aucune assistance ou représentation⁵⁰³. En cas d'impossibilité pour lui d'agir seul, l'acte ne sera pas passé. La qualification d'un acte en tant qu'acte strictement personnel n'est donc pas dénuée de conséquences⁵⁰⁴ et peut s'avérer préjudiciable aux intérêts du majeur lorsqu'il ne peut accomplir seul l'acte⁵⁰⁵. Le législateur s'est abstenu de donner une définition de ces actes, et s'est contenté d'en fixer une liste⁵⁰⁶ d'actes appartenant à cette catégorie. Cette liste n'est pas limitative⁵⁰⁷ et d'autres actes pourraient y être intégrés⁵⁰⁸.

⁵⁰³ BERNHEIM – DESVAUX S., « La difficile conciliation de la protection et de l'autonomie de la personne vulnérable », *RJPF.*, 2010, n°4

⁵⁰⁴ SALVAGE — GEREST P., « Les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr.fam.*, mars 2009, n° 3, étude 17 ; PICHARD M., « *La capacité de jouissance des personnes protégées* », *Lamy Droit des personnes et de la famille*, étude 236 — 110, 2016

⁵⁰⁵ C'est le cas d'une jeune fille autiste élevée par son père et sa belle-mère. Cette dernière souhaitait pouvoir l'adopter de façon simple. L'enfant étant incapable de consentir seule du fait de son handicap, il a été jugé que l'adoption ne pourrait se faire « le consentement étant un acte strictement personnel qui ne peut être donné en son lieu et place par son tuteur » : Civ. 1ère, 8 oct. 2008 n° 07-16.094, *JurisData* n° 2008-045278, *D.* 2008 p. 2663, obs. Egéa et p. 2832, note Norguin ; *D.* 2009 p. 777, obs. Granet-Lambrechts et p. 2183, obs Plazy ; *JCP G.* 2009 II. P. 10 012, note Favier ; *AJ Fam.* 2008 p. 435, note Pécaut-Rivolier ; *Dr. Fam.* 2008 p. 173, obs. Murat ; *Dr et pat.* Nov. 2009 p. 104, obs. Fulchiron ; *RJPF* 2008— 12/13, note Le Boursicot ; *Deffrénois* 2008 p. 2431, note Massip ; *LPA* 10 déc. 2008, note Boussard ; *RTD Civ.* 2008 p. 655, obs. Hauser ; *RDSS* 2009 p. 176, note Neirinck

⁵⁰⁶ La déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration de choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant.

⁵⁰⁷ MORACCHINI-ZEIDENBERG S., « L'acte personnel de la personne vulnérable », *RTD Civ.* 2012 p.21

⁵⁰⁸ Par ex. : Pour les actions en justice relatives à un acte strictement personnel : Civ. 1ère, 6 nov. 2013 n° 12-23.766, *JurisData* n° 2013-025047, *D.* 2014 p. 467, note Raoul-Cormeil ; *RTD. Civ.* 2014 p.84, obs. Hauser ; *AJ Fam.* 2013 p. 717, obs. Verheyde ; *Dr. Fam.* 2014 n°1, comm. 9, obs. Maria : sur l'appel d'une décision du juge des enfants restreignant l'autorité parentale du majeur protégé • Pour une demande d'autorisation à mariage formée par le tuteur (jugée irrecevable en raison du caractère strictement personnel du mariage) : Civ. 1ère, 2 déc. 2015, n° 14-25.777, *JurisData* n° 2015-026590, *D.* 2016 p. 875, note Raoul-Cormeil et p. 1523, obs. Lemouland, Plazy et Noguéro ; *AJ Fam.* 2016 p. 107, obs Verheyde ; *RTD. Civ.* 2016 p.83, obs. Hauser ; *Dr. Fam.* 2016 n°2, p. 36, comm. Maria

259. Lorsque l'acte n'entre pas dans cette catégorie, il doit conformément à l'article 459 du Code civil être considéré comme étant « simplement personnel ». Cette catégorie est caractérisée par une graduation des pouvoirs accordés au majeur protégé, mais la mise en œuvre de ce régime n'est pas dénuée d'incertitudes⁵⁰⁹. L'article 459 pose le principe d'autonomie du majeur protégé en disposant que « la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet ». Le majeur, quel que soit son régime de protection, agit seul pour mettre en œuvre ces actes, s'il est en mesure de le faire. Il bénéficie ainsi d'une capacité d'exercice de principe en matière d'acte simplement personnel. Ce n'est qu'à titre subsidiaire, lorsque son état « ne lui permet pas de prendre [seul] une décision personnelle éclairée [que] le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué [pourra] prévoir [qu'il] bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection. Au cas où cette assistance ne suffirait pas, il peut, le cas échéant après l'ouverture d'une mesure de tutelle, autoriser le tuteur à représenter l'intéressé ». La mise en place d'une mesure d'assistance ou de représentation en matière d'acte personnel n'est donc pas automatique et devra être spécialement mise en place par le juge⁵¹⁰, après avoir vérifié que la personne n'est pas en mesure de prendre seule la décision. Les mesures concerneront un acte déterminé ou tous les actes simplement personnels entrant dans cette catégorie. Ce système, à condition d'être bien respecté par les organes de protection du majeur et les tiers, permet d'assurer un bon compromis entre respect de l'autonomie et protection de l'intégrité physique. La personne protégée conserve une capacité de principe et agit seule, mais, en cas d'impossibilité de sa part de le faire, on évite le risque de voir apparaître une incapacité de jouissance comme c'est le cas pour les actes relevant de la catégorie fixée à l'article 458, la personne étant alors assistée ou représentée pour la mise en œuvre de l'acte.

⁵⁰⁹ MARCHADIER F., « *Majeurs protégés* », Rép. Civ., §169 et suiv., 2016

⁵¹⁰ Il faut rapporter ici l'exemple de l'arrêt du tribunal d'instance de Nice, dans lequel il a été jugé qu'« aucune décision spéciale du juge des tutelles n'étant intervenue pour prévoir l'assistance ou la représentation d'une majeure protégée dans les actes touchant à sa personne, cette dernière peut prendre seule, sans assistance ni représentation, une décision concernant un acte médical » : TI Nice 4 fév. 2009 n° 01/00602, *D.* 2009 p. 1397, note Verheyde ; *Dr. Fam.* 2009 p. 147, note Talarico ; *RTD. Civ.* 2010 p. 530, obs. Hauser ; *Deffrénois* 2010 p. 870, obs. Massip

260. Il semble utile de s'interroger quant à la nature de l'acte médical. Au vu de la liste fixée par l'article 458, les actes considérés comme strictement personnels correspondent à des actes en rapport avec l'état des personnes, ce qui semble être le cas de l'acte médical. Certaines des dispositions spécifiques instaurées par le Code de la santé publique peuvent aller dans ce sens⁵¹¹. Il existe plusieurs situations dans lesquelles, il ne peut être fait obstacle au refus du majeur de souscrire à l'acte, même si celui-ci peut lui être bénéfique. C'est donc bien que, dans une certaine mesure⁵¹², le législateur semble reconnaître à ces actes un aspect qui serait strictement lié à l'intimité de la personne, au point que, la seule volonté contraire du majeur permettrait d'y faire obstacle.

261. Cependant la classification de l'acte médical comme strictement personnel contribuerait à la création d'une incapacité de jouissance en cas d'impossibilité pour le majeur protégé d'agir lui-même⁵¹³. La personne protégée se trouve dans un double état de vulnérabilité dans le domaine médical⁵¹⁴, en plus de son état de faiblesse originaire⁵¹⁵, elle est affaiblie par l'altération de ses facultés corporelles. Il est donc peu probable qu'elle soit en état de décider seule pour les actes médicaux, du moins sans assistance.⁵¹⁶ Il semble alors plus sage de considérer que l'acte médical relève de la catégorie des actes simplement personnels.

262. Que l'acte médical soit de nature « simplement » ou « strictement » personnelle n'a en réalité qu'une faible importance. En effet, il fait l'objet de dispositions spécifiques au sein du Code de la santé publique et le régime des actes « personnels »

⁵¹¹ C'est par ex. le cas de la stérilisation contraceptive ou de l'interruption volontaire de grossesse.

⁵¹² Pour la stérilisation contraceptive, la qualification d'acte strictement personnel au sens du Code civil ne peut cependant être totalement admise, la personne pouvant faire l'objet d'une mesure de représentation.

⁵¹³ BERNHEIM-DESVAUX S., « La difficile conciliation de la protection et de l'autonomie de la personne vulnérable », *RJPF.*, 2010, n°4

⁵¹⁴ SAUVAGE F., « Le consentement à l'acte médical du patient sous protection juridique », *Médecine et Droit*, 2011 p. 235

⁵¹⁵ Il ne faut pas oublier que depuis la loi du 5 mars 2007, la condition d'ouverture d'une mesure de protection juridique est l'altération des facultés intellectuelles de la personne.

⁵¹⁶ SALVAGE — GEREST P., « Les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr.fam.*, mars 2009, n° 3, étude 17

issu du Code civil ne trouvera pas forcément à s'appliquer. Tout va dépendre de la manière dont est organisée l'articulation⁵¹⁷ entre ces deux codes.

⁵¹⁷ BATTEUR A., « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », *Dr.fam.*, fév. 2011, n°2, dossier 5

II La délicate question de l'articulation des règles issues du Code civil et des règles issues du Code de la santé publique

263. Afin de régler la question de l'articulation du Code civil et du Code de la santé publique, le législateur a introduit au sein du Code civil l'article 459-1. Ce dernier dispose que l'application des règles relatives aux actes personnels « ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues par le code de la santé publique [...] prévoyant l'intervention d'un représentant légal ». La question de l'articulation des règles apparaît comme réglée puisqu'au vu de ce texte il semblerait qu'il faille privilégier l'application des règles issues du Code de la santé publique. Toutefois, la réponse s'avère en réalité plus complexe⁵¹⁸. En effet, la manière dont cet article est rédigé,⁵¹⁹ et en particulier sa référence au « représentant légal » du majeur, est venue susciter de nombreux débats doctrinaux quant à l'interprétation qu'il fallait en retenir.

264. Une première interprétation de l'article 459-1 consisterait à dire que les dispositions du Code civil ne doivent s'appliquer que pour les actes ne relevant pas du domaine médical. Adopter une telle interprétation n'est guère satisfaisant⁵²⁰. L'objectif de la loi du 5 mars 2007 est de fixer des principes généraux visant à garantir la protection et l'autonomie du majeur qu'il soit malade ou non. De même, l'adoption d'une telle interprétation reviendrait à priver de sens les règles issues de l'article 459 alinéa 3 du Code civil qui disposent que « sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille [...], prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée ». Dans quel domaine, si ce n'est médical, le représentant pourrait-il prendre une décision risquant de porter gravement atteinte à l'intégrité physique du majeur ? Le fait d'exclure les actes médicaux du champ d'application de cet article reviendrait à le priver de tout effet. En relisant l'article 459-1, celui-ci « ne dit pas que la relation médicale relève exclusivement du Code de la santé

⁵¹⁸ VERHEYDE T., « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », *D.*, 2009 p. 1397

⁵¹⁹ SAUVAGE F., « Le consentement à l'acte médical du patient sous protection juridique », *Médecine et Droit*, 2011 p. 235

⁵²⁰ BATTEUR A., « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », *Dr.fam.*, fév. 2011, n°2, dossier 5

publique ; il dit seulement que le Code civil ne saurait déroger au Code de la santé publique »⁵²¹. Il convient donc d'écarter cette interprétation.

265. Une deuxième interprétation a pris naissance en raison de la référence faite par l'article 459-1 aux « dispositions particulières prévues par le Code de la santé publique [...] prévoyant l'intervention d'un représentant légal ». Cette référence a suscité deux difficultés. Tout d'abord, il est possible de penser qu'il convient d'appliquer les règles du Code de la santé publique uniquement lorsque celles-ci prévoient littéralement l'intervention d'un « représentant légal », à savoir d'un tuteur, d'un représentant dans le cadre d'une mesure d'habilitation familiale, ou dans certains cas, d'un mandataire. En l'absence de « représentant légal »⁵²², le Code civil pourrait déroger aux règles du Code de la santé publique. Retenir cette interprétation littérale de l'article 459-1 conduirait à n'appliquer prioritairement les dispositions du Code de la santé publique que dans le domaine de la tutelle et à appliquer les règles du Code civil dans les autres cas⁵²³ ce qui ne serait pas satisfaisant. Cela engendrerait également des difficultés considérables pour les praticiens qui devraient alors se référer aux deux codes en fonction du régime de protection, pour savoir quelles sont les règles applicables⁵²⁴.

La seconde difficulté provient de l'utilisation du terme « d'intervention » du représentant. À nouveau, une interprétation littérale de cette notion conduirait à n'appliquer les règles du Code de la santé publique que lorsqu'une « intervention » de la personne chargée de la protection du majeur est prévue. Ainsi, les règles du Code de la santé publique spécifiques aux majeurs protégés, mais ne prévoyant pas l'intervention de l'organe de protection ne seraient pas applicables en priorité face au Code civil⁵²⁵, ce qui n'est pas non plus satisfaisant.

⁵²¹ BATTEUR A., *op. cit.*, §12

⁵²² Ce qui est le cas pour les majeurs sous curatelle, sauvegarde de justice ou mandat de protection future dans certains cas.

⁵²³ Les règles du Code de la santé publique concernant les majeurs sous curatelle ou sauvegarde de justice sont alors privées d'effets, le Code civil pouvant y déroger.

⁵²⁴ D'où l'importance de faire figurer l'intégralité du régime applicable aux majeurs protégés dans le même code, de préférence le Code de la santé publique pour une meilleure application des règles : à ce sujet, V. FOSSIER T., « La protection de la personne, un droit flexible », *Dr.fam.*, mai 2007, n°5, étude 17, § 28

⁵²⁵ Comme c'est le cas de l'article L. 1122-2 du CSP qui interdit les recherches sur les majeurs sous sauvegarde de justice, ou l'article L. 1221-5 prévoyant l'interdiction d'effectuer un prélèvement sanguin.

266. Conscient des difficultés liées à cette articulation, le législateur a autorisé le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance des mesures afin d'améliorer l'articulation entre les deux régimes⁵²⁶. Le gouvernement reconnaît en effet que « les questions de consentements aux soins médicaux n'ont pas été réformées depuis 2002, et du fait de la prévalence du Code de la santé publique sur le Code civil, en ce domaine, elles ne tiennent pas compte des avancées portées par la loi de 2007 »⁵²⁷. Au lieu de chercher à articuler deux régimes animés par des esprits différents, l'idée serait de les harmoniser en repensant de manière cohérente la protection des majeurs protégés en matière médicale⁵²⁸. Toutefois, le gouvernement n'ayant pas agi dans le délai imparti, cette ordonnance est caduque.

Un groupe de travail interministériel a été mis en place afin de réfléchir à la réécriture du Code de la santé publique⁵²⁹. Dans son rapport⁵³⁰, plusieurs propositions ont pour objectif d'améliorer la capacité des majeurs protégés. La mission estime nécessaire d'instaurer « un dispositif global consacrant effectivement par voie législative le principe de la capacité juridique de la personne et se donnant les moyens de soutenir effectivement l'exercice de ses droits en favorisant l'expression de sa volonté et de ses préférences »⁵³¹. Il est proposé de revoir l'articulation entre ces codes « pour que le principe de capacité civile de la personne soit effectivement reconnu dans tous les champs et que la recherche de soutien à l'exercice des droits soit recherchée par priorité ». Autrement dit, il va s'agir de privilégier les possibilités pour le majeur protégé d'agir seul, si besoin en étant assisté, plutôt que de le voir trop souvent représenté dans l'exercice de ses droits.

Dans l'attente d'une réforme, il convient de considérer l'article 459-1 comme ayant fait

Ces articles ne prévoyant pas littéralement une « intervention » de l'organe chargée de la protection du majeur, ils reviendraient à être écartés.

⁵²⁶ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 *de modernisation de notre système de santé* : art. 211 : « le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances, dans un délai de dix-huit mois à compter de la promulgation de la présente loi, les mesures relevant du domaine de la loi permettant de mieux articuler les dispositions du Code civil et du code de la santé publique relatives aux conditions dans lesquelles peut s'exprimer la volonté des personnes faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, au sens du chapitre II du titre XI du livre Ier du Code civil, pour toute décision relative à un acte médical ».

⁵²⁷ ROSSIGNOL L., « Discours de la secrétaire d'État chargée de la famille — discours officiels de la 12e édition des états généraux du droit de la famille et du patrimoine », *Gaz. Pal.*, 5 avril 2016 p.24

⁵²⁸ V. § 612 et s.

⁵²⁹ NOGUERO D., « Agitation ou tempête pour le droit des majeurs protégés ?, *JCP G.* 18 juin 2018, p. 698 ; BATTEUR A., RAOUL-CORMEIL G., « Majeurs protégés », *J.-CL. Civ.*, synthèse 180, 2017, § 69

⁵³⁰ Rapport de mission interministérielle, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, 21 sept. 2018, p. 95

⁵³¹ *Ibid.* p. 10

l'objet d'une mauvaise rédaction⁵³², et d'écarter ces diverses interprétations. Le terme de « représentant légal » doit être appréhendé non pas au sens juridique, mais de façon plus large comme visant « toutes les personnes chargées de la protection juridique du majeur », quel que soit le régime de protection mis en place⁵³³. De même, le terme « d'intervention » doit être interprété largement comme faisant référence à la simple mention par un article d'une catégorie de majeurs protégés. Ainsi, il est possible de conclure que les textes du Code civil et du Code de la santé publique doivent pouvoir tous deux s'appliquer à un acte médical et se compléter⁵³⁴, le Code civil ne pouvant déroger aux règles du Code de la santé publique prévoyant des règles spécifiques pour les majeurs protégés. Le juge semble reconnaître lui-même la complémentarité du Code civil et du Code de la santé publique dans un arrêt en date du 4 février 2009⁵³⁵ dans lequel il applique à un majeur protégé des règles issues de l'article 459 alinéa 3 du Code civil au sujet d'une décision médicale⁵³⁶.

267. Pour connaître les règles applicables aux majeurs protégés en matière de consentement à un acte médical, il faut donc étudier les règles de droit commun (**Chapitre premier**) et de droit spécial (**Chapitre second**) du Code de la santé publique afin de vérifier pour chaque régime si des dispositions spécifiques sont prévues.

⁵³² BATTEUR A., « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », *Dr.fam.*, fév. 2011, n°2, dossier 5, §13

⁵³³ VERHEYDE T., « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », *D.*, 2009 p. 1397

⁵³⁴ SAUVAGE F., « Le consentement à l'acte médical du patient sous protection juridique », *Médecine et Droit*, 2011 p. 235

⁵³⁵ TI Nice 4 fév. 2009 n° 01/00602, *D.* 2009 p. 1397, note Verheyde ; *Dr. Fam.* 2009 p. 147, note Talarico ; *RTD. Civ.* 2010 p. 530, obs. Hauser ; *Defrénois* 2010 p. 870, obs. Massip

⁵³⁶ V. § 326

268. Par la loi du 4 mars 2002, le législateur instaure au sein du Code de la santé publique un régime de « droit commun » décrivant de manière générale les « droits des personnes malades ». Il y développe les grands principes dans ce domaine tel que le droit de conserver le secret sur son état de santé, le droit de recevoir une information ou le droit de consentir à l'acte médical. Parmi ces règles, le législateur est venu prendre en compte la situation des majeurs protégés en ajoutant des dispositions spécifiques applicables à leur cas.

En remarque préliminaire, il est cependant possible de noter qu'il n'existe aucun article relatif à l'accès des majeurs protégés au système de santé, mis à part l'article R. 1112-37 qui fixe les règles applicables à la gestion de ses biens durant le temps où il est admis dans un établissement de santé. Cet oubli suscite des interrogations pratiques, tel que le fait de savoir si la personne peut prendre rendez-vous seule ou si elle doit nécessairement obtenir l'autorisation de la personne chargée de sa protection. En l'absence de dispositions spécifiques, il faut appliquer les règles du Code civil et de l'article 459. Dans les faits, il est constaté des pratiques très disparates en fonction des praticiens ou des personnes chargées de la protection du patient. Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs ont souvent tendance à laisser les majeurs exercer seuls ce droit d'accès lorsqu'ils sont en mesure de le faire. Le mandataire peut si besoin organiser le transport du patient sur le lieu de la consultation, mais n'accompagnera pas lui-même le patient. Ce qui d'ailleurs serait difficilement réalisable compte tenu du nombre de dossiers dont il a la charge. Le majeur gère lui-même sa carte vitale. S'il a besoin d'être assisté dans sa vie quotidienne, la carte peut être insérée dans un « cahier de correspondance » géré par l'auxiliaire de vie du majeur. Celui-ci se chargera de la remettre au majeur lorsqu'il en a besoin. Le majeur réglera la consultation avec une somme laissée à sa disposition par le mandataire. S'il n'en est pas capable, le paiement variera en fonction des pratiques mises en place entre le mandataire et le médecin. Généralement, ce dernier enverra une facture au mandataire qui se chargera de la régler. Aucune information médicale ne figure sur ce document ce qui permet de préserver le secret médical. De même, c'est le plus souvent le mandataire qui s'occupera de la

transmission des feuilles de soins à la mutuelle ou à la sécurité sociale et qui recevra le décompte des remboursements. Le secret médical demeure préservé, les décomptes ne précisant que le coût de l'acte et son taux de remboursement. Les majeurs pris en charge par un mandataire professionnel bénéficient donc d'une grande autonomie, le mandataire n'intervenant dans le domaine de l'accès aux soins que si nécessaire. En revanche, lorsque la personne chargée de la protection du majeur est un membre de sa famille, les médecins constatent une immixtion plus importante de celle-ci dans sa vie médicale. La personne va souvent accompagner le majeur sur son lieu de rendez-vous et demande parfois à assister à la consultation. Elle se chargera de régler les soins et gèrera elle-même la carte vitale du patient. Cela crée une forme de confusion entre le rôle de parent et le rôle de « protecteur légal » du majeur. Confrontés à ces demandes, les médecins ont des attitudes très diverses et ne savent plus toujours ce que la personne est en droit d'exiger ou non. Ils vont généralement demander son avis au patient. Le juge a eu l'occasion de rappeler⁵³⁷ que même dans le cadre de la pratique d'un examen médical en vue de la rédaction d'un certificat médical circonstancié, exigé pour l'ouverture d'une mesure de protection pour le majeur, aucun tiers n'est en droit d'y assister. « L'entretien personnel que l'expert a avec une personne soumise à un examen mental revêt par sa nature même un caractère intime », par conséquent, le médecin n'est pas tenu d'admettre la présence des « conseillers » du majeur. Les majeurs bénéficiant d'une protection d'origine « familiale » connaissent ainsi plus souvent une perte plus importante de leur autonomie dans l'exercice de leur droit d'accès aux soins.

Dans les autres domaines que sont le droit d'information et de consentement, des dispositions spécifiques sont prévues pour les majeurs protégés. Bien que louable, cette démarche suscite de nombreuses difficultés tant théoriques que pratiques. En effet, au lieu de viser de façon globale les « majeurs protégés » le législateur n'a pris en compte que certaines catégories de protection, et ne vise bien souvent que les majeurs sous tutelle. En raison de cette prise en compte parcellaire des mesures de protection, le régime applicable aux majeurs protégés usagers du système de santé est difficile à appréhender. Il est constaté une différence notable entre l'autonomie accordée aux majeurs protégés, mais non représentés (**Première section**) et celle des majeurs

⁵³⁷ Cass, Civ. 1^{ère}, 25 av. 1989, Bull.civ. I, n° 169

représentés (**Seconde section**). Ces derniers seront en effet généralement représentés de manière systématique dans l'exercice de leurs droits médicaux, alors que les premiers bénéficient d'une plus large marge de manœuvre. Dans le but d'améliorer l'autonomie de tous les majeurs protégés, y compris dans le domaine du consentement à l'acte médical, la mission interministérielle chargée d'étudier l'évolution de la protection juridique des personnes effectue plusieurs propositions. Elle invite tout d'abord à revoir l'articulation entre le Code civil et le Code de la santé publique afin de rendre le principe de la capacité du majeur protégé effectif dans tous les domaines. Elle propose également de créer un répertoire civil unique afin d'assurer la publicité des mesures de protection. Il n'est cependant pas, pour l'heure, envisagé de rendre ce répertoire accessible aux médecins, ce qui serait pourtant une bonne chose. Il est également proposé de supprimer la mesure de la tutelle afin de la remplacer par une mesure de protection unique dans laquelle le juge déciderait de l'assistance ou de la représentation du majeur⁵³⁸. Une telle mesure permettrait d'éviter d'avoir un régime plus respectueux de l'autonomie des majeurs, ce qui n'est actuellement que peu le cas en droit de la santé.

⁵³⁸ Rapport de mission interministérielle, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, 21 sept. 2018, p. 68 et s.

Première section : L'inégal respect de l'autonomie des majeurs protégés mais non représentés en matière de consentement à l'acte médical

269. Il existe plusieurs régimes de protection dans lesquelles les personnes ne font pas l'objet d'une représentation. La première mesure de protection est la sauvegarde de justice⁵³⁹. Selon l'article 433, cette mesure est ouverte par le juge pour la personne qui « en raison d'une altération médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté »⁵⁴⁰, « a besoin d'une protection juridique temporaire ou d'être représentée pour l'accomplissement de certains actes déterminés »⁵⁴¹. La demande d'ouverture de la mesure peut également avoir une origine médicale⁵⁴². L'article L. 3211-6 du Code de la santé publique permet au médecin qui constate que son patient « a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425 du Code civil, d'être protégé dans les actes de la vie civile » d'en faire « la déclaration au procureur de la République du lieu de traitement. Cette déclaration a pour effet de placer le malade sous sauvegarde de justice si elle est accompagnée de l'avis conforme d'un psychiatre ». Cette mesure n'est pas une mesure de représentation et ne constitue pas à proprement parler, une mesure d'incapacité. Le majeur protégé conserve en principe l'exercice de ses droits⁵⁴³ que ce soit en matière patrimoniale ou personnelle. En matière médicale, il va être constaté que le majeur placé sous ce régime conserve une grande autonomie d'action.

Si la mesure de sauvegarde de justice n'est pas suffisante à protéger les intérêts de la personne, une mesure de curatelle⁵⁴⁴ peut être envisagée pour « la personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425, d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie

⁵³⁹ FAVIER Y., « Majeurs protégés — Sauvegarde de justice », J.-CL. Civ., Art. 433 à 439 — fasc. Unique, 2016 ; MARIA I., ROBBE C., « Majeur vulnérable : protection judiciaire : sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, habilitation familiale », in *Droit de la famille*, chap. 335, Dalloz, « Dalloz Action » 2016

⁵⁴⁰ Art. 425 Cc.

⁵⁴¹ Art. 433 Cc.

⁵⁴² FRESNEL F., « La sauvegarde de justice médicale : un nouvel intérêt pour cette mesure ? », *Gaz. Pal.*, 12 juin 2014 p.8

⁵⁴³ Art. 435 Cc., voir également pour l'application de ce principe : Civ. 1ère 24 fév. 2016, n°15-14328 ; JurisData : 2016-003178

⁵⁴⁴ MARIA I., « Majeurs protégés — Curatelle et tutelle – Dispositions générales », J.-CL. Civ., Art. 440 à 457 — fasc. Unique, 2017 ; MARIA I., ROBBE C., *op. cit.*

civile »⁵⁴⁵. Il s'agit d'un régime d'assistance dans lequel la personne protégée agit par elle-même, tout en bénéficiant de l'aide de son curateur dans certains cas⁵⁴⁶.

Il est aussi possible au majeur d'organiser lui-même sa protection par l'instauration d'un mandat de protection future⁵⁴⁷ pour le cas où il ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés⁵⁴⁸. Les pouvoirs confiés au mandataire peuvent porter sur la protection personnelle du mandant. Dans le domaine médical, l'article 479 dispose que « le mandat peut prévoir que le mandataire exercera les missions que le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles confient au représentant de la personne en tutelle ou à la personne de confiance ». Ainsi, cette mesure s'apparentera à un régime de représentation lorsque le mandataire se voit attribuer les pouvoirs du tuteur et à un régime non représentatif lorsque les pouvoirs sont ceux de la personne de confiance. Pour les développements suivants, seul le cas du mandataire bénéficiant des pouvoirs de la personne de confiance sera traité⁵⁴⁹.

270. De façon générale, la situation des majeurs faisant l'objet d'une mesure de protection autre que la représentation est peu prise en compte dans le Code de la santé publique. Ainsi, les règles issues du Code civil leur seront souvent applicables que ce soit en matière d'information **(I)** ou de consentement **(II)** à l'acte médical. Ils vont donc disposer d'une grande autonomie.

⁵⁴⁵ Art. 440 Cc.

⁵⁴⁶ Art. 467 Cc. : l'assistance du curateur est par exemple obligatoire pour accomplir des actes de dispositions.

⁵⁴⁷ MAZEAUD-LEVENEUR S., « Majeurs protégés — Mandat de protection future », J.-CL. Civ., Art. 477 à 494 — fasc. Unique, 2017 ; MARIA I., ROBBE C., « Majeur vulnérable : protection conventionnelle : mandat de protection future », *in* Droit de la famille, chap. 336, Dalloz, « Dalloz Action », 2016

⁵⁴⁸ Art. 477 Cc.

⁵⁴⁹ Le cas du mandataire doté des pouvoirs du tuteur sera abordé dans les § 332 et s.

I Le grand respect de l'autonomie des majeurs protégés mais non représentés en matière de délivrance de l'information médicale

271. Le Code de la santé publique instaure l'obligation de délivrer une information à la personne sur son état de santé. Dans le cas des majeurs protégés non représentés, il est possible de se demander s'ils peuvent exercer eux-mêmes ce droit, ou s'ils doivent passer par l'intermédiaire de la personne chargée de leur protection. Ainsi le Code de la santé publique prévoit des règles applicables à la délivrance de l'information préalablement à la mise en œuvre d'un acte de soins (A) ou pour accéder à leur dossier médical (B). Il va être relevé que les majeurs protégés non représentés bénéficient d'une grande capacité d'action pour exercer eux-mêmes leurs droits médicaux.

A) Le grand respect de l'autonomie des majeurs protégés, mais non représentés en matière de délivrance de l'information préalable à la mise en œuvre d'un acte médical

272. L'obligation d'information relevait à l'origine d'un devoir du médecin et non pas d'un droit pour le patient. L'article 35 du code de déontologie de 1995 prévoyait que « le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension ». Cette obligation d'information appréhendée du point de vue du médecin correspondait à la conception dite « paternaliste » du droit médical. Selon cette vision, le « patient est et doit être pour le médecin comme un enfant à apprivoiser, non certes à tromper — un enfant à consoler, non pas à abuser — un enfant à sauver, ou simplement à guérir »⁵⁵⁰. Cette conception a aujourd'hui disparu et a été remplacée par une conception dite « autonomiste » du droit de la santé dans laquelle le patient, désormais qualifié « d'usager du système de santé », est en mesure de décider pour lui-même. L'article L.1111-4 dispose que « toute

⁵⁵⁰ PORTES L., *A la recherche d'une éthique médicale*, éd. 1964, Paris, Masson et Cie — PUF, 1964, p. 163

personne prend [...] les décisions concernant sa santé » et, « qu'aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne. » Pour ce faire, la personne doit préalablement recevoir une information médicale.

273. Le droit à l'information est prévu à l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique selon lequel « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé ». Sa délivrance doit se faire de façon « loyale, claire et appropriée »⁵⁵¹. C'est-à-dire qu'elle doit être présentée avec attention et conscience de façon à instaurer un climat de confiance entre le professionnel de santé et le patient. Il faut également qu'elle soit complète⁵⁵² et délivrée de façon adaptée aux facultés de compréhension du patient. Cet article vient prendre en compte la situation des majeurs sous tutelle en précisant que leurs droits dans ce domaine sont exercés par le tuteur, en revanche il ne mentionne pas les autres régimes de protection. En l'absence de mention expresse dans le Code de la santé publique il faut rechercher du côté du Code civil afin de connaître quel est le régime applicable.

274. L'exercice du droit à recevoir une information sur son état de santé doit être considéré comme relevant du domaine « simplement » personnel⁵⁵³. Les règles de l'article 459 du Code civil sont donc applicables. La Haute Autorité de Santé lors de ses dernières recommandations⁵⁵⁴ confirme d'ailleurs celui-ci dans le domaine médical. L'article 459 dispose que « la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne ». Cela rejoint l'idée présente à l'article L. 1111-2 selon laquelle « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé ». Le majeur protégé non sous tutelle peut donc exercer lui-même ce droit, malgré le régime auquel il est soumis. Le médecin devra prêter une attention particulière à lui rendre cette information accessible et compréhensible en s'adaptant à ses facultés de discernement lors de l'entretien. Dans

⁵⁵¹ Civ. 1ère, 14 oct. 1997 n° 95-19.609, JurisData n° 1997-003978, *JCP G.* 1997 II. p.22942, rapp. Sargos ; *RTD. Civ.* 1998. p.100, obs. Mestre ; *LPA* 13 mars 1998, note Dagorne-Labbe ; *RDSS.* 1998 p.68, note Harichaux

⁵⁵² VIALLA F., « Bref retour sur le consentement éclairé », *D.* 2011 p. 292

⁵⁵³ V. § 260 et s.

⁵⁵⁴ Haute Autorité de Santé, recommandation de bonnes pratiques relatives à la délivrance de l'information à la personne sur son état de santé, mai 2012

la pratique, les professionnels de santé semblent respecter ce droit et font l'effort de délivrer une information au patient protégé.

275. L'application de l'article 459 permet ici de maintenir une bonne autonomie pour le majeur protégé sans toutefois mettre en péril son intégrité physique. Il est en effet précisé que la personne exerce seule ses droits « dans la mesure où son état le permet ». Le législateur tient compte de la vulnérabilité particulière dans laquelle se trouve le majeur protégé en ne le laissant pas seul face à son incapacité à exercer ses droits, comme c'est le cas en matière d'acte strictement personnel⁵⁵⁵. De ce fait, « lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué peut prévoir qu'elle bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection ». Le système ici mis en place est progressif. Le majeur pourra d'abord faire preuve d'autonomie en agissant seul, et s'il en est incapable, un tiers interviendra après y avoir été habilité par le juge. Dans ce cas de figure, si la simple assistance s'avère insuffisante à protéger le majeur, le juge ouvrira une mesure de tutelle et pourra autoriser le tuteur à représenter le majeur en matière personnelle. Lorsque le majeur est sous sauvegarde de justice et qu'il n'est pas en état d'agir lui-même, il faudra nécessairement ouvrir une autre mesure de protection à son égard afin d'organiser son assistance ou sa représentation.

276. Conformément à ces règles, les personnes chargées de la protection de la personne ne peuvent donc pas recevoir l'information médicale sans y avoir été habilitées par le juge. En l'absence d'habilitation, le praticien ne pourra en principe délivrer une information à ces personnes sans l'accord du majeur. En cas de « diagnostic ou de pronostic grave », le médecin peut, sans enfreindre le secret médical, informer « la famille, les proches de la personne malade ou la personne de confiance »⁵⁵⁶ de façon à ce qu'ils puissent lui « apporter un soutien direct ». Il est envisageable de considérer le curateur ou le mandataire comme étant un « proche » du majeur afin de lui délivrer des informations. Toutefois, le majeur peut s'y opposer. La personne protégée non représentée est donc libre d'agir avec une grande autonomie en exerçant seule son droit

⁵⁵⁵ V. § 260 et s.

⁵⁵⁶ Art. L. 1110-4 CSP.

à l'information. Depuis 2012⁵⁵⁷, il n'est plus possible « dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience »⁵⁵⁸ de ne pas informer le patient d'un diagnostic ou d'un pronostic grave. Le médecin avait tendance à user de ce motif afin de laisser des patients « fragiles » dans l'ignorance, encouragés en cela par la jurisprudence⁵⁵⁹. La disposition ayant disparu, le médecin ne pourra plus user de ce prétexte pour dissimuler une information à un majeur protégé⁵⁶⁰.

Dans la pratique, les droits du majeur protégé non représenté sont peu connus des professionnels de santé. Lorsqu'ils sont au courant de la mesure de protection, ce qui est rare, et qu'ils connaissent l'identité de la personne chargée de son dossier, ce qui est également peu courant, ils ont tendance à systématiquement l'informer de la situation du patient, sans vérifier son habilitation, ou son droit de la recevoir.

Le régime mis en place instaure, en théorie, un bon équilibre entre protection de l'intégrité physique du majeur et autonomie, mais est-ce aussi le cas en termes d'accès au dossier médical ?

B) Le grand respect de l'autonomie des majeurs protégés, mais non représentés en matière d'accès au dossier médical

277. La possibilité pour les patients d'accéder aux informations contenues dans leur dossier médical, bien que critiquée par le corps médical⁵⁶¹ par crainte de voir les patients accéder à des informations qu'ils ne pourraient comprendre, a été renforcée pour les majeurs protégés. Selon l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique « toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenues, "à quelque titre que ce soit", par des professionnels et établissements de santé, qui sont formalisées ou ont fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels de santé,

⁵⁵⁷ Depuis l'article 2 du décret n°2012-694 en date du 7 mai 2012

⁵⁵⁸ Anc. Art. R. 4127-35 CSP

⁵⁵⁹ Il est possible par ex. de citer : Civ. 1ère, 23 mai 2000 n° 98-18.513, JurisData n° 2000-002109, *JCP G.* 2000 II. p. 10342, rapp. Sargos : un médecin psychiatre ne commet pas de faute en laissant son patient, atteint d'une psychose maniaco-dépressive alternant des phases mélancoliques et d'excitation maniaque, dans l'ignorance du diagnostic exact.

⁵⁶⁰ Il faudra toutefois attendre de voir la jurisprudence pour le confirmer.

⁵⁶¹ JONAS C., La loi du 4 mars 2002 et la pratique médicale quotidienne : apports et incertitudes, *Médecine et Droit*, 2002, n°56, p. 1-5

notamment des résultats d'examen, comptes rendus de consultation, d'intervention, d'exploration ou d'hospitalisation, des protocoles et prescriptions thérapeutiques mis en œuvre, feuilles de surveillance, correspondances entre professionnels de santé ». Les « informations mentionnant qu'elles ont été recueillies auprès de tiers n'intervenant pas dans la prise en charge thérapeutique ou concernant un tel tiers » ne sont pas communicables aux patients. Dès lors que l'information n'émane pas de professionnels de santé, tels que des médecins ou des infirmiers, elles ne pourront être transmises au majeur. Ainsi, les informations figurant dans le dossier médical qui mentionnent qu'elles ont été obtenues auprès du curateur ou du mandataire ne sont pas transmissibles au majeur souhaitant accéder à son dossier médical, puisqu'elles émanent d'un tiers ne participant pas à la prise en charge « thérapeutique » du majeur.

278. Depuis la loi du 26 janvier 2016⁵⁶² l'article L. 1111-7 prévoit que dans le cas où le majeur « fait l'objet d'une mesure de protection juridique, la personne en charge de l'exercice de la mesure, lorsqu'elle est habilitée à représenter ou à assister l'intéressé dans les conditions prévues à l'article 459 du Code civil, a accès à ces informations dans les mêmes conditions ». Si le majeur protégé n'est pas en mesure d'accéder seul à son dossier, le juge pourra habiliter la personne chargée de sa protection à l'assister ou à le représenter. Le majeur ne se retrouve donc pas dans une situation d'incapacité de « jouissance » en raison de son impossibilité à exercer lui-même ses droits. La commission d'accès aux documents administratifs⁵⁶³ a eu l'occasion de se prononcer sur l'interprétation de cette nouvelle disposition⁵⁶⁴. Elle avait été saisie à la demande d'un centre hospitalier qui souhaitait savoir si compte tenu des nouvelles dispositions de l'article, le majeur sous curatelle devait contresigner la demande d'accès à son dossier formulée par le curateur. La commission rappelle qu'il n'existe « aucun droit d'accès à l'information médicale ou au dossier médical au profit du curateur » et que celui-ci « ne pouvait pas prétendre exercer de plein droit le droit d'accès de sa pupille à son dossier médical sauf si cette dernière lui a délivré un mandat exprès en ce sens ». La CADA confirme ainsi que le majeur protégé peut exercer directement le droit d'accéder à son dossier et que la personne chargée de sa protection ne peut le faire de

⁵⁶² Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé

⁵⁶³ CADA

⁵⁶⁴ CADA, 15 sept. 2016, « Centre hospitalier Louis Pasteur de Dole », conseil n°20163641

plein droit. Avant la réforme, la CADA se positionnait déjà dans ce sens⁵⁶⁵ dans le cadre de la curatelle et refusait d'accorder le droit pour le curateur d'accéder au dossier médical en l'absence de mandat délivré par le majeur. Ces arrêts démontrent la méconnaissance par les professionnels de santé des droits des majeurs protégés.

279. Si le médecin craint l'effet qu'aurait la délivrance de l'information sur le majeur protégé, il peut lui recommander « la présence d'une tierce personne lors de la consultation de certaines informations ». Il peut s'agir du curateur ou du mandataire, mais le législateur ne l'impose pas. Le majeur a donc la possibilité de se tourner vers une autre personne, ce qui est appréciable.

280. Les majeurs protégés, mais non représentés bénéficient d'une grande autonomie dans l'exercice de leur droit à accéder aux informations médicales les concernant. Le rôle du curateur ou du mandataire dans le domaine de l'information médicale est fortement limité. Ils n'interviendront que de façon subsidiaire lorsque le majeur n'est pas lui-même en état d'agir. Est-ce également le cas en termes de consentement à l'acte médical ?

⁵⁶⁵ Voir par ex. : CADA 5 juill. 2007, « Directeur général de l'Assistance publique — hôpitaux de Paris (groupe hospitalier Bichat — Claude Bernard) », avis n° 20072674 ; CADA 22 mars 2007, « Médecin conseil de l'assurance maladie, chef de service responsable du secteur de Juvisy », avis n° 20071208 ; CADA 9 oct. 2008, « Directeur du centre hospitalier spécialisé de l'Yonne », avis n°20083853

II L'inégal respect de l'autonomie des majeurs protégés non représentés en matière de consentement à l'acte médical

281. Tout comme chez les mineurs, le respect de l'autonomie des majeurs protégés, mais non représentés est très inégal. Leur consentement doit être recherché avant la mise en œuvre d'un acte médical, conformément aux règles de l'article 459 du Code civil (A). Cependant, l'effet de celui-ci est limité (B). En effet, sa possibilité de refuser les soins va être fortement restreinte.

A) Le consentement recherché du majeur protégé non représenté à l'acte médical

282. L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique organise le consentement à l'acte médical. Ce texte prend uniquement en compte le cas des majeurs sous tutelle⁵⁶⁶ de façon implicite et n'instaure pas de règles spécifiques pour les majeurs protégés non représentés⁵⁶⁷. En l'absence de mentions les concernant, il serait possible de conclure à l'application du Code civil ; or, il existe l'article 42 du Code de déontologie médicale qui traite du recueil du consentement des majeurs protégés⁵⁶⁸. Celui-ci dispose que le médecin appelé à donner des soins à une personne sous protection doit s'efforcer de prévenir son « représentant légal ». Doit-on pour autant en conclure que le consentement à l'acte médical émis par le seul majeur protégé est insuffisant et qu'il faut le consentement de la personne chargée de sa protection afin de le mettre en œuvre ? De prime abord, la réponse à cette question semble positive dans la mesure où l'article vise d'une manière générale « les majeurs protégés », ils semblent tous concernés même s'ils ne font pas l'objet d'une mesure de représentation. Cependant il est ensuite précisé dans cette disposition que le médecin doit obtenir le consentement du « représentant légal ». Or, les majeurs sous sauvegarde de justice, sous curatelle ou sous mandat de protection future n'ont pas de « représentant légal ». Le majeur sous sauvegarde de justice agit seul

⁵⁶⁶ V. § 296 et s.

⁵⁶⁷ VIGNAL N., « Droits individuels du patient : Droit au consentement », Lamy droit de la santé, étude 319, 2002

⁵⁶⁸ Art. R. 4127-42 CSP

sans assistance ni représentation ; la personne sous curatelle peut bénéficier d'une assistance, ce qui diffère de la représentation ; et le mandataire s'est vu confier un simple rôle de témoin de la volonté du majeur.

283. Cette règle n'étant applicable qu'aux majeurs protégés disposant d'un représentant légal, les majeurs protégés non représentés se verront appliquer les règles issues du Code civil. Conformément à l'article 459, la personne protégée non représentée exercera seule les décisions relatives à sa personne et *a fortiori* les décisions médicales la concernant. Ceci semble conforme avec le principe fixé à l'article 16-3 selon lequel il ne peut être porté atteinte à l'intégrité de la personne qu'en cas de nécessité médicale, le consentement de l'intéressé étant alors requis. Principe traduit à l'article L. 1111-4 qui dispose que « toute personne prend, avec le professionnel de santé [...] les décisions concernant sa santé ». La loi accorde ici une grande place à l'autonomie du majeur en lui permettant d'agir librement. Cependant, le législateur tient également compte du fait que le majeur protégé souffre d'une altération de ses facultés et qu'il ne sera pas toujours en mesure d'agir seul. Il organise alors la protection de son intégrité physique en indiquant que « lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée » le juge ou le conseil de famille pourra habilitier la personne chargée de sa protection à l'assister dans ce domaine⁵⁶⁹. L'acte pourra être passé en dépit de l'incapacité du majeur à agir seul, mais il est important de noter que même dans ce cas, son consentement demeure requis. Ce n'est que lorsque l'assistance s'avère insuffisante que le juge ouvrira une mesure de tutelle de façon à mettre en place la représentation du majeur.

Il convient de s'interroger quant à la signification de la capacité à prendre une « décision personnelle éclairée » en matière médicale. Il va s'agir de l'aptitude de la personne à prendre une décision de façon lucide. Afin d'établir son existence, le médecin doit évaluer les fonctions cognitives du majeur⁵⁷⁰. Il regarde notamment si la personne est capable de recevoir une information, de la comprendre et de réagir en conséquence⁵⁷¹.

⁵⁶⁹ Art. 459 Cc.

⁵⁷⁰ BEAUCHET O., « Comment apprécier la pertinence du consentement aux soins du majeur protégé », in 4e. Journée de Droit du Centre Hospitalier d'Angers : « Médecine et vulnérabilité : la relation de soin », *Médecine et droit*, 2011 p.244

⁵⁷¹ JONAS C., « Protection des majeurs vulnérables. Information et consentement du majeur protégé », in 4e. Journée de Droit du Centre Hospitalier d'Angers : « Médecine et vulnérabilité : la relation de soin », *Médecine et droit*, 2011 p.244

Dans la pratique, il le fera lors d'une discussion avec ce dernier, et utilisera parfois des tests pour s'assurer de cette capacité⁵⁷². Un médecin indique ainsi qu'il est possible de « faire un MMS,⁵⁷³ mais bien souvent on se base sur la manière dont se déroule l'examen et sur ce que la personne nous explique (si elle explique bien ses symptômes ou pas). Souvent c'est l'aidant qui nous décrit les choses ». De même, le professionnel de santé va étudier « son orientation dans le temps et l'espace ; la cohérence de ses propos et du discours ; son vocabulaire et sa capacité à comprendre ce qu'on lui dit ». Si le majeur semble doté de cette faculté, alors il pourra consentir seul à l'acte médical. L'article L. 1111-4 constitue un bel exemple de l'équilibre qui peut être atteint entre protection de l'intégrité physique et de l'autonomie de la personne. Toutefois, la capacité du majeur à consentir n'est pas totale et le législateur est venu y instaurer certaines limites.

B) Le refus de soins limité du majeur non protégé représenté à l'acte médical

284. Bien que cherchant à préserver l'autonomie du majeur protégé non représenté, le législateur n'oublie pas que celui-ci est vulnérable et que ses facultés sont atteintes. Pour cette raison, des règles ont été introduites afin de préserver le majeur contre une décision qui pourrait s'avérer néfaste pour lui. Deux fondements justifient l'intervention du médecin en cas de refus de soins exprimé par le majeur protégé. Il sera tout d'abord possible pour le médecin d'intervenir sur la base des conditions posées dans les arrêts Senanayaké et Feuillatey. Ces affaires ont donné naissance à une jurisprudence dans laquelle il est reconnu pour le médecin le droit de surmonter le refus de soins s'il présente un « péril vital » (1). Un fondement spécifique aux majeurs protégés justifie également de l'intervention du médecin. Il s'agit de l'article 459 alinéa 4 du Code civil (2).

⁵⁷² V. § 639 et Annexes 1 à 4

⁵⁷³ Mini-Mental State Examination ; V. § 639 et Annexe 4

1) Le refus de soins du majeur protégé non représenté limité par les règles jurisprudentielles du « péril vital »

285. En principe, « toute personne prend, avec le professionnel de santé [...] les décisions concernant sa santé », « toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement » et « aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne »⁵⁷⁴. Ainsi, corrélativement au droit de consentir à un acte médical, le patient dispose aussi du droit de le refuser. Dans ce dernier cas, le médecin l’informe des conséquences de ses choix en faisant si besoin appel à un confrère. Si cette décision met la vie de la personne en danger, le patient devra la réitérer après un délai raisonnable de réflexion. La loi accorde ainsi un poids important à la volonté de la personne. Cette règle concerne tous les patients et s’applique également aux majeurs protégés non représentés. Or, en France, les juges refusent de conférer une « toute-puissance » à la volonté humaine⁵⁷⁵. Conformément à cette position, ils ont développé un régime permettant au médecin d’agir à l’encontre de la volonté du patient, sans que ce soit pour autant considéré comme une faute. Les critères de l’intervention du médecin sur ce fondement ont été posés dans les arrêts Senanayaké⁵⁷⁶ et Feuillatey⁵⁷⁷. Dans ces derniers, un patient témoin de Jéhovah, a fait savoir à plusieurs reprises par écrit puis verbalement devant témoins, qu’il refusait toute transfusion sanguine, et ce quelles que soient les circonstances. Les médecins estimant que le pronostic vital du patient était fortement engagé ont pratiqué la transfusion malgré ce refus. Le Conseil d’État juge que ne commettent pas de faute les médecins qui, compte tenu de la situation extrême dans laquelle leur patient se trouve, accomplissent « dans le seul but de tenter de le sauver [...] un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état ».

⁵⁷⁴ Art. L. 1111-4 CSP

⁵⁷⁵ ROMAN D., « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *RDSS.*, 2005 p.423

⁵⁷⁶ CE 26 oct. 2001 « Senanayaké », n°198546, *AJDA.* 2002. 259, note Deguergue ; *RGDM.* 2003 n°8 p. 111, obs. Pain-Masbrenier ; *RFDA.* 2002. 146, concl. Chauvaux ; *RTD. Civ.* 2002. 484, obs. Hauser ; *RDSS.* 2002. 41, note Dubouis ; *JCP. G.* 2002 II p. 10025, note Moreau ; *LPA.* 15 janv. 2002, n°11, p. 18, note Clément (C)

⁵⁷⁷ CE 16 août 2002, « Feuillatey », n°249552, *JurisData* n° 2002-064221, *JCP.* 2002. II. 10 184, note Mistretta ; *Dr. adm.* 2002. 188, note Aubin ; *Gaz. Pal.* 15-17 sept. 2002, n°351, p.19, note Lachaud ; *LPA.* 26 mars 2003, n°61. p.4, note Clément (C)

286. Ces critères s'appliquent également si le patient est un majeur protégé. Le médecin pourra alors accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état afin de le sauver d'un « péril immédiat ». Ces décisions jurisprudentielles démontrent que la protection de l'intégrité physique de la personne est privilégiée au détriment de son autonomie⁵⁷⁸. Ce qui compte en réalité est que la personne puisse manifester sa volonté, peu importe ensuite qu'on la respecte, ou que l'on passe outre⁵⁷⁹. Ceci illustre l'utilisation en France d'une conception plutôt « universelle »⁵⁸⁰ de l'autonomie dans laquelle un individu véritablement « autonome » ne peut vouloir adopter un comportement qui ne serait pas « universellement » admis, tel que le refus d'un soin vital.

287. Dans cette thèse, il a été souligné⁵⁸¹ que la conception de l'autonomie retenue était celle du philosophe Paul Ricœur, qui correspond à la faculté pour la personne d'arbitrer entre plusieurs possibilités afin de choisir celle qui paraît raisonnable en fonction de qui elle est, mais également de la réalité. Or, tous les majeurs protégés ne sont pas capables de faire preuve d'autonomie. Le fait de refuser un soin vital peut être une preuve de l'incapacité pour la personne de faire un choix autonome. La possibilité de surmonter le refus émis par un majeur protégé semble alors sage. Il faudra vérifier si cette position est raisonnée en opérant une appréciation *in concreto*⁵⁸² avant de ne pas respecter son refus de soins. Dans la pratique, il semble que les médecins respectent majoritairement le refus exprimé par le patient.

288. L'intervention du médecin sur le fondement du péril vital reste cependant limitée. Lorsque la vie du patient n'est pas directement menacée par son refus, le médecin ne pourra pas agir. Or, le fait de ne pas mettre l'acte en œuvre pourrait entraîner

⁵⁷⁸ PENNEAU J., « Imposer des soins à un malade est une atteinte à une liberté fondamentale sauf si sa vie est en danger », *D.* 2004 p.602

⁵⁷⁹ HAUSER J., « Liberté religieuse et consentement aux soins », *RTD. Civ.*, 2002 p.84

⁵⁸⁰ V. § 9 ; HEERS M., concl. sur CAA Paris, 9 juin 1998, RFDA. 1998 p. 1231 : « la représentation française de l'autonomie a un sens beaucoup plus étroit [que l'anglo-saxonne], inspirée du droit romain mais aussi de Rousseau et de Kant : c'est la capacité de poser et de respecter des devoirs universels, des lois, envers les autres et envers soi-même comme membre de l'humanité. Un être autonome ne peut vouloir un comportement qui n'est pas universalisable. Dans cette conception [...] celui qui refuse un soin vital, n'est pas autonome, ce qui justifie l'intervention de l'État ou du médecin » • et contre cette position : HENNETTE-VAUCHEZ S., « Kant contre Jéhovah ? », *D.* 2004 p.3154

⁵⁸¹ V. § 9

⁵⁸² V. § 626 et s.

une dégradation de l'état de santé du patient, ce qui semble inacceptable si la décision n'est pas prise en pleine connaissance de cause. Il existe un autre fondement spécifique au cas des majeurs protégés permettant au médecin d'intervenir.

- 2) Le refus de soins du majeur protégé non représenté limité par les règles de l'article 459 alinéa 4 du Code civil

289. Le médecin peut surmonter le refus de soins sur le fondement de l'article 459 alinéa 4. Cet article, applicable uniquement si le patient est un majeur protégé, dispose que « la personne chargée de la protection du majeur peut prendre à l'égard de celui-ci les mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger que son propre comportement ferait courir à l'intéressé », il est donc envisageable qu'elle consente à la mise en œuvre de l'acte médical si le majeur le refuse.

290. Cette possibilité d'action est cependant fortement encadrée. Elle ne s'applique que si le majeur n'est pas en mesure de prendre seul une décision personnelle éclairée⁵⁸³. Ainsi, seuls les majeurs assistés⁵⁸⁴ dans la prise de décision pourront voir leur autonomie restreinte en cas de danger. S'ils décident de refuser les soins, la personne chargée de leur assistance pour consentir à l'acte, si le comportement du majeur, en l'occurrence son refus de soins, lui fait courir un danger. Le législateur s'est abstenu de définir la notion de danger, pas plus qu'il n'en donne d'exemples. Il n'est pas indiqué s'il doit porter sur l'intégrité physique ou morale de la personne, ou s'il peut concerner « l'intimité de la vie privée ». Il n'est pas non plus précisé s'il doit faire l'objet d'une certaine gravité pour être retenu. Il a été vu que le médecin pouvait intervenir pour surmonter un refus de soins présentant un risque vital pour le patient⁵⁸⁵. La situation de « danger » est-elle assimilable à celle de « péril vital » développée par la jurisprudence ? Le législateur a souhaité laisser une grande marge d'appréciation de cette notion⁵⁸⁶. Il

⁵⁸³ VERHEYDE T., « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », *D.*, 2009 p. 1397

⁵⁸⁴ Cette possibilité s'applique également aux majeurs représentés, mais le cas de ces derniers sera traité dans la section suivante.

⁵⁸⁵ V. § 285 et s.

⁵⁸⁶ RAOUL-CORMEIL G., « La responsabilité du mandataire judiciaire à la protection des majeurs et la sécurité du majeur protégé », *D.* 2013 p.1320 : pour qui le devoir de vigilance ne saurait être déterminé avec précision.

est cependant possible de considérer que la notion de danger, bien que nécessitant un certain degré de gravité⁵⁸⁷, est plus large que celle de péril vital. Certaines décisions, telles qu'un refus de traitement, pourraient entraîner non pas un risque pour la vie du majeur, mais une aggravation importante de son état. Le médecin ne pouvant intervenir sur le fondement de l'article L. 1111-4, il semble important de permettre à la personne en charge de la protection du majeur d'intervenir pour la protéger d'elle-même.

291. La nature exacte de cette intervention est sujette à débats⁵⁸⁸. Le fait de consentir à la place d'un majeur protégé afin d'autoriser un acte qu'il a refusé est-il une mesure de protection strictement nécessaire ? La personne chargée de la protection du majeur doit informer sans délai le juge ou le conseil de famille de son intervention.

Dans la pratique, les médecins ont plutôt tendance à argumenter avec le patient pour le faire changer d'avis, et s'il persiste dans son refus, à le respecter

⁵⁸⁷ La moindre décision portant sur le corps humain peut s'avérer « dangereuse » et il ne semble pas satisfaisant de permettre d'aller facilement à l'encontre de la volonté du majeur pour ce seul motif.

⁵⁸⁸ LEROYER A.-M., « Majeurs — protection juridique : Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RTD. Civ.*, 2007 p.394

Conclusion de la première section

292. Comme pour les mineurs, le respect de l'autonomie des majeurs protégés ne faisant pas l'objet d'une mesure de représentation est très inégal pour les actes non spécifiquement réglementés. Ils vont être dotés d'une grande autonomie en matière de délivrance de l'information relative à l'acte médical. Conformément à l'article 459 du Code civil, ils ne seront assistés ou représentés dans la délivrance de l'information que s'ils ne sont pas en mesure de prendre une décision personnelle éclairée. De plus, l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique leur permet d'accéder seuls aux informations contenues dans leur dossier médical conformément aux règles de l'article 459.

293. Leur consentement doit être systématiquement recherché pour la mise en œuvre d'un acte médical et la personne chargée de leur protection n'interviendra dans ce domaine que conformément aux règles de l'article 459. En revanche son refus pourra être surmonté lorsqu'il représente pour sa personne un péril vital ou une situation de danger. Le caractère vague de ces deux termes permet de facilement remettre en cause la décision du majeur de refuser les soins. Son autonomie est donc en réalité limitée. Cette restriction de l'autonomie est encore plus flagrante chez les majeurs représentés **(Seconde section)**.

Seconde section : L'inégal respect de l'autonomie des majeurs protégés représentés en matière de consentement à l'acte médical

294. Il existe plusieurs catégories de protection juridique dans lesquelles le majeur fait l'objet d'une mesure de représentation : la tutelle, l'habilitation familiale et le mandat de protection future dans lequel le mandataire s'est vu octroyer les pouvoirs du tuteur. Bien que les majeurs concernés par ces régimes fassent tous l'objet d'une mesure de représentation, des différences significatives subsistent en matière de consentement à un acte médical entre les majeurs sous tutelle (I) et les autres majeurs représentés (II). Les majeurs sous tutelle sont explicitement mentionnés au sein du Code de la santé publique. La majeure partie de leurs droits médicaux sera exercée par leur tuteur, leur autonomie s'en trouve ainsi fortement restreinte. Les autres majeurs représentés ne sont pas expressément visés dans le Code de la santé publique. Leur autonomie médicale est alors plus incertaine. Certaines règles applicables aux majeurs sous tutelle leur seront applicables et leurs droits seront souvent exercés par la personne chargée de leur protection. Cependant, ils ne seront pas toujours aussi bien protégés que les majeurs sous tutelle dans la mesure où les règles permettant de surmonter le refus de soins du tuteur ne seront pas toujours applicables.

I L'autonomie limitée des majeurs sous tutelle

295. L'article 459-1 du Code civil permet d'articuler les dispositions issues de ce dernier avec celles du Code de la santé publique à condition de ne pas déroger aux règles prévoyant l'intervention d'un représentant légal. Or, bien souvent, le cas du majeur sous tutelle a été expressément envisagé par le Code de la santé publique en matière de consentement à un acte médical. Dans ces situations, il conviendra d'appliquer les règles prévues par ce dernier. Le Code civil pouvant venir les compléter. Cet état de fait va fortement limiter l'autonomie du majeur sous tutelle. En effet, la place du tuteur demeure prépondérante que ce soit en terme de délivrance de l'information (**A**) ou de recueil du consentement (**B**).

A) L'autonomie inégale des majeurs sous tutelle en matière d'information médicale

Les droits des majeurs sous tutelle dans le domaine de l'information médicale sont très inégaux. Leur autonomie est restreinte en ce qui concerne la délivrance des informations préalablement à la mise en œuvre d'un acte médical (**1**). En effet, le tuteur sera systématiquement informé, le majeur ayant cependant le droit de recevoir une information adaptée à ses facultés de discernement. En revanche, leur autonomie est considérable pour ce qui est de l'accès à leur dossier médical (**2**), dans la mesure où ils exerceront eux-mêmes ce droit conformément aux règles de l'article 459 du Code civil.

1) L'autonomie restreinte des majeurs sous tutelle dans la délivrance de l'information médicale

296. Dans le domaine de la délivrance de l'information médicale, le majeur sous tutelle voit son autonomie considérablement limitée. En effet, son cas est explicitement prévu par l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique. Celui-ci dispose que les

droits du majeur sont exercés par le tuteur⁵⁸⁹. Le tuteur est donc systématiquement associé à la délivrance de l'information, ce qui semble justifié à plusieurs égards. D'une part, celui-ci devant consentir à l'acte, il ne pourrait pas le faire de façon éclairée sans avoir reçu une information au préalable. D'autre part, l'article 457-1 du Code civil confère à la personne protégée le droit de recevoir de la part de la personne chargée de sa protection « toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part »⁵⁹⁰. Or, pour pouvoir les délivrer, faut-il encore que le tuteur ait été lui-même informé. Le fait de recevoir une information en matière médicale lui permettra d'exercer à son tour son obligation à l'égard de la personne. Obligation ne déchargeant pas le médecin de son propre devoir d'information à l'égard du majeur protégé.

297. La place du majeur sous tutelle en matière de délivrance de l'information est restreinte. L'article L. 1111-2 prévoit que même si ses droits sont exercés par le tuteur, le majeur doit recevoir une information adaptée à ses facultés de discernement. Il est alors nécessaire pour le médecin d'évaluer sa capacité de discernement⁵⁹¹ afin de lui fournir une information claire et compréhensible. Le discernement n'est pas défini par le Code de la santé publique ou par le Code civil. Il a pu être décrit comme étant « l'aptitude à distinguer le bien du mal »⁵⁹², ou la « faculté d'apprécier sainement les choses »⁵⁹³. Le Code pénal fait mention du discernement à l'article 122-1 relatif à l'irresponsabilité pénale pour trouble mental et il est possible de trouver dans la jurisprudence portant dans ce domaine quelques éléments pris en compte dans l'évaluation de cette faculté⁵⁹⁴. La notion de libre arbitre et d'aptitude à comprendre et à apprécier la portée de son acte⁵⁹⁵ est souvent présente⁵⁹⁶ dans ces sources.

En matière médicale, cette faculté correspond à la capacité de la personne à écouter, à

⁵⁸⁹ OUASSIN L., de BROCA A., « Quelle autonomie pour le majeur sous tutelle dans le domaine médical, et plus particulièrement en situation de fin de vie », *Éthique et santé*, 2016, n°13 p.127

⁵⁹⁰ Art. 457-1 Cc.

⁵⁹¹ V. § 528 et s. et § 628 et s.

⁵⁹² « Discernement », à propos de la responsabilité pénale du mineur : G. CORNU, (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 8e éd., PUF, « Quadrige », 2007

⁵⁹³ Dictionnaire de français Larousse éd. 2015

⁵⁹⁴ FRESNEL F., « Éloge de la folie par le droit ou comment le droit apprécie-t-il l'altération des facultés mentales », *Gaz. Pal.*, 3 août 2000 p. 1348

⁵⁹⁵ MAYAUD Y., « Les malades mentaux entre non-imputabilité et imputation », *AJ Pén.*, 2004 p. 303

⁵⁹⁶ Pour une illustration, voir par ex. : Crim. 27 mars 1924 : *Bull. crim. n° 141* : l'article n'a pas à recevoir son application, s'il n'est pas établi que l'accusé n'avait pas, au moment de l'action, conscience de ses actes

comprendre et à analyser l'information qui lui est délivrée⁵⁹⁷. Cela revient à évaluer sa capacité à avoir un raisonnement cohérent⁵⁹⁸. Le médecin doit adapter son discours en fonction du discernement du majeur de façon à ce qu'il lui soit compréhensible. Le médecin ne peut plus non plus lui dissimuler des informations « graves » dans son intérêt⁵⁹⁹. Les informations sont délivrées au cours d'un entretien individuel si l'état du majeur le permet⁶⁰⁰.

298. L'association automatique du tuteur à la délivrance de l'information n'est pas dénuée de critiques. Cette pratique semble peu conforme à l'esprit animant la loi du 5 mars 2007. Ici, les droits du majeur sous tutelle seront obligatoirement exercés par un tiers. Cette disposition porte atteinte à l'autonomie du majeur qui est alors privé de la possibilité d'agir seul, quand bien même il serait en mesure de le faire. De plus, le droit de conserver le secret sur son état de santé posé à l'article L.1110-4 du Code de la santé publique se trouve fortement atteint. Le tuteur est informé de l'état de santé du majeur sans que celui-ci ait la possibilité de s'y opposer. Cette disposition paraît d'autant plus dérangeante dans le cas où le tuteur ne fait pas partie des proches de la personne. Le droit de conserver le secret sur son état de santé est moins bien respecté chez les majeurs sous tutelle que chez les mineurs. Ceux-ci ont en effet la possibilité de s'opposer à la consultation des titulaires de l'autorité parentale⁶⁰¹ et le médecin pourra se passer de leur consentement si l'acte s'impose pour sauvegarder la santé du mineur. Il est alors précisé que cette demande constitue une exception à la délivrance de l'information aux titulaires de l'autorité parentale⁶⁰². Les majeurs sous tutelle ne se voient pas conférer cette possibilité et ils ne pourront jamais s'opposer à la délivrance d'une information médicale à leur tuteur.

⁵⁹⁷ JONAS C., « Protection des majeurs vulnérables. Information et consentement du majeur protégé », in 4e. Journée de Droit du Centre Hospitalier d'Angers : « Médecine et vulnérabilité : la relation de soin », *Médecine et droit*, 2011 p.244

⁵⁹⁸ BEAUCHET O., « Comment apprécier la pertinence du consentement aux soins du majeur protégé », in 4e. Journée de Droit du Centre Hospitalier d'Angers : « Médecine et vulnérabilité : la relation de soin », *Médecine et droit*, 2011 p.244

⁵⁹⁹ V. § 276

⁶⁰⁰ Haute Autorité de Santé, recommandation de bonnes pratiques relatives à la délivrance de l'information à la personne sur son état de santé, mai 2012

⁶⁰¹ Art. L.1111-5 CSP. ; V. § 188 et s.

⁶⁰² Art. L. 1111-2 CSP.

299. Il semble que les règles soient appelées à évoluer sur ce point. La Haute Autorité de Santé est en effet venue prendre en considération la situation spécifique des majeurs protégés. Alors que pendant longtemps elle ne se préoccupait pas particulièrement de la manière dont l'information était délivrée aux majeurs protégés⁶⁰³, elle a en 2012⁶⁰⁴, donné des indications spécifiques les concernant qui « tiennent compte des modifications introduites par la loi du 5 mars 2007 »⁶⁰⁵. Cela démontre sa volonté de conférer une plus grande autonomie au majeur protégé en tenant compte des avancées du Code civil. Elle énonce que « le majeur protégé reçoit lui-même l'information sur son état de santé au même titre que toute autre personne » et ce n'est qu'à titre subsidiaire que « le juge des tutelles peut prévoir que le tuteur [...] reçoit l'information en présence du majeur protégé »⁶⁰⁶. La Haute Autorité de Santé procède ici à l'adaptation des règles de l'article 459 dans le domaine médical. La différence avec le régime présenté dans le Code de la santé publique est de taille, puisqu'ici, le majeur sous tutelle exerce lui-même son droit à l'information. Il n'est plus privé de sa capacité d'exercice dans ce domaine.

300. Les recommandations de la Haute Autorité de Santé viennent contredirent la loi applicable. Il convient alors de s'interroger afin de savoir quelles règles doivent être appliquées. Les médecins sont supposés exercer leurs métiers conformément aux données acquises de la science⁶⁰⁷; or, la Haute Autorité de Santé, en élaborant des recommandations de bonnes pratiques, contribue à l'exercice de la médecine conformément aux données acquises de la science⁶⁰⁸. Ainsi, en principe, ces directives s'imposent au médecin « dans la mesure où aller à leur rencontre équivaudrait à contrevenir à son obligation déontologique »⁶⁰⁹. Le médecin est donc censé se conformer à ces directives, mais doit-il les respecter y compris lorsqu'elles vont à

⁶⁰³ Haute Autorité de Santé, Information des patients : recommandations destinées aux médecins, mars 2000

⁶⁰⁴ Haute Autorité de Santé, Recommandation de bonnes pratiques relatives à la délivrance de l'information à la personne sur son état de santé, mai 2012

⁶⁰⁵ *Ibid.* p.10

⁶⁰⁶ *Ibid.* p.11

⁶⁰⁷ Art. L. 1110-5 CSP. Et R. 4127-32 CSP.

⁶⁰⁸ CE 12 janv. 2005, « Kerkerian », n° 256001, JurisData n° 2005-067867, *AJDA*. 2005. 1008, note Markus : les données acquises de la science « résultent notamment des recommandations de bonnes pratiques ».

⁶⁰⁹ SAVONITTO F., « Les recommandations de bonne pratique de la Haute autorité de santé », *RFDA*., 2012 p.477

l'encontre de la loi ? Pour le savoir, il convient de déterminer la valeur juridique des directives⁶¹⁰.

À l'heure actuelle, la question du statut juridique de ces recommandations « est une question en chantier, en pleine construction »⁶¹¹. Elles sont considérées comme étant des décisions « faisant grief »⁶¹² et sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Elles sont dotées d'une valeur réglementaire et sont souvent associées aux circulaires administratives⁶¹³. La chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins reconnaît elle-même que « si les recommandations de bonnes pratiques doivent être prises en compte dans la détermination des soins à apporter, elles ne s'imposent pas de façon contraignante »⁶¹⁴. Les recommandations de la Haute Autorité de Santé n'ayant qu'une valeur réglementaire, elles sont subordonnées à la loi et doivent la respecter. Ainsi, en cas de contradiction entre une recommandation et la loi, il conviendra d'appliquer la loi, la recommandation pouvant faire l'objet d'un contrôle de légalité. Donc, dans notre cas, le médecin est censé appliquer la loi, même si les modifications apportées par la recommandation apparaissent comme plus cohérentes avec le régime général de protection des personnes protégées. L'article L. 1111-2 mentionne de façon très claire que les droits du majeur sous tutelle en matière d'information médicale sont exercés par le tuteur et conformément à l'article 459-1, et il faut appliquer cette règle spécifique. Dans la pratique, cette règle n'est pas évidente à respecter, les professionnels ont des difficultés à identifier la personne chargée de la protection du majeur, et lorsqu'ils la connaissent, un médecin explique que « le patient ne vient que rarement avec son tuteur ou curateur en consultation ; on informe le patient et celui qui l'accompagne (aide des centres...) ou le patient seul quand il peut comprendre ».

301. Il apparaît donc urgent de modifier l'article L. 1111-2 conformément aux préconisations figurant dans la recommandation de la Haute Autorité de Santé. Le

⁶¹⁰ KRZISCH D., « Force normative et efficacité des recommandations de bonne pratique en matière médicale », *RDSS.*, 2014 p. 1087

⁶¹¹ MASCRET C., « Émission des avis et recommandations par la HAS », *RGDM.* 2009, n°30 p.48

⁶¹² CE 27 avril 2011 « Association FORMINDEP », n° 334396, *AJDA.* 2011. 1326, concl. Landais ; *RDSS.* 2011. 483, note Peigné ; *JCP. Adm.* 2011.2244, note Villeneuve ; *Gaz. Pal.* 4 juin 2011. 21, note Menuel ; *Médecine et Droit* janv.-fév. 2012, n°112, p. 103, note Duguet

⁶¹³ CRISTOL D., « Le possible contrôle, par le juge de l'excès de pouvoir, des recommandations de bonne pratique », *RDSS.*, 2006 p.5

⁶¹⁴ CDNOM 27 oct. 2015, « Dr. Josée M. », n° 12319, décision disponible sur le site du Conseil national de l'ordre des médecins.

médecin pourra ainsi se conformer à ces directives et le régime sera plus respectueux de l'autonomie des majeurs sous tutelle. Dans l'attente de cette réforme, le tuteur demeure un interlocuteur-clé des médecins en matière de délivrance de l'information en matière médicale. Il va également bénéficier de certains droits en matière d'accès au dossier médical.

2) La grande autonomie des majeurs sous tutelle pour l'accès au dossier médical

302. Les majeurs sous tutelle vont bénéficier d'une autonomie plus importante pour accéder à l'information contenue dans leur dossier médical. En effet, l'article L.1111-7 du Code de la santé publique dispose que « lorsque la personne majeure fait l'objet d'une mesure de protection juridique, la personne en charge de l'exercice de la mesure, lorsqu'elle est habilitée à représenter ou à assister l'intéressé dans les conditions prévues à l'article 459 du Code civil, a accès à ces informations dans les mêmes conditions ». Le législateur vient ici appliquer les règles du Code civil en matière d'accès au dossier médical. Ainsi, si le majeur sous tutelle est capable de prendre une décision personnelle éclairée, il pourra accéder seul aux informations contenues dans son dossier. Le tuteur ne disposera de ce droit que s'il en a été habilité par le juge, lorsque le majeur a besoin d'être assisté ou représenté dans l'exercice de ce droit.

303. L'application des règles de l'article 459 dans ce domaine rend d'autant plus incompréhensible le fait de s'abstenir de faire de même pour la délivrance de l'information préalable à l'acte médical. Le régime applicable apparaît comme dénué de cohérence puisqu'ici le majeur sous tutelle pourra accéder lui-même à son dossier et exercer seul ses droits alors qu'il ne peut le faire pour les informations délivrées avant l'acte de soins. Le secret médical est également mieux préservé puisque le tuteur n'accédera que de façon subsidiaire aux informations présentes dans le dossier s'il a été

habilité à assister ou à représenter le majeur⁶¹⁵. L'article R. 1111-1 du Code de la santé publique confirme cette obligation d'habilitation du tuteur.

304. La question s'est posée de savoir si cet article permettait à un « tuteur aux biens » d'accéder au dossier médical du majeur sous tutelle. La CADA a répondu négativement à cette question en précisant que « les dispositions introduites à l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique [...] en tant qu'elles renvoient à l'article 459 du Code civil visent le tuteur à la personne à l'exclusion du "seul" tuteur aux biens »⁶¹⁶. En raison de ces dispositions, les anciennes décisions de la CADA⁶¹⁷ considérant que les droits du majeur sous tutelle concernant l'accès à son dossier étaient exercés par le tuteur doivent être considérées comme caduques, car contraires au nouveau régime de l'article L. 1111-7. Le majeur sous tutelle dispose donc d'une autonomie inégale dans le domaine de l'information médicale. Cette autonomie ne se retrouve en revanche pas en matière de consentement à l'acte médical.

B) L'autonomie limitée des majeurs sous tutelle en matière de consentement à l'acte médical

305. Dans le domaine du consentement à l'acte médical, l'autonomie du majeur sous tutelle n'est plus inégale, mais est fortement limitée. Le tuteur joue un rôle prépondérant dans ce domaine (1) puisque son consentement est un préalable nécessaire à la mise en œuvre de l'acte médical. Le consentement du majeur étant simplement recherché. Le tuteur n'est cependant pas tout puissant, et l'exercice de ce droit sera encadré afin de protéger l'intégrité physique du majeur (2).

⁶¹⁵ MORLET-HAIDARA L., « L'impact de la loi santé sur les usagers du système de santé », *RDSS*, 2016 p.658

⁶¹⁶ CADA, 12 janv. 2017, « Centre hospitalier de Niort », conseil n° 20165439

⁶¹⁷ V. : CADA, 5 déc. 2002, « Directeur du centre hospitalier Auban-Moët d'Épernay », conseil n°20024756 : le tuteur peut accéder au dossier médical « sans qu'il soit nécessaire d'exiger l'accord préalable du majeur concerné » • CADA, 11 sept. 2003, « Directeur EPS Maison-Blanche », conseil n° 20033517 : « une demande d'accès au dossier médical d'un majeur sous tutelle doit obligatoirement être formulée par le tuteur du majeur protégé » • CADA, 20 oct. 2005, « Directeur du centre hospitalier Montperrin » : avis n° 20054183 : « L'intéressé faisant l'objet d'une mesure de tutelle, la commission estime que ces documents administratifs et médicaux ne sont communicables de plein droit [...] qu'au tuteur de l'intéressé »

1) La place prépondérante du tuteur en matière de consentement à l'acte médical

306. De façon surprenante, il n'existe aucune règle spécifique à l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique prévoyant explicitement le consentement du majeur sous tutelle ou celui de son tuteur⁶¹⁸. L'article se contente d'énoncer que « le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision ». L'étude des articles du Code de la santé publique ainsi que de la doctrine conduit à conclure que le recueil du consentement du tuteur à l'acte médical est nécessaire (**a**) et que l'avis du majeur sous tutelle n'est que simplement recherché (**b**).

a. Le nécessaire recueil du consentement du tuteur

307. En l'absence de mention expresse du tuteur au sein de l'article L. 1111-4, plusieurs auteurs⁶¹⁹ se sont interrogés quant à la nécessité d'obtenir ou non le consentement du tuteur préalablement à la mise en œuvre d'un acte médical. Pour certains auteurs⁶²⁰, l'absence d'affirmation du caractère nécessaire du consentement du tuteur conduit à reconnaître implicitement l'autonomie du majeur sous tutelle dans ce domaine lorsqu'il est apte à manifester sa volonté (**a**). Pour d'autres auteurs⁶²¹, plusieurs indices permettent de conclure à la nécessité de recueillir le consentement du tuteur préalablement à la mise en œuvre d'un acte médical (**β**).

⁶¹⁸ VERHEYDE T., « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », *D.*, 2009 p. 1397

⁶¹⁹ SAUVAGE F., « Le consentement à l'acte médical du patient sous protection juridique », *Médecine et Droit* 2011 p. 235

⁶²⁰ V. par ex. : LELIEVRE N., « Faut-il attendre l'accord du tuteur pour faire les soins à une personne placée sous tutelle », *Douleurs*, 2008, n°9 p.86 ; BATTEUR A., « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », *Dr.fam.*, fév. 2011, n°2, dossier 5, §23

⁶²¹ MASSIP J., « Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle », *Dr.fam.*, juill. 2010, n°7, étude 18

α. Les arguments contre l'obligation de recueillir le
consentement du tuteur

308. Pour certains auteurs, la rédaction de l'article L. 1111-4 devrait conduire à conclure que le consentement du tuteur n'est pas systématiquement requis préalablement à la mise en œuvre d'un acte médical. Plusieurs arguments peuvent être avancés pour étayer cette thèse.

309. Le législateur se donne la peine dans certains cas de prévoir explicitement l'intervention du tuteur préalablement à la mise en œuvre d'un acte médical⁶²², c'est le cas des recherches biomédicales⁶²³. S'il avait souhaité le recueil systématique du consentement du tuteur ne l'aurait-il pas explicitement prévu ? S'il s'est abstenu de le faire, n'est-ce pas au contraire pour affirmer que celui-ci n'est pas obligatoire, et que le majeur sous tutelle est apte à délivrer un consentement efficace, lorsqu'il est en état d'exprimer sa volonté ? Cette solution serait la seule à être conforme à l'esprit d'autonomisation qui anime le droit des majeurs protégés et à l'article 459⁶²⁴. Si en droit civil, on autorise le majeur, même sous tutelle, à agir seul sans être représenté en matière d'acte personnel « dans la mesure où son état le permet », pourquoi ne le ferait-on pas dans le domaine du consentement à l'acte médical ?

Une solution contraire viendrait priver de tout effet l'exigence de l'article L. 1111-4 qui impose de rechercher le consentement du majeur s'il est apte à exprimer sa volonté. Faire participer symboliquement le majeur à la prise de décision sans donner de poids à sa volonté n'est pas respectueux de son autonomie. D'autant qu'en fonction de l'interprétation qui est faite de la notion d'aptitude à exprimer sa volonté, le non-respect de la volonté du majeur est très discutable. Si cette expression se réfère à la possibilité d'émettre un consentement libre et éclairé et non pas uniquement au simple fait d'être conscient, alors il est difficile de voir au nom de quoi il serait possible de priver d'effet

⁶²² OUASSIN L., de BROCA A., « Quelle autonomie pour le majeur sous tutelle dans le domaine médical, et plus particulièrement en situation de fin de vie », *Éthique et santé*, 2016, n°13 p.127

⁶²³ Art. L.1122-2 CSP.

⁶²⁴ Voir par ex. : VERHEYDE T., « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », *D.*, 2009 p. 1397 ; ARHAB -GIRARDIN F., « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de la santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS*, 2009 p. 875 ; SAUVAGE F., « Le consentement à l'acte médical du patient sous protection juridique », *Médecine et Droit*, 2011 p. 235 ; MASSIP J., *op. cit.*

la volonté d'une personne apte à délivrer ce type de consentement. Cette conception de l'aptitude à exprimer sa volonté se retrouve en droit civil⁶²⁵. Il faut ici citer la référence faite par l'article 494-1 du Code civil à la personne « hors d'état de manifester sa volonté » pour l'une des causes prévues à l'article 425, dans le cadre du placement sous mesure d'habilitation familiale ; ou la référence faite au conjoint « hors d'état de manifester sa volonté » permettant la mise en place d'une mesure d'habilitation entre conjoints. Dans ces cas, la personne « hors d'état de manifester sa volonté » est la personne incapable de délivrer un consentement éclairé.

310. Il est également possible de soulever le fait que l'exigence du seul consentement du majeur est la seule procédure réellement applicable dans la pratique. Le tuteur, en particulier lorsqu'il est mandataire judiciaire à la protection des personnes, est en charge de nombreux dossiers et ne dispose que de peu de temps à consacrer à la personne du majeur. Il serait plus simple de pouvoir mettre en œuvre des soins sur le seul accord du majeur si celui-ci est apte à délivrer un consentement libre et éclairé. Dans la pratique, il est très difficile pour les professionnels de santé d'identifier et de joindre les représentants du majeur. À la question de savoir s'il est facile de joindre la personne chargée de la protection du patient majeur, des médecins témoignent : « il s'agit souvent d'organisme, mais pour connaître le tuteur ou curateur c'est compliqué » ; « ce sont souvent des organismes de tutelle sans relation avec le patient, il est difficile d'obtenir les consentements du tuteur, car ils ne sont pas présents » ; « le patient ne vient que rarement avec son tuteur ou curateur en consultation ».

D'un point de vue éthique, le fait d'associer systématiquement le tuteur à la décision est discutable, qui plus est lorsque celui-ci est un mandataire judiciaire à la protection des personnes et qu'il n'a que peu de liens affectifs avec le majeur protégé⁶²⁶. Cela peut conduire à des situations de conflits lorsque le tuteur, qui connaît mal la volonté du majeur protégé, consent à un acte que ce dernier souhaite refuser⁶²⁷. Un médecin

⁶²⁵ RAOUL-CORMEIL G., « Les personnes protégées et les dispositifs d'anticipation sur la fin de vie médicalisée », *Dr.fam.*, oct. 2016, n°10, dossier 35 ; PETERKA N., « Brèves réflexions autour de la "personne hors d'état de manifester sa volonté" au sens de l'article 494-1 du Code civil », *AJ Fam.*, 2016, p.237

⁶²⁶ MASSIP J., « Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle », *Dr.fam.*, juill. 2010, n°7, étude 18, §6

⁶²⁷ OUASSIN L., de BROCA A., « Quelle autonomie pour le majeur sous tutelle dans le domaine médical, et plus particulièrement en situation de fin de vie », *Éthique et santé*, 2016, n°13 p.127 : les auteurs citent ici comme illustration le cas clinique d'« Éric », placé sous tutelle en raison d'une altération de ses fonctions supérieures et de ses capacités mnésiques. Son pronostic vital est engagé à moyen terme et une

exprime l'idée qu'« avec l'accord du patient on prévient la personne chargée de la protection. Pour ce qui est du secret médical, c'est un peu flou dans ces situations ». En dépit de ces arguments, de nombreux autres indices permettent de conclure à la nécessité d'exiger le consentement du tuteur.

β. Les arguments en faveur de l'obligation de recueillir le consentement du tuteur

311. Malgré les multiples arguments pouvant être avancés pour conclure à l'autonomie du majeur sous tutelle en matière de délivrance d'un consentement à l'acte médical, il existe de nombreux éléments permettant de contrer cette position et de conclure à la nécessité de recueillir le consentement du tuteur préalablement à la réalisation d'un acte médical⁶²⁸. Un arrêt en date du 13 décembre 2017⁶²⁹ précise tout d'abord que « le droit fondamental de la personne au libre-choix de son établissement de santé, affirmé par [l'article L. 1110-8 du Code de la santé publique], inclut celui de changer d'établissement au cours de la prise en charge ; que, dans le cas d'un majeur représenté par son tuteur pour les actes relatifs à sa personne, ce droit est exercé par le tuteur ». Il est également indiqué que le transfert du patient dans un autre établissement de santé constitue un acte grave au sens de l'article 459 alinéa 3, acte pour lequel le tuteur ne peut agir que sur autorisation du juge ou du conseil de famille. Si le tuteur est compétent pour intervenir dans le domaine du choix de l'établissement de soins du majeur sous tutelle, il semble logique que sa compétence s'étende également au consentement à l'acte médical.

312. Il est également possible de se douter de la nécessité de recueillir le consentement du tuteur en raison du fait qu'il exerce déjà les droits du majeur en matière de délivrance de l'information⁶³⁰. Il paraît logique qu'il exerce également ses droits

intervention chirurgicale est programmée. Le patient refuse de la subir. Or, son tuteur qui ne l'a rencontré qu'à quelques reprises, est favorable à cette intervention et donne son consentement. Pour savoir si l'opération doit ou non être pratiquée, les auteurs soulignent qu'il serait judicieux de pouvoir se tourner vers le juge afin qu'il délivre l'autorisation de pratiquer l'acte.

⁶²⁸ *Ibid.*

⁶²⁹ Civ. 1ère, 13 déc. 2017, n°17-18.437, *D.* 2018 p. 333, note Péterka

⁶³⁰ V. § 300 et s.

relatifs au consentement. En effet, l'information médicale n'est pas une fin en soi, mais un préalable nécessaire à l'émission d'un consentement éclairé. L'information du tuteur a pour but de lui permettre de consentir ou non à l'acte en toute connaissance de cause. Il ne serait pas cohérent de prévoir qu'il exerce les droits du majeur en matière de délivrance de l'information, mais pas pour exprimer un consentement à l'acte.

313. Il existe également au sein du Code de la santé publique d'autres articles qui amènent à conclure dans ce sens. L'alinéa 7 de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique dispose que « dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou 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 ». En mentionnant le refus de soins émis par le tuteur, le législateur fait implicitement référence à sa possibilité de consentir à l'acte médical. En effet, si le tuteur a la possibilité de refuser les soins, c'est donc bien que son consentement a été recueilli⁶³¹. Un article issu du Code de déontologie médicale vient également appuyer cette interprétation. Il dispose qu'« un médecin appelé à donner des soins [...] à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir [...] son représentant légal et d'obtenir [son] consentement »⁶³². L'article complète les vides de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique en clarifiant la nécessité d'obtenir le consentement du tuteur avant de mettre en œuvre un acte médical⁶³³.

314. À la lecture de ces articles, les règles applicables semblent claires. En raison de la mention expresse de l'intervention du tuteur au sein des articles L. 1111-2, L.1111-4 alinéa 7 et R. 4127-42 du Code de la santé publique, il convient d'appliquer ces dispositions plutôt que celles issues de l'article 459 du Code civil prévoyant le consentement du seul majeur⁶³⁴. Ainsi, en matière de consentement à un acte médical, le consentement du tuteur sera systématiquement requis et le seul consentement du majeur sous tutelle sera insuffisant à mettre en œuvre l'acte. Cette position n'est

⁶³¹ ARHAB - GIRARDIN F., « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de la santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS*, 2009 p. 875

⁶³² Art. R. 4127-42 CSP

⁶³³ VERHEYDE T., « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », *D.*, 2009 p. 1397

⁶³⁴ Conformément aux règles fixées à l'article 459-1 Cc.

pas cohérente avec le régime instauré en droit civil pour les actes personnels et mériterait d'être revue. Elle est contraire à l'avis de la Haute Autorité de Santé qui préconise⁶³⁵ le fait de reconnaître le consentement du seul majeur protégé comme étant suffisant à mettre en œuvre l'acte médical. Dans l'attente d'une réforme, il convient d'appliquer les règles du Code de la santé publique. Le consentement du tuteur est donc obligatoire, et l'adhésion du majeur sous tutelle à l'acte sera simplement recherchée.

b. Le consentement simplement recherché du majeur sous tutelle

315. L'article 16-1 du Code civil dispose que « chacun a droit au respect de son corps », allant dans ce sens, l'article 16-3 précise qu'« il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne » et que « le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ». Cette obligation concerne toute personne y compris les majeurs sous tutelle. Le législateur est venu traduire cette règle en droit de la santé en imposant leur participation à la prise de décision les concernant.

L'article L. 1111-2, après avoir affirmé que le majeur sous tutelle recevait une information adaptée à ses facultés de discernement, précise qu'il doit pouvoir participer à la prise de décision. De même, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique dispose que « le consentement [...] du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision ». Le législateur offre ici une sphère d'autonomie au majeur sous tutelle en lui permettant d'exprimer sa volonté quant aux soins devant être réalisés sur sa personne, « s'il est apte à exprimer sa volonté ».

316. Comme pour les mineurs, il est opportun de s'interroger quant à la signification de la notion « d'aptitude à exprimer sa volonté »⁶³⁶. Il s'agit d'observer si le majeur est en mesure d'exprimer un consentement libre et rationnel. Ses facultés vont être évaluées

⁶³⁵ Haute Autorité de Santé, Recommandation de bonnes pratiques relatives à la délivrance de l'information à la personne sur son état de santé, mai 2012

⁶³⁶ Cette question a été abordée dans la partie relative aux mineurs : V. § 163 et s.

in concreto et pour un acte déterminé⁶³⁷. Celle-ci peut notamment se faire par le biais d'une expertise neuropsychologique permettant de mesurer les capacités intellectuelles de la personne, ainsi que par des examens utilisant des procédés d'imagerie cérébrale de manière à appuyer le diagnostic⁶³⁸. Il peut s'avérer difficile dans la pratique d'établir cette aptitude. Le majeur est placé sous tutelle, car il a besoin d'être représenté de manière continue dans les actes de la vie civile en raison d'une altération de ses facultés mentales ou de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté. Dans ce dernier cas, il n'est généralement pas apte à exprimer sa volonté, puisque l'altération de ses facultés corporelles est de nature à « empêcher » et non simplement à « gêner », cette expression.

317. La nature de la pathologie du majeur peut également avoir une incidence considérable sur l'évaluation de ses capacités. Par exemple, dans le cadre de pathologies neurodégénératives venant affecter de manière progressive et irréversible les capacités intellectuelles du majeur, comme la maladie d'Alzheimer, les facultés de la personne se dégradent progressivement et il n'est pas toujours évident d'apprécier son aptitude à participer à la décision. De même, des difficultés peuvent être rencontrées chez les patients atteints de troubles psychiatriques⁶³⁹. Dans certaines de ces pathologies, tels que des troubles bipolaires, les patients se retrouvent dans des phases alternant lucidité et troubles psychologiques. Le patient jugé apte à participer à une décision médicale lors d'une phase de lucidité ne le sera plus nécessairement lors d'une phase aigüe de sa pathologie. Il faut également tenir compte de la nécessité pour le patient d'être capable de maintenir sa décision dans la durée. Or, dans certaines pathologies, tel le trouble de la personnalité histrionique, les patients sont très suggestibles et pourront être facilement influencés. Le médecin devra donc se montrer particulièrement vigilant dans l'évaluation de l'aptitude d'une personne à participer à la décision lorsque celle-ci s'avère être protégée.

⁶³⁷ V. § 528 et s. et § 628 et s.

⁶³⁸ BEAUCHET O., « Comment apprécier la pertinence du consentement aux soins du majeur protégé », in 4e. Journée de Droit du Centre Hospitalier d'Angers : « Médecine et vulnérabilité : la relation de soin », *Médecine et droit*, 2011 p.244

⁶³⁹ JONAS C., « Protection des majeurs vulnérables. Information et consentement du majeur protégé », in 4e. Journée de Droit du Centre Hospitalier d'Angers : « Médecine et vulnérabilité : la relation de soin », *Médecine et droit*, 2011 p.244

318. Le majeur apte à participer à la décision pourra donc exprimer son avis, mais il ne s'agit que d'un simple avis. Le consentement du tuteur étant nécessaire, l'acte ne pourra être mis en œuvre si le tuteur le refuse⁶⁴⁰, même si le majeur donne son accord. Dans la pratique, les médecins n'étant pas systématiquement informés de la mesure de tutelle, de nombreux soins sont mis en œuvre sans l'accord du tuteur dès lors que le patient apparaît comme apte à consentir. Les professionnels de santé ne s'interrogeront pas sur sa capacité juridique en l'absence de signes extérieurs permettant de douter de celle-ci, comme le cas de « patient mutique ou de patient visiblement dément », le médecin ajoute cependant que « la protection peut manquer et on n'a pas le temps de vérifier ».

319. Le consentement du majeur étant simplement recherché, l'acte peut théoriquement être mis en œuvre malgré son refus. Cette manière d'agir n'est pas respectueuse de l'intégrité morale du majeur qui a été jugé apte à donner son avis libre et raisonné et donc d'apporter une réponse adaptée après avoir mené un raisonnement cohérent⁶⁴¹. Le fait d'être sous tutelle ne signifie pas que le majeur est incapable d'avoir un raisonnement cohérent. Le législateur le reconnaît lui-même en instaurant une capacité de principe pour les actes personnels. L'article 459 rappelle que le majeur même sous tutelle doit pouvoir exercer lui-même ses droits s'il est en mesure de le faire. Si le majeur sous tutelle peut être jugé capable de discernement en matière civile, il devrait pouvoir l'être en matière médicale. Le fait de passer outre son refus émis à la suite d'un raisonnement logique et cohérent au motif que son consentement est « juridiquement inefficace » semble éthiquement inacceptable. Dans la pratique il va être difficile d'imposer des soins à un patient qui les refuse et les médecins se montrent réticents à aller à l'encontre de sa volonté, lorsque son refus semble raisonné.

320. Malgré ces arguments, en l'absence de réforme législative, le seul consentement du majeur sous tutelle demeure insuffisant, et le consentement du tuteur est indispensable pour pouvoir mettre en œuvre un acte médical. La place du tuteur est donc prépondérante dans l'exercice des droits relatifs au consentement. Il ne dispose

⁶⁴⁰ Sauf exception prévues par la loi : V. § 325 et s.

⁶⁴¹ BEAUCHET O., *op. cit.*

cependant pas d'un pouvoir tout puissant et son action sera fortement encadrée afin de protéger l'intégrité physique du majeur.

2) Le consentement encadré du tuteur à l'acte médical

321. Une fois acquise la certitude de l'obligation de l'obtention du consentement du tuteur préalablement à la mise en œuvre d'un acte médical, il convient de se demander si la capacité de ce dernier à consentir ou refuser est absolue ou limitée. Afin de préserver au mieux l'intégrité physique des majeurs sous tutelle, le législateur est venu poser des limites à la capacité du tuteur à consentir **(a)** ou à refuser **(b)** des soins.

a. Les limites à la capacité du tuteur à consentir à un acte médical

322. En matière de consentement à l'acte médical, la mise en œuvre des règles de l'article 459-1 du Code civil conduit à compléter les règles issues du Code de la santé publique avec celles du Code civil. L'application de l'article 459 et plus particulièrement de son alinéa 3 permet d'encadrer l'exercice par le tuteur du droit de consentir à un acte médical. Cet article dispose que « sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée ». En dehors des cas d'urgence⁶⁴², l'action du tuteur est donc limitée en fonction du type d'acte concerné, et son seul consentement ne sera pas toujours suffisant à mettre en œuvre l'acte médical. La volonté d'appliquer ce texte en droit de la santé a été confirmée par une circulaire émanant du ministère de la Justice, dans laquelle il est indiqué que « cette disposition couvre de nombreux actes touchant à la santé de la personne, comme les interventions chirurgicales »⁶⁴³. Il faut opérer une distinction entre les actes « normaux » et ceux susceptibles de « porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle », ou à « l'intimité de la vie privée » du majeur protégé. Pour ces derniers, le

⁶⁴² V. § 123 et s.

⁶⁴³ Ministère de la justice, Circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, p.25

tuteur ne pourra agir seul, mais devra obtenir l'autorisation du juge ou du conseil de famille, ce qui suscite plusieurs difficultés.

323. Il est déjà possible de s'interroger quant au contenu exact de l'autorisation devant être délivrée par le juge. L'article 459 ne donne aucune indication quant à celui-ci. Est-ce une autorisation pour le tuteur de consentir à l'acte ou bien le juge délivre-t-il directement le consentement nécessaire à la mise en œuvre de l'acte ? Certains juges peuvent s'avérer réticents à se contenter d'autoriser le tuteur à consentir à l'acte sans avoir reçu de la part des médecins toutes les informations sur celui-ci et préfèrent l'autoriser directement⁶⁴⁴.

324. La question se pose également quant à la nature des actes susceptibles de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle ou à l'intimité de la vie privée du majeur⁶⁴⁵. Le législateur utilise ces notions sans les définir ou les illustrer. Afin de simplifier la pratique des professionnels, il aurait été utile que le législateur fournisse une liste indicative des actes considérés comme portant gravement atteinte à l'intimité de la vie privée ou à l'intégrité physique du majeur⁶⁴⁶. Il est à supposer que les actes médicaux portant atteinte à « l'intimité de la vie privée » correspondent aux actes relatifs à la sexualité ou à la grossesse. Ainsi une opération de conversion sexuelle, ou d'ablation mammaire relève de cette catégorie. C'est aussi le cas des actes liés à une interruption de grossesse ou à une stérilisation. Or, ces derniers ne se verront pas appliquer l'article 459, dans la mesure où le Code de la santé publique prévoit des règles spécifiques dans ces situations. Il paraît en revanche ardu de déterminer ce qu'est un acte « portant gravement à l'intégrité corporelle ». En dehors des cas « évidents »⁶⁴⁷, tels qu'une amputation ou l'ablation d'un organe, il est difficile de déterminer à l'avance la manière dont un patient va réagir à un traitement. Ainsi un acte apparaissant comme bénin pourrait en réalité s'avérer lourd de conséquences. Entreront certainement dans cette catégorie les actes relatifs à l'ablation d'une partie du corps du majeur, car l'atteinte portée à son intégrité physique est définitive. De même, les actes nécessitant

⁶⁴⁴ VERHEYDE T., « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », *D.*, 2009 p. 1397

⁶⁴⁵ BATTEUR A., « Majeurs protégés — Curatelle et tutelle – Effets personnels – Vie familiale du majeur protégé », *J.-CL. Civ.*, fasc. 20, 2017

⁶⁴⁶ FOSSIER T., « La protection de la personne, un droit flexible », *Dr.fam.*, mai 2007, n°5, étude 17

⁶⁴⁷ VERHEYDE T., *op. cit.*

une anesthésie générale⁶⁴⁸ et les opérations⁶⁴⁹ devraient pouvoir entrer dans cette catégorie, car le simple fait de les pratiquer met en péril la vie de la personne.

Concernant les opérations, une ordonnance rendue par le tribunal d'instance de Nice en date du 4 février 2009⁶⁵⁰ conduit à douter de leur classification comme acte portant gravement atteinte à l'intégrité physique. Dans cette affaire, une personne placée sous tutelle devait subir une coloscopie sous anesthésie générale. Son tuteur sollicite l'autorisation du juge afin de consentir à l'examen. Le juge des tutelles procède à l'application de l'article 459 dans le domaine médical en constatant qu'« aucune décision spéciale du juge des tutelles n'est intervenue pour prévoir l'assistance ou la représentation de la majeure protégée dans les actes touchant à sa personne » et « que dès lors [elle] peut prendre seule sans assistance ni représentation la décision ». Le juge vient par la suite se prononcer sur la nature de l'acte de coloscopie. Il considère que même si le tuteur avait bénéficié d'une autorisation pour représenter le majeur en matière personnelle, cet acte « ne saurait être considéré comme un acte portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée et ne nécessite donc pas l'autorisation du juge des tutelles ». Sa décision est discutable⁶⁵¹. D'une part, le fait de considérer la coloscopie comme étant un acte qui ne porte pas gravement atteinte à l'intégrité corporelle du majeur est sujet à critiques. Il s'agit d'un acte invasif qui doit être réalisé sous anesthésie générale, procédé loin d'être anodin. D'autre part, la manière dont le juge a tenté d'articuler le Code civil et le Code de la santé publique est maladroite. Il commence par faire référence à l'article 459 et constate que le tuteur n'a pas été habilité à intervenir par le juge dans ce domaine. Ce faisant, il va à l'encontre des dispositions de l'article 459-1 qui interdisent de déroger aux règles du Code de la santé publique prévoyant l'intervention d'un représentant légal. Ce dernier impose de recueillir le consentement du tuteur pour la mise en œuvre d'un acte médical et ne mentionne en aucun cas, la nécessité pour le tuteur d'obtenir le consentement du juge

⁶⁴⁸ BATTEUR A., RAOUL-CORMEIL G., « *Majeurs protégés* », J.-CL. Civ., synthèse 180, 2016, §68 : l'auteur prend l'exemple d'une anesthésie générale pour un arrachage de dents ; BATTEUR A., « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », *Dr.fam.*, fév. 2011, n°2, dossier 5, §23

⁶⁴⁹ OUASSIN L., de BROCA A., « Quelle autonomie pour le majeur sous tutelle dans le domaine médical, et plus particulièrement en situation de fin de vie », *Éthique et santé*, 2016, n°13 p.127

⁶⁵⁰ TI Nice 4 fév. 2009 n° 01/00602, *D.* 2009 p. 1397, note Verheyde ; *Dr. Fam.* 2009 p. 147, note Talarico ; *RTD. Civ.* 2010 p. 530, obs. Hauser ; *Defrénois* 2010 p. 870, obs. Massip

⁶⁵¹ TALARICO L., « Pourquoi faire simple... ? », *Dr.fam.*, nov. 2009, n°11, comm. 147

pour intervenir. La règle de l'article 459 ne s'applique que lorsque le majeur a le droit de consentir seul à l'acte, mais n'est pas en mesure de le faire⁶⁵². Or ce n'est pas le cas ici. En appliquant l'article 459, le juge déroge aux dispositions spéciales prévues par le Code de la santé publique en matière de consentement à un acte médical et prévoyant l'intervention du tuteur. La tentative d'application de l'article 459 est louable, mais erronée. L'action du tuteur trouve donc une limite en fonction du type d'acte concerné. Elle demeure cependant restreinte puisque, lorsque l'acte ne représente pas une atteinte grave à l'intégrité corporelle du majeur ou à l'intimité de sa vie privée, aucune solution n'est prévue pour contrer le consentement délivré par le tuteur⁶⁵³.

325. Le fait d'imposer la saisine du juge afin de décider si l'acte peut ou non se faire n'est pas l'idéal dans la pratique. Ces derniers sont déjà fortement sollicités dans de nombreux domaines, et peuvent avoir des difficultés à délivrer rapidement ces autorisations. En cas d'urgence, le médecin pourra agir en se passant du consentement du tuteur, mais dans le cas contraire, le fait de retarder la mise en œuvre d'un acte médical pourrait entraîner une dégradation de l'état de santé du majeur. Il serait plus judicieux d'imposer la saisine d'une autre instance moins chargée afin de se prononcer sur la mise en œuvre de l'acte⁶⁵⁴. Le consentement du tuteur à l'acte médical est donc limité, ce qui est également le cas de sa possibilité de refuser un acte médical.

⁶⁵² D'ailleurs, la circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs confirme cette position p. 26 : « il convient de préciser que cette autorisation du juge ne sera requise que si la personne ne peut elle-même consentir à l'acte ; en conséquence, si le juge n'a pas indiqué, dans le jugement d'ouverture ou dans une décision ultérieure, que la personne, conformément aux dispositions prévues à l'article 459 alinéa 2, devait être assistée, voire représentée, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou pour certains d'entre eux, le curateur ou le tuteur n'aura pas à solliciter l'autorisation du juge, la personne prenant seule les décisions la concernant, en application de l'alinéa 1er de l'article 459 du Code civil ». Le tuteur devra donc bénéficier d'une autorisation uniquement dans la perspective où il intervient à la place de la personne qui aurait du pouvoir consentir seule, or ce n'est pas le cas du majeur sous tutelle.

⁶⁵³ BERNHEIM-DESVAUX S., « La difficile conciliation de la protection et de l'autonomie de la personne vulnérable », *RJPF.*, 2010, n°4

⁶⁵⁴ V. § 738 et s.

b. Les limites à la capacité du tuteur à refuser un acte médical

326. Le fait de rechercher le consentement du tuteur préalablement à la mise en œuvre d'un acte médical implique également sa capacité à refuser celui-ci. Or, de même que la capacité du tuteur à consentir au nom du majeur protégé connaît des limites, sa capacité à refuser un acte va également faire l'objet de certaines atténuations. Ces atténuations sont posées à l'article L. 1111-4 alinéa 7 du Code de la santé publique qui dispose que « dans le cas où le refus d'un traitement [...] par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé [...] du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables ». Le tuteur a le droit de refuser un acte médical, mais l'efficacité de son refus pourra être remise en cause en fonction de ses conséquences sur la santé du majeur. Si celles-ci sont graves, le médecin interviendra. Le refus de soins opposé par le tuteur est dans ce cas inefficace. Plusieurs remarques peuvent être faites à ce sujet.

327. Le non-respect du refus de soin émis par le tuteur démontre la faible importance accordée à la volonté du majeur protégé. Le tuteur est chargé d'exercer les droits du majeur protégé en matière de consentement à un acte médical. Il faut se demander si son choix est effectué en fonction de la meilleure décision à prendre pour préserver la santé du majeur protégé, ou s'il est le reflet de la volonté de celui-ci. Lorsque l'on regarde les dispositions du Code civil ou du Code de la santé publique,⁶⁵⁵ il semble qu'il y ait un désir accru de rechercher la volonté du majeur. Lorsqu'il est certain que le majeur aurait refusé l'acte, le tuteur, par souci de préserver l'intégrité morale du majeur, va généralement chercher à faire respecter sa volonté en refusant l'acte⁶⁵⁶. Donc, le fait de ne pas respecter le refus de traitement émis par le tuteur démontre le peu de considération accordée à la volonté du majeur, dans l'hypothèse où le refus reflète bien la volonté du majeur. Cette critique est cependant à atténuer dans la mesure où le refus

⁶⁵⁵ Il est laissé une grande possibilité au majeur protégé d'exprimer sa volonté que ce soit par l'obligation pour le médecin de rechercher le consentement du majeur, par la possibilité qui lui est laissée de rédiger des directives anticipées ou de désigner une personne de confiance.

⁶⁵⁶ Cette supposition est cependant valable uniquement dans la perspective où le majeur qui exprime un refus de soins est doté d'une faculté de discernement suffisante pour comprendre toute la portée de ce refus. Le tuteur, surtout s'il s'agit d'un membre de la famille du majeur, aura alors plus facilement tendance à aller dans le même sens. Dans le cas contraire, il est aisément imaginable que le tuteur ne tienne pas compte de cette « volonté » et privilégiera la protection de l'intégrité physique du majeur.

du tuteur ne peut être surmonté que dans des cas très limités⁶⁵⁷ lorsqu'il risque d'entraîner des « conséquences graves » pour la santé du majeur. Le terme employé de « conséquences graves » ne fait l'objet d'aucune définition. Le médecin sera libre d'apprécier si le refus place le majeur dans cette situation. La possibilité de surmonter le refus du tuteur n'est donc que partielle, ce qui peut s'avérer préjudiciable à la santé du majeur.

328. Il existe des cas dans lesquels le fait de ne pas réaliser l'acte médical entraîne une dégradation de l'état du majeur ou un inconfort certain, sans pour autant générer des « conséquences graves ». Lorsque la position émise par le tuteur est bien le reflet de la volonté du majeur sous tutelle doté d'un discernement suffisant pour comprendre les conséquences de son refus, alors ce risque est acceptable. En revanche, si cela ne correspond pas à la position du majeur⁶⁵⁸, alors l'impossibilité de surmonter ce refus paraît difficilement acceptable et il aurait été utile de permettre au médecin de saisir le juge afin de contester cette décision.

329. En matière de consentement à l'acte médical, les droits du majeur sous tutelle sont donc, à l'heure actuelle, exercés par le tuteur. Il pourra consentir ou refuser l'acte au nom du majeur. L'autonomie du majeur sous tutelle est donc fortement limitée, même s'il retrouve une petite marge de manœuvre pour accéder à son dossier médical.

⁶⁵⁷ PICHARD M., « *La capacité juridique* », Lamy Droit des personnes et de la famille, étude 236, 2010

⁶⁵⁸ Il est parfois possible d'avoir des doutes quant à la capacité de « discernement » du majeur ; de plus, en cas de tutelle « familiale », les tuteurs se retrouvent face à des conflits « d'intérêts » et la protection de l'intérêt du majeur protégé pourrait s'inscrire en contrariété avec la défense de ses propres intérêts.

II L'inégal respect de l'autonomie des majeurs représentés non sous tutelle

330. Les majeurs sous tutelle ne sont pas les seuls à faire l'objet d'une mesure de représentation. C'est également le cas des majeurs sous mesure d'habilitation familiale et des majeurs sous mandat de protection future lorsque les pouvoirs du tuteur ont été confiés au mandataire, mais également de certaines personnes représentées uniquement de façon ponctuelle pour l'accomplissement d'un acte déterminé dans le cadre d'un mandat ou d'une curatelle renforcée par exemple⁶⁵⁹. L'habilitation familiale et le mandat de protection future constituant des mesures de représentation, il semblerait logique que les personnes en bénéficiant soient traitées de la même manière que les majeurs sous tutelle. Or, cela n'est pas toujours le cas, l'autonomie conférée à ces majeurs est plus incertaine en raison de l'absence de prise en compte de ces régimes par le Code de la santé publique (A), ce qui suscite de nombreuses critiques (B).

A) L'absence de prise en compte des majeurs représentés non sous tutelle dans le Code de la santé publique

331. Le Code civil et le Code de la santé publique ne sont pas similaires quant à leur contenu, ce qui rend l'appréhension des droits des majeurs protégés en tant qu'usagers du système de santé parfois complexe. L'absence de prise en compte de tous les régimes de protection existants au sein du Code civil par le Code de la santé publique en est un bon exemple. En effet, les régimes de l'habilitation familiale et du mandat de protection future ne sont pas intégrés dans ce code (1), d'où l'incertitude qui règne quant à l'autonomie conférée à ces majeurs (2).

1) L'habilitation familiale et le mandat de protection future, des régimes absents du Code de la santé publique

⁶⁵⁹ Le cas de ces personnes ne sera pas étudié ici car la question de savoir à quoi elles peuvent consentir ne se pose pas dans la mesure où le juge décrit précisément quels sont les actes qui seront accomplis par le représentant.

332. Les majeurs sous habilitation familiale et sous mandat de protection future ne sont pas pris en compte de manière spécifique par le Code de la santé publique.

Depuis 2015,⁶⁶⁰ le Code civil intègre en son sein le mécanisme de l'habilitation familiale qui permet au juge des tutelles, lorsque la personne est hors d'état de manifester sa volonté⁶⁶¹, d'habiliter un « proche » à la représenter de façon générale ou spéciale, pour des actes patrimoniaux ou personnels⁶⁶². La personne étant « hors d'état de manifester sa volonté », la question de son autonomie en matière médicale se pose peu,⁶⁶³ mais il convient de s'interroger quant aux pouvoirs accordés au représentant en matière de consentement à un acte médical puisque l'article 494-6 précise que cette mesure de représentation peut porter sur un acte personnel et donc médical.

Le mandat de protection future⁶⁶⁴ instauré par la loi du 5 mars 2007⁶⁶⁵ permet à une personne ne faisant pas l'objet d'une mesure de représentation de « charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de le représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts ». Le mandant détermine les pouvoirs du mandataire. Il est précisé à l'article 479 du Code civil que « le mandat peut prévoir que le mandataire exercera les missions que le Code de la santé publique [...] confie au représentant de la personne en tutelle ou à la personne de confiance ». Ainsi, les pouvoirs du mandataire en matière de consentement à l'acte médical vont considérablement varier selon qu'il s'est vu confier les pouvoirs du tuteur ou de la personne de confiance⁶⁶⁶.

Si le mandataire se voit confier les pouvoirs offerts à la personne de confiance, son intervention en matière médicale sera limitée. La personne de confiance est consultée au cas où le majeur serait hors d'état d'exprimer sa volonté. Elle reçoit l'information

⁶⁶⁰ Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille

⁶⁶¹ Art. 494-1 Cc.

⁶⁶² Art. 494-6 Cc.

⁶⁶³ BATTEUR A., « Habilitation familiale et protection de la personne du majeur protégé », *Dr.fam.*, nov. 2016, n°11, dossier 45 §2 : « La formulation de l'article 494-1 est ambiguë, mais semble bien tout de même impliquer a priori que l'habilitation familiale ne puisse être organisée qu'au bénéfice des personnes inaptes à exprimer une volonté ».

⁶⁶⁴ PETERKA N., "Le mandat de protection future : bilan et perspectives", *Deffrénois*, 30 avril 2017, n° 8, p. 497

⁶⁶⁵ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs

⁶⁶⁶ ARHAB - GIRARDIN F., « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de la santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS*, 2009 p. 875

relative à la personne et vient témoigner de sa volonté quant aux soins⁶⁶⁷, mais n'a aucun pouvoir de décision⁶⁶⁸. Elle se contente d'assister le mandant et de témoigner de sa volonté. La personne de confiance ne peut représenter le mandant en matière médicale, à l'exception du domaine de la recherche biomédicale⁶⁶⁹. Si le mandataire se voit confier les pouvoirs de la personne de confiance, il ne sera pas en mesure de représenter le majeur dans le domaine du consentement à l'acte médical et sera le simple témoin de la volonté de celui-ci. Son avis prévaudra sur tout autre avis non médical à l'exception de l'éventuelle présence de directives anticipées⁶⁷⁰. Le mandataire doté des pouvoirs de la personne de confiance n'étant pas un véritable « représentant » du majeur, son cas est mis de côté, et nous considérerons dans les développements suivants que le mandataire s'est vu conférer les pouvoirs du tuteur.

333. Lorsqu'une mesure d'habilitation familiale ou de mandat de protection future concerne les actes personnels, les articles 457-1 à 459-2 du Code civil sont applicables⁶⁷¹. Les règles applicables à l'articulation du Code civil du Code de la santé publique vont s'appliquer⁶⁷². Conformément à l'article 459-1 du Code civil, il conviendra d'appliquer les règles du Code de la santé publique lorsqu'il prévoit l'intervention d'un représentant légal⁶⁷³. En revanche, lorsque le législateur vise une mesure de protection particulière, il ne sera pas possible d'appliquer en priorité cette mesure aux majeurs sous habilitation familiale ou mandat de protection future. Il faut donc regarder pour chaque situation si le Code de la santé publique vise le « représentant légal » ou bien un « organe particulier » de protection. Dans ce dernier cas, il conviendra d'appliquer les règles de l'article 459 du Code civil.

⁶⁶⁷ Art. L. 1111-6 CSP

⁶⁶⁸ LEQUILLERIER C., « Chronique d'actualité 2 : bioéthique et droit des usagers du système de santé », *Gaz. Pal.*, 7 juin 2007 p.32

⁶⁶⁹ Art. L. 1122-2 al. 7 CSP

⁶⁷⁰ Art. L. 1111-4 CSP

⁶⁷¹ Pour le mandat de protection future : Art. 479 Cc. et Art. 494-6 Cc. pour l'habilitation familiale

⁶⁷² V. § 265 et s.

⁶⁷³ Par ex. : l'art. R. 4127-42 : « un médecin appelé à donner des soins [...] à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir [...] son représentant légal et d'obtenir leur consentement » ; l'art. L. 1122-2 : « Lorsqu'une recherche impliquant la personne humaine est effectuée sur une personne [...] majeure sous tutelle, l'autorisation est donnée par son représentant légal » ; l'art. L. 2123-2 : en matière de stérilisation contraceptive, « l'intervention est subordonnée à une décision du juge des tutelles saisi par [...] le représentant légal de la personne concernée ».

2) L'incertaine autonomie des majeurs sous habilitation familiale et sous mandat de protection future en droit de la santé

334. L'application des règles de l'article 459-1 aux cas de l'habilitation familiale et du mandat de protection future conduit à rechercher dans le régime de consentement à l'acte médical instauré par le Code de la santé publique si des règles spécifiques sont prévues pour le « représentant légal ». En fonction de la réponse à cette question, l'autonomie des majeurs sera plus ou moins importante.

335. L'article L. 1111-2 qui prévoit les règles applicables en matière de délivrance d'une information médicale vise le cas particulier des majeurs sous tutelle en indiquant que leurs droits sont exercés par le tuteur. L'article ne mentionne pas un « représentant légal », mais bien le tuteur. Ainsi, l'application du Code de la santé publique doit dans ce domaine être écartée pour laisser la place aux règles de l'article 459 du Code civil. Conformément à celui-ci les majeurs sous mandat de protection future ou sous habilitation familiale pourront exercer eux-mêmes leurs droits à l'information s'ils sont aptes à le faire, comme c'est le cas des majeurs protégés non représentés⁶⁷⁴. Dans le cas contraire, le juge devra autoriser leur assistance et si cela ne suffit pas, leur représentation dans ce domaine. Ainsi, bien que représentés, ces majeurs disposent d'une liberté plus grande que les personnes sous tutelle dans l'exercice de leur droit à l'information sur leur état de santé, ce qui démontre une incohérence du régime applicable à la représentation des majeurs.

336. En matière d'information obtenue via le dossier médical, il a été vu que l'article L. 1111-7 prévoyait l'application de l'article 459. Les règles visent ici la personne majeure sous « mesure de protection juridique », ce qui concerne aussi bien les majeurs sous tutelle que les autres majeurs représentés. Le représentant du majeur devra ici avoir été habilité par le juge afin de pouvoir assister ou représenter le majeur dans son droit d'accès au dossier médical le concernant.

337. Le régime applicable aux personnes sous habilitation familiale ou mandat de protection future semble plus cohérent que pour les majeurs sous tutelle. Les majeurs

⁶⁷⁴ V. § 271 et s.

exercent seuls leur droit à recevoir une information, que ce soit préalablement à la mise en œuvre d'un acte médical, ou postérieurement à celle-ci via l'accès au dossier médical. La cohérence de ce régime semble cependant pouvoir être remise en cause en raison des règles particulières applicables au consentement à l'acte médical. Il a été vu que l'article L. 1111-4 ne prenait en compte le cas du majeur sous tutelle que de façon « négative » en traitant de la question du refus de soins opposé par le tuteur⁶⁷⁵. Ainsi, il n'est fait dans cet article nulle mention d'un représentant légal et l'on pourrait en conclure que les règles de l'article 459 s'appliquent. Toutefois, il a été précisé qu'un article de la partie réglementaire prévoyait des règles supplémentaires applicables en matière de consentement à un acte médical. Il s'agit de l'article R. 4127-42 qui dispose qu'« un médecin appelé à donner des soins [...] à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir [...] son représentant légal » afin d'obtenir son consentement. Cette règle faisant mention d'un « représentant légal » elle doit trouver application, tout comme dans le cas de la tutelle. Le consentement du représentant du majeur sous habilitation familiale ou mandat de protection future sera par conséquent nécessairement requis préalablement à la mise en œuvre d'un acte médical. Ce système n'est pas dénué de critiques.

B) Les critiques soulevées par la non prise en compte des majeurs représentés non sous tutelle

338. Le régime du consentement à l'acte médical applicable aux personnes sous mandat de protection future et sous habilitation familiale se prête à de nombreuses critiques. Ce régime semble incohérent (1) et moins protecteur (2) que celui applicable aux majeurs sous tutelle.

⁶⁷⁵ V. § 295 et s.

1) L'incohérence du régime applicable aux majeurs représentés non sous tutelle

339. La construction globale du régime applicable aux personnes sous habilitation familiale et sous mandat de protection future semble incohérente. Ces majeurs bénéficient d'une grande autonomie en matière d'accès à l'information puisqu'ils se verront appliquer les règles de l'article 459 pour accéder à leur dossier médical ou pour recevoir l'information relative à leur santé. Leur autonomie est plus importante que pour les majeurs sous tutelle qui ne pourront agir seuls qu'en matière d'accès au dossier médical. Cependant, cette autonomie se voit rapidement restreinte, dans la mesure où ils sont privés de leur possibilité de consentir à l'acte médical de façon efficace, en raison de la mesure de représentation qui pèse sur eux.

340. Le système manque de logique. Il n'y a aucun sens à affirmer l'autonomie de la personne dans l'exercice de son droit à l'information pour ensuite l'en priver en matière de consentement. Le régime semble avoir été construit pas étape successive sans avoir été pensé dans sa globalité et mériterait d'être refondé. De plus, dans la mesure où les majeurs sous habilitation familiale, sous mandat de protection future et sous tutelle sont tous des majeurs représentés, il n'y a pas de pertinence à l'instauration d'un système différencié pour eux. Il serait préférable d'instaurer le même régime à tous les majeurs représentés, quelle que soit l'origine de leur protection.

341. Ce problème de cohérence n'a toutefois que peu d'impact dans la pratique. L'habilitation familiale n'est mise en place que lorsque la personne est « hors d'état de manifester sa volonté »⁶⁷⁶. Donc, même si en théorie le majeur bénéficiant de cette mesure peut exercer son droit à l'information, il ne sera concrètement pas en mesure de le faire. L'application de l'article 459 conduira le représentant à exercer ce droit pour le majeur, après y avoir été habilité par le juge⁶⁷⁷. Il n'y a donc plus le risque de voir le représentant délivrer un consentement pour lequel il n'a pas reçu d'information. Pour les personnes sous mandat de protection future, le mandat est mis en place par le majeur

⁶⁷⁶ BATTEUR A., « Habilitation familiale et protection de la personne du majeur protégé », *Dr.fam.*, nov. 2016, n°11, dossier 45

⁶⁷⁷ A la différence du tuteur qui lui n'a pas besoin de cette habilitation, l'article L. 1111-2 ne l'imposant pas.

afin d'anticiper de son incapacité à pourvoir seul à ses intérêts. Théoriquement, la personne n'est pas « hors d'état de manifester sa volonté » et elle pourrait souhaiter recevoir une information. Toutefois, dans la pratique, comme elle n'est plus en mesure de pourvoir seule à ses intérêts, elle risque d'avoir des difficultés à exercer seule ce droit, du moins sans assistance. Ainsi, même si théoriquement, le représentant pourrait devoir consentir sans avoir reçu d'information, cela est peu probable en réalité. De plus, les médecins ne faisant pas forcément la différence entre les différents régimes de protection, lorsqu'ils connaissent leur existence, traitent les patients de la même manière. Le régime applicable semble également moins protecteur que celui dont bénéficient les majeurs sous tutelle.

2) Le caractère moins protecteur du régime applicable aux majeurs représentés non sous tutelle

342. Le régime applicable aux majeurs sous tutelle a le mérite de se révéler protecteur de l'intégrité physique des personnes. La possibilité pour le tuteur de consentir ou de refuser un acte fait l'objet d'un certain encadrement, ce qui est beaucoup plus incertain pour les majeurs représentés non sous tutelle. Tout comme pour le cas de la tutelle, l'article 459 trouvera application afin de compléter les règles fixées à l'article L. 1111-4. Ainsi, le consentement du représentant sera limité et il ne pourra prendre seul sans l'autorisation du juge une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne ou à l'intimité de sa vie privée⁶⁷⁸. Les pouvoirs du représentant de consentir à l'acte sont donc encadrés, avec les mêmes limites soulevées que pour la tutelle.

343. En revanche, se pose la question de savoir s'il est possible de surmonter un refus de soins émis par le représentant qui risquerait d'entraîner des « conséquences graves » pour la santé du majeur. Cette possibilité est offerte au médecin par l'article L. 1111-4, or, cet article vise expressément le refus du « tuteur »⁶⁷⁹. Le représentant n'étant pas ici expressément mentionné, cette disposition ne s'appliquera pas à la situation des majeurs

⁶⁷⁸ V. § 322 et s.

⁶⁷⁹ V. § 327 et s.

sous habilitation familiale et sous mandat de protection future. Le médecin ne pourra pas, sauf urgence, surmonter ce refus et intervenir sans consentement.

344. Cette impossibilité de surmonter le refus de soins du représentant peut s'avérer préjudiciable pour la santé du majeur. Il convient de se demander si le médecin n'a pas la possibilité de saisir le juge pour contourner ce refus. À la différence de la tutelle⁶⁸⁰, la personne habilitée n'a pas d'obligation de rendre régulièrement des comptes au juge des tutelles quant à la protection de la personne, ce qui fait courir le risque d'une prise de conscience trop tardive des difficultés liées à l'exercice de la mesure d'habilitation. Le juge des tutelles peut statuer sur les difficultés pouvant survenir dans la mise en œuvre de la mesure, il peut alors modifier l'étendue de l'habilitation ou y mettre fin⁶⁸¹. Or, seuls les « proches » pouvant solliciter l'ouverture de la mesure d'habilitation, sont autorisés à saisir le juge. L'habilitation étant une mesure familiale il n'est pas certain qu'un membre de la famille « proche » du majeur protégé souhaite s'opposer à la décision de son parent chargé de la mesure d'habilitation en saisissant le juge. Le fait de réserver la saisine du juge aux seuls proches fait reposer la protection du majeur protégé sur la seule diligence de ceux-ci, ce qui peut conduire à une véritable précarité de sa protection. En effet, « qui va saisir le juge si toute la famille fait corps autour de "l'habilité", malgré ses abus dont tout le monde profite ? »⁶⁸².

345. Il semble regrettable que le médecin n'ait pas la possibilité d'intervenir en saisissant directement le juge. Il lui reste la possibilité de se tourner vers le ministère public habilité lui aussi à saisir le juge. Cette solution semble complexe et guère satisfaisante, la protection du majeur dépendant cette fois de la diligence du ministère public à saisir le juge. Il est en revanche possible à « tout intéressé » de saisir le juge afin de contester la mise en œuvre d'un mandat de protection future⁶⁸³. Le médecin ou un proche du majeur pourrait donc le solliciter en cas de refus de soins opposé par le représentant. Mais cette possibilité semble trop lourde à mettre en œuvre en pratique.

⁶⁸⁰ Art. 463 Cc.

⁶⁸¹ Art. 494-10 Cc.

⁶⁸² HAUSER J., « L'habilitation familiale : examen critique d'une nouvelle mesure de protection juridique », *Dr.fam.*, nov. 2016, n°11 dossier 48, §17

⁶⁸³ Art. 484 Cc.

Les médecins confirment qu'ils n'ont pas le temps de se tourner vers le juge en cas de difficultés.

346. L'absence de prise en compte des mesures d'habilitation familiale et de mandat de protection future dans le Code de la santé publique n'est pas dénuée d'effets. Afin de clarifier le régime, il pourrait être judicieux de revoir le Code de la santé publique afin de remplacer les mentions expresses faites au « tuteur » par des mentions visant le « représentant légal ». Ainsi le régime serait unifié pour tous les majeurs représentés.

Conclusion de la seconde section

347. L'autonomie des majeurs protégés représentés est très inégale. Il est observé une différence importante de régime entre les majeurs sous tutelle et les majeurs représentés dans le cadre d'une mesure d'habilitation familiale ou d'un mandat de protection future.
348. Les majeurs sous tutelle ne bénéficient que d'une autonomie très restreinte dans le domaine de la santé. Ils recevront une information et seront informés, mais leur consentement demeure insuffisant pour permettre la mise en œuvre de l'acte. L'intervention du tuteur est incontournable, mais ses possibilités d'action sont strictement encadrées par le législateur. Son refus de soins pourra être surmonté s'il risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du majeur sous tutelle et il ne pourra consentir seul à un acte ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée.
349. Les majeurs représentés non sous tutelle ne sont pas pris en compte par le Code de la santé publique ce qui va entraîner d'importantes variations de leur autonomie. Ils seront libres d'agir seuls dans le domaine de l'information médicale, en revanche, ils seront représentés pour consentir à l'acte. Le régime est ainsi incohérent. Il apparaît également comme moins protecteur puisque les règles spécifiques permettant de surmonter un refus de soins exprimé par le tuteur ne trouvent ici pas application.

Conclusion du chapitre premier

350. L'identification du régime de « droit commun » pour les majeurs protégés en droit de la santé pose des difficultés en raison des règles applicables à l'articulation du Code civil et du Code de la santé publique, mais également du fait de l'absence de prise en compte par ce dernier de certains régimes de protection. Dans l'ensemble, les majeurs protégés non représentés bénéficient d'une autonomie considérable à la différence des majeurs représentés.
351. Le régime applicable aux majeurs protégés manque de cohérence et va être difficile à appliquer pour les médecins. Ils devront vérifier à chaque étape et en fonction du type de protection quelle est l'autonomie du majeur pour recevoir des informations et consentir aux soins. Dans la pratique, ces derniers confirment les difficultés qu'ils ont à identifier le régime juridique applicable aux majeurs protégés. Ces difficultés sont accrues par le fait qu'il existe, en plus de ce régime de droit commun, de nombreux actes faisant l'objet d'une réglementation spécifique. Les médecins devront être attentifs au fait de savoir si selon l'acte concerné, le régime de protection a été ou non pris en compte (**Chapitre second**).

Chapitre second : L'inégal respect de l'autonomie des majeurs protégés en matière d'actes médicaux spécifiquement réglementés

352. Avant la création par la loi du 4 mars 2002 d'un droit commun applicable aux usagers du système de santé, le consentement à l'acte médical faisait déjà l'objet d'une réglementation pour certains actes médicaux spécifiques. Celle-ci a été construite de manière progressive au grès de l'adoption de diverses lois, dont celles relatives à la bioéthique. Ces règles n'ont jamais été pensées dans leur globalité et ne sont pas toujours cohérentes. Elles ont pour but de protéger l'individu dans son intégrité physique en évitant notamment toute instrumentalisation du corps humain.

353. À l'instar du droit commun, des dispositions particulières ont été introduites au profit de certaines catégories de majeurs protégés. Malheureusement, elles ne sont pas toujours bien adaptées à la situation de ces derniers et ont tendance à fortement restreindre leur autonomie. Trop souvent, les majeurs protégés seront privés de leur capacité à consentir à ces actes, voir en seront écartés en raison de l'existence de leur régime de protection. Ces règles visent à protéger le patient, majeur protégé, lorsqu'il doit subir un prélèvement ou une recherche (**Première section**) ou lorsqu'il est confronté à des actes mis en œuvre dans un contexte médical spécifique (**Seconde section**).

Première section : L'autonomie incertaine des majeurs protégés en matière de prélèvements de produits issus du corps humain et de recherches

354. L'article 16-3 du Code civil dispose qu'« il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Certains actes médicaux pratiqués sur une personne sont réalisés au bénéfice d'un tiers, il peut s'agir des prélèvements effectués sur le corps, et de la recherche médicale. Porter atteinte à l'intégrité du corps humain dans l'intérêt thérapeutique d'autrui est acceptable dans la mesure où le patient, pleinement informé des risques, a délivré un consentement libre et éclairé.
355. Lorsque le patient est un majeur protégé, la question est délicate. Celui-ci est atteint dans ses facultés de discernement et n'est pas toujours à même de comprendre la portée de l'acte. Afin de le préserver de toute exploitation, il est nécessaire de restreindre sa participation. D'un autre côté, les majeurs protégés n'ont pas tous le même degré d'altération de leurs facultés de compréhension, et il n'est pas acceptable de les priver systématiquement de l'accès à ces actes au seul motif de l'existence de la mesure de protection. Un tel procédé s'inscrit en contradiction avec l'esprit d'autonomisation des majeurs protégés introduit dans le Code civil par la loi du 5 mars 2007. Une restriction globale faite à l'autonomie des majeurs sous protection juridique apparaît comme d'autant moins acceptable lorsque les procédés ne portent qu'une atteinte très limitée à l'intégrité physique.
356. La loi actuelle restreint fortement la participation des majeurs protégés aux prélèvements réalisés dans l'intérêt thérapeutique d'autrui **(I)** ainsi qu'aux actes réalisés dans le cadre d'une recherche **(II)**. Cette restriction est trop limitative de leur autonomie et la liste des actes concernés appelle à de nombreuses critiques.

I L'autonomie limitée des majeurs protégés pour les prélèvements réalisés dans l'intérêt thérapeutique d'autrui

357. Afin de préserver l'intégrité physique des majeurs protégés, le législateur est venu restreindre leur participation à certains actes médicaux réalisés dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. C'est le cas des prélèvements de produits issus du corps humain effectués sur la personne du majeur. Le droit positif adopte ici deux positions, d'un côté l'interdiction pour les majeurs protégés d'accéder aux prélèvements sanguins ou d'organes (A), de l'autre, un accès possible, mais strictement encadré pour le prélèvement de cellules (B). La position du législateur n'est pas toujours compréhensible et de nombreuses critiques peuvent être soulevées.

A) *L'autonomie restreinte des majeurs protégés pour les prélèvements de sang et d'organes*

358. Les prélèvements de sang dans l'intérêt thérapeutique d'autrui (1) et d'organes (2) réalisés sur les majeurs protégés de leur vivant sont strictement interdits⁶⁸⁴. Cette interdiction ne tient aucun compte des facultés de discernement réelles du majeur. Ce dernier est privé de la possibilité de participer à ces actes en raison de la seule existence de sa protection juridique, ce qui est très discutable. En outre, toutes les mesures de protection juridique ne sont pas prises en compte par les articles du Code de la santé publique, ce qui rend le régime applicable aux majeurs protégés incohérent.

⁶⁸⁴ CHARBONNEAU C., « Don et utilisation du corps humain », Droit médical et hospitalier, Lexis Nexis, Fasc. 32, 2009 ; BINET J-R., « Respect et protection du corps humain — Organes, tissus, cellules, produits », J.-CL. Civ., fasc. 22, 2016 ; BINET J-R., « Respect et protection du corps humain — sang humain », J.-CL. Civ., fasc. 24, 2017 ; AULOIS-GRIOT M., « Législations spécifiques — éthique et biotechnologies, Les produits dérivés du sang et de ses composants », Droit médical et hospitalier, Lexis Nexis, Fasc. 35-1, 2011

1) L'autonomie restreinte des majeurs protégés pour les prélèvements sanguins

359. L'article L. 1221-5 du Code de la santé publique dispose qu'« aucun prélèvement de sang [...] en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui ne peut avoir lieu [...] sur une personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale ». L'interdiction de réaliser un prélèvement sanguin sur un majeur protégé semble claire, cependant des nuances peuvent être apportées⁶⁸⁵.

360. L'interdiction ne concerne que les prélèvements réalisés dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Aussi, des prélèvements réalisés dans un but autre que thérapeutique sont possibles. L'article L. 1221-8-1 semble confirmer cette possibilité. Celui-ci dispose que « le sang et ses composants peuvent être utilisés dans le cadre d'une activité de recherche [...]. Dans ce cas, la recherche est menée à partir de prélèvements réalisés soit dans une finalité médicale, soit dans le cadre d'une recherche impliquant la personne humaine ». La recherche n'est pas toujours réalisée dans l'intérêt de la personne sous protection juridique, il est donc possible d'effectuer un prélèvement sanguin pour des raisons autres que thérapeutiques. Pour que ce prélèvement puisse être réalisé, il faut que le majeur remplisse les conditions pour participer à une recherche⁶⁸⁶. Il n'est ici pas précisé si la personne protégée peut elle-même consentir à ce prélèvement ou si celui-ci est émis par son « protecteur ». Dans la mesure où le prélèvement est réalisé pour les besoins de l'activité de recherche, il est possible de considérer que les règles applicables au recueil du consentement du majeur pour les activités de recherches sont ici applicables. Il existe donc une légère atténuation à l'interdiction de réaliser un prélèvement sanguin sur un majeur protégé dans l'intérêt thérapeutique d'une autre personne. L'exception reste cependant faible dans la mesure où la participation des majeurs protégés à une recherche est fortement encadrée. Ils restent majoritairement écartés des prélèvements sanguins réalisés dans l'intérêt d'un tiers.

⁶⁸⁵ BINET J-R., « *Respect et protection du corps humain — sang humain* », *op. cit.* ; AULOIS-GRIOT M., *op. cit.*

⁶⁸⁶ V. § 377 et s.

361. Il est difficile de comprendre le bien - fondé de l'interdiction. Ce n'est pas parce qu'une personne est protégée qu'elle est privée de toute faculté de discernement. Elle pourrait parfaitement être en mesure de comprendre les informations liées au don du sang et souhaiter y participer, or on la prive de cette possibilité en raison de sa protection juridique, ce qui n'est pas acceptable. Certes, la préservation de l'intégrité physique des majeurs est ici optimale, mais la restriction faite à leur autonomie est disproportionnée au regard de la bénignité de l'acte concerné. Le don du sang n'a qu'un faible caractère intrusif et ne met pas en danger la santé du majeur. De plus, au vu des conditions d'anonymat fixées entre le donneur et le receveur⁶⁸⁷, le majeur ne subit aucune pression pour donner son sang. Il est alors difficilement justifiable d'écarter tous les majeurs protégés de la possibilité de donner leur sang, d'autant plus lorsque les réserves sont faibles. Cette position est d'autant plus surprenante dans la mesure où il existe des possibilités de réaliser des prélèvements sanguins sur des mineurs pour des motifs « d'urgence thérapeutique »⁶⁸⁸. Il est donc nécessaire de revoir la rédaction de cet article afin que le placement sous mesure de protection juridique ne soit plus un obstacle à la réalisation d'un prélèvement sanguin dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.

2) L'autonomie restreinte des majeurs protégés pour les prélèvements d'organes

362. Les prélèvements d'organes sont interdits sur les majeurs protégés vivants⁶⁸⁹. Dans la mesure où cet acte est très invasif, cette restriction à la participation du majeur paraît bien fondée. Il ne serait pas acceptable de le voir subir cette atteinte à son intégrité corporelle sans être certain qu'il en a compris les risques. L'interdiction totale et absolue permet également de préserver le majeur protégé de toute pression morale pouvant être exercée sur lui afin de l'inciter à accepter le prélèvement. En effet, en raison des exigences de compatibilité entre le donneur et le receveur, ce prélèvement se fait nécessairement au profit d'un membre de la famille du donneur⁶⁹⁰. Il y a donc un lien

⁶⁸⁷ Art. L. 1221-7 CSP

⁶⁸⁸ Art. L. 1221-5 CSP ; V. § 37 et s.

⁶⁸⁹ Art. L. 1231-2 Code de la santé publique ; BINET J-R., « *Respect et protection du corps humain — Organes, tissus, cellules, produits* », J.-CL. Civ., fasc. 22, 2016

⁶⁹⁰ Art. L. 1231-1 CSP : il s'agit nécessairement des parents du receveur, ou par exception de son conjoint, ses frères ou sœurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère.

familial étroit dans le cadre du don, et les pressions pour la réalisation d'un tel acte peuvent s'avérer très fortes surtout lorsque la personne concernée est la seule compatible. Le donneur potentiel pourrait également ressentir une pression psychologique importante. De la réalisation du prélèvement dépend souvent la survie du receveur. Il lui est demandé de permettre, ou non, la survie d'un membre de sa famille. La faculté de décider n'apparaît qu'illusoire⁶⁹¹, le donneur n'ayant pas réellement, d'un point de vue moral, la possibilité de refuser l'acte. Il est compréhensible que le législateur ait souhaité préserver le majeur vulnérable d'une telle situation, en l'empêchant de participer à cet acte. D'autant que la personne chargée de la protection du majeur fait souvent partie de sa famille et il est à craindre un risque de pression accrue. D'un autre côté, il n'est absolument pas tenu compte des facultés réelles de compréhension de la personne ce qui n'est pas acceptable et implique une nécessaire révision législative.

363. Les prélèvements d'organes sont autorisés sur une personne décédée. Conformément à l'article L. 1232-1 du Code de la santé publique, un prélèvement d'organes à des fins thérapeutiques est possible sur une personne dûment décédée. Par principe, « ce prélèvement peut être pratiqué sur une personne majeure dès lors qu'elle n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement ». L'article L. 1232-2 précise que « si la personne décédée était [...] un majeur sous tutelle, le prélèvement [...] ne peut avoir lieu qu'à la condition que [...] le tuteur y consente par écrit ». Cette disposition appelle à plusieurs remarques⁶⁹². Elle ne vise que les majeurs sous tutelle. Les autres majeurs protégés relèveront du régime de droit commun. Leurs organes pourront être prélevés en l'absence d'opposition émise de leur vivant, si besoin en étant assistés ou représentés pour le faire conformément aux règles de l'article 459 du Code civil. Cette omission contribue à créer une différence de traitement entre les majeurs sous tutelle et les autres majeurs protégés.

364. Le prélèvement ne s'effectuera qu'avec le consentement du tuteur, ce qui n'est pas satisfaisant. D'une part, la seule volonté du majeur sous tutelle de ne pas refuser

⁶⁹¹ DREIFUSS - NETTER F., « Les donneurs vivants ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité », *D.* 2005 p. 1808

⁶⁹² BERNARD-XEMARD C., « Prélèvements d'organes *post mortem* et incapacité juridique », *Dr.fam.*, juill. 2012, n°7-8 étude 14

l'acte de son vivant⁶⁹³ est insuffisante à garantir la réalisation de celui-ci. L'article R. 1232-10 impose de vérifier si le majeur protégé a émis un refus de son vivant, mais en l'absence de celui-ci, le prélèvement ne se fera qu'avec le consentement du tuteur ce qui n'est que peu respectueux de la volonté du majeur. Les autres personnes chargées de la protection du majeur ne bénéficient pas du pouvoir de consentir au prélèvement et il n'y a pas de raisons valables pour octroyer ce droit au tuteur. D'autre part, le fait de faire appel au tuteur est incompréhensible d'un point de vue juridique. Une mesure de protection juridique s'achève au décès de la personne protégée⁶⁹⁴. Le tuteur n'a alors plus aucune qualité pour intervenir dans la protection de la personne du majeur. Exiger son consentement dans ce domaine n'est pas justifiable. La question du prélèvement d'organe sur une personne décédée est sensible et relève de l'intimité familiale. Si le législateur souhaitait soumettre cet acte à autorisation, il aurait été préférable que le consentement soit celui du conjoint, des enfants du majeur ou de l'un de ses ayants droit. Il paraît normal que la décision appartienne à la famille en deuil et non à un tiers. Lorsque le tuteur fait partie de la famille du défunt, son intervention est légitime, mais lorsqu'il s'agit d'un mandataire professionnel, elle n'est pas justifiable et peut être perçue par les membres de la famille comme une intrusion dans un événement relevant de l'intimité familiale. Il faut revoir cette législation.

365. Bien que contestable notamment en raison de la mise à l'écart de la famille du majeur protégé, ce type de prélèvement n'est pas le plus problématique par rapport à la préservation de l'intégrité physique du majeur, celui-ci étant décédé lors de la réalisation de l'acte. D'autres prélèvements peuvent s'avérer plus délicats.

⁶⁹³ Conformément à l'article R.1232-6 du CSP le majeur sous tutelle a la possibilité, comme toute personne, d'inscrire son refus dans le registre prévu à cet effet.

⁶⁹⁴ Art. 443 Cc.

B) L'autonomie restreinte des majeurs protégés pour les prélèvements de tissus et cellules

366. Un régime spécifique a été mis en place par le législateur pour le prélèvement de tissus et de cellules effectué sur la personne du majeur protégé⁶⁹⁵. Les règles vont évoluer en fonction de l'origine du prélèvement. Lorsque les tissus et cellules ne proviennent pas de la moelle osseuse (1), le principe est celui de l'interdiction. En revanche, lorsqu'ils sont issus de celle-ci (2), un prélèvement est exceptionnellement possible. À nouveau, une différence de traitement des majeurs en fonction de leur régime de protection est instaurée.

1) L'autonomie restreinte des majeurs protégés pour les prélèvements de tissus et de cellules non issues de la moelle osseuse

367. Les prélèvements de tissus ou cellules non issues de la moelle osseuse⁶⁹⁶ réalisés dans l'intérêt thérapeutique d'autrui demeurent interdits aux majeurs protégés. Ces deux prélèvements font l'objet d'une interdiction stricte ne souffrant d'aucune exception. À première vue une telle interdiction semble compréhensible au regard de la nature de l'acte, invasive et sans bénéfice pour le majeur.

368. Toutefois, il est nécessaire de s'interroger sur le bien-fondé d'une interdiction aussi stricte, applicable à toutes les catégories de majeurs protégés. Les régimes de protection sont instaurés en fonction du degré d'altération des facultés de la personne. Parfois, l'altération n'est que légère. De plus, selon la pathologie du majeur, son aptitude à consentir varie selon divers facteurs, et il peut être en mesure d'émettre un consentement libre et éclairé. Une révision de cette interdiction est donc à envisager⁶⁹⁷. Les prélèvements de tissus ou de cellules n'ont que de faibles conséquences sur la santé des donneurs et l'interdiction semble disproportionnée. Il serait plus juste de permettre aux majeurs protégés aptes à délivrer ce type de consentement, de pouvoir le faire.

⁶⁹⁵ BINET J-R., « Respect et protection du corps humain — Organes, tissus, cellules, produits », J.-CL. Civ., fasc. 22, 2016 ; CHARBONNEAU C., « Don et utilisation du corps humain », Droit médical et hospitalier, Lexis Nexis, fasc. 32, 2009

⁶⁹⁶ Art. L. 1241-2 CSP

⁶⁹⁷ V. § 784

D'autant plus qu'il est possible de réaliser à titre exceptionnel des prélèvements de cellules hématopoïétiques sur les majeurs protégés, l'ouverture de cet acte semble alors logique.

2) L'autonomie restreinte des majeurs protégés pour les prélèvements de cellules hématopoïétiques

369. Les prélèvements de tissus ou de cellules sur la personne du majeur protégé vivant au bénéfice d'un tiers sont interdits⁶⁹⁸. Cette interdiction connaît cependant une atténuation en fonction de l'origine des cellules. Lorsqu'il s'agit de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse, un prélèvement sur un majeur protégé est possible⁶⁹⁹ sous certaines conditions. En remarque préliminaire, il est à noter que comme pour les mineurs⁷⁰⁰, seul un prélèvement par ponction est réalisable sur un majeur protégé. Le prélèvement par aphérèse demeure interdit en raison de l'interdiction posée à l'article L. 1221-6 de modifier les caractéristiques du sang d'un majeur protégé. Seule une modification de cet article permettra de procéder à un prélèvement par aphérèse, technique moins contraignante pour le donneur.

370. Les cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse sont utilisées pour soigner des maladies graves telles que les leucémies. Dans le cadre d'une greffe, l'histocompatibilité entre le donneur et le receveur pour ce type de cellules est presque inexistante en dehors de la sphère familiale. Le seul moyen pour tenter de sauver la vie de la personne atteinte de cette maladie est d'autoriser le prélèvement au sein de la sphère familiale, y compris sur les membres de la famille faisant l'objet d'une mesure de protection légale. La volonté du législateur de permettre la réalisation de ces prélèvements est compréhensible. Toutefois, afin d'éviter des atteintes trop fréquentes à son intégrité, ils doivent répondre à des conditions strictes pour pouvoir être mis en œuvre. Ainsi, ils ne seront possibles qu'à titre exceptionnel en l'absence de toute autre solution thérapeutique. Un comité d'experts vérifiera « que tous les moyens ont été mis

⁶⁹⁸ Art. L. 1241-2 CSP ; BINET J-R., *op. cit.*; CHARBONNEAU C., *op. cit.*

⁶⁹⁹ Art. L. 1241-4 CSP

⁷⁰⁰ V. § 44 et s.

en œuvre pour trouver un donneur majeur suffisamment compatible pour le receveur »⁷⁰¹ qui ne soit pas une personne protégée⁷⁰². Les règles applicables au consentement vont varier en fonction du régime de protection du majeur et de son aptitude à délivrer un consentement libre et éclairé.

371. Lorsque le majeur protégé est sous tutelle, l'information relative au prélèvement est délivrée au majeur ainsi qu'à son tuteur⁷⁰³. Le prélèvement « est subordonné à une décision du juge des tutelles compétent qui se prononce après avoir recueilli l'avis de la personne concernée lorsque cela est possible, du tuteur et du comité d'experts »⁷⁰⁴. Il est effectué au bénéfice du frère ou de la sœur du majeur. Le consentement du majeur est insuffisant pour réaliser le prélèvement sans l'accord du juge, ce qui constitue une restriction importante à son autonomie lorsqu'il est apte à délivrer un consentement éclairé. De même, les pouvoirs du tuteur sont restreints dans la mesure où il ne pourra pas consentir seul à cet acte. Le régime se rapproche ici de l'article 459 du Code civil qui dispose que le tuteur ne peut prendre sans l'autorisation du juge « une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée ». Le fait de ne pas laisser au seul tuteur le pouvoir de décider ou non de ces prélèvements est une bonne chose pour préserver l'intégrité physique du majeur. Le tuteur est souvent un membre de la famille de la personne protégée, et ses propres intérêts familiaux⁷⁰⁵ pourraient entrer en conflit avec ceux du majeur.

372. Lorsque le majeur est sous curatelle ou sous sauvegarde de justice, la législation va évoluer en fonction de son aptitude ou non à consentir. Une information est délivrée au majeur, ainsi qu'à son curateur si celui-ci est sous curatelle⁷⁰⁶. Puis le juge auditionne le majeur⁷⁰⁷. « Si le juge des tutelles estime, après l'avoir entendue, que la personne protégée a la faculté de consentir au prélèvement, celui-ci est subordonné à une

⁷⁰¹ Art. L. 1241-4 CSP

⁷⁰² Art. R. 1241-9 et R. 1241-14 CSP

⁷⁰³ Art. R. 1241-12 CSP

⁷⁰⁴ Art. L. 1241-4 CSP ; Art. R. 1241-13 et R. 1241-15 CSP

⁷⁰⁵ Les prélèvements étant réalisés au profit d'un membre de la famille du majeur, son tuteur, s'il fait également partie de sa famille pourrait avoir des difficultés à décider de façon objective en fonction des seuls intérêts du majeur, s'il convient ou non de réaliser ces prélèvements.

⁷⁰⁶ Art. R. 1241-5 CSP

⁷⁰⁷ Art. L. 1241-4 CSP et Art. R. 1241-6 CSP

autorisation du comité d'experts [...] après recueil du consentement de l'intéressé »⁷⁰⁸. Un majeur sous sauvegarde de justice ou sous curatelle, bien que jugé apte à consentir, n'est pas traité comme n'importe quel majeur. À nouveau, son consentement n'est pas suffisant pour autoriser le prélèvement, ce qui constitue une atteinte importante à son autonomie. Le prélèvement s'effectuera au bénéfice des frères et sœurs du majeur, ou pourra exceptionnellement être réalisé au bénéfice des cousins, oncles et tantes, neveux et nièces lorsqu'il est apte à consentir.

Lorsque le majeur n'est pas considéré comme apte à consentir par le juge, un prélèvement demeure possible au bénéfice de son frère ou de sa sœur. La procédure applicable est la même que dans le cadre d'une tutelle⁷⁰⁹. Le juge recueille l'avis du curateur ou du mandataire spécial désigné à cet effet, ainsi que l'avis du comité d'experts puis rendra sa décision. Quoi qu'il en soit, le refus du majeur constituera un obstacle au prélèvement. Il semble que le législateur fasse prévaloir la santé des tiers sur celle du majeur en autorisant le prélèvement en l'absence de consentement du majeur⁷¹⁰. Toutefois, l'opposition de ce dernier faisant obstacle au prélèvement, à condition qu'il soit en mesure d'exprimer son refus, sa volonté conserve donc une place importante dans la mise en œuvre de cet acte.

373. L'article L. 1241-4 ne vise pas les autres catégories de protection juridique, aussi faut-il en conclure que les majeurs sous habilitation familiale ou mandat de protection future ne peuvent faire l'objet de ces prélèvements, conformément à l'interdiction posée à l'article L. 1241-2. Le fait de ne pas avoir pris en compte ces majeurs rend le régime applicable aux majeurs protégés incohérent et dépourvu de sens. L'habilitation familiale est une mesure de représentation. S'il est possible d'effectuer des prélèvements sur les majeurs sous tutelle qui font l'objet d'une mesure similaire, il apparaît difficilement justifiable de ne pas pouvoir le faire sur les personnes sous habilitation familiale. Cette réflexion est applicable aux majeurs sous mandat de protection future. Il serait plus logique de prendre en compte l'intégralité des mesures de protection existante à l'article

⁷⁰⁸ Art. L 1241-4 CSP

⁷⁰⁹ Art. R. 1241-11 CSP ; DREIFUSS -NETTER F., « Les donneurs vivants ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité », *D.* 2005 p. 1808

⁷¹⁰ SAUVAGE F., « Le consentement à l'acte médical du patient sous protection juridique », *Médecine et Droit* 2011 p. 235

L. 1241-4 et autoriser, à titre exceptionnel, la mise en œuvre de cet acte sur l'ensemble des majeurs protégés si les conditions en sont remplies.

374. Il est également à regretter que dans le système actuel, les ascendants et les descendants du majeur aient été oubliés⁷¹¹. En effet, un prélèvement est possible pour les frères et sœurs, les oncles et tantes, les neveux et nièces, les cousins, mais pas pour les enfants ou les parents du majeur. Cela semble paradoxal et incompréhensible. Il est possible de supposer que le législateur a volontairement écarté les parents de la liste des bénéficiaires en raison des fortes probabilités qu'ils soient désignés comme tuteurs de leur enfant majeur protégé, ce qui donnerait naissance à des conflits d'intérêts. Cependant, ce risque est également vrai, lorsque le parent tuteur doit donner son avis quant à la réalisation d'un prélèvement au bénéfice de ses autres enfants, frères ou sœurs du majeur protégé. En réalité, à partir du moment où le tuteur fait partie de la famille du majeur protégé et qu'il doit se prononcer sur l'opportunité de réaliser un prélèvement au profit d'un autre membre de sa famille, les intérêts de la personne sous protection ne sont plus préservés de façon optimale. L'interdiction de réaliser un prélèvement au profit des ascendants du majeur n'est donc pas une solution pour assurer sa protection. Il ne faut pas oublier que ce n'est pas le tuteur ou le curateur qui prend la décision, mais le juge ou le majeur lui-même. L'avis de la personne chargée de la protection juridique du patient ne constitue qu'un simple avis et non un consentement à l'acte. Par son intervention, le juge vérifiera que les intérêts du majeur sont préservés, il n'est donc pas nécessaire de les écarter des bénéficiaires du prélèvement pour le protéger. De même, l'absence des descendants du majeur protégé comme receveurs est incompréhensible et constitue une source de souffrance. Il contribue à sauver la vie de ses frères et sœurs, neveux et nièces, oncles et tantes, cousins et cousines, mais pas de ses propres enfants. Cette interdiction n'est pas fondée, le juge veillant au respect des intérêts du majeur. La législation encadrant les prélèvements pouvant être effectués sur les majeurs protégés n'apparaît pas comme satisfaisante et nécessiterait d'être revue.

⁷¹¹ DIONISI-PEYRUSSE A., « Prélèvement de moelle osseuse sur personnes vulnérables : les parents oubliés », *RJPF.*, 2001, n°3, p.37

375. Outre les prélèvements, la participation d'un majeur protégé est également restreinte en matière de recherche.

II L'autonomie limitée des majeurs protégés en matière de recherche

376. La participation des majeurs protégés à une recherche médicale est strictement encadrée⁷¹². Lors de sa réalisation, « l'intérêt des personnes qui se prêtent à une recherche impliquant la personne humaine prime toujours les seuls intérêts de la science et de la société »⁷¹³. Pour ce faire, elle doit se fonder sur le dernier état des connaissances scientifiques et sur une expérimentation préclinique suffisante ; le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche ne doit pas être hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche⁷¹⁴.

377. Les majeurs protégés ne pourront être sollicités que de manière exceptionnelle. Conformément à l'article L. 1121-8 du Code de la santé publique, la participation n'est possible « que si des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur une autre catégorie de la population et dans les conditions suivantes : soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ; soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres personnes placées dans la même situation. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal ». Le régime sera différent selon que le majeur est **(A)** ou non **(B)** sous sauvegarde de justice.

⁷¹² BINET J-R., « *Bioéthique* » J.-CL. Civ., synthèse 20, 2018 ; BERGOIGNAN-ESPER C., « *Santé* », J.-CL. Adm., synthèse 110, 2017 ; PENNEAU J., « *Corps humain — bioéthique* », Rép. Civ., 2012 ; BEVIÈRE-BOYER B., « *Respect et protection du corps humain — Recherche impliquant la personne humaine* », J.-CL. Civ., fasc. 60, 2018 ; BEVIÈRE-BOYER B., « *Respect et protection du corps humain — Recherche impliquant la personne humaine — Mise en œuvre* », J.-CL. Civ., fasc. 62, 2018

⁷¹³ Art. L. 1121-2 CSP

⁷¹⁴ Art. L. 1121-2 CSP

A) *L'autonomie absente des majeurs sous sauvegarde de justice en matière de recherche*

378. Dans le cadre de la sauvegarde de justice, le majeur agit seul. Son régime de protection lui assure une protection *a posteriori*, l'acte passé peut être réduit pour excès ou rescindé pour lésion⁷¹⁵. Ce type de protection fonctionne pour les actes patrimoniaux, mais paraît insuffisant pour les actes relevant du domaine personnel. L'atteinte portée à l'intégrité physique du majeur est parfois irréversible. Une protection *a priori* avant la survenance d'un dommage paraît préférable. Ceci se révèle particulièrement vrai dans le cadre d'une recherche biomédicale dont on ignore à l'avance les effets sur la santé du participant. La recherche vise à tester de nouvelles techniques contribuant à faire progresser la science. Les interactions du produit testé avec l'organisme humain ne sont pas connues. En cas de dommages provoqués par la recherche, il sera parfois difficile d'en effacer les conséquences. Le mécanisme de protection *a posteriori* est donc inefficace pour protéger l'intégrité physique du majeur, d'où l'interdiction décidée par le législateur.

379. Cependant, cette mesure apparaît comme disproportionnée. De nombreux critères sont mis en place de façon à assurer la protection des majeurs protégés lors de leur participation à la recherche. Conformément à l'article L. 1121-8 du Code de la santé publique,⁷¹⁶ ils ne sont sollicités « que si des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur une autre catégorie de la population » et lorsque « l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru » ou que « ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres personnes placées dans la même situation. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal ». La participation d'un majeur protégé à une recherche est donc fortement restreinte par ces critères. Une sollicitation exceptionnelle est préférable à une interdiction absolue. En effet, les recherches permettent de tester de nouveaux médicaments ou de nouvelles thérapies. Parfois, ces nouveaux procédés thérapeutiques sont destinés à l'usage de personnes vulnérables, comme les traitements destinés à des

⁷¹⁵ Art. 435 Cc.

⁷¹⁶ V. § 382 et s.

personnes atteintes de troubles bipolaires. Pour s'assurer de l'efficacité et de l'innocuité de ces produits, il faut les tester sur des personnes atteintes par ces pathologies. Or, celles-ci étant vulnérables, elles seront souvent placées sous mesure de protection juridique. Interdire les recherches sur les personnes placées sous sauvegarde revient à se priver de l'expérimentation d'un traitement sur des personnes qui certes sont vulnérables, mais dont les facultés de discernement ne sont que faiblement atteintes.

380. La réalisation de recherches sur des majeurs sous sauvegarde de justice peut s'avérer indispensable. Il faut ici prendre l'exemple des traitements destinés à limiter les effets de la maladie d'Alzheimer. Les facultés des patients en début de maladie ne sont souvent que légèrement altérées, et un placement sous sauvegarde de justice est envisageable. Cela signifie qu'il ne sera pas possible d'expérimenter les traitements sur ces personnes dont la maladie vient d'être diagnostiquée. Il faudra attendre une aggravation de leur état ainsi qu'une modification de leur protection juridique pour pouvoir le faire. Cela paraît curieux d'autoriser sa participation à la recherche à un moment où elle n'est plus nécessairement en mesure de comprendre ce à quoi elle s'engage, alors que cela lui est refusé lorsqu'elle le peut. D'autant plus que selon l'article L. 1121-8, les majeurs protégés ne peuvent être sollicités que lorsque les bénéfices sont supérieurs aux risques encourus, ou du moins lorsqu'ils s'avèrent minimales, si les bénéfices concernent des tiers. La personne est privée d'une expérimentation qui pourrait lui être bénéfique uniquement au regard de son placement sous sauvegarde de justice, ce qui constitue une mesure discriminatoire. Cette mesure doit par conséquent être modifiée de façon à aligner le régime des majeurs sous sauvegarde de justice sur celui des autres majeurs protégés.

B) L'autonomie restreinte des majeurs protégés non sous sauvegarde de justice en matière de recherche

381. Le législateur a prévu des règles applicables à une recherche effectuée sur un majeur sous tutelle ou curatelle⁷¹⁷. L'article L. 1121-8 du Code de la santé publique

⁷¹⁷ Art. L. 1122-2 CSP

dispose que les majeurs sous protection juridique ne sont sollicités « que si des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur une autre catégorie de la population ». De plus, il conviendra de vérifier que « l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ». En principe, le majeur protégé ne pourra participer à la recherche que si elle est à son bénéfice. Il est également possible que sa participation soit requise sans que cela soit dans son intérêt. Le législateur précise alors que ces recherches doivent se justifier « au regard du bénéfice escompté pour d'autres personnes placées dans la même situation. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal ». La participation du majeur à la recherche n'est donc qu'exceptionnelle.

382. Lorsqu'ils sont sollicités pour participer à la recherche, les majeurs protégés reçoivent une information adaptée à leur capacité de compréhension est délivrée par l'investigateur ainsi que par la personne en charge de sa protection⁷¹⁸, ce qui est conforme aux règles issues du Code civil, prévoyant que la personne protégée reçoit de la part de l'organe chargé de sa protection, toutes les informations pouvant le concerner⁷¹⁹. L'article L. 1122-2 précise qu'« ils sont consultés dans la mesure où leur état le permet. Leur adhésion personnelle en vue de leur participation à la recherche impliquant la personne humaine est recherchée. En toute hypothèse, il ne peut être passé outre à leur refus ou à la révocation de leur acceptation ». Le consentement à la recherche sera délivré différemment en fonction du type de protection.

383. Pour les majeurs sous tutelle. Le consentement sera donné par le tuteur. Toutefois, si le Comité de protection des personnes, chargé de donner un avis conforme à la recherche, considère « que la recherche comporte, par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain » alors le consentement du conseil de famille s'il a été institué, ou du juge des tutelles sera également exigé. À nouveau on retrouve l'idée de l'impossibilité pour le tuteur de consentir seul à un acte « ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne

⁷¹⁸ Art. L. 1122-2 CSP

⁷¹⁹ Art. 457-1 cc.

protégée ou à l'intimité de sa vie privée » figurant à l'article 459. Le majeur est ici protégé dans la mesure où le tuteur n'est pas laissé seul face à la prise de décision pour les actes les plus graves. Cependant, est-il vraiment possible d'évaluer à l'avance le degré de gravité d'une recherche dont le but est souvent de vérifier l'innocuité d'un traitement ?

Il est également possible de se demander si le fait d'imposer le consentement du tuteur est nécessaire lorsque le majeur est apte à consentir et qu'il a adhéré à la recherche et s'il ne serait pas préférable de le laisser décider seul. Compte tenu de l'objectif protecteur de cette législation, et de l'état d'altération souvent élevé des facultés mentales d'un majeur sous tutelle, la restriction faite ici à son autonomie semble acceptable. Cependant, il faut s'interroger sur ce qu'il convient de faire lorsque le majeur adhère à la recherche et que son tuteur s'y oppose. Pour les recherches nécessitant l'accord du juge ou du conseil de famille, ils pourront trancher, mais dans le cas contraire, la question demeure ouverte. Le cas inverse est prévu et il ne peut être passé outre le refus du majeur d'adhérer à la recherche, même si le tuteur y a consenti.

384. Selon l'article L. 1122-2, « lorsqu'une recherche impliquant la personne humaine est effectuée sur une personne majeure sous curatelle, le consentement est donné par l'intéressé assisté par son curateur ». Toutefois, comme dans le cas précédent, lorsque le Comité considère que la recherche comporte, « par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain », le juge des tutelles sera saisi. Il vérifiera l'aptitude du majeur à consentir. En cas d'inaptitude, c'est lui qui prendra la décision d'autoriser ou non la recherche. À nouveau, le refus du majeur fera obstacle à la recherche. Le système mis en place opère une certaine harmonie entre la protection de l'intégrité physique du majeur et son autonomie.

385. À nouveau, les autres majeurs protégés ne sont pas pris en compte. Mis à part le fait qu'ils ne pourront être sollicités que de façon exceptionnelle, aucune règle spécifique ne s'applique à leur cas. Ils seront traités comme des majeurs non protégés et exprimeront seuls leur consentement⁷²⁰. L'article 459 permet toutefois au juge d'autoriser leur assistance ou leur représentation dans ce domaine. Le système est

⁷²⁰ Art. L. 1122-1-1 CSP

incohérent dans la mesure où des personnes représentées pourront décider seules alors que ce n'est pas le cas des majeurs sous tutelle. Ici l'intervention du juge n'est pas non plus obligatoire si l'état de la personne lui permet de prendre une décision personnelle éclairée. La protection offerte au majeur et à son intégrité physique est donc plus faible. Afin d'harmoniser le régime, il serait préférable de prévoir également les règles s'appliquant aux autres majeurs protégés.

Conclusion de la première section

386. L'autonomie des majeurs protégés est fortement restreinte pour les actes liés aux prélèvements et à la recherche. Les prélèvements sanguins ne peuvent être pratiqués sur les majeurs protégés dans l'intérêt thérapeutique d'autrui, sauf dans le cadre d'une recherche. Leur absence d'autonomie est ici peu compréhensible, l'acte ne présentant pas de risque pour leur santé. Une interdiction existe également pour les prélèvements d'organes, de tissus ou de cellules pratiqués sur un majeur vivant, mais ils peuvent être réalisés en cas de décès.
387. Le majeur protégé retrouve une autonomie restreinte pour les prélèvements de cellules issues de la moelle osseuse ainsi que pour participer à une recherche médicale. Les règles encadrant la participation du majeur à ces actes vont alors fortement varier en fonction de son régime de protection, ce qui donne le sentiment d'un régime décousu de cohérence.
388. Cette absence de cohérence se retrouve également en matière de législation applicable aux actes liés au début et à la fin de vie ainsi que ceux pratiqués dans le cadre d'une procédure de soins psychiatriques sans consentement (**Seconde section**).

Seconde section : L'autonomie incertaine des majeurs protégés pour les actes liés au début et à la fin de vie ou concernant les soins psychiatriques

389. Outre les actes réalisés dans l'intérêt thérapeutique d'autrui, il existe des actes spécifiquement réglementés qui concernent le début et la fin de la vie (I) tels que les actes liés à la procréation ou ceux qui se pratiquent pour aider la personne sur le point de décéder. De même, un régime spécifique est mis en place pour les soins prodigués dans le domaine psychiatrique (II).
390. Dans tous les cas, des dispositions spécifiques concernent les majeurs protégés. Là encore, leur autonomie est incertaine. Elle va varier en fonction de l'acte concerné ainsi que de la mesure de protection. Il va dans l'ensemble être constaté que les majeurs disposent d'une autonomie importante pour les actes liés au début et à la fin de la vie, mais celle-ci sera bien plus restreinte pour les actes liés à la délivrance de soins psychiatriques.

I La grande autonomie des majeurs protégés pour les actes liés au début et à la fin de vie

391. Il existe de nombreux actes en lien avec le début ou la fin de la vie, qui font l'objet d'une réglementation spécifique. Pour le début de la vie (**A**), il s'agit des actes liés à la procréation et à la grossesse. Ainsi, un régime spécial s'applique en matière de contraception, d'accès à la procréation médicalement assistée ou à l'interruption de grossesse. La fin de vie (**B**) est également prise en compte et des règles vont concerner la question de l'arrêt des soins ou de l'expression anticipée par le patient de sa volonté.

392. Les majeurs protégés sont partiellement pris en compte par ces règles. Il va être constaté que le législateur leur a accordé une grande autonomie dans ces actes.

A) La grande autonomie des majeurs protégés pour les actes médicaux liés à la procréation et à la grossesse

393. Les actes liés à la conception d'un enfant (**1**) ou à la grossesse (**2**) font l'objet d'un régime spécifique. Les majeurs protégés ne sont pas toujours pris en compte de manière satisfaisante dans ce domaine, mais, lorsqu'ils le sont, bénéficient d'une grande autonomie.

1) L'inégale autonomie des majeurs protégés pour l'accès à une méthode contraceptive

394. La contraception⁷²¹ permet de prévenir l'apparition d'une grossesse. Chez les majeurs protégés, la question de l'accès à celle-ci représente un enjeu capital. Ces personnes ne disposent pas toujours des facultés nécessaires pour comprendre la

⁷²¹ VAN DEN BRINK H., « *Les contraceptifs et abortifs* », Droit pharmaceutique, Lexis Nexis, fasc. 61-20, 2016 ; GAUMONT-PRAT H., « *Contraception et stérilisation contraceptive* », Lamy droit de la santé, étude 334, 2016 ; DARRIEUX P., FOSSIER T., « La contraception et les personnes handicapées mentales », *Gaz. Pal.*, 2 janv, 1998, p.9

manière dont survient une grossesse ni les implications de celle-ci dans leur vie. Or, ces majeurs revendiquent un accès à la sexualité⁷²². Lorsque les majeurs protégés sont pris en charge dans des établissements médico-sociaux, ou en hôpital psychiatrique, la question est particulièrement délicate, d'autant que ces établissements sont généralement mixtes⁷²³. Il s'agit de concilier le droit à l'intimité et à la sexualité des résidents⁷²⁴ et la protection de leur intégrité physique qui passe par la nécessité de prévenir une grossesse non désirée ou ne pouvant être assumée.

395. Des règles sont mises en place concernant l'accès à la contraception. Il existe les méthodes « classiques » de contraception **(a)**. Parfois, l'état mental du majeur est tel qu'aucune méthode classique ne peut être envisagée. Se pose alors la question de sa stérilisation réalisée selon une visée « contraceptive » **(b)**.

a. L'inégale autonomie des majeurs protégés pour l'accès à une méthode contraceptive « classique »

396. Il existe de nombreuses méthodes contraceptives « classiques » parmi lesquelles les préservatifs, la pilule, le stérilet, ou l'implant. Contrairement aux mineurs, le cas des majeurs protégés n'est pas spécifiquement pris en compte en matière d'accès à ces méthodes. Selon l'article L. 5134-1, « toute personne a le droit d'être informée sur l'ensemble des méthodes contraceptives et d'en choisir une librement ». Cette règle s'applique également au majeur protégé. Toutefois, en l'absence de dispositions spécifiques le concernant, la contraception étant un acte médical, son consentement sera régi selon les règles de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, et les règles du Code civil⁷²⁵.

⁷²² DUBUS P., « Vie privée et sexualité des adultes handicapés résidant en établissement médico-social », *VST — Vie Sociale et Traitements*, 2008, vol. 97, n°1, p. 68

⁷²³ BATTEUR A., note sous Cass. Civ. 2ème 24 janv. 1996, *LPA* 1996, n° 72, p. 28

⁷²⁴ Art. L. 311-3 CASF : « L'exercice des droits et libertés individuels est garanti à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux. Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, lui sont assurés : 1. Le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité et de sa sécurité » : la question de la vie sexuelle du majeur en établissement est ici implicitement évoquée.

⁷²⁵ V. § 265 et s.

397. Pour accéder à la contraception, et conformément à l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, le consentement du représentant du majeur sera requis pour les personnes sous tutelle, habilitation familiale ou mandat de protection future lorsque le mandataire s'est vu confier les pouvoirs du tuteur. Les majeurs représentés recevront une information d'une manière adaptée à leurs facultés de discernement et leur avis sera recherché. Il faut ici noter que les mineures disposent de droits plus importants que les majeures représentées dans la mesure où elles n'ont pas besoin de l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale pour accéder à une méthode de contraception⁷²⁶.

398. Les majeurs protégés non représentés ne sont pas mentionnés par l'article L. 1111-4, et le Code civil trouvera application. Il faut alors se demander si l'accès à une méthode contraceptive ne relève pas des actes « strictement personnels »⁷²⁷. Cela semblerait logique en considérant les actes qui figurent à l'article 458 et qui sont, pour une grande part, relatifs à la filiation. Les méthodes contraceptives jouant un rôle dans la question de l'accès à la parentalité et donc à la filiation, il serait cohérent de les considérer comme faisant également partie de ces actes⁷²⁸. Plusieurs arguments en défaveur de cette position peuvent cependant être avancés. D'une part en raison des conséquences du classement d'un acte comme « strictement personnel », il ne serait pas satisfaisant d'intégrer l'accès à la contraception dans cette catégorie pour laquelle le majeur n'est ni assisté ni représenté. Ainsi, le majeur qui ne serait pas en mesure de demander lui-même à bénéficier d'une contraception ne pourrait en recevoir une, ce qui ne serait pas acceptable. D'autre part, il existe une autre méthode « contraceptive », la stérilisation⁷²⁹ pour laquelle une intervention du tuteur est possible. C'est donc bien que l'acte ne peut être considéré comme « strictement personnel ». Il doit être appréhendé comme étant un acte « simplement personnel ». L'accès à la contraception étant un acte simplement personnel, les règles de l'article 459 viendront compléter les dispositions spécifiques du Code de la santé publique.

⁷²⁶ V. § 238 et s.

⁷²⁷ ROCHE-DAHAN J., « L'accès du majeur protégé à la procréation et à la filiation », *Revue Lamy de droit civil*, juin 2011, n°83 ; MARCHADIER F., « Majeurs protégés », *Rép. Civ.*, §160, 2016

⁷²⁸ BATTEUR A., « Majeurs protégés — Curatelle et tutelle – Effets personnels », *J.-CL. Civ.*, fasc. 10, 2016, § 27

⁷²⁹ V. § 402 et s.

399. Ces majeurs exerceront donc eux-mêmes leurs droits dans ce domaine conformément aux règles de l'article 459. S'ils ne sont pas en mesure d'agir seuls, le juge pourra prononcer leur assistance ou leur représentation dans ce domaine. Dans cette perspective, il est à se demander si la personne chargée de la protection du majeur peut consentir seule à la délivrance d'une contraception au majeur protégé, ou si cela représente une « décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée » pour laquelle, le consentement du juge ou du conseil de famille est nécessaire⁷³⁰. La contraception relève de l'intimité de la vie privée du majeur. De plus, certains modes de contraceptions ne sont pas anodins en raison de leurs effets secondaires non négligeables, il s'agit par exemple de la pose d'un stérilet susceptible d'entraîner des infections ; ou des pilules contraceptives de troisième et quatrième génération pouvant augmenter les risques de thromboses. Ne devrait-on pas considérer l'intervention du juge ou du conseil de famille comme étant nécessaire ? Il semble difficile d'apporter une réponse tranchée à cette question. Les méthodes contraceptives relèvent certes du domaine de l'intimité de la vie privée et de l'intégrité physique, mais y portent-elles gravement atteinte, cela est discutable ? La réponse devra être apportée au cas par cas en fonction des antécédents médicaux de la patiente et du type de contraception envisagé.

400. Lorsqu'il n'est pas possible de faire bénéficier le majeur protégé d'une méthode de contraception dite « classique », le législateur est venu mettre en place des règles encadrant une autre pratique « contraceptive », la stérilisation.

b. L'inégale autonomie des majeurs protégés pour l'accès à la « stérilisation contraceptive »

401. Le législateur est venu mettre en place des dispositions particulières encadrant la pratique de la « stérilisation contraceptive »⁷³¹. Il est à noter « que dans ce domaine,

⁷³⁰ Art. 459 Cc.

⁷³¹ GAUMONT-PRAT H., « Contraception et stérilisation contraceptive », Lamy droit de la santé, étude 334, 2016 ; PENNEAU J., « Corps humain — bioéthique », Rép. Civ., § 397 et s., 2012 ; BATTEUR A., « Majeurs protégés — Curatelle et tutelle — Effets personnels », J.-CL. Civ., fasc. 10, 2016, § 88 et s.

ce n'est pas le législateur qui détermine ce que doit être la pratique, mais l'inverse »⁷³². Avant la légalisation de cet acte, la jurisprudence⁷³³ avait posé le principe de son interdiction en l'absence de nécessité thérapeutique ou chirurgicale pour la personne. Cependant, il était possible de dénombrer en 1998 entre 25 à 30 000 actes de stérilisations réalisés chaque année en France⁷³⁴. De nombreux débats ont eu lieu afin de savoir s'il fallait maintenir cette interdiction, ou bien l'autoriser en l'encadrant strictement. La première solution, bien que plus en accord avec l'article 16-3 du Code civil et le principe d'inviolabilité du corps humain n'aurait eu qu'une valeur symbolique éloignée de la réalité, la pratique de la stérilisation étant relativement courante⁷³⁵. Le législateur a préféré légaliser la pratique par la loi du 4 juillet 2001⁷³⁶. L'article L. 2123-1 du Code de la santé publique introduit la possibilité de réaliser une stérilisation à visée contraceptive sur une personne majeure qui a « exprimé une volonté libre, motivée et délibérée en considération d'une information claire et complète sur ses conséquences ». Il est donc possible de réaliser cet acte sans nécessité thérapeutique pour la personne. Le cas des majeurs protégés a été partiellement prévu par la loi. Il existe des dispositions spécifiques pour les majeurs sous tutelle et curatelle (α), mais rien pour les autres majeurs protégés (β).

α L'autonomie limitée des majeurs sous tutelle et curatelle
pour l'accès à la stérilisation contraceptive

402. L'article L. 2123-2 prévoit le cas particulier de la « personne majeure dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou sous curatelle »⁷³⁷. Tous les majeurs sous tutelle et curatelle ne sont pas

⁷³² ROCHE DAHAN J., L'accès du majeur protégé à la procréation et à la filiation, *Revue Lamy Droit civil* 2011, p. 83

⁷³³ Crim. 1er juill. 1937, « affaire dite des stérilisés de Bordeaux », *Gaz. Pal.* 1937. 2. 358 : dans cette affaire, un médecin Autrichien avait pratiqué une quinzaine de vasectomies sur des personnes volontaires, il est poursuivi pour coups et blessures volontaires • V. également : Cass., avis, 6 juill. 1998, *RTD. Civ.* 1998 p. 881, obs. Hauser ; *Gaz. Pal.* 1998. 1, p. 2, chron. Darrieux et Fossier ; *Dr. Fam.* 1998 p. 162, note Fossier ; *LPA* 7 juill. 1999 n° 134 p. 22, note Sefton-Green ; *LPA* 3 juin 1999, n° 110, p. 20, note Massip.

⁷³⁴ FOSSIER T., VERHEYDE T., « La stérilisation à fins contraceptives des incapables majeurs », *JCP.G.* 25 juillet 2001, actualités

⁷³⁵ DORSNER-DOLIVET A., SOUTOUL J-H., « La stérilisation humaine en pratique courante et toujours illicite ! », *Médecine et droit*, 1993 p.42-45

⁷³⁶ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception

⁷³⁷ Le CCNE invitait à adopter des dispositions spécifiques concernant les personnes vulnérables : CCNE, avis n°50 relatif à la stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive, 3 avril 1996

concernés par ces dispositions spécifiques. Seuls ceux souffrant d'une altération de leurs facultés mentales qui constitue un handicap se verront appliquer ces règles. La référence à cette notion de « handicap » n'est pas dénuée de critiques⁷³⁸. Elle n'a fait l'objet d'aucune définition par le législateur et est difficile à déterminer. La moindre altération des facultés mentales ne constitue-t-elle pas un handicap pour la personne ? Et si ce n'est pas le cas, quels critères faut-il retenir pour apprécier l'existence de ce handicap ? Est-il préférable de retenir une conception scientifique ou sociologique de ce terme ? Une large liberté est conférée au juge pour déterminer l'existence ou non de ce handicap, ce qui entraîne le risque de voir apparaître des divergences importantes d'appréciation entre les juges. Une appréciation variable de la notion pourrait également conduire à des dérives eugéniques⁷³⁹ et à une stérilisation massive des « handicapés mentaux » s'il en est retenu une conception large, considérant que la moindre altération des facultés est constitutive d'un handicap. De même, cette référence conduit à écarter les majeurs souffrant d'une altération de leurs facultés physiques de l'application de ces règles. Or, selon l'article 425 du Code civil, une mesure de protection peut être ouverte en cas d'altération des facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de la volonté de la personne, ce qui représente bien un « handicap ». Afin d'éviter ces difficultés, la rédaction de cet article est donc à revoir⁷⁴⁰.

403. L'article précise qu'il est possible de pratiquer sur ces majeurs une stérilisation à visée contraceptive uniquement « lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement ». Au vu de ce critère, la stérilisation contraceptive ne devrait avoir lieu que de façon très exceptionnelle. Plusieurs remarques peuvent être faites à ce sujet.

404. Les conditions d'accès à la stérilisation conduisent, en théorie, à pratiquer plus facilement des stérilisations sur les hommes que sur les femmes. Cet acte n'est possible qu'en cas de contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception. Or il existe de nombreuses possibilités de contraception pour les femmes. Si la majeure ne supporte pas les contraceptions hormonales, elle pourra être orientée vers une

⁷³⁸ BOUMAZA A., « La stérilisation contraceptive et le "handicap mental" après la loi du 4 juillet 2001 », *RDSS.*, 2002 p.233

⁷³⁹ CCNE, avis n°49 relatif à la contraception chez les personnes handicapées mentales, 3 avril 1996

⁷⁴⁰ V. § 823 et s.

contraception locale. Les cas seront extrêmement rares de voir une femme ne pouvant à la fois tolérer une contraception hormonale et locale. À l'inverse, chez les hommes, seule la contraception locale est envisageable, et il est plus fréquent de voir des cas de contre-indication médicale absolue à la contraception⁷⁴¹. De même, l'impossibilité avérée de mettre en œuvre la contraception va principalement concerner les hommes. En raison de l'offre importante en matière de contraception féminine, il est aisé d'orienter la femme vers un mode adapté à ses capacités de gestion. Si elle n'est pas en mesure de prendre régulièrement une pilule, elle peut se voir proposer des injections trimestrielles ou bien la pose d'un implant. En revanche, pour un homme, les choix sont plus limités, voire inexistant. L'incapacité d'utiliser un préservatif constituera un motif raisonnable pour permettre d'envisager une stérilisation.

Les critères posés par la loi entraînent une rupture d'égalité entre les majeurs et les majeures protégés. Légalement les majeurs handicapés mentaux placés sous tutelle ou curatelle devraient « bénéficier » plus souvent d'une stérilisation contraceptive, qu'une majeure dans la même situation. Mais il est néanmoins constaté que la stérilisation contraceptive demeure plus largement pratiquée chez les femmes que chez les hommes⁷⁴² et il serait intéressant d'avoir des chiffres concernant les majeurs protégés afin de pouvoir vérifier si ce constat est le même. Cependant, les conséquences du mauvais usage d'une contraception étant différentes pour les hommes et les femmes, on comprend que ces dernières soient plus souvent visées par cet acte dans le but d'éviter la répétition de grossesses non désirées.

405. Si le critère du « handicap » et celui de la contre-indication médicale ou de l'impossibilité à mettre en œuvre efficacement une contraception sont réunis, alors une stérilisation à visée contraceptive pour le majeur sous tutelle ou curatelle est envisageable. La demande sera formulée par la personne elle-même, ses parents ou son représentant légal. Le majeur peut saisir lui-même le juge s'il est en mesure de le faire, mais le tuteur pourra également être le requérant. Le curateur, qui n'est pas à proprement parler un « représentant légal », n'est pas mentionné par l'article et ne peut être le

⁷⁴¹ En cas d'allergie à l'un des composants du préservatif par ex.

⁷⁴² En 2012, la stérilisation féminine représentait 3,9 % et la stérilisation masculine 0,3 % des méthodes de contraception employées. Source : INED, « *La contraception en France, nouveau contexte, nouvelles pratiques ?* », Population et société n° 492, septembre 2012, p.2

requérant⁷⁴³. Toutefois, par application de l'article 459 du Code civil, il pourra assister le majeur dans ses démarches après autorisation du juge. Si cela n'est pas suffisant, le juge pourra ouvrir une mesure de tutelle, le tuteur pourra alors effectuer la demande conformément à l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique.

406. Le juge des tutelles autorisera l'intervention après avoir entendu le majeur concerné. Si la personne est apte à exprimer sa volonté, son consentement sera recherché, et son refus devra être respecté. Le majeur protégé, en particulier celui sous tutelle est doté d'une autonomie bien plus importante qu'en matière de consentement à l'acte médical en général. Il saisit lui-même le juge sans passer par l'intermédiaire de son tuteur et l'acte ne peut lui être imposé. Ces propos appellent toutefois à être nuancés. En effet, l'autonomie des majeurs sous tutelle et curatelle n'est importante que lorsqu'ils sont en mesure d'exprimer leur volonté. Dans le cas contraire, l'acte pourra leur être imposé. Le Conseil d'État⁷⁴⁴ a considéré que la possibilité d'imposer une stérilisation à des majeurs protégés sans leur consentement n'était pas contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui pose le droit au respect de la vie privée familiale ni à l'article 12 qui affirme le droit de se marier, en raison des nombreuses garanties encadrant cette procédure.

407. Une différence de traitement est introduite entre les majeurs aptes à exprimer leur volonté et les autres. Se pose alors la question de savoir ce qu'est une personne « apte à exprimer sa volonté ». Faut-il interpréter ce critère de façon restrictive en considérant que l'inaptitude à exprimer sa volonté découle du seul cas de l'inconscience du majeur protégé, ou faut-il au contraire lui conférer un sens plus large en considérant que seule la personne incapable de délivrer un consentement libre et éclairé est inapte à exprimer sa volonté ? Le juge n'a pas défini ce terme et selon l'interprétation plus ou moins large qui lui est donnée, les stérilisations forcées seront plus ou moins importantes.

⁷⁴³ FOISSIER T., VERHEYDE T., « La stérilisation à fins contraceptives des incapables majeurs », *JCP.G.* 25 juillet 2001, actualités

⁷⁴⁴ CE 26 sept. 2005, « Association Collectif contre l'Handiphobie », req. n°248357, *AJDA.* 2005 p. 1874, obs. Brondel ; *D.* 2005 p. 2550 ; *JCP G.* 2005 IV. p.3299 ; *RDSS* 2005 p. 1060, obs. Cristol • la CEDH a été saisie de l'affaire mais la requête a été jugée irrecevable : CEDH, 23 oct. 2012, « Gauer et autres c/France », req. n°61521/08.

408. Bien que dotée d'une certaine efficacité, la volonté du majeur protégé n'est pas toute puissante, dans la mesure où son seul consentement est inefficace à mettre en œuvre l'acte. La réalisation de celui-ci est subordonnée à une décision du juge des tutelles. Pour prendre sa décision, le juge entendra les parents de la personne ou son représentant légal ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile. L'avis du curateur pourra ainsi être recherché par le juge. Celui-ci recueillera également l'avis d'un comité d'experts chargé d'apprécier « la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que des conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique ». Ce comité s'assurera notamment qu'une information adaptée « au niveau de compréhension de l'intéressé a été délivrée. Il vérifie qu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement [et] il s'assure que des solutions alternatives à la stérilisation à visée contraceptive ont été recherchées »⁷⁴⁵.

409. L'autonomie des majeurs sous tutelle et curatelle pour accéder à une stérilisation à visée contraceptive existe, mais est cependant limitée par la nécessité d'obtenir l'autorisation du juge pour pouvoir procéder à l'acte. Le cas des autres majeurs protégés n'est pas pris en compte par cet article, quelles sont les règles applicables à leur cas ?

β. La grande autonomie des majeurs protégés non sous tutelle ou curatelle pour l'accès à la stérilisation contraceptive

410. L'article L. 2123-2 ne prévoit pas de dispositions spécifiques pour les majeurs protégés non sous tutelle ou curatelle. Ils se voient appliquer les règles du régime posé à l'article L. 2123-1 complétées par celles issues de l'article 459 du Code civil. L'intervention est pratiquée si la personne exprime « une volonté libre, motivée et délibérée en considération d'une information claire et complète sur ses conséquences ». Le majeur protégé peut donc agir seul pour demander la mise en œuvre de cet acte, ce qui est conforme au régime fixé par l'article 459. Il devra réitérer sa volonté par écrit à l'issue d'un délai de réflexion de quatre mois. En cas d'incapacité à agir, le juge des tutelles peut autoriser la personne chargée de sa protection à l'assister dans ses

⁷⁴⁵ Art. R. 2123-6 CSP

démarches. Si une assistance est insuffisante, alors la personne sera placée sous tutelle et l'article L. 2123-2 sera alors applicable. Le fait de ne pas avoir pris en compte les majeurs protégés non sous tutelle ou curatelle conduit à la mise en place d'un régime décousu et créateur d'inégalités entre les majeurs issus des différents régimes.

411. Concernant les conditions d'accès à cette mesure, aucune exigence n'est ici faite d'un « handicap mental » ni d'une « contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement ». Il est donc plus facile de réaliser une stérilisation contraceptive sur ces personnes alors même qu'elles peuvent souffrir d'une altération de leurs facultés mentales tout comme les majeurs sous tutelle ou curatelle. La vulnérabilité particulière des majeurs protégés n'est ici pas prise en compte. Le seul consentement de la personne est suffisant à mettre en œuvre l'acte et le juge n'aura pas à l'autoriser. La volonté du majeur protégé devient ici toute puissance, au détriment de sa propre protection. Certes, il ne sera pas possible d'imposer au majeur une opération, mais il ne sera pas non plus possible d'aller à l'encontre de sa volonté de la pratiquer, sauf à considérer qu'il n'est pas en mesure d'exprimer une « volonté libre, motivée ». L'altération de ses facultés peut le priver de sa capacité à délivrer un consentement totalement libre et éclairé, toutefois, ne remplissant pas les conditions, il ne bénéficiera d'aucune protection supplémentaire, ce qui n'est pas satisfaisant. L'acte ne pourra pas être imposé alors qu'il peut l'être pour les majeurs sous tutelle ou curatelle. Des majeurs placés dans des situations similaires⁷⁴⁶ se trouvent traités de manière différente ce qui est difficilement justifiable. Au niveau des requérants, la personne chargée de la mesure d'habilitation familiale ou le mandataire bénéficiant des pouvoirs du tuteur ne pourront saisir le juge pour demander la mise en œuvre de cet acte alors que c'est le cas du tuteur.

412. L'autonomie des majeurs protégés en matière de stérilisation contraceptive s'avère très inégale selon la mesure de protection mise en place et il serait judicieux de modifier le régime afin de parvenir à un système plus cohérent. Outre les règles

⁷⁴⁶ Il faut ici penser aux majeurs sous habilitation familiale ou mandat de protection future qui seront traités différemment des majeurs sous tutelle alors même qu'ils font également l'objet d'une mesure de représentation.

applicables pour prévenir les grossesses, il existe des règles pour encadrer les actes liés à la grossesse.

2) La grande autonomie des majeures protégées pour les actes liés à la grossesse

413. Le législateur a mis en place des règles encadrant les actes liés à la grossesse, tels que l'accès à la grossesse par le biais de la procréation médicalement assistée (a) et l'interruption de la grossesse (b). Il est intéressant de noter que dans ces domaines les majeurs retrouvent une autonomie absolue.

a. *La grande autonomie des majeures protégées pour l'accès à l'assistance médicale à la procréation*

414. L'assistance médicale à la procréation⁷⁴⁷ recouvre les « pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle »⁷⁴⁸. Elle « a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité »⁷⁴⁹. Il s'agit d'une technique réservée à un couple vivant composé d'un homme et d'une femme, en âge de procréer. Ils doivent consentir préalablement à l'insémination ou au transfert des embryons.

415. Aucune règle ne prévoit le cas particulier des majeurs protégés qui souhaiteraient accéder à cette technique⁷⁵⁰. Il est seulement précisé qu'ils ne peuvent devenir tiers donneurs dans le cadre de cette procédure⁷⁵¹ et que la conservation des gamètes en vue d'une assistance médicale à la procréation se fait avec l'accord du tuteur

⁷⁴⁷ PEDROT P., « Assistance médicale à la procréation », Lamy droit de la santé, étude 332, 2012 ; DREIFUSS-NETTER F., « Législations spécifiques — éthique et biotechnologies, Assistance médicale à la procréation », Droit médical et hospitalier, Lexis Nexis, fasc. 33, 2008

⁷⁴⁸ Art. L. 2141-1 CSP

⁷⁴⁹ Art. L. 2141-2 CSP

⁷⁵⁰ MURAT P., « Respect et protection du corps humain – Assistance médicale à la procréation – Accès », J.-CL. Civ., fasc. 40, 2012, § 118

⁷⁵¹ Art. L. 1241-2 CSP

pour les majeurs sous tutelle⁷⁵². En l'absence de règles spécifiques à leur cas, ils se verront appliquer les mêmes règles que les personnes ne bénéficiant pas d'une protection juridique, combinées à celles de l'article 459 du Code civil.

416. Le Code civil étant applicable, il faut se demander si l'assistance médicale à la procréation relève de l'acte simplement ou strictement personnel⁷⁵³. En raison des conséquences de l'assistance médicale à la procréation, cet acte doit être qualifié de strictement personnel, le majeur ne sera ainsi ni assisté ni représenté dans ce domaine. Si la femme ne souhaite pas poursuivre sa grossesse, l'interruption de celle-ci constitue-t-elle également un acte strictement personnel ?

b. La grande autonomie des majeures protégées pour l'interruption de grossesse

417. Le législateur a introduit des règles encadrant l'interruption volontaire de grossesse⁷⁵⁴. Celle-ci peut résulter d'une nécessité médicale, elle est alors qualifiée d'interruption médicale de grossesse⁷⁵⁵ ; ou être pratiquée en dehors de tout motif médical⁷⁵⁶. Le cas des mineurs a été prévu par l'article L. 2212-7 du Code de la santé publique, en revanche, aucune mention n'est faite de la majeure protégée. Comme pour l'assistance médicale à la procréation, le Code civil va alors trouver application. À nouveau, la question se pose de savoir s'il s'agit d'un acte simplement ou strictement personnel. Dans la mesure où il a été conclu que l'assistance médicale à la procréation relevait du domaine strictement personnel, un raisonnement similaire semble pouvoir être appliqué à l'interruption volontaire de grossesse. Si l'interruption volontaire de grossesse était un acte simplement personnel, cela signifierait qu'un tiers pourrait représenter la majeure dans la prise de décision, ce qui n'est pas acceptable. La grossesse relève de l'intimité de la majeure et le choix de la poursuivre ou non ne doit pas dépendre du consentement d'un tiers. Le consentement de la seule majeure protégée doit être

⁷⁵² Art. L. 2141-11 CSP

⁷⁵³ V. § 260 et s.

⁷⁵⁴ DREIFUSS-NETTER F., « Interruption volontaire de grossesse », Lamy droit de la santé, étude 326, 2012 ; DREIFUSS-NETTER F., « Législations spécifiques — éthique et biotechnologies, Interruption volontaire de grossesse », Droit médical et hospitalier, Lexis Nexis, fasc. 33-1, 2008

⁷⁵⁵ Art. L. 2213-1 CSP

⁷⁵⁶ Art. L. 2212-1 CSP

suffisant pour décider de la réalisation de cet acte. Aussi faut-il considérer cet acte comme strictement personnel⁷⁵⁷. La majeure agira seule sans assistance ni représentation.

418. Cette position est confirmée par l'article L. 2212-1 qui dispose que « la femme enceinte "qui ne veut pas poursuivre sa grossesse" peut demander à un médecin [...] l'interruption de sa grossesse ». Cette disposition vise les femmes en général, et n'exclut pas les majeures protégées. De même, il existe des exemples jurisprudentiels dans lesquels les juges font prédominer la volonté de la majeure y compris contre l'avis de son tuteur. Il convient de citer une décision du juge des tutelles de Poitiers dans laquelle il a été décidé qu'une femme majeure placée sous tutelle ne pouvait se voir imposer une interruption volontaire de grossesse alors même que sa mère, administratrice légale en avait fait la demande⁷⁵⁸. Un arrêt du tribunal de grande instance de Poitiers⁷⁵⁹ dans lequel une majeure protégée refusait l'interruption volontaire de grossesse autorisée par sa mère affirme que la personne protégée doit se voir reconnaître « le droit le plus sacré de mettre au monde un enfant qu'elle désire et dont elle a parfaitement et clairement exprimé le désir ». La majeure consentira donc seule à une interruption volontaire de grossesse après avoir reçu une information portant sur les méthodes employées et les risques secondaires⁷⁶⁰. Son autonomie est absolue, quel que soit son régime de protection ou sa faculté de discernement.

Outre les actes concernant le début de la vie, il existe une législation spécifique pour les actes relatifs à la fin de vie d'un majeur protégé.

B) L'inégale autonomie des majeurs protégés pour les actes médicaux à la fin de vie

419. Le législateur est venu prévoir des règles spécifiques quant à l'arrêt ou à la limitation des traitements du majeur protégé lorsque celui-ci se trouve en situation de

⁷⁵⁷ VERHEYDE T., « Le majeur protégé, parent d'enfants mineurs », *AJ. Fam.*, 2012 p.257

⁷⁵⁸ Poitiers, j. tutelles, 9 avril 1982, RDSS. 1983 p. 525, note Mémeteau

⁷⁵⁹ TGI Poitiers, 11 juin 1982, in MEMETEAU G., *Le droit médical*, Litec, n°598 ; FOSSIER T., HARICHAUX M., « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », *RDSS*. 1991 p.1

⁷⁶⁰ Art. L. 2212-3 CSP

fin de vie⁷⁶¹ ou d'inconscience⁷⁶². Afin de permettre à la personne de conserver une autonomie dans ces cas particuliers, il lui est possible d'exprimer par avance sa volonté par le biais de deux dispositifs, la rédaction de directives anticipées ou la désignation d'une personne de confiance (1). En l'absence de ces mécanismes, des règles particulières ont été instaurées concernant la limitation ou l'arrêt des traitements (2). Dans ces deux cas, des règles spécifiques concernant les majeurs protégés ont été mises en place.

- 1) L'inégale autonomie des majeurs protégés pour l'expression de leur volonté par le biais de directives anticipées ou d'une personne de confiance

420. Il est possible pour une personne de manifester à l'avance sa volonté pour le cas où elle ne pourrait plus le faire elle-même. Pour cela, elle peut désigner une personne de confiance (a) ou rédiger des directives anticipées (b). Ces mesures sont ouvertes aux majeurs protégés.

- a. *L'inégale autonomie des majeurs protégés pour la désignation d'une personne de confiance*

421. L'article L. 1111-6 du Code de la santé publique dispose que « toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Elle rend compte de la volonté de la personne ». Le rôle de la personne de confiance est de témoigner de la volonté de la personne hors d'état d'exprimer sa volonté et à sa demande, de l'accompagner et de l'assister dans ses démarches. Elle n'émet qu'un avis

⁷⁶¹ V. aussi NOGUERO D., « Synthèse sur la fin de vie des majeurs protégés », *Dr. Fam.* n°11, nov. 2014, p.28

⁷⁶² BEIGNIER B., PUYO Y., « Respect et protection du corps humain — la mort », *J.-CL. Civ.*, fasc. 70, 2017 ; BINET J.-R., « Bioéthique » *J.-CL. Civ.*, synthèse 20, 2018 ; BERGOIGNAN-ESPER C., « Santé », *J.-CL. Adm.*, synthèse 110, 2017 ; PENNEAU J., « Corps humain — bioéthique », *Rép. Civ.*, 2012 ; BOSSU B., LEGROS B., « La dignité de la personne humaine » *Lamy Droit des personnes et de la famille*, étude 208, 2015

consultatif. Le médecin est cependant obligé de le recueillir avant de pouvoir réaliser la moindre intervention ou investigation sur le patient, ou de prendre la décision de limiter ou d'arrêter un traitement⁷⁶³. La personne de confiance ne peut pas consentir au nom du patient sauf dans le domaine des recherches biomédicales⁷⁶⁴. Elle peut également exprimer le refus de la personne de procéder à un examen de ses caractéristiques génétiques à des fins de recherche scientifique⁷⁶⁵. L'article prévoit des dispositions spécifiques pour le majeur sous tutelle (**α.**), en revanche, le cas des autres majeurs protégés n'est pas envisagé (**β.**)

α. L'autonomie limitée du majeur sous tutelle pour la désignation d'une personne de confiance

422. Le cas du majeur sous tutelle a été spécifiquement pris en compte pour la désignation d'une personne de confiance⁷⁶⁶. L'article L. 1111-6 prévoit qu'il est possible à la personne sous tutelle de désigner une personne de confiance avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille. Il est précisé que « dans l'hypothèse où la personne de confiance a été désignée antérieurement à la mesure de tutelle, le conseil de famille, le cas échéant, ou le juge peut confirmer la désignation de cette personne ou la révoquer ». Il est donc possible pour une personne d'être à la fois sous tutelle et de bénéficier de l'assistance d'une personne de confiance.

423. La personne de confiance n'étant pas obligatoirement le tuteur, le médecin peut se retrouver face à plusieurs interlocuteurs. Le consentement à l'acte médical sera exprimé par le tuteur, mais le médecin devra également consulter la personne de confiance s'il s'agit d'une personne distincte du tuteur. Or, se pose la question de la divergence d'opinions entre les deux personnes. L'avis de la personne de confiance, censé être le reflet de la volonté de la personne protégée ne devrait-il pas prédominer sur celui du tuteur ? L'article L. 1111-6 prévoit que « son témoignage prévaut sur tout

⁷⁶³ Art. L. 1111-4 CSP.

⁷⁶⁴ Art. L. 1122-2 CSP.

⁷⁶⁵ Art. L. 1131-1-1 CSP.

⁷⁶⁶ TRUCHET D., « *Malades mentaux* », Rép. Civ., § 62, 2017

autre témoignage », donc cela devrait comprendre celui du tuteur⁷⁶⁷. Juridiquement, cela reste un témoignage et non un véritable consentement. L'avis exprimé par la personne de confiance ne sera pas suivi d'effets tant que le tuteur n'aura pas abondé dans le même sens. Afin d'éviter ces difficultés, il serait sage que l'article encourage le juge ou le conseil de famille à réfléchir à la révocation de la personne de confiance lorsqu'elle n'est pas tutrice.

424. Si la personne de confiance n'a pas été désignée avant l'ouverture de la mesure de protection, l'article L. 1111-6 autorise le majeur sous tutelle à le faire avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille. Dans la pratique, ce droit pourrait cependant s'avérer difficile à mettre en œuvre sans l'assistance active du tuteur. Le majeur même sous tutelle, bénéficie donc d'une autonomie limitée dans ce domaine. Les majeurs protégés non sous tutelle ne sont pas mentionnés dans cet article, et il convient de se demander ce qu'il en est de leur autonomie.

β. L'inégale autonomie des majeurs protégés non sous tutelle pour la désignation d'une personne de confiance

425. Le cas des autres majeurs protégés n'a pas été pris en compte par le Code de la santé publique et « on peut légitimement se demander si cette institution est un doublon ou un complément du protecteur désigné par le juge des tutelles »⁷⁶⁸. En l'absence de règles spécifiques, elles se verront appliquer les règles de droit commun issues de l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique ainsi que celles de l'article 459 du Code civil.

426. Conformément à l'article L. 1111-6, la personne sous sauvegarde de justice pourra désigner seule une personne de confiance. Le fait qu'elle soit sous protection juridique ne pose guère de difficultés particulières dans la mesure où elle n'est ni assistée ni représentée. En revanche, le fait pour le législateur de ne pas avoir introduit

⁷⁶⁷ BARINCOU P., VERHEYDE T., « Fin de vie : les dispositions relatives aux majeurs protégés », *AJ Fam.*, 2016 p. 431

⁷⁶⁸ RAOUL-CORMEIL G., « Les personnes protégées et les dispositifs d'anticipation sur la fin de vie médicalisée », *Dr.fam.*, oct. 2016, n°10, dossier 35 §10

dans cet article de mesures pour les autres majeurs protégés faisant l'objet d'une assistance ou d'une représentation pose un certain nombre de problèmes.

427. Les personnes sous habilitation familiale font l'objet d'une mesure de représentation. Or, à la différence des personnes sous tutelle, elles aussi représentées, la désignation de la personne de confiance se fera sans avoir besoin d'une autorisation du juge. En effet, l'article L. 1111-6 n'impose cette exigence qu'au majeur sous tutelle et l'article 459 ne prévoit pas la nécessité pour le majeur protégé de recueillir une telle autorisation lorsqu'il est en mesure d'effectuer seul un acte personnel. Comme pour la tutelle, des difficultés pratiques peuvent apparaître si la personne désignée par le majeur est distincte de la personne chargée de sa représentation dans le cadre de la mesure d'habilitation familiale. Le médecin se retrouvera face à deux interlocuteurs : l'un étant chargé de consentir pour le majeur, l'autre devant être consulté afin d'exprimer l'avis de la personne protégée à ce sujet. L'autorisation du juge n'étant pas exigée, celui-ci ne pourra pas s'opposer à la désignation d'une personne de confiance autre que le représentant, et ne pourra pas non plus révoquer celle-ci⁷⁶⁹.

428. En matière de mandat de protection future, des difficultés supplémentaires vont exister en fonction des pouvoirs accordés au mandataire. Dans le cas de la tutelle ou de l'habilitation familiale, le médecin se trouve face à deux interlocuteurs potentiels : le représentant du majeur, et la personne de confiance. Or, ces deux intervenants ont un champ d'action bien délimité, la personne de confiance est consultée, et le représentant consent pour le majeur. Avec le mandat de protection future, le médecin peut se trouver face à deux interlocuteurs ayant le même champ d'action et les mêmes pouvoirs. En effet, le mandataire est susceptible de se voir confier les pouvoirs du tuteur, ou de la personne de confiance. Dans le premier cas, les difficultés rencontrées sont similaires à celles évoquées dans le cas précédent. Le domaine d'action des deux intervenants est différent, ce qui n'en reste pas moins difficilement gérable pour le médecin qui sera confronté à deux interlocuteurs. Le juge n'aura pas le pouvoir s'opposer à la désignation de la personne ou de la révoquer. Les difficultés vont s'accroître si le mandataire se voit

⁷⁶⁹ Cette affirmation est toutefois à nuancer, dans la pratique, « les juges usent d'une formule de style par laquelle ils révoquent toutes les procurations données par la personne protégée avant l'ouverture de la mesure » : V. : RAOUL-CORMEIL G., *op. cit.*, § 11

confier les pouvoirs de la personne de confiance. Les deux personnes ont le même rôle, celui d'exprimer l'avis de la personne protégée quant à la mise en œuvre d'un acte particulier. Le médecin se trouvera avec l'embarras de savoir quel avis il devra suivre, celui de la personne de confiance ou du mandataire. Le législateur doit apporter une solution à ce problème.

429. En cas de curatelle, les difficultés sont moindres. Comme en matière de sauvegarde de justice, le majeur sous curatelle pourra désigner seul une personne de confiance si son état le permet. L'article 459 permet au juge d'autoriser le curateur à l'assister dans ce domaine si nécessaire. En présence d'une personne de confiance autre que le curateur, le médecin pourrait avoir des difficultés pour savoir vers qui se tourner si le majeur est hors d'état d'exprimer sa volonté. En principe, le curateur n'intervient pas dans la délivrance du consentement à un acte médical, sauf s'il a été autorisé par le juge à assister le majeur. C'est en revanche le cas de la personne de confiance, qui doit être consultée. Le médecin doit donc rechercher en priorité l'avis de la personne de confiance et non du curateur. En pratique, cela implique pour le médecin d'avoir de solides connaissances juridiques pour savoir vers qui se tourner.

430. Le fait pour le Code de la santé publique de ne pas avoir pris en compte les autres mesures de protection en matière de désignation d'une personne de confiance suscite des difficultés. Il va être ardu pour un médecin confronté à une pluralité d'interlocuteurs d'avoir le temps et les moyens de déterminer lequel aura un avis déterminant quant à la mise en œuvre ou non de l'acte. Cette situation n'est pas satisfaisante et il semble important de revoir l'article L. 1111-6 afin de traiter des différentes mesures de protection et pas uniquement de celle de la tutelle. De plus, cela entraîne une autonomie très inégale pour les majeurs. Des difficultés d'articulation entre les mesures de protection issues du Code civil vont également se rencontrer, si le majeur a rédigé des directives anticipées.

b. *L'inégale autonomie des majeurs protégés pour la rédaction de directives anticipées*

431. Outre la désignation d'une personne de confiance, il existe au sein du Code de la santé publique un autre mécanisme permettant à toute personne majeure de manifester sa volonté pour le cas où elle ne pourrait plus l'exprimer par elle-même. Il s'agit de la rédaction de directives anticipées⁷⁷⁰. Ces directives 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 ou d'actes médicaux ». Depuis 2016⁷⁷¹, elles s'imposent au médecin, « sauf en cas d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation et lorsque les directives anticipées apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale »⁷⁷². À nouveau, des dispositions ont été prévues pour les majeurs sous tutelle (**α.**), mais pas pour les autres majeurs protégés (**β.**).

α. *L'autonomie encadrée des majeurs sous tutelle pour la rédaction de directives anticipées*

432. La rédaction de directives anticipées par les majeurs sous tutelle a été prévue par le législateur. Ils doivent au préalable obtenir l'autorisation du juge ou du conseil de famille afin de pouvoir les rédiger. L'article L. 1111-11 précise que dans ce domaine, il ne pourra y avoir ni assistance ni représentation du majeur. S'il n'est pas en mesure de le faire seul, elles ne pourront être adoptées. Cette disposition conduit à se demander si la rédaction de directives anticipées ne relève pas de la catégorie des actes « strictement personnels »⁷⁷³. Cette hypothèse semble devoir être écartée à la lecture de l'article R. 1111-17 qui dispose que « lorsque l'auteur de ces directives, bien qu'en état

⁷⁷⁰ Art. L. 1111-11 Code de la santé publique ; PENNEAU J., « *Corps humain — bioéthique* », Rép. Civ., 2012 ; BATTEUR A., « *Majeurs protégés — Curatelle, tutelle, effets personnels* », J.-CL. Civ., fasc. 10, 2017, § 96 et s.

⁷⁷¹ Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie

⁷⁷² Ce qui fait dire à certains auteurs que « ces directives s'imposent mais ne sont pas opposables en absolutisme » : CHEYNET DE BEAUPRE A., « Loi sur la fin de vie : "tu ne tueras point" », *RJPF.*, 1er avril 2016 p.10

⁷⁷³ V. § 260 et s. ; RAOUL-CORMEIL G., « Les personnes protégées et les dispositifs d'anticipation sur la fin de vie médicalisée », *Dr.fam.*, oct. 2016, n°10, dossier 35

d'exprimer sa volonté, est dans l'impossibilité d'écrire et de signer lui-même le document, il peut demander à deux témoins [...], d'attester que le document qu'il n'a pu rédiger lui-même est l'expression de sa volonté libre et éclairée ». En l'absence de précision contraire, cette règle est applicable aux majeurs protégés, l'assistance étant possible, il ne s'agit pas d'un acte strictement personnel.

433. L'autonomie du majeur est importante dans la mesure où sa volonté sera respectée par les médecins dans la mesure du possible. Elle est cependant encadrée puisqu'il faut l'autorisation du juge ou du conseil de famille pour pouvoir y procéder. Le rôle du tuteur perd de son importance, le médecin n'ayant pas besoin de demander son accord pour respecter la volonté indiquée dans les directives.

β. L'inégale autonomie des majeurs protégés non sous tutelle pour la rédaction de directives anticipées

434. La rédaction des directives anticipées par les majeurs protégés non sous tutelle⁷⁷⁴ n'a pas été organisée par l'article. Ils sont donc soumis aux règles de l'article L. 1111-11 comme n'importe quelle personne ne bénéficiant pas d'une mesure de protection. De plus, le Code civil venant compléter le Code de la santé publique, des règles supplémentaires encadreront la rédaction des directives anticipées par des majeurs protégés ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle. Ces règles varient en fonction du régime de protection.

435. Le majeur sous habilitation familiale peut rédiger ses directives sans avoir besoin d'une autorisation préalable, à la seule condition que le juge n'ait pas conféré à son représentant une habilitation générale pour tous les actes relevant de ses intérêts personnels⁷⁷⁵. Il devra alors respecter les règles formelles applicables à la rédaction des directives⁷⁷⁶. Il ne lui est pas imposé de rédiger ses directives seul, et il pourra se faire

⁷⁷⁴ Il s'agit des majeurs bénéficiant d'une mesure d'habilitation familiale, ou d'un mandat de protection future lorsque le mandataire s'est vu conférer les pouvoirs du tuteur.

⁷⁷⁵ Dans ce cas, l'acte accompli par le majeur serait nul de plein droit, V. Art. 494-8 et -9 Cc.

⁷⁷⁶ Art. R. 1111-17 CSP : les directives consistent en un document écrit, daté et signé par son auteur lui-même. Or, il est possible, lorsque la personne est dans l'impossibilité d'écrire et de signer elle-même le

assister, conformément à l'article 459, s'il n'est pas en mesure d'agir⁷⁷⁷. Il y a une grande différence de traitement entre les majeurs faisant l'objet d'une mesure de représentation. Les majeurs sous tutelle doivent obtenir une autorisation préalable et rédiger sans assistance leurs directives, à la différence des majeurs sous habilitation familiale.

436. Pour les majeurs protégés ne faisant pas l'objet d'une mesure de représentation, il faut combiner les règles de l'article L. 1111-11 du Code de la santé publique aux règles de l'article 459 du Code civil. Ils rédigeront ces directives sans avoir besoin d'y être autorisés par le juge. Ils peuvent se faire assister à cet effet.

437. Au niveau de l'application des directives anticipées, l'articulation avec l'intervention d'une personne chargée de la protection du majeur ne pose pas de problèmes. L'article L. 1111-4 précise en effet que « lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, la limitation ou l'arrêt de traitement susceptible d'entraîner son décès ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale mentionnée à l'article L. 1110-5-1 et les directives anticipées ». En présence de directives anticipées, il n'y aura donc pas besoin, du consentement de la personne chargée de la protection du majeur pour prendre la décision de mettre fin au traitement. Le médecin devra suivre la volonté inscrite dans les directives, sauf si celles-ci s'avèrent « manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale ». Il apprécie le caractère approprié ou non des directives. Donc bien qu'en théorie les directives rédigées par un majeur protégé s'imposent au médecin, dans la pratique celui-ci aura certainement tendance à vouloir préserver la sensibilité de la personne chargée de la protection du majeur en se conformant à son opinion, en particulier lorsqu'il s'agit d'un membre de la famille du majeur. Ainsi, si les directives sont contraires à la volonté de cette personne, le médecin pourrait avoir tendance à les considérer comme « manifestement inappropriées », de façon à éviter les risques de contestation ultérieure.

document de demander à deux témoins d'attester que le document est le fruit de sa volonté libre et éclairé. Une telle mesure pourrait trouver à s'appliquer pour le cas d'un majeur protégé.

⁷⁷⁷ Ce qui constitue un argument supplémentaire pour considérer que les directives relèvent de la catégorie des actes simplement personnels.

438. La présence de directives anticipées ou d'une personne de confiance permet au majeur de conserver une part d'autonomie en exprimant à l'avance sa volonté quant à l'arrêt ou à la limitation des traitements, pour le cas où il ne serait plus en mesure de le faire. En l'absence de l'un de ces mécanismes, des règles spécifiques portant sur ces questions ont été mises en place en matière de fin de vie.

- 2) La grande autonomie des majeurs protégés dans le domaine de l'arrêt ou de la limitation des traitements en l'absence de personne de confiance ou de directives anticipées

439. Lorsque le majeur n'a pas rédigé de directives anticipées ou n'a pas désigné de personne de confiance, le législateur est venu prévoir des règles spécifiques applicables à l'arrêt et à la limitation des traitements pour les personnes inconscientes ou en fin de vie⁷⁷⁸. Il est ainsi prévu l'interdiction de pratiquer des actes avec une obstination déraisonnable (a). Les cas de la sédation profonde et du double effet sont également réglementés (b). Dans ces situations, les majeurs protégés se voient conférer une place importante quant à l'expression de leur volonté dans ce domaine.

- a. *La grande autonomie des majeurs protégés pour l'interdiction de l'obstination déraisonnable*

440. L'article L. 1110-5-1 pose l'interdiction de pratiquer des actes médicaux avec une « obstination déraisonnable », c'est-à-dire « lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie ». Le patient peut lui-même exprimer sa volonté sur la question de l'arrêt ou de la limitation des traitements. Lorsqu'il n'est pas en mesure de le faire et qu'il n'a pas exprimé sa volonté par des directives anticipées ou en désignant une personne de confiance alors la décision d'arrêt des soins ne sera prise qu'après avoir respecté la procédure collégiale prévue à l'article R. 4127-37-2. « Cette procédure collégiale prend la forme d'une concertation avec les membres présents de l'équipe de soins, si elle

⁷⁷⁸ BATTEUR A., « Majeurs protégés — Curatelle, tutelle, effets personnels », J.-CL. Civ., fasc. 10, 2017, § 96 et s.
; PENNEAU J., « Corps humain — bioéthique », Rép. Civ., § 469 et s., 2012 ; BERGOIGNAN-ESPER C., « Santé », J.-CL. Adm., synthèse 110, 2017, § 22 et s.

existe, et de l'avis motivé d'au moins un médecin, appelé en qualité de consultant [...]. Lorsque la décision de limitation ou d'arrêt de traitement concerne [...] un majeur protégé, le médecin recueille en outre l'avis [...] du tuteur [...] hormis les situations où l'urgence rend impossible cette consultation ».

441. Le cas du majeur sous tutelle est implicitement envisagé. Il peut lui-même s'exprimer s'il est en mesure de le faire. Dans le cas contraire, les médecins rechercheront l'avis de son tuteur lors de la mise en œuvre de la procédure collégiale. Il ne s'agit que d'un simple avis qui ne lie pas le médecin.

442. Le cas des autres majeurs protégés n'est pas envisagé. Par application des règles de l'article L. 1110-5-1 du Code de la santé publique, ils pourront s'exprimer eux-mêmes. En cas d'incapacité pour eux à exprimer un avis, la procédure collégiale ne mentionne pas explicitement l'obligation de rechercher l'avis de la personne chargée de sa protection. L'article 459 du Code civil est donc applicable en l'absence de règles spécifiques prévoyant l'intervention de la personne chargée de sa protection. Ainsi, le juge pourrait autoriser celle-ci à assister le majeur dans la délivrance de son avis. Il ne semble en revanche pas possible que soit prononcée la représentation du majeur dans ce domaine. Lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, l'article L. 1110-5-1 prévoit uniquement de recueillir l'avis de personnes proches de celui-ci et non de recueillir un consentement. Ce raisonnement doit être appliqué aux majeurs protégés non sous tutelle. Ils pourront être éventuellement assistés pour exprimer leur avis, mais s'ils ne sont pas en mesure de le faire malgré cette assistance, la procédure collégiale décrite à l'article R. 4127-32-2 trouvera à s'appliquer. Les médecins rechercheront l'avis de la famille ou d'un proche du majeur. La personne chargée de sa protection pourrait ainsi être consultée en tant que « proche ». Des règles relatives à la sédation profonde et au double effet ont également été adoptées.

b. La grande autonomie des majeurs protégés dans le domaine de la sédation profonde et du double effet

443. Des règles relatives à la délivrance de certains traitements à la personne inconsciente ou en fin de vie ont été adoptées. L'article L. 1110-5-2 légifère la question

de la sédation profonde. Il s'agit d'une pratique qui permet au patient de demander la mise en place d'une « sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès ». Cette demande peut être faite afin « d'éviter toute souffrance et de ne pas subir d'obstination déraisonnable » lorsque le patient est atteint d'une « affection grave et incurable et dont le pronostic vital est engagé à court terme » et qu'il présente « une souffrance réfractaire au traitement ». Cette demande peut également être faite par un patient « atteint d'une affection grave et incurable » qui décide d'arrêter un traitement, ce qui « engage son pronostic vital à court terme et est susceptible d'entraîner une souffrance insupportable ».

Le majeur protégé n'est pas spécifiquement mentionné ici, il pourra donc lui-même émettre cette demande, en se faisant au besoin assister par son « protecteur » selon les règles de l'article 459. Si la personne ne peut exprimer sa volonté, la sédation est mise en œuvre conformément à la procédure décrite à l'article R. 4127-37-3. Aucune mention aux majeurs protégés n'est ici faite, il est cependant précisé que la procédure devra respecter les règles introduites à l'article R. 4127-37-2. Il conviendra donc de recueillir l'avis du tuteur, et en l'absence de tutelle, de la personne chargée de la protection du majeur, celle-ci pouvant être considérée comme étant un « proche ».

444. L'article L. 1110-5-3 envisage quant à lui la question du « double effet », c'est-à-dire la possibilité offerte à un médecin de mettre en place « l'ensemble des traitements analgésiques et sédatifs pour répondre à la souffrance réfractaire du malade en phase avancée ou terminale, même s'ils peuvent avoir comme effet d'abrèger sa vie ». Le médecin doit dans ce cas en informer le patient, tout en respectant les règles fixées à l'article L. 1111-2. Le tuteur recevra donc une information à ce sujet ainsi que le majeur sous tutelle de manière adaptée à ses facultés de compréhension. Les autres majeurs protégés agiront eux-mêmes ou seront assistés ou représentés conformément aux règles de l'article 459.

445. L'autonomie des majeurs protégés varie pour les actes liés au début et à la fin de la vie, mais dans l'ensemble, ils bénéficient d'une autonomie plutôt importante, à la différence de la délivrance de soins psychiatriques.

II L'autonomie limitée des majeurs protégés pour la délivrance de soins psychiatriques aux majeurs protégés

446. En France, on estime à environ 700 000 le nombre de personnes faisant l'objet d'une mesure de protection juridique⁷⁷⁹. La condition d'ouverture de cette mesure étant l'altération des facultés mentales ou corporelles de la personne il est à imaginer qu'un nombre conséquent de ces majeurs protégés sont atteints de troubles mentaux nécessitant une prise en charge psychiatrique. Depuis le XIXe. siècle, les règles relatives à cette prise en charge ont fait l'objet d'une importante évolution législative. Un passage progressif d'une logique d'enfermement, dans laquelle on cherchait à tenir à l'écart les « aliénés » des biens portants, vers une logique de soins construite autour du respect des droits de la personne malade a été effectué. La loi du 5 juillet 2011⁷⁸⁰ consacre cette logique de soins. Elle met en place de nombreuses garanties afin d'assurer à la personne atteinte de troubles mentaux le respect de sa liberté⁷⁸¹.

447. Ces règles sont peu adaptées à la situation des majeurs protégés et les quelques dispositions encadrant l'accès (1) et la délivrance de soins psychiatriques sans consentement (2) pour les majeurs protégés ne sont pas dénuées de limites.

A) *L'autonomie limitée des majeurs protégés pour l'accès aux soins psychiatriques sans consentement*

448. Il existe plusieurs modes d'accès aux soins psychiatriques⁷⁸². En principe, l'admission se fait uniquement avec l'accord du patient, on considère alors que la personne fait l'objet de soins psychiatriques « libres ». L'article L. 3211-1 précise que le cas échéant, l'admission ne peut se faire sans l'accord du représentant légal de la

⁷⁷⁹ Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs : une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, communication à la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée Nationale, sept. 2016

⁷⁸⁰ Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge

⁷⁸¹ TRUCHET D., « *Malades mentaux* », Rép. Civ., 2017

⁷⁸² DUPRAT J-PP, « *Personne handicapée mentale* », Lamy droit de la santé, étude 288, 2012 ; COUTURIER M., « *Soins psychiatriques sans consentement* », J.-CL. Civ., fasc.10, 2016

personne. Pour les majeurs protégés, cette formulation suscite plusieurs questions. Tout d'abord, elle ne vise que les majeurs faisant l'objet d'une mesure de représentation et ne prend pas en compte les majeurs non représentés cela signifie-t-il leur autonomie dans ce domaine ? La loi n'est pas claire. Dans un souci d'unification du régime applicable aux majeurs protégés, il serait préférable d'utiliser une terminologie permettant d'englober l'ensemble des catégories juridiques. De plus, cette formulation amène à se demander s'il est possible pour un majeur faisant l'objet d'une mesure de représentation de consentir seul à son admission en soins psychiatriques. À la lecture de cet article, il semble que non. Aussi, dans le but d'assurer une meilleure autonomie aux majeurs protégés, la rédaction de cet article est à revoir.

449. Le patient faisant l'objet de soins psychiatriques libres « dispose des mêmes droits liés à l'exercice des libertés individuelles que ceux qui sont reconnus aux malades "soignés" pour une autre cause »⁷⁸³. Les droits des majeurs protégés hospitalisés selon ce régime seront donc exercés conformément aux règles de droit commun applicable pour les actes non spécifiquement réglementés, aussi nous ne reviendrons pas sur ce point et préférons nous arrêter sur la question des majeurs protégés recevant des « soins psychiatriques sans consentement ».

450. Il est à noter que si le majeur admis en soins sans consentement ne fait pas l'objet d'une mesure de protection juridique, mais que le médecin constate que son état en nécessite une, il est tenu de déclarer la situation au procureur de la République⁷⁸⁴. Cette déclaration entraîne le placement du patient sous sauvegarde de justice. Celui-ci pourra ensuite être placé sous mesure de curatelle ou de tutelle conformément aux règles des articles 425 et suivants du Code civil⁷⁸⁵.

451. Si le patient n'est pas en mesure de consentir à son placement en soins psychiatriques, il faut se tourner vers les soins « sans consentement ». En 2015, on estimait à plus de 1,7 million les personnes âgées de 16 ans ou plus suivies dans les établissements de santé publics et privés autorisés en psychiatrie ; parmi elles, « plus de

⁷⁸³ Art. L. 3211-2 CSP.

⁷⁸⁴ Art. L. 3211-6 CSP

⁷⁸⁵ Art. L. 3211-8 CSP

92 000 personnes ont été au moins une fois prises en charge sans leur consentement »⁷⁸⁶. Le fait pour un patient de recevoir des soins psychiatriques sans son consentement est donc loin d'être marginal. Là encore, le législateur a insuffisamment prévu les règles applicables aux modes d'admission du majeur protégé en soins psychiatriques sans consentement (1) ainsi qu'au contrôle de cette admission par le juge des libertés et de la détention (2).

1) L'autonomie limitée du majeur protégé pour l'admission en soins psychiatriques sans consentement

452. Les admissions sur demande d'un tiers ou en cas de péril imminent représentent les deux principaux modes d'entrée en soins psychiatriques sans consentement. En 2015, sur les 92 000 personnes ayant fait l'objet d'une mesure de soins sans consentement, 59 000 l'ont été à la demande d'un tiers et 19 500 en raison d'un péril imminent⁷⁸⁷. L'admission n'est possible que si deux conditions cumulatives sont réunies⁷⁸⁸. D'une part, la personne doit être atteinte de « troubles mentaux [rendant] impossibles son consentement ». La Haute Autorité de Santé recommande dans ce domaine⁷⁸⁹ de prendre en compte « cinq dimensions » : la capacité à recevoir une information adaptée, la capacité à comprendre et à écouter, la capacité à raisonner, la capacité à exprimer librement sa décision et à la maintenir dans le temps. Ces critères sont ceux pris en compte en droit commun pour évaluer l'aptitude du majeur protégé à prendre une décision éclairée⁷⁹⁰. D'autre part, l'état mental de la personne doit imposer « des soins immédiats assortis soit d'une surveillance médicale constante justifiant une hospitalisation complète, soit d'une surveillance médicale régulière justifiant une prise en charge sous la forme [de soins] »⁷⁹¹.

⁷⁸⁶ IRDES, Les soins sans consentement en psychiatrie : bilan après quatre années de mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2011", Questions d'économie de la santé n°222, février 2017, p.3

⁷⁸⁷ IRDES, Les soins sans consentement en psychiatrie : bilan après quatre années de mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2011", Questions d'économie de la santé n°222, février 2017, p.4

⁷⁸⁸ COUTURIER M., « Soins psychiatriques sans consentement », J.-CL. Civ., fasc.10, 2016

⁷⁸⁹ Haute Autorité de Santé, Recommandation de bonnes pratiques relatives aux modalités de prise de décision concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement d'une personne présentant des troubles mentaux, avril 2005, p.10

⁷⁹⁰ V. § 163 et s. et § 308 et s.

⁷⁹¹ Art. L. 3212-1 CSP.

453. L'admission est prononcée par le directeur de l'établissement d'accueil en fonction des avis médicaux inscrits dans les certificats qui lui seront remis⁷⁹². Dans le cas d'une admission en soins à la demande d'un tiers, le directeur est saisi par un membre de la famille, ou une « personne justifiant de l'existence de relations avec le malade antérieures à la demande de soins et lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt de celui-ci »⁷⁹³. Il est précisé que le tuteur et le curateur peuvent initier la demande à condition de pouvoir présenter « un extrait du jugement de mise sous tutelle ou curatelle »⁷⁹⁴. À nouveau, il n'est pas fait mention des autres mesures de protection. Les autres personnes chargées de la protection des majeurs non sous tutelle ou curatelle, pourraient effectuer une demande d'admission si elles entrent dans la catégorie de « personne justifiant de l'existence de relations avec le malade antérieures à la demande de soins et lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt de celui-ci ». Il est cependant préférable que l'article précise clairement cette possibilité. Si la personne chargée de la protection du majeur n'est pas à l'origine de la demande, la loi n'impose pas au directeur de la prévenir de l'admission du majeur protégé au sein de son établissement. Cette absence légale est regrettable, la personne ne pouvant ici correctement assurer la défense des droits de la personne dont elle a la charge. Il est impératif d'insérer une disposition légale à ce sujet.

454. En ce qui concerne l'admission en soins en cas de péril imminent⁷⁹⁵, le directeur prononce seul l'admission sur la base du certificat d'un médecin n'exerçant pas dans l'établissement, dans les cas où il s'avère impossible d'obtenir une demande de la part d'un tiers. Le patient doit courir un danger « imminent ». La notion de péril imminent n'a pas été définie par la loi, mais la Haute Autorité de Santé donne des indications en précisant que « le certificat doit faire apparaître les risques de péril imminent, c'est-à-

⁷⁹² Art. L. 3212-1 CSP.

⁷⁹³ Art. L.3212-1 II.CSP.

⁷⁹⁴ Art. L. 3212-2 CSP

⁷⁹⁵ Cette procédure connaît un succès grandissant, le nombre de personnes admises selon ce mode ayant « plus que doublé depuis sa mise en place en 2011-2012 ». Des études démontrent qu'elle est appréciée des familles en ce qu'elle permet de faire porter la « responsabilité morale et médicale de la décision » sur le seul médecin, évitant ainsi aux membres ayant demandé l'admission du majeur de voir leurs relations se dégrader avec celui-ci : IRDES, *Les soins sans consentement en psychiatrie : bilan après quatre années de mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2011*, Questions d'économie de la santé n°222, février 2017, p.4 et 5

dire l'immédiateté du danger pour la santé ou la vie du patient »⁷⁹⁶. Il faut ici citer l'exemple du passage à l'acte suicidaire ou l'état de « profonde désorientation induisant, en cas de délaissement de la personne, une probable déambulation sur la chaussée l'exposant à un risque d'accident »⁷⁹⁷. Le directeur a vingt-quatre heures à la suite de la décision d'admission pour rechercher et informer « la famille de la personne qui fait l'objet de soins et, le cas échéant, la personne chargée de la protection juridique de l'intéressé »⁷⁹⁸. À la différence du cas précédent, ici, la formulation permet d'englober toutes les catégories de protection juridique. La personne chargée de la protection du majeur est donc prévenue de son placement en soins psychiatriques en cas de péril imminent.

455. La procédure d'admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent a un objectif préventif axé sur la protection du majeur. La personne est traitée, car elle est atteinte de troubles psychiatriques nécessitant des soins immédiats et une surveillance médicale, l'objectif premier est celui d'assurer sa protection. La loi insiste sur ce point en réaffirmant le respect des droits du majeur. Les soins peuvent être décidés sans que cela entraîne automatiquement une hospitalisation sous contrainte et des mesures de contrôle sont mises en place afin d'éviter les atteintes excessives à la liberté individuelle du majeur.

456. Il existe un troisième mode d'admission en soins psychiatriques sans consentement, qui est l'admission sur décision du représentant de l'état. Ce mode concernait en 2015 un peu plus de 16 000 personnes⁷⁹⁹. À la différence des deux cas précédents, la décision d'admission est ici prononcée par un « représentant de l'état », c'est-à-dire le préfet, et à Paris, le maire ou le commissaire de police sous certaines conditions, sur la base d'un avis médical circonstancié émanant d'un médecin n'exerçant pas dans l'établissement d'accueil. L'objectif ici est sécuritaire, il s'agit de préserver la société des exactions de la personne. En effet, cette admission concerne des

⁷⁹⁶ Haute Autorité de Santé, Recommandation de bonnes pratiques relatives aux modalités de prise de décision concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement d'une personne présentant des troubles mentaux, avril 2005, p.14

⁷⁹⁷ COUTURIER M., « Soins psychiatriques sans consentement », J.-CL. Civ., fasc.10, 2016

⁷⁹⁸ Art. L. 3212-1 2° CSP

⁷⁹⁹ IRDES, Les soins sans consentement en psychiatrie : bilan après quatre années de mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2011", Questions d'économie de la santé n°222, février 2017, p.4

« personnes dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte de façon grave à l'ordre public »⁸⁰⁰.

Comme en matière d'admission en soins psychiatriques pour péril imminent, la personne chargée de la protection du majeur devra être informée de la décision par le représentant de l'état dans les vingt-quatre heures⁸⁰¹. L'article est ici bien formulé, toutes les catégories juridiques sont prises en compte. Cette exigence peut parfois être difficile à mettre en œuvre dans la pratique. Le représentant de l'état n'est pas toujours au courant de l'existence de la mesure, et lorsque c'est le cas, il peut parfois être difficile d'identifier la personne chargée de la protection du majeur, en particulier lorsqu'elle ne fait pas partie du cercle familial. Comme précédemment, la personne chargée de la protection du majeur pourra saisir le juge des libertés et de la détention afin qu'il ordonne la mainlevée de la mesure⁸⁰².

457. L'admission du patient en soins psychiatriques sans consentement ne laisse que peu de place à l'autonomie du majeur protégé. La personne chargée de sa protection exerce en revanche un rôle prépondérant. Afin de protéger au mieux le patient, la mesure fait l'objet d'un contrôle par le juge.

2) L'autonomie limitée du majeur protégé dans la procédure de contrôle de la mesure de soins psychiatriques sans consentement par le juge des libertés et de la détention

458. La mesure d'admission en soins sans consentement du majeur protégé fait l'objet d'un contrôle par le juge des libertés et de la détention. Ici encore, les règles spécifiques le concernant sont insuffisantes. Lorsque le patient est majeur protégé, le juge peut être saisi par « la personne chargée de sa protection si, majeure, elle a été placée en tutelle ou en curatelle »⁸⁰³. La formulation de l'article est ici très maladroite. Elle commence par mentionner la personne chargée de la protection du majeur, ce qui pouvait laisser penser que toutes les catégories de protection juridique étaient concernées. Mais elle vient ensuite associer ce terme à celui de tutelle et de curatelle, ce qui sous-entend que

⁸⁰⁰ Art. L. 3213-1 CSP

⁸⁰¹ Art. L. 3213-9 CSP

⁸⁰² Art. L. 3211-12. CSP

⁸⁰³ Art. L. 3211-12 3° CSP

seuls les tuteurs et curateurs pourront saisir le juge pour contester la mesure. Les autres personnes chargées de la protection du majeur peuvent éventuellement entrer dans la catégorie des personnes susceptibles « d’agir dans l’intérêt de la personne faisant l’objet des soins » et saisir le juge sur ce fondement. Il serait cependant souhaitable que l’article soit plus explicite.

459. Lorsque la saisine du juge des libertés et de la détention est exercée par une autre personne que celle chargée de la protection du majeur. Cette dernière doit être informée de la saisine. Il est précisé que les tuteurs et curateurs se voient notifier la requête de saisine du juge et sont convoqués à l’audience⁸⁰⁴, à peine de nullité de la procédure⁸⁰⁵. Cette règle n’est pas explicitement formulée dans un article, et il serait préférable de modifier la terminologie de l’article afin d’englober toutes les catégories de protection.

460. Une fois le majeur protégé admis en soins psychiatriques sans consentement, il convient de s’interroger quant à la place laissée à son autonomie et à sa volonté dans ce contexte.

B) L’autonomie limitée des majeurs protégés dans le déroulement des soins psychiatriques sans consentement

461. Une fois la personne admise en soins psychiatriques sans consentement, des règles sont mises en place afin d’encadrer l’élaboration de son programme de soins. L’autonomie des majeurs protégés va se manifester dans l’exercice de leur droit à être informé (1) et dans la possibilité qui leur est offerte d’exprimer un avis (2). Cependant, elle va considérablement varier en fonction de plusieurs facteurs.

⁸⁰⁴ Art. R. 3211-11 ; R. 3211-13 et R. 3211-29 CSP

⁸⁰⁵ Civ. 1ère, 16 mars 2016, n° 15-13. 745, JurisData n° 2016-004576, *Dr. Fam.* 2016 p. 155, comm. Maria ; *AJ. Fam.* 2016 p. 267, note Verheyde

1) L'inégale autonomie des majeurs protégés pour la délivrance
d'informations relatives aux soins psychiatriques sans consentement

462. Bien que faisant l'objet de « soins psychiatriques sans consentement », la personne conserve une sphère d'autonomie par l'exercice de son droit à l'information⁸⁰⁶. Chez les majeurs protégés, l'autonomie dans ce domaine est inégale.

463. L'article L. 3211-3 affirme la nécessité d'informer la personne, « dans la mesure où son état le permet », de son admission en soins psychiatriques ou de leur maintien et elle doit être « mise à même de faire valoir ses observations, par tout moyen et de manière appropriée à cet état ». Elle va également être informée des droits dont elle dispose⁸⁰⁷ et des voies de recours offertes contre ces mesures. Le cas des majeurs protégés n'est pas pris en compte, mais il est précisé dans l'article que ces droits peuvent à leur demande, être exercés par « les personnes susceptibles d'agir dans l'intérêt du malade ». La personne chargée de la protection du majeur peut donc agir pour protéger les droits de ce dernier. L'article pourrait indiquer de manière plus explicite cette possibilité. L'autonomie des majeurs protégés est ici importante puisqu'ils peuvent exercer leurs droits eux-mêmes s'ils sont en mesure de le faire.

464. L'information de la personne admise en soins sans consentement passe également par l'accès à son dossier médical. L'article L. 1111-7 dispose que les majeurs protégés exercent ce droit conformément à l'article 459 du Code civil. Il est cependant précisé qu'« à titre exceptionnel, la consultation des informations recueillies, dans le cadre d'une admission en soins psychiatriques [...], peut être subordonnée à la présence d'un médecin désigné par le demandeur en cas de risques d'une gravité particulière. En cas de refus du demandeur, la commission départementale des soins psychiatriques est saisie. Son avis s'impose au détenteur des informations comme au demandeur ». C'est le « détenteur de l'information » qui sera chargé de l'appréciation du risque d'une gravité particulière⁸⁰⁸. Ces mesures sont applicables au majeur sous protection

⁸⁰⁶ CASTAING C., « La volonté des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement », *AJDA.*, 2013 p.153

⁸⁰⁷ Il faut citer pour exemples le droit d'avoir une correspondance, d'exercer une activité religieuse ou philosophique, de prendre des conseils auprès d'un avocat. Il est également précisé à l'article L. 3211-5 que la personne conserve la totalité de ses droits et devoirs de citoyen.

⁸⁰⁸ Art. R. 1111-5 CSP

juridique. L'accès aux informations le concernant pourra donc être conditionné par la présence d'un médecin. À nouveau, l'autonomie des majeurs protégés est importante dans la mesure où les règles de l'article 459 s'appliquent.

465. Si lors de la délivrance des soins la question du placement du majeur protégé sous isolement⁸⁰⁹ ou contention⁸¹⁰ est évoquée, la loi du 26 janvier 2016⁸¹¹ précise dans un nouvel article L. 3222-5-1 qu'il s'agit de « pratiques de dernier recours. Il ne peut y être procédé que pour prévenir un dommage immédiat ou imminent pour le patient ou autrui, sur décision d'un psychiatre, prise pour une durée limitée ». La Haute Autorité de Santé indique que lors de la mise en place de ces mesures, il est indispensable « de donner au patient des explications claires concernant les raisons de la mesure et les critères permettant sa levée. L'explication doit être donnée dans des termes compréhensibles par le patient et répétée, si nécessaire, pour faciliter la compréhension ». Elle précise alors que « *sauf dispositions prévues par la législation (majeurs sous tutelle, mineurs)* et dans le respect du Code de déontologie, il est demandé au patient s'il souhaite prévenir sa personne de confiance ou un proche »⁸¹². Au vu de cette formulation, il semble que la Haute Autorité de Santé sous-entende que les dispositions spécifiques applicables en matière d'information du patient s'appliquent. Autrement dit, la personne chargée de la protection du majeur sera informée conformément aux dispositions décrites en matière de droit commun pour les actes non spécifiquement réglementés.

Selon ces règles, les droits à l'information des majeurs protégés représentés sont exercés par leur représentant légal, qui recevra nécessairement une information à ce sujet. En revanche, les personnes chargées de la protection des majeurs non représentés ne recevront pas automatiquement une information. Les majeurs non représentés exercent eux-mêmes leurs droits à l'information, et ce n'est que lorsqu'ils ont besoin d'être

⁸⁰⁹ L'isolement est le « placement du patient à visée de protection, lors d'une phase critique de sa prise en charge thérapeutique, dans un espace dont il ne peut sortir librement et qui est séparé des autres patients » : Haute Autorité de Santé, *Recommandation de bonnes pratiques relatives à l'isolement et à la contention en psychiatrie générale*, février 2017, p. 9

⁸¹⁰ La contention peut être d'ordre physique, ce qui recouvre le « maintien ou immobilisation du patient en ayant recours à la force physique », ou d'ordre mécanique, il s'agit alors de l'« utilisation de tous moyens, méthodes, matériels ou vêtements empêchant ou limitant les capacités de mobilisation volontaire de tout ou partie du corps dans un but de sécurité pour un patient dont le comportement présente un risque grave pour son intégrité ou celle d'autrui » : Haute Autorité de Santé, *op. cit.*

⁸¹¹ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé

⁸¹² Haute Autorité de Santé, *op. cit.*, p. 14

assistés ou représentés dans ce domaine que le juge pourra conformément aux règles de l'article 459 habiliter leurs « protecteurs » à intervenir. L'application de ces règles conduit à conclure que les personnes chargées de la protection des majeurs non représentés ne pourront recevoir une information que s'ils ont été habilités par le juge à intervenir dans le domaine de la santé du majeur ou si le patient le demande. Cette mesure conduit à la mise en place d'un régime d'information de la personne chargée de la protection du majeur qui n'est guère satisfaisant. Elle est censée agir dans l'intérêt du majeur, et il est indispensable qu'elle soit informée systématiquement de toute mesure coercitive pouvant être employée à l'encontre du majeur, et ce quel que soit son régime de protection. Il s'agit de l'unique moyen pour elle d'exercer correctement le rôle qui lui est dévolu en s'assurant que les règles applicables à la contention et à l'isolement sont bien respectées. Aussi l'article doit venir préciser ces différents points.

2) L'inégale autonomie des majeurs protégés en matière de consentement aux soins psychiatriques sans consentement

466. Parler de consentement dans le domaine des soins psychiatriques sans consentement peut sembler paradoxal. Pourtant, le législateur accorde une place considérable à la recherche de celui du patient. L'article L. 3211-3 du Code de la santé publique dispose que « lorsqu'une personne atteinte de troubles mentaux fait l'objet de soins psychiatriques [...], les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis. En toutes circonstances, la dignité de la personne doit être respectée et sa réinsertion recherchée ». Ces règles sont également applicables lorsque le patient est un majeur protégé.

467. Le majeur protégé est pris en charge de différentes manières. En effet, l'admission en soins n'entraîne plus automatiquement une prise en charge sous la forme d'une hospitalisation complète. Depuis la loi de 2011, « ce sont les soins qui sont ordonnés et non l'internement dans un lieu de soin »⁸¹³. Ils peuvent être délivrés sous la forme d'un programme « pouvant comporter des soins ambulatoires, des soins à

⁸¹³ COUTURIER M., « Soins psychiatriques sans consentement », J.-CL. Civ., fasc.10, 2016 §23

domicile [...] et, le cas échéant, une hospitalisation à domicile, des séjours à temps partiel ou des séjours de courte durée à temps complet »⁸¹⁴. L'avis du majeur sera recueilli quant à l'établissement de ce programme. En revanche, la personne chargée de la protection du majeur ne sera pas consultée, ce qui peut sembler regrettable dans la mesure où c'est elle qui contribuera à mettre en œuvre ce programme de soin en s'assurant que le majeur se rende bien aux séances par exemple.

468. L'article L. 3211-3 précise que « dans la mesure où son état le permet », le patient doit être informé et mis à même de « faire valoir ses observations, par tout moyen et de manière appropriée à cet état ». Le majeur protégé peut donc exprimer son avis quant aux soins devant lui être prodigués. Se pose alors la question de savoir s'il a la possibilité de refuser ceux-ci. La lecture de l'article L. 3211-3 semble conduire à une réponse négative. Il est bien précisé que la personne délivre ses « observations », et il n'est en aucun cas exigé un « consentement » de sa part. Il faut en conclure l'impossibilité pour le patient en soins psychiatriques sans consentement de refuser un traitement. Le fait pour ce droit d'être « le corollaire du principe du consentement libre et éclairé le rendrait inapplicable à la personne qui n'a pas son discernement »⁸¹⁵. Cependant, cette réponse mérite d'être nuancée. En effet, l'article L. 3211-2-1 III. dispose qu'« aucune mesure de contrainte ne peut être mise en œuvre à l'égard d'un patient pris en charge sous la forme [d'un programme de soins] ». Ainsi les patients majeurs protégés « ne sauraient se voir administrer des soins de manière coercitive ni être conduits ou maintenus de force pour accomplir les séjours en établissement prévus par le programme de soins »⁸¹⁶. Ils sont donc en mesure de se soustraire à leur traitement et de refuser les soins tant que la prise en charge n'a pas « été préalablement transformée en hospitalisation complète »⁸¹⁷. En conséquence, seuls les patients bénéficiant d'une prise en charge sous la forme d'une hospitalisation complète ou admis à la demande du représentant de l'état ne pourront « s'opposer aux soins médicaux que [leurs] troubles [mentaux] requièrent »⁸¹⁸. Cette mesure n'étant pas inconstitutionnelle dans la mesure

⁸¹⁴ Art. L. 3211-2-1 CSP

⁸¹⁵ BYK C., « Les soins psychiatriques sans consentement au regard de la question prioritaire de constitutionnalité », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau : Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, vol.1, Bordeaux, 2015, p. 307

⁸¹⁶ Cons. Const., décision n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012, cons. 12

⁸¹⁷ *Ibid.*

⁸¹⁸ Cons. Const., décision n° 2010-71 QPC du 26 Novembre 2010, cons. 32

où des dispositions sont prises afin de recueillir l'avis du patient sur son traitement⁸¹⁹.

469. Le poids accordé à la volonté du majeur protégé en matière de soins psychiatriques sans consentement va donc fortement varier en fonction de sa prise en charge. En théorie, le patient sous « programme de soins » dispose d'une grande autonomie puisqu'il peut refuser les traitements qui lui sont demandés. Cependant, cette autonomie est en réalité limitée dans la mesure où une réadmission en hospitalisation complète est possible lorsque « la prise en charge de la personne décidée sous une autre forme ne permet plus, notamment du fait du comportement de la personne, de dispenser les soins nécessaires à son état »⁸²⁰. Il existe ainsi « un moyen de pression qu'on pourra analyser *a minima* comme une contrainte morale, au sens juridique du terme, en ceci qu'une menace de privation de liberté pèse sur le malade qui ne collaborerait pas activement aux soins »⁸²¹. La volonté du malade est donc restreinte dans la mesure où un refus de traitement de sa part pourrait conduire à son admission en hospitalisation complète.

⁸¹⁹ *Ibid*

⁸²⁰ Art. L. 3211-11 CSP

⁸²¹ COUTURIER M., « Soins psychiatriques sans consentement », J.-CL. Civ., fasc.10, 2016, §46

Conclusion de la seconde section

470. L'autonomie des majeurs protégés est très inégale dans le domaine des actes liés au début et à la fin de vie, ainsi que pour les actes mis en œuvre dans le cadre d'une procédure de soins psychiatriques sans consentement.
471. D'une manière générale, ils retrouvent une autonomie considérable pour les actes en lien avec le début et la fin de vie. Bien qu'elle soit limitée en matière d'accès à la contraception, les majeurs protégés retrouvent une autonomie absolue pour les actes liés à la grossesse. De même, la possibilité pour les majeurs protégés d'exprimer de manière anticipée leur volonté par le biais de directives anticipées ou par la désignation d'une personne de confiance va varier en fonction de leur régime de protection. En revanche, ils retrouvent une place prépondérante dans les procédures d'arrêt des traitements ou de soulagement de leur souffrance.
472. Par comparaison, leur autonomie est fortement limitée en matière de délivrance de soins psychiatriques sans consentement. Ils n'ont qu'un rôle limité dans la procédure d'accès à ces soins. De même, l'exercice de leurs droits à l'information et au consentement va diverger, en fonction de leur protection juridique, mais également de leur mode de prise en charge par l'établissement psychiatrique.

Conclusion du chapitre second

473. À l'instar du droit commun, l'identification du régime applicable aux majeurs protégés pour les actes spécifiquement réglementés n'est pas aisée. Les règles ont été adoptées de manière progressive et n'ont jamais été pensées dans leur globalité. L'autonomie qui en découle pour les majeurs protégés est très inégale et laisse un sentiment d'incohérence.
474. Leur autonomie est très limitée dans le domaine des prélèvements de produits issus du corps humain et d'actes réalisés dans le cadre d'une recherche. Le régime applicable dans ces cas n'est pas toujours compréhensible. Les majeurs vont parfois être écartés d'actes bénins, comme les prélèvements sanguins, mais pourront être sollicités pour des actes présentant un plus grand danger pour leur intégrité physique comme c'est le cas de la recherche. Il est alors difficile de déterminer l'amplitude de la capacité d'exercice des majeurs protégés tant les règles vont varier d'un acte à l'autre et d'un régime de protection à l'autre. Cette réflexion peut également être menée pour les soins délivrés dans le cadre de soins psychiatriques sans consentement.
475. Les majeurs protégés retrouvent une autonomie plus grande dans le domaine des actes liés au début et à la fin de vie, allant parfois jusqu'à une capacité d'exercice absolue pour les actes relatifs à la procréation. À nouveau, leur marge de manœuvre sera plus ou moins importante en fonction de leur régime de protection.
476. La disparité des actes spécifiques réglementés et de régime applicable aux majeurs protégés en fonction de leur régime de protection rend leur situation délicate à appréhender pour les médecins et il est nécessaire de revoir ce régime pour leur faciliter le travail.

Conclusion du titre second

477. Tout comme pour les mineurs, le législateur tente de trouver un équilibre entre protection de l'intégrité physique et autonomie des majeurs protégés, mais n'y parvient pas davantage.
478. Les règles applicables à ces derniers dans le domaine de la santé conduisent à appliquer alternativement ou de manière combinée le Code civil et le Code de la santé publique ce qui rend ce régime délicat à déterminer. Les dispositions issues du Code de la santé publique sont pour la plupart antérieures à celles issues du Code civil. Elles ne visent que certaines catégories de protections juridiques et ont tendance à limiter l'autonomie des majeurs lorsqu'ils font l'objet d'un régime de représentation. Or, cela n'est pas cohérent avec les récentes dispositions issues du Code civil qui privilégient au contraire l'autonomie de ces derniers lorsqu'ils sont aptes à prendre une décision personnelle éclairée. L'existence de nombreuses règles spécifiques applicables à certains actes médicaux ajoute à cette difficile détermination du régime applicable aux majeurs protégés, car elles n'ont pas été non plus pensées dans leur globalité de manière à construire un régime logique et homogène.
479. Il est indispensable de revoir les règles applicables aux majeurs protégés usagers du système de santé afin de rendre leur régime plus accessible aux professionnels de santé et plus cohérent.

Conclusion de la première partie

480. Le droit positif relatif au consentement à l'acte médical des personnes vulnérables ne parvient pas à établir un équilibre satisfaisant entre protection de leur intégrité physique et respect de leur autonomie. Les mineurs sont tous traités de la même manière par le législateur, sans prise en compte de leur âge ou de leur degré de maturité, ce qui n'est pas logique. L'incapacité du mineur devrait être conçue comme une période transitoire au cours de laquelle il acquiert progressivement les droits et libertés d'une personne majeure. Or ce n'est actuellement pas le cas. Mises à part quelques exceptions, comme les règles de l'article L. 1111-5 du Code de la santé publique, les mineurs seront systématiquement représentés par les titulaires de l'autorité parentale dans l'exercice de leurs droits. Sa sphère d'autonomie est fortement restreinte, ce qui ne pose pas de difficultés dans les familles où règne une bonne entente, mais peut constituer un obstacle à la bonne prise en charge médicale du mineur lorsque les rapports familiaux sont conflictuels.

Chez les majeurs protégés, les médecins se heurtent à la complexe détermination du régime applicable dans le domaine de la santé. La non prise en compte de toutes les mesures de protection juridique par le Code de la santé publique et l'obligation de combiner les règles de ce dernier avec celles issues du Code civil n'est pas pour faciliter les choses. Tout comme pour les mineurs, le législateur ne tient que peu compte de la faculté de discernement des majeurs sous protection afin de déterminer leur capacité d'exercice.

481. D'une manière générale, il est constaté que la protection de l'intégrité des personnes vulnérables prime le respect de leur autonomie. Le législateur met en place des mécanismes destinés à permettre l'expression de cette dernière, mais ils sont insuffisants à la préserver de manière satisfaisante. De plus, ces patients sont dans l'ensemble privés de la possibilité d'exercer eux-mêmes leurs droits en raison non pas de leur inaptitude à comprendre leur situation médicale, mais en raison de leur incapacité juridique. Il serait préférable de revoir le système en vigueur dans le but d'établir un régime plus simple à comprendre pour les professionnels de santé et qui

redonne aux mineurs et aux majeurs protégés une plus grande autonomie (**Seconde partie**).

Seconde partie :

Vers un respect accru de l'autonomie des personnes vulnérables en matière de consentement à l'acte médical

482. L'étude de la législation applicable au consentement à l'acte médical des personnes vulnérables laisse insatisfait. La possibilité pour les majeurs sous protection juridique et les mineurs de consentir à la mise en œuvre des soins est trop souvent écartée du fait de leur incapacité juridique. Il faut en conclure que le législateur préfère privilégier la préservation de leur intégrité physique au détriment de la préservation de leur intégrité morale. Ce déséquilibre s'inscrit en contradiction avec les recommandations adoptées par de multiples instances européennes ou internationales qui prônent de laisser davantage place à l'expression des personnes vulnérables pour les actes les concernant⁸²².

483. Ainsi, la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées⁸²³ rappelle que les états signataires s'engagent à reconnaître « l'importance pour les personnes handicapées de leur autonomie et de leur indépendance individuelle, y compris la liberté de faire leurs propres choix »⁸²⁴ et que « toute personne handicapée a droit au respect de son intégrité physique et mentale sur la base de l'égalité avec les autres »⁸²⁵. L'article 25 d. exige des professionnels de santé qu'ils dispensent « aux personnes handicapées des soins de la même qualité que ceux dispensés aux autres, notamment qu'ils obtiennent le consentement libre et éclairé des personnes handicapées concernées ; à cette fin, les États Parties mènent des activités de formation et promulguent des règles déontologiques [...] de façon, entre autres, à sensibiliser le personnel aux droits de l'homme, à la dignité, à l'autonomie et aux besoins des personnes handicapées ». Selon cette convention, le législateur devrait traiter la

⁸²² VASSEUR — LAMBRY F., « Le statut civil du majeur protégé et Le droit supranational des droits de l'homme », *Dr.fam.*, fév. 2011, n°2, dossier 3

⁸²³ ONU, *Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées*, 13 déc. 2006 ; entrée en vigueur le 3 mai 2008 et ratifiée par la France 18 février 2009 suite à la loi n° 2009-1791 du 31 décembre 2009 autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées.

⁸²⁴ Préambule, n., *Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées*

⁸²⁵ Art. 17, *Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées*

personne handicapée, y compris lorsqu'elle est sous protection juridique, de manière similaire à une personne non affectée d'un handicap.

D'après le Comité des droits des personnes handicapées⁸²⁶, ce texte, et plus particulièrement son article 12 posant le principe d'égalité, implique le droit pour les personnes handicapées de pouvoir exercer pleinement leur capacité juridique. Une personne handicapée doit pouvoir prendre ses décisions elle-même, si besoin en faisant l'objet d'une assistance. Or, le comité relève que « dans la plupart des rapports d'États parties [...], on constate un amalgame entre les notions de capacité mentale et de capacité juridique, de sorte que, lorsque la capacité de décider d'une personne est jugée déficiente, souvent en raison d'un handicap cognitif ou psychosocial, sa capacité juridique de prendre une décision particulière lui est retirée. [...] le handicap d'une personne et/ou son aptitude à décider sont considérés comme un motif légitime pour la priver de sa capacité juridique et limiter sa personnalité juridique. L'article 12 n'autorise pas ce déni discriminatoire de la capacité juridique ; il exige qu'un accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique soit fourni »⁸²⁷. Par là même, le comité critique le système français de la tutelle qui met en place un système de consentement « substitué » et non un système de consentement « assisté ». Pour lui, « la conception du handicap axée sur les droits de l'homme suppose le passage d'un système de prise de décision substitutive à un système de prise de décision assistée »⁸²⁸. Le régime de la tutelle contredit la portée de ce principe d'égalité.

Sans partager ces critiques du système de la tutelle, la représentation étant parfois inévitable au vu de l'ampleur des troubles de la personne⁸²⁹, il est possible de se demander si le régime actuel respecte pleinement la dignité et l'autonomie des majeurs protégés handicapés. Trop souvent, force est de constater qu'ils sont écartés de la prise de décision en matière médicale en raison de leur protection juridique, ou sont même privés de l'accès à certains actes⁸³⁰.

⁸²⁶ Comité des droits des personnes handicapées, Observation générale sur l'article 12 de la Convention relatif à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité, 30 mars — 11 avril 2014

⁸²⁷ *Ibid.* §13

⁸²⁸ *Ibid.* §3

⁸²⁹ Pour une analyse critique de cette observation, voir PECQUEUR E., « Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées », *D.* 2016 p.958

⁸³⁰ Comme c'est le cas du don du sang, V. § 360 et s.

484. La limitation de l'autonomie des majeurs protégés est également contraire à la Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe⁸³¹ qui considère qu'une « mesure de protection juridique ne devrait pas automatiquement conduire à une restriction totale de la capacité juridique »⁸³² ni « priver la personne concernée du droit [...] de donner ou non son accord à une quelconque intervention touchant à sa santé »⁸³³. Allant dans un sens similaire, le principe 22.1 énonce que « lorsqu'un majeur, même s'il fait l'objet d'une mesure de protection, est en fait capable de donner son consentement libre et éclairé à une intervention déterminée dans le domaine de la santé, celle-ci ne peut être pratiquée qu'avec son consentement ». Les restrictions posées par le Code de la santé publique à la possibilité pour les majeurs protégés de consentir seuls à un acte médical lorsqu'ils sont sous tutelle sont contraires à cette prescription.

La mission interministérielle chargée de s'interroger sur l'évolution de la protection de la personne⁸³⁴ estime que « notre système juridique de protection des personnes adultes doit impérativement évoluer »⁸³⁵ pour être en conformité avec les textes internationaux et plus particulièrement la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées. Elle ajoute que « tout en constatant qu'il est impossible de supprimer tout système de représentation à l'égard de ceux de nos citoyens qui sont dans l'incapacité de s'exprimer d'agir »⁸³⁶, il est nécessaire de renforcer la subsidiarité de la mesure de protection. Elle propose ainsi de supprimer la mesure de tutelle jugée « stigmatisante » afin de la remplacer par une mesure de protection unique⁸³⁷ dans laquelle le juge déterminerait s'il est ou non nécessaire d'organiser la représentation du majeur. Une telle mesure semble judicieuse afin d'adapter au mieux la protection de la personne en fonction de son autonomie et de son aptitude à consentir.

485. Le régime applicable au consentement à l'acte médical des majeurs protégés n'est pas le seul pouvant faire l'objet de critiques lorsqu'il est examiné à la lumière des textes internationaux. Le droit des mineurs est tout aussi concerné. Il se heurte par

⁸³¹ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n° R (99) 4 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, 23 fév. 1999

⁸³² *Ibid.*, principe 3.1

⁸³³ *Ibid.*, principe 3.2

⁸³⁴ Rapport de mission interministérielle, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, 21 sept. 2018

⁸³⁵ *Ibid.*, p. 43

⁸³⁶ *Ibid.*

⁸³⁷ *Ibid.*

exemple à l'article 12.1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant⁸³⁸, selon lequel « les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ». Le fait de ne pas respecter l'avis exprimé par un enfant capable de discernement peut être lu comme allant à l'encontre de cette exigence.

486. Au vu de ces nombreuses critiques, il semble nécessaire de revoir la législation applicable aux personnes vulnérables afin de leur conférer davantage d'autonomie en matière de consentement à l'acte médical. Il faut toutefois veiller à ne pas inverser la tendance en sacrifiant la protection de leur intégrité physique au profit d'une autonomie idéalisée. Ainsi, la recherche d'une plus grande capacité d'exercice ne doit pas conduire à mettre en danger leur santé. C'est pourquoi elle doit faire l'objet de limites.

487. Afin de trouver un nouvel équilibre entre protection de l'intégrité physique et protection de l'intégrité morale des personnes protégées, l'expérience étrangère peut s'avérer d'une aide précieuse. Diverses législations auraient pu servir d'inspiration à la modification du régime français de consentement à l'acte médical des personnes protégées. Par exemple en Angleterre, le *Mental Capacity Act*⁸³⁹ pose des règles relatives à la capacité de discernement des personnes. Celle-ci est présumée tant que n'est pas établi son incapacité⁸⁴⁰. Une personne « est dépourvue de capacité pour une question (*matter*) si, au moment opportun, elle ne peut par elle-même prendre une décision pertinente en raison d'une altération ou d'un trouble du fonctionnement de son esprit (*mind*) ou de son cerveau (*brain*) »⁸⁴¹. Cet article précise que la capacité ne dépend pas uniquement de l'âge d'une personne⁸⁴². La présomption de capacité va également s'appliquer aux mineurs de plus de seize ans qui peuvent consentir seuls aux actes

⁸³⁸ ONU, Convention internationale relative aux droits de l'enfant, 20 nov. 1989

⁸³⁹ Mental Capacity Act 2005

⁸⁴⁰ Art. 1(2) Mental Capacity Act 2005

⁸⁴¹ Traduction française de l'article 2 (1) du *Mental Capacity Act 2005* par FLAUSS-DIEM J., « En Angleterre, une nouvelle juridiction pour la protection des personnes privées de discernement », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau*, 2015 p.453 ; V. également le *Mental Health Act 2007* pour une définition du trouble mental.

⁸⁴² Art. 2(3) Mental Capacity Act 2005

médicaux⁸⁴³. La capacité des mineurs de moins de seize ans sera évaluée au cas par cas et ils pourront consentir seuls lorsqu'ils sont jugés aptes à comprendre la nature et les implications du traitement proposé⁸⁴⁴. C'est le principe du « *Mature minor* » introduit par l'arrêt *Gillick*⁸⁴⁵, et applicable dans tous les pays de *Common law*. Des limites sont cependant posées à sa capacité à refuser des soins si celui-ci risque de lui causer une infirmité grave et permanente ou si sa vie s'en trouve en danger⁸⁴⁶. Les États-Unis adoptent un système assez similaire, mais il existe des différences significatives en fonction des États. Les régimes allemand, espagnol⁸⁴⁷, belge⁸⁴⁸, et italien relatifs au consentement à l'acte médical des personnes vulnérables, sont proches de celui de la France⁸⁴⁹ et ne permettent pas une amélioration significative de l'autonomie de ces personnes. A contrario, le droit en vigueur au Danemark et aux Pays - Bas paraît plus protecteur de l'autonomie des grands mineurs⁸⁵⁰. Toutefois, en raison d'un manque de maîtrise de la langue de ces pays et de la difficulté à trouver des sources fiables depuis la France, il n'a pas été aisé d'approfondir l'étude de ces régimes, aussi le choix a-t-il été fait de ne pas utiliser ces mécanismes comme modèles pour les propositions d'amélioration de notre système.

488. Il était important de trouver comme source d'inspiration des pays prônant l'autonomie individuelle, mais dont les régimes de protection des mineurs et des majeurs « incapables » se rapprochent du système français. Cela constitue l'unique moyen de pouvoir imaginer un nouveau régime plus protecteur de l'autonomie, mais qui s'adapte à nos institutions. Cette raison a conduit à la mise à l'écart des régimes

⁸⁴³ Art. 8(1) Family Law Reform Act 1969 ; NEVILLE BROWN L., WESTON C. A., « Grande-Bretagne – Droit anglais – Introduction générale – Les époux. Les enfants », J.-CL. Droit comparé, fasc. 1, 2007, § 132 et s.

⁸⁴⁴ FRANCOZ-TERMINAL L., La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais, Th. Dactyl., Lyon 3, 2007, p. 114 et s.

⁸⁴⁵ *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* du 17 oct. 1985, [1986] AC 112 ; [1986] 1 FLR 229 ; [1985] UKHL 7

⁸⁴⁶ FRANCOZ-TERMINAL L., *op. cit.*, p. 115 et s. ; ENRIGHT M., « Mature Minors & The Medical Law ; Safety First ? », [2004] *Cork online law review* 6

⁸⁴⁷ GARCIA RUBIO M-P., LLAMAS POMBO E., « Espagne – Droit civil – Statut personnel », J.-CL. Droit Notarial, fasc. 1, 2009, § 20 et s.

⁸⁴⁸ MAINGAIN B., DE WILDE D'ESTAMAEL E., « Belgique. – Incapacités », J.-CL. Droit Notarial, fasc. 1, 2009

⁸⁴⁹ V. Sénat, *L'information des malades et l'accès au dossier médical*, étude de législation comparée n° 78, oct. 2000 ; LE GOUES M., *Le consentement du patient en droit de la santé*, (sous la direction de V. Bernaud), Th. Dactyl., Avignon, 2015

⁸⁵⁰ *Ibid.*

anglais et américains, et à l'adoption des droits suisse⁸⁵¹ et québécois⁸⁵² comme modèles. Bien que s'inspirant de la *Common law*, les mécanismes de protection des mineurs et des majeurs protégés dans ces pays sont assez similaires à la France. Ces états ont toutefois su laisser une place plus grande à l'autonomie dans le domaine du consentement à l'acte médical (**Titre premier**). En s'inspirant du régime juridique présent dans ces deux pays, il devrait être possible de parvenir à la construction d'un régime français plus cohérent et surtout respectueux de l'autonomie des personnes protégées (**Titre second**).

⁸⁵¹ SANTOS A., « Suisse — Personne et tutelle », J.-CL. Droit Notarial, fasc. 2, 2011

⁸⁵² ROY A., GROFFIER E., « Canada (Québec) — Personnes physiques », J.-CL. Droit comparé, fasc. 1, 2011, § 18 et s.

Titre premier : La législation étrangère, source d'inspiration pour l'amélioration de l'autonomie des personnes vulnérables

489. Il a été démontré qu'une révision du régime applicable au consentement à l'acte médical des personnes vulnérables était indispensable. L'incapacité doit être appréhendée comme une notion évolutive en fonction du temps et des circonstances. Un majeur protégé peut être incapable de prendre une décision concernant la vente de son logement, mais être apte à choisir s'il souhaite bénéficier d'une opération de la cataracte. De même, si un mineur n'est pas en mesure de décider de son traitement lorsqu'il a six mois, la question est tout autre à mesure qu'il approche de la majorité. Ses capacités de discernement et de compréhension tendent à s'accroître au fil des années, tout comme le devrait son aptitude à prendre une décision en matière médicale. Il apparaît donc plus approprié de fonder le régime de consentement à l'acte médical non pas sur la capacité juridique, mais plutôt sur l'aptitude réelle de la personne à agir. La mise en place d'un tel système tendrait vers un rapprochement de la législation applicable aux mineurs et aux majeurs protégés. Les règles pour pouvoir consentir à un acte médical seraient les mêmes, quel que soit l'âge ou le statut juridique de la personne. La situation des mineurs et des majeurs protégés n'étant pas identique, des limites pourraient cependant être introduites afin d'encadrer les choix opérés par la personne.

490. Loin d'être utopiques, les régimes fondés sur la faculté de discernement des personnes sont légion dans la législation étrangère. Il est notamment possible de penser aux législations applicables en Suisse⁸⁵³ et au Canada⁸⁵⁴ (**Chapitre préliminaire**) dans lesquelles la capacité à consentir à un acte médical dépend des facultés réelles de la personne à comprendre la situation, et non de sa capacité juridique. Dans ces régimes, la notion d'aptitude à consentir est au cœur du système de consentement aux soins. L'introduction de cette notion en droit français permettrait d'élaborer un nouveau régime plus respectueux de l'autonomie des personnes vulnérables (**Chapitre premier**). Toutefois, afin de garantir une protection satisfaisante de leur

⁸⁵³ SANTOS A., « Suisse — Personne et tutelle », J.-CL. Droit comparé, fasc. 16, 2011

⁸⁵⁴ ROY A., GROFFIER E., « Canada (Québec) — Personnes physiques », J.-CL. Droit comparé, fasc. 20, 2011, § 18 et s.

intégrité physique, il conviendrait d'apporter certaines limites à leur autonomie, comme c'est le cas dans certaines législations étrangères (**Chapitre second**).

Chapitre préliminaire : Les droits Suisse et Québécois, sources d'inspiration pour l'amélioration de l'autonomie des personnes vulnérables dans le régime français

491. Les droits suisse et québécois puisent leur inspiration dans la Common law, mais également dans le droit français. Ces deux sources leur ont permis d'adopter un régime accordant une plus grande autonomie aux mineurs et aux majeurs protégés. Avant de voir en quoi ces régimes peuvent servir de modèles pour la modification du régime français, il est utile d'observer la manière dont ces États assurent la protection de ces personnes, d'où l'objet de ce chapitre préliminaire. En effet, bien que très proche de la France, les mécanismes de protection des personnes protégées en Suisse (I) et au Canada (II) vont varier quant au vocabulaire employé et à l'ampleur du régime mis en place. Aussi, l'étude de ces régimes apparaît alors appréciable pour comprendre comment une modification de la loi actuelle pourrait être mise en œuvre de manière à mieux préserver l'autonomie des majeurs protégés.

I Le régime suisse de protection des personnes vulnérables

492. Le régime suisse est singulier en ce qu'il tire sa source d'inspiration à la fois du droit allemand et du droit français⁸⁵⁵. À l'instar de la France, la capacité juridique en droit suisse⁸⁵⁶ se compose d'une capacité de jouissance bénéficiant à toute personne⁸⁵⁷ et d'une capacité d'exercice⁸⁵⁸. Cette dernière peut se voir limiter. L'article 13 du Code civil suisse précise en effet que les droits et obligations sont exercés par une « personne majeure et capable de discernement ». L'article 17 ajoute que la personne ne doit pas être sous « curatelle de portée générale ». Il est nécessaire d'approfondir les notions de majorité et de curatelle de portée générale (A) afin de mieux comprendre les restrictions faites à la capacité d'exercice (B).

A) *Présentation du régime de protection des personnes vulnérables en Suisse*

493. Le régime assurant la protection des mineurs et des majeurs protégés en Suisse est assez similaire au système français. Comme en France, la majorité s'acquiert à l'âge de 18 ans⁸⁵⁹ et les mineurs sont privés de la capacité à exercer leurs droits. Ils seront représentés par les titulaires de l'autorité parentale. Toutefois, il existe des exceptions⁸⁶⁰ à cette incapacité d'exercice, notamment dans le domaine du consentement à l'acte médical, dans lequel, les mineurs bénéficieront d'une grande autonomie.

494. Du côté des majeurs, le système se distingue davantage du droit français, malgré quelques similitudes. Différentes mesures de protection sont instaurées. Lorsque la personne est « partiellement ou totalement empêchée d'assurer elle-même la sauvegarde de ses intérêts en raison d'une déficience mentale, de troubles psychiques ou d'un autre état de faiblesse qui affecte sa condition personnelle » ou lorsqu'elle « est, en raison

⁸⁵⁵ SANTOS A., « Suisse — Introduction générale au système juridique », J.-CL. Droit comparé, fasc. 10, 2011

⁸⁵⁶ SANTOS A., « Suisse — Personne et tutelle », J.-CL. Droit comparé, fasc. 16, 2011

⁸⁵⁷ Art. 11 Cc. Suisse

⁸⁵⁸ Art. 12 et 13 Cc. Suisse

⁸⁵⁹ Art. 14 Cc. Suisse

⁸⁶⁰ Art. 19 Cc. Suisse

d'une incapacité passagère de discernement ou pour cause d'absence, empêchée d'agir elle-même et qu'elle n'a pas désigné de représentant pour des affaires qui doivent être réglées »⁸⁶¹, l'autorité de protection des adultes pourra ouvrir une mesure de curatelle. Il en existe divers types⁸⁶². Tout d'abord, une « curatelle d'accompagnement » peut être instituée avec le consentement de la personne pour l'aider à accomplir certains actes⁸⁶³. La personne fait l'objet d'une simple assistance et n'est pas privée de sa capacité d'exercice. De même, la « curatelle de représentation » permettra d'organiser la représentation du majeur, uniquement pour des actes déterminés⁸⁶⁴. La personne protégée conserve sa capacité d'exercice, mais est liée par les actes accomplis par le curateur.

Se rapprochant le plus du système français de la curatelle, la « curatelle de coopération » limite la capacité d'exercice du majeur puisqu'il ne pourra accomplir certains actes qu'avec le consentement de son curateur⁸⁶⁵.

Enfin, la « curatelle de portée générale » peut être instituée « lorsqu'une personne a particulièrement besoin d'aide, en raison notamment d'une incapacité durable de discernement. Elle couvre tous les domaines de l'assistance personnelle, de la gestion du patrimoine et des rapports juridiques avec les tiers »⁸⁶⁶. La personne est ici privée de sa capacité d'exercice de ses droits civils⁸⁶⁷. C'est ce qui se rapproche le plus de notre mécanisme de la tutelle.

Enfin, tout comme en France, il est possible pour un majeur d'anticiper sa future incapacité en établissant un « mandat pour cause d'inaptitude »⁸⁶⁸ ou en rédigeant des « directives anticipées ». Le « mandat pour cause d'inaptitude » est un mandat par lequel un majeur ayant l'exercice de ses droits civils peut désigner une personne chargée de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers, au cas où elle deviendrait incapable de

⁸⁶¹ Art. 390 Cc. Suisse

⁸⁶² Il existe comme en France, des mesures de représentation exercées par les conjoints ou partenaires applicables aux personnes incapables de discernement et ne bénéficiant pas d'une mesure de curatelle : Art. 374 à 375 Cc. Suisse. La mesure de curatelle ne sera ouverte que si ces mesures ne sont pas suffisantes à protéger les intérêts de la personne, conformément au principe de subsidiarité.

⁸⁶³ Art. 393 Cc. Suisse

⁸⁶⁴ Art. 394 Cc. Suisse

⁸⁶⁵ Art. 396 Cc. Suisse

⁸⁶⁶ Art. 398 Cc. Suisse

⁸⁶⁷ Art. 17 Cc. Suisse

⁸⁶⁸ Art. 360 à 369 Cc. Suisse

discernement. Le mandant va alors définir les tâches précises que pourra exercer le mandataire. De même, par la rédaction de « directives anticipées », la personne capable de discernement peut s'exprimer afin de déterminer les traitements auxquels elle consent ou non si elle devient incapable de discernement⁸⁶⁹.

495. Il est déjà possible d'observer que le mineur ou le majeur sous protection juridique, bien que faisant l'objet d'un régime spécifique, n'est pas pour autant privé de sa capacité d'exercice. Cette capacité va dépendre de divers facteurs.

B) La capacité d'exercice des personnes protégées en Suisse

496. Conformément à l'article 17 du Code civil suisse, les mineurs et les majeurs sous « curatelle générale » ne disposent pas de la capacité à exercer leurs droits. Les majeurs protégés bénéficiant d'une mesure de protection autre que la « curatelle générale » exercent leurs droits en fonction de ce que permet leur régime de protection. Étant privés de l'exercice de leurs droits, les mineurs et les majeurs sous « curatelle de portée générale » font en principe l'objet d'une mesure de représentation. Le législateur a cependant introduit une exception leur permettant de conserver une sphère d'autonomie. Il est précisé à l'article 19c que « les personnes capables de discernement, mais privées de l'exercice des droits civils exercent leurs droits strictement personnels de manière autonome ». Ainsi, les mineurs et les majeurs protégés retrouveront une capacité d'exercice s'ils sont capables de discernement pour accomplir un acte « strictement personnel ». Les droits strictement personnels comportent notamment les droits de la personnalité et ceux relatifs à l'intégrité physique⁸⁷⁰. Il est admis que le droit de consentir à un acte médical relève de ce domaine⁸⁷¹. Ainsi, les mineurs et les majeurs protégés pourront consentir eux-mêmes à un acte médical, à condition qu'ils soient capables de discernement⁸⁷². Le régime suisse applicable au consentement à l'acte médical va alors considérablement varier en fonction de ce critère. Si le patient est jugé

⁸⁶⁹ Art. 370 à 373 Cc. Suisse

⁸⁷⁰ SANTOS A., « Suisse — Personne et tutelle », J.-CL. Droit comparé, fasc. 16, 2011, § 19

⁸⁷¹ HOCHMANN-FAVRE M., MARTIN-ACHARD P., « Le médecin et le patient incapable de discernement : quels changements apporte le nouveau droit de la protection de l'adulte ? », *RMS.*, 2 oct. 2013, n° 9, p. 1791

⁸⁷² Art. 19c Cc. Suisse

capable de discernement, il pourra conformément à l'article 19c du Code civil suisse exercer de manière autonome ses droits strictement personnels, ce qui inclut la possibilité pour lui de consentir seul à l'acte médical, quel que soit son âge ou son statut juridique. La liberté du patient est absolue, que les soins soient bénéfiques ou non à sa santé.

Lorsqu'il est certain que le patient n'est pas capable de discernement, le médecin va vérifier⁸⁷³ si le patient a exprimé sa volonté quant au traitement par le biais de directives anticipées⁸⁷⁴. Le patient peut également désigner dans ces directives un « représentant thérapeutique », habilité à décider pour lui de sa prise en charge médicale⁸⁷⁵. Le médecin devra respecter la volonté exprimée dans les directives « sauf si elles violent des dispositions légales, ou si des doutes sérieux laissent supposer qu'elles ne sont pas l'expression de sa libre volonté ou qu'elles ne correspondent pas à sa volonté présumée dans la situation donnée »⁸⁷⁶. Elles ne s'imposent pas non plus au médecin lorsque le patient a été placé « à des fins d'assistance » en raison de ses troubles psychiques⁸⁷⁷, les directives ne s'imposent pas au médecin⁸⁷⁸. En cas d'urgence, le médecin doit agir « conformément à la volonté présumée et aux intérêts de la personne privée de discernement »⁸⁷⁹.

En l'absence de directives anticipées et d'urgence, le consentement à l'acte médical sera délivré par les proches du patient⁸⁸⁰. À la différence de la France, le législateur a dressé une liste hiérarchique des personnes considérées comme telles. L'article 378 dispose que sont, dans l'ordre, habilités à représenter le patient et à consentir aux soins, « la personne désignée dans les directives anticipées ou dans un mandat pour cause d'inaptitude ; le curateur qui a pour tâche de la représenter dans le domaine médical ; son conjoint ou son partenaire enregistré, s'il fait ménage commun avec elle ou s'il lui

⁸⁷³ À la différence de la France, un système d'enregistrement des directives sur la carte d'assuré du patient est possible : Art. 371 et 372 Cc. Suisse

⁸⁷⁴ Art. 370 Cc. Suisse

⁸⁷⁵ Art. 370 al.2 Cc. Suisse

⁸⁷⁶ Art. 372 Cc. Suisse

⁸⁷⁷ Art. 426 Cc. Suisse

⁸⁷⁸ Art. 433 Cc. Suisse

⁸⁷⁹ Art. 379 Cc. Suisse

⁸⁸⁰ Conseil d'éthique clinique des Hôpitaux-Universitaires de Genève, *Le rôle des proches dans les décisions thérapeutiques*, 10 sept. 2012 ; Conseil d'éthique clinique des Hôpitaux-Universitaires de Genève, *Capacité de discernement et autonomie du patient, une préoccupation centrale dans le soin au patient*, 13 juin 2017

fournit une assistance personnelle régulière ; la personne qui fait ménage commun avec elle et qui lui fournit une assistance personnelle régulière ; ses descendants, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière ; ses père et mère, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière ; ses frères et sœurs, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière ». Contrairement au système français, le consentement de la famille n'est pas recherché en priorité. En effet, la personne dont le nom est inscrit dans les directives anticipées et à défaut, le curateur sont les premiers sollicités pour prendre la décision, qu'il fasse partie de la famille ou non. Les membres de la famille ne seront interrogés que lorsque la personne n'a pas rédigé de directives et qu'elle ne fait pas l'objet d'une protection juridique. Ce système paraît dur pour les familles qui peuvent facilement être écartées de la décision. Ces propos peuvent cependant être limités dans la mesure où la probabilité est forte que ce soit un membre de la famille du patient qui soit désigné dans les directives, ou nommé curateur. Ce système hiérarchique a pour avantage d'éviter de voir l'action des médecins paralysée en raison de dissensions au sein de la famille, comme cela arrive en France⁸⁸¹.

Le représentant du patient « décide conformément à la volonté présumée et aux intérêts de la personne incapable de discernement »⁸⁸². Lorsque la décision prise semble en désaccord avec l'intérêt du patient « les soignants doivent veiller à privilégier le bien du patient, son intérêt, et dans la mesure où elle est connue, sa volonté »⁸⁸³. Il sera alors possible pour le médecin de s'adresser à l'autorité de protection de l'adulte afin qu'elle désigne un représentant ou institue une curatelle de représentation⁸⁸⁴. Cette saisine est également possible en cas de désaccord entre les proches de même niveau hiérarchique. Seule la personne désignée par le juge pourra alors valablement consentir au traitement. Ce système est intéressant dans la mesure où il instaure une hiérarchie entre les proches devant être consultés et qu'il donne un véritable pouvoir de consentement à cette personne. En effet, en droit français, les proches de la personne « hors d'état d'exprimer

⁸⁸¹ On peut citer l'exemple de l'affaire Lambert, dans laquelle les médecins n'ont pu procéder à l'arrêt des soins d'une personne dans le coma, en raison des désaccords importants entre l'épouse, les parents, et les frères et sœurs du patient.

⁸⁸² Art. 378 Cc. Suisse

⁸⁸³ Conseil d'éthique clinique des Hôpitaux-Universitaires de Genève, *Capacité de discernement et autonomie du patient, une préoccupation centrale dans le soin au patient*, 13 juin 2017, p.7

⁸⁸⁴ Art. 381 al.2 Cc. Suisse

sa volonté » sont seulement consultés, mais la décision est prise par les médecins lors d'une décision collégiale⁸⁸⁵.

Le fait de fonder la possibilité pour le patient de consentir à l'acte médical en fonction de sa capacité de discernement est également la pratique dans la législation québécoise.

⁸⁸⁵ Art. L. 1111-4 CSP

II Le régime québécois de protection des personnes vulnérables

497. Le droit du Québec est marqué par le « bijuridisme », fruit d'une longue guerre de colonisation menée par la France et la Grande-Bretagne⁸⁸⁶. La ville de Québec est fondée en 1608 par le français Samuel de Champlain et marque le début de la colonisation française du Canada alors appelé « Nouvelle-France ». Ce territoire est cédé par les Français à l'Empire britannique en 1763 par le *traité de Paris*. L'empire tente d'y imposer le droit anglais, mais se heurte à une résistance importante de la part de la population québécoise. Pour apaiser les tensions, le parlement britannique adopte en 1774 *l'Acte de Québec*, par lequel il autorise la province à conserver son régime juridique français pour les domaines relevant du droit privé. La province du Québec adopte son premier Code civil en 1866. En 1867, la création de la fédération canadienne opère un partage des pouvoirs entre les provinces et le parlement fédéral. Les provinces, dont celle du Québec, sont compétentes pour légiférer dans le domaine civil⁸⁸⁷. Le Québec fait le choix de conserver le « bijuridisme »⁸⁸⁸ sur son territoire. Ainsi un droit d'inspiration française va s'appliquer pour les domaines relevant du droit civil tandis que la compétence de la Common law est reconnue en matière de droit public et pénal. La frontière entre les domaines est cependant perméable et on retrouve à bien des égards l'esprit de la Common law dans le domaine du droit civil.

La protection des personnes vulnérables et le consentement à l'acte médical relevant du domaine privé, le droit de tradition française trouvera application. Ceci explique la raison pour laquelle il existe de nombreuses similitudes entre les régimes français et québécois de protection des personnes. Cependant, marqué par sa culture anglaise et par l'esprit libéral qui caractérise le droit anglo-saxon, le législateur québécois a su maintenir une part importante d'autonomie pour les personnes vulnérables. Ce qui fait du droit québécois une source d'inspiration intéressante pour la France.

⁸⁸⁶ ROY A., GROFFIER E., « *Canada (Québec) — Personnes physiques* », J.-CL. Droit comparé, fasc. 20, 2011, § 1 et s.

⁸⁸⁷ Coll., « *Droit du Québec* », 1^e éd., LGDJ, « Bibliothèque de l'association Henri Capitant », 2016

⁸⁸⁸ TOUCHETTE J., « Le bijuridisme canadien : coexistence de deux systèmes juridiques institutionnels », *Revue générale de droit*, 2002, vol.32, n°1, p.117

A) *Présentation du régime de protection des majeurs vulnérables au Québec*

498. À la différence de la France, le terme de « majeur protégé » n'est pas employé au Québec, est plutôt utilisée la notion de « majeur inapte ». Une différence importante de terminologie existe en matière de protection des majeurs par rapport au système français. Lorsque le majeur est « inapte à prendre soin de lui-même [...], par suite, notamment, d'une maladie, d'une déficience ou d'un affaiblissement dû à l'âge qui altère ses facultés mentales ou son aptitude physique à exprimer sa volonté »⁸⁸⁹, une mesure d'assistance ou de représentation pourra être ouverte. Comme en France, le critère d'ouverture d'une mesure pour protéger un majeur est médical et doit constituer une altération des facultés physiques ou mentales de la personne. L'ouverture du régime de protection sera prononcée par le tribunal⁸⁹⁰ et des évaluations médicales et psychosociales devront être effectuées pour évaluer l'état d'inaptitude de la personne⁸⁹¹.

499. Plusieurs mesures existent, de manière à adapter au mieux la protection en fonction des besoins du majeur. Lorsque le majeur « habituellement apte à prendre soin de lui-même et administrer ses biens a besoin, pour certains actes ou temporairement, d'être assisté ou conseillé dans l'administration de ses biens », le tribunal peut nommer un conseiller au majeur⁸⁹². Le conseiller a un rôle d'assistance en matière patrimoniale et sa nomination ne prive pas le majeur de sa capacité d'exercice y compris dans le domaine personnel.

Si le majeur a besoin d'être représenté dans l'exercice de ses droits civils et que son inaptitude n'est que temporaire ou partielle, alors une mesure de tutelle sera ouverte⁸⁹³.

Le majeur n'est que partiellement privé de sa capacité d'exercice. Le tribunal, lors de l'ouverture de la mesure ou postérieurement à celle-ci, indiquera les actes que la personne peut faire seule, et ceux pour lesquels elle doit être représentée ou assistée⁸⁹⁴.

Enfin, si le majeur a besoin d'être représenté en raison d'une inaptitude totale et

⁸⁸⁹ Art. 258 Cc. du Québec

⁸⁹⁰ Art. 268 Cc. du Québec

⁸⁹¹ Art. 276 Cc. du Québec

⁸⁹² Art. 291 Cc. du Québec

⁸⁹³ Art. 285 Cc. du Québec

⁸⁹⁴ Art. 288 Cc. du Québec

permanente, alors une mesure de curatelle sera ouverte⁸⁹⁵. Il s'agit ici d'une mesure de représentation qui se rapproche de notre mesure de tutelle.

500. Il est observé que le régime applicable à la protection des majeurs inaptes au Québec accorde une grande place à leur autonomie. Ils ne seront pas automatiquement privés de leur capacité d'exercice. En matière de consentement à l'acte médical, un régime spécifique tenant compte de la capacité de discernement et de la nature de l'acte envisagé est mis en place. Un majeur placé sous protection juridique peut consentir seul à l'acte médical dès lors qu'il est apte à consentir⁸⁹⁶. En cas d'inaptitude, le médecin commence par rechercher si la personne a exprimé sa volonté dans des directives anticipées. Ces directives peuvent être rédigées par toute personne majeure et apte à consentir. Elles lui permettent d'« indiquer si elle consent ou non aux soins médicaux qui pourraient être requis par son état de santé au cas où elle deviendrait inapte à consentir aux soins »⁸⁹⁷. Elles ont « la même valeur que des volontés exprimées par une personne apte à consentir aux soins »⁸⁹⁸ et doivent être respectées par le médecin, sauf si le tribunal décide de les invalider en raison de l'existence de motifs raisonnables de croire que l'auteur de ces directives n'était pas apte à consentir lors de leur rédaction, ou qu'elles ne correspondent pas à la volonté de l'auteur dans la situation donnée⁸⁹⁹.

501. En l'absence de directives anticipées, la décision sera prise par « une personne autorisée par la loi ou par un mandat de protection »⁹⁰⁰. L'article 15 du Code civil du Québec précise que pour un soin requis par l'état de santé, le consentement sera dans ce cas délivré par le mandataire, le tuteur ou le curateur. Une autorisation du tribunal sera nécessaire pour imposer des soins à un majeur qui les refuse catégoriquement⁹⁰¹. Pour un soin non requis par l'état de santé, l'article 18 précise que le consentement est donné par la personne chargée de la protection du majeur inapte, mais qu'une autorisation du

⁸⁹⁵ Art. 281 Cc. du Québec

⁸⁹⁶ Art. 11 Cc. du Québec

⁸⁹⁷ Art. 51 Cc. du Québec

⁸⁹⁸ Art. 58 Cc. du Québec

⁸⁹⁹ Art. 61 Cc. du Québec

⁹⁰⁰ Art. 11 Cc. du Québec

⁹⁰¹ Art. 16 Cc. du Québec

tribunal est nécessaire si les soins « présentent un risque sérieux pour la santé ou s'ils peuvent causer des effets graves et permanents ».

Un système proche existe également pour les mineurs.

B) Présentation du régime de protection des mineurs au Québec

502. À l'instar du droit français, la majorité au Québec est fixée à 18 ans⁹⁰². Toutefois, à la différence de la France, le mineur n'est pas d'office privé de sa capacité, mais « exerce ses droits civils dans la seule mesure prévue par la loi »⁹⁰³. Il existe une forme de « prémajorité » du mineur qui bénéficiera d'une capacité d'exercice en fonction d'un seuil d'âge spécifique. Le mineur de moins de quatorze ans est privé de celle-ci. Ses droits et libertés sont exercés par ses représentants⁹⁰⁴. En revanche, lorsqu'il est âgé de quatorze ans, le mineur est « réputé majeur pour tous les actes relatifs à son emploi, ou à l'exercice de son art ou de sa profession »⁹⁰⁵. L'article 157 précise qu'il peut également contracter seul pour satisfaire ses besoins ordinaires et usuels, compte tenu de son âge et de son discernement. Ce système a pour intérêt de permettre au mineur de gagner progressivement en autonomie. Son âge et sa capacité de discernement sont mieux pris en compte qu'en droit français.

Le consentement médical fait l'objet d'un régime spécifique en fonction de la nature des soins envisagés et de l'âge du mineur. L'article 14 du Code civil du Québec dispose que « le consentement aux soins requis par l'état de santé du mineur est donné par le titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur ». Toutefois, l'article précise ensuite que « le mineur de 14 ans et plus peut, néanmoins, consentir seul à ces soins ». Si le mineur de quatorze ans les refuse, il sera nécessaire d'obtenir une autorisation du tribunal pour aller à l'encontre de sa volonté, sauf en cas d'urgence vitale⁹⁰⁶. Le mineur de quatorze ans peut également « consentir seul aux soins non requis par l'état de santé » à condition que les soins ne présentent pas un risque sérieux pour sa santé et ne peuvent lui causer

⁹⁰² Art. 153 Cc. du Québec

⁹⁰³ Art. 155 Cc. du Québec

⁹⁰⁴ Art. 158 Cc. du Québec

⁹⁰⁵ Art. 156 Cc. du Québec

⁹⁰⁶ Art. 16 Cc. du Québec

d'effets graves et permanents. Dans ce cas, le consentement parental sera nécessaire⁹⁰⁷. Si le mineur a moins de quatorze ans, le consentement est délivré par le titulaire de l'autorité parentale. Une autorisation du tribunal sera en outre nécessaire si les soins présentent un risque sérieux pour la santé et/ou peuvent causer des effets graves et permanents sur la santé de l'enfant⁹⁰⁸.

503. Comme en droit suisse, on constate que la notion d'aptitude à consentir, liée ici à la faculté de discernement, tient une place importante pour déterminer la capacité d'exercice du majeur inapte ou du mineur. Cette notion d'aptitude à consentir est une source d'inspiration importante pour la refonte du système français, aussi mérite-t-elle que l'on s'attache à son étude (**Chapitre premier**). Toutefois, fonder l'intégralité du régime de consentement à l'acte médical sur cette seule notion peut s'avérer problématique. Il ne faut pas oublier que si les majeurs protégés et les mineurs font l'objet d'un régime spécifique, c'est en raison de leur particulière vulnérabilité. Aussi, la capacité d'exercice de la personne apte à consentir pourra varier en fonction de la nature des soins envisagés (**Chapitre second**). Ainsi, une distinction sera introduite selon que le soin est ou non requis par l'état de santé du patient.

⁹⁰⁷ Art. 17 Cc. du Québec

⁹⁰⁸ Art. 18 Cc. du Québec

504. Il a été soulevé que le fait de priver une personne de sa capacité à consentir à un acte médical en raison de son statut juridique était assorti de nombreux inconvénients. L'incapacité juridique n'est pas un reflet fiable de la capacité réelle de la personne à comprendre sa situation et à décider de manière libre et éclairée. La preuve en est que dans le domaine patrimonial et parfois personnel, le législateur lui-même permet à des mineurs⁹⁰⁹ et à des majeurs protégés⁹¹⁰ d'agir seuls sans assistance ni représentation. Ce qui démontre que l'incapacité juridique d'une personne ne l'empêche pas d'être en mesure de comprendre sa situation et de décider pour elle-même.
505. Afin d'aboutir à un système plus respectueux de l'autonomie des personnes vulnérables, il paraît important de réformer le régime applicable à la prise de décision médicale en faisant dépendre cette possibilité de la faculté réelle de la personne à agir. Ainsi, l'incapacité juridique ne serait plus un obstacle à l'émission d'un consentement efficace à la mise en œuvre de soins, dès lors que la personne est reconnue « apte à consentir ». Ceci conduirait à un rapprochement entre les régimes applicables aux majeurs protégés et aux mineurs.
506. Si la notion d'aptitude à consentir devient centrale en matière de consentement à l'acte médical, il semble alors nécessaire de réfléchir à son identification (**Première section**). L'étude des législations suisse et québécoise permet d'établir que cette notion est composée de deux éléments, un élément intellectuel et un élément volontaire. Il va également être utile de réfléchir à la manière dont il convient de déterminer la présence de cette aptitude chez une personne vulnérable (**Seconde section**). Afin de guider les

⁹⁰⁹ Comme la possibilité laissée aux mineurs par l'article 388-1-1 d'agir seul lorsqu'ils y sont autorisés par la loi ou les usages. De même, en droit de la santé, nous avons vu que l'article L. 1111-5 du CSP permettait aux mineurs de consentir seuls sous certaines conditions.

⁹¹⁰ Il est possible de citer l'exemple des actes « strictement personnels » pour lesquels seul le majeur protégé pourra agir, conformément à l'article 458 Cc.

médecins dans cet exercice, les droits suisse et québécois instaurent des présomptions ainsi que des procédés pour réaliser l'évaluation de cette capacité

Première section : L'identification de la notion d'aptitude à consentir

507. De nombreuses législations étrangères font reposer la possibilité pour une personne de consentir à un acte médical sur son « aptitude à consentir ». Selon l'article 16 du Code civil suisse, « toute personne qui n'est pas privée de la faculté d'agir raisonnablement en raison de son jeune âge, de la déficience mentale, de troubles psychiques, d'ivresse ou d'autres causes semblables est capable de discernement ». De même, la lecture des articles 11 et 14 du Code civil du Québec conduit à conclure que tout majeur lorsqu'il est jugé apte à consentir peut décider seul des actes concernant son état de santé⁹¹¹. Le mineur de plus de quatorze ans pourra également consentir aux soins sans l'accord de ses parents⁹¹².

508. Bien que la terminologie ne soit pas la même, « capacité de discernement » d'un côté, « aptitude à consentir » de l'autre, l'esprit de ces législations est le même. Une personne doit pouvoir donner seule son accord à un acte médical lorsqu'elle en a la faculté⁹¹³. Ainsi, lorsqu'elle est jugée capable de discernement, la seule considération de son statut juridique ne doit pas être de nature à la priver de ce droit. L'étude de cette notion dans les législations étrangères permet d'établir sa composition. Elle est constituée de deux éléments⁹¹⁴, un élément « intellectuel » (**I**) et un élément « volontaire » (**II**).

⁹¹¹ Art. 11 Cc. du Québec

⁹¹² Art. 14 Cc. du Québec

⁹¹³ Le droit québécois introduit cependant certaines restrictions en fonction de l'âge du mineur et de la nature des soins, V. § 553 et s.

⁹¹⁴ ATF 111 V 58, du 7 janv. 1985, cons. 3.a)

I L'élément « intellectuel » de la notion d'aptitude à consentir

509. L'examen du régime applicable en matière de consentement à l'acte médical des personnes protégées au Québec et en Suisse permet de constater que la notion d'aptitude à consentir, sur laquelle repose le régime, se compose d'un élément « intellectuel ». Au Québec, une personne majeure peut consentir à un acte médical si elle n'est pas inapte à consentir. Elle doit donc être « capable de comprendre et de communiquer l'information pertinente à la décision qu'elle doit prendre, de peser les risques et les avantages et de décider au regard de cette information et d'un ensemble de valeurs personnelles relativement stables »⁹¹⁵. Cette définition de l'aptitude à consentir est très proche de la notion suisse de capacité de discernement. Selon l'article 16 du Code civil suisse, la personne est capable de discernement lorsqu'elle est en mesure *d'agir raisonnablement*. Cela signifie qu'elle est en mesure de « se rendre compte de la portée de ses actes et [de] résister d'une façon normale à ceux qui tentent d'influencer sa volonté »⁹¹⁶.

510. La notion d'aptitude à consentir, que ce soit au Québec ou en Suisse, comporte systématiquement un élément pouvant être qualifié d'« intellectuel »⁹¹⁷. Il s'agit de la faculté pour le patient de « comprendre et apprécier correctement la signification, l'opportunité et les conséquences d'une situation »⁹¹⁸. L'élément intellectuel comporte ainsi deux volets, la capacité à comprendre la situation (A) et à exprimer une décision (B).

A) *L'aptitude à comprendre une information*

511. L'élément intellectuel de la notion d'aptitude à consentir comporte un premier volet qui est la capacité de compréhension du patient de sa situation et des informations qui lui sont délivrées. En droit suisse, on considère que celui-ci doit avoir une « maturité

⁹¹⁵ BLONDEAU D., GAGNON E., « De l'aptitude à consentir à un traitement ou à le refuser : une analyse critique », *Les cahiers de droit*, 1994, vol. 35, n°4 p.655

⁹¹⁶ ATF 90 II 9, du 21 janvier 1964, cons. 3

⁹¹⁷ ATF 111 V 58, du 7 janv. 1985, cons. 3.a)

⁹¹⁸ MIRABEAU M., BARBE R., NARRING F., « Les adolescents sont-ils capables de discernement ? Une question délicate pour le médecin », *RMS.*, 20 fév. 2013, n° 9, p.416

cognitive et émotionnelle suffisante pour comprendre le but, les effets et les conséquences indésirables d'une exploration ou d'un traitement, les traitements alternatifs ainsi que les conséquences positives et négatives d'une abstention »⁹¹⁹. De même, au Québec, les critères employés pour évaluer la présence chez un patient de son aptitude à consentir⁹²⁰ démontrent la recherche de sa capacité à comprendre les informations délivrées⁹²¹. Ainsi, si pour des raisons d'ordre physique ou intellectuel, telles qu'un trop jeune âge, ou un déficit cognitif important, le patient ne comprend pas la nature de sa maladie ; le traitement proposé ou ses avantages et inconvénients, il ne peut être conclu à son aptitude à consentir.

512. Cependant, il doit bien s'agir d'une absence de compréhension de l'information, et non d'un simple manque de celle-ci. Le rapport de force entre un médecin et son patient se trouve déséquilibré dans la mesure où le médecin dispose généralement de connaissances dans le domaine médical supérieures à celle de son patient. Une mauvaise compréhension de l'information par ce dernier ne devrait pas automatiquement conduire à retenir son inaptitude à consentir. Il faudra d'abord vérifier que le médecin a fait un effort particulier pour rendre l'information compréhensible de lui. Le personnel soignant doit apporter le plus grand soin à la manière dont il délivre une information. Il doit s'adapter à l'âge du patient et à ses capacités intellectuelles de manière à rendre l'information la plus intelligible possible. Un effort particulier de vulgarisation doit alors être fait pour aider la personne à comprendre la situation. Dans la pratique les médecins utilisent souvent des dessins, des reproductions d'une partie du corps humain, ou des brochures pour faciliter la compréhension. Pour les mineurs il existe des fiches explicatives sous la forme de bande dessinée, mais aussi la mise en place d'hôpitaux pour les nounours qui permettent d'expliquer plus simplement aux enfants les actes médicaux qu'ils devront subir.

⁹¹⁹ MIRABEAU M., BARBE R., NARRING F., « Les adolescents sont-ils capables de discernement ? Une question délicate pour le médecin », *RMS.*, 20 fév. 2013, n° 9, p.415-416

⁹²⁰ V. § 527 et s.

⁹²¹ VEILLEUX A-M, « Le constat de l'inaptitude à consentir aux soins : par qui et comment ? », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 344, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2012

B) L'aptitude à exprimer une décision

513. La seule capacité à comprendre la situation n'est pas suffisante pour considérer que l'élément intellectuel est présent. Parfois, une personne est à même de comprendre les informations relatives à un acte médical, mais incapable d'exprimer une décision, comme une personne qui serait atteinte d'aphasie et d'agraphie. Aussi, la notion d'aptitude à consentir comporte un second volet, celui de la capacité à émettre un consentement. Il est ici fait référence à la faculté physique ou intellectuelle pour la personne d'exprimer une volonté⁹²². Si elle est incapable de s'exprimer en raison de son état, alors il n'est pas possible de lui reconnaître l'aptitude à consentir.

514. Les droits suisse et québécois n'imposent pas, sauf pour certains actes spécifiquement réglementés, de formalisme particulier pour l'expression du consentement. Un patient incapable d'écrire n'est donc pas pour autant inapte à consentir, s'il peut exprimer sa volonté d'une autre manière.

La présence du premier volet, la capacité de compréhension, et du second volet, la capacité d'expression d'une volonté, permet de conclure à la présence de l'élément intellectuel chez un patient. Il est à noter que ces deux volets existent déjà, de manière sous-jacente, en droit français. Lorsque le patient est capable de comprendre sa situation et d'exprimer un consentement, l'élément intellectuel est présent. Pour qu'il soit jugé apte à consentir, faut-il encore vérifier chez lui la présence d'un second élément, l'élément volontaire.

⁹²² HURST S., « Capacité de discernement », *RMS.*, 28 janv. 2015, n°11, p. 256

II L'élément « volontaire » de la notion d'aptitude à consentir

515. En étudiant la législation étrangère, il apparaît que le seul élément intellectuel est insuffisant pour caractériser l'aptitude à consentir. En reprenant les deux définitions données précédemment⁹²³, il convient de rappeler qu'au Québec, l'aptitude à consentir d'une personne est le fait pour elle « de comprendre et de communiquer l'information pertinente à la décision qu'elle doit prendre, de peser les risques et les avantages et de décider au regard de cette information et d'un ensemble de valeurs personnelles relativement stables »⁹²⁴. De même, en Suisse, la faculté de discernement correspond au fait de « se rendre compte de la portée de ses actes et [de] résister d'une façon normale à ceux qui tentent d'influencer sa volonté »⁹²⁵.
- En plus de l'élément intellectuel, ces définitions comportent la trace de l'élément volontaire. Les auteurs suisses définissent cet élément comme « la faculté d'opérer un libre choix fondé sur sa propre appréciation des choses »⁹²⁶. Tout comme l'élément intellectuel, l'élément volontaire comporte deux critères que sont la capacité de la personne effectuer un choix raisonné (**A**) et libre (**B**).

A) La capacité à exprimer une volonté raisonnée

516. En Suisse, les juges ont défini l'élément volontaire comme étant la faculté pour le patient « d'agir en fonction de [sa] compréhension raisonnable selon sa libre volonté »⁹²⁷. Sa décision doit ainsi être raisonnée et raisonnable.
517. La volonté du patient doit être raisonnée, c'est-à-dire qu'elle est le fruit d'une réflexion cohérente et logique menée à partir des informations délivrées par le médecin. Au Québec, les auteurs invitent les praticiens à vérifier que le patient est bien en mesure de comprendre et d'apprécier les propos du médecin, d'admettre leur validité sans nier

⁹²³ V. § 510

⁹²⁴ BLONDEAU D., GAGNON E., « De l'aptitude à consentir à un traitement ou à le refuser : une analyse critique », *Les cahiers de droit*, 1994, vol. 35, n°4 p.655

⁹²⁵ ATF 90 II 9, du 21 janvier 1964, cons. 3

⁹²⁶ GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient : autodétermination ou paternalisme ?*, (sous la direction de J-M Grossen), Th. Dactyl., Neuchâtel, éd. Ides et Calendes, 1986

⁹²⁷ ATF 117 II 231, du 23 mai 1991, cons. 2

la situation. Mais également de « traiter les informations pour arriver à une décision, en fonction d'un résultat désiré, compte tenu des circonstances »⁹²⁸. À titre d'exemple, Marie quatorze ans, n'a pas été jugée capable de discernement pour refuser son hospitalisation, car elle niait son état dépressif et sa conduite dangereuse pour sa santé⁹²⁹.

518. La décision doit également être qualifiée de raisonnable. Les auteurs suisses⁹³⁰ et québécois⁹³¹ insistent ici sur le fait qu'un choix doit être considéré comme raisonnable lorsqu'il a été adopté par le patient de manière cohérente en fonction de son échelle de valeurs. Or, chez les personnes protégées, le danger consiste souvent à se placer du point de vue de la décision qu'aurait prise le médecin. Il est important de rappeler que l'évaluation du caractère raisonnable doit toujours s'effectuer *in concreto* et non par rapport à des valeurs universelles. « Il n'y a pas de bonne ou de mauvaise décision et la décision raisonnable ne doit jamais se réduire à celle que l'intervenant prendrait s'il était à la place du majeur »⁹³². Si la personne comprend les informations délivrées et qu'elle est « capable d'exprimer de manière logique sa position, quand bien même se fonderait-elle sur un postulat de départ différent de celui du médecin, le caractère raisonnable de son opinion doit être admis »⁹³³. Une décision différente de celle du médecin n'est donc pas automatiquement le signe d'une absence d'aptitude à consentir. En effet, « dans la mesure où [le patient] comprend les causes et les effets de son choix et qu'il assume ce dernier, son attitude est parée de raison »⁹³⁴ et le médecin devra respecter sa décision, à condition toutefois qu'elle soit le fruit d'une réflexion libre.

⁹²⁸ GENEAU D., « Évaluation clinique de l'aptitude chez les majeurs », *in* La protection des personnes vulnérables, vol. 378, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2014, p.59

⁹²⁹ MIRABEAU M., BARBE R., NARRING F., « Les adolescents sont-ils capables de discernement ? Une question délicate pour le médecin », *RMS.*, 20 fév. 2013, n° 9, p.415-416, vignette clinique 2.

⁹³⁰ MUZNY P., « L'autonomie du patient mineur, entre certitudes et incertitudes », *Bull. des médecins suisses*, 2009, vol. 90, n° 3

⁹³¹ BLONDEAU D., GAGNON E., *op. cit.* ; GENEAU D., *op. cit.*

⁹³² GENEAU D., *op. cit.*, p.62

⁹³³ MUZNY P., *op. cit.*, p. 80

⁹³⁴ MUZNY P., *op. cit.*, p. 80

B) La capacité à exprimer une volonté libre

519. Selon le dictionnaire, la volonté est la « faculté de déterminer librement ses actes en fonction de motifs rationnels »⁹³⁵. La reconnaissance chez une personne de l'élément volontaire implique qu'elle ait la capacité d'exprimer un choix qui lui est propre, fruit d'un raisonnement logique et cohérent.

520. Lorsque la décision semble dictée par les émotions du patient, il faut se demander si sa décision est réellement libre. Cette interrogation est souvent présente en matière de refus de soins. De nombreux patients, par peur du traitement et des souffrances qu'il pourrait engendrer ont tendance à le refuser. Les auteurs suisses, dans le cadre de l'évaluation de l'élément volontaire, invitent les praticiens à « s'assurer que l'opposition correspond véritablement à la volonté du patient et qu'elle n'est pas simplement dictée par la peur »⁹³⁶. Lorsqu'une personne non protégée décide de refuser un traitement, il est possible de penser que celle-ci, malgré ses craintes, a su envisager les informations dans leur ensemble avant de décider qu'elle ne souhaitait pas subir les douleurs qui pourraient découler de l'acte médical. En revanche, chez un mineur ou un majeur protégé, le refus d'un traitement justifié par la crainte de celui-ci peut-être le signe de son manque de maturité cognitive ou intellectuelle. Les auteurs suisses ont eu l'occasion de rappeler que « chez un mineur [l'] anxiété peut se traduire en particulier par un refus de traitement sans rapport aucun avec les soins en cause. L'opposition n'est alors que le fruit des émotions du mineur que son immaturité l'empêche de maîtriser »⁹³⁷. C'est par exemple, le cas de Léa, seize ans et huit mois qui consulte pour des douleurs abdominales. Le médecin lui propose des examens sanguins et urinaires dont elle comprend parfaitement la nécessité et pour lesquels elle est jugée capable de donner seule son consentement. Les examens mettent en évidence une masse abdominale et une opération est conseillée. À cette annonce, Léa panique et refuse de subir l'acte ou d'informer ses parents, car elle craint qu'ils ne découvrent qu'elle a des relations sexuelles avec son petit ami. Léa a été considérée comme inapte à consentir à l'opération chirurgicale en raison de son état d'angoisse et un consentement substitué a

⁹³⁵ Dictionnaire de français Larousse éd. 2018

⁹³⁶ PELET O., « Nul n'est censé ignorer... comment réagir lorsqu'un mineur s'oppose à des soins », *RMS.*, 4 mars 2009, n° 5, p. 540

⁹³⁷ *Ibid.*

été mis en place⁹³⁸. Ce raisonnement peut aussi s'appliquer aux majeurs protégés. Obnubilé par ses peurs, le patient est incapable de raisonner de manière cohérente et d'envisager les bénéfices que le traitement pourrait lui apporter.

Ainsi « si en raison des appréhensions du patient, son opposition au traitement ne semble pas refléter l'expression libre de sa volonté, il doit être considéré comme incapable de discernement dans le cadre de la décision de soins »⁹³⁹. La nature de la pathologie d'un patient peut également avoir une influence importante sur sa décision, sa volonté étant alors privée de liberté. Ce type d'influence se manifeste particulièrement lorsque le patient souffre d'une maladie mentale. La paranoïa par exemple, peut conduire le patient à refuser tout traitement par crainte d'un « empoisonnement ». Il est donc nécessaire de vérifier dans quelle mesure le choix du patient découle ou non de sa pathologie pour déterminer si celui-ci est libre.

521. Si la décision semble être le reflet de la volonté d'une autre personne et non celle du patient lui-même, la liberté de son choix devra également être questionnée. Se pose ici la question de la capacité du patient mineur ou majeur protégé à « résister d'une façon normale à ceux qui tentent d'influencer sa volonté »⁹⁴⁰. La liberté est le fait de pouvoir se déterminer en dehors de toute pression extérieure⁹⁴¹. Lorsque le patient n'est pas en mesure de faire abstraction des influences d'autres personnes pour exprimer son propre choix, alors il ne pourra être considéré comme étant libre. L'influence peut avoir une origine familiale, ou médicale⁹⁴². Or, il a été démontré que le patient mineur ou majeur protégé ne sont pas nécessairement plus soumis à ces influences qu'un majeur quelconque. L'influence médicale n'est pas un obstacle à la construction d'une volonté libre. Tous les patients, protégés ou non, subissent cette influence. Le médecin agit selon un principe de bienveillance. Il conseille le patient dans le but de l'aider à prendre la meilleure décision concernant sa santé. Chez les mineurs, des études françaises montrent que bien qu'ayant tendance à suivre l'avis du médecin, ils sont capables de prendre en compte leurs propres critères tels que les aspects esthétiques, ou la reprise

⁹³⁸ MIRABEAU M., BARBE R., NARRING F., « Les adolescents sont-ils capables de discernement ? Une question délicate pour le médecin », *RMS.*, 20 fév. 2013, n° 9, p.415-416, vignette clinique 3

⁹³⁹ PELET O., *op. cit.*

⁹⁴⁰ ATF 90 II 9, du 21 janvier 1964, cons. 3

⁹⁴¹ Dictionnaire de français Larousse éd. 2015

⁹⁴² V. § 171 et s.

plus rapide de l'autonomie⁹⁴³. Tout porte à croire que c'est également la même chose en Suisse ou au Québec.

522. De la même manière, l'influence familiale ne constitue pas automatiquement un obstacle à la construction d'une volonté libre chez le patient protégé. Les médecins suisses recommandent de systématiquement évaluer l'aptitude à consentir du mineur à partir de douze ans, car à cet âge, il revendique un espace d'intimité et à partir de quatorze ans il existe une ambivalence entre dépendance et indépendance vis-à-vis de ces derniers⁹⁴⁴. Cet état de fait est confirmé par des études françaises qui démontrent qu'à partir de quatorze – quinze ans « la plupart des adolescents sont capables de donner leur consentement à un traitement, sans que celui-ci soit influencé par l'opinion d'autres personnes »⁹⁴⁵. Ils sont parfois capables de se construire une volonté personnelle avant cet âge, notamment pour des décisions qui concernent des pathologies déjà vécues par le passé. Cette capacité à résister aux influences extérieures augmente avec l'âge. Ainsi, le mineur deviendra de plus en plus autonome.

523. Chez un majeur, la volonté est en principe libre de toute influence. Une personne majeure placée sous mesure de protection n'est pas nécessairement plus sensible à l'influence familiale ou médicale. Il faut rappeler qu'une mesure de protection est ouverte lorsqu'en raison d'une altération de ses capacités physiques ou mentales, la personne ne parvient plus à pourvoir seule à ses intérêts⁹⁴⁶. Sa pathologie n'affecte pas toujours sa capacité à résister aux pressions extérieures. Il faudra évaluer *in concreto* si le majeur protégé possède toujours sa liberté de choix ou non.

524. Lorsque le patient est capable d'exprimer une volonté libre et raisonnée alors l'élément volontaire est présent. Il s'avère que ces deux exigences sont également déjà présentes en droit français⁹⁴⁷. Pour pouvoir pleinement utiliser notion d'aptitude à

⁹⁴³ BAILLY D., « Problèmes liés au consentement chez l'enfant et l'adolescent », *Archives de pédiatrie*, 2010, n° S1, p. 7-15

⁹⁴⁴ CAFLISCH M., « La consultation avec un adolescent : quel cadre proposé », *RMS.*, 11 juin 2008, n°4, p. 1456, tableau 1

⁹⁴⁵ BAILLY D., *op. cit.*

⁹⁴⁶ Art. 425 Cc.

⁹⁴⁷ V. § 621 et s.

consentir dans notre législation, il reste à voir comment procéder à la détermination de l'aptitude à consentir.

Conclusion de la première section

525. Les législations suisse et québécoise font reposer l'autonomie médicale du patient sur la notion d'aptitude à consentir. Il sera en mesure de consentir lui-même à l'acte médical si cette faculté est présente, avec cependant certaines nuances pour le patient mineur en droit québécois. L'aptitude est composée de deux éléments. L'élément intellectuel qui correspond à la capacité du patient à comprendre une information et à exprimer sa décision ; et l'élément volontaire, la faculté d'exprimer une volonté libre, raisonnée et raisonnable. Il existe divers moyens de vérifier la présence de cette aptitude chez un patient (**Seconde section**).

Seconde section : La détermination de la notion d'aptitude à consentir

526. La notion d'aptitude à consentir est composée d'un élément intellectuel et d'un élément volontaire. L'autonomie médicale du patient dépend de la présence chez lui de ces deux éléments. L'étude des législations suisse et québécoise permet d'établir la manière dont il convient d'évaluer les facultés du patient protégé (I). Il est en effet recommandé aux médecins de procéder à une évaluation in concreto des facultés du patient. Le praticien doit également porter un regard neutre sur la volonté exprimée par celui-ci. Il est également conseillé de procéder à une évaluation pluridisciplinaire afin de mieux cerner les capacités du patient dans leur globalité. Des présomptions sont également mises en place afin d'aider les médecins dans cet exercice. Pour faciliter cette évaluation, des échelles de mesure de l'aptitude à consentir sont employées par les professionnels (II).

I L'évaluation de l'aptitude à consentir

527. Dans les pratiques suisse et québécoise, les médecins sont régulièrement amenés à évaluer l'aptitude à consentir des patients mineurs ou majeurs protégés afin de déterminer s'ils sont en mesure de prendre seuls une décision médicale. Dans ces deux pays, la manière de procéder à l'évaluation du patient est très similaire (**A**). Les professionnels de santé vont procéder à une évaluation *in concreto*, de manière neutre et pluridisciplinaire. Au fil du temps, il est vite apparu que certains médecins procédaient à cette analyse de manière significativement différente. Afin de faciliter le processus d'évaluation et d'uniformiser les pratiques, des présomptions relatives à la détermination de l'aptitude à consentir ont été mises en place dans ces pays (**B**). Elles concerneront les mineurs et les majeurs protégés.

A) *Le processus d'évaluation de l'aptitude à consentir*

528. Que ce soit au Québec ou en Suisse, les exigences quant à la recherche de la présence de l'élément intellectuel et de l'élément volontaire chez un patient sont les mêmes. L'évaluation de l'aptitude à consentir de la personne doit se faire *in concreto* (**1**) et de manière neutre (**2**).

1) L'évaluation *in concreto* de l'aptitude à consentir

529. Dans les pays qui fondent leur régime de consentement à l'acte médical sur l'aptitude à consentir, les auteurs observent que dans certains cas les praticiens ont tendance à évaluer cette faculté de manière générale et sans considération des capacités habituelles de la personne. Pour éviter cette dérive, il convient de procéder à une évaluation *in concreto* de l'aptitude à consentir. Cette exigence permet d'apporter une

plus grande souplesse dans l'appréhension de l'aptitude à consentir du patient, et ainsi s'adapter au mieux à sa situation⁹⁴⁸.

530. L'évaluation doit être effectuée de manière ciblée, pour un acte déterminé. Il ne faut pas croire que parce qu'une personne est mineure ou majeur protégé, elle n'est pas apte à prendre une décision libre et éclairée. « L'aptitude n'est pas une question de tout ou rien. Compte tenu de la décision à prendre, elle peut être partielle et malgré tout suffisante »⁹⁴⁹. Ainsi, l'inaptitude est souvent fonction du temps et des circonstances et il convient d'établir dans chaque cas si la pathologie du patient est de nature à lui causer une incapacité générale et permanente ou non. Des auteurs québécois ont constaté que dans certaines situations, les patients étaient jugés inaptes à consentir sans même avoir vu leurs facultés évaluées. À titre d'exemple, ils avertissent du danger de l'âgisme. Ce processus consiste à « considérer comme homogènes tous les individus de 65 ans et plus, niant par le fait même la grande diversité des parcours individuels dans ce groupe d'âge [... sur] une période pouvant couvrir plus de 35 ans »⁹⁵⁰. En matière médicale, ce préjugé peut pousser les médecins à rechercher le consentement des familles avant de procéder à un acte sur une personne âgée. Un auteur⁹⁵¹ cite le cas d'une dame âgée de 98 ans hospitalisée, pour laquelle le personnel médical a demandé le consentement de la nièce afin de décider du niveau d'intensité des soins qui devaient lui être prodigués. Les médecins n'ont jamais demandé son avis à la patiente, alors qu'elle était parfaitement lucide, sans déficit cognitif. Or, l'âge d'une personne ou sa pathologie mentale ne signifie pas pour autant son inaptitude à consentir dans le domaine médical. Ce n'est pas parce qu'une personne est mineure ou protégée qu'elle ne possède pas les éléments intellectuel et volontaire de l'aptitude à consentir. De même, le fait pour une

⁹⁴⁸ GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient : autodétermination ou paternalisme ?*, (sous la direction de J-M Grossen), Th. Dactyl., Neuchâtel, éd. Ides et Calendes, 1986

⁹⁴⁹ BOULET D., « Les soins de santé pour le majeur inapte : ce que la loi ne dit pas », *in* *La protection des personnes vulnérables*, vol. 344, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2012 p. 189

⁹⁵⁰ BEAULIEU M., PHILIPS-NOOTENS S., « La détermination de l'inaptitude de la personne âgée au carrefour des disciplines : le défi du respect de l'autonomie », *in* *La protection des personnes vulnérables*, vol. 378, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2014 p. 161

⁹⁵¹ GENEAU D., « Évaluation clinique de l'aptitude chez les majeurs », *in* *La protection des personnes vulnérables*, vol. 378, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2014, p.57

personne d'être incapable de gérer son patrimoine ou d'organiser sa vie quotidienne ne veut pas dire qu'elle n'est pas en mesure de s'exprimer dans le domaine médical.

Aussi l'évaluation doit être circonscrite à un acte particulier et devra faire l'objet d'une révision régulière⁹⁵². Il faudra être particulièrement attentif à cette question lorsque la personne souffre d'une pathologie neurodégénérative. Un malade souffrant de la maladie d'Alzheimer voit ses capacités se dégrader progressivement, mais peut dans les premiers stades être parfaitement apte à consentir à un acte médical. « L'inaptitude de la personne doit s'apprécier au moment de la demande et non par anticipation »⁹⁵³. De même en cas de traitement de longue durée ou de mise en œuvre de multiples interventions, l'aptitude de la personne peut évoluer selon l'acte envisagé et ce n'est pas parce qu'elle a été jugée par le passé apte ou inapte à consentir que ce sera toujours le cas. Ainsi, un mineur peut être capable de consentir à la réalisation d'une échographie, mais incapable de donner son accord à une intervention chirurgicale complexe⁹⁵⁴. Des médecins suisses soulignent également que l'état clinique du patient tel qu'un état d'angoisse, de stress, post-traumatique ou dépressif peut altérer la capacité de discernement⁹⁵⁵. L'évaluation doit donc être contextualisée.

531. Il est également important de procéder à une évaluation personnalisée. Les facultés de compréhension, d'expression et de raisonnement du patient doivent être évaluées à l'aune de ses capacités habituelles. Si la personne éprouve des difficultés à accomplir certains tests lors de l'évaluation, cela peut s'expliquer par le fait qu'elle n'a jamais été capable de faire ce qui lui est demandé. Un juge québécois constate que « dans la réalité de tous les jours, des gens sont plus intelligents d'autres moins. Des gens sont plus instruits, des gens le sont moins. Des gens ont un jugement et des gens en ont malheureusement peu »⁹⁵⁶. Il ne serait pas acceptable de conclure à l'inaptitude d'une personne sur le fondement de son incapacité à accomplir une action qu'elle n'a jamais été en mesure de faire. Par exemple, considérer un patient comme inapte au motif qu'il est incapable de lire les informations délivrées n'est pas admissible s'il s'avère

⁹⁵² GENEAU D., *op. cit.*, p.62

⁹⁵³ BEAULIEU M., PHILIPS-NOOTENS S., *op. cit.*, p. 164

⁹⁵⁴ MIRABEAU M., BARBE R., NARRING F., « Les adolescents sont-ils capables de discernement ? Une question délicate pour le médecin », *RMS.*, 20 fév. 2013, n°9, p.416

⁹⁵⁵ *Ibid.* : V. la vignette clinique n°3

⁹⁵⁶ Propos cités par BEAULIEU M., PHILIPS-NOOTENS S., *op. cit.*, p. 162

qu'il n'a jamais su ni lire ni écrire. Il est donc essentiel d'apprécier *in concreto* les aptitudes de la personne. De même, il est indispensable que l'évaluation soit marquée par un souci de neutralité.

2) Une évaluation neutre et pluridisciplinaire

532. Afin que l'évaluation puisse refléter de manière fiable l'aptitude à consentir du patient, celle-ci doit être effectuée de manière neutre et si nécessaire par une équipe pluridisciplinaire.

533. Le principe de la neutralité de l'évaluation de l'aptitude à consentir recouvre plusieurs aspects. En lien avec l'élément volontaire de la notion d'aptitude à consentir⁹⁵⁷, il est important pour le médecin d'influencer le moins possible le patient. L'information devra être délivrée de la manière la plus neutre possible. Le médecin ayant un devoir de conseil peut indiquer au patient quel est le traitement qui a sa préférence, mais cela ne le dispense pas de délivrer une information sur les autres options possibles. De même, il devra s'efforcer de délivrer l'information dans un cadre neutre permettant de réduire l'anxiété du patient⁹⁵⁸. La neutralité dans la délivrance de l'information permettra, lors de l'évaluation de l'élément volontaire, de s'assurer que la décision du patient est bien libre.

L'évaluation doit se dérouler dans un milieu neutre. Le cadre doit favoriser l'expression des facultés réelles du patient de façon à garantir un résultat conforme à la réalité. Les personnes protégées sont souvent sensibles à l'environnement dans lequel elles se trouvent. Des facteurs extérieurs peuvent avoir un impact sur leurs capacités. Il convient de citer l'exemple d'une personne âgée qui serait évaluée après avoir été réveillée brusquement de sa sieste ; ou après une attente prolongée⁹⁵⁹. Ses capacités ne seront alors pas maximales, et l'évaluation ne serait pas un juste reflet de son aptitude à

⁹⁵⁷ V. § 517 et s.

⁹⁵⁸ BAILLY D., « Problèmes liés au consentement chez l'enfant et l'adolescent », *Archives de pédiatrie*, 2010, n° S1, p. 7-15

⁹⁵⁹ BEAULIEU M., PHILIPS-NOOTENS S., « La détermination de l'inaptitude de la personne âgée au carrefour des disciplines : le défi du respect de l'autonomie », *in* La protection des personnes vulnérables, vol. 378, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2014 p. 151

consentir. Aussi il est important que les conditions dans lesquelles se déroule l'évaluation soient de nature à altérer le moins possible les facultés du patient. Pour avoir une juste idée de l'ampleur des capacités des patients, les praticiens insistent sur l'importance du temps consacré à l'évaluation. Une évaluation complète doit parfois être réalisée sur plusieurs séances, ce qui constitue l'unique moyen d'obtenir l'évaluation la plus objective possible⁹⁶⁰.

La neutralité se manifeste également dans la façon pour le médecin de se positionner par rapport à la décision du patient⁹⁶¹. Il s'agit ici de la question de l'appréciation par le médecin du caractère raisonnable de la décision du patient. Trop souvent, l'aptitude à consentir du patient n'est questionnée que lorsqu'il adopte une décision jugée contraire au « sens commun ». Cela revient à évaluer la décision plutôt que l'habileté du patient à la prendre⁹⁶². Or, comme il l'a été souligné⁹⁶³, il convient d'apprécier le caractère raisonnable de la décision du patient *in concreto*, conformément à sa propre échelle de valeurs, et non à celle du médecin. Certes, une décision prise à l'encontre des « valeurs universelles » peut constituer un indice quant à l'inaptitude de la personne, mais ce n'est pas une certitude et le fait pour le patient de s'opposer à son médecin ne signifie pas pour autant qu'il est inapte à consentir⁹⁶⁴. Ainsi le praticien de santé doit rester neutre dans son évaluation des capacités de la personne.⁹⁶⁵ Dès lors que le patient n'est pas influencé par sa pathologie et qu'il « comprend les causes et les effets de son choix et qu'il assume ce dernier, son attitude est parée de raison »⁹⁶⁶.

534. Pour garantir une évaluation fiable, celle-ci peut être réalisée par une équipe pluridisciplinaire. Dans les pays où se pratiquent ces évaluations, c'est

⁹⁶⁰ *Ibid.*

⁹⁶¹ BLONDEAU D., GAGNON E., « De l'aptitude à consentir à un traitement ou à le refuser : une analyse critique », *Les cahiers de droit*, 1994, vol. 35, n°4 p.651 ; GENEAU D., « Évaluation clinique de l'aptitude chez les majeurs », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 378, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2014

⁹⁶² MENARD J-P., « Les requêtes en autorisation de traitements : enjeux et difficultés importantes à l'égard des droits des personnes », in *Autonomie et protection*, vol. 261, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2007 p. 319

⁹⁶³ V. § 517 et s.

⁹⁶⁴ MIRABEAU M., BARBE R., NARRING F., « Les adolescents sont-ils capables de discernement ? Une question délicate pour le médecin », *RMS.*, 20 fév. 2013, n°9, p.415

⁹⁶⁵ GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient : autodétermination ou paternalisme ?*, (sous la direction de J-M Grossen), Th. Dactyl., Neuchâtel, éd. Ides et Calendes, 1986

⁹⁶⁶ MUZNY P., « L'autonomie du patient mineur, entre certitudes et incertitudes », *Bull. des médecins suisses*, 2009, vol. 90, n°3, p. 80

traditionnellement le médecin ou le praticien de santé chargé du dossier du patient qui effectue l'évaluation⁹⁶⁷. Cependant, il est vite apparu que certains aspects de la vie de la personne pouvaient être difficilement appréhendés par le médecin. Par exemple, lors de la recherche de l'élément volontaire, il faut apprécier si le patient est en mesure d'exprimer un consentement libre. Pour cela, il peut être utile de procéder à une enquête concernant l'entourage du patient. Dans ce domaine, les travailleurs sociaux sont souvent bien plus à même d'obtenir des renseignements fiables que les médecins. De la même manière, en matière de recherche de l'élément intellectuel, l'évaluation des facultés cognitives nécessite souvent de passer par un ergothérapeute ou un psychiatre⁹⁶⁸. Un spécialiste de la pathologie dont souffre la personne pourrait également apporter un éclairage supplémentaire quant à l'impact de la maladie sur les capacités de la personne.

Dans la pratique, l'évaluation systématique de l'aptitude à consentir des patients pourrait vite s'avérer pesante pour les médecins. Afin d'éviter cet inconvénient, des présomptions quant à la présence ou l'absence d'aptitude à consentir ont été mises en place en Suisse et au Québec.

B) L'introduction de présomptions relatives à l'aptitude à consentir des personnes protégées

535. Imposer aux médecins une évaluation systématique de la capacité à consentir de chaque patient n'est dans la pratique pas réaliste. Dans certaines situations, il est évident que la personne n'est pas apte à consentir, il s'agit par exemple du cas d'un mineur de deux ans. Dans le but de simplifier le travail des médecins, des présomptions quant à la présence ou non de l'aptitude à consentir ont été mises en place en Suisse et au Québec, que ce soit pour les majeurs (1) ou pour les mineurs (2).

⁹⁶⁷ VEILLEUX A-M, « Le constat de l'inaptitude à consentir aux soins : par qui et comment ? », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 344, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2012 p.3

⁹⁶⁸ GENEAU D., *op. cit.*, p.55

1) Les présomptions relatives à l'aptitude à consentir des majeurs dans les régimes suisse et québécois

536. Conformément à l'article 4 du Code civil du Québec, « toute personne est apte à exercer pleinement ses droits civils ». En application de cet article, toutes les personnes majeures sont présumées aptes à consentir à un acte médical⁹⁶⁹. Ainsi, il ne sera pas nécessaire de procéder systématiquement à l'évaluation de l'aptitude à consentir d'une personne majeure. Celle-ci ne sera effectuée qu'en présence de signes permettant de faire douter de cette aptitude⁹⁷⁰. La charge de la preuve repose sur la personne la remettant en cause⁹⁷¹. Le refus de soumettre à un acte médical jugé salutaire pour la santé permet de douter de l'aptitude à consentir de la personne, mais ne signifie pas nécessairement que la personne est inapte⁹⁷². Les auteurs insistent sur le fait que le placement d'une personne sous régime de protection « ne crée pas une présomption d'inaptitude à consentir à des soins médicaux »⁹⁷³.

537. En Suisse, le système est similaire. La capacité des majeurs est présumée⁹⁷⁴ et est évaluée en cas de doutes⁹⁷⁵. Là encore, il est considéré que le placement d'une personne sous protection ne signifie pas pour autant son incapacité à consentir à un acte médical⁹⁷⁶.

⁹⁶⁹ BLONDEAU D., GAGNON E., « De l'aptitude à consentir à un traitement ou à le refuser : une analyse critique », *Les cahiers de droit*, 1994, vol. 35, n°4 p.657

⁹⁷⁰ MENARD J-P., « Les requêtes en autorisation de traitements : enjeux et difficultés importantes à l'égard des droits des personnes », in *Autonomie et protection*, vol. 261, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2007 p. 321

⁹⁷¹ KOURI R., PHILIPS-NOOTENS S., « Le majeur inapte et le refus catégorique de soins de santé : un concept pour le moins ambigu », *Revue du barreau*, 2003, tome 63 p.9

⁹⁷² BLONDEAU D., GAGNON E., *op. cit.*

⁹⁷³ MENARD J-P., *op. cit.*

⁹⁷⁴ Art. 16 Cc. Suisse

⁹⁷⁵ PELET O., « Nul n'est censé ignorer... comment réagir lorsqu'un mineur s'oppose à des soins », *RMS.*, 4 mars 2009, n°5, p. 539 ; HOCHMANN-FAVRE M., MARTIN-ACHARD P., « Le médecin et le patient incapable de discernement : quels changements apporte le nouveau droit de la protection de l'adulte ? », *RMS.*, 2 oct. 2013, n°9, p. 1791

⁹⁷⁶ WASSERFALLEN J-B., STIEFEL F., CLARKE S., *et alii*, « Appréciation de la capacité de discernement des patients : procédure d'aide à l'usage des médecins », *Bull. des médecins suisses*, 2004, vol. 85, n°32-33, p. 1701

2) Les présomptions relatives à l'aptitude à consentir des mineurs dans les régimes suisse et québécois

538. Les systèmes suisses et québécois vont diverger en ce qui concerne la mise en place d'une présomption d'aptitude chez les mineurs.

539. Au Québec, le législateur écarte l'admission de l'aptitude à consentir chez les mineurs de moins de quatorze ans. Ils sont irréfragablement considérés comme inaptes à consentir et l'accord parental sera nécessaire pour pouvoir mettre en œuvre les soins⁹⁷⁷. La présomption d'aptitude ne sera appliquée qu'à partir de quatorze ans. Cependant les mineurs de cet âge, bien que présumés aptes à consentir, ne sont pas traités sur un pied d'égalité avec les majeurs. Leur capacité est aménagée. Ils pourront consentir seuls aux soins requis par leur état de santé sans aucune limite,⁹⁷⁸ mais ne pourront consentir à ceux non requis par leur état de santé, que lorsqu'ils ne présentent pas de risques sérieux pouvant leur causer des effets graves et permanents⁹⁷⁹. De même, leur capacité à refuser un acte médical est limitée puisqu'il sera tout de même possible de mettre en œuvre les soins requis par leur état de santé, après autorisation du tribunal⁹⁸⁰.

Cet aménagement de la capacité des mineurs démontre une forme de suspicion quant à leur aptitude à consentir. Le législateur a conscience que le seuil d'âge est une limite artificielle et que l'aptitude réelle du mineur peut varier d'un individu à l'autre. Il limite les risques en permettant au mineur de consentir uniquement à un soin nécessaire, ou

⁹⁷⁷ Art. 14 et 18 Cc. du Québec

⁹⁷⁸ Art. 14 Cc. du Québec

⁹⁷⁹ Art. 17 Cc. du Québec

⁹⁸⁰ Art. 16 Cc. du Québec ; à ce sujet, voir : SEGUIN E., « Le refus de soins injustifié d'un mineur âgé de 14 ans et plus : quand l'établissement de santé doit-il intervenir pour le protéger ?, in Pouvoirs publics et protection, vol. 182, éditions Yvon Blais, "Service de la formation continue du barreau du Québec", 2003 p. 149 ; MENARD J-P., "Les requêtes en autorisation de traitements : enjeux et difficultés importantes à l'égard des droits des personnes", in Autonomie et protection, vol. 261, éditions Yvon Blais, "Service de la formation continue du barreau du Québec", 2007 p. 319 ; KOURI R., PHILIPS-NOOTENS S., "Le majeur inapte et le refus catégorique de soins de santé : un concept pour le moins ambigu", *Revue du barreau*, 2003, tome 63 p.1

un soin ne comportant que peu de risque et il aménage la possibilité de surmonter son refus de soins. Ce faisant, il instaure un équilibre entre maintien de l'autonomie et protection de l'intégrité physique. Dans la pratique, ce système permet de faciliter le travail des médecins qui n'auront ainsi pas besoin de systématiquement évaluer l'aptitude à consentir du patient mineur. Ils pourront légitimement la présumer dès l'âge de quatorze ans et ne viendront l'évaluer qu'en cas de doutes quant à cette capacité.

540. La Suisse a opté pour une démarche différente. Il n'y a pas « d'âge de raison »⁹⁸¹ à partir duquel l'aptitude est présumée ou écartée. Ainsi, théoriquement un mineur de moins de quatorze ans peut parfaitement être jugé apte à consentir, dès lors qu'il n'est pas privé de « la faculté d'agir raisonnablement en raison de son jeune âge, de troubles psychiques, d'ivresse ou d'autres causes semblables »⁹⁸². Le régime suisse se rapproche en cela de celui anglo-saxon dans lequel on applique le principe du « *Mature minor* » afin de décider si le mineur est capable ou non d'agir seul. Ce système à l'avantage de s'adapter à la situation de chaque mineur. L'aptitude n'est pas artificiellement déterminée, mais est conditionnée par les capacités réelles de l'enfant. Cependant elle rend la situation des médecins plus inconfortable puisqu'ils sont obligés d'évaluer systématiquement la capacité du mineur à consentir⁹⁸³.

Dans la pratique, les auteurs suisses ont tenté de se référer à des tranches d'âges pour guider les médecins⁹⁸⁴. Ils considèrent que cette capacité peut être écartée pour les petits enfants, et présumée chez un jeune proche de l'âge adulte⁹⁸⁵. Ainsi, pour certains⁹⁸⁶, la capacité de discernement doit être écartée pour les mineurs de moins de douze ans ; admise pour les mineurs de plus de seize ans ; et évaluée au cas par cas pour les mineurs situés entre ces deux seuils. Cette recherche de seuils d'âge montre que dans la pratique, les médecins ont besoin de pouvoir compter sur un système de présomption de l'aptitude à consentir afin de leur faciliter la tâche.

⁹⁸¹ MIRABEAU M., BARBE R., NARRING F., "Les adolescents sont-ils capables de discernement ? Une question délicate pour le médecin", *RMS.*, 20 fév. 2013, n°9, p.415

⁹⁸² Art. 16 Cc. Suisse

⁹⁸³ PELET O., » *op. cit.*

⁹⁸⁴ GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient : autodétermination ou paternalisme ?*, (sous la direction de J-M Grossen), Th. Dactyl., Neuchâtel, éd. Ides et Calendes, 1986, p.209 et s.

⁹⁸⁵ ATF., 134 II 235 du 2 avril 2008, cons. 4.3.3

⁹⁸⁶ RUTISHAUSER C., « Contradiction entre relation adaptée au patient adolescent et aspects légaux ? », *Paediatrica*, 2006, vol. 17, n°4, p.31 ; MIRABEAU M., BARBE R., NARRING F., *op. cit.*, tableau 3

541. Ces différentes présomptions pourraient être intégrées au droit français si nous procédions à une modification de notre régime. Malgré la mise en place de présomption, l'évaluation de l'aptitude à consentir représente un exercice auquel les médecins suisses et québécois ne peuvent échapper. Des règles ont été posées quant à la manière de procéder à l'évaluation. Afin d'assister les praticiens dans cette tâche, des chercheurs ont élaboré des méthodes d'évaluation de l'aptitude à consentir. Ces méthodes ont par la suite été entérinées par la jurisprudence. Il est à noter que les outils employés pour procéder à la recherche de l'aptitude à consentir sont très similaires dans ces deux législations, et pourraient également servir de sources d'inspiration pour la France.

II Les outils de l'évaluation de l'aptitude à consentir

542. Dans les pays où le régime de consentement médical est fondé sur l'aptitude du patient à le faire, des outils ont été développés afin de guider les médecins dans l'évaluation de celle-ci. Afin de procéder à une évaluation objective⁹⁸⁷, et effectuée de manière uniforme sur le territoire ; de nombreux tests ont été élaborés au fil des années⁹⁸⁸. Ces tests permettent d'aider les praticiens dans la réalisation de cette tâche, il est toutefois possible de se montrer critique quant au respect de cette idée d'objectivité. Dans certains États, aux États-Unis par exemple, ces outils prolifèrent. Malgré l'existence d'échelles de mesure standardisées, chaque équipe de recherche a tendance à développer son propre modèle. Ainsi d'un hôpital à un autre, le patient ne sera pas nécessairement évalué de la même manière, ce qui est discutable. De plus, l'efficacité de ces échelles n'est pas toujours démontrée de manière fiable. Les instruments n'ont souvent été testés qu'une fois, sur un petit panel d'individus⁹⁸⁹. Il est cependant constaté que ces outils conduisent souvent à évaluer les mêmes composantes.

543. Au Canada, la jurisprudence⁹⁹⁰ est venue mettre en lumière les critères à prendre en compte lors de l'évaluation de l'aptitude à consentir. Il s'agit des critères dits de « *la Nouvelle-Écosse* ». Ces critères ont par la suite été repris par des chercheurs afin de mettre au point de nouvelles échelles d'évaluation de l'aptitude (A). Le Canada n'est pas le seul pays à utiliser ces échelles, elles sont également appliquées en Suisse. Parmi les nombreux tests existants, il y en a un qui se démarque par sa fiabilité scientifique et son adaptabilité à de nombreuses situations, il s'agit de l'échelle « *MacArthur Competence Assessment Tool-Treatment* » (MacCAT-T)⁹⁹¹. Cet instrument a été évalué à plusieurs reprises et parmi des populations diverses, il est l'outil actuellement le plus

⁹⁸⁷ BLONDEAU D., GAGNON E., « De l'aptitude à consentir à un traitement ou à le refuser : une analyse critique », *Les cahiers de droit*, 1994, vol. 35, n°4 p.651

⁹⁸⁸ Pour une présentation des différentes échelles utilisées aux États unis, V. : CIVIL M-F., *Analyses existentielle et éthique du consentement aux soins en psychiatrie*, (sous la direction de D. Jousset et M. Walter), Th. Dactyl., Bretagne occidentale, 2016, p.119 et s.

⁹⁸⁹ CIVIL M-F., *op. cit.*, p.139

⁹⁹⁰ Institut Philippe-Pinel de Montréal c. Blais, [1991] R.J.Q. 1969 (C.S) ; Institut Philippe-Pinel de Montréal c. G.(A.) AZ-94012013, J.E. 94-1725, [1994] R.J.Q. 2523 (C.A.)

⁹⁹¹ GRISSE D., APPELBAUM P., HILL-FOTOUHI C., " The MacCAT-T : a clinical tool to assess patient's capacities to make treatment decisions", *Psychiatric services*, nov. 1997, vol. 48, n°11, p. 1415

utilisé (B) et fait partie des échelles d'évaluation utilisées en Suisse. Ces outils pourraient être introduits en France pour aider les médecins dans l'évaluation de l'aptitude à consentir des patients⁹⁹².

A) *Les échelles d'évaluation issues des « critères de la Nouvelle-Écosse »*

544. Au Canada, il est conseillé de procéder à la mesure de l'aptitude à consentir d'une personne en appliquant les « *critères de la Nouvelle-Écosse* »⁹⁹³. Ces critères apparaissent pour la première fois dans le *Hospitals Act*⁹⁹⁴ élaboré par la province de la Nouvelle-Écosse. Leur utilisation a été étendue à l'ensemble du Canada⁹⁹⁵ par l'arrêt *Institut Pinel*⁹⁹⁶. Dans cet arrêt, un jeune homme est hospitalisé dans un établissement psychiatrique à la suite d'une tentative de meurtre. Les médecins diagnostiquent chez lui un « désordre paranoïde psychotique » ainsi qu'une « personnalité de type schizotypique ». Ils souhaitent lui administrer des neuroleptiques afin de réduire son agressivité. Le patient les refuse. Conformément à l'article 16 du Code civil du Québec, il est possible d'aller à l'encontre de la volonté du patient uniquement si celui-ci est jugé inapte à consentir et oppose un refus injustifié à des soins requis par son état de santé. Le tribunal pourra alors autoriser le traitement. Dans cette affaire, il fallait commencer par évaluer l'aptitude à consentir du patient avant de voir si un traitement pouvait lui être prescrit contre sa volonté. Les juges décident alors d'appliquer les *critères de la Nouvelle-Écosse* afin d'évaluer cette aptitude.

⁹⁹² V. § 637 et s.

⁹⁹³ V. par ex. : BOURASSA S., « Les droits de la personnalité », in *École du barreau du Québec, Personnes et successions*, vol.3, éditions Yvon Blais, « Collection de droit 2017-2018 », 2017 p.47 ; MENARD J-P., « Les requêtes en autorisation de traitements : enjeux et difficultés importantes à l'égard des droits des personnes », in *Autonomie et protection*, vol. 261, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2007 p. 319 ; GENEAU D., « Évaluation clinique de l'aptitude chez les majeurs », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 378, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2014 p.55 ; VEILLEUX A-M, « Le constat de l'inaptitude à consentir aux soins : par qui et comment ? », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 344, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2012 p.3

⁹⁹⁴ *Hospitals Act*, R.S.N.S. 1989, chapter 208, art. 52(2)

⁹⁹⁵ VEILLEUX A-M, *op. cit.*

⁹⁹⁶ *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. Blais*, [1991] R.J.Q. 1969 (C.S) ; *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. G.(A.) AZ-94012013*, J.E. 94-1725, [1994] R.J.Q. 2523 (C.A.)

545. Ces critères sont au nombre de cinq et portent sur la compréhension par le patient de la nature de sa maladie ; du traitement ; de ses risques et avantages ; des conséquences en cas de refus de s’y soumettre ; et enfin de l’impact de la maladie sur sa décision. Ce dernier point a notamment pour but de vérifier si le patient est conscient de sa pathologie, et si celle-ci est de nature à influencer son choix⁹⁹⁷. Dans l’affaire Pinel, le patient n’ayant jamais accepté de reconnaître sa maladie mentale, les juges ont considéré qu’il n’était pas apte à consentir, en dépit de sa compréhension de la nature du traitement et de ses conséquences. L’évaluation de ces différents aspects permet de vérifier la présence de l’élément intellectuel et volontaire de l’aptitude à consentir chez le patient. Il est vérifié la capacité du patient à comprendre les informations délivrées, ainsi que sa capacité à apprécier les conséquences de sa décision sur sa situation. Les *critères de la Nouvelle-Ecosse* ont servi d’inspiration à plusieurs chercheurs canadiens pour développer des tests afin d’aider les médecins à procéder à cette évaluation. Il existe les questionnaires *Silberfeld* (1) et *ACE* (2).

1) Le questionnaire de *Silberfeld*

546. Le questionnaire de *Silberfeld*⁹⁹⁸ a été développé en première intention afin de vérifier si le patient était bien apte à rédiger des directives anticipées. Son utilisation a par la suite été étendue à d’autres domaines. Des médecins suisses ont par exemple adapté ce questionnaire au cas des mineurs⁹⁹⁹. Il identifie neuf questions à poser au patient :

1. Pouvez-vous donner un résumé de la situation ?
2. Quel traitement souhaiteriez-vous si vous vous trouviez dans cette situation ?
3. Pouvez-vous nommer un autre choix possible pour vous ?
4. Quelles sont les raisons de votre choix ?

⁹⁹⁷ KOURI R., PHILIPS-NOOTENS S., « Le majeur inapte et le refus catégorique de soins de santé : un concept pour le moins ambigu », *Revue du barreau*, 2003, tome 63 ; GENEAU D., « Évaluation clinique de l’aptitude chez les majeurs », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 378, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2014 p.55

⁹⁹⁸ SILBERFELD M., NASH C., SINGER P., " Capacity to complete an advance directive", *Journal of the American geriatrics society* », oct. 1993, vol. 41, p. 1141 ; V. Annexe 2.

⁹⁹⁹ MIRABEAU M., BARBE R., NARRING F., « Les adolescents sont-ils capables de discernement ? Une question délicate pour le médecin », *RMS.*, 20 fév. 2013, n°9, p.416 : voir tableau 2

5. Quels sont les problèmes associés à votre choix de traitement ?
6. Que signifiera votre décision pour vous et votre famille ?
7. Quel effet à court terme aura le traitement ?
8. Pouvez-vous penser à un effet à long terme ?
9. Pouvez-vous répéter quel traitement vous souhaitez ?

Pour chaque réponse, le médecin va attribuer une note allant de 1 à 2 conformément aux indications données sur le questionnaire. Il faut un score d'au moins 6 sur 10 pour que le patient soit considéré comme étant apte à consentir. On retrouve dans ce test les 4 premiers *critères de la Nouvelle-Écosse*, la capacité à comprendre la maladie ; le traitement ; ses effets ; et les conséquences de sa décision. Les questions sont cependant davantage développées. En revanche, le dernier *critère de la Nouvelle-Écosse*, l'impact de l'état mental sur la décision du patient, n'est pas pris en compte de manière spécifique. Il n'y a pas de questions particulières afin de vérifier que la décision ne découle pas d'une pathologie mentale.

547. Ce questionnaire permet d'évaluer un certain nombre d'éléments de l'aptitude à consentir, mais de manière incomplète. L'élément intellectuel, la capacité à comprendre des informations et à exprimer une décision, est partiellement mesuré. Il est demandé au patient d'expliquer sa situation, et les conséquences du traitement choisi. Or, un patient peut être capable de reformuler les informations délivrées par un médecin sans les avoir pleinement comprises. De même, l'élément volontaire, qui est l'expression d'une volonté libre et raisonnée, est insuffisamment évalué. Le caractère raisonnable de la décision n'est que peu étudié, et il n'est pas vérifié si elle est le fruit d'une liberté de choix. L'influence de la pathologie mentale sur la décision n'est pas assez prise en compte.

Dans la pratique, les médecins suisses confirment que bien que ce questionnaire ait l'avantage d'être facile à utiliser et ne nécessite pas de formation approfondie pour se l'approprier, il « comporte un risque d'erreur important s'il est appliqué seul ou de manière mécanique dans des cas limites »¹⁰⁰⁰. L'usage de ce questionnaire doit donc nécessairement être complété par la recherche de la capacité du patient à s'exprimer

¹⁰⁰⁰ HURST S., « Capacité de discernement », *RMS.*, 25 janv. 2012, n°8, p. 200

librement sans être influencé par sa maladie, son entourage ou le médecin. Un autre questionnaire plus complet a été développé afin d'intégrer ces critères.

2) Le questionnaire « ACE »

548. Le questionnaire « *Aid to Capacity Evaluation* » (ACE) a été développé par Etchells en 1999¹⁰⁰¹ au sein de l'Université de Toronto. Il s'agit d'un entretien semi-guidé qui identifie sept domaines devant faire l'objet d'une évaluation. On retrouve ici les cinq *critères de la Nouvelle-Écosse*, divisés en sept domaines¹⁰⁰².

Domaine n° 1 : Situation médicale¹⁰⁰³ ;

Domaine n° 2 : Traitement proposé ;

Domaine n° 3 : Alternatives au traitement proposé ;

Domaine n° 4 : Possibilité de refuser le traitement ;

Domaine n° 5 : Les conséquences de l'acceptation du traitement ;

Domaine n° 6 : Les conséquences du refus du traitement ;

Domaine n° 7 : L'influence de la pathologie sur la décision de la personne

Pour chaque domaine, des exemples de questions à poser au patient sont donnés au médecin. Par exemple, pour le domaine n° 5 : les conséquences de l'acceptation du traitement, trois questions sont proposées¹⁰⁰⁴ :

1. Que peut-il vous arriver si vous acceptez le traitement ?
2. Le traitement peut-il provoquer des effets secondaires/indésirables ?
3. Le traitement peut-il vous aider à vivre plus longtemps ?

Le médecin indiquera pour chaque domaine si la capacité recherchée est présente, absente ou incertaine. À l'issue de l'évaluation, le praticien indiquera si le patient est considéré comme étant absolument incapable, probablement incapable, probablement

¹⁰⁰¹ ETCHELLS E., DARZINS P., SILBERFELD M., et alii, "Assessment of patient capacity to consent to treatment", *Journal of general internal medicine*, janv. 1999, vol. 14, n°1, p. 27 ; V. Annexe 3.

¹⁰⁰² Pour des exemples pratiques, voir le guide publié sur le site de l'Université de Toronto : <http://www.jcb.utoronto.ca/tools/documents/ace.pdf>

¹⁰⁰³ Nous traduisons

¹⁰⁰⁴ V. Annexe 3. Pour l'ensemble des questions.

capable ou absolument capable¹⁰⁰⁵. Aucun score n'est attribué à la personne pour indiquer si elle est capable ou non.

549. Cette échelle est adaptable à toutes les pathologies¹⁰⁰⁶ et par rapport au *Silberfeld*, le *ACE* permet une meilleure évaluation de l'élément volontaire de l'aptitude à consentir. On va vérifier si la décision ne découle pas de la pathologie médicale et si le patient est capable de raisonner de manière rationnelle. Ce test a également l'avantage de permettre d'identifier rapidement le domaine dans lequel le patient présente des difficultés, ce qui pourrait permettre de lui délivrer des informations supplémentaires lui permettant de mieux comprendre sa situation.

550. Outre le Canada, la Suisse utilise ce questionnaire. Son usage est d'ailleurs recommandé aux praticiens par le conseil d'éthique clinique des hôpitaux universitaires de Genève¹⁰⁰⁷. La Suisse utilise également une échelle de renommée internationale pour procéder à l'évaluation de l'aptitude à consentir. Échelle qui ne provient pas des *critères de la Nouvelle-Écosse*, mais a été développée aux États-Unis.

B) L'échelle *MacCAT-T*

551. Le questionnaire « *MacArthur Competence Assessment Tool-Treatment* » (*MacCAT-T*)¹⁰⁰⁸ est depuis des années une référence en matière d'évaluation de l'aptitude à consentir des patients dans de nombreux pays, dont la Suisse. Elle fait partie des échelles d'évaluation du consentement les plus utilisées. Ce test conduit les médecins à évaluer les facultés du patient autour de quatre thématiques¹⁰⁰⁹ : la capacité à comprendre les informations concernant sa situation et les traitements proposés ; à raisonner à partir de ces informations ; à apprécier la nature de sa situation et les

¹⁰⁰⁵ ETCHELLS E., DARZINS P., SILBERFELD M., et alii, *op. cit.*, p. 28 ; V. Annexe 1.

¹⁰⁰⁶ CIVIL M-F., *Analyses existentielle et éthique du consentement aux soins en psychiatrie*, (sous la direction de D. Jousset et M. Walter), Th. Dactyl., Bretagne occidentale, 2016, p.136

¹⁰⁰⁷ Conseil d'éthique clinique des HUG, Capacité de discernement et autonomie du patient, une préoccupation centrale dans le soin au patient, 13 juin 2017, p. 5

¹⁰⁰⁸ GRISSO D., APPELBAUM P., HILL-FOTOUHI C., "The MacCAT-T : a clinical tool to assess patient's capacities to make treatment decisions", *Psychiatric services*, nov. 1997, vol. 48, n°11, p. 1415

¹⁰⁰⁹ GRISSO T., APPELBAUM P-S., « Assesment to consent to treatment : a guide for physicians and other health professionals », Oxford University Press, 1998

conséquences de son choix ; et enfin, à exprimer un choix. Il faut noter que bien que cette échelle provienne des États-Unis, s'y retrouvent les *critères de la Nouvelle-Écosse* de manière très développée. Ce questionnaire à l'avantage d'être d'une grande souplesse puisque c'est le praticien lui-même qui détermine à l'avance pour les quatre thématiques les questions devant être posées au patient, ce qui conduit à le qualifier d'entretien semi-guidé. Il peut s'adapter à de nombreux domaines et à la plupart des situations.

552. Le praticien commence par évaluer la capacité de compréhension du patient. Il s'assure que celui-ci est en mesure d'expliquer quelle est sa situation ; quels sont les traitements possibles ainsi que leurs avantages et inconvénients. Il est vérifié l'absence de distorsion entre les informations délivrées, et la manière pour le patient de les comprendre. La capacité de mémorisation de l'information est également questionnée. Cette première étape permet d'évaluer la présence chez le patient du premier volet l'élément intellectuel de la notion d'aptitude à consentir, qui correspond à sa capacité à comprendre sa situation et les informations délivrées.

553. Le médecin évaluera ensuite la capacité d'appréciation de la personne. Il s'agit de l'un des éléments les plus difficiles à évaluer¹⁰¹⁰. L'idée est de vérifier que le patient est bien en mesure de comprendre et d'accepter que les informations délivrées le concernent et que le choix qu'il fera aura un impact sur sa situation. En effet, des troubles sous-jacents peuvent être révélés par l'incapacité du patient à se sentir concerné par les informations, ou son refus d'accepter les effets découlant de sa décision¹⁰¹¹. Le patient souffre d'un déficit d'appréciation lorsque ses croyances se fondent sur une perception délirante de la réalité, et non une appréciation raisonnable de celle-ci. Un médecin donne pour exemple le cas d'un patient qui refusait les prélèvements sanguins, car il pensait être en présence de vampires. Cela implique pour le médecin d'être capable de distinguer croyances « normales »¹⁰¹² et croyances « pathologiques »¹⁰¹³, ce qui n'est pas évident et confirme le fait que cette échelle de mesure n'est qu'un outil pour guider les médecins et ne peut en aucun cas remplacer son expertise personnelle du cas du

¹⁰¹⁰ CIVIL M-F., *Analyses existentielle et éthique du consentement aux soins en psychiatrie*, (sous la direction de D. Jousset et M. Walter), Th. Dactyl., Bretagne occidentale, 2016, p.125

¹⁰¹¹ GRISSO D., APPELBAUM P., HILL-FOTOUHI C., *op. cit.*, p. 1416

¹⁰¹² Par ex. les croyances religieuses.

¹⁰¹³ Par ex., le refus de croire au diagnostic des médecins.

patient¹⁰¹⁴.

Il s'agit toujours de rechercher la présence des éléments intellectuel et volontaire. Si le patient est capable de comprendre que la situation le concerne, cela prouve que les informations délivrées ont été bien reçues, ce qui correspond à l'élément intellectuel. Mais cela démontre également que son consentement n'est pas influencé par sa pathologie. Il est capable de raisonner à partir des informations délivrées sans qu'il y ait de distorsion entre la réalité et sa compréhension, son consentement est « médicalement » libre¹⁰¹⁵. Ainsi, l'élément volontaire est en partie constitué.

554. Par la suite, le médecin jugera de la faculté de la personne à raisonner à partir des informations délivrées. Il va regarder si le patient est capable de comparer les différentes options entre elles. S'il prend en compte les risques ou bénéfiques et s'il est capable d'expliquer son choix. Cela revient à évaluer le premier volet de l'élément volontaire, la capacité à exprimer une volonté raisonnée. Enfin, il conviendra de vérifier que le patient est bien en mesure d'exprimer sa réponse, ce qui constitue le second volet de l'élément intellectuel.

555. Pour chaque thématique, le praticien indiquera si la réponse du patient est adéquate (2), incomplète (1) ou inadéquate (0). Puis il attribuera un score au patient. Un score de 0 à 6 est attribué pour la compréhension ; de 0 à 4 pour l'appréciation de la situation ; de 0 à 8 pour la capacité à raisonner et de 0 à 2 pour l'aptitude à exprimer un choix. À la différence du questionnaire de *Silberfeld*, ici aucun score ne permet de considérer le patient comme étant apte à consentir. Le test n'a pas pour objet de délivrer une note globale qui témoignerait de la capacité ou de l'incapacité du patient à consentir à l'acte médical. Les scores permettent uniquement de donner une indication quant au degré de capacité du patient dans les quatre domaines analysés. Les auteurs insistent sur le fait que pour obtenir une idée adéquate de l'aptitude à consentir ou non d'une personne, ces scores doivent être appréciés de manière contextualisée pour chaque patient¹⁰¹⁶.

¹⁰¹⁴ ANGUILL J-D., Les évaluations objectives du consentement au traitement : étude critique autour de MacCAT-T, (sous la direction de O. COTTENCIN), Th. Dactyl., Lille II, 2007

¹⁰¹⁵ Il faudra encore vérifier l'absence d'influence familiale sur son consentement.

¹⁰¹⁶ GRISSO D., APPELBAUM P., HILL-FOTOUHI C., *op. cit.*

556. Ce test est plus complexe à utiliser que celui de *Silberfeld*, ou le *ACE*. Il nécessite une formation des médecins et impose de passer plus de temps avec le patient. Cependant, il apparaît comme plus complet et mieux construit pour évaluer la capacité des patients, notamment car il « explore séparément chaque élément constitutif [de l'aptitude], et permet une évaluation finale tenant compte de l'importance de différents aspects de la décision »¹⁰¹⁷. Il est facilement adaptable aux situations individuelles, ce qui est particulièrement utile pour les cas difficiles à évaluer. Et enfin, sa fiabilité a été évaluée à de nombreuses reprises sur une population variée¹⁰¹⁸

¹⁰¹⁷ HURST S., « Capacité de discernement », *RMS.*, 25 janv. 2012, n°8, p. 200

¹⁰¹⁸ CIVIL M-F., *Analyses existentielle et éthique du consentement aux soins en psychiatrie*, (sous la direction de D. Jousset et M. Walter), Th. Dactyl., Bretagne occidentale, 2016, p.138

Conclusion de la seconde section

557. Les régimes suisse et québécois de consentement à l'acte médical reposent sur la faculté pour le patient de consentir à celui-ci. Toute personne majeure est présumée apte à consentir, et son placement sous mesure de protection n'est pas de nature à la priver de cette aptitude. Aussi sa capacité ne sera évaluée que si des éléments sont de nature à faire douter de sa faculté à prendre la décision.
558. La législation des deux pays diverge pour les mineurs. Au Québec, ils sont présumés aptes à consentir à partir de quatorze ans. En dessous de ce seuil, ils seront systématiquement représentés par leurs parents. En Suisse, il n'existe pas d'âge à partir duquel le mineur est présumé apte. Les médecins doivent donc systématiquement évaluer son aptitude à consentir.
559. Cette évaluation doit être effectuée *in concreto* en fonction des facultés habituelles du patient, pour un acte déterminé et dans un cadre neutre. Le médecin doit s'abstenir de porter un jugement de valeur sur la décision prise par le patient. Si nécessaire il peut se faire aider par une équipe pluridisciplinaire. Des questionnaires peuvent être utilisés afin de guider les professionnels de santé dans l'évaluation de l'aptitude à consentir du patient. Parmi ces derniers, l'échelle MacCAT-T est la plus complète.

Conclusion du premier chapitre

560. La Suisse et le Québec fondent leur droit médical sur la notion d'aptitude à consentir, c'est-à-dire, le fait « de comprendre et de communiquer l'information pertinente à la décision qu'elle doit prendre, de peser les risques et les avantages et de décider au regard de cette information et d'un ensemble de valeurs personnelles relativement stables »¹⁰¹⁹. L'étude de la notion d'aptitude à consentir dans ces législations a permis de mettre en lumière la présence de deux éléments, l'élément intellectuel qui est la capacité à comprendre une information médicale et à exprimer sa décision ; ainsi que l'élément volontaire, l'aptitude à émettre une volonté libre et raisonnée.

561. Cette aptitude est évaluée *in concreto*, de manière neutre et pluridisciplinaire. Les professionnels peuvent au besoin utiliser des outils pour mesurer celle-ci. Des présomptions ont également été introduites afin de limiter la nécessité de procéder à l'évaluation. Lorsque le patient est jugé apte à consentir, il est libre de consentir dans le domaine médical. Cependant, afin d'assurer sa protection, la nature des soins peut constituer une limite à son autonomie (**Chapitre second**).

¹⁰¹⁹ BLONDEAU D., GAGNON E., « De l'aptitude à consentir à un traitement ou à le refuser : une analyse critique », *Les cahiers de droit*, 1994, vol. 35, n°4 p.655

Chapitre second : La nature des soins, une limite à la capacité d'exercice du patient apte à consentir dans la législation étrangère

562. User de la seule notion d'aptitude à consentir pour déterminer la capacité d'exercice des mineurs et des majeurs protégés en matière de consentement à un acte médical n'est pas sans inconvénient. L'évaluation des facultés de la personne n'est jamais parfaitement fiable et des erreurs sont possibles. En cas de sous-évaluation, une personne ayant les facultés pour agir seule sera jugée inapte à consentir. Elle sera privée de son autonomie et le consentement sera délivré par son représentant. Afin d'éviter ce risque, la législation étrangère impose une évaluation *in concreto* pour un acte déterminé, ainsi qu'une procédure pluridisciplinaire en cas de doute quant à l'aptitude de la personne. Dans l'hypothèse où malgré ces mesures l'aptitude de la personne est sous-évaluée, les conséquences de cette erreur sont somme toute limitées. Certes, la personne est privée de son autonomie d'action, mais son intégrité physique est tout du moins préservée.

Les problèmes pour la personne sont bien plus importants en cas de surévaluation de ses capacités. En théorie, dès lors que la personne protégée est jugée apte à consentir, elle peut donner son accord à des soins non requis par son état de santé ou au contraire refuser des soins salvateurs. Cette liberté de choix, parfaitement justifiée chez une personne disposant de toutes les facultés nécessaires pour prendre une décision libre et éclairée, apparaît comme dangereuse chez une personne inapte à consentir. Les mesures précédemment mentionnées permettent de limiter ce risque, mais s'avèrent parfois insuffisantes. En Suisse dès lors que le mineur ou le majeur protégé est jugé apte à consentir, il pourra consentir à tous les soins, quelle que soit leur nature¹⁰²⁰. Il n'y a pas de limitation à la capacité d'exercice de la personne. Ce système, bien que préservant pleinement l'autonomie de la personne, entraîne un déséquilibre en défaveur de la protection de l'intégrité physique de la personne vulnérable.

563. Le législateur québécois a su voir ce risque et a introduit différentes mesures afin de l'éviter lorsque le patient est un mineur. Les majeurs placés sous protection juridique

¹⁰²⁰ Art. 19c Cc. Suisse ; toutefois, dans la pratique, lorsque le mineur refuse des soins salvateurs, les médecins ont tendance à le considérer comme inapte à consentir.

ne disposent pas de statut particulier, dès lors qu'ils sont jugés aptes à consentir, ils peuvent exercer leur droit sans limites. « Quelle que soit la décision du majeur apte, consentement ou refus, l'équipe de soins est liée par celle-ci, peu importe les conséquences qui en découlent »¹⁰²¹. Aucun dispositif n'est mis en place pour préserver leur intégrité physique en cas de mauvaise évaluation de leur aptitude, ce qui est à regretter. Quoi qu'il en soit, le régime québécois peut servir de source d'inspiration à la France pour venir limiter la capacité d'action de la personne protégée jugée apte à consentir de manière à préserver leur intégrité physique en cas d'erreur d'évaluation.

564. Dans le régime québécois, l'autonomie du mineur est modulée en fonction de la nature du soin envisagé. Des règles vont être posées selon que celui-ci est requis ou non par l'état de santé de l'enfant. La notion de soins requis n'est pas définie par la loi. Pour certains auteurs, tenter de cerner une définition constitue « une tâche impossible que n'a pas tenté de relever le législateur »¹⁰²². La définition doit nécessairement varier en fonction des circonstances et des avancées médicales, ce qui est requis pour une personne peut ne pas l'être pour une autre. Il semble important dans ce domaine de laisser une marge d'appréciation aux médecins qui évalueront *in concreto* si le soin est ou non requis par l'état de santé. Il est toutefois possible d'établir certaines généralités.

Le ministre de la Justice du Québec dans ses commentaires¹⁰²³ est venu apporter un éclairage quant à la notion de « soin ». Il s'agit de « toute espèce d'examen, de prélèvements, de traitements ou d'interventions, de nature médicale, psychologique ou sociale, requis ou non par l'état de santé physique ou mental. Il couvre également, comme acte préalable, l'hébergement en établissement de santé lorsque la situation l'exige »¹⁰²⁴. Les écrits des auteurs québécois indiquent que dans la pratique, même si

¹⁰²¹ LECOQ N., « Le refus injustifié de soins de santé : en quête d'un plus grand respect de la personne vulnérable », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 424, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2017 p.157

¹⁰²² BOULET D., « Les soins de santé pour le majeur inapte : ce que la loi ne dit pas », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 344, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2012 p. 198

¹⁰²³ Commentaire du Ministre de la Justice, *Le Code civil du Québec*, tome 1, « Les publications du Québec », 1993

¹⁰²⁴ VEILLEUX A-M, « Le constat de l'inaptitude à consentir aux soins : par qui et comment ? », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 344, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2012 p.6

la distinction entre soins requis et non requis n'est pas toujours claire¹⁰²⁵, la notion de « soins requis » concerne plutôt des « soins thérapeutiques standards, par opposition à la thérapie expérimentale et les soins innovateurs »¹⁰²⁶.

Les soins requis par l'état de santé correspondant plutôt à des soins thérapeutiques standards, par opposition, les « soins non requis » par l'état de santé relèvent des actes non thérapeutiques, c'est-à-dire n'ayant pas une visée curative ; ou des actes entrant dans le domaine de l'expérimental. Ainsi il est approprié d'inclure dans cette catégorie les actes à visée esthétique ; les actes ne bénéficiant pas directement au patient tel que les dons d'un produit issu du corps humain ; ainsi que tous les actes réalisés dans un but expérimental pour les besoins d'une recherche¹⁰²⁷.

La distinction entre soins requis ou non par l'état de santé, permet de moduler la possibilité de consentir (**Première section**), ou au contraire de refuser l'acte (**Seconde section**)

¹⁰²⁵ VEILLEUX A-M, *op. cit.*, p.3

¹⁰²⁶ BOULET D., *op. cit.*, p. 196

¹⁰²⁷ VEILLEUX A-M, *op. cit.*, voir note 8.

Première section : L'influence de la nature des soins sur le consentement à l'acte médical dans le régime québécois

565. Le législateur québécois tente d'opérer un équilibre entre protection de l'intégrité physique et respect de l'autonomie des mineurs. Même si ce dernier est jugé apte à consentir, sa capacité à donner son accord à la mise en œuvre d'un acte médical va dépendre de la nature de celui-ci. Ceci prouve qu'il existe toujours une forme de suspicion quant à la réalité de l'aptitude à consentir d'une personne protégée. Alors même qu'elle est reconnue, le patient n'accédera en réalité qu'à une forme de semi-capacité évoluant en fonction de son « intérêt physique ». Lorsque le mineur est jugé inapte à consentir, le consentement à l'acte médical sera délivré par son représentant. Ici encore, dans le but de préserver l'intégrité physique du patient, la personne en charge de sa protection n'est pas libre d'agir. Sa capacité à consentir à un acte médical dépendra à nouveau de la nature de celui-ci. Ainsi, le législateur vient faciliter la possibilité d'accepter les soins requis par l'état de santé du patient **(I)** et au contraire, la limiter lorsque les soins ne sont pas requis par l'état de santé **(II)**.

I Le consentement à des soins requis par l'état de santé du mineur facilité dans la législation québécoise

566. Lorsque le mineur est reconnu apte à consentir, il délivre le consentement nécessaire à la mise en œuvre de l'acte. Dans le but de préserver au mieux son intégrité physique, le législateur québécois lui accorde une grande autonomie lorsqu'il souhaite donner son accord à la mise en œuvre d'un soin requis par son état de santé (**A**). Dans la perspective où le mineur serait jugé inapte à consentir, la décision sera prise par son représentant. Ici encore, la protection de l'intégrité physique du patient passe par une grande liberté accordée au représentant pour consentir à un soin requis par l'état de santé de celui-ci (**B**).

A) Le consentement facilité du patient protégé pour les soins requis par son état de santé

567. Les soins requis par l'état de santé ne font pas l'objet d'une définition légale, mais seront appréhendés ici comme constituant les soins thérapeutiques standards. Ces soins étant par principe bénéfiques au patient, le législateur québécois accorde une grande liberté aux mineurs et aux majeurs protégés pour y consentir. Dès lors que le majeur protégé est reconnu apte à consentir, il pourra librement donner son accord à un soin requis par son état de santé sans aucune restriction¹⁰²⁸. Son autonomie et son intégrité physique sont ici amplement préservées. Son statut juridique n'est pas pris en compte pour venir restreindre sa capacité à consentir.

568. Pour les mineurs, le législateur québécois est venu instaurer un régime spécifique. Seuls les mineurs de quatorze ans et plus pourront consentir à des soins requis par leur état de santé, les mineurs n'atteignant pas ce seuil d'âge seront représentés¹⁰²⁹. Cette règle semble logique puisqu'il a été vu que seuls les mineurs atteignant ce seuil d'âge pouvaient être considérés comme aptes à consentir. Dès lors que le mineur a atteint ce seuil, il pourra consentir librement aux soins requis par son

¹⁰²⁸ Art. 11 et 15 du Cc. du Québec

¹⁰²⁹ Art. 14 Cc. du Québec

état de santé, sans limitation aucune. Le législateur québécois introduit cependant une forme de dialogue entre le mineur et les titulaires de l'autorité parentale puisque ceux-ci doivent nécessairement être avertis, lorsque l'état du mineur nécessite une hospitalisation de plus de douze heures¹⁰³⁰. Les parents pourront ainsi conseiller et accompagner leur enfant tout au long de cette procédure.

569. Se manifeste ici l'objectif d'assurer la meilleure préservation possible de l'intégrité physique de la personne protégée. Les soins étant nécessaires à l'état de santé, le patient peut les mettre en œuvre plus facilement sans limitation de sa capacité à consentir. Cependant, des erreurs peuvent être commises quant à l'évaluation de l'aptitude à consentir et il est à regretter que le législateur ne soit pas venu nuancer la capacité des personnes protégées en fonction du degré de gravité de l'acte. Permettre à une personne protégée de consentir seule à un acte requis par son état de santé est louable, mais la laisser prendre seule la décision lorsque le soin comporte des risques importants n'est pas toujours dans son intérêt. Même si un dialogue avec le médecin est engagé, il est indispensable que la personne puisse bénéficier du soutien de son entourage lorsque cela est possible. Si ce mécanisme était introduit en France, il serait judicieux de restreindre la capacité du patient apte à consentir lorsque les soins requis par son état de santé présentent des risques importants. Il serait possible d'imposer une consultation obligatoire de la personne chargée de la protection du patient afin d'entamer un dialogue avec elle. Ainsi, même si la décision finale est prise par le patient, les risques liés à l'acte auront été discutés en famille et avec le médecin. Toutefois, dans certaines situations, l'intervention de la famille n'est pas souhaitable, notamment lorsque les relations avec le patient sont très conflictuelles. Dans cette perspective, le patient apte à consentir devrait pouvoir s'opposer à la consultation de ses représentants, à l'instar de la possibilité laissée au mineur de conserver le secret sur son état de santé figurant à l'article L. 1111-5 du Code de la santé publique¹⁰³¹. Ce qui permettrait de mettre en œuvre les soins requis par l'état de santé de la personne protégée même si elle entretient des relations conflictuelles avec ses représentants légaux.

La capacité à consentir des personnes protégées est totale lorsqu'il s'agit de soins requis

¹⁰³⁰ Art. 14 Cc. du Québec

¹⁰³¹ V. § 188 et s.

par leur état de santé. De la même manière, une grande autonomie dans ce domaine va être accordée au représentant de la personne qui serait jugée inapte à consentir.

B) Le consentement facilité du représentant pour les soins requis par l'état de santé du patient protégé

570. Lorsque le patient est inapte à consentir, le consentement à l'acte médical est délivré par une tierce personne. Ainsi, au Québec, il s'agit du titulaire de l'autorité parentale du mineur de moins de quatorze ans¹⁰³², ou du représentant légal du majeur protégé inapte¹⁰³³. Comme précédemment, le législateur facilite le consentement à ces actes dans le but de préserver au mieux l'intégrité physique des personnes protégées. Même si le patient est jugé inapte à consentir, le législateur québécois accorde une importance considérable à l'expression de sa volonté. Avant de mettre en œuvre un consentement substitué, il impose aux médecins de vérifier préalablement si le patient n'a pas exprimé sa volonté dans le cadre de directives anticipées¹⁰³⁴. C'est également le cas en Suisse¹⁰³⁵. Dans ces deux pays, les directives s'imposent au médecin, ce qui démontre l'importance accordée au respect de l'autonomie et de la volonté de la personne. Ce n'est qu'en l'absence de directives que les médecins se tourneront vers un tiers chargé de représenter le patient. La Suisse¹⁰³⁶ et le Québec¹⁰³⁷ imposent alors au représentant d'agir dans le seul intérêt de la personne représentée.

571. La jurisprudence¹⁰³⁸ en s'appuyant sur l'article 12 du Code civil du Québec donne les critères à prendre en compte en matière de consentement substitué. Le représentant doit agir dans l'intérêt supérieur de la personne, en tenant compte de la volonté qu'elle aurait pu exprimer, en évaluant les bénéfices des soins escomptés malgré la gravité et la permanence de certains effets, en examinant l'opportunité des soins dans

¹⁰³² Art. 14 Cc. du Québec

¹⁰³³ Art. 15 Cc. du Québec

¹⁰³⁴ Art. 11 Cc. du Québec

¹⁰³⁵ Art. 377 Cc. Suisse

¹⁰³⁶ Art. 378 Cc. Suisse

¹⁰³⁷ Art. 12 Cc. du Québec : lorsque le représentant consent à un acte « il doit s'assurer que les soins seront bénéfiques, malgré la gravité et la permanence de certains de leurs effets, qu'ils sont opportuns dans les circonstances et que les risques présentés ne sont pas hors de proportion avec le bienfait qu'on en espère ».

¹⁰³⁸ *CHU de Québec c. M.G.*, 2014 QCCS 1404 (CanLII)

les circonstances et enfin en vérifiant la proportionnalité entre les risques associés aux soins et les bienfaits espérés par ces derniers¹⁰³⁹. Ainsi, le représentant du mineur ou du majeur inapte doit tout d'abord tenir compte de la volonté du patient dans la mesure du possible. La volonté antérieurement exprimée par le patient ne s'impose pas nécessairement à celui-ci. Il faut déterminer si le souhait exprimé antérieurement s'applique toujours dans la situation actuelle du patient¹⁰⁴⁰, à titre d'exemple, dans certaines situations, les progrès médicaux peuvent accorder au patient des chances supplémentaires d'amélioration de son état qui n'existaient pas lorsqu'il a fait connaître sa volonté. Le choix du patient doit donc être réactualisé et dans la mesure du possible respecté s'il est toujours pertinent.

572. La décision doit être prise dans l'intérêt supérieur de la personne. C'est-à-dire d'une part, que le représentant doit s'efforcer de mettre de côté ses propres valeurs et convictions afin de décider en fonction de celles du patient¹⁰⁴¹. D'autre part, il devra consentir aux soins uniquement s'ils sont bénéfiques, c'est-à-dire susceptibles d'améliorer la santé de la personne protégée ou de la guérir ; opportuns en fonction de sa situation et proportionnés. Ainsi, un traitement comportant de nombreux inconvénients pour un résultat plus qu'incertain devrait plutôt appeler un refus de la part du représentant¹⁰⁴². Pour les mineurs, le législateur est venu préciser à l'article 33 qu'une action dans son intérêt consistait à tenir compte de ses besoins moraux, intellectuels affectifs et physiques, ainsi que de son âge, de sa santé, de son caractère, de son milieu familial et des autres aspects de sa situation. Il faut donc apprécier l'intérêt du mineur, et *a fortiori* du majeur inapte *in concreto* avant de consentir à un soin requis par son état de santé. Selon sa situation, la mise en œuvre de l'acte pourrait ne pas être pertinente.

Le législateur cherchant à protéger l'intérêt de la personne vulnérable, il est logique

¹⁰³⁹ LECOQ N., « Le refus injustifié de soins de santé : en quête d'un plus grand respect de la personne vulnérable », in La protection des personnes vulnérables, vol. 424, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2017 p.160

¹⁰⁴⁰ LECOQ N., *op. cit.*, p.168

¹⁰⁴¹ LECOQ N., *op. cit.*, p.169 ; BOULET D., « Les soins de santé pour le majeur inapte : ce que la loi ne dit pas », in La protection des personnes vulnérables, vol. 344, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2012

¹⁰⁴² LECOQ N., *op. cit.*, p.172

qu'il soit venu faciliter la possibilité de consentir à des soins requis par l'état de santé de la personne et au contraire la limiter lorsque les soins non requis par l'état de santé.

II Le consentement à des soins non requis par l'état de santé du patient protégé limité dans la législation québécoise

573. Si le législateur facilite la mise en œuvre des soins requis par l'état de santé de la personne protégée, il va au contraire les limiter lorsqu'ils ne sont pas requis par l'état de santé. Pour rappel, les soins non requis par l'état de santé sont des actes non thérapeutiques, c'est-à-dire n'ayant pas une visée curative ; ainsi que des actes entrant dans le domaine de l'expérimental. Relèvent de cette catégorie les actes à visée esthétique ; les actes ne bénéficiant pas directement au patient, tel que les dons d'un produit issu du corps humain ; ainsi que tous les actes réalisés dans un but expérimental pour les besoins d'une recherche¹⁰⁴³. Ces actes comportent un bénéfice incertain pour le patient.

574. Les personnes sous protection juridique font l'objet d'une vulnérabilité particulière, et la mesure de leur aptitude à consentir n'est pas toujours évidente. Il apparaît alors nécessaire de les protéger des autres, mais aussi d'elles-mêmes. Il ne serait pas acceptable que suite à une surévaluation des capacités de la personne, celle-ci puisse se mettre en danger en consentant à un acte non requis par son état de santé, sans avoir pleinement conscience des risques qu'elle encourt. De même, il ne paraît pas toujours justifié que le représentant de la personne inapte puisse porter atteinte à son intégrité physique en donnant son accord à un soin non requis par son état de santé. C'est donc tout logiquement que le législateur québécois est venu encadrer les possibilités de consentement à un soin non requis par l'état de santé exprimé par la personne protégée **(A)** ou par son représentant **(B)**.

¹⁰⁴³ VEILLEUX A-M, « Le constat de l'inaptitude à consentir aux soins : par qui et comment ? », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 344, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2012, voir note 8.

A) *Le consentement limité du mineur à des soins non requis par son état de santé*

575. Les soins non requis par l'état de santé présentent une atteinte à l'intégrité physique non justifiée par une nécessité médicale. Ils sont accomplis pour des raisons esthétiques, dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ou dans le cadre d'une recherche. La personne qui s'y soumet doit le faire en ayant pleinement conscience des risques qu'elle encourt pour un bénéfice parfois incertain. Malgré tout le soin apporté à l'évaluation de l'aptitude à consentir des personnes protégées, une surévaluation est toujours possible. Le législateur québécois est donc venu introduire des règles pour limiter la possibilité pour la personne protégée jugée apte à consentir d'exprimer un consentement à un soin non requis par son état de santé. Il faut cependant noter que ces règles ne concernent que les mineurs de quatorze ans et pas les majeurs protégés. À partir du moment où ces derniers sont reconnus aptes à consentir, ils pourront valablement consentir à des soins non requis par leur état de santé, et ce, même s'ils présentent des risques supérieurs aux bénéfices escomptés. Cette absence de limitation de la capacité des majeurs placés sous protection juridique est regrettable. L'évaluation de l'aptitude à consentir peut s'avérer délicate, particulièrement chez les majeurs protégés en raison d'une pathologie mentale ou d'une maladie neurodégénérative. Ces patients connaissent d'importantes fluctuations de leurs facultés et une erreur d'évaluation n'est pas à écarter. Aussi il aurait semblé judicieux d'introduire également ici une limitation de la capacité d'exercice de majeur sous protection juridique reconnu apte à consentir, en matière de soins non requis par son état de santé. Ce n'est toutefois pas le chemin emprunté par le Québec, ni par ailleurs, la Suisse.

576. Le législateur québécois est uniquement venu restreindre la capacité des mineurs à donner leur accord à la mise en œuvre d'un soin non requis par leur état de santé. Selon l'article 17 du Code civil du Québec, le mineur de quatorze ans peut consentir seul à ces soins. Mais, le consentement du titulaire de l'autorité parentale sera nécessaire dès lors que le soin présente un risque sérieux pour la santé du mineur et peut lui causer des effets graves et permanents. Il n'est pas précisé dans la loi ce qu'est un risque sérieux pour la santé. L'appréciation sera effectuée par le médecin et dépendra des circonstances.

577. Ce souci de préserver l'intégrité physique du mineur se retrouve en matière d'aliénation d'une partie du corps humain, ce qui confirme que cet acte relève de la catégorie des soins non requis par l'état de santé. L'article 19 interdit au mineur d'aliéner seul une partie de son corps. Cette intervention ne sera possible que si celle-ci est susceptible de se régénérer et qu'il n'en résulte pas un risque sérieux pour sa santé. Le consentement du titulaire de l'autorité parentale ainsi que l'autorisation du tribunal est alors nécessaire. Le système québécois est ici plus libéral que celui applicable en France en matière de dons d'un produit issu du corps humain. En France, aucun prélèvement de tissus ou de cellules ne peut être effectué sur un mineur dans l'intérêt thérapeutique d'autrui, à l'exception des cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse. Les mineurs français sont également en principe écartés du don de produit sanguin dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Il a été souligné ¹⁰⁴⁴ combien il semblait paradoxal de priver les mineurs de la possibilité d'effectuer un don du sang alors qu'ils peuvent être sollicités pour des actes portant une plus grande atteinte à leur intégrité physique. Le régime québécois permet un accès facilité à l'aliénation d'une partie de leur corps, ce qui est plus respectueux de l'autonomie des mineurs. L'intervention du représentant légal dans ce domaine permet d'assurer la préservation de l'intégrité physique de l'enfant en limitant son accès à ces interventions.

578. Le législateur québécois limite également la participation du mineur à une recherche, ce qui confirme à nouveau que cet acte relève de la catégorie des soins non requis par l'état de santé. Selon l'article 21, ils ne pourront y participer qu'à condition que le risque encouru ne soit pas disproportionné avec les bénéfices escomptés. Les mineurs de quatorze ans pourront consentir seuls à cet acte uniquement dans la mesure où le comité d'éthique de la recherche considère que la recherche ne comporte qu'un risque minimal. Les règles sont proches de celles du régime français applicable aux mineurs¹⁰⁴⁵ qui ne peuvent être sollicités que pour des recherches ne présentant qu'un faible risque.

579. La capacité des mineurs de quatorze ans à consentir seuls à des soins non requis par leur état de santé est donc restreinte dès lors qu'ils peuvent lui causer des effets

¹⁰⁴⁴ V. § 225 et s.

¹⁰⁴⁵ V. § 69 et s.

graves et permanents. Ici encore la préservation de l'intégrité physique du mineur prend le pas sur son autonomie. Lorsque le mineur est âgé de moins de quatorze ans, le consentement est délivré par son représentant. C'est également le cas lorsque le patient est un majeur inapte. Un encadrement de la faculté du représentant à consentir à un soin non requis par l'état de santé de la personne protégée a été mis en place.

B) Le consentement limité du représentant pour les soins non requis par l'état de santé du patient protégé

580. Lorsque le patient est un mineur de moins de quatorze ans ou un majeur inapte, le consentement sera délivré par son représentant. L'article 12 du Code civil du Québec lui impose « d'agir dans le seul intérêt » de la personne représentée. Cet article l'oblige lorsqu'il exprime un consentement, à « s'assurer que les soins seront bénéfiques, malgré la gravité et la permanence de certains de leurs effets, qu'ils sont opportuns dans les circonstances et que les risques présentés ne sont pas hors de proportion avec le bienfait qu'on en espère ». Au vu de ces exigences, il semble logique que le législateur soit venu encadrer la possibilité pour le représentant de consentir à des soins non requis par l'état de la personne représentée.

581. Selon l'article 18 du Code civil du Québec, le représentant peut consentir seul à des soins non requis par l'état de santé du patient. Toutefois, son consentement sera insuffisant lorsque l'acte présente un risque sérieux pour la santé ou s'il peut causer des effets graves et permanents. Les critères venant restreindre le consentement sont les mêmes que pour les mineurs. Les critères d'intervention du tribunal sont cependant alternatifs et non plus cumulatifs. Ainsi une intervention du tribunal sera nécessaire pour autoriser des soins avec des risques sérieux ou des actes comportant seulement des effets graves et permanents. Cette position permet de ne pas laisser le représentant prendre seul une décision pour laquelle il pourrait parfois rencontrer des conflits d'intérêts, comme c'est le cas des parents devant consentir à un prélèvement de cellules hématopoïétiques sur leur enfant au bénéfice de son frère ou de sa sœur¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁶ V. § 47

582. La restriction portée à la capacité du représentant à consentir à un soin non requis par l'état de santé de la personne inapte se retrouve également en matière d'aliénation d'une partie du corps de la personne¹⁰⁴⁷. Les critères sont les mêmes que lorsqu'un mineur de quatorze ans souhaite consentir à ce type d'acte. La partie du corps doit être susceptible de se régénérer et qu'il n'en résulte pas un risque sérieux pour la santé du patient. L'autorisation du tribunal sera alors nécessaire.

583. Bien que la législation québécoise permette une autonomie accrue des personnes protégées, le législateur ne néglige pas la protection de leur intégrité physique. Celle-ci se manifeste par un encadrement du consentement aux soins, mais également de refus de ceux-ci.

¹⁰⁴⁷ Art. 19 Cc. du Québec

Conclusion de la première section

584. Dans le but de respecter l'autonomie des personnes protégées, sans pour autant délaissier la protection de leur intégrité physique, le législateur québécois est venu moduler la capacité du patient jugé apte à consentir en fonction de la nature des soins. Lorsque le soin est requis par son état de santé, son consentement, ou le cas échéant, celui de son représentant est facilité. Le majeur protégé apte à consentir, ainsi que les mineurs de quatorze ans pourront y consentir librement. De même, le représentant des majeurs inaptes et les titulaires de l'autorité parentale lorsque le mineur a moins de quatorze ans seront également en mesure de consentir de manière libre à ces actes.

585. En revanche, lorsque le soin n'est pas requis par l'état de santé, le mineur de quatorze ans ne donnera seul son accord que si celui-ci ne présente pas un risque sérieux pour sa santé pouvant lui causer des effets graves et permanents. Dans le cas contraire, le consentement des titulaires de l'autorité parentale devient alors nécessaire. De la même manière, le représentant du majeur inapte devra solliciter l'autorisation du tribunal lorsque le soin non requis par l'état de santé présente un risque sérieux pour la santé du majeur ou peut lui causer des effets graves et permanents. Il convient de relever ici que la restriction à la capacité du représentant du majeur est plus large que dans le cas précédent. La nature des soins va également conditionner la possibilité octroyer aux patients ou à leurs représentants, de refuser l'acte (**Seconde section**).

Seconde section : L'influence de la nature des soins sur le refus d'un acte médical

586. Dans le but d'opérer un équilibre entre protection de l'intégrité physique et respect de l'autonomie de la personne protégée, l'encadrement du seul consentement à l'acte médical était insuffisant. La santé du patient est souvent bien davantage mise en danger par le refus de soins exprimé par la personne protégée jugée apte à consentir ou par son représentant. Aussi le législateur québécois est-il venu introduire des règles encadrant la possibilité de refuser les soins en fonction de leur nature. C'est dans ce domaine que se manifeste toute la subtilité de trouver un équilibre entre protection de l'intégrité physique et autonomie.

587. Dans certaines situations, le refus de soins exprimé par le patient ou son représentant paraît parfaitement légitime. Ne pas le respecter constituerait une atteinte injustifiée à l'autonomie de ces personnes. Cependant dans d'autres situations, le refus n'est pas légitime. La santé du patient est alors inutilement menacée. C'est uniquement dans cette dernière situation, lorsque le refus de soins présente certaines caractéristiques **(I)** que le législateur québécois permet de le surmonter en délivrant les soins de manière forcée **(II)**. Les caractéristiques du refus de soins pouvant être surmonté seront différentes selon que ce dernier est opposé par le patient vulnérable ou par son représentant. Lorsque le patient est un majeur inapte, seul son refus injustifié et catégorique pourra être surmonté par exemple.

I Les caractéristiques nécessaires du refus de soins surmontable dans la législation québécoise

588. Au Québec, il est considéré que le corps humain est inviolable, toute personne a droit à son intégrité et nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé¹⁰⁴⁸. La mise en œuvre d'un soin constitue une atteinte à l'intégrité de la personne, celle-ci n'est justifiée que parce qu'elle y a consenti. Au lieu d'exprimer un consentement, il arrive parfois que le patient refuse les soins. Or, dans certaines situations, ce choix est parfaitement justifié. Il s'agit par exemple de fait de refuser un traitement expérimental risqué pour lequel les bénéfices sont très incertains ; l'intégrité de la personne se trouve menacée par l'acte lui-même et il est compréhensible qu'elle puisse le refuser.

589. Pour que le refus de soins apparaisse comme « acceptable », il est indispensable que la personne prenne sa décision en toute connaissance de cause. Le refus de soins exprimé par une personne protégée représente alors une situation délicate. Théoriquement, si cette personne est jugée apte à consentir elle devrait pouvoir refuser un acte médical. Cependant comme il l'a été vu, son aptitude à consentir peut être mal évaluée. Un refus de sa part serait alors problématique s'il peut constituer une menace pour son intégrité physique. De même, le refus du représentant de la personne inapte est tout aussi délicat. Cette personne est censée exprimer une décision en tenant compte de la volonté du patient. Toutefois, celle-ci peut être difficile à connaître et il n'est jamais certain que le représentant parvienne à s'abstraire totalement de ses propres convictions lors de la prise de décision.

590. Aussi est-il indispensable de pouvoir surmonter le refus de soin exprimé par le patient protégé ou son représentant. Cependant il faut trouver un équilibre entre respect de la volonté de la personne et protection de son intégrité physique. C'est pourquoi le refus de soins pourra être surmonté lorsqu'il présente certaines caractéristiques. Les caractéristiques ne seront pas les mêmes selon que le refus émane du représentant (A)

¹⁰⁴⁸ Art. 10 Cc. du Québec

ou du patient (**B**). Le refus du représentant n'est surmontable que s'il est injustifié. Lorsqu'il émane d'un majeur inapte, il doit en plus être catégorique.

A) *Les caractéristiques nécessaires au refus de soins exprimé par le représentant*

591. Selon l'article 16 du Code civil du Québec, il est possible de surmonter le refus d'un soin requis par l'état de santé du patient exprimé par son représentant, dès lors qu'il est « injustifié ». La notion de refus injustifié n'est pas définie par la loi. L'étude de l'article 12 du Code civil du Québec et de la jurisprudence peut donner des indices quant à sa nature. Cet article permet de guider le représentant pour exprimer un consentement à un soin. Il pourra consentir en tenant compte de la volonté du patient ; des bénéfices et risques de l'acte ; et de son opportunité¹⁰⁴⁹. Lorsque le soin, bien que requis par l'état de santé de la personne, présente des bienfaits escomptés mitigés, qu'il ne parait pas opportun ou que la balance bénéfice-risque semble plutôt défavorable, un refus de soin peut valablement être exprimé par la personne sans que cela constitue un refus injustifié. Le refus d'un soin non requis par l'état de santé semble, selon cette perspective, justifié.

Le refus raisonnablement motivé ne sera pas appréhendé comme étant injustifié¹⁰⁵⁰ et les juges répugnent alors à « s'immiscer dans cette décision de famille »¹⁰⁵¹. Il faut ici citer l'arrêt *Couture-Jacquet c. Montréal Children's Hospital*¹⁰⁵² dans lequel une mère refuse valablement un acte de chimiothérapie supplémentaire, car il n'offrait pas de chance de guérison et que les bienfaits escomptés n'étaient pas proportionnés aux risques encourus par son enfant de trois ans.

592. En revanche, si le représentant « refuse des soins qui seraient bénéfiques pour la personne, opportuns et proportionnels aux risques qui y sont associés, ce refus pourra

¹⁰⁴⁹ V. § 575

¹⁰⁵⁰ LECOQ N., « Le refus injustifié de soins de santé : en quête d'un plus grand respect de la personne vulnérable », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 424, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2017 p.173

¹⁰⁵¹ Centre hospitalier du Centre-de-la-Mauricie c. Charest, 1998 CanLII 9741 (QCCS), REJB 1998-04173 (CS)

¹⁰⁵² *Couture-Jacquet c. Montréal Children's Hospital*, 1986 CanLII 4022 (QC CA), [1986] R.J.Q. 1221, J.E. 86-398

de facto être considéré injustifié »¹⁰⁵³. Ce fut par exemple le cas dans l'arrêt *CHU de Québec c. M.G.*¹⁰⁵⁴ dans lequel les parents d'une jeune femme de 22 ans dans le coma à la suite d'une overdose refusent la poursuite des soins pour une durée de 60 jours préconisée par les médecins afin de mieux déterminer la présence d'éventuelles séquelles, au motif que son état découle d'une tentative de suicide, ce qui démontre qu'elle n'aurait pas souhaité voir les soins se prolonger. Les juges considèrent le refus parental comme injustifié. Ils expliquent qu'il est « difficile de cerner la volonté d'une personne suicidaire » et que « malgré la conviction de son père, les circonstances précédant l'hospitalisation ne sont pas suffisamment graves, précises et concordantes pour permettre de conclure de façon prépondérante à une tentative de suicide ». Ils estiment que « le plan de soins proposé par le [médecin] est minimal (alimentation et hydratation) et ne risque pas d'aggraver la situation déjà extrêmement précaire dans laquelle se trouve la [patiente]. Par contre, le maintien de ces soins devrait permettre de mieux évaluer le pronostic et les séquelles possibles. Les soins paraissent donc manifestement opportuns » et doivent être autorisés.

Il est toujours délicat pour les juges de se prononcer sur le caractère injustifié ou non du refus exprimé pour motifs religieux. Il est ainsi possible de citer l'arrêt *Centre hospitalier universitaire du Québec c. A*¹⁰⁵⁵ dans lequel les parents d'enfants prématurés refusaient les transfusions sanguines nécessaires à l'état de santé de leur enfant pour des motifs religieux. Les juges ont décidé que la liberté de religion des parents ne constituait pas un motif justifiant de refuser de consentir aux soins requis par l'état de santé de leurs enfants. Il s'agissait donc d'un refus injustifié. Les diverses décisions dans ce domaine démontrent que le refus de soins du représentant fondé sur des convictions religieuses est systématiquement considéré comme injustifié dès lors que le soin est nécessaire à l'état de santé du patient¹⁰⁵⁶. La volonté de se tourner vers une médecine « alternative » ne permet pas non plus de justifier le refus d'un soin « conventionnel ». La décision doit

¹⁰⁵³ LECOQ N., *op. cit.*, p.160

¹⁰⁵⁴ *CHU de Québec c. M.G.*, 2014 CanLII 1404 (QCCS)

¹⁰⁵⁵ *Centre hospitalier universitaire de Québec c. A*, 2007 QCCS 2419 (CanLII) ; V. aussi : *B.R. c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, 1995 CanLII (CSQ), [1995] 1 RCS. 315 ; *CHU Ste-Justine et Longpré*, 2011 CanLII 190 (QCCLP)

¹⁰⁵⁶ LECOQ N., *op. cit.*, p.157 ; ROY A., GROFFIER E., « *Canada (Québec) — Personnes physiques* », J.-CL. Droit comparé, fasc. 20, 2011, § 28.

se prendre conformément aux données actuelles de la science. La preuve médicale étant alors prépondérante dans la décision des juges d'intervenir ou non¹⁰⁵⁷.

Ainsi, dès lors que le refus du représentant est injustifié, il sera possible de surmonter le refus de soin. Cette exigence n'est pas forcément nécessaire lorsque le refus émane du patient.

B) La nature du refus de soins exprimé par le patient

593. L'exigence d'un refus « injustifié » ne s'impose que pour surmonter le refus d'un majeur inapte, de son représentant ou du représentant d'un mineur¹⁰⁵⁸. Lorsqu'il est exprimé par un mineur de quatorze ans, le tribunal peut intervenir alors même que le refus ne serait pas « injustifié ». Il est donc plus aisé d'imposer des soins à un mineur jugé apte à consentir. Son autonomie n'est donc pas totale et le législateur cherche ainsi à préserver le mineur de lui-même.

594. Lorsque le refus est exprimé par le majeur inapte, l'article 16 impose que le refus soit « injustifié », et « catégorique »¹⁰⁵⁹. Se pose alors la question de savoir ce que signifie ce dernier terme. Dans ses commentaires, le ministre de la justice québécois explique que le refus catégorique « doit s'apparenter à un refus libre et éclairé »¹⁰⁶⁰. Cette affirmation est maladroite puisqu'il s'agit ici d'une personne reconnue comme inapte à consentir, elle ne dispose donc pas des capacités pour exprimer une décision libre et éclairée. Il ne faut donc pas interpréter littéralement les propos du ministre. Il souhaitait en réalité expliquer que constitue un refus catégorique, le refus exprimé par une personne ayant conscience de le faire, peu importe que ses raisons soient rationnelles ou non. L'idée est ici de dire qu'il ne faudra faire intervenir le tribunal pour autoriser des soins que lorsque le refus est exprimé de manière consciente par le patient.

¹⁰⁵⁷ LECOQ N., *op. cit.*, p.174

¹⁰⁵⁸ Art. 16 Cc. du Québec

¹⁰⁵⁹ Art. 16 Cc. du Québec

¹⁰⁶⁰ Commentaire du Ministre de la Justice, « *Le Code civil du Québec*, tome 1, Les publications du Québec, 1993, p.18

Dans les autres cas, c'est-à-dire lorsque le patient s'oppose aux soins sans en avoir conscience, son simple refus est surmontable sans intervention du tribunal¹⁰⁶¹.

595. En cas de refus catégorique du majeur inapte, de refus injustifié du représentant et du refus du mineur, une autorisation du tribunal permettra de le surmonter.

¹⁰⁶¹ KOURI R., PHILIPS-NOOTENS S., "Le majeur inapte et le refus catégorique de soins de santé : un concept pour le moins ambigu", *Revue du barreau*, 2003, tome 63

II La possibilité de surmonter un refus en fonction de la nature des soins envisagés

596. Lorsque le refus de soins présente les caractéristiques nécessaires prévues par la loi, c'est-à-dire qu'il est injustifié lorsqu'il émane du représentant, et injustifié et catégorique s'il émane du majeur inapte, la nature des soins permettra de déterminer si le refus est ou non surmontable. En effet, lorsque le soin n'est pas requis par l'état de santé, le refus ne sera pas surmontable. Seul le refus d'un soin requis par l'état de santé pourra être contourné. Pour ce faire, la procédure applicable va varier selon que le refus émane du patient (**A**) ou de son représentant (**B**). Il sera parfois nécessaire d'obtenir une autorisation du tribunal afin de pouvoir aller à l'encontre de la volonté exprimée.

A) La possibilité de surmonter un refus de soins exprimé par le patient

597. Le législateur québécois instaure un équilibre entre respect de l'autonomie et protection de l'intégrité physique du patient. Suivant cette logique, l'article 23 impose de respecter le refus de soin exprimé par le patient mineur ou le majeur inapte dès lors que celui-ci n'est pas requis par l'état de santé. L'autonomie du patient est ici totale et le refus ne sera pas surmontable, même si les raisons qui poussent le patient à refuser l'acte ne sont pas rationnelles. Le tribunal ne pourra délivrer d'autorisation de soins. Cette position est justifiable dans la mesure où l'acte constitue une atteinte à l'intégrité physique du patient non justifiée par son état de santé. En revanche, lorsque le refus concerne un soin requis par l'état de santé du patient, celui-ci est surmontable.

598. Lorsque le majeur inapte exprime un refus « catégorique » de recevoir un soin requis par son état de santé, c'est-à-dire un refus « conscient », celui-ci pourra être délivré de manière forcée après obtention d'une autorisation du tribunal¹⁰⁶². Lorsque le majeur n'a pas conscience d'exprimer un refus, il n'est pas considéré comme

¹⁰⁶² Art. 16 Cc. du Québec

« catégorique » et son refus pourra être surmonté sans avoir besoin d'une autorisation. La délivrance se fera avec le seul consentement de son représentant.

599. Lorsque le mineur exprime un refus, qu'il soit justifié ou non, les soins requis par son état de santé pourront lui être directement imposés avec le seul consentement du titulaire de l'autorité parentale si l'on est en situation d'urgence et que sa vie ou son intégrité se trouve menacée¹⁰⁶³. Dans le cas contraire, une autorisation du tribunal sera nécessaire pour mettre en œuvre les soins¹⁰⁶⁴. L'autonomie du mineur est ici limitée dans le but de protéger son intégrité physique. Alors même qu'il est jugé apte à consentir, son refus pourra être surmonté par une autorisation du tribunal. L'arrêt *Protection de la jeunesse — 884*¹⁰⁶⁵ dans lequel une mineure de quatorze ans refusait de subir un traitement chirurgical requis par son état de santé, considérant que Dieu allait la guérir, est à citer. Les parents soutenaient cette décision. Le tribunal a ici considéré que la décision n'appartenait plus ni à la mineure, ni à ses parents et qu'en l'espèce « la foi de l'adolescente est aveugle et nuit à son aptitude d'exprimer un refus libre d'une personne mineure capable de discernement ». Il a en conséquence autorisé l'intervention. Allant dans le même sens dans l'arrêt *Hôpital Sainte-Justine c. Giron*¹⁰⁶⁶, les juges ont décidé d'autoriser la mise en œuvre de transfusions sanguines refusées pour convictions religieuses en estimant que cette intervention a pour objet la survie de l'enfant et que la vie de celui-ci « prime nécessairement sur la question de la religion » de l'enfant ou de ses parents.

D'une manière générale, il est constaté que dans les pays anglo-saxons appliquant le principe du « *Mature minor* » la solution est la même et le mineur est privé de la possibilité de refuser un soin nécessaire à son état de santé¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶³ Art. 16 Cc. du Québec ; LECOQ N., « Le refus injustifié de soins de santé : en quête d'un plus grand respect de la personne vulnérable », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 424, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2017 p.157

¹⁰⁶⁴ Art. 16 Cc. du Québec

¹⁰⁶⁵ *Protection de la jeunesse-884*, [1998] R.J.Q. 816 (C.S)

¹⁰⁶⁶ *Hôpital Sainte-Justine c. Giron*, REJB 2002-32270 (C.S)

¹⁰⁶⁷ Voir par exemple une décision rendue dans la province du Manitoba : *AC c. Manitoba*, 2009 CSC 30, commenté par : GABRIEL A., « Le consentement de l'enfant aux actes médicaux, une autonomie chimérique ? » *Gaz. Pal.*, 24 nov. 2009, n°328, p.25 ; DUPONT M., « Les soins aux mineurs : qui décide ? », *Constitutions*, 2010 p.261 ; NEMIR L., « Consentement aux soins des mineurs, le régime très novateur du Canada », *Droit, Déontologie et Soins* 2009 p. 337-355

Lorsque le refus est exprimé par le représentant du patient inapte, la nature des soins permettra également de décider si le refus est ou non surmontable.

B) La possibilité de surmonter le refus de soins exprimé par le représentant

600. Le législateur ayant pour but de protéger l'intérêt du patient inapte, accorde également une grande importance ici au refus exprimé par le représentant d'un soin non requis par l'état de santé du patient. Ainsi, l'article 16 qui permet de surmonter le refus du représentant du patient inapte ne s'applique que pour les soins requis par l'état de santé. Il n'est donc pas possible de surmonter un refus de soins non requis par l'état de santé. L'acte n'étant pas nécessaire, le refus est alors justifié, et le juge le respectera de manière à préserver l'intégrité du patient.

601. Lorsque le refus concerne un soin requis par l'état de santé, il est surmontable à condition d'être « injustifié ». L'article 16 dispose que les soins pourront être délivrés sur autorisation du tribunal. Conformément à l'article 23 du Code civil du Québec, le tribunal appelé à se prononcer sur une demande d'autorisation de soins devra prendre l'avis d'experts, du titulaire de l'autorité parentale ou du représentant légal de la personne ainsi que de toute personne présentant un intérêt pour le patient. Le législateur accorde une importance à la volonté¹⁰⁶⁸ pouvant être exprimée par le patient même jugé inapte à consentir puisqu'il impose au tribunal l'obligation de l'auditionner dans la mesure du possible.

602. Se pose la question de savoir que faire lorsque le refus de soins exprimé par un mineur apte est appuyé par les titulaires de l'autorité parentale. En cas d'urgence, il a été vu que les soins refusés par un mineur pouvaient être délivrés sur accord de son représentant. Si le représentant les refuse également alors, les soins seront délivrés par le médecin en se passant de son accord et sans avoir besoin d'une autorisation du

¹⁰⁶⁸ Pour une analyse critique de ces mécanismes, voir : MENARD J-P., "Les requêtes en autorisation de traitements : enjeux et difficultés importantes à l'égard des droits des personnes", in *Autonomie et protection*, vol. 261, éditions Yvon Blais, "Service de la formation continue du barreau du Québec", 2007 p. 319

tribunal¹⁰⁶⁹. En l'absence d'urgence, l'article 16 du Code civil du Québec permet la délivrance des soins en cas de refus injustifié du titulaire de l'autorité parentale et du mineur de quatorze ans sur autorisation du tribunal. De plus, un signalement auprès du directeur de la protection de la jeunesse¹⁰⁷⁰ doit être effectué par le médecin. En effet, le Québec a adopté une *loi sur la protection de la jeunesse*¹⁰⁷¹ ayant « pour objet la protection de l'enfant dont la sécurité ou le développement est ou peut être considéré comme compromis »¹⁰⁷², c'est-à-dire « lorsqu'il se retrouve dans une situation d'abandon, de négligence, de mauvais traitements psychologiques, d'abus sexuels ou d'abus physiques ou lorsqu'il présente des troubles de comportement sérieux »¹⁰⁷³. L'article 38 b) ii. dispose que l'enfant fait l'objet de négligence sur le plan de sa santé lorsqu'il ne reçoit pas « les soins que requiert sa santé physique ou mentale ». Le fait pour les titulaires de l'autorité parentale de refuser de manière injustifiée des soins requis par l'état de santé de l'enfant constitue un acte de négligence, et des mesures supplémentaires pourront être prises pour protéger l'enfant.

603. Lorsque le refus émane du représentant d'un majeur inapte, celui-ci doit être injustifié pour que le tribunal puisse intervenir conformément à l'article 16. Les auteurs rappellent que l'intervention du tribunal doit s'effectuer avec circonspection pour contrer le refus de soins exprimé par le représentant de la personne inapte. En effet, le fait de faire intervenir un proche du patient dans la prise de décision « permet d'aider l'équipe de soins à tenir compte de la personne dans sa globalité. Son identité s'en trouve ainsi protégée, son histoire, ses expériences de vie, ses sensations et ses émotions et ses volontés pouvant être relatées et prises en compte dans la prise de décision en matière de consentement aux soins »¹⁰⁷⁴. Respecter la volonté exprimée par le représentant, démontre le respect accordé à l'autonomie du patient protégé. Le représentant est supposé connaître la volonté de la personne et il est fort probable que le refus qu'il exprime constituerait également le désir du patient. Ainsi, une saisine du tribunal pour

¹⁰⁶⁹ SEGUIN E., «Le refus de soins injustifié d'un mineur âgé de 14 ans et plus : quand l'établissement de santé doit-il intervenir pour le protéger ?, in Pouvoirs publics et protection, vol. 182, éditions Yvon Blais, 'Service de la formation continue du barreau du Québec', 2003 p. 149

¹⁰⁷⁰ Art. 39 de la Loi sur la protection de la jeunesse

¹⁰⁷¹ Loi sur la protection de la jeunesse, RLRQ c P-34.1

¹⁰⁷² Art. 2 de la Loi sur la protection de la jeunesse

¹⁰⁷³ Art. 38 de la Loi sur la protection de la jeunesse

¹⁰⁷⁴ LECOQ N., «Le refus injustifié de soins de santé : en quête d'un plus grand respect de la personne vulnérable », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 424, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2017 p.162

surmonter le refus du représentant ne devrait s'effectuer que lorsque le refus paraît déraisonnable.

Conclusion de la seconde section

604. Le législateur québécois encadre la possibilité de refuser des soins. Le refus exprimé sera respecté dès lors que le soin n'est pas requis par son état de santé. En revanche, il est possible de surmonter le refus d'un soin requis par l'état de santé du patient. Pour le mineur, le refus sera surmonté avec l'accord du titulaire de l'autorité parentale, en cas de situation d'urgence et que sa vie ou son intégrité se trouve menacée. Dans le cas contraire, une autorisation du tribunal sera nécessaire. Le refus du majeur inapte sera surmontable avec une autorisation du tribunal s'il est catégorique, et a été effectué en toute conscience. Dans le cas contraire, l'autorisation n'est pas nécessaire, et le majeur qui refuse un soin requis par son état de santé sans avoir conscience d'exprimer un refus pourra se les voir imposer sur le seul consentement de la personne chargée de sa représentation. L'autorisation du tribunal sera également nécessaire pour surmonter le refus « injustifié » exprimé par le représentant du patient.
605. La nécessité d'obtenir l'autorisation du tribunal démontre l'importance accordée à l'autonomie du patient protégé par la législation québécoise. Son refus n'est pas dénué de valeurs malgré son statut juridique.

Conclusion du second chapitre

606. Le législateur québécois vient moduler la capacité des mineurs de quatorze ans et des représentants des majeurs inaptes à consentir en fonction de la nature des soins. Lorsque le soin est requis par l'état de santé du patient, il relève des actes thérapeutiques standards et sera facilement accessible au patient ou à son représentant et, le mineur de quatorze ans pourra y consentir seul. Ce soin étant requis par l'état de santé, il est important, afin de préserver l'intégrité physique du patient, que son refus, ou celui de son représentant puisse être surmonté. Il sera ainsi possible d'aller à l'encontre de la volonté du mineur en recherchant le consentement de ses parents, s'il s'agit d'une situation d'urgence et que sa vie ou son intégrité se trouve menacée. Dans le cas contraire, une autorisation du tribunal sera nécessaire. Celle-ci sera également indispensable afin de surmonter le refus catégorique du majeur inapte ainsi que le refus « injustifié » du représentant du patient.

607. En revanche, les soins non requis, qui sont des actes non thérapeutiques, n'ayant pas de visée curative ; ou entrant dans le domaine de l'expérimental, portent une atteinte à l'intégrité du patient non médicalement justifiée. Aussi la possibilité pour le patient ou son représentant d'y consentir sera plus strictement encadrée. Le mineur de quatorze ans pourra le faire seul, mais le consentement du titulaire de l'autorité parentale sera nécessaire lorsque le soin présente un risque sérieux pour sa santé et peut lui causer des effets graves et permanents. De même, le consentement du représentant du patient sera insuffisant si l'acte présente un risque sérieux pour la santé ou s'il peut causer des effets graves et permanents et une autorisation du tribunal sera nécessaire. Le refus exprimé par le patient ou son représentant sera ici toujours respecté.

Conclusion du titre premier

608. Les régimes suisse et québécois de consentement à l'acte médical reposent sur la notion d'aptitude à consentir. Dès lors que le patient est apte à comprendre les informations relatives à son état de santé et à exprimer une volonté libre, raisonnée et raisonnable, il est jugé apte à consentir. L'évaluation de cette aptitude est fondée sur les principes de neutralité et d'objectivité et s'effectue à l'aide d'outils conçus dans ce but. Pour faciliter le travail des médecins, toute personne majeure même faisant l'objet d'une protection juridique est présumée apte à consentir. De plus, le Québec pose une présomption d'aptitude à consentir des mineurs de quatorze ans.
609. Les patients aptes à consentir vont bénéficier d'une grande autonomie. Dans la législation suisse, ils pourront prendre seuls les décisions relatives à leur état de santé, quel que soit leur âge ou leur statut juridique. Le Québec vient quant à lui encadrer la possibilité de consentir ou de refuser les soins des mineurs de quatorze ans ou des représentants en fonction de leur nature et de leurs effets. L'accès aux soins requis par l'état de santé du patient sera ainsi facilité dans la mesure où le patient, ou son représentant pourra y consentir librement, et verra au contraire son refus plus difficilement admis.
610. Faire reposer le régime du consentement à l'acte médical des mineurs et des majeurs protégés sur l'aptitude à consentir des patients permet de leur accorder une grande autonomie. Utiliser cette notion en droit médical français contribuerait à améliorer la liberté accordée aux personnes vulnérables. Les restrictions posées dans le régime québécois serviront à établir un régime équilibré entre protection de l'intégrité physique et autonomie des mineurs et des majeurs protégés (**Titre second**).

Titre second : La législation française modifiée pour une meilleure autonomie des personnes vulnérables

611. Les notions issues des régimes suisse et québécois relatifs au consentement à l'acte médical des mineurs et des majeurs protégés vont servir de source d'inspiration afin d'élaborer de nouvelles règles dans ce domaine. Il n'est pas possible de reprendre telle quelle la loi applicable dans ces pays. La France comporte des spécificités culturelles et législatives qui doivent être prises en compte afin de garantir le bon fonctionnement de la réforme.
612. Il est néanmoins possible d'adapter plusieurs des notions étrangères à notre législation. D'autant que certaines notions sont déjà présentes de manière implicite dans notre système juridique. Ainsi, le concept d'aptitude à consentir deviendra la clé de voute d'un régime accordant une place considérable à l'autonomie des mineurs et des majeurs protégés. Cette dernière sera limitée dans le but de préserver leur intégrité physique, en utilisant la notion québécoise de soins requis par l'état de santé du patient et en prenant en considération les risques encourus par celui-ci.
613. L'usage de ces notions permet d'élaborer une nouvelle législation, que ce soit pour les actes non spécifiquement réglementés (**Chapitre premier**) ou ceux bénéficiant d'un régime spécial (**Chapitre second**).

614. Les législations suisse et québécoise mettent en avant des régimes dans lesquels la place de la personne vulnérable est prépondérante, ce qui n'est pas le cas de notre législation actuelle. En utilisant les notions présentes dans ces systèmes, il est possible d'adopter un régime redonnant une plus grande part à l'expression de la volonté du patient protégé. Désormais en matière médicale le principe sera celui du recueil du consentement du mineur ou du majeur protégé s'ils sont jugés aptes à consentir (**Première section**). Il sera nécessaire d'établir quelle est la conception française de la notion d'aptitude à consentir, ce qui conduira à préciser son contenu et la manière dont sa présence est déterminée chez une personne. Dès lors que la personne vulnérable est apte à consentir, son consentement devra être recherché en priorité. Cependant afin de garantir la protection de son intégrité physique, la capacité d'exercice du patient vulnérable pourra faire l'objet d'un encadrement selon que le soin est ou non requis par son état de santé. Le consentement de la personne chargée de leur protection sera alors recherché mais n'interviendra plus que de façon subsidiaire (**Seconde section**)

Première section : Le consentement de principe de la personne vulnérable apte à consentir en matière médicale

615. L'étude des législations suisse et québécoise amène à penser qu'il est envisageable de laisser aux mineurs et aux majeurs protégés leur capacité d'exercice dans le domaine médical à condition qu'ils soient « aptes à consentir ». Si ce procédé fonctionne dans ces pays, il devrait en être de même en France. Il est cependant nécessaire de construire au préalable un véritable régime français de l'aptitude à consentir **(I)**. Il faut donc fixer les composantes de cette notion et établir la manière de procéder à son évaluation chez un patient. Si ce dernier est apte à consentir, son consentement, et non plus celui de la personne chargée de sa protection, doit être recherché en priorité.

616. Toutefois, même si patient vulnérable est apte à consentir, il paraît préférable, en s'inspirant de la législation québécoise, d'encadrer sa capacité d'exercice. L'aptitude à consentir peut être délicate à déterminer et il ne serait pas acceptable qu'il puisse mettre son intégrité physique en danger sans être certain qu'il a parfaitement compris les conséquences de sa décision. Aussi, sa possibilité de consentir ou de refuser un acte pourra être encadrée en fonction de la nature du soin **(II)**.

I La construction du régime français d'aptitude à consentir en matière médicale

617. La volonté de conférer une plus grande capacité d'exercice aux mineurs et aux majeurs protégés en fonction de leur aptitude à agir est régulièrement exprimée en France. La Haute Autorité de Santé s'est ainsi prononcée en faveur d'une autonomie accrue des majeurs protégés dans le domaine de la prise de décision médicale¹⁰⁷⁵. Selon elle, il est nécessaire d'interpréter les dispositions du Code de la santé publique¹⁰⁷⁶, à la lumière des avancées apportées par la loi du 5 mars 2007¹⁰⁷⁷. Cela implique d'appliquer les règles issues de l'article 459 du Code civil en matière de délivrance d'une information médicale dont le régime figure à l'article L. 1111-2. Ainsi, le majeur protégé, même sous tutelle, doit être le premier destinataire de l'information médicale. S'il n'est pas en mesure d'exercer seul ce droit, alors le juge pourra autoriser la personne chargée de sa protection à l'assister ou à le représenter dans ce domaine, ce qui veut dire que celle-ci ne sera pas automatiquement associée à la délivrance de l'information si cela n'est pas nécessaire¹⁰⁷⁸.
618. La revendication d'une autonomie accrue pour les mineurs est également portée par plusieurs auteurs¹⁰⁷⁹ qui s'interrogent quant à l'opportunité d'introduire dans notre législation une forme de prémajorité¹⁰⁸⁰, notamment pour le domaine sanitaire. Certains membres de la doctrine constatent que du fait de la multiplication des régimes de

¹⁰⁷⁵ Haute Autorité de Santé, recommandation de bonnes pratiques relatives à la délivrance de l'information à la personne sur son état de santé, mai 2012

¹⁰⁷⁶ Et plus particulièrement les articles L.1111-2 et L.1111-4

¹⁰⁷⁷ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs

¹⁰⁷⁸ Haute Autorité de Santé, recommandation de bonnes pratiques relatives à la délivrance de l'information à la personne sur son état de santé, mai 2012, p.10 et s.

¹⁰⁷⁹ ROQUE J., « La prémajorité », *Dr.fam.*, avril 2009, n°4, étude 20 ; DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner », *RGDM*, 2004, n°12, p. 99-104 ; GISSER F., « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs, une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP. G.*, 1984 I, p.3142 ; RAYMOND G., *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, 5e éd., Litec, « Pratique professionnelle », 2006 ; STOUFFLET J., « L'activité juridique du mineur non émancipé », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Voirin*, LGDJ, 1966 ; ALFANDARY E., DEKEUWER-DEFOSSEZ F., MONEGER F., et alii, *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la Convention internationale sur les droits de l'enfant*, La documentation française, « Rapports officiels », 1993 ; pour une position défavorable à l'instauration de cette notion, V. : FASQUELLE D., BRUNETTI-PONS C., « Pour la protection des personnes dans l'âge fragile et vulnérable de l'enfance et de l'adolescence », *Dr.fam.*, avril 2014, n°4, p.5

¹⁰⁸⁰ CARBONNIER J., *Droit civil, I/les personnes*, 21e éd., PUF, « Thémis droit privé », 2000 p.196 ; ROQUE J., « La prémajorité », *Dr.fam.*, avril 2009, n°4, étude 20

capacité d'exception, l'introduction de cette notion en droit français est tacite, mais tangible pour les « grands mineurs »¹⁰⁸¹. La prémajorité « tacite » se manifeste particulièrement en droit de la santé au travers de l'article L. 1111-5 du Code de la santé publique¹⁰⁸² qui permet au mineur de conserver le secret sur son état de santé et de recevoir des soins sans l'accord parental. Lors de l'élaboration de cet article¹⁰⁸³, le Conseil National du Sida évoque l'idée d'instaurer un régime de prémajorité sanitaire « explicite » fondé sur un seuil d'âge objectif. Le législateur choisit cependant d'introduire un article spécifique plutôt qu'un régime général de prémajorité sanitaire. Le gouvernement a été proche de franchir le pas de l'instauration d'une prémajorité en 2013. En effet, lors de travaux préparatoires relatifs à l'élaboration d'un projet de loi sur la famille¹⁰⁸⁴, l'établissement d'une prémajorité pour les mineurs vers l'âge de seize ans est envisagé. Ce projet est cependant abandonné.

619. Au vu de ces différentes positions, il semble aisé de construire un régime de consentement à l'acte médical fondé sur l'aptitude à consentir du patient. Pour ce faire, il convient tout d'abord d'identifier cette notion dans sa conception française (**A**), avant de voir la manière dont il convient de déterminer sa présence chez la personne (**B**).

A) L'identification de la notion d'aptitude à consentir à la française

620. Lors de l'étude de la notion d'aptitude à consentir dans la législation étrangère, il a été constaté que celle-ci se composait de deux éléments. Un élément intellectuel, correspondant à la capacité à comprendre une information et à exprimer une réponse ; et un élément volontaire, l'aptitude à délivrer une volonté libre et raisonnée. Il est envisageable de reprendre ces deux éléments afin de construire notre propre conception

¹⁰⁸¹ ROQUE J., *op. cit.*, §. 4

¹⁰⁸² DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner », *RGDM*, 2004, n°12, p. 99-104 ; ROQUE J., *op. cit.*

¹⁰⁸³ V. § 189

¹⁰⁸⁴ MARRAUD DES GROTTES G., « entretien avec Dominique Bertinotti, ministre déléguée à la famille », *RLDC.*, 1er nov. 2013, n°109 : il est à noter que les travaux de réflexion sur ce futur projet de loi famille ont débuté le 21 octobre 2013 et ont été abandonnés en mai 2014, le projet de loi n'ayant jamais été déposé.

de l'aptitude à consentir. Cela serait d'autant plus aisé dans la mesure où les critères intellectuel (1) et volontaire (2) sont déjà implicitement présents en droit français.

- 1) L'élément intellectuel de la notion d'aptitude à consentir, une existence implicite en droit français

621. Faire reposer notre législation relative au consentement à l'acte médical sur la notion d'aptitude à consentir ne serait pas si difficile, dans la mesure où des traces de cette notion existent déjà en droit français. De nombreux articles du Code civil¹⁰⁸⁵, du Code de procédure civile¹⁰⁸⁶, du Code pénal¹⁰⁸⁷ ou du Code de l'action sociale et des familles¹⁰⁸⁸ font tout d'abord référence à la capacité de *discernement* du mineur. Il est possible de citer l'article 388-1 du Code civil qui dispose que le mineur capable de discernement doit être entendu dans toutes les procédures le concernant¹⁰⁸⁹ ; ou l'article 353 du même code qui pose la même exigence en matière d'adoption. De même, le Code de procédure civile vient à de nombreuses reprises fixer le principe de la participation du mineur en justice dès lors qu'il est capable de discernement, il bénéficie ainsi du droit d'être entendu par le juge¹⁰⁹⁰, de consulter le dossier qui le concerne¹⁰⁹¹ ou saisir le Conseil de famille lorsqu'il est sous tutelle¹⁰⁹². Or, si le mineur est capable de discernement, il est en mesure de comprendre les informations qui lui sont présentées et d'exprimer sa volonté, l'élément intellectuel de la notion d'aptitude à consentir est alors présent chez ces mineurs.

622. La capacité à comprendre une information se retrouve à plusieurs reprises en droit civil et en droit médical français. À titre d'exemple, l'article 459 du Code civil dispose que le majeur protégé prend seul les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet, ce qui implique sa capacité à comprendre sa situation. De

¹⁰⁸⁵ V. not. Art. 353 ; 388-1 Cc.

¹⁰⁸⁶ V. not. Art. 338-1 ; 338-4 ; 1092 ; 1180-12 ; 1186 ; 1187 ; 122-2 ; 1234 ; 1564-2 CPC

¹⁰⁸⁷ V. not. Art. 122-8 ; 222-24 ; 222-28 CP

¹⁰⁸⁸ V. not. Art L. 146-8 ; L. 147-2 ; L. 224-1 CASF

¹⁰⁸⁹ GOUTTENOIRE A., « L'enfant dans les procédures judiciaires, un statut en devenir », *AJ. Fam.* 2003 p. 368

¹⁰⁹⁰ Art. 338-1 CPC

¹⁰⁹¹ Art. 1187 CPC

¹⁰⁹² Art. 1234 CPC

même, l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique de délivrer une information d'une manière adaptée au degré de maturité des mineurs, et aux facultés de discernement des majeurs protégés, exigence qui rend accessible l'information au patient.

623. La seconde composante de l'élément intellectuel, la capacité à exprimer une décision, est également indirectement présente. L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique impose de rechercher le consentement des personnes vulnérables lorsqu'elles sont aptes à exprimer une volonté. L'aptitude à « exprimer une volonté » peut ici faire référence à l'aptitude physique et intellectuelle à le faire. La législation française n'imposant pas de formalisme à l'expression du consentement¹⁰⁹³, rien ne fait obstacle au fait que le patient qui aurait des difficultés à parler puisse exprimer son consentement par écrit ou de manière « gestuelle », par exemple sous forme de larmes¹⁰⁹⁴, ou de râles¹⁰⁹⁵, qui sont des formes d'accord reconnues valables en matière de mariage. Afin d'éviter les dérives, ce type de consentement ne devrait être admis que de façon très exceptionnelle lorsque le patient est capable de comprendre les informations délivrées, mais qu'il ne peut ni parler ni écrire. Il conviendra de vérifier que le patient a bien reçu une information de la part de son médecin, et que son geste constitue une réponse à la demande d'expression d'un consentement. Le médecin devra être particulièrement attentif à ces points de façon à se prémunir contre d'éventuelles contestations ultérieures. Il est possible de citer un arrêt dans lequel il a été considéré que la circonstance selon laquelle la patiente¹⁰⁹⁶ « avait accepté de se mettre dans la position nécessaire à l'examen et que [le médecin] tenait à la main un anuscope ne suffit pas établir que, préalablement à l'examen, il lui aurait donné une information suffisante et aurait obtenu son consentement »¹⁰⁹⁷. Chez un patient incapable d'exprimer un consentement écrit ou oral, seul le geste constituant une réponse directe à la demande

¹⁰⁹³ Sauf pour certains actes spécifiquement réglementés.

¹⁰⁹⁴ Le juge apprécie souverainement les signes par lesquels l'époux incapable de parler a entendu exprimer sa volonté : Civ. 1ère, 22 janv. 1968, JurisData n° 1968-000027, *JCP* 1968 II p. 15442, note R. L.

¹⁰⁹⁵ Civ. 1ère, 31 janv. 2006, n°02-19.398, JurisData n° 2006-031906, *Dr. Fam.* 2006 p.79, note Larribeau-Terneyre ; *D.* 2006 p.1416, obs. Lemouland et Vigneau ; *RTD Civ.* 2006 p.283, obs. Hauser : râles exprimés dans le cadre d'un mariage in extremis

¹⁰⁹⁶ Ici capable d'exprimer un consentement oral.

¹⁰⁹⁷ CDNOM 26 avril 2016, « Dr. Pascal B. », n°12700

de formulation d'un consentement pourra être interprété comme constitutif d'un consentement.

624. Lorsque le patient est capable de comprendre sa situation et d'exprimer un consentement, l'élément intellectuel est présent. Pour qu'il soit jugé apte à consentir, faut-il encore vérifier chez lui la présence d'un second élément, l'élément volontaire, également présent en droit français.

2) L'élément volontaire de la notion d'aptitude à consentir, une existence implicite en droit français

625. À l'instar de l'élément intellectuel, des traces de l'élément volontaire existent déjà en droit civil et en droit de la santé français. Pour rappel, l'élément volontaire consiste en la faculté d'exprimer une volonté libre et raisonnée. Pour pouvoir exprimer une volonté raisonnée, la personne doit être en mesure de comprendre les informations qui lui sont délivrées et de construire à partir de celles-ci un raisonnement. Cette idée se retrouve en droit français dans différents domaines au travers de la notion de « consentement éclairé ». Il faut ici citer l'exemple du droit des contrats dans lequel la réforme¹⁰⁹⁸ est venue introduire une obligation générale d'information¹⁰⁹⁹ qui permet aux contractants de disposer de tous les éléments déterminants pour les aider à prendre la décision de s'engager contractuellement. Pour le sujet qui nous intéresse, l'idée du consentement éclairé se retrouve à l'article 459 du Code civil qui présente les mesures applicables lorsque le majeur protégé n'est pas en mesure de prendre une « décision personnelle éclairée » ; mais également à l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique qui dispose qu'« aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne ». Ainsi le droit français introduit déjà l'idée de la recherche d'une volonté raisonnée, volonté qui ne peut s'exprimer qu'au travers d'un consentement éclairé. La personne doit recevoir une information et la comprendre, ce qui correspond à l'élément intellectuel pour pouvoir raisonner à partir

¹⁰⁹⁸ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

¹⁰⁹⁹ Art. 1112-1 Cc.

de celle-ci de manière à prendre une décision éclairée. C'est là une partie de l'élément volontaire.

626. L'élément volontaire comporte aussi la capacité pour la personne d'exprimer une volonté « raisonnable », c'est-à-dire découlant d'un raisonnement logique et cohérent pris en conformité avec les valeurs personnelles de la personne. Or, en France, cet élément peine à être pleinement intégré dans la mesure où les médecins ont des difficultés à respecter une décision prise à l'encontre de valeurs universelles¹¹⁰⁰. En principe, les praticiens doivent respecter la volonté exprimée par le patient et ne peuvent accomplir un acte sans sa volonté libre et éclairée. Ils sont donc censés respecter le refus de soins exprimé par le patient. Cependant, on constate que bien souvent ce refus est outrepassé dès lors que la décision n'est pas considérée comme raisonnable par le médecin conformément à une décision qui aurait été universellement admise¹¹⁰¹, à l'instar d'un refus de soin vital. Le médecin pourra alors se fonder sur le « péril vital »¹¹⁰² encouru par le patient pour surmonter le refus sans commettre de faute, s'il accomplit « un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état »¹¹⁰³.

627. L'appréciation du caractère raisonnable de la décision du patient a tendance, à l'heure actuelle, à se faire *in abstracto*, conformément à des valeurs universelles. Or, pour pleinement correspondre à notre conception de l'élément volontaire, il serait plus juste de considérer comme raisonnable la décision du patient dès lors qu'elle a été prise de manière cohérente par rapport aux informations reçues et à son échelle de valeurs. Il est donc nécessaire de former les médecins à mieux respecter la volonté des patients, même si la décision leur semble « insensée ». Cette réflexion est valable pour les personnes non protégées, mais également pour les mineurs et les majeurs sous protection. Cependant, dans leur cas, l'adoption d'une décision qui « repose sur des motifs absolument opposés aux valeurs généralement admises dans notre société [...] constituera un indice de poids en faveur de l'absence de discernement »¹¹⁰⁴. Ainsi, il est

¹¹⁰⁰ V. § 288 et s.

¹¹⁰¹ ROMAN D., « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *RDSS.*, 2005 p.423

¹¹⁰² V. § 286 et s.

¹¹⁰³ CE 16 août 2002, « Feuillatey », n°249552, *JurisData* n° 2002-064221, *JCP.G.* 2002. II. 10 184, note Mistretta ; *Dr. adm.* 2002. 188, note Aubin ; *Gaz. Pal.* 15-17 sept. 2002, n°351, p.19, note Lachaud ; *LPA.* 26 mars 2003, n°61. p.4, note Clément (C) ; V. § 286 et s.

¹¹⁰⁴ GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient : autodétermination ou paternalisme ?*, (sous la direction de J-M Grossen), *Th. Dactyl.*, Neuchâtel, éd. Ides et Calendes, 1986, p. 209

important de revoir la législation française afin d'insister sur le fait que l'appréciation du caractère raisonnable se mesure à l'aune des valeurs du patient, mais lorsque celui-ci est une personne protégée, il conviendra d'être particulièrement attentif à la décision prise. Si elle semble « universellement » contraire à son intérêt, il conviendra de procéder à une évaluation particulièrement minutieuse de son aptitude à consentir, car cela pourrait être le signe d'une absence de discernement¹¹⁰⁵. Malgré cette critique quant au mode d'évaluation du caractère raisonnable de la décision, il est possible de conclure à la présence du premier aspect de l'élément volontaire, l'expression d'une volonté raisonnée et raisonnable en droit français.

628. Le second volet de l'élément volontaire existe également dans notre législation. Nous retrouvons la nécessité d'exprimer une volonté libre de toute influence dans la notion de « consentement libre », notamment présente en matière contractuelle ou familiale. Ainsi, le législateur permet d'obtenir la nullité d'un mariage¹¹⁰⁶ ou d'un contrat¹¹⁰⁷ lorsque la personne a consenti sous la contrainte d'une autre, son consentement n'étant alors pas libre. En droit de la santé, le consentement à l'acte médical doit également respecter ce principe de liberté¹¹⁰⁸.

629. Il apparait clairement à l'étude de la législation étrangère que la notion d'aptitude à consentir se compose de deux éléments déjà présents en droit français. Pour pouvoir pleinement utiliser cette notion dans notre législation, il reste à voir comment procéder à la détermination de l'aptitude à consentir.

B) La détermination de l'aptitude à consentir en droit français

630. Intégrer la notion d'aptitude à consentir en droit français implique de réfléchir à la manière dont on va déterminer la présence de celle-ci chez un patient mineur ou majeur protégé. Pour faciliter le travail des médecins, la Suisse et le Québec instaurent

¹¹⁰⁵ V. § 537

¹¹⁰⁶ V. not. les Art. 146 et 180 Cc.

¹¹⁰⁷ V. not. les Art. 1102, 1128, 1130 et 1140 Cc.

¹¹⁰⁸ Art. L. 1111-4 CSP

des présomptions relatives à l'aptitude à consentir, et mettent en place des échelles pour la mesurer.

631. En suivant ces exemples, la France pourrait établir sa propre manière d'évaluer l'aptitude à consentir (1). Il n'est en effet pas toujours pertinent ni aisé de procéder à une évaluation pluridisciplinaire des facultés du patient. De même, les échelles de mesure de l'aptitude à consentir utilisées en Suisse ou au Québec doivent être adaptées à la culture française. Des présomptions quant à la présence de cette aptitude à consentir chez les patients peuvent également être instaurées (2).

1) L'évaluation à la française de l'aptitude à consentir

632. L'étude de la législation suisse et québécoise¹¹⁰⁹ conduit à penser qu'une évaluation *in concreto* de l'aptitude du patient à consentir à un acte déterminé est indispensable. La législation étrangère préconise la mise en œuvre d'une évaluation pluridisciplinaire, or cette mesure pourrait être difficile à mettre en œuvre en France, et nécessite une adaptation particulière (a). Pour aider les médecins à procéder à une évaluation objective, il serait judicieux d'utiliser des échelles de mesure qui devront également être adaptées à notre culture (b).

a. *La mise en œuvre de l'évaluation pluridisciplinaire de l'aptitude à consentir en France*

633. Selon la mission interministérielle chargée de l'étude relative à l'évolution de la protection des personnes, d'améliorer l'évaluation pluridisciplinaire des facultés, lorsque se pose la question du placement de la personne sous protection¹¹¹⁰. Une telle mesure permet une « approche globale et une analyse de la situation d'une personne dans toutes ses dimensions »¹¹¹¹. Cela rejoint les pratiques suisse et québécoise dans le

¹¹⁰⁹ V. § 531 et s.

¹¹¹⁰ Rapport de mission interministérielle, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, 21 sept. 2018, p. 33 et s.

¹¹¹¹ *Ibid.*, p. 34

domaine de la santé. Or, à notre sens, une évaluation pluridisciplinaire systématique tel que recommandé dans la législation étrangère ne devrait pas être systématiquement imposée en matière de consentement à l'acte médical en France pour des raisons de viabilité du système. Il ne faut pas rendre plus difficile qu'elle ne l'est déjà l'intervention des professionnels de santé auprès des personnes vulnérables. Imposer un caractère pluridisciplinaire serait complexe à mettre en place et constituerait dans de nombreux cas une perte de temps non justifiée. Il n'y aurait pas de sens à mettre en place une équipe pluridisciplinaire afin d'évaluer si le patient est apte à consentir à sa vaccination contre la grippe ou au traitement de ses caries. Lorsque l'acte est réalisé dans l'intérêt du patient ou ne comporte que de faibles effets secondaires, il n'apparaît pas nécessaire d'imposer la pluridisciplinarité pour évaluer les facultés du patient. En revanche pour les actes ne bénéficiant pas directement au patient, ou comportant de nombreux risques graves et prévisibles, l'évaluation pluridisciplinaire paraît alors justifiée.

634. Pour faciliter le travail des médecins, le protocole pourrait être le suivant. Dans le cadre d'une pratique hors cadre hospitalier¹¹¹² et pour la mise en œuvre de soins requis par l'état de santé du patient ne comportant que de faibles risques prévisibles, le praticien évalue seul les facultés du patient. En cas de doutes, la personne sera jugée inapte à consentir et le consentement sera délivré par la personne chargée de sa protection. Il ne semble pas ici nécessaire de faire appel à une équipe pluridisciplinaire pour procéder à une nouvelle évaluation. Il est important de trouver un équilibre entre autonomie du patient et protection de son intégrité physique. Le soin courant ne comporte que peu de risques prévisibles et est réalisé dans l'intérêt du patient. Il est préférable d'aller à l'encontre de son autonomie en introduisant un consentement substitué plutôt que de vouloir à tout prix la garantir en procédant à une nouvelle évaluation pluridisciplinaire de ses facultés. Cela ne ferait que retarder la délivrance des soins, et serait difficile à mettre en place dans un cadre où l'exercice professionnel se fait de manière isolée.

Lorsque les soins ne sont pas requis par l'état de santé du patient, ou qu'ils comportent des risques prévisibles élevés, une évaluation pluridisciplinaire paraît alors nécessaire

¹¹¹² Il faut ici penser à la pratique des médecins généralistes, dentistes, ophtalmologistes, kinésithérapeutes...

si le praticien, après avoir procédé à l'évaluation, doute de l'aptitude à consentir de la personne protégée.

Dans le cadre d'une pratique hospitalière, la mise en œuvre d'une procédure pluridisciplinaire d'évaluation serait ici plus aisée, cependant il n'est pas utile de créer une différence de régime entre la pratique libérale et la pratique dans le cadre d'un établissement hospitalier. Celui-ci doit rester cohérent, aussi un régime similaire fondé sur la nature des soins sera mis en place. Par conséquent, si le soin est requis par l'état de santé du patient et ne comporte que de faibles risques prévisibles, le praticien évalue seul ses facultés. En cas de doutes, le consentement sera délivré par la personne chargée de sa protection. En revanche, lorsque le soin comporte des risques importants ou qu'il n'est pas requis par l'état de santé de la personne, une nouvelle évaluation pluridisciplinaire s'impose¹¹¹³. En effet, l'intégrité physique du patient est dans cette hypothèse davantage menacée que dans le cas précédent. Il paraît alors moins justifié de priver le patient de son autonomie sans avoir vérifié une seconde fois qu'il était bien inapte à consentir.

Si le patient sous sauvegarde de justice est jugé inapte à consentir, se pose alors la question de la manière dont ses droits vont être exercés. En effet, il n'existe aucune personne en charge de sa protection. Il faudra alors que le médecin se tourne vers le juge afin qu'un régime plus protecteur soit mis en place.

Un nouvel article pourrait ainsi être rédigé :

« Lorsque le soin est requis par l'état de santé du patient et qu'il ne comporte pas de risques prévisibles graves, le professionnel de santé évalue seul l'aptitude à consentir du patient.

En cas de doutes, quant à la présence de celle-ci, le patient est jugé inapte à consentir, et le consentement sera délivré par la personne chargée de sa protection.

Lorsque le soin n'est pas requis par l'état de santé du patient ou qu'il comporte un risque prévisible grave, le professionnel de santé évalue seul l'aptitude à consentir du patient. En cas de doutes, quant à la présence de celle-ci, une nouvelle évaluation sera

¹¹¹³ MIRABEAU M., BARBE R., NARRING F., « Les adolescents sont-ils capables de discernement ? Une question délicate pour le médecin », *RMS.*, 20 fév. 2013, n°9, p.415

effectuée par une équipe pluridisciplinaire.

Si un patient sous sauvegarde de justice est jugé inapte à consentir, le médecin saisit le juge des tutelles afin d'obtenir la désignation d'un mandataire chargé d'accompagner le majeur dans ses démarches ou, le cas échéant, afin que soit prononcée l'ouverture d'une mesure de tutelle ou de curatelle ».

635. Pour faciliter la mise en place de ce système, des équipes de « praticiens - référents » pourraient être instaurées en place dans les hôpitaux. L'idée serait d'identifier par avance les praticiens compétents qui pourraient se charger de l'évaluation¹¹¹⁴ et éventuellement de mettre en place un système de garde. Ainsi, un médecin en difficulté pourrait facilement savoir quel confrère contacter pour l'épauler dans l'évaluation de l'aptitude à consentir du patient. L'exercice dans un cadre hospitalier rend par ailleurs l'évaluation pluridisciplinaire matériellement plus aisée que dans le cas précédent.

b. L'utilisation d'échelles de mesure de l'aptitude à consentir en France

636. Pour aider les médecins à procéder à une évaluation objective de l'aptitude à consentir des patients, il est d'usage en Suisse et au Québec d'employer des échelles de mesures standardisées¹¹¹⁵. Il s'agit du *ACE*, du *Silberfeld* ou du *MacCAT-T*.

637. Actuellement, les médecins français utilisent déjà certains tests venus d'outre-Atlantique afin d'évaluer les facultés cognitives des patients, dont le *Standardized Mini-Mental State Examination (SMMSE)*¹¹¹⁶, un dérivé du *Mini-Mental State-Examination*

¹¹¹⁴ Tels que des gériatres, des pédiatres, des neurologues, des ergothérapeutes, des psychomotriciens...

¹¹¹⁵ V. § 546 et s.

¹¹¹⁶ MOLLOY W., ALERNAYEHU E., ROBERTS R., « A standardized Mini-Mental State Examination (SMMSE) : it's reliability compared to the traditional Mini-Mental State Examination (MMSE)", *American journal of psychiatry*, 1991, vol.148, p. 102 ; V. Annexe 4.

(MMSE)¹¹¹⁷. Ce test¹¹¹⁸ est employé dans la détection de la maladie d'Alzheimer¹¹¹⁹, ou par certains experts, afin de déterminer s'il est nécessaire d'ouvrir une mesure de protection pour le majeur. Il prend la forme d'un questionnaire permettant d'évaluer rapidement les facultés du patient. Ce test permet d'apprécier les capacités d'orientation, d'apprentissage, d'attention, de calcul, de langage, et de praxie du patient. Dans la perspective d'une modification de notre régime vers un système fondé sur l'aptitude à consentir, ce test serait cependant insuffisant pour servir d'échelle d'évaluation. Il est à noter que, la mission interministérielle chargée de réfléchir à l'évolution de la protection des personnes invite à la comparaison de nos outils d'évaluation avec ceux utilisés dans d'autres pays. Elle fait notamment référence à l'échelle MacCAT-T¹¹²⁰.

638. Les études étrangères menées sur le *ACE*, le *MacCAT-T* ou le *Silberfeld* ont notamment eu pour objet de procéder à des comparaisons entre ces tests et le *SMMSE*. Or ce dernier s'est toujours avéré inférieur à ces échelles pour déterminer l'aptitude du patient à consentir à un acte déterminé¹¹²¹. Il permet uniquement une évaluation globale de l'état cognitif du patient, et non une évaluation contextualisée de sa capacité à prendre une décision dans un contexte déterminé. Les résultats ne prennent pas en compte les spécificités des patients, et varient fortement en fonction de l'origine sociale des individus. Ce test est d'ailleurs qualifié de rudimentaire par de nombreux médecins¹¹²². Il est par exemple demandé au patient de « compter à partir de 100 en retirant 7 à chaque fois », or, s'il ne sait pas compter, le résultat sera nécessairement erroné. De même, il doit épeler le terme « monde » à l'envers, ce qui implique de savoir écrire. Une personne étrangère ou d'un faible milieu socioculturel pourrait avoir des

¹¹¹⁷ FOLSTEIN M.F., FOLSTEIN S.E., MC HUGH P.R., « Mini-Mental State : A practical method for grading the cognitive state of patients for the clinician », *Journal of Psychiatric Research*, 1975, vol. 12, p. 189

¹¹¹⁸ La version française de ce test traduite par le Groupe de recherche et d'évaluation des outils cognitifs (GRECO) figure en dans l'annexe 4.

¹¹¹⁹ Haute Autorité de Santé, Recommandation de bonne pratique relative à la maladie d'Alzheimer et maladies apparentées : diagnostic et prise en charge, déc. 2011

¹¹²⁰ Rapport de mission interministérielle, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, 21 sept. 2018, p. 31

¹¹²¹ SILBERFELD M., NASH C., SINGER P., " Capacity to complete an advance directive", *Journal of the American geriatrics society* », oct. 1993, vol. 41, p. 1141 ; ETCHELLS E., DARZINS P., SILBERFELD M., et alii, "Assessment of patient capacity to consent to treatment", *Journal of general internal medicine*, janv. 1999, vol. 14, n°1, p. 27 ; GRISSO D., APPELBAUM P., HILL-FOTOUHI C., " The MacCAT-T : a clinical tool to assess patient's capacities to make treatment decisions", *Psychiatric services*, nov. 1997, vol. 48, n°11, p. 1415

¹¹²² BROSSARD B., « Un test rudimentaire mais pratique. Enquête sur le succès du Mini-Mental State Examination », *Sciences sociales et santé*, 2014, vol.32, n°4, p.43-70

difficultés à remplir ce test¹¹²³. Il n'est pas non plus adapté à un enfant qui ne maîtrise pas nécessairement le calcul¹¹²⁴, la lecture¹¹²⁵ ou l'écriture¹¹²⁶.

639. L'adaptation de ce test à la culture française a fait l'objet de critiques. Ce questionnaire s'inscrit fortement dans la culture américaine, rendant certaines questions peu pertinentes en France. Pour illustration, le patient doit pouvoir indiquer dans quelle « ville ; département ; province ou région il se trouve ». Or, en France, la distinction département/région n'est pas aussi pertinente¹¹²⁷ qu'aux États-Unis¹¹²⁸ et est souvent méconnue¹¹²⁹, qui plus est d'un enfant ou d'un majeur protégé. Il est aussi demandé à la personne de répéter la phrase « pas de, mais, de si, ni de et », cette question perturbe fréquemment les patients fragiles, car elle n'a aucun sens en français¹¹³⁰. Il s'agit en effet d'une traduction littérale d'une expression américaine « *No ifs, ands or buts* »¹¹³¹, ce qui semble inadéquat pour mesurer les facultés de langage de la personne.

640. Le *SMMSE* est donc insuffisant pour déterminer si le patient mineur ou majeur protégé est capable d'exprimer une volonté libre et raisonnée. Il est nécessaire d'introduire d'autres mécanismes plus propices à l'évaluation de l'aptitude à consentir. Au vu de l'expérience étrangère, il semblerait judicieux d'encourager les médecins à évaluer l'aptitude du patient à consentir en utilisant, le *MacCAT-T* qui semble être

¹¹²³ En 2011, 7 % de la population adulte en France est atteinte d'illettrisme : INSEE, *Enquête information et vie quotidienne*, 2012

¹¹²⁴ Selon un rapport du CNESCO : « à l'issue de l'école primaire, environ 40 % des élèves sont en difficulté en mathématique, voire en très grande difficulté » : CNESCO, *Nombres et opérations : premiers apprentissages à l'école primaire. Dossier de synthèse*, 2015, p.6

¹¹²⁵ En 2016, « sur les 760 000 participants à la Journée Défense et Citoyenneté, 10,8 % présentent des difficultés de lecture » : DEPP, *Note d'information n°17.17 : Journée Défense et Citoyenneté 2016*, juin 2017, p.1

¹¹²⁶ En 2016, 10,8 % des participants à la Journée Défense et Citoyenneté qui présentent des difficultés de lecture, 5,1 % sont considérés comme étant dans une situation d'illettrisme : DEPP, *Note d'information n°17.17 : Journée Défense et Citoyenneté 2016*, juin 2017, p.1

¹¹²⁷ En France, les régions sont moins porteuses d'une identité culturelle forte, à la différence des États et des comtés américains et sont par conséquent moins connues : ex. l'état de New York, est composé de soixante-deux comtés dont le Bronx, Columbia, Yates, le Delaware, Albany, ou Washington, ces comtés sont aussi connus que les États.

¹¹²⁸ CROISILE B., « Le Mini-Mental State, un incontournable de la neuropsychologie », *Sciences sociales et santé*, 2014, vol.32, n°4, p. 73

¹¹²⁹ Depuis le redécoupage administratif opéré en 2016, il n'est pas certain qu'une personne d'un âge avancé connaisse les nouvelles régions telles que l'Occitanie ou les Hauts-de-France.

¹¹³⁰ CROISILE B., *op. cit.*

¹¹³¹ Que l'on pourrait traduire par l'expression « il n'y a pas de mais qui tienne » ou « c'est comme ça et pas autrement ».

l'échelle la plus complète ou éventuellement le *ACE* qui est plus rapide d'utilisation. Ces tests pourraient venir compléter une évaluation déjà effectuée via le *SMMSE*.

2) La mise en place de présomptions relatives à l'aptitude à consentir en France

641. Afin de faciliter l'adoption de la notion d'aptitude à consentir dans la pratique, il serait judicieux d'introduire des présomptions dans ce domaine, pour les majeurs **(a)** et pour les mineurs **(b)**.

a. La mise en place de présomptions relatives à l'aptitude à consentir des majeurs

642. À l'instar de la Suisse et du Québec, une présomption de capacité devrait être applicable à tous les majeurs y compris lorsqu'ils sont sous protection juridique. Ils seront présumés aptes à consentir à un acte médical, à moins que des éléments permettent de penser le contraire. Dans ce cas, une évaluation de leur aptitude devra être effectuée par les médecins. Une telle mesure est d'ailleurs appelée de ses vœux par la mission interministérielle chargée de réfléchir à l'évolution de la protection juridique des personnes¹¹³². Dans son rapport, la mission propose en effet d'inscrire une présomption de capacité

643. La mise en place de cette présomption serait aisée dans la mesure où elle s'applique déjà aux majeurs par le biais de l'article 414 du Code civil qui dispose que « la majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance ». Il s'agit alors d'étendre cette présomption de capacité d'exercice aux majeurs protégés, y compris dans le domaine personnel, conformément à l'idée qui se dégage de l'article 459 du Code civil. Le professeur Hauser rappelle que « la dépendance n'est évidemment pas l'incapacité. Il importe de ne jamais perdre de vue que la capacité est la règle et l'incapacité l'exception. L'incapacité ne saurait donc

¹¹³² Rapport de mission interministérielle, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, 21 sept. 2018

s'appliquer que si la personne est hors d'état de pourvoir seule à ses intérêts »¹¹³³. Il faudrait ainsi préciser que le placement sous protection juridique ne remet pas en cause la capacité de la personne. Toutefois, afin que cette précision ne s'applique que dans le domaine médical, il est préférable de ne pas modifier l'article 414 du Code civil mais d'intégrer cette nouvelle disposition dans le Code de la santé publique.

644. Une nouvelle section pourrait être introduite pour les patients mineurs et majeurs protégés au sein du Code de la santé publique. Elle pourrait débiter par un article précisant que :

« Toute personne majeure est présumée apte à consentir à un acte médical.

Le placement d'un majeur sous protection juridique n'est pas de nature à le rendre inapte à consentir à un acte médical ».

645. Un majeur protégé sera donc présumé apte à consentir, et le médecin ne procédera à une évaluation de son aptitude à consentir qu'en présence de signes permettant de douter de celle-ci. L'existence d'une protection juridique peut-être un indicateur permettant d'éveiller les soupçons du médecin, mais il ne peut se fonder sur cette seule existence pour considérer que le patient est inapte à consentir. Une présomption pourra également être instaurée chez les mineurs.

b. La mise en place de présomptions relatives à l'aptitude à consentir des mineurs en France

646. Pour les mineurs, il a été observé que ni la Suisse ni le Québec ne s'étaient accordés quant au seuil d'âge à retenir. Au Canada, l'aptitude est présumée à partir de quatorze ans. La Suisse n'instaure pas de seuil d'âge légal, mais les auteurs s'accordent sur le fait qu'elle peut être écartée pour les mineurs de moins de douze ans.

647. En France, il apparaît indispensable de fixer un seuil à partir duquel les médecins pourraient légitimement présumer de la capacité à consentir du mineur. Instaurer un seuil d'âge est toujours un exercice artificiel, plusieurs âges pourraient être retenus. Il a

¹¹³³ HAUSER J., « La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes », RDSS, 1992 p.467

été envisagé de retenir le seuil de quinze ans, âge souvent employé dans le domaine pénal en matière d'infractions à caractère sexuelles¹¹³⁴, ou en matière de protection des données personnelles¹¹³⁵. Cependant, l'âge de treize ans semble plus adéquat¹¹³⁶ en matière de consentement à un acte médical.

648. L'âge de treize ans est un seuil bien connu en droit français. Les mineurs de treize ans sont appelés à consentir à leur adoption¹¹³⁷, à leur changement de prénom¹¹³⁸ ou de nom¹¹³⁹ ou à leur exercice d'un emploi artistique¹¹⁴⁰. À cet âge, ils encourent également des sanctions pénales¹¹⁴¹. En droit de la santé, cette limite est déjà utilisée puisque le mineur de treize ans peut inscrire son refus de prélèvement d'organes *post mortem* dans le registre prévu à cet effet¹¹⁴². Le fait de retenir cet âge dans ces domaines démontre que le législateur considère que le mineur est capable de faire preuve de discernement. Il serait en effet surprenant de permettre à un mineur d'encourir des sanctions pénales en partant du principe qu'il n'est pas en mesure de comprendre son geste. Adopter ce seuil permettrait de conserver une certaine cohérence dans le régime juridique applicable aux mineurs en France et éviterait d'introduire une limite d'âge supplémentaire.

649. Ce seuil apparaît également plus adéquat que le seuil de quinze ans retenu dans le domaine pénal. En matière pénale, les infractions visées concernent des atteintes à l'intégrité physique et sexuelle des mineurs. Il est alors compréhensible que le

¹¹³⁴ Selon l'article 222-24 2° du Code pénal, la minorité de quinze ans constitue une circonstance aggravante du viol ; de même pour l'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans conformément à l'article 227-25 du Code pénal. V. aussi le rapport de la délégation de l'Assemblée nationale aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le viol n° 721 déposé le 22 février 2018 par Mmes Sophie Auconie et Marie-Pierre Rixain, dans lequel il a été envisagé d'instaurer une présomption de non consentement des mineurs de moins de quinze ans en cas de relations sexuelles avec un majeur. Cette mesure n'est pas adoptée par la Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 *renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, qui en revanche renforce les peines lorsque la victime est un mineur de moins de quinze ans.

¹¹³⁵ Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles* : V. par ex. Art. 16 : « le mineur âgé de quinze ans ou plus peut s'opposer à ce que les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale aient accès aux données le concernant recueillies au cours de la recherche, de l'étude ou de l'évaluation. Le mineur reçoit alors l'information et exerce seul ses droits ».

¹¹³⁶ ROQUE J., « La prémajorité », *Dr.fam.*, avril 2009, n°4, étude 20

¹¹³⁷ Art. 345 et 360 Cc.

¹¹³⁸ Art. 60 Cc.

¹¹³⁹ Art. 311-23 Cc.

¹¹⁴⁰ Art. L. 7124-2 CT

¹¹⁴¹ Art. 122-8 CP

¹¹⁴² Art. R. 1232-6 CSP

législateur fixe une limite d'âge élevée afin de sanctionner plus sévèrement ces atteintes. Cela permet de protéger une plus large catégorie de mineurs. *A contrario*, dans le domaine de la santé, « l'atteinte » portée au mineur est réalisée dans son intérêt afin de préserver son intégrité physique. Le mineur présumé apte à consentir bénéficiera d'une protection accrue puisque son seul consentement lui permettra de bénéficier des soins requis par son état de santé. Par conséquent, il est ici important d'instaurer une présomption englobant une plus large catégorie de mineurs, de manière à préserver au mieux leur intégrité physique. L'adoption du seuil de treize ans paraît alors justifiée.

650. Au niveau scientifique, ce seuil est également acceptable. Il a été vu que les auteurs suisses écartent l'aptitude à consentir pour les mineurs de moins de douze ans. En France, les chercheurs¹¹⁴³ considèrent qu'à partir de dix ans le mineur peut comprendre les informations délivrées. L'élément intellectuel de l'aptitude à consentir est donc présent. Concernant l'élément volontaire, les études démontrent que les enfants commencent à se détacher de l'opinion parentale vers douze ans. Si le seuil de treize ans est retenu, il conviendra cependant d'accorder une attention particulière aux mineurs n'ayant pas encore atteint l'âge de quinze ans, âge à partir duquel, les mineurs sont considérés comme pleinement capables de se détacher de l'opinion parentale.

651. L'article relatif à la présomption de l'aptitude à consentir pourra être complété en indiquant que : « *le mineur de treize ans est présumé apte à consentir à un acte médical. Cette présomption est simple et peut-être renversée en apportant la preuve de l'inaptitude du mineur à consentir à un acte médical à la suite d'une évaluation de ses capacités* ».

652. Le fait de présumer l'aptitude à consentir des mineurs de treize ans et des majeurs protégés ne signifie pas pour autant qu'ils doivent accéder à une capacité d'exercice totale comme n'importe quel majeur non protégé.

Il paraît important de trouver un équilibre entre protection de l'intégrité physique et préservation de l'autonomie de ces personnes. Aussi, à l'instar de ce que fait le droit

¹¹⁴³ BAILLY D., « Problèmes liés au consentement chez l'enfant et l'adolescent », *Archives de pédiatrie*, 2010, n° S1, p. 7-15

québécois pour les mineurs, la capacité d'exercice des mineurs et des majeurs protégés aptes à consentir va varier en fonction de la nature des soins et des risques encourus.

II La capacité d'exercice limitée de la personne jugée apte à consentir en droit de la santé

653. Même si la personne protégée est jugée apte à consentir, il paraît nécessaire de ne lui octroyer qu'une capacité d'exercice limitée. Des erreurs quant à l'évaluation de ses facultés sont toujours possibles. Il ne faudrait pas que le patient puisse se mettre en danger en donnant son accord ou au contraire en refusant un acte alors qu'il n'a pas pleinement conscience de toutes les implications de son geste. En s'inspirant de la législation québécoise, il est possible de mettre en place un régime de capacité atténuée dans lequel le mineur et le majeur protégé ont accès à une plus grande autonomie, mais demeurent encadrés dans l'exercice de celle-ci. Ce système pourra reposer sur la nature des soins et les risques encourus. Pour rappel, le droit québécois fait la distinction entre les soins requis par l'état de santé du patient et ceux qui ne le sont pas. On entend par « soins requis par l'état de santé » les « soins thérapeutiques standards, par opposition à la thérapie expérimentale et les soins innovateurs »¹¹⁴⁴. Les « soins non requis par l'état de santé » sont les actes non thérapeutiques ; les actes expérimentaux ; les actes à visée esthétique ; les actes ne bénéficiant pas directement au patient tels que les dons d'un produit issu du corps humain ; ainsi que tous les actes réalisés dans le cadre d'une recherche¹¹⁴⁵.

654. En droit français, cette notion de soin « requis » n'est pas employée telle quelle, mais peut être rapprochée de celle de soin « nécessaire »¹¹⁴⁶. Ce terme est utilisé en matière de délivrance de soins à des mineurs qui souhaitent conserver le secret sur leur état de santé. L'article L. 1111-5 dispose que le médecin peut prodiguer au mineur les seuls « soins nécessaires ». Ces soins ne sont pas définis par la loi, mais les auteurs s'accordent à dire qu'ils s'imposent pour sauvegarder la santé du mineur¹¹⁴⁷. Il doit

¹¹⁴⁴ BOULET D., « Les soins de santé pour le majeur inapte : ce que la loi ne dit pas », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 344, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2012 p. 196

¹¹⁴⁵ VEILLEUX A-M., « Le constat de l'inaptitude à consentir aux soins : par qui et comment ? », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 344, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2012, voir note 8.

¹¹⁴⁶ V. § 197 et s.

¹¹⁴⁷ Voir : REY-SALMON C., « Secret médical et personnes vulnérables : le cas du mineur », *D.* 2009 p.2651 ; BERTHIAU D., « La décision médicale à propos du mineur : aspects juridiques et éthiques »,

s'agir d'un acte à visée « thérapeutique »¹¹⁴⁸ présentant un « intérêt curatif indiscutable »¹¹⁴⁹, c'est-à-dire propre à la guérison ou au traitement d'une maladie¹¹⁵⁰. Il peut aussi s'agir des actes rendus nécessaires en raison de « circonstances dans lesquelles l'abstention de soins serait préjudiciable à la santé du mineur »¹¹⁵¹. Cette notion se rapproche fortement de cette idée de soins requis par l'état de santé. Il est également envisageable d'insérer dans cette catégorie les soins rendus « obligatoires » par le législateur, tels que les vaccinations obligatoires¹¹⁵² ou les obligations de soins¹¹⁵³. Il convient en effet de considérer que si le législateur les a rendus impératifs c'est qu'il les considère nécessaires pour préserver l'intégrité physique du patient.

655. La combinaison de ces notions permet l'élaboration d'une notion à la française du « soin requis par l'état de santé ». Un article au sein du Code de la santé publique précisera :

« Pour la mise en œuvre des articles du présent code, il faut entendre par “soin requis par l'état de santé” tout acte thérapeutique nécessaire dont l'absence serait préjudiciable à la santé du patient ou tout acte rendu obligatoire.

Le “soin non requis par l'état de santé” du patient correspond aux actes médicaux non thérapeutiques, aux actes réalisés au bénéfice d'un tiers ; aux actes réalisés pour les besoins d'une recherche ou aux actes à visée esthétique ».

L'identification de la nature du soin permet de définir l'étendue de la capacité d'exercice du patient en matière médicale. Elle va ainsi varier selon que le soin est (A) ou non (B) requis par son état de santé.

La revue sage-femme, 2010, n°9, p.149 ; DUVAL -ARNOULD D., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ, 1994

¹¹⁴⁸ HAUSER J., « La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes », *RDSS*, 1992 p.467

¹¹⁴⁹ DUVAL -ARNOULD D., *op. cit.*

¹¹⁵⁰ Dictionnaire de français Larousse éd. 2015, v° curatif.

¹¹⁵¹ REY-SALMON C., *op. cit.*

¹¹⁵² Art. L. 3111-2 CSP

¹¹⁵³ V. par ex. Art. L.3413-1 et s. CSP ; Art. 132-45 3° CP ; Art. 131-36-4 CP

A) La capacité d'exercice encadrée des personnes vulnérables pour les soins requis par leur état de santé

656. Lorsque les soins sont requis par l'état de santé du patient, il est important de faciliter leur mise en œuvre. Dans cette perspective, la capacité d'exercice des personnes vulnérables jugées aptes à consentir va varier. Elles bénéficieront d'une grande autonomie pour accéder à ces soins et recevoir une information à leur sujet (1). En revanche la possibilité de choisir ou de refuser les soins sera fortement encadrée afin de protéger au mieux leur intégrité physique (2).

1) L'autonomie accrue des personnes vulnérables en matière d'accès et d'information pour les soins requis par leur état de santé

657. Lorsque les soins sont requis par l'état de santé, la personne doit pouvoir y accéder plus facilement. Dans cette optique, la modification de la loi actuelle permettra aux mineurs et aux majeurs protégés jugés aptes à consentir de bénéficier de plus d'autonomie pour exercer seuls leur droit d'accès aux soins (a). De même, il est nécessaire de revoir la législation applicable à la délivrance de l'information médicale afin que ces personnes puissent exercer de manière plus autonome ce droit (b).

a. L'autonomie accrue des personnes vulnérables pour accéder à des soins requis par leur état de santé

658. L'article L. 1110-1 du Code de la santé publique vient garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé. Les mineurs et les majeurs protégés, en tant que personne, bénéficient de ce droit d'accès aux soins. Il faut cependant relever que l'exercice de ce droit d'accès par ces patients n'est que partiellement envisagé par le Code de la santé publique.

659. En dehors d'un cas d'urgence, il a été relevé¹¹⁵⁴ que pour les mineurs ce droit d'accès était exercé par principe par les personnes exerçant l'autorité parentale que ce

¹¹⁵⁴ V. § 23 et s.

soit pour choisir le médecin ou pour donner leur accord à l'admission du mineur dans un établissement¹¹⁵⁵. Par exception, le mineur pourra exercer lui-même son droit d'accès dans le cadre de la mise en œuvre de l'article L. 1111-5 du Code de la santé publique lorsqu'il demande le secret quant à son état de santé. Son droit d'accès étant alors limité aux seuls actes nécessaires à son état de santé.

Dans la pratique les médecins se retrouvent fréquemment face à de « grands mineurs » qui prennent eux-mêmes rendez-vous et viennent seuls en consultation. Ils sont alors placés dans une situation délicate. Ils savent qu'en principe les mineurs sont représentés par leurs parents. Ces derniers sont parfois au courant, et fournissent à leur enfant leur carte vitale et le chèque pour le règlement, mais ce n'est pas toujours le cas. Généralement les médecins préfèrent toujours recevoir le mineur plutôt que de le renvoyer, car il n'est pas accompagné de ses représentants légaux. Cependant, ils craignent parfois de se retrouver en difficultés si les parents découvrent qu'ils ont accepté de recevoir l'enfant sans leur accord. L'affirmation d'un exercice autonome du droit d'accès aux soins par les mineurs permettrait de sécuriser la pratique des médecins face à ce type de situation.

660. Curieusement, il n'existe aucune disposition particulière venant régler le cas de l'admission des majeurs protégés au sein d'un établissement de santé¹¹⁵⁶. L'instauration d'un article prônant l'exercice autonome du droit d'accès aux soins pour les majeurs protégés sera l'occasion de rappeler ce que les personnes en charge de leur protection ou les établissements de santé sont en droit ou non d'exiger, ce qui permettrait de retrouver une forme d'égalité de traitement entre les majeurs quel que soit leur régime de protection.

661. Lorsque le soin est requis par l'état de la santé de la personne protégée, son accès devrait lui être facilité. Dans ce but, un article relatif à l'accès aux soins des personnes protégées pourrait ainsi être rédigé :

« Les mineurs et les majeurs protégés aptes à consentir exercent seuls leur droit d'accès aux soins requis par leur état de santé prévu par l'article L.1110-1. Les patients

¹¹⁵⁵ Art. R. 1112-34 CSP

¹¹⁵⁶ V. § 269

peuvent, à leur demande, être accompagnés dans l'exercice de ce droit par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de leur protection ».

Cette modification vient affirmer l'exercice autonome par les majeurs protégés et les mineurs qui sont jugés aptes à consentir de leur droit d'accès aux soins requis par leur état de santé. Les soins étant réalisés dans l'intérêt de la personne, un exercice autonome garantit une plus grande protection de l'intégrité physique des personnes protégées.

662. L'accès au système de santé de manière autonome par les personnes protégées peut cependant poser des difficultés à la personne chargée de sa protection, notamment lorsque les soins nécessitent une hospitalisation. Si celle-ci n'est pas avertie, elle pourrait s'inquiéter de l'absence du majeur ou du mineur dont elle a la charge. Aussi, en s'inspirant de la législation québécoise¹¹⁵⁷, cet article pourrait être complété en précisant que *« si la délivrance de soins requis par l'état de santé du mineur ou du majeur protégé nécessite une hospitalisation de plus de douze heures, l'établissement de santé doit avertir les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de la protection du majeur, sauf si le patient demande à conserver le secret quant à son état de santé ».*

L'avertissement de la personne chargée d'assurer la protection du patient lui permettra de remplir au mieux son rôle. Dans certaines circonstances, la personne vulnérable pourrait vouloir accéder à des soins nécessitant une hospitalisation de plus de douze heures tout en conservant le secret quant à son état de santé. L'avertissement de la personne chargée de sa protection pourrait alors lui poser problème. Aussi, il est important de lui permettre d'accéder à ces soins requis par son état de santé, malgré son refus d'avertir celle-ci.

663. L'accès au système de santé n'est que le préalable à la prise de décision médicale. Pour ce faire, le patient va recevoir une information médicale. Dans ce domaine également, la modification de notre législation permettra aux mineurs et aux majeurs protégés de bénéficier d'une autonomie accrue.

¹¹⁵⁷ V. § 570

b. L'autonomie accrue des personnes vulnérables en matière de délivrance de l'information médicale

664. Le Code de la santé publique prévoit les règles applicables à la délivrance de l'information médicale aux articles L. 1111-2 pour l'information générale et L. 1111-7 pour les informations figurant dans le dossier médical. Ces deux articles prévoient des dispositions particulières pour les mineurs et les majeurs protégés.

665. Il a été noté¹¹⁵⁸ que pour les majeurs protégés, une grande autonomie existait dans le domaine de l'accès au dossier médical. L'article L. 1111-7 est venu intégrer les dispositions de l'article 459. Les majeurs peuvent par conséquent exercer eux-mêmes ce droit s'ils sont en mesure de le faire, même s'ils font l'objet d'une mesure de représentation. Les personnes chargées de leur protection n'auront accès à ces informations que si les majeurs ne sont pas aptes à agir et sur habilitation du juge. Cette dernière condition suscite des difficultés en droit de la santé. Ce système doit être revu de manière à conserver l'autonomie octroyée au majeur, tout en facilitant l'intervention de la personne chargée de sa protection si nécessaire.

666. Il a également été souligné l'incohérence du système en ce qui concerne la délivrance d'informations préalablement à la mise en œuvre d'un acte médical¹¹⁵⁹. Seuls les majeurs sous tutelle sont pris en compte par l'article L. 1111-2 et leurs droits sont exercés par le tuteur mais ils peuvent accéder à leur dossier médical, ce qui n'est pas logique. Les autres majeurs protégés ne sont pas pris en compte par l'article L. 1111-2, ils exercent donc leur droit à l'information de manière autonome, conformément à l'article 459 du Code civil. Il est à nouveau constaté une incohérence dans la construction du régime applicable aux majeurs protégés, en particulier pour ceux qui sont représentés. En effet, les majeurs représentés par un mécanisme autre que la tutelle pourront exercer librement leurs droits alors que les majeurs sous tutelle seront

¹¹⁵⁸ V. § 279 et s. et § 307 et s.

¹¹⁵⁹ V. § 273 et s. ; § 297 et s. et § 337 et s.

automatiquement représentés. Dans les deux cas, les majeurs ont besoin d'être représentés, la différence de régime n'est pas logique.

667. Dans les faits, l'attitude des médecins confrontés aux majeurs protégés est très disparate. Certains considèrent que lorsque le majeur est capable d'agir seul, il est en droit de recevoir seul l'information, et ils ne chercheront pas à délivrer une information à la personne chargée de sa protection, sauf dans le cas de la tutelle. D'autres médecins, par peur de ne pas respecter la loi, ont plutôt tendance au contraire à informer systématiquement la personne chargée de la protection du majeur même lorsque la loi ne l'impose pas. Cette attitude est confortée par le fait que ces personnes elles-mêmes ont tendance à réclamer des informations aux médecins, lorsqu'elles font partie de la famille du patient. Il est donc nécessaire de modifier le régime applicable à la délivrance de l'information pour les majeurs protégés.

668. Du côté des mineurs, il avait été noté¹¹⁶⁰ que dans tous les cas, que ce soit en matière d'accès au dossier médical, ou de délivrance d'une information avant la mise en œuvre d'un acte, les droits des mineurs sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale. Les mineurs sont informés en fonction de leur degré de maturité, mais ils ne peuvent empêcher leurs parents de recevoir une information à moins de demander le secret quant à leur état de santé conformément aux règles prévues à l'article L. 1111-5. En pratique, la plupart des médecins ont déjà tendance à permettre aux « grands » mineurs de recevoir seuls une information s'ils le souhaitent, notamment lorsque la consultation concerne le domaine de la sexualité. La modification législative permettrait cependant d'affirmer ce droit à l'exercice autonome.

669. Le nouvel article devrait permettre aux mineurs et aux majeurs protégés d'exercer eux-mêmes leur droit à l'information pour les soins requis par leur état de santé, lorsqu'ils sont aptes à consentir. Cet article pourrait ainsi être rédigé :

« Les mineurs de treize ans et les majeurs protégés exercent seuls les droits mentionnés à l'article L.1111-2 s'ils sont jugés aptes à consentir et à condition que les soins soient requis par leur état de santé. »

¹¹⁶⁰ V. § 28 et s.

Les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de la protection du majeur ne recevront une information que sur accord du mineur ou du majeur protégé ».

670. En ce qui concerne l'accès au dossier médical, un article relatif à l'accès au dossier médical des mineurs et des majeurs protégés pourrait être introduit dans le Code de la santé publique. Cet article doit intégrer l'esprit de l'article 459 du Code civil qui accorde une autonomie accrue aux majeurs protégés, sans pour autant le viser, la personne chargée de la protection du majeur pouvant de cette manière intervenir sans avoir besoin d'y être habilitée par le juge. L'article pourrait préciser :

« Lorsque les soins sont requis par l'état de santé du patient, les mineurs et les majeurs protégés aptes à consentir exercent seuls les droits prévus au présent article.

À leur demande, ils pourront être assistés dans l'exercice de ce droit par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de leur protection. Ces derniers ne pourront accéder aux informations contenues dans le dossier médical du patient sans son accord ».

671. Ces modifications législatives vont permettre de retrouver un régime plus cohérent en matière de délivrance de l'information médicale pour les majeurs protégés et de se conformer aux recommandations de bonnes pratiques de la Haute Autorité de Santé dans ce domaine. Ce changement donnerait également la possibilité aux mineurs de treize ans d'exercer de manière autonome ces droits sans avoir besoin d'informer les titulaires de l'autorité parentale. Le secret quant à leur état de santé serait ainsi mieux préservé, même lorsque l'on n'entre pas dans les conditions de l'article L. 1111-5.

Une fois l'information reçue, le patient doit prendre une décision par rapport à l'acte. À nouveau son exercice sera encadré.

- 2) L'encadrement du consentement exprimé par une personne protégée à un acte médical requis par son état de santé

672. L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique instaure les règles relatives à l'encadrement du consentement à un acte médical. Des mesures spécifiques concernent les mineurs et les majeurs sous tutelle, mais il a été relevé que ces dernières sont rédigées de manière ambiguë¹¹⁶¹. De par ces dispositions les droits du mineur en matière de consentement à l'acte médical sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale, les droits des majeurs représentés sont exercés par leur représentant. Les majeurs protégés non représentés agissent eux-mêmes conformément aux règles de l'article 459 Code civil.

673. La nécessité de revoir le régime applicable au consentement à l'acte médical des personnes protégées a été mise en lumière. La loi doit leur permettre d'agir de manière autonome si elles sont jugées aptes à consentir, tout en assurant suffisamment la protection de leur intégrité physique. Les soins étant ici requis par l'état de santé de la personne, il semble important d'en faciliter la réalisation en favorisant le consentement à ces soins **(a)** et en limitant le refus **(b)**.

a. L'autonomie accrue des personnes protégées pour consentir à un soin requis par leur état de santé

674. Afin d'assurer la préservation de l'intégrité physique des personnes protégées, il est logique de leur accorder une grande autonomie pour consentir à la mise en œuvre des soins requis par leur état de santé.

Un nouvel article au sein du Code de la santé publique relatif à la capacité d'exercice des mineurs et des majeurs protégés précisera : « *Les mineurs de treize ans et les majeurs protégés peuvent consentir seuls à un soin requis par leur état de santé s'ils sont jugés aptes à consentir* ».

675. La personne protégée bénéficie ainsi d'une plus grande autonomie, ainsi que d'une protection accrue de son intégrité physique. Les soins requis par l'état de santé pourront être mis en œuvre plus facilement et sans avoir besoin d'attendre le consentement d'une tierce personne. Cette position est conforme aux recommandations

¹¹⁶¹ V. § 19 et s. ; § 296 et s. et § 332 et s.

de la Haute Autorité de Santé pour les majeurs protégés et à la position de diverses instances internationales qui revendiquent une autonomie accrue pour les mineurs.

676. Cette modification législative conduit à la suppression de l'article L. 1111-5 qui permet au mineur de recevoir des soins sans consentement parental. Cet article n'a plus lieu d'être puisque le mineur peut mettre en œuvre de manière autonome un soin requis par son état de santé, catégorie qui recouvre celle des actes qui « s'imposent pour sauvegarder » la santé du mineur. Certaines dispositions de cet article pourraient cependant être intégrées au nouvel article de manière à permettre un accompagnement optimal du mineur.

Ainsi l'article pourrait indiquer que :

« Les mineurs de treize ans et les majeurs protégés peuvent consentir seuls à un soin requis par leur état de santé s'ils sont jugés aptes à consentir.

Le professionnel de santé doit dans un premier temps encourager le mineur ou le majeur protégé à se faire accompagner dans cette démarche par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de sa protection.

Leur refus ne constitue pas un obstacle à la mise en œuvre des soins requis par leur état de santé ».

Cette nouvelle disposition encourage les mineurs et les majeurs protégés à ne pas rester seuls dans l'exercice de leur droit de consentir à un acte médical. Cependant, s'ils ne souhaitent pas être accompagnés, les soins pourront tout de même être requis par leur état de santé.

b. L'autonomie limitée de la personne protégée pour refuser un soin requis par son état de santé.

677. Si la personne protégée dispose d'une large autonomie, c'est dans le but de protéger son intégrité physique en permettant de mettre plus facilement en œuvre un soin requis par son état de santé. Suivant ce même objectif, il est alors logique de restreindre celle-ci lorsque le patient souhaite refuser ce type de soin. L'acte étant requis

par son état de santé, il est nécessaire de pouvoir le mettre en œuvre même en cas de refus de la personne protégée. Le nouvel article pourra ainsi préciser que :

« Si le mineur de treize ans ou le majeur protégé jugé apte à consentir refuse de donner son accord à la mise en œuvre d'un soin requis par son état de santé, le professionnel de santé doit procéder à une nouvelle évaluation de l'aptitude à consentir de son patient en faisant, le cas échéant appel au service d'une équipe pluridisciplinaire.

Si le patient est toujours jugé apte à consentir, le professionnel de santé doit entamer un dialogue avec lui afin de comprendre les raisons de son refus et l'encourager à changer d'avis. Si le patient persiste dans son refus, le soin requis par son état de santé pourra être mis en œuvre avec le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou de la personne chargée de sa protection ».

678. Cette rédaction a pour but d'instaurer un équilibre entre autonomie et préservation de l'intégrité physique de la personne. Le refus d'un soin requis par son état de santé est une décision contraire à celle qui serait universellement prise, ce qui peut constituer le signe d'une erreur lors de l'évaluation des facultés du patient. Afin de respecter son autonomie, il est important de procéder à une nouvelle analyse de l'aptitude à consentir de ce dernier.

Lorsque les capacités du patient ont correctement été évaluées, il est nécessaire pour le médecin de tenter de comprendre les raisons poussant le patient à refuser l'acte. Cette décision n'est peut-être que la manifestation d'une crainte ou d'une mauvaise compréhension de l'acte. Il est cependant important de garder à l'esprit que les mineurs et les majeurs protégés sont des personnes vulnérables qui doivent faire l'objet d'une protection spécifique. Leur état peut évoluer et il semble délicat de les laisser mettre en péril leur intégrité physique par l'exercice de leur autonomie. Ainsi, si malgré toutes les étapes précédentes les patients persistent dans leur refus, la protection de leur intégrité physique doit primer et les soins seront mis en œuvre avec l'accord de la personne chargée de leur protection.

679. Grâce à cet article, les soins requis pourront être délivrés au patient même en cas de refus de sa part. Concernant les majeurs protégés, cette disposition permet de ne plus avoir besoin d'utiliser les règles de l'article 459 alinéa 4 autorisant la personne chargée de la protection du majeur à intervenir lorsque ce dernier prend une décision qui pourrait

conduire à le mettre en danger. Il a été souligné que cette disposition n'était pas adaptée au domaine de la santé¹¹⁶². L'instauration de cet article permet d'éviter de l'utiliser.

La capacité d'exercice de la personne protégée est donc encadrée en matière de soins requis par leur état de santé. Cela doit également être le cas lorsque les soins ne sont pas requis par leur état de santé.

B) La capacité d'exercice encadrée des personnes vulnérables pour les soins non requis par leur état de santé

680. Lorsque les soins ne sont pas requis par l'état de santé du patient, il est important de limiter leur mise en œuvre. La possibilité pour les personnes vulnérables jugées aptes à consentir de pouvoir exercer seules leur droit d'accès à ces soins et leur droit à recevoir une information va fortement être limitée (1). De même, leur capacité à exercer leur droit de consentir à l'acte va dépendre du choix qu'elles souhaitent faire (2). Il sera ainsi plus facile pour elles de les refuser que de les accepter. Des distinctions pourront ici être introduites selon que le patient est mineur ou majeur protégé.

- 1) L'autonomie limitée des personnes vulnérables en terme d'accès et de délivrance d'information pour les soins non requis par leur état de santé

681. Les soins non requis par l'état de santé sont des actes non thérapeutiques pour le patient. Ils sont réalisés dans un but esthétique, pour les besoins de la recherche ou dans l'intérêt d'un tiers¹¹⁶³. Le plus souvent ces actes font l'objet d'une législation spécifique. Cependant la mise en place d'un régime général demeure indispensable pour le cas où l'un de ces soins ne serait pas pris en compte par le législateur.

¹¹⁶² V. § 291 et s.

¹¹⁶³ VEILLEUX A-M, « Le constat de l'inaptitude à consentir aux soins : par qui et comment ? », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 344, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2012, voir note 8.

682. L'acte n'étant pas requis par l'état de santé du patient, il semble logique de venir restreindre la possibilité de le mettre en œuvre afin de préserver son intégrité physique. Ainsi, dans ce domaine, les personnes vulnérables vont connaître une limitation de leur autonomie que ce soit pour accéder (a) à ces soins ou pour recevoir une information dans ce domaine (b).

a. *L'autonomie limitée des personnes vulnérables pour accéder à des soins non requis par leur état de santé*

683. L'accès aux soins des personnes vulnérables n'est que peu envisagé dans le Code de la santé publique. Afin de corriger cet oubli, la rédaction d'un nouvel article a été proposée¹¹⁶⁴ :

« Les mineurs et les majeurs protégés aptes à consentir exercent seuls leur droit d'accès aux soins requis par leur état de santé prévu par l'article L.1110-1. Les patients peuvent, à leur demande, être accompagnés dans l'exercice de ce droit par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de leur protection ».

Cette rédaction concerne les soins requis par l'état de santé du patient. L'objectif est de permettre un accès facilité à ces actes dans le but d'assurer une meilleure préservation de l'intégrité physique de la personne protégée.

684. Lorsque l'acte n'est pas requis par son état de santé, l'objectif est inverse. Il convient plutôt d'en limiter l'accès à la personne protégée même apte à consentir. Par ces actes la personne protégée porte atteinte à son intégrité physique sans pour autant en tirer un bénéfice. Il semble alors important qu'elle ne puisse pas s'engager sur cette voie à la légère. Il est cependant nécessaire ici de faire une distinction entre les mineurs et les majeurs protégés. En effet, les majeurs protégés peuvent, à l'heure actuelle, accéder librement à ces actes. Il ne faut donc pas remettre en cause de manière trop importante ce droit, mais il est également nécessaire d'assurer leur protection. Leur autonomie pourrait ainsi être limitée lorsque les soins non requis par leur état de santé présentent des effets prévisibles graves.

Le nouvel article pourrait être complété de la manière suivante :

¹¹⁶⁴ V. § 669

« Lorsque les soins ne sont pas requis par l'état de santé du patient, les droits du mineur même apte à consentir, prévus par l'article L.1110-1, sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale.

Les droits des majeurs protégés aptes à consentir sont exercés par la personne chargée de leur protection si les soins présentent des effets prévisibles graves.

Dans ce dernier cas, si le patient est sous sauvegarde de justice, le médecin s'abstient de délivrer les soins et saisit le juge des tutelles afin d'obtenir la désignation d'un mandataire chargée d'accompagner le majeur dans ses démarches ou, le cas échéant, afin que soit prononcée l'ouverture d'une mesure de tutelle ou de curatelle.

Le patient mineur ou majeur protégé dispose du droit de s'opposer à la mise en œuvre d'un soin non requis par son état de santé ».

685. Cette rédaction vient limiter l'autonomie des personnes protégées, pour accéder à des soins portant atteinte à leur intégrité physique sans nécessité médicale. Elles seront plus souvent accompagnées par les personnes chargées de leur protection. Seuls les majeurs protégés aptes à consentir pourront accéder librement à ces actes s'ils ne présentent pas d'effets prévisibles graves. La délivrance de l'information va également être aménagée.

b. L'autonomie limitée des personnes protégées pour recevoir des informations sur les soins non requis par leur état de santé

686. Afin de permettre un meilleur accès des personnes protégées à l'information médicale, il a été proposé¹¹⁶⁵ l'introduction d'un article concernant la délivrance de l'information :

« Les mineurs de treize ans et les majeurs protégés exercent seuls leurs droits mentionnés à l'article L.1111-2 s'ils sont jugés aptes à consentir et à condition que les soins soient requis par leur état de santé.

¹¹⁶⁵ V. § 677 et s.

Les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de la protection du majeur ne recevront une information que sur accord du mineur ou du majeur protégé ».

687. Ici les soins ne sont pas requis par l'état de santé des patients et leur accès est encadré. Afin de pouvoir décider s'ils doivent accéder ou non à ces actes, il est nécessaire que la personne chargée de leur protection reçoive l'information médicale qui concerne ces soins. L'article devra ainsi être complété :

« Lorsque les soins ne sont pas requis par l'état de santé du patient, les droits du mineur sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale.

Les droits des majeurs protégés sont exercés par la personne chargée de leur protection si les soins présentent des effets prévisibles graves.

Les intéressés conservent le droit de recevoir eux-mêmes une information, d'une manière adaptée à leur capacité de compréhension ».

688. Cette disposition permet aux parents, ainsi qu'à la personne chargée d'exercer les droits du majeur lorsque les soins non requis présentent des effets prévisibles graves, de remplir leur rôle de protecteur. Ils disposeront des informations nécessaires pour prendre la meilleure décision pour le patient et pourront si besoin lui réexpliquer¹¹⁶⁶ eux-mêmes l'information. Le médecin demeure dans l'obligation de délivrer une information adaptée à la capacité de compréhension de la personne protégée. Il ne sera pas possible ici pour le patient de demander à conserver le secret quant à son état de santé, une information sera toujours délivrée à la personne chargée de sa protection.

689. De même, l'exercice de son droit d'accès aux informations contenues dans son dossier médical va être encadré. La délivrance de l'information contenue dans le dossier médical ne présente pas un grand danger pour le patient. Celle-ci est généralement délivrée après la mise en œuvre de l'acte. Il aurait été envisageable de conférer un droit d'accès autonome aux mineurs et aux majeurs protégés dans ce domaine. Cependant, dans le but de simplifier la législation, il a paru plus logique que les droits dans ce domaine soient exercés par la personne chargée de la protection du patient, si elle exerce déjà les autres droits relatifs à l'information du patient.

¹¹⁶⁶ L'art. 457-1 Cc. impose cette obligation à la personne chargée de la protection du majeur.

Lorsque les soins ne sont pas requis par l'état de santé du patient, celui-ci voit son autonomie limitée pour consentir seul à leur mise en œuvre. Il semble alors logique que la personne chargée de sa protection puisse accéder aux informations contenues dans le dossier relatives à ces actes. De même, si le patient n'est pas apte, ses droits seront exercés par la personne chargée de sa protection.

Aussi, l'article devra préciser :

« Lorsque les soins sont requis par l'état de santé du patient, les mineurs et les majeurs protégés aptes à consentir exercent seuls les droits prévus au présent article.

À leur demande, ils pourront être assistés dans l'exercice de ce droit par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de leur protection. Cette dernière ne peut accéder aux informations contenues dans le dossier médical du patient sans son accord.

Lorsque les soins ne sont pas requis par l'état de santé du patient ou que ce dernier est jugé inapte à consentir, les titulaires de l'autorité parentale ou par la personne chargée de la protection du majeur ont le droit d'accéder aux informations contenues dans le dossier médical ».

690. Ces modifications législatives permettent d'instaurer un équilibre entre autonomie et protection de l'intégrité des personnes protégées. Ces soins ne pourront être mis en œuvre qu'après l'expression d'un consentement libre et éclairé, là encore la capacité de la personne protégée va être encadrée.

2) L'encadrement du consentement exprimé par une personne vulnérable à un soin non requis par son état de santé

691. L'article L. 1111-4 doit être modifié afin de laisser une plus grande autonomie aux personnes vulnérables tout en préservant leur intégrité physique. La poursuite de cet objectif conduit logiquement à venir restreindre leur autonomie si elles souhaitent consentir à un soin non requis par leur état de santé **(a)**, et à l'accroître si elles souhaitent les refuser **(b)**.

a. *L'autonomie limitée des personnes vulnérables aptes à consentir pour consentir à un soin non requis par leur état de santé*

692. Afin de garantir la protection de l'intégrité physique des personnes vulnérables même en cas de mauvaise évaluation de leur aptitude à consentir, il a été considéré qu'il était préférable que les droits du mineur en matière d'accès et d'information soient exercés par les titulaires de l'autorité parentale. Les droits des majeurs protégés seront également exercés par la personne chargée de leur protection si les soins non requis par leur état de santé présentent des risques prévisibles graves. Ce doit également être le cas pour l'expression d'un consentement à ces soins.

693. À cet effet, il convient de compléter le nouvel article applicable à l'encadrement de la capacité d'exercice des personnes vulnérables en précisant que :

« Lorsque les soins ne sont pas requis par l'état de santé du patient les droits du mineur sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale.

Les droits des majeurs protégés sont exercés par la personne chargée de leur protection si les soins présentent des effets prévisibles graves.

L'adhésion de l'intéressé à la mise en œuvre du soin doit être recherchée dans la mesure du possible ».

Même s'il n'est pas nécessaire que la personne exprime son consentement pour pouvoir mettre en œuvre l'acte, celui-ci doit être recherché dans la mesure du possible.

694. L'autonomie de la personne protégée est restreinte, pour consentir à un soin non requis par son état de santé. En revanche, elle recouvrera une pleine liberté pour refuser ces soins.

b. *L'autonomie accrue de la personne vulnérable pour refuser un soin non requis par son état de santé.*

695. Si la personne vulnérable dispose d'une autonomie restreinte pour consentir à un soin non requis par son état de santé, elle doit au contraire pouvoir pleinement refuser sa mise en œuvre. Le nouvel article pourra ainsi préciser que : « *Le refus du mineur ou du majeur protégé fait obstacle à la mise en œuvre du soin non requis par son état de santé* ».

Une telle décision permettant de préserver l'intégrité physique de la personne protégée, il est logique de lui accorder la capacité de s'opposer à la mise en œuvre d'un soin non requis par son état de santé. Ainsi son autonomie se manifeste ici par la possibilité de faire obstacle à la décision de la personne chargée de sa protection.

Conclusion de la première section

696. Dans le but d’instaurer un régime de consentement à l’acte médical plus respectueux de l’autonomie des personnes vulnérables, il est proposé de le fonder sur la notion d’aptitude à consentir. Dans ce but, un nouveau chapitre intitulé « *des droits généraux des mineurs et des majeurs protégés, usagers du système de santé* » pourra être instauré au sein du Code de la santé publique de manière à indiquer plus clairement aux professionnels de santé quelles sont les règles générales applicables à ces patients. Ce chapitre comportera une définition de la notion d’aptitude à consentir, à savoir, la capacité d’un patient à comprendre les informations médicales qui lui sont délivrées, et à exprimer, au regard de celles-ci ainsi que de ses valeurs personnelles, un consentement libre, raisonné et raisonnable. Il indiquera quels sont les éléments constitutifs de cette notion, de quelle manière il convient de procéder à son évaluation ainsi que les critères permettant de présumer de cette aptitude chez un patient.
697. À partir du moment où le mineur ou le majeur protégé est jugé apte à consentir, il doit pouvoir gagner en autonomie. Son consentement devra en premier lieu être recherché que ce soit pour accéder aux soins, recevoir une information ou donner un consentement pour la mise en œuvre d’un acte. Toutefois, afin de garantir la protection de son intégrité physique, il est préférable d’encadrer sa possibilité d’action en fonction de la nature des soins, et des effets de l’acte sur sa santé.
698. Lorsque le soin est requis par son état de santé il doit pouvoir exercer seul ses droits. Sa capacité à refuser les soins sera cependant limitée et l’acte pourra lui être imposé. En revanche, si le soin n’est pas requis par son état de santé c’est-à-dire que l’acte n’a pas un but thérapeutique, qu’il est accompli dans l’intérêt d’un tiers, pour les besoins d’une recherche, ou à une visée esthétique la capacité du patient vulnérable sera restreinte. Les droits du mineur seront alors exercés par les titulaires de l’autorité parentale. Les droits du majeur protégé seront exercés par la personne chargée de sa protection uniquement si les soins présentent des effets prévisibles graves. La personne vulnérable disposera du droit de s’opposer à la mise en œuvre du soin non requis par son état de santé.

699. L'ensemble de ces nouvelles dispositions va permettre de rechercher en priorité le consentement à l'acte médical des personnes vulnérables. La recherche du consentement de la personne chargée de leur protection ne se fera que de manière subsidiaire (**Seconde section**).

Seconde section : Le consentement subsidiaire de la personne chargée de la protection du patient

700. Avec le nouveau système proposé, les mineurs et les majeurs protégés usagers du système de santé exercent eux-mêmes la majeure partie de leurs droits en matière de santé, que ce soit pour accéder aux soins, recevoir une information ou consentir à l'acte, dès lors qu'ils sont jugés aptes à consentir. Leur autonomie sera cependant limitée lorsque le soin n'est pas requis par leur état de santé, et ce, afin de préserver au mieux leur intégrité physique. Aussi, bien qu'aptes à consentir, leur consentement ne sera pas toujours suffisant pour autoriser la mise en œuvre de l'acte et le consentement de la personne chargée de leur protection sera parfois nécessaire. La personne chargée de la protection du patient devra intervenir lorsque celui-ci est inapte à consentir ; ou lorsque les soins ne sont pas requis par son état de santé pour les mineurs ; ou lorsqu'ils ne sont pas requis et comportent des risques prévisibles graves pour les majeurs protégés. L'intervention de cette dernière n'est plus que subsidiaire et est limitée à des cas strictement énumérés.

701. Il a été démontré que le régime actuel encadrant l'intervention dans le domaine médical de la personne chargée de la protection du patient n'était pas toujours clair. Aussi est-il nécessaire de revoir les conditions de son intervention dans le domaine de la santé **(I)** ainsi que les règles applicables à l'encadrement de son action **(II)**.

I Les nouvelles conditions d'intervention de la personne chargée de la protection du patient en droit de la santé

702. La législation actuelle instaure un système dans lequel les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de la protection du majeur jouent un rôle prépondérant à toutes les étapes de la vie médicale du patient. Avec les changements proposés, le patient mineur ou majeur protégé retrouve une place centrale dans l'exercice de ses droits médicaux lorsqu'il est apte à consentir. La personne chargée de sa protection n'interviendra que dans des cas limités, et des règles spécifiques vont être mises en place pour encadrer son intervention. Certaines règles vont être propres à l'intervention des titulaires de l'autorité parentale ou de la personne chargée de la protection du majeur **(A)** tandis que d'autres s'appliquent communément à ces deux catégories juridiques **(B)**.

A) Les règles distinctes d'intervention des titulaires de l'autorité parentale ou de la personne chargée de la protection du majeur

703. Afin de redonner plus d'autonomie au patient protégé, il convient de poser de nouvelles règles conditionnant l'intervention des personnes chargées de sa protection. La manière dont sont protégés les mineurs et les majeurs protégés n'est pas identique, ce qui explique que des dispositions spécifiques pourront être appliquées aux conditions d'intervention de la personne chargée de la protection des majeurs **(1)** ou des titulaires de l'autorité parentale **(2)**. Pour les majeurs protégés, il va par exemple falloir réfléchir à la manière dont les règles issues du Code civil s'articulent avec celles issues du Code de la santé publique. De même, pour les titulaires de l'autorité parentale, il convient de réfléchir au maintien de l'exigence du double consentement à l'acte médical.

1) Les conditions spécifiques d'intervention de la personne chargée de la protection du majeur dans le domaine médical

704. Il a été constaté¹¹⁶⁷ que le système législatif actuel encadrant l'intervention de la personne chargée de la protection du majeur dans le domaine de la santé n'était pas satisfaisant. Le Code de la santé publique n'intègre que rarement les règles de l'article 459 du Code civil qui permettent aux majeurs protégés de bénéficier de plus d'autonomie et ne visent pas toutes les catégories de protection. De cette absence découle une grande disparité dans les droits des majeurs protégés dans le domaine médical. Le majeur protégé exercera seul ses droits pour accéder à son dossier médical¹¹⁶⁸. La personne chargée de sa protection n'aura accès à son dossier médical que si le juge l'a habilité à le faire. Ce mécanisme est délicat à appliquer, car il implique que les médecins vérifient si l'habilitation de la personne lui permet d'agir pour les actes qui concernent la personne du majeur ou tout du moins pour les actes à caractère médicaux¹¹⁶⁹. Les médecins n'ont pas nécessairement la connaissance de cette exigence légale ni le temps de procéder à cette vérification. Il est de plus incohérent avec les règles relatives à la délivrance de l'information et au consentement à l'acte médical. Les majeurs faisant l'objet d'une mesure de représentation sont dans ces domaines, automatiquement représentés par leur représentant. En revanche, les majeurs protégés ne faisant pas l'objet d'une mesure de représentation exercent leurs droits conformément à l'article 459.

705. L'opacité de ce système ainsi que sa complexité le rend difficile à appliquer par les médecins. Pour ces raisons, les conditions d'intervention en matière médicale de la personne chargée de la protection du patient doivent être revues. Il convient de se prononcer clairement sur l'application ou non de l'article 459 dans le domaine de la santé, et sur la manière dont les règles du Code civil et du Code de la santé publique doivent être articulées. L'article 459 du Code civil prévoit l'intervention de la personne chargée de la protection du majeur « lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet

¹¹⁶⁷ V. § 255 et s.

¹¹⁶⁸ Art. L. 1111-7 CSP

¹¹⁶⁹ Pour rappel, le juge peut délivrer une habilitation générale pour tous les actes qui concerne la personne du majeur, ou une habilitation spéciale qui mentionne les actes pour lesquels la personne peut agir.

pas de prendre seule une *décision personnelle éclairée* ». Afin de rendre le régime du Code civil et celui du Code de la santé publique plus cohérent, il serait tout d'abord judicieux de remplacer la mention de « décision personnelle éclairée » par la notion « *d'aptitude à consentir* ». Ainsi, l'article disposera que : « *la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. Lorsque l'état de la personne protégée n'est pas apte à consentir* », la décision sera prise par la personne chargée de sa protection.

706. L'article 459 précise ensuite que la personne ne peut intervenir dans le domaine personnel que si elle y a été habilitée par le juge. Le juge peut délivrer une habilitation générale permettant une intervention dans tous les actes relevant du domaine personnel, ou une habilitation spéciale dans laquelle il énumère les actes précis pour lesquels la personne peut intervenir. Se pose la question de savoir si cet article doit être appliqué dans le domaine de la santé. Autrement dit, la personne doit-elle être habilitée par le juge afin de pouvoir intervenir en matière médicale ? Exiger une habilitation de la part du juge présente plusieurs problèmes pratiques. Avec le nouveau régime, les médecins vont devoir vérifier si le majeur est apte à consentir. Lorsque la réponse à cette question est négative, il faudra nécessairement passer par le biais d'un consentement substitué afin de mettre en œuvre les soins. Imposer aux médecins de vérifier en plus si la personne chargée de la protection du majeur bénéficie d'une habilitation n'a pas de réelle pertinence. Dans la perspective où cette dernière n'est pas habilitée à agir par le juge, le médecin devra s'abstenir de prodiguer les soins le temps pour le juge de délivrer l'habilitation. Le seul effet de cette disposition aura été de retarder la délivrance des soins, ce qui est contraire à l'intérêt du majeur. De plus, il est souvent difficile pour les médecins de joindre les mandataires judiciaires en charge de la protection du majeur, et obtenir l'information relative à son habilitation en matière médicale n'est pas forcément aisée.

La protection de l'intégrité physique du majeur impose de pouvoir délivrer des soins rapidement. Retarder la délivrance le temps d'obtenir la réponse du juge ou de procéder à des vérifications complémentaires n'est pas réaliste dans la pratique et pourrait contribuer à une dégradation de l'état de santé du majeur, celui-ci ne recevant pas immédiatement les soins requis par son état. Dans la mesure où le majeur n'est pas en mesure de consentir seul à l'acte médical et qu'il existe une personne chargée de sa protection, il est difficile de comprendre en quoi il est nécessaire d'imposer que cette

dernière ait été habilitée à intervenir pour un acte personnel. Il s'agit ici d'une situation spécifique dans laquelle la rapidité de la délivrance des soins peut avoir son importance. La personne doit pouvoir intervenir, même sans habilitation spécifique pour le domaine médical.

707. Dans le but d'éviter l'application de cette exigence dans le domaine médical et afin de faciliter le travail des médecins, la réforme devrait faire primer l'application des règles issues du Code de la santé publique par rapport à celles du Code civil dès lors que des mesures spécifiques ont été mises en place pour les majeurs protégés. Pour ce faire, il est nécessaire de modifier la rédaction de l'article 459-1 du Code civil. Selon cet article, il faut appliquer en priorité les règles issues du Code de la santé publique lorsqu'elles prévoient l'intervention d'un « *représentant légal* ». Afin de marquer la primauté du Code de la santé publique dans le domaine médical pour les majeurs protégés, il convient de remplacer cette notion ne visant que les majeurs représentés.

L'article indiquera alors : « *L'application de la présente sous-section ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues par le code de la santé publique [...] relatives aux majeurs protégés* ».

Dès lors que des règles spécifiques aux majeurs protégés auront été prévues au sein du Code de la santé publique, elles seront applicables. Cela évite aux médecins de naviguer d'un code à l'autre pour connaître le régime applicable. Ils se contenteront de consulter le Code de la santé publique.

708. Ainsi, la personne chargée de la protection du majeur pourra intervenir dans le domaine médical même en l'absence d'habilitation, dès lors que ce dernier est inapte à consentir, ou que les soins ne sont pas requis par son état de santé et qu'ils comportent des effets prévisibles graves.

Il existe également des règles spécifiques à l'intervention des titulaires de l'autorité parentale dans le domaine médical.

2) Les conditions spécifiques d'intervention des titulaires de l'autorité parentale dans le domaine médical

709. De la législation actuelle relative à l'intervention des titulaires de l'autorité parentale découle de nombreuses incertitudes et difficultés d'application¹¹⁷⁰.

710. Il a été relevé que le législateur n'utilisait pas le même vocabulaire pour désigner la personne chargée d'intervenir¹¹⁷¹. Il fait référence aux « titulaires de l'autorité parentale »¹¹⁷², à la « personne exerçant l'autorité parentale »¹¹⁷³ ou aux « père et mère de l'enfant »¹¹⁷⁴, ce qui n'est juridiquement pas la même chose. Afin de rendre la législation plus cohérente, la rédaction de ces articles doit être unifiée. Seule la notion de « *titulaires de l'autorité parentale* » devra être utilisée.

Il faut également introduire un article dans le Code de la santé publique précisant que : « *Pour les dispositions figurant au présent code, le terme de "titulaires de l'autorité parentale" fait référence aux personnes exerçant celle-ci* ».

Ce qui permet de mettre un terme au débat relatif à l'identité précise de la personne chargée de la protection du mineur.

711. La loi en vigueur fait systématiquement intervenir les titulaires de l'autorité parentale sauf lorsque le mineur demande la mise en œuvre de l'article L.1111-5. L'action des titulaires de l'autorité parentale dans le domaine de la santé repose alors sur le principe du recueil de leur double consentement. Or, il a été noté que cette exigence était difficilement réalisable dans la pratique¹¹⁷⁵. L'article 372-2 du Code civil permet aux « tiers de bonne foi », dont les médecins, de recueillir uniquement le consentement d'un seul des titulaires de l'autorité parentale pour l'accomplissement d'un « acte usuel », mais cette notion n'était pas définie par la loi¹¹⁷⁶. La doctrine en a

¹¹⁷⁰ V. § 16 et s.

¹¹⁷¹ V. § 29 et s.

¹¹⁷² Art. L. 1111-2 et -4 du CSP

¹¹⁷³ Art. R. 1112-34 CSP

¹¹⁷⁴ Art. R. 1112-35 CSP

¹¹⁷⁵ V. § 86 et s.

¹¹⁷⁶ V. § 90 et s.

dégagé trois critères. Il s'agit d'un acte ayant un caractère « habituel » pour le patient et qui ne comporte pas de « risques graves et prévisibles » et ne faisant pas l'objet d'une « controverse scientifique », ce qui est notamment le cas des soins psychiatriques. Toutefois, dans la mesure où ce dernier critère paraît plus incertain en droit de la santé, tous les soins pouvant être sujets à controverse, le choix a été fait de ne retenir que les deux premiers critères de l'acte usuel pour les développements suivants.

712. Pour simplifier la législation et la rendre plus compatible avec la réalité professionnelle, il est préférable d'instaurer dans le domaine de la santé le principe du recueil du consentement d'un seul des deux titulaires de l'autorité parentale. Par exception, le double accord sera exigé pour les actes engageant de manière plus importante l'intégrité physique du mineur. Le Code de la santé publique pourrait ainsi comporter un article précisant les cas dans lesquels un double consentement est exigé. Il est possible de reprendre les deux premiers critères de l'acte usuel de l'autorité parentale introduit par la doctrine, et d'utiliser la nouvelle notion de « soins requis par l'état de santé » du patient, pour déterminer les conditions du recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale. Celles-ci seraient les suivantes :

« Lorsque l'intervention des titulaires de l'autorité parentale est exigée, les professionnels de santé recueillent le consentement des deux titulaires de l'autorité parentale lorsque les soins, qu'ils soient requis ou non par l'état de santé du mineur présentent un risque grave et prévisible ».

713. Il aurait été possible de considérer que dès lors que le soin n'est pas requis par l'état de santé du mineur, le double consentement parental est obligatoire. Cependant, il existe certains actes non requis par l'état de santé du mineur qui ne portent qu'une faible atteinte à son intégrité physique, comme, par exemple les vaccins « recommandés ». Exiger un double consentement pour ces actes semble disproportionné. Aussi l'utilisation du critère de la gravité pour décider si la double intervention était ou non nécessaire semble préférable. Il a également été jugé plus approprié de ne pas opérer de renvoi à l'article 372-2 du Code civil. Cela évite aux médecins de devoir naviguer entre les codes.

714. Cette nouvelle rédaction conduit à conclure que les soins obligatoires et les soins « courants » sans gravité peuvent être mis en œuvre avec le consentement d'un seul des deux titulaires de l'autorité parentale si l'enfant ne peut agir lui-même, ce qui est plus compatible avec la pratique médicale. L'intervention des deux titulaires de l'autorité parentale étant nécessaire dans les autres cas.

En plus des conditions spécifiques d'intervention applicables aux titulaires de l'autorité parentale ou de la personne chargée de la protection du majeur, des règles communes vont venir encadrer leur action en droit de la santé.

B) Les conditions communes d'intervention de la personne chargée de la protection du patient en droit de la santé

715. Dans le droit positif, les conditions d'intervention de la personne chargée de la protection du patient vont varier en fonction de son statut juridique. Pour les majeurs protégés, il a été proposé plusieurs changements afin d'introduire l'esprit de l'article 459 dans le Code de la santé publique de manière à leur octroyer plus d'autonomie. De cette manière, l'intervention de la personne chargée de la protection du majeur a lieu lorsque le patient est jugé inapte à consentir, ou lorsque les soins ne sont pas requis par son état de santé et qu'ils comportent des effets prévisibles graves. Pour les mineurs, il a été suggéré de modifier la loi afin de les autoriser à consentir à des soins requis par leur état de santé lorsqu'ils sont aptes à consentir et refuser des soins non requis. Lorsque son intervention est requise, le consentement d'un seul des deux titulaires de l'autorité parentale sera nécessaire pour la mise en œuvre d'un soin obligatoire ou sans gravité.

716. Des conditions communes vont s'appliquer indifféremment aux titulaires de l'autorité parentale et à la personne chargée de la protection du majeur. Elles vont varier en fonction de l'étape médicale. Ainsi des règles différentes peuvent être exigées selon que la personne souhaite intervenir en matière d'accès aux soins ou de délivrance d'une information (1) ou encore en matière d'expression d'un consentement à l'acte médical (2).

- 1) Les nouvelles conditions d'intervention de la personne chargée de la protection du patient en matière d'accès aux soins et de délivrance de l'information médicale

717. Lorsque la personne chargée de la protection du mineur ou du majeur protégé doit intervenir dans l'exercice du droit d'accès aux soins, il est préférable pour elle de commencer par fournir une assistance au patient. Ce dernier pourrait en effet être en mesure d'agir en étant accompagné dans cette démarche par son représentant. Ce n'est que dans le cas où cette assistance serait insuffisante que la personne pourra représenter le patient dans son droit d'exercice. Le nouvel article relatif à l'accès aux soins des mineurs et des majeurs protégés pourrait ainsi être complété :

« 3° Lorsque le mineur ou le majeur protégé n'est pas apte à consentir, les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de leur protection assistent le patient dans l'exercice de leurs droits prévus à l'article L. 1110-1. Si cette assistance est insuffisante, ils le représentent dans cet exercice ».

718. L'intervention de la personne chargée de la protection du patient est restreinte pour l'accès aux soins. C'est également le cas en matière de délivrance d'une information médicale, le nouvel article relatif à cet aspect devra préciser que :

« Lorsque le patient est inapte à consentir, les droits des mineurs et des majeurs protégés sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale, ou par la personne chargée de la protection du majeur.

Les intéressés conservent le droit de recevoir eux-mêmes une information, d'une manière adaptée à leur capacité de compréhension. »

719. L'intervention des titulaires de l'autorité parentale et de la personne chargée de la protection du majeur est ainsi limitée en matière d'accès aux soins et de délivrance de l'information. C'est également le cas en matière de consentement à l'acte médical.

- 2) Les nouvelles conditions d'intervention des titulaires de l'autorité parentale et de la personne chargée de la protection du majeur en matière de consentement à l'acte médical

720. Concernant le consentement à l'acte médical, il a été proposé l'introduction de plusieurs articles. Il faudra compléter l'article relatif au consentement à l'acte médical exprimé par la personne chargée de la protection du patient de la manière suivante :

« 2° Lorsque les soins ne sont pas requis par l'état de santé du patient les droits du mineur sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale. Les droits des majeurs protégés sont exercés par la personne chargée de leur protection si les soins présentent des effets prévisibles graves.

Lorsque le patient est inapte à consentir, les droits prévus au présent article sont exercés selon les cas par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de la protection du majeur.

L'adhésion de l'intéressé à la mise en œuvre du soin doit être recherchée dans la mesure du possible.

Le refus du mineur ou du majeur protégé fait obstacle à la mise en œuvre du soin non requis par son état de santé ».

721. Ainsi, l'intervention de la personne chargée de la protection du patient en terme de consentement à l'acte médical n'est que subsidiaire. Dans un souci de protection de l'intégrité physique du patient, un consentement supplémentaire sera parfois nécessaire pour mettre en œuvre l'acte.

II La capacité d'exercice encadrée des titulaires de l'autorité parentale et de la personne chargée de la protection du majeur

722. De par l'adoption des nouvelles dispositions, l'intervention de la personne chargée de la protection du patient en matière de santé ne se fait que de manière subsidiaire. C'est-à-dire lorsque le patient est inapte à consentir¹¹⁷⁷ ; lorsque les soins ne sont pas requis par son état de santé pour les mineurs ; lorsque les soins ne sont pas requis par son état de santé et qu'ils comportent des risques prévisibles graves pour un majeur protégé ; ou lorsque le patient apte à consentir a refusé un soin requis par son état.

723. Lorsque la personne chargée de la protection du patient est compétente pour intervenir dans le domaine médical, elle ne doit pas pour autant être autorisée à agir à sa guise. Si la décision prise par cette dernière est susceptible d'engager davantage la santé du patient, il apparaît important de limiter sa capacité d'action. Pour ce faire, de nouvelles règles doivent être mises en place pour encadrer la décision médicale exprimée par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de la protection du mineur (**A**). Une nouvelle instance aura un rôle prépondérant à jouer dans l'encadrement de cette capacité d'exercice (**B**).

A) Les nouvelles règles encadrant la capacité d'exercice des titulaires de l'autorité parentale et de la personne chargée de la protection du majeur

724. Afin de protéger l'intégrité physique du mineur et du majeur protégé, il paraît nécessaire de proposer de nouvelles règles encadrant la prise de décision médicale par la personne chargée de leur protection.

725. Lorsque les soins sont requis par l'état de santé du patient inapte à consentir, ils doivent être mis facilement en œuvre dès lors qu'ils ne comportent pas de conséquences

¹¹⁷⁷ Pour rappel, l'inaptitude à consentir des mineurs de moins de treize ans est présumée.

graves et prévisibles. En revanche, lorsque l'intégrité physique du patient est menacée de façon importante par l'acte envisagé, il paraît utile de venir encadrer plus strictement la prise de décision. Ainsi, la marge de manœuvre des titulaires de l'autorité parentale et de la personne chargée de la protection du majeur sera différente selon qu'ils souhaitent consentir (1) ou refuser (2) l'acte.

- 1) Les nouvelles règles encadrant le consentement à l'acte médical des titulaires de l'autorité parentale et de la personne chargée de la protection du majeur

726. La législation actuelle pose des règles encadrant la capacité des titulaires de l'autorité parentale et de la personne chargée de la protection du majeur de consentir à des soins. Il est cependant nécessaire de les réviser.

727. Lorsque les titulaires de l'autorité parentale sont appelés à prendre une décision, l'exigence du recueil du double consentement permet aux parents d'opérer un contrôle mutuel sur la décision à prendre concernant le mineur. Il a été démontré que cette exigence était délicate à mettre en œuvre dans le domaine de la santé, ce qui a conduit à la proposition d'introduire un nouveau régime fondé sur le principe du recueil du consentement unique d'un seul des deux titulaires de l'autorité parentale pour les soins ne comportant pas de risques graves et prévisibles. En dehors de ces cas, il est souhaitable que deux personnes prennent la décision d'autoriser la mise en œuvre du soin, car il porte une atteinte plus grande à l'intégrité du mineur. Aussi le double consentement des titulaires de l'autorité parentale sera à nouveau nécessaire pour les soins qui comportent des risques graves et prévisibles. À la différence de ce qui se pratique au Québec, il ne semble pas utile d'imposer le consentement supplémentaire du juge pour consentir à un soin non requis par l'état de santé du mineur et qui comporte « un risque sérieux pour la santé » ou peut « causer des effets graves et permanents »¹¹⁷⁸. L'autocontrôle parental semble suffisant pour préserver l'intérêt de l'enfant.

¹¹⁷⁸ Art. 18 Cc. du Québec ; V. § 585 et s.

728. La situation est quelque peu différente pour les majeurs protégés. Actuellement, le législateur encadre le consentement pouvant être exprimé par la personne chargée de la protection du majeur par l'application des règles de l'article 459 alinéa 3 du Code civil dans le domaine médical¹¹⁷⁹. Conformément à celui-ci, la personne chargée de la protection du majeur « ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée ». Or, comme il l'a été souligné, cette disposition, valable en droit de la santé¹¹⁸⁰ est peu pertinente dans ce domaine¹¹⁸¹. Plutôt que de voir l'article 459 alinéa 3 s'appliquer, il est préférable d'introduire un article spécifique dans le Code de la santé publique venant préciser dans quelles conditions le recueil d'un consentement supplémentaire est requis afin de pouvoir mettre en œuvre un acte médical. Plutôt que de solliciter l'autorisation du juge, il sera demandé l'autorisation d'une nouvelle instance dédiée à cet effet, le comité d'experts¹¹⁸².

Il est possible de compléter le nouvel article encadrant la capacité d'exercice de la personne chargée de la protection du patient en indiquant :

« Lorsque le soin présente un risque grave et prévisible, la personne chargée de la protection du majeur doit saisir le comité d'experts afin qu'il autorise leur mise en œuvre.

En cas d'abstention de la personne chargée de la protection du majeur, les professionnels de santé sont habilités à saisir le comité d'experts à cet effet. »

729. Ainsi un consentement supplémentaire est nécessaire pour autoriser la mise en œuvre d'un soin requis ou non par l'état de santé, qui présente un risque grave et prévisible pour le patient ou est sujet à controverses. Cependant, il est fait appel à une instance créée spécifiquement à cet effet¹¹⁸³, ce qui est plus simple pour le médecin.

¹¹⁷⁹ V. § 325 et s., et § 346 et s.

¹¹⁸⁰ Ministère de la justice, Circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, p.25

¹¹⁸¹ V. § 325 et s.

¹¹⁸² V. § 737 et s.

¹¹⁸³ V. § 738 et s.

La possibilité pour les titulaires de l'autorité parentale et la personne chargée de la protection du majeur de refuser un acte médical va également être encadrée.

- 2) Les nouvelles règles encadrant l'expression d'un refus de soins par les titulaires de l'autorité parentale et de la personne chargée de la protection du majeur

730. La loi actuelle prévoit qu'en cas d'urgence, les articles L. 1111-4 et R. 4127-42 du Code de la santé publique permettent au médecin de délivrer les soins nécessaires. La possibilité d'action de ce dernier est limitée puisque le refus de soins ne peut être surmonté qu'en cas d'urgence, ou lorsque le refus des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle. Cette disposition est insatisfaisante. Le champ d'action du médecin est limité et seul le cas de la tutelle est pris en compte dans cet article¹¹⁸⁴. Plutôt que de faire reposer la possibilité d'intervention du médecin sur les conséquences du refus sur la santé du patient, il semble plus simple de se fonder sur la nature des soins refusés.

731. Lorsque les soins ne sont pas requis par l'état de santé de la personne protégée, le fait de les refuser ne mettra pas en péril cette dernière. Aussi, lorsque la décision appartient à la personne chargée de sa protection, le refus exprimé doit être respecté. Le médecin n'aura aucune possibilité de le surmonter. Cette solution est similaire à celle adoptée au Québec. En revanche, le patient apte à consentir pourra contester cette décision en saisissant le comité d'experts compétent pour répondre de ces difficultés. Le nouvel article venant encadrer la capacité d'exercice des titulaires de l'autorité parentale et de la personne chargée de la protection du majeur précisera ce point :

« Le refus exprimé par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de la protection du majeur s'impose aux professionnels de santé lorsque le soin n'est pas requis par l'état de santé du patient. »

¹¹⁸⁴ V. § 330 et s. et § 347 et s.

Ce dernier peut, s'il est apte à consentir, saisir le comité d'experts afin de contester ce refus. »

732. Lorsque le refus exprimé concerne un soin requis par l'état de santé du mineur ou du majeur protégé, il est important de mettre en place une procédure permettant au médecin de le surmonter. Les règles actuelles ne permettent qu'une intervention restreinte des médecins, une nouvelle procédure doit donc être mise en place pour les autoriser à agir plus facilement dans ce domaine. Il est cependant important de ne pas prévoir automatiquement la mise en œuvre du soin dès lors qu'il est requis par l'état de santé du patient. Les titulaires de l'autorité parentale et la personne chargée de la protection du majeur sont supposés agir dans l'intérêt du patient et conformément à sa volonté supposée. Le refus peut refléter l'avis du patient, ou être exprimé pour des raisons légitimes. C'est l'exemple du refus d'un soin requis par l'état de santé du patient, mais qui comporte d'importants effets secondaires, ou pour lequel le rapport bénéfice-risque n'est que peu favorable. Refuser de faire subir ces soins au patient est alors compréhensible. Le refus ne doit donc pas être systématiquement surmontable. Au Québec, le refus de la personne chargée de la protection du patient n'est surmontable que s'il est « injustifié »¹¹⁸⁵, c'est-à-dire qu'il doit paraître déraisonnable au regard de l'intérêt du mineur ou du majeur protégé. Les raisons du refus doivent donc être appréciées *in concreto* en fonction de la situation du patient avant de décider s'il doit ou non être surmonté. L'avis du patient doit également être pris en compte dans la mesure du possible.

733. Le droit positif ne permet pas au médecin de saisir directement le juge dans le but de surmonter un refus de soins¹¹⁸⁶. Le nouvel article doit remédier à cette situation. Il pourrait ainsi indiquer :

« Lorsque le refus exprimé concerne un soin requis par l'état de santé du mineur ou du majeur protégé, le professionnel de santé peut saisir le comité d'experts afin qu'il autorise la mise en œuvre du soin.

Afin de décider s'il autorise ou non le soin, le comité d'experts doit apprécier la

¹¹⁸⁵ Art. 16 Cc. du Québec

¹¹⁸⁶ V. § 134 et s. pour les mineurs et § 325 et s. pour les majeurs protégés

justification du refus exprimé, les conséquences de celui-ci sur la santé du patient et enfin recueillir, dans la mesure du possible, l'avis de ce dernier ».

Cette rédaction accorde une liberté d'appréciation au comité d'experts compétent afin de déterminer après une analyse *in concreto* de l'opportunité d'autoriser ou non l'acte.

734. L'intervention du comité d'experts est prévue dans le but d'encadrer la capacité à consentir ou à refuser des soins par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de la protection des mineurs. Il convient à présent d'étudier de manière plus approfondie la nature de ce dernier.

B) L'instauration d'une instance dédiée à l'encadrement de la capacité d'exercice de la personne chargée de la protection du patient dans le domaine de la santé

735. Afin d'encadrer la capacité d'exercice des titulaires de l'autorité parentale ou de la personne chargée de la protection du majeur lorsqu'ils doivent consentir ou refuser un acte médical, il paraît plus approprié d'instaurer une instance spécifiquement dédiée à cet effet plutôt que de recourir au juge des tutelles, au juge aux affaires familiales ou au juge des enfants. Ces derniers sont fortement sollicités dans de nombreux domaines. À titre d'exemple, en 2015, les juges des tutelles étaient chargés de 3 500 dossiers relatifs aux majeurs protégés en moyenne¹¹⁸⁷. Dans le but de les décharger, deux possibilités existent, la création d'une instance entièrement nouvelle (1) ou l'extension des compétences d'une entité déjà existante (2).

1) Le rejet de la création d'une nouvelle entité pour encadrer la capacité d'exercice de la personne chargée de la protection des patients

736. Dans le but d'encadrer la capacité à consentir des titulaires de l'autorité parentale ou de la personne chargée de la protection du majeur, il est possible de créer une entité

¹¹⁸⁷ Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs : une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, communication à la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée Nationale, sept. 2016, p. 11

entièrement nouvelle. Il est envisageable d'instaurer au sein de chaque établissement de santé une équipe pluridisciplinaire chargée de se prononcer sur ces questions. L'instance étant située au sein de l'établissement, cela permet de garantir une proximité et une meilleure connaissance du terrain pour l'équipe en charge du dossier. Les instances étant multipliées à l'échelle des établissements, elles devraient être moins chargées qu'un organisme dont la compétence s'étend à plusieurs établissements et ainsi susceptibles de délivrer des réponses plus rapides.

737. Ce système présente cependant plusieurs inconvénients, dont le fait de faire reposer un poids considérable sur l'établissement de santé. Ce dernier aurait la charge de mettre en place et de financer cette instance, ce qui peut s'avérer lourd à gérer dans la pratique, en particulier pour les petits établissements de santé qui ont déjà des difficultés à assurer un fonctionnement quotidien. De plus, la pluralité d'instances conduit à un risque accru de divergence dans la manière de répondre aux demandes. Certaines instances pouvant développer des positions plus ou moins strictes pour autoriser la mise en œuvre des soins. Cela contribuerait à une inégalité de traitement des usagers du système de santé, ce qui n'est guère satisfaisant. Il est donc préférable de rejeter cette solution et de préférer l'attribution de cette compétence à une entité déjà existante.

- 2) Le choix de l'extension des compétences d'une entité existante pour encadrer la capacité d'exercice de la personne chargée de la protection du patient

738. Il existe plusieurs comités qui œuvrent déjà dans le domaine de la santé et dont la compétence pourrait être revue de manière à pouvoir intervenir pour autoriser les soins chez les mineurs et les majeurs protégés. Il est possible de citer les « conseils territoriaux de santé », le « comité de protection des personnes » ou le « comité d'experts ».

739. La loi du 26 janvier 2016 relative à la modernisation du système de santé est venue instaurer les « Conseils territoriaux de santé »¹¹⁸⁸. Ces conseils sont composés « de représentants des élus des collectivités territoriales, des services départementaux de protection maternelle et infantile [...], des différentes catégories d'acteurs du système de santé du territoire concerné [...]. Ils comprennent également une commission spécialisée en santé mentale »¹¹⁸⁹. Par un décret en date du 31 janvier 2017¹¹⁹⁰, le Ministère des Affaires sociales et de la Santé a autorisé à titre expérimental l'ouverture de « guichets d'accueil et d'accompagnement des réclamations en santé » dans certains de ces conseils. Ces guichets peuvent être saisis par les usagers du système de santé afin de présenter des demandes de médiation en santé, des plaintes ou des réclamations. Une extension de leur compétence serait possible afin qu'ils autorisent la mise en œuvre d'un acte médical lorsqu'une autorisation supplémentaire est nécessaire. Cependant, le rôle de ces conseils semble trop éloigné de la pratique médicale quotidienne pour que leur intervention dans ce domaine soit pertinente. Ils ont surtout pour tâche d'aider à l'élaboration, à la mise en œuvre et au suivi du projet régional de santé. Pour cette raison, il est préférable de confier ce travail à un autre comité.

740. Le « comité de protection des personnes » intervient pour autoriser la mise en œuvre d'une recherche sur la personne humaine¹¹⁹¹. Sa compétence est régionale ou interrégionale ce qui permet de regrouper plusieurs établissements de santé et il est financé par une dotation d'état, ce qui évite de faire peser la charge de son financement sur ces derniers. Il est composé de spécialistes en matière de recherche, d'un médecin généraliste d'un pharmacien et d'un infirmier pour le premier collège ; et d'un spécialiste de l'éthique, d'un psychologue, d'un travailleur social, de juristes et de représentants d'association d'usagers pour le deuxième collège¹¹⁹². La loi lui accorde déjà un rôle spécifique à jouer chez les patients vulnérables. Lorsque la recherche concerne un mineur ou un majeur sous tutelle, sa mise en œuvre nécessitera l'obtention d'une autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles si ce comité considère

¹¹⁸⁸ Conseils instaurés par la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 *relative à la modernisation de notre système de santé* et qui ont vocation à remplacer les « conférences de territoires ».

¹¹⁸⁹ Art. L. 1434-10 CSP.

¹¹⁹⁰ Décret n° 2017-121 du 31 janvier 2017 relatif à l'expérimentation permettant à des conseils territoriaux de santé d'être saisis par les usagers du système de santé de demandes de médiation en santé, de plaintes et de réclamations

¹¹⁹¹ Art. L. 1123-1 et s. CSP

¹¹⁹² Art. R. 1123-4 CSP

qu'elle comporte un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit. De même, lorsque la recherche concerne une personne sous curatelle, et que le comité considère qu'elle comporte un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, le juge des tutelles devra être saisi afin de s'assurer de l'aptitude à consentir du majeur.

Dans la mesure où le comité joue déjà un rôle en matière de recherches réalisées sur un mineur ou un majeur protégé, une extension de ses compétences de manière à lui permettre d'intervenir dans l'encadrement de la capacité d'exercice de la personne chargée de la protection du patient est envisageable. Cependant, la formation actuelle du comité semble peu appropriée. Il est composé de nombreuses personnes, ce qui rend son fonctionnement assez rigide. De plus, il comporte une part importante de spécialistes de la recherche et aucun membre spécialisé dans le cas des mineurs ou des majeurs protégés. Pour que ce conseil puisse autoriser la mise en œuvre de soins sur ce type de patient, il faudrait que des pédiatres, des gériatres, des psychiatres experts dans les maladies mentales composent le comité. Pour l'heure, ce comité n'a pas pour rôle d'autoriser la mise en œuvre de la recherche chez ce public, mais plutôt de déterminer s'il est nécessaire de faire appel ou non à un juge. Il est donc peut-être plus judicieux d'étendre les compétences d'un autre comité qui autorise déjà la mise en œuvre de certains actes médicaux.

741. Il s'agit du « comité d'experts » appelé à se prononcer en matière de prélèvement d'organes ou de tissus et cellules¹¹⁹³. Traditionnellement, ce comité est composé de cinq membres, dont au moins deux médecins et une personne qualifiée dans le domaine des sciences sociales. Lorsque les majeurs protégés sont concernés par un prélèvement de cellules hématopoïétiques, le comité doit en plus comporter un psychologue et un médecin. Il sera chargé de se prononcer sur l'opportunité de procéder à ce prélèvement sur un majeur sous tutelle et d'autoriser sa mise en œuvre pour les majeurs sous curatelle ou sauvegarde de justice¹¹⁹⁴. Pour le cas d'un mineur, une personne qualifiée dans le domaine de la psychologie de l'enfant et un pédiatre seront présents. Le comité délivre

¹¹⁹³ Art. L. 1231-1 CSP

¹¹⁹⁴ Art. L. 1241-4 CSP

l'autorisation d'effectuer les prélèvements¹¹⁹⁵. L'intervention de ce comité pour encadrer la capacité d'exercice des titulaires de l'autorité parentale et de la personne chargée de la protection du majeur semble ici plus pertinente que celle du comité précédent. La composition est plus restreinte ce qui permet d'obtenir plus facilement une réponse. Il comporte déjà des spécialistes de la situation des mineurs et des majeurs protégés, il est toutefois regrettable que pour les majeurs protégés l'intervention d'un gériatre ne soit pas prévue. Ce comité est également déjà compétent pour autoriser la mise en œuvre d'un acte médical, il s'agirait juste ici d'élargir les actes concernés. Pour ces diverses raisons, confier le rôle de « superviseur » de l'action des titulaires de l'autorité parentale ou de la personne chargée de la protection du majeur à ce comité paraît la solution la plus appropriée.

¹¹⁹⁵ Art. L. 1241-3 CSP

Conclusions de la seconde section

742. L'intervention dans le domaine de la santé de la personne chargée de la protection du mineur et du majeur protégé ne doit s'effectuer que de manière subsidiaire, de manière à respecter l'autonomie de ces derniers. La subsidiarité de l'intervention de la personne chargée de la protection du patient sera assurée par l'introduction d'un nouveau chapitre au sein du Code de la santé publique venant préciser les conditions d'intervention de cette dernière dans le domaine de la santé. Ils exerceront les droits du patient vulnérable lorsque ce dernier est inapte à consentir.

743. Certaines dispositions seront propres aux titulaires de l'autorité parentale. Afin de faciliter la mise en œuvre des soins, le principe sera celui du recueil du consentement d'un seul des deux titulaires de l'autorité parentale. Le double consentement ne sera exigé que pour les soins présentant un risque prévisible grave. Pour la personne chargée de la protection du majeur. Il faudra tout d'abord procéder à une modification du Code civil et de son article 459-1 de manière à éviter aux professionnels de santé de devoir utiliser le Code civil et le Code de la santé publique. Il sera ainsi précisé : *« L'application de la présente sous-section ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues par le code de la santé publique [...] relatives aux majeurs protégés ».*

Lorsque le soin présente un risque prévisible grave, la personne chargée de la protection du majeur devra obtenir l'autorisation du comité d'experts pour pouvoir consentir. Le comité d'experts sera compétent pour autoriser la personne chargée de la protection du patient à consentir à un soin présentant un risque grave et prévisible, mais également pour autoriser un soin requis par l'état de santé du patient et qui aurait été refusé par la personne chargée de sa protection

Conclusion du chapitre premier

744. Dans le but d'instaurer un régime de consentement à l'acte médical plus respectueux de l'autonomie des mineurs et des majeurs protégés, tout en assurant la protection de leur intégrité physique, il est proposé d'introduire au sein du Code de la santé publique un nouveau chapitre intitulé : « Des droits généraux des mineurs et des majeurs protégés, usagers du système de santé », comportant les dispositions suivantes :

Section 1 : Des notions d'aptitude à consentir et de soins requis par l'état de santé

Article 1 : Identification de la notion d'aptitude à consentir

Pour l'application du présent code, la notion d'« aptitude à consentir » s'entend de la capacité d'un patient à comprendre les informations médicales qui lui sont délivrées, et à exprimer, au regard de celles-ci, ainsi que de ses valeurs personnelles, un consentement libre, raisonné et raisonnable.

L'aptitude à consentir est présente chez un patient si deux éléments sont réunis :

- 1° Un élément intellectuel qui correspond à la capacité physique et intellectuelle du patient à comprendre les informations délivrées et à faire connaître sa décision ;*
- 2° Un élément volontaire qui correspond à la capacité du patient à exprimer une volonté libre et raisonnée et raisonnable. Sa décision doit être le fruit d'un raisonnement cohérent effectué à partir des informations délivrées et de l'ensemble de ses valeurs.*

Article 2 : Identification de la notion de soin requis par l'état de santé

Pour la mise en œuvre des articles du présent code, il faut entendre par « soin requis par l'état de santé » tout acte thérapeutique nécessaire dont l'absence serait préjudiciable à la santé du patient ou tout acte rendu obligatoire par le législateur.

Le « soin non requis par l'état de santé » du patient correspond aux actes non thérapeutiques ; aux actes médicaux réalisés au bénéfice d'un tiers ; aux actes réalisés pour les besoins d'une recherche ou aux actes à visée esthétique.

Article 3 : Évaluation de la notion d'aptitude à consentir

Lorsque le soin est requis par l'état de santé du patient et qu'il ne comporte pas de risques prévisibles graves, le professionnel de santé évalue seul l'aptitude à consentir du patient.

En cas de doutes, quant à la présence de celle-ci, le patient est jugé inapte à consentir, et le consentement sera délivré par la personne chargée de sa protection.

Lorsque le soin n'est pas requis par l'état de santé du patient ou qu'il comporte un risque prévisible grave, le professionnel de santé évalue seul l'aptitude à consentir du patient.

En cas de doutes, quant à la présence de celle-ci, une nouvelle évaluation sera effectuée par une équipe pluridisciplinaire.

Si un patient sous sauvegarde de justice est jugé inapte à consentir, le médecin saisit le juge des tutelles afin d'obtenir la désignation d'un mandataire chargé d'accompagner le majeur dans ses démarches ou, le cas échéant, afin que soit prononcée l'ouverture d'une mesure de tutelle ou de curatelle.

Article 4 : Présomptions relatives à l'aptitude à consentir des mineurs et des majeurs protégés

Toute personne majeure est présumée apte à consentir à un acte médical.

Le placement d'un majeur sous protection juridique n'est pas de nature à le rendre inapte à consentir à un acte médical. Son inaptitude doit être démontrée par le biais d'une procédure d'évaluation de son aptitude à consentir.

Le mineur de treize ans est présumé apte à consentir à un acte médical. Cette présomption est simple et peut-être renversée en apportant la preuve de l'inaptitude du mineur à consentir à un acte médical à la suite d'une évaluation de ses capacités.

Section 2 : Des dispositions spécifiques à la personne chargée de la protection du patient

Article 5 : Des dispositions spécifiques aux titulaires de l'autorité parentale

Pour la mise en œuvre des articles du présent code, le terme de « titulaires de l'autorité parentale » fait référence aux personnes exerçant celle-ci.

Lorsque l'intervention des titulaires de l'autorité parentale est exigée, les professionnels de santé recueillent le consentement des deux titulaires de l'autorité parentale lorsque les soins, qu'ils soient requis ou non par l'état de santé du mineur, présentent un risque grave et prévisible.

Article 6 : Des dispositions spécifiques à la personne chargée de la protection du majeur

Lorsque le soin présente un risque grave et prévisible, la personne chargée de la protection du majeur doit saisir le comité d'experts mentionné au présent chapitre afin qu'il autorise leur mise en œuvre.

En cas d'abstention de la personne chargée de la protection du majeur, les professionnels de santé sont habilités à saisir le comité d'experts à cet effet.

Section 3 : De l'accès aux soins des mineurs et des majeurs protégés

Article 7 : De l'accès aux soins requis par l'état de santé des mineurs et des majeurs aptes à consentir

Les mineurs et les majeurs protégés aptes à consentir exercent seuls leur droit d'accès aux soins requis par leur état de santé prévu par l'article L.1110-1. Les patients peuvent, à leur demande, être accompagnés dans l'exercice de ce droit par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de leur protection.

Si la délivrance de soins requis par l'état de santé du mineur ou du majeur protégé nécessite une hospitalisation de plus de douze heures, l'établissement de santé doit avertir les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de la protection du majeur, sauf si le patient demande à conserver le secret quant à son état de santé.

Article 8 : De l'accès aux soins non requis par l'état de santé des mineurs et des majeurs protégés aptes à consentir

Lorsque les soins ne sont pas requis par l'état de santé du patient, les droits du mineur même apte à consentir, prévus par l'article L.1110-1, sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale.

Les droits des majeurs protégés aptes à consentir sont exercés par la personne chargée de leur protection si les soins présentent des effets prévisibles graves.

Dans ce dernier cas, si le patient est sous sauvegarde de justice, le médecin s'abstient de délivrer les soins et saisit le juge des tutelles afin d'obtenir la désignation d'un mandataire chargée d'accompagner le majeur dans ses démarches ou, le cas échéant, afin que soit prononcée l'ouverture d'une mesure de tutelle ou de curatelle.

Le patient mineur ou majeur protégé dispose du droit de s'opposer à la mise en œuvre d'un soin non requis par son état de santé.

Article 9 : De l'accès aux soins par les mineurs et les majeurs protégés inaptes à consentir

Lorsque le mineur ou le majeur protégé n'est pas apte à consentir, leurs droits sont exercés selon les cas par les titulaires de l'autorité parentale ou par la personne chargée de leur protection.

Ils commencent par fournir une assistance au mineur ou au majeur protégé. Si celle-ci s'avère insuffisante, ils représenteront le patient dans l'exercice de ce droit.

Section 4 : De la délivrance de l'information médicale aux mineurs et aux majeurs protégés

Article 10 : De la délivrance générale d'informations aux mineurs et aux majeurs protégés

Les mineurs de treize ans et les majeurs protégés exercent seuls les droits mentionnés à l'article L.1111-2 s'ils sont jugés aptes à consentir et à condition que les soins soient requis par leur état de santé.

Les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de la protection du majeur ne recevront une information que sur accord du mineur ou du majeur protégé.

Lorsque les soins ne sont pas requis par l'état de santé du patient, les droits du mineur sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale.

Les droits des majeurs protégés sont exercés par la personne chargée de leur protection si les soins présentent des effets prévisibles graves.

Les intéressés conservent le droit de recevoir eux-mêmes une information, d'une manière adaptée à leur capacité de compréhension.

Lorsque le patient est inapte à consentir, les droits des mineurs et des majeurs protégés sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale, ou par la personne chargée de la protection du majeur.

Les intéressés conservent le droit de recevoir eux-mêmes une information, d'une manière adaptée à leur capacité de compréhension.

Article 11 : De l'accès au dossier médical du mineur ou du majeur protégé

Lorsque les soins sont requis par l'état de santé du patient, les mineurs et les majeurs protégés aptes à consentir exercent seuls les droits prévus au présent article.

À leur demande, ils pourront être assistés dans l'exercice de ce droit par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de leur protection. Ces derniers ne pourront accéder aux informations contenues dans le dossier médical du patient sans son accord.

Lorsque les soins ne sont pas requis par l'état de santé du patient ou que ce dernier est jugé inapte à consentir, les titulaires de l'autorité parentale ou par la personne chargée de la protection du majeur ont le droit d'accéder aux informations contenues dans le dossier médical.

Section 5 : Du consentement à l'acte médical

Article 12 : Du consentement à un acte médical

Les mineurs de treize ans et les majeurs protégés peuvent consentir seuls à un soin requis par leur état de santé s'ils sont jugés aptes à consentir.

Le professionnel de santé doit dans un premier temps encourager le mineur ou le majeur protégé à se faire accompagner dans cette démarche par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de sa protection. Leur refus ne constitue pas un obstacle à la mise en œuvre des soins requis par leur état de santé.

Lorsque les soins ne sont pas requis par l'état de santé du patient les droits du mineur sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale.

Les droits des majeurs protégés sont exercés par la personne chargée de leur protection si les soins présentent des effets prévisibles graves.

L'adhésion de l'intéressé à la mise en œuvre du soin doit être recherchée dans la mesure du possible.

Lorsque le patient est inapte à consentir, les droits prévus au présent article sont exercés selon les cas par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de la protection du majeur.

L'adhésion de l'intéressé à la mise en œuvre du soin doit être recherchée dans la mesure du possible.

Article 13 : Du refus de consentir à un acte médical exprimé par le mineur ou le majeur protégé

Si le mineur de treize ans ou le majeur protégé jugé apte à consentir refuse de donner son accord à la mise en œuvre d'un soin requis par son état de santé, le professionnel de santé procède à une nouvelle évaluation de l'aptitude à consentir de son patient en faisant, le cas échéant, appel au service d'une équipe pluridisciplinaire.

Si le patient est toujours jugé apte à consentir, le professionnel de santé doit entamer un dialogue avec lui afin de comprendre les raisons de son refus et l'encourager à changer d'avis.

Si le patient persiste dans son refus, le soin requis par son état de santé pourra être mis en œuvre avec le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou de la personne chargée de sa protection, conformément aux règles du présent chapitre.

Le refus du mineur ou du majeur protégé fait obstacle à la mise en œuvre du soin non requis par son état de santé.

Article 14 : Du refus de consentir à un acte médical exprimé par la personne chargée de la protection du patient

Le refus exprimé par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de la protection du majeur s'impose aux professionnels de santé lorsque le soin n'est pas requis par l'état de santé du patient.

Ce dernier peut, s'il est apte à consentir, saisir le comité d'experts mentionné au présent

chapitre afin de contester ce refus.

Lorsque le refus concerne un soin requis par l'état de santé du mineur ou du majeur protégé, le professionnel de santé peut le comité d'experts mentionné au présent chapitre afin qu'il autorise la mise en œuvre du soin.

Afin de décider s'il autorise ou non le soin, le comité doit apprécier la justification du refus exprimé, les conséquences de celui-ci sur la santé du patient et enfin recueillir, dans la mesure du possible, l'avis de ce dernier.

Section 6 : Du comité d'experts chargés d'autoriser les actes médicaux

Article 15 : De l'extension des compétences du comité d'experts

Le comité d'experts instauré par l'article L. 1231-1 du Code de la santé publique est compétent pour autoriser la mise en œuvre d'un soin présentant un risque prévisible grave. Il peut autoriser la mise en œuvre d'un soin requis par l'état de santé du patient, refusé par la personne chargée de sa protection.

Le comité est composé de cinq membres, dont au moins deux médecins et une personne qualifiée dans le domaine des sciences sociales.

Lorsque le patient est un majeur protégé, il comporte en plus un psychologue et un médecin gériatre.

Lorsque le patient est un mineur, il comporte en plus une personne qualifiée dans le domaine de la psychologie de l'enfant et un pédiatre.

745. Ces dispositions vont contribuer à rétablir un équilibre entre protection de l'intégrité physique des patients et respect de leur autonomie pour les actes non spécifiquement réglementés. Lorsque des dispositions dérogatoires de droit commun existent, elles doivent être modifiées de manière spécifique afin de parvenir à ce même résultat (**Chapitre second**).

746. Le législateur est venu mettre en place des règles spécifiques pour un certain nombre d'actes médicaux. Des mesures sont souvent prévues pour les mineurs et les majeurs protégés ; or, il a été souligné dans la première partie qu'elles n'étaient pas satisfaisantes. En raison de leur statut juridique, les mineurs et les majeurs protégés n'ont souvent accès à ces actes qu'à titre exceptionnel¹¹⁹⁶ ou ils en sont parfois exclus de manière peu compréhensible¹¹⁹⁷. Lorsque les personnes vulnérables accèdent à ces soins, le législateur vient généralement les priver de toute autonomie décisionnelle. Dans la plupart des cas, l'acte ne sera mis en œuvre qu'avec le consentement de la personne chargée de sa protection. Or, les mineurs et les majeurs protégés disposent quelquefois de l'aptitude suffisante pour décider seuls et il n'est pas toujours justifié de les priver de cette possibilité.
747. Les mineurs et les majeurs protégés se voient parfois octroyer un « droit de veto » leur permettant de faire obstacle à la mise en œuvre du soin. Cependant, les conditions encadrant leur refus sont insatisfaisantes, aucune mention n'étant faite quant à leur capacité de discernement. Il apparaît donc nécessaire de revoir également les règles encadrant la capacité d'exercice des mineurs et des majeurs protégés dans ce domaine.
748. Il a été proposé une révision des règles de droit commun fondée sur la capacité de discernement. Les mineurs et majeurs protégés jugés aptes à consentir pourront donner leur accord à la mise en œuvre d'un acte médical lorsqu'il est requis par leur état de santé ou refuser un acte qui ne serait pas requis par celui-ci. L'intervention des titulaires de l'autorité parentale ou de la personne chargée de leur protection sera nécessaire lorsqu'ils sont jugés inaptes à consentir ; lorsque les soins ne sont pas requis par leur état de santé pour les mineurs ; lorsque le soin non requis présente un risque prévisible grave pour les majeurs protégés ; ou pour surmonter le refus d'un soin requis.

¹¹⁹⁶ Par exemple les prélèvements de cellules hématopoïétiques.

¹¹⁹⁷ Il faut ici penser à l'interdiction pour les majeurs protégés de faire l'objet d'un prélèvement sanguin dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.

En s'inspirant de ces nouvelles dispositions, il est possible de réviser le droit spécial applicable aux prélèvements de produits issus du corps humain (**Première section**) et aux actes ne relevant pas des prélèvements (**Seconde section**).

Première section : La révision des règles applicables aux prélèvements de produits issus du corps humain

749. Le Code de la santé publique comporte de nombreuses dispositions destinées à encadrer les conditions dans lesquelles il est possible d'effectuer des prélèvements sur le corps humain. Plusieurs éléments de celui-ci peuvent être concernés et il existe une législation spécifique selon que l'acte concerne les organes, le sang ou les tissus et cellules. Pour ces dernières, la loi vient distinguer selon que la cellule est ou non issue de la moelle osseuse. Dans la mesure où ces actes ne sont pas réalisés dans l'intérêt du patient, sa participation y est strictement encadrée. Ces dispositions permettent de préserver la personne humaine en limitant sa participation à ces actes afin d'éviter que son corps ne devienne un objet d'exploitation.

750. Lorsque le patient est une personne vulnérable, le risque qu'il soit victime de pressions en vue de l'inciter à accepter ces actes est accru. En réponse à ce risque, le législateur est venu strictement encadrer les conditions dans lesquelles il peut participer à ces actes. Il a été souligné dans la première partie les limites de la législation actuelle et il est temps de proposer des alternatives. L'idée est ici de redonner davantage d'autonomie à la personne vulnérable pour participer à ces actes dès lors qu'elle est jugée apte à consentir. De nouvelles règles sont donc proposées en matière de prélèvements de sang et d'organes **(I)** ainsi que de tissus et cellules **(II)**.

I La révision des règles applicables aux prélèvements de sang et d'organes chez les personnes vulnérables

751. Les développements exposés dans la première partie ont permis de constater qu'en matière de prélèvement de sang et d'organe, l'autonomie des mineurs et des majeurs protégés était fortement restreinte. Dans ces domaines, le législateur a préféré limiter leur participation. Or, ce n'est pas toujours justifié. Que ce soit pour des raisons d'innocuité de l'acte, pour des arguments liés aux exigences de la compatibilité entre donneur et receveur ou en raison de la pénurie liée à ces produits, il est nécessaire de revoir les règles applicables aux prélèvements sanguins (A) et aux prélèvements d'organes (B), afin de les rendre accessibles aux personnes vulnérables.

A) *La révision des règles applicables aux prélèvements sanguins*

752. Le Code de la santé publique vient réglementer de façon spécifique l'accès à certains actes médicaux réalisés dans l'intérêt thérapeutique d'autrui et qui ne comporte que de faibles risques prévisibles. C'est le cas des prélèvements sanguins réalisés dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.

753. Il a été souligné l'impossibilité de principe pour les personnes vulnérables de faire l'objet de prélèvements sanguins. Il est proposé de revoir la législation applicable dans ce domaine afin d'en faciliter l'accès aux mineurs (1) et aux majeurs protégés (2).

1) La révision des règles applicables aux prélèvements sanguins effectués sur les mineurs

754. Il a été relevé¹¹⁹⁸ que la réalisation de ces prélèvements sur la personne des mineurs est en principe interdite. Ils deviennent possibles à titre exceptionnel pour des motifs tirés de l'urgence thérapeutique ou lorsqu'aucun donneur majeur compatible n'a

¹¹⁹⁸ V. § 37 et s.

pu être trouvé. Dans ce cas, le double consentement des titulaires de l'autorité parentale est nécessaire. Le régime mis en place ici porte une atteinte disproportionnée à l'autonomie des mineurs aptes à consentir. Dans le cadre d'un prélèvement sanguin, l'atteinte à l'intégrité physique n'est somme toute que très minime, « il ne s'agit que d'une simple prise de sang »¹¹⁹⁹. Certains pays autorisent d'ailleurs les mineurs à donner leur sang à partir de seize ou dix-sept ans¹²⁰⁰, et ceux-ci ne s'en portent pas plus mal.

755. Étant donné la faible atteinte à l'intégrité physique que représente cet acte, on pourrait offrir aux mineurs aptes à consentir la possibilité de donner leur sang. Des propositions de loi allant dans ce sens sont régulièrement présentées devant l'Assemblée nationale. En 2011, une première proposition est déposée devant le Sénat¹²⁰¹ afin de fixer l'âge minimum légal pour le don du sang à seize ans. Selon les sénateurs avancer l'âge légal du don permettrait « une augmentation importante du nombre de donneurs » ; de « sensibiliser plus en amont et de fidéliser plus facilement les donneurs potentiels » ; de multiplier « les possibilités de trouver des sangs rares qui font aujourd'hui défaut » ; mais aussi d'autoriser les mineurs à accomplir « un acte civique qui porte en germe l'idée de fraternité ». Il est intéressant de relever que ce texte ne soumettait pas le don du sang des mineurs au consentement parental préalable des titulaires de l'autorité parentale. Les sénateurs considéraient que « les éventuelles pressions que pourrait faire peser l'autorisation parentale sur le donneur pourraient ne pas garantir la sincérité des déclarations du donneur, préalable nécessaire à chaque don. Il est ainsi apparu que l'autorisation parentale pourrait ne pas s'accorder avec les exigences inhérentes à la sécurité du receveur ». Il est possible d'imaginer que le mineur, sachant que ses parents vont être impliqués dans la décision, vient mentir sur la question de ses relations sexuelles ou sa consommation de stupéfiants, informations récoltées afin de déterminer si la personne peut ou non effectuer le don. Les sénateurs notent également que cette autorisation ne paraît pas indispensable dans la mesure où

¹¹⁹⁹ À ce sujet, voir les propos de M. J-F Mattei : Sénat, Discussion en séance publique du projet de loi relatif à la bioéthique – article 6, séance du 29 janvier 2003

¹²⁰⁰ Par exemple, le Royaume-Uni, le Canada ou les États-Unis. Des conditions supplémentaires liées au poids du mineur sont généralement prises en compte afin de déterminer s'il peut ou non donner son sang. Pour plus d'informations, voir les sites : www.redcrossblood.org ; www.blood.co.uk ; www.blood.ca.

¹²⁰¹ Proposition de loi de M. J-L Lorrain visant à permettre le don du sang pour les mineurs de plus de seize ans, n°201, déposée devant le Sénat le 15 décembre 2011

« plusieurs décisions importantes peuvent aujourd’hui être prises par des mineurs sans qu’ils aient besoin de l’accord de leurs parents ». Cette proposition n’ayant pas été examinée dans les temps impartis est devenue caduque.

756. Deux nouvelles propositions¹²⁰² allant dans le même sens ont été récemment déposées devant l’Assemblée nationale. Les députés avancent les mêmes raisons que précédemment. Une diminution de l’âge légal permettrait de « de multiplier les dons et recueils de sang » et permet aux mineurs « une entrée plus précoce et concrète dans la citoyenneté ». Là encore, le consentement parental n’est pas exigé. La seconde proposition en date du 16 mai 2018 est en cours d’examen.

757. Une nouvelle rédaction de l’article L. 1221-5 est proposée :

« Un prélèvement sanguin dans l’intérêt thérapeutique d’autrui peut-être effectué sur les personnes mineures.

Lorsque le mineur est jugé apte à consentir, il exprime seul le consentement nécessaire à la mise en œuvre de l’acte ».

758. Si le mineur n’est pas apte à consentir, il est possible de se demander s’il est toujours pertinent de maintenir la possibilité de réaliser des prélèvements sur sa personne de manière exceptionnelle. La réponse à cette question doit être positive. Ces prélèvements ne sont mis en œuvre que dans des cas où il n’est pas possible de procéder autrement, soit en raison d’une urgence vitale, soit en raison d’une absence de donneurs majeurs compatibles. Le fait d’interdire les prélèvements dans ces circonstances aurait des conséquences fatales pour le receveur. Aussi, le maintien exceptionnel du prélèvement sur le mineur inapte à consentir doit être confirmé. Le consentement devra être recherché auprès des titulaires de l’autorité parentale.

759. La loi actuelle prévoit le double consentement des titulaires de l’autorité parentale. Ce double consentement est excessif au regard des conséquences de l’acte sur la personne de l’enfant. Il ne comporte que de très faibles risques et n’est que peu

¹²⁰² Proposition de loi de Mme Véronique Louwagie *visant à abaisser l’âge légal pour le don du sang à seize ans*, n° 693, déposée le 21 février 2018 ; Proposition de loi *visant à la consolidation du modèle français du don du sang*, n°965, déposée le 16 mai 2018

invasif. Pour les actes non spécifiquement réglementés, il a été proposé de ne faire intervenir le double consentement qu'en cas de risques graves ou lorsque l'acte est sujet à d'importantes controverses scientifiques, or ce n'est pas le cas avec le prélèvement sanguin. L'acte est bénin, et de plus anonyme en France. Les parents ne peuvent donc pas effectuer de pressions sur le mineur pour le pousser à donner son sang à une personne en particulier. L'autocontrôle parental est alors moins justifié. Il est proposé de compléter le nouvel article de la manière suivante :

« En cas d'inaptitude du mineur à consentir, un prélèvement sanguin dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ne pourra être réalisé sur sa personne qu'à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur immunologiquement compatible. Le consentement est alors exprimé par écrit par l'un des deux titulaires de l'autorité parentale. Le refus du mineur fait obstacle au prélèvement ».

760. Cette formulation permet de n'effectuer des prélèvements sanguins sur un mineur inapte à consentir que de façon exceptionnelle avec le consentement d'un seul des deux titulaires de l'autorité parentale. Pour des raisons pratiques, il est nécessaire de maintenir la possibilité pour le mineur inapte de faire obstacle au prélèvement. Cette disposition peut paraître surprenante dans la mesure où le mineur n'est pas apte à consentir, et n'est donc pas forcément capable de mesurer les conséquences de son refus. Cependant, comme il va être techniquement difficile de réaliser un prélèvement sanguin sur un mineur qui le refuse, le choix a été fait de conserver cette possibilité.

La législation doit également être modifiée pour les majeurs protégés.

2) La révision des règles applicables aux prélèvements sanguins effectués sur les majeurs protégés

761. Il a été constaté¹²⁰³ que l'autonomie des majeurs protégés dans le domaine des prélèvements sanguins était nulle. Non seulement ils ne peuvent consentir à la mise en

¹²⁰³ V. § 363 et s.

œuvre de cet acte, mais ils ne peuvent non plus y avoir accès avec l'autorisation de la personne chargée de leur protection. L'article L. 1221-5 du Code de la santé publique dispose qu'« aucun prélèvement de sang ou de ses composants en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui ne peut avoir lieu [...] sur une personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale ». Il est nécessaire de revenir sur cette interdiction non justifiée. D'autant plus que cette mesure semble contraire aux recommandations européennes applicables en matière de transfusion sanguine. Le Conseil de l'Union européenne est venu adopter des recommandations visant à sécuriser et à organiser le don du sang. Dans ces recommandations¹²⁰⁴, il a établi des critères d'exclusion temporaire ou permanente au don. Ces critères ont tous une justification médicale dans le but d'assurer une sécurité transfusionnelle. Ils ne mentionnent pas le régime de protection d'une personne et le fait d'exclure un majeur protégé du don ne permettra pas d'assurer une meilleure sécurité transfusionnelle. La législation française, en excluant de façon permanente les majeurs protégés sans raison médicale, va à l'encontre de cette recommandation européenne. Afin de mieux respecter l'autonomie des majeurs protégés et de se conformer à cette recommandation, il conviendrait de mettre un terme à l'exclusion permanente des majeurs protégés du prélèvement sanguin réalisé dans l'intérêt thérapeutique d'un tiers. Seule une raison médicale devrait conduire à une exclusion du don.

762. L'ouverture de cet acte aux majeurs protégés pose la question de la délivrance du consentement à celui-ci. Il faut donc se demander si un prélèvement sanguin constitue un acte simplement ou strictement personnel. Le prélèvement sanguin pouvant constituer un enjeu vital pour le receveur, il est proposé de le considérer comme étant simplement personnel. Le majeur inapte à consentir pourra donc voir cet acte mis en œuvre sur le consentement de la personne chargée de sa protection, son refus pouvant y faire obstacle.

763. Toutefois, afin d'éviter que le majeur protégé ne soit trop souvent sollicité, il est proposé d'introduire les mêmes restrictions que pour le mineur. Dans la mesure où cet

¹²⁰⁴ Conseil de l'Union européenne, Recommandation 98/463/CE, du 29 juin 1998 concernant l'admissibilité des donneurs de sang et de plasma et le dépistage pratiqué sur les dons de sang dans la Communauté européenne : voir annexe II

acte n'a qu'un faible impact sur la santé de la personne, il ne paraît pas utile d'imposer en plus le consentement du juge ou de la nouvelle instance mise en place pour le droit commun. L'article L. 1221-5 peut être modifié de la manière suivante :

« Un prélèvement sanguin dans l'intérêt thérapeutique d'autrui peut-être effectué sur les majeurs protégés jugés aptes à consentir. Leur seul consentement est suffisant à la mise en œuvre de l'acte.

S'ils sont incapables d'agir seuls, un prélèvement sanguin dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ne pourra être réalisé qu'à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur immunologiquement compatible.

Le consentement est alors exprimé par écrit par la personne chargée de sa protection. Le refus du majeur fait obstacle au prélèvement ».

À l'instar des règles applicables aux prélèvements sanguins, une révision des règles applicables aux prélèvements d'organes s'impose.

B) La révision des règles applicables aux prélèvements d'organes

764. En raison des exigences liées à la compatibilité entre les donneurs et les receveurs, il est parfois très difficile de trouver des donneurs à l'extérieur du cercle familial. De plus, les études démontrent que les prélèvements d'organes ne représentent que peu de risques pour la santé du donneur. L'Agence de la biomédecine¹²⁰⁵ estime à environ 0,02 à 0,03 % le décès du donneur dans le cadre d'un prélèvement pour le rein ; 0,1 % pour le lobe hépatique gauche et 0,5 % pour le lobe hépatique droit. Le taux de complications médicales à la suite d'un prélèvement et qui implique le suivi d'un traitement pour le donneur est de 10 % pour le don du rein et 42 % pour le don du foie. Au vu de ces arguments, le législateur a autorisé l'accès à cet acte pour les mineurs et les majeurs protégés de façon strictement encadrée. Des règles différentes s'appliquent en matière de prélèvement d'organes selon que le donneur est vivant ou décédé. La

¹²⁰⁵ Agence de la biomédecine, Rapport sur l'application de la loi de bioéthique, janvier 2018, p.13

législation est cependant insuffisante. Lors de la première partie, il a été mis en lumière l'existence de plusieurs limites qui poussent à conclure à la nécessaire révision de la loi lorsqu'elle concerne les majeurs protégés (1) et les mineurs (2).

1) La révision des règles applicables aux prélèvements d'organes sur les majeurs protégés

765. Le prélèvement d'organes peut être réalisé sur une personne vivante (a) ou décédée (b). Dans les deux cas, plusieurs aspects de la législation doivent faire l'objet d'une révision.

a. *La révision des règles applicables aux prélèvements d'organes sur les majeurs protégés décédés*

766. Le Code de la santé publique prévoit des règles spécifiques pour le prélèvement d'organes sur un majeur décédé placé sous tutelle. Le consentement du tuteur étant alors exigé¹²⁰⁶. Il a été relevé que cette mesure semblait surprenante, la tutelle prenant fin au décès du majeur. De plus, l'absence de mention des autres catégories de protection juridique conduisait à introduire une différence de traitement entre les majeurs protégés. Afin de rectifier ces problèmes, il est proposé de supprimer de l'article L. 1232-2 du Code de la santé publique la mention faite au majeur sous tutelle, et d'insérer au sein de l'article L. 1232-1, la mention selon laquelle : « *Les dispositions du présent article s'appliquent à la personne décédée placée sous mesure de protection juridique* ».

767. Ainsi le prélèvement sur un majeur décédé placé sous protection juridique s'effectuera selon les règles de droit commun. Les tuteurs n'auront plus à consentir à l'opération et les majeurs seront traités de la même manière, quel que soit leur régime de protection. Les médecins vont commencer par vérifier que la personne ne s'est pas de son vivant opposée au prélèvement par l'inscription sur le registre national des refus, ou en indiquant celui-ci à ses proches¹²⁰⁷, avant de procéder aux prélèvements. Pour

¹²⁰⁶ V. § 366 et s.

¹²⁰⁷ Art. R. 1232-4-4 CSP

rappel, les majeurs protégés peuvent comme n'importe quel majeur, s'inscrire de façon autonome sur le registre¹²⁰⁸.

b. La révision des règles applicables aux prélèvements d'organes sur les majeurs protégés vivants

768. En ce qui concerne les prélèvements sur la personne d'un majeur protégé de son vivant, le régime de l'interdiction totale s'applique. Il a été noté que cette interdiction visait à préserver l'intégrité physique des majeurs et à leur éviter de faire l'objet de pression en vue de les inciter au don¹²⁰⁹. Cependant, une restriction totale visant tous les majeurs protégés paraît injustifiée. Ils peuvent être capables de comprendre les enjeux liés aux dons d'organes, de tissus ou de cellules et les priver de la possibilité d'y accéder porte une grande atteinte à leur autonomie. L'interdiction peut même constituer une source de souffrance pour eux. Dans le cas du don d'organes par exemple, de nombreux receveurs décèdent chaque année¹²¹⁰ faute d'avoir pu procéder à une greffe dans les temps. Il serait cruel de priver un majeur protégé apte à consentir de la possibilité de donner de son vivant un organe à un membre de sa famille au motif de son placement sous protection juridique. D'autant plus que le donneur vivant a nécessairement la qualité de père ou mère du receveur ou par exception peut-être « son conjoint, ses frères ou sœurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère [ou] toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur ainsi que toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur »¹²¹¹.

¹²⁰⁸ Art. R. 1232-6 CSP

¹²⁰⁹ V. § 366 et s.

¹²¹⁰ En 2017, 23 828 personnes ont eu besoin d'une greffe d'organes, en 2 016 579 patients n'ont pas survécu à l'attente : voir : Agence de la biomédecine, communiqué de presse 22 mars 2018 ; et le site internet de la Fédération des Associations pour le Don d'organes et de Tissus

¹²¹¹ Art. L. 1231-1 CSP

769. Il semble impératif d'accorder la possibilité aux majeurs protégés de donner leurs organes s'ils sont aptes à consentir. Il est cependant nécessaire de venir encadrer cet accès. Pour ce faire, l'article L. 1231-2 doit être modifié de la manière suivante :

« Un prélèvement d'organes, en vue d'un don, peut avoir lieu sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

Le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 évalue l'aptitude à consentir du majeur protégé au prélèvement. Si le majeur est jugé apte, son seul consentement suffit à mettre en œuvre l'acte et son refus y fait obstacle.

En cas d'inaptitude, un prélèvement ne pourra être réalisé qu'à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection juridique immunologiquement compatible.

L'autorisation d'effectuer le prélèvement est délivrée par le juge après audition du majeur, de la personne chargée de sa protection, et du comité d'experts. Le refus du majeur fait obstacle au prélèvement ».

770. Le majeur apte à consentir peut agir de façon autonome. Son aptitude est ici obligatoirement évaluée par le comité d'experts compétent pour intervenir dans ce domaine¹²¹². En cas d'inaptitude, le choix a été fait de maintenir la possibilité d'effectuer le prélèvement avec l'accord du juge. Le refus de la personne même inapte permet d'y faire obstacle pour les mêmes raisons que pour les prélèvements sanguins.

La législation relative aux prélèvements d'organes sur la personne d'un mineur va également être modifiée.

¹²¹² V. § 737 et s.

2) La révision des règles applicables aux prélèvements d'organes sur les mineurs

771. À l'instar des majeurs, un prélèvement d'organes peut être réalisé sur une personne mineure décédée **(a)** ou vivante **(b)**.

a. La révision des règles applicables aux prélèvements d'organes sur les mineurs décédés

772. Lorsqu'un prélèvement d'organes est envisagé sur un mineur décédé, il a été observé¹²¹³ qu'il ne pouvait être réalisé qu'avec le double consentement des deux titulaires de l'autorité parentale¹²¹⁴. L'objectif de cette règle étant de préserver la sensibilité parentale dans une situation délicate, l'exigence du double consentement est une bonne chose, mais l'emploi du terme de « titulaires de l'autorité parentale » par le législateur est malavisé, les parents pouvant se voir retirer l'exercice de celle-ci. Pour permettre de préserver les parents même s'ils n'exercent plus l'autorité parentale, il est donc proposé de modifier l'article L. 1232-2 de la manière qui suit :

« Si la personne décédée était un mineur [...], le prélèvement [...] ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des *parents, exerçant ou non l'autorité parentale* [...] y consente par écrit. Toutefois, en cas d'impossibilité de consulter l'un des *parents*, le prélèvement peut avoir lieu à condition que l'autre *parent* y consente par écrit ».

b. La révision des règles applicables aux prélèvements d'organes sur les mineurs vivants

773. Comme les majeurs protégés, les mineurs sont exclus du don d'organes de leur vivant. Or, les conséquences psychologiques liées à cette exclusion sont les mêmes que pour les majeurs. Le receveur étant nécessairement un membre de sa famille, le mineur

¹²¹³ V. § 40 et s.

¹²¹⁴ Art. L. 1232-2 CSP

doit vivre avec l'idée qu'il aurait peut-être pu contribuer à le sauver s'il avait été plus âgé. Il semble envisageable d'atténuer cette interdiction.

774. Permettre à un mineur de faire l'objet d'un prélèvement d'organes de son vivant au bénéfice d'un membre de sa famille n'est pas incompatible avec les recommandations européennes. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a émis une recommandation¹²¹⁵ dans laquelle il estime que « les mineurs et les majeurs qui n'ont pas, en raison d'un handicap mental, d'une maladie ou pour des motifs similaires, la capacité de consentir à une intervention ne devraient pas être considérés comme donateurs »¹²¹⁶. Cette formulation laisse entendre qu'un mineur apte à consentir pourrait valablement être considéré comme donneur. De même, l'Organisation mondiale de la Santé considère¹²¹⁷ que les états peuvent fixer des exceptions à l'interdiction générale de prélever des organes, cellules ou tissus sur les mineurs vivants. Elle cite ici le cas du don effectué pour un bénéficiaire appartenant à la famille du donneur. Elle alerte les états sur le fait qu'il peut alors exister un conflit d'intérêts pour les parents devant délivrer une autorisation lorsqu'ils sont également responsables du receveur. En pareil cas, l'Organisation mondiale de la Santé invite les états à mettre en place un système d'autorisation délivrée par « une entité indépendante telle qu'un tribunal ou une autre autorité compétente » et rappelle que « l'objection exprimée par le mineur doit prévaloir sur l'autorisation donnée par toute autre partie »¹²¹⁸. C'est donc bien que selon la conception, le mineur peut devenir donneur.

775. Un assouplissement de la législation est possible, cependant, à la différence des majeurs protégés, il s'agit ici d'un mineur physiquement et psychologiquement plus vulnérable qu'un majeur. Il faut tout d'abord faire en sorte que ces prélèvements ne puissent être effectués que de façon exceptionnelle, aussi, le principe de l'interdiction est-il maintenu. En vue de renforcer le caractère exceptionnel du prélèvement effectué sur les mineurs, il faut revoir la liste des bénéficiaires. Le donneur majeur vivant peut effectuer un don au bénéfice d'un membre plus ou moins éloigné de sa famille, par

¹²¹⁵ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n° R (97) 16 sur la transplantation du foie prélevé sur des donateurs vivants apparentés, 30 sept. 1997

¹²¹⁶ *Ibid.*, IV., p.88

¹²¹⁷ OMS, Principes directeurs sur la transplantation de cellules, de tissus et d'organes humains, A63/24, 25 mars 2010, approuvés dans la résolution WHA63.22 du 21 mai 2010

¹²¹⁸ *Ibid.*, principe directeur 4

exemple pour une personne avec laquelle un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans a été établi, cette possibilité ne sera pas admise pour le mineur. Il paraît en revanche important qu'il puisse effectuer le prélèvement au profit de ses parents. Il est proposé d'inscrire à l'article L. 1231-2 :

« Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure.

Un prélèvement pourra être effectué sur un mineur à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur immunologiquement compatible.

Le prélèvement se fait alors nécessairement au bénéfice de ses parents, de ses frères ou sœurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de ses père et mère ».

776. Il convient ensuite de s'assurer que les intérêts du mineur sont correctement protégés. L'opération n'étant pas réalisée pour son bénéfice direct, il est préférable de ne pas laisser le mineur seul face à la prise de décision. Son consentement sera donc insuffisant à mettre en œuvre le prélèvement. Pour l'accompagner dans cette démarche, les titulaires de l'autorité parentale ne sont pas les mieux placés pour s'assurer de la protection des intérêts du mineur. En effet, le receveur étant un membre de la famille, voire eux-mêmes, les parents rencontrent ici une forme de conflit d'intérêts. Il est donc préférable de faire intervenir une instance neutre pour consentir à l'acte. L'article pourra préciser :

« L'autorisation d'effectuer le prélèvement est délivrée par le juge après audition du mineur, des titulaires de l'autorité parentale, et du comité d'experts. Le refus du mineur fait obstacle au prélèvement ».

777. En dehors des prélèvements de sang et d'organes, les tissus et les cellules peuvent également être collectés. La législation applicable doit également être révisée.

II La révision des règles applicables aux prélèvements de tissus et cellules effectués sur les personnes vulnérables

778. La loi encadre le prélèvement de tissus et de cellules effectué sur les mineurs et les majeurs protégés. Cette loi est trop restrictive de leur autonomie¹²¹⁹. Ils sont par exemple privés de la possibilité de faire l'objet d'un prélèvement de tissus ou de cellules non issues de la moelle osseuse. Cette interdiction est surprenante dans la mesure où cet acte ne comporte que peu de risque et qu'il est autorisé lorsque les cellules proviennent de la moelle osseuse. Aussi la loi doit-elle être révisée. Lorsque ces éléments ne sont pas issus de la moelle osseuse (**A**), le don est opéré de manière anonyme. En revanche lorsque les cellules sont hématopoïétiques (**B**), le prélèvement est effectué au profit d'un receveur déterminé. Les enjeux et implications liés à ces deux prélèvements sont donc différents, ce qui devrait être le cas de la législation.

A) La révision des règles applicables aux prélèvements de tissus et de cellules non issues de la moelle osseuse

779. Dans le but de protéger l'intégrité physique des majeurs protégés, le législateur les prive de la possibilité de participer à certains actes médicaux réalisés dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Ils sont ainsi exclus de la possibilité de faire l'objet d'un prélèvement de tissus ou de cellules non issues de la moelle osseuse¹²²⁰ de leur vivant. Cette interdiction totale ne souffre d'aucune exception, il paraît essentiel de revenir sur ce principe pour les majeurs protégés (1) et pour les mineurs (2).

¹²¹⁹ CCNE, Avis n°115, questions d'éthiques relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantation, 7 avril 2011

¹²²⁰ Art. L. 1241-2 Code de la santé publique ; V. § 44 et s., § 228 et s. et § 370 et s.

1) La révision des règles applicables aux prélèvements de tissus ou de cellules non issues de la moelle osseuse sur les majeurs protégés

780. Le législateur a mis en place des règles spécifiques pour les prélèvements de tissus ou de cellules réalisés sur la personne du majeur protégé **(a)** ou sur celle de son enfant dans le cas des prélèvements embryonnaires ou fœtaux **(b)**. Une révision sur ces deux points est nécessaire.

a. La révision des règles applicables aux prélèvements de tissus ou cellules réalisés sur la personne du majeur protégé

781. Comme en matière de don d'organes, les prélèvements de tissus ou de cellules non issues de la moelle osseuse sur la personne d'un majeur protégé sont interdits¹²²¹. Pour des raisons similaires à celles évoquées pour le don d'organes, cette interdiction totale est trop restrictive de l'autonomie du majeur protégé¹²²². Il est proposé de supprimer cette interdiction totale. Cela semble logique sachant qu'il est possible de réaliser à titre exceptionnel des prélèvements de cellules hématopoïétiques sur les majeurs protégés¹²²³.

782. Il est possible de fixer des règles inspirées de celles suggérées pour le prélèvement d'organes. La situation diffère cependant légèrement de ce dernier cas, ici le prélèvement n'est pas réalisé au bénéfice d'un membre de la famille du donneur, mais est effectué au profit d'un receveur anonyme. Les enjeux psychologiques pour le donneur sont moindres. Il ne paraît donc pas aussi indispensable d'autoriser le prélèvement lorsque le majeur est inapte à consentir. L'article L. 1241-2 du Code de la santé publique peut ainsi être modifié

« Un prélèvement de tissus ou de cellules non issues de la moelle osseuse, en vue d'un don, peut avoir lieu sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

¹²²¹ Art. L. 1241-2 CSP

¹²²² V. § 370 et s.

¹²²³ V. § 373 et s.

Le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 évalue l'aptitude à consentir du majeur protégé au prélèvement. Si le majeur est jugé apte, son seul consentement suffit à mettre en œuvre l'acte et son refus y fait obstacle.

En cas d'inaptitude, aucun prélèvement ne pourra être réalisé sur la personne du majeur protégé ».

*b. La révision des règles applicables aux prélèvements
embryonnaires ou fœtaux réalisés sur la personne de l'enfant du
majeur protégé*

783. Le principe d'interdiction est également applicable pour le prélèvement de tissus ou de cellules embryonnaires ou fœtales réalisé sur la personne de l'enfant de la majeure protégée. Il est proposé d'ouvrir cette possibilité lorsque la majeure est apte à consentir, ainsi l'article L. 1241-5 précisera :

« Un tel prélèvement peut avoir lieu si la femme ayant subi l'interruption de grossesse fait l'objet d'une mesure de protection légale et est jugée apte à consentir.

La majeure donne seule son consentement au prélèvement ».

La question de l'accès des mineurs aux prélèvements de produits issus du corps humain doit également être revue.

2) La révision des règles applicables aux prélèvements de tissus ou de cellules non issues de la moelle osseuse effectués sur les mineurs

784. Tout comme pour les majeurs protégés, le législateur est venu priver les mineurs de la possibilité de participer à certains actes médicaux réalisés dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Ainsi, ils sont écartés¹²²⁴ du prélèvement de tissus ou de cellules non issues de la moelle osseuse¹²²⁵ de leur vivant que l'acte soit réalisé sur leur personne **(a)** ou celle de leur enfant **(b)**. Il est proposé une atténuation de cette interdiction.

¹²²⁴ V. § 44 et s. et § 228 et s.

¹²²⁵ Art. L. 1241-2 CSP

a. *La révision des règles applicables aux prélèvements de tissus ou cellules réalisés sur la personne du mineur*

785. Comme pour les majeurs protégés, le prélèvement de tissus ou de cellules non issues de la moelle osseuse sur un mineur vivant fait l'objet d'une interdiction totale¹²²⁶. Le mineur est privé de l'accès à cet acte, qu'il soit apte ou non à consentir. Le receveur étant ici anonyme, le malaise psychologique qu'il pourrait éprouver à l'idée de ne pas pouvoir contribuer à aider un membre de sa famille en participant au prélèvement est moindre. Pour les majeurs protégés, il a été proposé une atténuation de cette interdiction s'ils sont aptes à consentir. Pour les mineurs, il serait imaginable de procéder de même.

786. Cependant, dans la mesure où les mineurs sont physiquement plus vulnérables que les adultes il est préférable de maintenir cette interdiction même s'ils sont aptes à consentir. Le maintien de cette interdiction est conforme aux recommandations de l'Organisation mondiale de la Santé¹²²⁷. Selon ces dernières, une exception au principe de l'interdiction pour les mineurs de devenir donneurs peut être admise dans le but d'aider un membre de la famille du mineur, ce qui n'est pas le cas ici.

b. *La révision des règles applicables aux prélèvements embryonnaires ou fœtaux réalisés sur la personne de l'enfant de la mineure*

787. Le principe d'interdiction est également applicable pour le prélèvement de tissus ou cellules embryonnaires ou fœtaux lorsque la mère est mineure. Un prélèvement peut uniquement être réalisé pour déterminer les causes de l'interruption de grossesse. Comme pour les majeures protégées, il est proposé d'ouvrir la possibilité d'effectuer les prélèvements y compris lorsqu'il ne s'agit pas de déterminer la cause de l'interruption de grossesse, ainsi l'article L. 1241-5 précisera :

« Un tel prélèvement peut avoir lieu si la femme ayant subi l'interruption de grossesse

¹²²⁶ Art. L. 1241-2 CSP

¹²²⁷ OMS, *Principes directeurs sur la transplantation de cellules, de tissus et d'organes humains*, A63/24, 25 mars 2010, approuvés dans la résolution WHA63.22 du 21 mai 2010, principe directeur 4

est mineure et est jugée apte à consentir. La mineure donne seule son consentement au prélèvement ».

788. Avec ces modifications, les prélèvements de tissus et de cellules non issues de la moelle osseuse seront plus largement accessibles aux personnes protégées aptes à consentir. Le législateur a instauré un régime spécial pour les cellules issues de la moelle osseuse, cellules qualifiées d'hématopoïétiques.

B) La révision des règles applicables aux prélèvements de cellules hématopoïétiques sur les personnes vulnérables

789. Les cellules hématopoïétiques sont des cellules souches issues de la moelle osseuse. Les probabilités de trouver un donneur compatible en dehors du cercle familial étant très faibles¹²²⁸, le prélèvement de ces cellules sur un mineur ou un majeur protégé est possible à titre exceptionnel. Lors de la première partie, les limites de la loi actuelle ont été dévoilées¹²²⁹. Ce qui conduit à envisager un changement législatif concernant les bénéficiaires du prélèvement et la manière de le réaliser (1) ainsi que sur la procédure applicable quant à l'obtention de l'autorisation permettant sa mise en œuvre (2).

1) Une modification des bénéficiaires et du mode de prélèvement des cellules hématopoïétiques sur les personnes vulnérables

790. Lorsqu'un prélèvement de cellules hématopoïétiques est envisagé sur un mineur ou un majeur protégé, la loi vient restreindre la manière d'effectuer le prélèvement ainsi que les bénéficiaires du don. Il est proposé de réviser les règles applicables au mode de prélèvement (a) afin de permettre la mise en œuvre d'un prélèvement par aphérèse chez les personnes vulnérables. De même, il apparaît préférable de revoir la catégorie des receveurs du prélèvement (b) de manière à autoriser les prélèvements au profit des parents du patient ou de ses enfants.

¹²²⁸ 1 chance sur un million selon l'Agence de la Biomédecine.

¹²²⁹ V. 44 et s., § 228 et s. et § 373 et s.

a. *La révision des règles applicables au mode de prélèvement des cellules hématopoïétiques*

791. Il existe deux manières d'effectuer le prélèvement de cellules hématopoïétiques, par ponction ou par aphérèse. Cette dernière méthode est celle qui pose le moins d'inconvénients pour la santé du donneur puisqu'elle consiste en une simple prise de sang après injection d'un traitement spécifique destiné à faire migrer les cellules de la moelle dans le système sanguin. Cette technique représente aujourd'hui 75 % des prélèvements de cellules hématopoïétiques¹²³⁰. Or, en raison de l'article L. 1221-6, elle demeure inaccessible aux mineurs ainsi qu'aux majeurs protégés. Cet article interdit de procéder à une modification des caractéristiques du sang d'un mineur ou d'un majeur protégé et le prélèvement par aphérèse implique l'injection d'un médicament ayant cet effet. Par conséquent, le prélèvement de cellules hématopoïétiques chez les mineurs et les majeurs protégés ne peut être effectué que par ponction ce qui est plus dangereux pour leur santé. L'Agence de la biomédecine recommande de corriger cette incohérence¹²³¹.

792. Il est donc dans un premier temps proposé de modifier l'article L. 1221-6 : « Les caractéristiques du sang d'un mineur ou d'un majeur protégé ne peuvent être modifiées avant le prélèvement en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui *qu'à titre exceptionnel, dans le cadre de l'application des articles L. 1241-3 et L. 1241-4. Le mineur ou le majeur protégé consent lui-même à cet acte s'il est apte à consentir. Dans le cas contraire, les médecins doivent obtenir le consentement de l'un des deux titulaires de l'autorité parentale ou de la personne chargée de la protection du majeur* ».

793. Cette modification permettra d'effectuer un prélèvement par aphérèse sur les mineurs et les majeurs protégés. Dans les deux cas, celui-ci ne pourra être réalisé que de façon exceptionnelle pour des bénéficiaires préalablement déterminés par la loi.

¹²³⁰ Agence de la biomédecine, Rapport sur l'application de la loi de bioéthique, janvier 2018, p.20

¹²³¹ *Ibid.*

b. La révision des règles applicables aux bénéficiaires du prélèvement des cellules hématopoïétiques

794. L'article L. 1241-3 permet un prélèvement exceptionnel sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur, mais également de ses cousins germains, oncles et tantes, neveux et nièces. C'est également le cas pour les prélèvements effectués sur un majeur protégé¹²³² à ceci près que ceux effectués au profit de ses cousins germains, oncles et tantes, neveux et nièces ne peuvent être effectués que si le majeur est sous sauvegarde de justice ou curatelle et qu'il est jugé apte à consentir.

795. Que le donneur soit mineur ou majeur protégé, il a été constaté l'impossibilité d'effectuer un prélèvement au bénéfice de ses parents ou de ses enfants. Cette mesure est insatisfaisante. Il n'est pas logique de pouvoir donner des cellules à un oncle ou à un cousin, mais pas à ses propres parents ou à ses enfants. Tout comme pour le don d'organes, interdire cet acte peut représenter une grande source de souffrance pour le potentiel donneur privé de la possibilité de venir en aide à un membre de sa famille. La légalisation de ce prélèvement est donc indispensable. L'Agence de la biomédecine invite d'ailleurs à insérer la possibilité pour les mineurs d'effectuer un prélèvement au profit de ses parents¹²³³.

796. Par conséquent, il est proposé d'insérer au sein de la liste des bénéficiaires du prélèvement figurant aux articles L. 1241-3 et L. 1241-4 les père et mère ainsi que les enfants du mineur et du majeur protégé. Il apparaît cependant important de réfléchir au mécanisme qui sera mis en place pour consentir à celui-ci. Il est impensable que les titulaires de l'autorité parentale puissent consentir à un prélèvement sur la personne de leur enfant pour leur propre bénéfice. De même, le parent d'un majeur protégé ne doit pas pouvoir le représenter ou l'assister si l'acte est accompli dans son intérêt. Ce qui conduit à revoir la manière dont le consentement au prélèvement doit être exprimé.

¹²³² Art. L. 1241-4 CSP

¹²³³ Agence de la biomédecine, Rapport sur l'application de la loi de bioéthique, janvier 2018, p.20

2) Une modification de la procédure applicable à l'expression du consentement au prélèvement

797. Un prélèvement de cellules hématopoïétiques ne pourra être effectué qu'après obtention d'un consentement. Les règles relatives à la procédure d'expression de ce dernier doivent être révisées pour les mineurs (a) ainsi que pour les majeurs protégés (b). Il n'est en effet pas envisageable que leurs droits puissent être exercés par la personne chargée de leur protection dans la mesure où le bénéficiaire du don est un membre de la famille.

a. *La révision de la procédure relative à l'expression du consentement pour un prélèvement de cellules hématopoïétiques réalisé sur un mineur*

798. Chez les mineurs, les deux titulaires de l'autorité parentale doivent donner leur accord devant le tribunal de grande instance pour que le prélèvement puisse être effectué. Il a été soulevé le fait que la permission accordée aux parents de représenter leur enfant n'était pas l'idéal dans la mesure où le don est effectué de manière intrafamiliale. Les conflits d'intérêts pour les parents sont trop fréquents pour qu'ils puissent représenter correctement les intérêts du mineur. De plus, on note qu'*in fine* le consentement parental n'est pas suffisant et que le prélèvement ne pourra être mis en œuvre que sur autorisation du comité d'experts compétents en la matière. L'Agence de la biomédecine, dans son rapport relatif à l'application de la loi de la bioéthique¹²³⁴ s'interroge également quant à la pertinence de maintenir l'exigence pour les donneurs d'exprimer un consentement devant le juge dans la mesure où l'acte chez un mineur est en définitive autorisé par le comité d'experts. Elle constate que ces demandes représentent une charge importante pour des tribunaux déjà surchargés¹²³⁵. Le comité pourrait directement recueillir le consentement. L'agence invite toutefois à la prudence

¹²³⁴ *Ibid.*, p.21

¹²³⁵ 2000 dossiers sont présentés chaque année devant les TGI (tous patients confondus).

dès lors que le don est apparenté, le donneur pouvant subir des pressions familiales en vue de l'obtention de son consentement.

799. L'article L. 1241-3 peut-être reformulé afin de donner plus de poids à la voix du mineur apte à consentir et exprimer l'idée selon laquelle le consentement parental ne suffit pas à mettre en œuvre le prélèvement. Au vu de ces problématiques, il est proposé une nouvelle rédaction de l'article :

« Le prélèvement sur une personne mineure pourra être mis en œuvre sur autorisation du comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 après audition du mineur et des titulaires de l'autorité parentale.

Le mineur exprime directement son consentement devant le comité. Celui-ci se charge dans un premier temps d'évaluer l'aptitude à consentir du mineur.

Le comité ne pourra autoriser le prélèvement qu'à condition de recueillir le consentement d'au moins l'un des deux titulaires de l'autorité parentale.

Le refus du mineur apte à consentir fait obstacle au prélèvement.

Le comité s'assure au préalable que, notamment au regard des règles de bonnes pratiques mentionnées à l'article L. 1245-6, les conditions de réalisation du prélèvement ne comportent aucun risque pour le mineur compte tenu de son âge ou de son développement, que tous les moyens ont été mis en œuvre pour trouver un donneur majeur suffisamment compatible ».

La problématique de l'expression du consentement au prélèvement de cellules hématopoïétiques se rencontre également pour les majeurs protégés.

b. La révision de la procédure relative à l'expression du consentement pour un prélèvement de cellules hématopoïétiques réalisé sur un majeur protégé

800. La procédure actuelle applicable à l'expression du consentement pour la réalisation d'un prélèvement de cellules hématopoïétiques sur un majeur protégé est

complexe. Il a été noté que ces règles étaient différentes en fonction du régime de protection du majeur. Pour le majeur sous tutelle, l'autorisation est délivrée par le juge des tutelles après audition du majeur, du tuteur et du comité d'experts. Pour le majeur sous curatelle ou sous sauvegarde de justice, le juge commence par évaluer son aptitude à consentir. Si cette aptitude est présente, alors le prélèvement pourra être effectué sur autorisation du comité d'experts. Les autres catégories de protection juridique ne sont pas mentionnées.

801. Il est suggéré de modifier l'article L. 1241-4 de façon à uniformiser le régime applicable aux majeurs protégés. Il est possible d'introduire un régime inspiré de celui proposé pour les mineurs ainsi que de la loi actuelle applicable aux majeurs sous curatelle et sauvegarde de justice. Conformément à la volonté de l'Agence de la biomédecine, la nécessité d'exprimer un consentement devant le juge sera supprimée. Le comité d'experts se chargera directement de l'évaluation de l'aptitude à consentir du majeur protégé. L'article pourrait ainsi être modifié :

« Le prélèvement sur un majeur protégé pourra être mis en œuvre sur autorisation du comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 après audition du majeur et de la personne chargée de sa protection.

Le comité se charge dans un premier temps d'évaluer l'aptitude à consentir du majeur. Si cette aptitude est présente, le majeur exprime directement son consentement devant le conseil.

En cas d'inaptitude, le comité ne pourra autoriser le prélèvement qu'à condition de recueillir le consentement de la personne chargée de la protection du majeur.

Le refus du majeur apte à consentir fait obstacle au prélèvement.

Le comité s'assure au préalable que, notamment au regard des règles de bonnes pratiques mentionnées à l'article L. 1245-6, que tous les moyens ont été mis en œuvre pour trouver un donneur majeur suffisamment compatible ».

Conclusion de la première section

802. La législation applicable aux prélèvements de produits issus du corps humain va faire l'objet d'une modification de manière à octroyer une plus grande autonomie aux mineurs et aux majeurs protégés. Ils accéderont à un plus grand nombre de prélèvements, et seront en mesure de donner plus souvent leur accord. Il est notamment proposé d'autoriser l'accès des personnes vulnérables aux prélèvements sanguins réalisés dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Elles doivent pouvoir consentir seules à la mise en œuvre de cet acte si elles sont aptes à consentir. Dans le cas contraire, le prélèvement ne sera admis qu'à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur immunologiquement compatible.avec le consentement de la personne chargée de la protection du patient. Ce dernier disposera d'un droit de veto pour faire obstacle à la réalisation de cet acte.

Un prélèvement de tissus et de cellules doit être possible sur un majeur protégé jugé apte à consentir. Lorsque les cellules sont issues de la moelle osseuse, le prélèvement devra pouvoir bénéficier notamment aux parents et aux enfants du majeur. Le comité d'experts autorisera la mise en œuvre de l'acte. Seul le prélèvement de cellules issues de la moelle osseuse doit être envisagé sur un mineur au bénéfice entre autres de ses parents, ses enfants ou frères et sœurs. Le comité d'experts autorise la mise en œuvre de cet acte.

La modification des caractéristiques du sang de la personne vulnérable doit également être possible afin de permettre le prélèvement de cellules issues de la moelle osseuse par le biais de la méthode de l'aphérèse, moins invasive pour sa personne.

803. Les prélèvements d'organes du vivant de la personne vulnérable doivent également être rendus possibles. Si le patient est un majeur protégé, il doit pouvoir consentir seul s'il est apte à le faire, dans le cas contraire, le consentement ne sera possible qu'à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection juridique immunologiquement compatible. L'autorisation d'effectuer le prélèvement sera délivrée par le juge. Le prélèvement sur un mineur sera exceptionnellement possible sur autorisation du juge. Outre les prélèvements de

produits issus du corps humain, il existe des dispositions spécifiques pour d'autres actes médicaux (**Seconde section**).

Seconde section : La révision des règles applicables aux actes non liés aux prélèvements de produits issus du corps humain

804. Les prélèvements de produits issus du corps humain ne sont pas les seuls actes médicaux à faire l'objet d'une législation spécifique. Le législateur est venu encadrer de manière spécifique les actes liés au début et à la fin de la vie (I). Il existe de nombreuses dispositions relatives encadrant l'accès à la procréation ou à l'interruption d'une grossesse qui prévoient des dispositions spécifiques pour les personnes vulnérables. Il a été relevé que ces dernières ont une autonomie plutôt importante pour accéder à ces actes, mais la loi pouvait cependant faire l'objet d'amélioration. De même, dans le domaine de la fin de vie, la situation des mineurs et des majeurs protégés n'est pas toujours satisfaisante et des modifications pourraient être apportées afin d'améliorer leur autonomie.

Il existe également des dispositions applicables à des actes réalisés dans des situations médicales très spécifiques (II), à savoir lors d'une recherche médicale, ou dans le cadre de la mise en œuvre de soins psychiatriques. La situation des personnes vulnérables qui participent à ces actes doit également être améliorée.

I La révision des règles applicables aux actes liés au début et à la fin de vie

805. Le Code de la santé publique instaure des règles spécifiques destinées à encadrer les actes liés au début et à la fin de la vie. Il existe des dispositions relatives à la contraception, à l'interruption de grossesse, ainsi qu'à l'interdiction de poursuivre un traitement avec une obstination déraisonnable ou à la mise en place d'une sédation profonde et continue.

806. Les mineurs et les majeurs protégés ne sont que peu pris en compte par ces législations, et lorsqu'ils le sont, force est de constater qu'ils ne bénéficient souvent que d'une autonomie limitée. Afin de rééquilibrer la situation, une révision des actes liés à la procréation (A) ainsi qu'à la fin de vie (B) est nécessaire.

A) La révision des règles applicables aux actes médicaux liés à la procréation des personnes vulnérables

807. Les actes liés à la procréation sont variés, il s'agit notamment de l'accès à la contraception, à l'interruption volontaire de grossesse ou à la procréation médicalement assistée. Ces actes doivent demeurer librement accessibles aux mineurs et aux majeurs protégés. Ils relèvent du domaine de l'intime et il n'est pas toujours aisé d'y impliquer d'autres personnes. Or la législation actuelle ne prend pas toujours suffisamment en compte les personnes protégées. Aussi une révision des actes liés à la conception d'un enfant (1) et à l'interruption de grossesse (2) doit être envisagée.

1) La liberté d'accès des personnes vulnérables aux actes médicaux liés à la conception d'un enfant

808. « L'exercice de la sexualité, comme celui de la parole, requiert dans notre société, avant tout un esprit de raison »¹²³⁶, ce qui explique la délicatesse de la question

¹²³⁶ GAUDIN M-A., « Handicap mental et parentalité. La sexualité au risque de l'enfantement », *Le sociographe*, 2008, vol.27, n°3, p. 51

de l'accès des mineurs et des majeurs protégés aux actes liés à la conception d'un enfant. Il s'agit de personnes vulnérables ne disposant pas toujours des capacités nécessaires pour appréhender pleinement les conséquences d'une grossesse. D'un autre côté, certains mineurs et majeurs protégés ont conscience des responsabilités qu'implique la naissance d'un enfant et souhaitent s'y engager en pleine connaissance de cause.

809. En raison du caractère intime de cette problématique, il paraît important de concéder aux mineurs et aux majeurs protégés une grande autonomie afin d'éviter que l'on puisse les priver de la possibilité de concevoir un enfant. Pour ce faire, une révision des règles liées à l'accès aux techniques de contraception (a) et aux techniques d'assistance médicale à la procréation (b) est nécessaire.

a. La révision des règles relatives à la contraception des mineurs et des majeurs protégés

810. Parmi les techniques de contraception, il faut distinguer deux grandes catégories, les méthodes de contraception « classiques » et la méthode de la stérilisation à visée contraceptive. En ce qui concerne la première catégorie, une grande liberté d'accès des mineurs et des majeurs protégés doit être envisagée. Il s'agit de méthodes ne comportant que peu de dangers pour la personne, et qui permettent facilement d'éviter une grossesse.

811. En revanche, l'accès à la seconde est une question plus délicate, car plane immédiatement le spectre des dérives eugéniques. Par le passé, des stérilisations massives de personnes handicapées mentales ont été pratiquées¹²³⁷. La législation doit faire obstacle à cette dérive. D'un autre côté, il n'est pas non plus envisageable d'interdire purement et simplement l'accès des personnes protégées et surtout des majeurs à cet acte¹²³⁸. La grossesse peut avoir pour effet d'aggraver certaines

¹²³⁷ V. par ex. : la loi du 14 juillet 1933 « pour la prévention d'une descendance héréditairement malade » adoptée en Allemagne, et qui aurait permis la stérilisation de 400 000 personnes handicapées entre 1934 et 1939 (TERNON Y., « L'Aktion T4 », *Revue d'histoire de la Shoah*, 2013, vol. 199, n°2, p.37). En France, V. CEDH, 23 oct. 2012, « Gauer et autres c/France », req. n°61521/08 : dans cette affaire, 5 majeurs protégés subirent une stérilisation sans leur consentement.

¹²³⁸ DISERENS A., VATRE F. et C., « Une personne handicapée mentale peut-elle être parent ? », *Thérapie familiale*, 2003, vol. 24, n°2, p. 199

pathologies mentales¹²³⁹. De plus, le degré d'altération des facultés mentales du majeur est parfois tel qu'il empêche définitivement d'envisager pour lui la possibilité d'élever un enfant. Il est alors important d'empêcher la survenance d'une grossesse. Or, dans certains cas, il est pratiquement impossible pour le majeur de suivre une méthode de contraception classique. Un accès strictement contrôlé à la stérilisation contraceptive doit être maintenu.

812. Le législateur a essayé de prendre en compte ces différentes problématiques, cependant la loi n'est pas toujours bien adaptée aux mineurs et aux majeurs protégés. Une modification des règles applicables à la contraception « classique » (α) ainsi qu'à la stérilisation (β) est donc envisagée

α . La révision des règles applicables à l'accès des mineurs et des majeurs protégés à la contraception

813. En ce qui concerne l'accès à la contraception, la loi préserve l'autonomie des mineurs de manière satisfaisante. Il a été vu¹²⁴⁰ que l'article L. 5134-1 du Code de la santé publique leur permet d'accéder très facilement à cette technique. Non seulement ils n'ont pas besoin de l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale pour en bénéficier, mais en plus ils peuvent se procurer gratuitement en pharmacie ou au sein de leur lycée dans certains cas, une contraception d'urgence. Il n'est donc pas nécessaire de modifier la loi sur ce point.

814. Il est cependant à regretter que le législateur n'impose pas un accompagnement plus poussé des mineurs lorsqu'ils souhaitent se procurer une contraception qui ne relève pas de la contraception d'urgence. Dans ce dernier cas, les pharmaciens doivent procéder à un entretien confidentiel avec la mineure afin de vérifier si elle correspond bien aux critères de délivrances. Lorsque la mineure s'adresse à l'infirmière scolaire, cette dernière s'assure de l'accompagnement psychologique de l'élève et de la mise en place d'un suivi médical. Dans ces deux situations, la mineure n'est pas livrée à elle-

¹²³⁹ BAYLE B., *L'enfant à naître. Identité conceptionnelle et gestation psychique*, ERES, 2005

¹²⁴⁰ V. § 238 et s.

même, des majeurs sont présents pour la conseiller.

En revanche, pour les méthodes ne relevant pas de la contraception d'urgence, il n'existe aucun accompagnement imposé par le législateur. Pour la majeure partie des contraceptifs, le mineur sera obligé de faire appel à un médecin ou une sage-femme pour obtenir une ordonnance. Ces professionnels se chargeront certainement d'encourager le mineur à en discuter avec les titulaires de l'autorité parentale, mais il est déplorable que cela ne soit pas expressément indiqué dans la loi, comme c'est le cas à l'article L. 1111-5 par exemple. Il pourrait être précisé au sein de l'article L. 5134-1 que :

« I. — Le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux personnes mineures.

Lorsqu'un mineur se présente seul chez un professionnel de santé en vue de la prescription d'un contraceptif, ce dernier doit l'encourager à en discuter avec ses titulaires de l'autorité parentale.

Le refus du mineur ne fait pas obstacle à la prescription du contraceptif par le professionnel de santé ».

815. Cette mesure permet d'encourager le mineur à aborder cette question avec les titulaires de l'autorité parentale, sans pour autant le priver de l'accès à la contraception s'il refuse. Elle se rapproche des nouvelles règles proposées en matière de droit commun pour les soins requis par l'état de santé qui disposent que : « *Les mineurs de treize ans et les majeurs protégés peuvent consentir seuls à un soin requis par leur état de santé s'ils sont jugés aptes à consentir.*

Le professionnel de santé doit dans un premier temps encourager le mineur ou le majeur protégé à se faire accompagner dans cette démarche par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de sa protection.

Leur refus ne constitue pas un obstacle à la mise en œuvre des soins requis par leur état de santé sur leur seul consentement ».

816. Si pour les mineurs, l'autonomie d'accès à cet acte médical est plutôt satisfaisante, cela n'est pas le cas pour les majeurs protégés pour qui plusieurs aspects de la législation sont à revoir. Il a été souligné¹²⁴¹ que l'article L. 5134-1 ne prenait pas

¹²⁴¹ V. § 400 et s.

en compte le cas des majeurs protégés. Leur accès à la contraception va donc s'effectuer selon les règles de droit commun et en fonction de leur régime de protection. Ainsi, les majeurs sous tutelle ou faisant l'objet d'une mesure de représentation ne pourront accéder à la contraception qu'avec l'accord de leur représentant légal. Les majeurs protégés ne faisant pas l'objet d'une mesure de représentation ne sont pas pris en compte et accéderont à la contraception selon les règles de l'article 459 du Code civil. Ils pourront par conséquent agir seuls, et ce n'est qu'en cas d'incapacité de prendre une décision personnelle éclairée que le juge pourra autoriser leur assistance ou représentation dans ce domaine.

817. Le régime actuel introduit donc une différence de traitement des majeurs protégés en fonction de leur régime de protection. Il est ici nécessaire de revoir les conditions d'accès des majeurs protégés à la contraception de façon à uniformiser les règles qui leur sont applicables. Il est envisageable de s'inspirer des nouvelles règles proposées en matière d'accès à un soin requis par l'état de santé de la personne. L'article L. 5134-1 pourra comporter un nouveau paragraphe selon lequel :

« Les majeurs protégés jugés aptes à consentir exercent seuls leurs droits prévus au présent article. À leur demande, ils peuvent être accompagnés dans l'exercice de ces droits par la personne chargée de leur protection.

Lorsque les majeurs protégés sont jugés inaptes à consentir, leurs droits sont exercés par la personne chargée de leur protection ».

Ces nouvelles dispositions permettent d'unifier le régime applicable aux majeurs protégés. Ils pourront tous agir de manière autonome en matière de contraception, l'intervention de la personne chargée de leur protection n'étant plus que subsidiaire.

818. La technique de la stérilisation à visée contraceptive doit également faire l'objet d'une révision législative pour les majeurs protégés.

β. L'accès encadré des mineurs et des majeurs protégés à la stérilisation à visée contraceptive

819. Conformément à l'article L. 2123-1 du Code de la santé publique, la pratique de la stérilisation à visée contraceptive est interdite sur des personnes mineures. Il n'est pas souhaitable de revenir sur cette interdiction qui paraît justifiée. En revanche, il avait été relevé plusieurs points¹²⁴² concernant les majeurs protégés nécessitant une modification de la loi. À nouveau la loi ne prend en compte que les majeurs sous tutelle et curatelle. Il n'existe pas de régime spécifique applicable aux majeurs sous régime de protection autre que ces derniers.
820. Il est dans un premier temps proposé de modifier le début de l'article L. 2123-2 la mention selon laquelle la stérilisation « ne peut être pratiquée sur une personne majeure dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou sous curatelle [...] ». Il s'agit ici de remplacer le terme de tutelle et curatelle par celui de *mesure de protection juridique*. Le régime applicable aux majeurs protégés sera ainsi unifié. Tous les majeurs protégés sont ainsi concernés par les dispositions spécifiques.
821. Il a été considéré que la condition selon laquelle la stérilisation ne pouvait être pratiquée que si l'altération des facultés « mentales » constitue un « handicap » ne pouvait être maintenue. Il paraît préférable de ne pas restreindre la possibilité de réaliser cet acte aux seuls majeurs souffrant d'une altération de leurs facultés « mentales », l'ouverture d'une mesure de protection pouvant être liée à une altération des facultés « physiques » de nature à empêcher l'expression de la volonté, ces majeurs ne doivent pas être écartés de la possibilité de réaliser cet acte. Il est proposé de supprimer cette référence au « handicap », notion trop sujette à interprétation.
822. Actuellement, l'acte peut être pratiqué uniquement en cas de contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou d'une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement. Il est suggéré l'ajout d'une restriction supplémentaire à l'accès du majeur à cet acte. La stérilisation ne pourra être mise en œuvre que si

¹²⁴² V. § 405 et s.

l'altération de ses facultés est irréversible. Ce n'est pas parce que le majeur est à un *instant* « *T* » incapable de suivre de manière efficace une contraception qu'il l'est définitivement. Il ne faudrait pas qu'à la suite d'une amélioration de son état, le majeur désirant un enfant se trouve privé de cette possibilité en raison d'une stérilisation réalisée à l'époque où l'altération de ses facultés empêchait la mise en œuvre d'une contraception.

823. Aussi, il est proposé une nouvelle rédaction de l'article L. 2123-2 :

« La ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée sur une personne mineure. *Elle ne peut être pratiquée sur une personne majeure dont l'altération irréversible des facultés mentales ou corporelles a justifié son placement sous mesure de protection conformément aux règles de l'article 425 du Code civil que lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement* ».

Ces nouvelles conditions limitent de manière plus importante la participation des majeurs protégés à cet acte.

824. Les règles applicables à l'expression du consentement pour la mise en œuvre de cet acte sont plutôt satisfaisantes et ne nécessitent qu'une légère modification de manière à les rendre applicables à tous les majeurs protégés, quel que soit leur régime de protection. L'article doit préciser que :

« L'intervention est subordonnée à une décision du juge des tutelles saisi par la personne concernée, ses père et mère ou *la personne chargée de sa protection*.

Le juge se prononce après avoir entendu la personne concernée. Si elle est apte à *consentir*, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Il ne peut être passé outre son refus ou la révocation de son consentement.

Le juge entend les père et mère de la personne concernée ou *la personne chargée de sa protection* ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile.

Il recueille l'avis d'un comité d'experts composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées. Ce comité apprécie la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique.

Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application du présent article ».

825. Ces mesures permettent un équilibre accru entre protection de l'intégrité physique et autonomie du majeur protégé.

b. La révision des règles relatives à l'accès des mineurs et des majeurs protégés à la procréation médicalement assistée

826. L'assistance médicale à la procréation recouvre de nombreux actes allant de la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, ainsi que le transfert d'embryons et l'insémination artificielle¹²⁴³. Le cas des mineurs et des majeurs protégés pour accéder à ces techniques n'est pris en compte qu'à l'article L. 2141-11 relatif à l'autoconservation des gamètes de la personne dont la fertilité risque d'être prématurément altérée. La conservation sera possible avec le consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale pour les mineurs et du tuteur pour les majeurs sous tutelle. Cette mesure est à revoir, d'une part toutes les catégories de protection juridique ne sont pas mentionnées, d'autre part, on ne comprend pas pourquoi l'autonomie des patients est restreinte. L'acte est accompli dans le but d'augmenter les chances pour le patient de procréer. Laisser le patient agir de façon autonome ne va pas mettre en péril sa santé. Il serait plus approprié de permettre la mise en œuvre de cette mesure sur le seul consentement du patient mineur ou majeur protégé dès lors qu'il est jugé apte à consentir. Dans le cas contraire, le consentement de la personne chargée de sa protection sera alors nécessaire. L'article pourrait ainsi indiquer :

« Les mineurs et les majeurs protégés exercent seuls les droits mentionnés au présent article s'ils sont aptes à consentir ».

¹²⁴³ Art. L. 2141-1 CSP

827. Les autres actes liés à l'assistance médicale à la procréation ne comportent pas de dispositions spécifiques pour les mineurs ou les majeurs protégés. Dans la mesure où ces techniques sont réservées aux couples mariés, les mineurs ne sont pas concernés par elles¹²⁴⁴ et il est logique que le législateur ne les prenne pas en compte dans ce domaine. En revanche, les majeurs protégés sont susceptibles de recourir à des techniques relevant de l'assistance médicale à la procréation. Compte tenu de l'enjeu découlant de cette pratique, la procréation, il aurait été préférable de les prendre en compte.

828. En l'absence de règles spécifiques, il convient d'appliquer les règles du Code civil et il faut se demander si ces actes sont simplement ou strictement personnels¹²⁴⁵. Si l'acte est simplement personnel, le majeur peut être représenté dans ce domaine. Or s'il n'est pas en état de prendre une décision personnelle éclairée, est-il véritablement capable de comprendre toutes les conséquences de l'assistance médicale à la procréation. Il est inacceptable d'envisager une situation selon laquelle le majeur protégé se verrait contraint de supporter une stimulation ovarienne ou l'implantation d'un embryon sur consentement de son représentant, alors qu'il n'est pas certain qu'il a lui-même compris les conséquences de cet acte. Au vu de ces arguments, il est préférable de considérer que l'assistance médicale à la procréation constitue un acte strictement personnel pour lequel aucune assistance ou représentation n'est possible. Si le majeur n'est pas en mesure de délivrer seul un consentement libre et éclairé alors l'acte ne pourra être mis en œuvre. Considérer cet acte comme strictement personnel semble d'ailleurs logique au regard des actes figurant à l'article 458 qui se rapportent pour la plupart à la filiation. L'accès à la procréation et donc à la filiation relève de la même logique. Le majeur quel que soit son régime de protection aura ici une autonomie totale puisque l'acte ne pourra être mis en œuvre s'il ne peut agir lui-même. C'est la seule solution satisfaisante pour protéger pleinement la personne du majeur protégé. Afin de clarifier les choses, un nouvel article pourrait être inséré dans le Code de la santé publique au sein du titre IV relatif à l'assistance médicale à la procréation, venant préciser : « *Les majeurs protégés jugés aptes à consentir exercent seuls leurs droits*

¹²⁴⁴ Les mineurs mariés sont émancipés par l'effet du mariage. Pour rappel, les mineurs émancipés ont été écartés de notre champ d'étude.

¹²⁴⁵ V. § 418 et s.

figurant au présent titre. S'ils sont incapables d'agir seuls, les règles de l'article 458 du Code civil sont alors applicables ». Par ces nouvelles mesures, l'autonomie des majeurs protégés est accrue.

Les règles applicables aux mineurs et aux majeurs protégés doivent également être revues lorsqu'ils souhaitent non plus concevoir un enfant, mais plutôt interrompre une grossesse.

2) La liberté d'accès à l'intervention volontaire de grossesse

829. L'article L. 2212-7 dispose que l'interruption volontaire de grossesse d'une mineure doit être autorisée par l'un des deux titulaires de l'autorité parentale. Si elle souhaite garder le secret, le médecin s'efforce dans un premier temps de la convaincre de consulter les titulaires de l'autorité parentale. Si elle refuse, l'acte sera mis en œuvre avec sa seule autorisation, elle devra alors être accompagnée du majeur de son choix. Ces mesures confèrent aux mineures une grande autonomie qui pourrait toutefois être améliorée¹²⁴⁶. Dans la mesure où l'acte peut-être mit en œuvre même si les titulaires de l'autorité parentale le refusent, le principe du recueil de leur consentement n'a qu'une valeur symbolique. Il serait plus juste de venir directement considérer que l'accord de la mineure est suffisant pour la mise en œuvre de l'acte. Il serait cependant possible de maintenir l'obligation pour le médecin d'encourager la mineure à se faire accompagner dans cette démarche par les titulaires de l'autorité parentale. Il est également nécessaire de préciser que lorsque la mineure agit seule, elle est accompagnée du majeur *capable* de son choix, ce qui n'était jusqu'à présent pas précisé dans l'article. L'article pourrait ainsi être modifié :

« Si la femme est mineure non émancipée, le médecin ou la sage-femme doit s'efforcer dans un premier temps, de l'encourager à se faire accompagner dans ses démarches par le ou les titulaires de l'autorité parentale. Son refus n'est pas un obstacle à la mise en œuvre de l'intervention.

¹²⁴⁶ V. § 242 et s.

L'interruption volontaire de grossesse ainsi que les actes médicaux et les soins qui lui sont liés sont pratiqués à la demande de l'intéressée. Dans ce cas, la mineure se fait accompagner dans sa démarche par la personne majeure capable de son choix.

Après l'intervention, une deuxième consultation, ayant notamment pour but une nouvelle information sur la contraception, est obligatoirement proposée aux mineures ».

830. À la différence des mineures, le cas des majeures protégées n'est pas pris en compte¹²⁴⁷. Les règles des articles L. 2212-1 et suivants relatifs à l'interruption volontaire de grossesse ainsi que les règles issues du Code civil s'appliquent. Comme en matière de contraception, il faut alors préciser si l'interruption volontaire de grossesse est un acte simplement ou strictement personnel. Plusieurs éléments conduisent à conclure qu'il s'agit d'un acte strictement personnel pour lequel la majeure ne pouvait faire l'objet d'aucune assistance ou représentation. Afin de rendre le droit plus transparent pour les professionnels de santé, il est nécessaire de le préciser dans le Code de la santé publique. L'article L. 2212-1 pourrait comporter un nouveau paragraphe similaire à celui proposé pour l'accès à l'assistance médicale à la procréation :

« Les majeures protégées exercent seules leurs droits figurant au présent titre. Si elles sont incapables d'agir seules, les règles de l'article 458 du Code civil sont alors applicables ».

831. L'interruption de grossesse peut également être pratiquée pour un motif médical lorsque « la grossesse met en péril grave la santé de la femme [ou] qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic »¹²⁴⁸. La demande d'interruption de grossesse est adressée par la femme aux médecins. Or aucune disposition ne prend en compte le cas de la femme mineure ou majeure protégée. L'agence de la biomédecine plaide pour une uniformisation du régime de l'interruption médicale de grossesse avec celui de l'interruption volontaire de grossesse tel qu'il est actuellement conçu¹²⁴⁹. Il paraît important de mettre en place des dispositions

¹²⁴⁷ V. § 421 et s

¹²⁴⁸ Art. L. 2213-1 CSP

¹²⁴⁹ Agence de la biomédecine, Rapport sur l'application de la loi de bioéthique, janvier 2018 p51

spécifiques pour les mineures et les majeures protégées en matière d'interruption médicale de grossesse. Toutefois à la différence de l'interruption volontaire de grossesse, il ne semble pas ici possible de considérer cet acte comme étant strictement personnel. En effet, cette intervention peut être pratiquée lorsque la santé de la femme est en péril grave. Dans ce contexte, il est indispensable de pouvoir le mettre en œuvre alors même que cette dernière serait inapte à consentir. Aussi convient-il de préciser dans cet article :

« L'interruption de grossesse pratiquée pour motif médical sur une femme mineure non émancipée ou majeure protégée peut être mise en œuvre sur son seul consentement lorsque celle-ci est apte à consentir.

Les médecins évaluent l'aptitude à consentir de la patiente. Si son aptitude est reconnue, ils l'encouragent à se faire accompagner dans cette démarche par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne majeure capable de son choix.

En cas d'inaptitude, l'intervention sera pratiquée avec le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou de la personne chargée de sa protection. En cas de refus, le médecin peut saisir le juge afin qu'il autorise la mise en œuvre de l'intervention ».

Ces modifications permettent de confirmer l'autonomie des mineures et des majeures protégées en matière d'interruption volontaire de grossesse. Une révision des règles applicables à la fin de vie va également avoir cet effet.

B) La révision des règles applicables à la fin de vie des mineurs et des majeurs protégés

832. Le législateur a instauré de nombreuses règles ayant pour but d'encadrer les actes liés à la fin de vie d'une personne. Tout d'abord, il permet au patient d'anticiper cette question en l'autorisant à exprimer de manière anticipée sa volonté pour le cas où il ne serait plus en mesure de le faire. Il encadre également la manière dont les soins peuvent être délivrés dans ce contexte. Les dispositions applicables aux majeurs protégés (1) et aux mineurs (2) dans le domaine de la fin de vie doivent faire l'objet d'une révision. Il

est nécessaire de leur permettre un accès facilité à l'expression de leur volonté lorsqu'ils sont en fin de vie.

1) La révision des règles applicables à la fin de vie ou l'inconscience d'un majeur protégé

833. Le législateur est venu mettre en place des règles permettant à une personne protégée d'exprimer de manière anticipée sa volonté pour le cas où elle ne pourrait plus le faire **(a)**. Des mesures existent également lorsque se pose la question de l'arrêt des traitements sur le majeur incapable d'exprimer sa volonté **(b)**. Dans les deux cas, les dispositions spécifiques pour les majeurs protégés s'avèrent insuffisantes.

a. La révision des règles relatives à l'expression anticipée de la volonté médicale d'un majeur protégé

834. Le majeur protégé, comme tout patient peut exprimer de manière anticipée sa volonté dans le domaine médical pour le cas où il ne serait plus en mesure de le faire. Deux possibilités lui sont ouvertes : la désignation d'une personne de confiance **(α)** ou la rédaction de directives anticipées **(β)**. Il a été relevé que les règles actuelles étaient mal adaptées aux majeurs protégés¹²⁵⁰. Il est donc proposé une révision.

α. La révision des règles relatives à la désignation d'une personne de confiance par un majeur protégé

835. Concernant la désignation d'une personne de confiance. Il a été constaté que l'article L. 1111-6 contenait des dispositions spécifiques pour le majeur sous tutelle. Il peut effectuer cette désignation avec l'accord du juge. Lorsque la désignation est antérieure à l'ouverture de la tutelle, le juge peut confirmer ou non la personne de confiance dans son rôle. Il en découle une inégalité pour les majeurs protégés. Les majeurs sous tutelle ont besoin d'une autorisation pour agir et peuvent voir leur

¹²⁵⁰ V. § 423 et s.

personne de confiance révoquée par le juge alors que ce n'est pas le cas pour les autres majeurs protégés. De plus, les médecins sont confrontés à une pluralité d'interlocuteurs lorsque le majeur protégé désigne une personne de confiance autre que celle chargée de sa protection. Si la personne chargée de la protection du majeur n'appartient pas à sa famille, il est compréhensible que le majeur souhaite être accompagné dans ses démarches médicales par une personne lui étant proche, aussi il faut inviter le juge à réfléchir attentivement à la question de l'opportunité de révoquer ou non la personne de confiance.

836. Plusieurs modifications législatives peuvent être effectuées. L'article L. 1111-6 pourrait être formulé de cette manière :

« Lorsqu'une personne fait l'objet d'une mesure de protection juridique, elle peut désigner une personne de confiance avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué.

Ces derniers doivent être particulièrement attentifs avant d'autoriser la désignation d'une personne de confiance distincte de la personne chargée de la protection du majeur.

Dans l'hypothèse où la personne de confiance a été désignée antérieurement à la mesure de protection, le conseil de famille, le cas échéant, ou le juge peut confirmer la désignation de cette personne ou la révoquer.

Lorsque la personne de confiance antérieurement désignée est distincte de la personne chargée de la protection du majeur, le conseil de famille ou le juge doivent être particulièrement attentifs avant de confirmer sa désignation ».

837. Il avait également été mis en lumière l'existence d'une difficulté particulière lorsque le majeur est placé sous mandat de protection future et que le mandataire s'est vu confier les pouvoirs de la personne de confiance. Aucune disposition n'empêche le majeur de désigner également une personne de confiance, le médecin se retrouvant alors face à deux personnes investies du même rôle. Afin d'éviter cette difficulté, la dernière

nomination pourrait l'emporter¹²⁵¹. Il paraît cependant plus simple de préciser au sein de l'article L. 1111-6 que :

« Il n'est pas possible pour un majeur faisant l'objet d'un mandat de protection future de désigner une personne de confiance lorsque son mandataire s'est vu confier le rôle de cette dernière ».

β. La révision des règles relatives à la rédaction de directives anticipées par le majeur protégé

838. Il a été constaté l'existence d'une différence de traitement entre les majeurs sous tutelle et les autres majeurs protégés. Les articles L. 1111-11 et R. 1111-17 du Code de la santé publique imposent aux majeurs sous tutelle l'obligation d'obtenir une autorisation du juge ou du conseil de famille afin de pouvoir rédiger ses directives. Les autres majeurs protégés, non visés par cet article, ne subissent pas cette exigence. Il est difficile de comprendre pourquoi se retrouve dans un cas l'exigence d'une autorisation et pas dans l'autre.

Il est essentiel d'unifier le régime applicable aux majeurs protégés : soit ils ont tous besoin d'une autorisation, soit celle-ci n'est pas nécessaire. L'autorisation délivrée peut servir à vérifier l'aptitude à consentir du majeur, or, cela n'est pas explicitement indiqué dans l'article. De plus, plutôt que de passer par le juge ou le conseil de famille qui ne dispose pas des compétences nécessaires à l'évaluation de l'aptitude, il paraît préférable de passer par un médecin.

Au vu de ces raisons, la rédaction de l'article L. 1111-11 peut être modifiée de cette manière :

« Le majeur sous protection juridique apte à consentir peut rédiger seul et sans autorisation ses directives anticipées.

Un médecin doit au préalable attester de son aptitude à consentir. Cette attestation est jointe aux directives ».

¹²⁵¹ ARHAB - GIRARDIN F., « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de la santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS*, 2009 p. 875

839. La loi actuelle dispose que le tuteur ne peut assister ou représenter le majeur pour la rédaction des directives. *A contrario*, les majeurs faisant l'objet d'une autre mesure de protection pourraient être assistés dans cet exercice conformément aux règles de l'article 459. Cette différence de régime n'est pas justifiée. Il est donc proposé d'ajouter dans l'article :

« Le majeur protégé apte à consentir rédige seul sans assistance ni représentation ses directives anticipées. Par exception, une assistance pourra lui être fournie s'il entre dans les conditions de l'article R. 1111-17 du présent code ».

Les directives pourront être prises en considération lorsque se pose la question de l'arrêt des traitements du majeur protégé incapable d'exprimer sa volonté.

b. La révision des règles relatives à l'arrêt des traitements sur la personne d'un majeur protégé en fin de vie

840. Lorsque le majeur protégé est en fin de vie, des règles ont été instaurées en ce qui concerne l'arrêt des traitements et la sédation profonde¹²⁵².

841. L'article L. 1110-5-1 affirme l'interdiction de l'obstination déraisonnable. Lorsque se pose la question de l'arrêt d'un traitement inutile, disproportionné ou qui n'a pas d'autres effets que le maintien artificiel de la vie du majeur, il est imposé de consulter le tuteur¹²⁵³. Une fois encore, les autres mesures de protection ne sont pas prises en compte. Il est donc proposé de remplacer le terme « tuteur » par celui de « *personne chargée de la protection du majeur* ». Le régime est ainsi unifié.

L'article L. 1110-5-2 instaure la possibilité de mettre en place une sédation profonde et continue jusqu'au décès du patient. Le cas du majeur protégé n'est pas envisagé, les dispositions de droit commun lui sont donc applicables. Il est juste précisé que lorsque le patient ne peut exprimer lui-même sa volonté, les règles de l'article R. 4127-37-2 sont

¹²⁵² V. § 443 et s.

¹²⁵³ Art. R.4127-37-2 CSP

applicables. Cet article impose le respect de la procédure collégiale prévue à l'article L. 1110-5-1, la modification proposée précédemment s'applique donc à cette situation.

842. Enfin, l'article L. 1110-5-3 qui fixe les règles applicables au « double effet », c'est-à-dire l'administration d'un traitement analgésique pouvant avoir pour conséquence d'abrèger la vie du patient, ne prévoit pas de règles spécifiques pour les majeurs protégés. Son information et l'expression du consentement du majeur protégé se feront selon les règles de droit commun.

2) La révision des règles applicables à la fin de vie d'un mineur

843. Le cas de la fin de vie d'un mineur est une situation très douloureuse que ce soit pour les parents ou pour l'équipe médicale. Le législateur est venu mettre en place une législation relative à l'expression de la volonté du patient (**a**) ou à la délivrance de lorsqu'il est en fin de vie (**b**). Or, il a été constaté¹²⁵⁴ que celle-ci ne prenait pas toujours en compte les mineurs, ou venait les priver de la possibilité d'accomplir certains actes liés à la fin de vie. Plusieurs ajustements législatifs sont possibles pour améliorer leur situation. L'objectif est ici de redonner plus d'autonomie au mineur en fin de vie, tout en adoptant une législation qui soit respectueuse de la souffrance des parents.

a. La révision des règles relatives à l'expression anticipée de la volonté médicale d'un mineur

844. Le mineur est privé de la possibilité de désigner une personne de confiance ou de rédiger des directives anticipées. Il n'est donc pas en mesure d'exprimer de manière anticipée ses souhaits sur la question de sa fin de vie pour le cas où il ne serait plus en mesure de le faire. Il paraît acceptable de refuser au mineur la désignation d'une personne de confiance. Les titulaires de l'autorité parentale sont chargés de prendre soin et d'accompagner leur enfant. Ils sont en quelque sorte ses « personnes de confiance naturelles ». En cas de désignation d'une personne de confiance tierce aux parents, le

¹²⁵⁴ V. § 52 et s.

médecin se trouverait face à une pluralité d'interlocuteurs, ce qui ne ferait que rendre son travail plus complexe. Il est donc proposé de maintenir cette interdiction.

845. En revanche, il faut revenir sur l'interdiction faite au mineur de rédiger des directives anticipées. Son consentement doit être doté d'une certaine efficacité dès lors qu'il est apte à consentir. S'il peut librement s'exprimer sur les actes médicaux devant être mis en œuvre sur sa personne, il semble logique de lui permettre d'indiquer par avance sa volonté pour le cas où il se retrouverait dans l'incapacité de s'exprimer. L'ouverture des directives anticipées aux mineurs aptes à consentir comporte plusieurs avantages. Tout d'abord, elle permet au mineur de bénéficier d'une plus grande autonomie. Ensuite, cela constitue un moyen de favoriser le dialogue entre parents et enfants sur la question de la fin de vie, ce qui est particulièrement utile lorsque le mineur est atteint d'une pathologie grave ou incurable. Enfin cela contribue également à aider les parents à se préparer à la perte de leur enfant. L'article L. 1111-11 relatif aux directives anticipées pourrait indiquer que :

« Toute personne peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces 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 ou d'actes médicaux.

Le mineur apte à consentir peut rédiger des directives anticipées avec l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale ou à défaut du juge ».

Le fait d'imposer l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale a pour but d'encourager le dialogue entre les mineurs et ses parents sur cette question. En cas de refus des titulaires de l'autorité parentale, la possibilité est offerte au mineur de se tourner vers le juge afin qu'il autorise cette rédaction.

846. Comme pour les majeurs protégés, la difficulté va être de vérifier l'aptitude à consentir du mineur, l'article pourrait préciser : *« Un médecin doit au préalable attester de son aptitude à consentir. Cette attestation est jointe aux directives ».*

b. *La révision des règles relatives à l'arrêt des traitements sur la personne d'un mineur en fin de vie*

847. Avec la fin de vie du mineur, se pose également la question de l'arrêt des traitements lorsqu'ils relèvent de l'obstination déraisonnable. L'article L. 11110-5-1 confère cette décision au médecin, sans prendre en compte le cas spécifique des mineurs. L'article R. 4127-37-2 précisant toutefois que l'avis des titulaires de l'autorité parentale était recherché. Il découle de cette absence plusieurs incertitudes quant au fait de savoir si le médecin pouvait passer outre le refus des parents d'interrompre le traitement. Les jurisprudences rendues dans les affaires « Marwa »¹²⁵⁵ et « Inès »¹²⁵⁶ relatives à l'arrêt des traitements sur des mineurs ont apporté des éléments de réponse. Afin de clarifier la situation pour les médecins, il est utile d'insérer ces éléments au sein de l'article L. 1110-5-1 :

« Les actes mentionnés à l'article L. 1110-5 peuvent être suspendus ou ne pas être poursuivis, conformément à la volonté du patient, lorsqu'ils résultent d'une obstination déraisonnable et qu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou qu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie.

Lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, la décision est prise par le médecin, à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire.

Le médecin doit alors prendre en compte un ensemble d'éléments médicaux et non médicaux, dont le poids respectif ne peut être prédéterminé et dépend des circonstances particulières à chaque patient.

Les éléments médicaux doivent être analysés sur une période suffisamment longue et porter notamment sur l'état actuel du patient, sur l'évolution de son état depuis la survenance de l'accident ou de la maladie, sur sa souffrance et sur le pronostic clinique.

¹²⁵⁵ CE, ord. Réf., 8 mars 2017, n°408146, D. 2017 p. 574, obs. c. du Conseil d'état ; AJ Fam. 2017 p. 218, obs. Dionisi-Peyrusse ; RDSS 2017 p. 698, note Thouvenin ; JCP G. 2017, n° 14 p. 382, obs. Vialla
¹²⁵⁶ CE, ord. Réf., 5 janv. 2018, n° 416689, JurisData n° 2018-000023, Dr. Fam. 2018, n°5 p. 142, note Maria ; JCP G. 2018, n° 8 p. 217, note Vialla ; JCP A. 2018, n° 6, p. 2051, note Castaing

Lorsque l'arrêt des traitements concerne un patient mineur, la décision est prise par le médecin après avoir recherché l'avis des titulaires de l'autorité parentale

Si ces derniers refusent l'arrêt des soins, le médecin pourra passer outre ce refus, lorsqu'il a acquis la certitude au vu des éléments médicaux présents, que la poursuite des traitements relève de l'obstination déraisonnable.

En revanche, lorsque les éléments médicaux constitutifs de l'obstination déraisonnable ne sont pas certains, le médecin devra respecter le refus exprimé par les titulaires de l'autorité parentale ».

848. Afin d'éviter au patient en fin de vie toute souffrance, le médecin peut mettre en place une « sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès »¹²⁵⁷ de ce dernier. La procédure collégiale précédemment décrite est applicable, les titulaires de l'autorité parentale pourront donc exprimer leur avis à ce sujet,¹²⁵⁸ mais la décision est à nouveau prise par le médecin.

849. L'article L. 1110-5-3 traite de la question de la délivrance des traitements analgésiques ou sédatifs pour répondre à la « souffrance réfractaire du malade en phase avancée ou terminale même s'ils peuvent avoir comme effet d'abrégé la vie ». Il s'agit de la question du « double effet ». Le cas du mineur n'est pas pris en compte. Il est uniquement précisé qu'il doit informer la famille du patient. Les titulaires de l'autorité parentale ne sont pas spécifiquement visés. Il a été considéré que la mise en place de ce traitement se faisait conformément aux règles de droit commun. Les titulaires de l'autorité parentale vont bien recevoir une information et exprimer un consentement conformément aux articles L. 1111-2 et L. 1111-4 du Code de la santé publique. Afin d'éviter aux professionnels de santé d'avoir à jongler entre plusieurs articles, l'on pourrait directement indiquer cette exigence au sein de l'article L. 1110-5-3.

La question de savoir si le mineur pouvait accéder seul à cet acte en se passant du consentement des titulaires de l'autorité parentale s'est posée. Il a été conclu que l'article L. 1111-5 n'était ici pas applicable dans la mesure où la sédation pouvait conduire au décès du mineur. Cependant avec les réformes proposées, la question peut

¹²⁵⁷ Art. L. 1110-5-2 CSP

¹²⁵⁸ Art. R. 4127-37-3 CSP

à nouveau se poser. Il a été suggéré de conférer une autonomie décisionnelle au mineur apte à consentir pour les soins requis par son état de santé qui ne comportent pas des conséquences graves et prévisibles. Or, ici, le traitement est susceptible d'entraîner le décès du mineur. Il est donc préférable que celui-ci ne puisse pas y consentir seul. En revanche, compte tenu de ces conséquences, il semble logique de permettre au mineur apte à consentir de refuser ce traitement. La rédaction de l'article L. 1110-5-3 doit être revue en précisant que :

« Lorsque le patient est mineur, ses droits sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale conformément aux articles L. 1111-2 et L. 1111-4 du présent code. Le mineur est informé en tenant compte de ses facultés de discernement et son avis est recherché.

Le refus du mineur apte à consentir fait obstacle à la mise en œuvre du traitement ».

850. Il existe également une législation applicable aux actes médicaux réalisés dans des situations spécifiques (II).

II La révision des règles applicables aux personnes vulnérables dans des situations médicales spécifiques

851. Le législateur est venu mettre en place une législation applicable aux actes pratiqués lorsque le patient se trouve dans un contexte médical particulier qui est celui de la recherche (A) ou de la délivrance de soins psychiatriques (B). Il a été constaté dans la première partie que plusieurs ajustements législatifs étaient possibles. Les dispositions applicables aux personnes vulnérables sont en effet insuffisantes ou incohérentes.

A) La révision des règles applicables aux actes liés à la recherche sur des personnes vulnérables

852. La loi actuelle encadre déjà strictement la participation des mineurs et des majeurs protégés à une recherche. Ils ne sont sollicités que si des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur des personnes majeures ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection et si l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ; ou si ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres mineurs ou majeurs placés dans la même situation. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal¹²⁵⁹. Ces conditions assurent une protection satisfaisante des mineurs et des majeurs protégés et il est suggéré de les maintenir en vigueur. Plusieurs aspects du droit positif concernant le recueil du consentement autorisant la participation des majeurs protégés (1) et des mineurs (2) à la recherche doivent cependant être revus.

¹²⁵⁹ Art. L. 1121-7 et L. 1121-8 CSP

1) La révision des règles applicables aux actes liés à la recherche chez les majeurs protégés

853. Pour les majeurs protégés, les règles actuelles vont varier en fonction du régime de protection. L'incohérence de la loi qui interdit la recherche sur la personne d'un majeur sous sauvegarde de justice, mais l'autorise chez des majeurs dont les facultés cognitives sont atteintes de manière plus importante, a été soulignée dans la première partie. Il est donc dans un premier temps proposé de supprimer la mention selon laquelle « une personne faisant l'objet d'une mesure de sauvegarde de justice ne peut être sollicitée aux fins de participer à une recherche impliquant la personne humaine » de l'article L. 1122-2.

854. Le système est également incohérent dans la mesure où il ne prend pas en compte toutes les catégories de protection. Le consentement à la recherche effectuée sur la personne d'un majeur sous tutelle est délivré par le tuteur. Le conseil de famille ou le juge devant également donner leur accord si la recherche présente un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique du majeur ou à l'intimité de sa vie privée. En cas de curatelle, le majeur assisté de son curateur exprime son accord. Le consentement supplémentaire du juge étant requis dans les mêmes conditions que le cas précédent. Il est proposé de revoir ce régime afin d'accorder une plus grande autonomie au majeur, et avoir un régime prenant en compte l'ensemble des majeurs sous protection. Il convient également de revoir les règles applicables au refus exprimé par le majeur protégé. Actuellement le refus ou la révocation de l'acceptation exprimés par le majeur fait obstacle à la recherche, or cela n'a pas de sens si celui-ci n'est pas apte à consentir, le I. de l'article L. 1122-2 doit donc être modifié sur ce point. Il est possible de s'inspirer du régime proposé pour le prélèvement d'organes pour la nouvelle rédaction :

« Une recherche impliquant la personne humaine peut être effectuée sur un majeur protégé avec l'autorisation du comité mentionné à l'article L. 1123-1 après audition du majeur et de la personne chargée de sa protection.

Le comité commence par évaluer l'aptitude à consentir du majeur. Si cette aptitude est présente, le majeur consent seul à la recherche.

Toutefois, lorsque celle-ci comporte par l'importance des contraintes ou par la

spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux pour le majeur, la recherche ne pourra être autorisée par le comité qu'avec le consentement de la personne chargée de sa protection ou du juge des tutelles.

Le refus du majeur apte à consentir ou la révocation de son acceptation fait obstacle à la recherche.

Lorsque le majeur est inapte à consentir, le consentement à la recherche est exprimé par la personne chargée de sa protection. L'adhésion du majeur est recherchée dans la mesure du possible.

Lorsque la recherche comporte par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux pour le majeur, le consentement supplémentaire du juge des tutelles ou du conseil de famille est requis pour que le comité puisse autoriser sa mise en œuvre ».

Ces modifications permettent au majeur protégé apte à consentir d'agir de manière plus autonome pour consentir à une recherche qui ne comporte pas de risques sérieux prévisibles. Lorsque les risques sont plus importants, il faut le consentement supplémentaire de la personne chargée de sa protection.

Les règles applicables aux mineurs doivent également être revues.

2) La révision des règles applicables aux actes liés à la recherche chez les mineurs

855. Pour les mineurs, un mécanisme similaire à celui des majeurs pourra être instauré, il est cependant important d'assurer un accompagnement parental tout au long du processus, et ce même si le mineur est apte à consentir.

856. La loi actuelle prévoit la participation du mineur avec le consentement des deux titulaires de l'autorité parentale. Par exception le recueil d'un seul consentement est possible lorsque la recherche ne comporte que des risques et des contraintes minimales ; que le mineur ne se prête pas à la recherche à titre de volontaire sain ; et que l'autre titulaire de l'exercice de l'autorité parentale ne peut donner son autorisation dans des

délais compatibles avec les exigences méthodologiques propres à la réalisation de la recherche au regard de ses finalités »¹²⁶⁰. La recherche étant un acte entraînant des conséquences incertaines pour la santé du mineur, le seul consentement du mineur même apte à consentir ne devrait pas suffire à autoriser sa mise en œuvre. Aussi, est-il proposé de maintenir ces dispositions.

857. L'article précise que le refus du mineur fait obstacle à la recherche et ce quel que soit l'aptitude à consentir de ce dernier. Il est souhaitable de revoir ce dernier point. Le fait d'admettre le refus du mineur sans mesurer sa capacité de discernement est apparu problématique. Ainsi, la mention figurant au I. de l'article L. 1122-2 selon laquelle « en toute hypothèse, il ne peut être passé outre à leur refus ou à la révocation de leur acceptation » sera supprimée et on insérera dans la partie relative aux mineurs la mention suivante : « *le refus ou la révocation de l'acceptation exprimé par un mineur apte à consentir fait obstacle à la recherche* ».

*B) La révision des règles applicables à la délivrance de soins
psychiatriques aux personnes vulnérables*

858. La délivrance de soins psychiatriques fait l'objet d'une législation spécifique. Celle-ci prend en compte de manière parcellaire le cas des majeurs protégés (1) et des mineurs (2) ce qui implique de la réviser.

1) La révision des règles applicables aux soins psychiatriques délivrés à un majeur protégé

859. Le constat général¹²⁶¹ qui découle de l'étude des règles applicables en matière de soins psychiatriques est que les majeurs protégés ne sont que peu pris en compte par le législateur. Cet état de fait est surprenant dans la mesure où, au vu des conditions d'ouverture d'une mesure de protection juridique et du placement en soins psychiatriques sans consentement, il est probable que de nombreux patients soient

¹²⁶⁰ Art. L. 1122-2 CSP

¹²⁶¹ V. § 450 et s.

également des majeurs protégés. Ces majeurs seront, sauf exception, traités de la même manière qu'une personne ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection juridique. L'absence de règles particulières pour les majeurs protégés n'est pas toujours un problème. Les mesures de droit commun mises en place sont protectrices de la liberté et de l'autonomie des patients. Le législateur insiste sur la nécessité de préserver les droits du patient et permet à ce dernier d'exprimer son opinion quant à sa situation.

C'est lorsque le majeur protégé n'est pas en mesure de défendre lui-même ses droits que l'absence de mesures spécifiques à son égard se fait ressentir. En effet, son assistance ou sa représentation ne pourra avoir lieu que conformément aux règles de droit commun : les règles des articles L. 1111-2 et suivant ou de l'article 459 du Code civil trouveront application en fonction du régime de protection du majeur. Or, ces règles ne sont pas toujours adaptées aux spécificités de ce domaine. Par conséquent, il est nécessaire de revoir la législation applicable aux soins psychiatriques afin d'accorder un rôle plus grand à la personne chargée de la protection du majeur protégé tout au long des différentes étapes de son séjour dans l'établissement. Plusieurs points peuvent faire l'objet d'une modification concernant l'accès, mais aussi le déroulé des soins.

860. L'article L. 3211-1 du Code de la santé publique dispose qu'une personne ne peut sans son consentement ou le cas échéant, sans celui de son représentant légal faire l'objet de soins psychiatriques ». Cet article concerne les soins psychiatriques libres et non pas ceux opérés sans le consentement du patient. Pour les majeurs protégés, plusieurs limites à cette formulation ont été exprimées. Le texte laisse entendre ici que d'une part le majeur dès lors qu'il est représenté, ne peut demander seul son admission en soins psychiatriques libres et que d'autre part, seuls les représentants légaux du majeur sont appelés à consentir à la mesure. Cette rédaction doit être modifiée de façon à laisser une plus grande autonomie au majeur protégé apte à consentir et à viser l'ensemble des mesures de protection juridique. L'article pourrait ainsi indiquer :

« Une personne ne peut sans son consentement faire l'objet de soins psychiatriques.

Un majeur protégé apte à consentir peut demander seul son admission en soins psychiatriques.

En cas d'incapacité à agir seul, il peut être assisté dans l'exercice de ce droit par la

personne chargée de sa protection.

Si l'assistance est insuffisante, la demande d'admission en soins psychiatriques peut être formulée par la personne chargée de sa protection dans les conditions de l'article L. 3212-1 du présent code ».

861. L'article L. 3212-1 du Code de la santé publique pose les conditions permettant au directeur de l'établissement de prononcer l'admission d'une personne en soins psychiatriques lorsque ses troubles mentaux rendent impossible son consentement ; et que son état mental impose des soins immédiats assortis d'une surveillance médicale constante ou régulière. Il a été relevé que la demande pouvait être formulée par « le tuteur ou le curateur du majeur protégé ». En l'absence de tutelle ou de curatelle, la personne chargée de la protection du majeur pourrait être assimilée à une « personne justifiant de l'existence de relations avec le malade antérieures à la demande de soins et lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt de celui-ci » afin d'initier la demande. Cela n'est toutefois pas explicite. Afin d'être cohérent par rapport à l'article L. 3211-1, il est proposé de remplacer la mention de « tuteur ou curateur » par le terme de « *personne chargée de la protection du majeur* ». Ainsi, lorsque le majeur protégé inapte à consentir a besoin de soins, la demande peut être formulée par la personne chargée de sa protection.

862. Il avait été constaté qu'en cas d'admission du majeur sur demande d'un tiers aucune disposition ne prévoyait d'avertir de la personne chargée de la protection du majeur. Si cette dernière n'est pas à l'origine de la demande, elle peut donc être tenue dans l'ignorance du placement. Il est suggéré d'ajouter au sein de cet article la mention suivante : « *Le directeur de l'établissement est tenu d'avertir dans les 24 heures la personne chargée de la protection du majeur de l'admission en soins psychiatriques de ce dernier* ».

Cette mention permet d'aligner le régime de l'admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers, sur celui de l'admission en cas de péril imminent.

863. Le Juge des libertés et de la détention est en charge du contrôle de la mesure de soins psychiatriques sans consentement. Il peut être saisi par « la personne chargée de

sa protection si, majeure, elle a été placée en tutelle ou en curatelle »¹²⁶². La personne chargée de la protection du majeur autre que le tuteur ou le curateur peut éventuellement le saisir si elle entre dans la catégorie de « personne susceptible d’agir dans l’intérêt de la personne faisant l’objet des soins ». Il avait été souligné la nécessité de revoir la rédaction de cet article afin d’unifier le régime applicable aux majeurs protégés. Ainsi, il est proposé de revoir la rédaction de l’article L. 3211-12 3° de la manière suivante : « La saisine peut être formée par [...] 3° La personne chargée de sa protection si, majeure, elle a été placée *sous mesure de protection juridique* ».

864. Lorsque le majeur protégé fait l’objet de soins sur décision du représentant de l’état, c’est l’article L. 3212-9 qui précise que la personne chargée de sa protection juridique peut former la demande de mainlevée. L’article ne fait pas référence à la tutelle ou à la curatelle et n’a donc pas besoin d’être modifié. Lorsque la saisine du juge des libertés et de la détention est exercée par une autre personne que celle chargée de la protection du majeur. Cette dernière doit être informée de la saisine et doit être convoquée devant le juge à peine de nullité de la procédure¹²⁶³. Afin de rendre la loi plus transparente il est préférable de préciser cette exigence au sein de l’article L. 3211-12-1 : « *La personne chargée de la protection du majeur est informée de la saisine du juge des libertés et de la détention et est convoquée à l’audience* ».

865. La personne admise en soins psychiatriques sans consentement est prise en charge sous la forme d’un programme de soins. Il avait été souligné que le patient même faisant l’objet d’une protection juridique devait exprimer son avis sur celui-ci. En revanche, la personne chargée de sa protection n’est pas consultée. Cette absence est à déplorer dans la mesure où cette personne peut être appelée à jouer une part importante dans la réussite du programme. Il est donc proposé de préciser à l’article L.3211-2-1 II. que : « *Lorsque le patient est un majeur protégé, la personne chargée de sa protection est consultée pour l’élaboration ou la modification du programme de soins* ».

¹²⁶² Art. L. 3211-12 3° CSP

¹²⁶³ Civ. 1ère, 16 mars 2016, n° 15-13. 745, JurisData n° 2016-004576, *Dr. Fam.* 2016 p. 155, comm. Maria ; *AJ. Fam.* 2016 p. 267, note Verheyde

866. L'article L. 3211-3 dispose que le patient doit être informé des droits dont il dispose. Il avait été relevé que ces droits pouvaient être exercés par la personne susceptible d'agir dans l'intérêt du malade, il pourrait être ajoutée la mention « *ainsi que par la personne chargée de la protection juridique du majeur* ».

867. Si la question se pose de placer le majeur sous contention ou en isolement, il a été vu que selon les recommandations de la Haute Autorité de Santé il convenait d'avertir les proches du patient à sa demande, ou lorsque des dispositions spécifiques sont prévues par la législation. Cette mention sous-entend que lorsqu'il est prévu des dispositions spécifiques en matière d'information du patient, elles s'appliquent. La personne chargée de la protection du majeur pourra donc être informée de la mesure même sans l'accord du patient si des dispositions spécifiques le prévoient. Or ces dispositions ne visent que les majeurs représentés et ne prennent pas en compte les autres majeurs protégés. Dans un souci de protection du patient, nous proposons donc d'insérer au sein de l'article L. 3222-5-1 relatif à la contention et à l'isolement, la mention selon laquelle : « *Lorsque le patient est un majeur protégé, la personne chargée de sa protection doit être avertie de son placement en isolement ou sous contention* ». Cette mesure est nécessaire pour permettre à la personne chargée d'assurer la protection du majeur d'exercer correctement la protection de ses droits et libertés.

2) La révision des règles applicables aux soins psychiatriques délivrés à un mineur

868. À l'instar des majeurs protégés, les règles relatives aux soins psychiatriques sans consentement ne comportent que peu de dispositions spécifiques pour les mineurs¹²⁶⁴. Il a été relevé que le mode d'admission d'un mineur en soins psychiatriques n'était pas identique à celui des majeurs. Le mineur est principalement admis en soins psychiatriques « libres » c'est-à-dire à la demande des titulaires de l'autorité parentale¹²⁶⁵. Ce point présente plusieurs limites législatives. Tout d'abord, l'article impose le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale. Cette

¹²⁶⁴ V. § 73 et s.

¹²⁶⁵ Art. L.3211-10 CSP

exigence semble logique, mais en pratique les établissements se contentent généralement de l'accord d'un seul des deux titulaires de l'autorité parentale. De plus, ils n'ont pas pour réflexe de vérifier si le parent est bien titulaire de celle-ci. Afin de clarifier les obligations des professionnels, il est proposé de reformuler l'article ainsi :

« Hormis les cas prévus au chapitre III du présent titre, la décision d'admission en soins psychiatriques d'un mineur ou la levée de cette mesure sont demandées, selon les situations, par les *deux* titulaires de l'exercice de l'autorité parentale [...].

Les titulaires de l'autorité parentale doivent apporter la preuve qu'ils exercent bien cette dernière ».

869. Il a été relevé l'impossibilité pour le mineur de demander lui-même son admission. Il est proposé de corriger cette situation. Permettre au mineur d'agir lui-même ne peut être que bénéfique à la réussite de son traitement. Le mineur qui, conscient de son trouble, demande lui-même à accéder à des soins se trouve véritablement admis en soins psychiatriques « libres ». S'il accepte cette première étape, il y a plus de chance pour qu'il adhère également à son programme de soins. Toutefois, la demande formulée par le mineur n'exclut pas la nécessité d'obtenir le consentement des deux titulaires de l'autorité parentale à son admission. Cette mesure peut sembler étrange, mais s'avère nécessaire au vu de l'expérience pratique. En effet, en matière de psychiatrie l'aptitude à consentir d'un patient peut être difficile à évaluer. De plus, la pathologie dont il souffre peut souvent le conduire à refuser des soins, ou à ne pas avoir conscience de son trouble. Il est donc nécessaire que l'exercice de son droit par le mineur s'effectue avec l'aide des titulaires de l'autorité parentale. Il est proposé d'ajouter dans l'article que :

« Le mineur peut demander lui-même son admission en soins psychiatriques. L'accord des deux titulaires de l'autorité parentale demeure cependant nécessaire pour prononcer celle-ci ».

870. De même, le mineur ne peut demander lui-même la mainlevée de la mesure¹²⁶⁶. Cette possibilité doit être introduite dans le Code de la santé publique. Le contrôleur

¹²⁶⁶ Art. L. 3211-12 CSP

général des lieux de privation de liberté l'appelle d'ailleurs de ses vœux¹²⁶⁷. Ainsi, l'article L. 3211-12 pourra préciser que :

« La saisine peut être formée par : [...] 2° Les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur si la personne est mineure ; *le mineur conserve le droit d'exercer lui-même cette saisine, avec l'aide du majeur capable de son choix* ».

871. Lorsque le mineur est placé en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'état, les titulaires de l'autorité parentale peuvent saisir le juge des libertés et de la détention afin de contester la mesure. À la différence des majeurs protégés, aucune disposition explicite n'impose de devoir avertir dans les vingt-quatre heures les titulaires de l'autorité parentale. L'article L. 3213-9 oblige à informer « la famille » du patient, mais cette terminologie est vague. De même les parents peuvent faire l'objet d'une information en tant que « personne chargée de la protection juridique de l'intéressé », mais ce vocable n'impose pas d'avertir les deux titulaires de l'autorité parentale. Il est donc proposé d'insérer dans cet article un nouvel alinéa :

« Le représentant de l'État dans le département avise dans les vingt-quatre heures [...] 6° *Les titulaires de l'autorité parentale si le patient est mineur* ».

872. Les droits du mineur admis en soins psychiatriques sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale dans les mêmes dispositions qu'en droit commun. Les réflexions précédemment effectuées sont donc valables. Dans la pratique, il a cependant été relevé que trop souvent, les parents ne sont pas informés de la situation de leur enfant et que leur consentement n'est pas recherché. Il peut être rappelé dans un nouvel article que :

« Les droits des mineurs sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale conformément aux articles L. 1111-2 et suivants.

Les titulaires de l'autorité parentale doivent être informés des décisions prises concernant le mineur. Leur consentement doit être préalablement recherché avant la mise en œuvre d'un nouveau soin.

¹²⁶⁷ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Les droits fondamentaux des mineurs en établissement de santé mentale, 2017, p.21

Ils doivent également être informés de la décision de placer le mineur sous contention ou en isolement ».

873. Il a été constaté que les parents n'étaient pas invités à s'exprimer en matière d'élaboration ou de modification du programme de soins. L'article L. 3211-2-1 peut préciser que :

« Pour l'établissement et la modification du programme de soins, le psychiatre de l'établissement d'accueil recueille l'avis du patient [...]. Lorsque celui-ci est mineur, il recueille également l'avis des titulaires de l'autorité parentale ».

Conclusion de la seconde section

874. À l'instar de la législation applicable aux prélèvements de produits issus du corps humain, les règles encadrant les autres actes spécifiquement réglementés vont être modifiées. Parmi les principales modifications concernant les actes liés au début de la vie, il est notamment suggéré de poser le principe du seul consentement de la mineure pour la mise en œuvre d'une interruption volontaire de grossesse, le médecin devant cependant l'encourager à rechercher le soutien parental dans cette démarche.

De nombreuses modifications sont proposées dans le domaine de la fin de vie des personnes vulnérables, telles que l'ouverture de la désignation d'une personne de confiance à tout majeur protégé avec autorisation du juge. De même, le mineur doit pouvoir rédiger ses directives anticipées avec l'accord de l'un des titulaires de l'autorité parentale. Une place accrue doit également être laissée à la personne chargée de la protection du patient dans la procédure d'arrêt des soins lorsque celui-ci est inapte à exprimer sa volonté, et leur consultation doit être obligatoire. Il est proposé de codifier certaines avancées jurisprudentielles dans ce domaine, et d'inscrire dans la loi que le refus de l'arrêt des soins exprimé par la personne chargée de la protection du patient ne lie pas le médecin. Celui-ci pourra passer outre s'il a acquis la certitude au vu des éléments médicaux présents, que la poursuite des traitements relève de l'obstination déraisonnable.

En ce qui concerne la recherche, la procédure applicable pour les majeurs protégés doit être intégralement révisée de manière à ce qu'ils soient traités de manière égale, quel que soit leur régime de protection. Si le majeur est apte à consentir, il pourra donner son accord à la recherche avec l'autorisation du comité d'experts, sauf si celle-ci comporte par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux pour le majeur. Dans ce cas, l'accord de la personne chargée de sa protection est nécessaire.

En matière de soins psychiatriques, une révision intégrale de la loi est nécessaire afin de prendre en compte le cas des personnes vulnérables, ce qui n'est pas assez le cas à l'heure actuelle.

875. De par la modification des règles relatives aux actes non liés aux prélèvements, un plus grand nombre d'actes spécifiquement réglementés relèvent du consentement des personnes protégées. Elles accèdent ainsi à une plus grande autonomie.

Conclusion du chapitre second

876. Il a été constaté dans la première partie de cette thèse qu'un nombre important d'actes médicaux faisait l'objet d'une législation spécifique. Lorsqu'elles y sont confrontées, la situation des personnes protégées est très disparate. Tous les actes ne prévoient pas de dispositions spécifiques à leur égard et lorsque c'est le cas, elles présentent de nombreuses limites.

877. Afin de permettre aux mineurs et aux majeurs protégés d'accéder à un plus grand nombre de ces actes, et dans le but de leur octroyer une plus grande autonomie, les modifications suivantes ont été proposées.

Modification des dispositions relatives aux prélèvements de produits issus du corps humain effectués sur les personnes protégées :

Article L. 1221-5 : Du prélèvement sanguin

Un prélèvement sanguin dans l'intérêt thérapeutique d'autrui peut-être effectué sur les personnes mineures ou les personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique.

Lorsque le mineur ou le majeur protégé est jugé apte à consentir, il exprime seul le consentement nécessaire à la mise en œuvre de l'acte.

En cas d'incapacité un prélèvement sanguin dans l'intérêt thérapeutique d'autrui pourra être réalisé à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur immunologiquement compatible.

Le consentement est alors exprimé par écrit par l'un des deux titulaires de l'autorité parentale ou par la personne chargée de sa protection.

Le refus du mineur ou du majeur protégé fait obstacle au prélèvement.

Article L. 1221-6 : Modification des caractéristiques sanguines

Les caractéristiques du sang d'un mineur ou d'un majeur protégé ne peuvent être modifiées avant le prélèvement en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui *qu'à titre exceptionnel, dans le cadre de l'application des articles L. 1241-3 et L. 1241-4.*

Le mineur ou le majeur protégé consent lui-même à cet acte s'il est apte à consentir. Dans le cas contraire, les médecins doivent obtenir le consentement de l'un des deux titulaires de l'autorité parentale ou de la personne chargée de la protection du majeur.

Article L. 1231-2 : Prélèvement d'organes sur une personne mineure ou majeure protégée vivante

1° Un prélèvement d'organes, en vue d'un don, peut avoir lieu sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

Le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 évalue l'aptitude à consentir du majeur protégé au prélèvement. Si le majeur est jugé apte, son seul consentement suffit à mettre en œuvre l'acte et son refus y fait obstacle.

En cas d'inaptitude, un prélèvement ne pourra être réalisé qu'à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection juridique immunologiquement compatible.

L'autorisation d'effectuer le prélèvement est délivrée par le juge après audition du majeur, de la personne chargée de sa protection, et du comité d'experts. Le refus du majeur fait obstacle au prélèvement.

2° Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure.

Un prélèvement pourra être effectué sur un mineur à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur immunologiquement compatible.

Le prélèvement se fait alors nécessairement au bénéfice de ses parents, de ses frères ou sœurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de ses père et mère.

L'autorisation d'effectuer le prélèvement est délivrée par le juge après audition du mineur, des titulaires de l'autorité parentale, et du comité d'experts. Le refus du mineur fait obstacle au prélèvement.

Article L. 1232-1 : Prélèvement d'organes sur une personne décédée

Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques.

Le médecin informe les proches du défunt, préalablement au prélèvement envisagé, de sa nature et de sa finalité, conformément aux bonnes pratiques arrêtées par le ministre chargé de la santé sur proposition de l'Agence de la biomédecine.

Ce prélèvement peut être pratiqué sur une personne majeure dès lors qu'elle n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement, principalement par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Ce refus est révoquant à tout moment. [...]

Les dispositions du présent article s'appliquent à la personne décédée placée sous mesure de protection juridique.

Article L. 1232-2 : Consentement au prélèvement d'organes sur une personne mineure décédée

Si la personne décédée était un mineur [...], le prélèvement [...] ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des *parents exerçant ou non l'autorité parentale* [...] y consente par écrit.

Toutefois, en cas d'impossibilité de consulter l'un des *parents*, le prélèvement peut avoir lieu à condition que l'autre *parent* y consente par écrit.

Article L. 1241-2 : Prélèvement de tissus ou de cellules non issues de la moelle osseuse

Aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain en vue de don ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure.

Un prélèvement de tissus ou de cellules non issues de la moelle osseuse, en vue d'un don, peut avoir lieu sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

Le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 évalue l'aptitude à consentir du majeur protégé au prélèvement. Si le majeur est jugé apte, son seul consentement suffit à mettre en œuvre l'acte et son refus y fait obstacle.

En cas d'inaptitude, aucun prélèvement ne pourra être réalisé sur la personne du majeur protégé.

Article L. 1241-3 : Prélèvement de cellules hématopoïétiques sur un mineur

Un prélèvement de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique peut être fait sur un mineur *au bénéfice de ses père et mère, de ses enfants*, de son frère ou de sa sœur.

Lorsqu'un tel prélèvement n'est pas possible et en l'absence d'autre solution thérapeutique appropriée, le prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse peut, à titre exceptionnel, être fait sur un mineur au bénéfice de son cousin germain ou de sa cousine germaine, de son oncle ou de sa tante, de son neveu ou de sa nièce.

Le prélèvement sur une personne mineure pourra être mis en œuvre sur autorisation du comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 après audition du mineur et des titulaires de l'autorité parentale.

Le mineur exprime directement son consentement devant le comité. Celui-ci se charge dans un premier temps d'évaluer l'aptitude à consentir du mineur.

Le comité ne pourra autoriser le prélèvement qu'à condition de recueillir le consentement d'au moins l'un des deux titulaires de l'autorité parentale.

Le refus du mineur apte à consentir fait obstacle au prélèvement.

Article L. 1241-4 : Prélèvement de cellules hématopoïétiques sur un majeur protégé

Un prélèvement de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique peut être fait sur un majeur protégé *au bénéfice de ses père et mère, de ses enfants, de son frère ou de sa sœur.*

Lorsqu'un tel prélèvement n'est pas possible et en l'absence d'autre solution thérapeutique appropriée, le prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse peut, à titre exceptionnel, être fait sur un majeur protégé au bénéfice de son cousin germain ou de sa cousine germaine, de son oncle ou de sa tante, de son neveu ou de sa nièce.

Le prélèvement sur un majeur protégé pourra être mis en œuvre sur autorisation du comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 après audition du majeur et de la personne chargée de sa protection.

Le comité se charge dans un premier temps d'évaluer l'aptitude à consentir du majeur. Si cette aptitude est présente, le majeur exprime directement son consentement devant le conseil.

En cas d'inaptitude, le comité ne pourra autoriser le prélèvement qu'à condition de recueillir le consentement de la personne chargée de la protection du majeur.

Le refus du majeur apte à consentir fait obstacle au prélèvement.

Le comité s'assure au préalable que, notamment au regard des règles de bonnes pratiques mentionnées à l'article L. 1245-6, que tous les moyens ont été mis en œuvre pour trouver un donneur majeur suffisamment compatible.

Article L. 1241-5 : Prélèvement de tissus embryonnaires et fœtaux

Un tel prélèvement peut avoir lieu si la femme ayant subi l'interruption de grossesse est mineure ou fait l'objet d'une mesure de protection légale et est jugée apte à consentir. La mineure ou la majeure donne seule son consentement au prélèvement.

Modification des dispositions relatives à la procréation et à l'interruption volontaire de grossesse

Contraception :

Article L. 5134-1

I. — Le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux personnes mineures.

Lorsqu'un mineur se présente seul chez un professionnel de santé en vue de la prescription d'un contraceptif, ce dernier doit l'encourager à en discuter avec ses titulaires de l'autorité parentale.

Le refus du mineur ne fait pas obstacle à la prescription du contraceptif par le professionnel de santé.

Les majeurs protégés jugés aptes à consentir exercent seuls leurs droits prévus au présent article. À leur demande, ils peuvent être accompagnés dans l'exercice de ces droits par la personne chargée de leur protection.

Lorsque les majeurs protégés sont jugés inaptes à consentir, leurs droits sont exercés par la personne chargée de leur protection.

Stérilisation :

Article L. 2123-2

La ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée sur une personne mineure.

Elle ne peut être pratiquée sur une personne majeure dont l'altération irréversible des facultés mentales ou corporelles a justifié son placement sous mesure de protection conformément aux règles de l'article 425 du Code civil que lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement.

L'intervention est subordonnée à une décision du juge des tutelles saisi par la personne concernée, ses père et mère ou *la personne chargée de sa protection*.

Le juge se prononce après avoir entendu la personne concernée. Si elle est apte à *consentir*, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement.

Le juge entend les père et mère de la personne concernée ou *la personne chargée de sa protection* ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile.

Il recueille l'avis d'un comité d'experts composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées. Ce comité apprécie la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique.

Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application du présent article.

Assistance médicale à la procréation :

Nouvel article

Les mineurs ne peuvent accéder à l'assistance médicale à la procréation, sauf cas prévus par le législateur.

Les majeurs protégés jugés aptes à consentir exercent seuls leurs droits figurant au présent titre.

S'ils sont incapables d'agir seuls, les règles de l'article 458 du Code civil sont alors applicables et l'acte ne pourra être mis en œuvre.

Article L. 2141-11 relatif à l'autoconservation des gamètes

Les mineurs et les majeurs protégés exercent seuls les droits mentionnés au présent article s'ils sont aptes à consentir.

Interruption volontaire de grossesse :

Article L. 2212-1

La femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin ou à une sage-femme l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse.

[...]

Les majeures protégées exercent seules leurs droits figurant au présent titre.

Si elles sont incapables d'agir seules, les règles de l'article 458 du Code civil sont alors applicables et l'acte ne pourra être pratiqué.

Article L. 2212-7

Si la femme est mineure non émancipée, le médecin ou la sage-femme doit s'efforcer dans un premier temps de l'encourager à se faire accompagner dans ses démarches par le ou les titulaires de l'autorité parentale. Son refus n'est pas un obstacle à la mise en œuvre de l'intervention.

L'interruption volontaire de grossesse ainsi que les actes médicaux et les soins qui lui sont liés sont pratiqués à la demande de l'intéressée. Dans ce cas, la mineure se fait accompagner dans sa démarche par la personne majeure capable de son choix.

Après l'intervention, une deuxième consultation, ayant notamment pour but une nouvelle information sur la contraception, est obligatoirement proposée aux mineures.

Article L. 2213-1

L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic

[...]

L'interruption de grossesse pratiquée pour motif médical sur une femme mineure non émancipée ou majeure protégée peut être mise en œuvre sur son seul consentement lorsque celle-ci est apte à consentir.

Les médecins évaluent l'aptitude à consentir de la patiente. Si son aptitude est reconnue, ils l'encouragent à se faire accompagner dans cette démarche par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne majeure capable de son choix.

En cas d'inaptitude, l'intervention sera pratiquée avec le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou de la personne chargée de sa protection. En cas de refus, le médecin peut saisir le juge afin qu'il autorise la mise en œuvre de l'intervention.

Modifications relatives à la fin de vie :

Désignation d'une personne de confiance :

Article L. 1111-6

Lorsqu'une personne fait l'objet d'une mesure de protection juridique, elle peut désigner une personne de confiance avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Ces derniers doivent être particulièrement attentifs avant d'autoriser la désignation d'une personne de confiance distincte de la personne chargée de la protection du majeur.

Il n'est pas possible pour un majeur faisant l'objet d'un mandat de protection future de désigner une personne de confiance lorsque son mandataire s'est vu confier le rôle de cette dernière.

Dans l'hypothèse où la personne de confiance a été désignée antérieurement à la mesure de protection, le conseil de famille, le cas échéant, ou le juge peut confirmer la désignation de cette personne ou la révoquer.

Lorsque la personne de confiance antérieurement désignée est distincte de la personne chargée de la protection du majeur, le conseil de famille ou le juge doivent être particulièrement attentifs avant de confirmer sa désignation.

Rédaction de directives anticipées :

Article L. 1111-11

Le majeur sous protection juridique apte à consentir rédige seul sans assistance ni représentation ses directives anticipées. Un médecin doit au préalable attester de son aptitude à consentir. Cette attestation est jointe aux directives.

Par exception, une assistance pourra lui être fournie s'il entre dans les conditions de l'article R. 1111-17 du présent code.

Le mineur apte à consentir peut rédiger des directives anticipées avec l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale ou à défaut du juge.

Un médecin doit au préalable attester de son aptitude à consentir. Cette attestation est jointe aux directives

Article L. 1110-5-1 : obstination déraisonnable

Les actes mentionnés à l'article L. 1110-5 peuvent être suspendus ou ne pas être poursuivis, conformément à la volonté du patient, lorsqu'ils résultent d'une obstination déraisonnable et qu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou qu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie.

Lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, la décision est prise par le médecin, à l'issue d'une procédure collégiale définie à l'article R. 4127-37-2.

Le médecin doit alors prendre en compte un ensemble d'éléments médicaux et non médicaux, dont le poids respectif ne peut être prédéterminé et dépend des circonstances particulières à chaque patient.

Les éléments médicaux doivent être analysés sur une période suffisamment longue et porter notamment sur l'état actuel du patient, sur l'évolution de son état depuis la survenance de l'accident ou de la maladie, sur sa souffrance et sur le pronostic clinique.

Lorsque l'arrêt des traitements concerne un patient mineur ou majeur protégé, la décision est prise par le médecin après avoir recherché l'avis des titulaires de l'autorité parentale ou de la personne chargée de sa protection.

Si ces derniers refusent l'arrêt des soins, le médecin pourra passer outre ce refus, lorsqu'il a acquis la certitude au vu des éléments médicaux présents, que la poursuite des traitements relève de l'obstination déraisonnable.

En revanche, lorsque les éléments médicaux constitutifs de l'obstination déraisonnable ne sont pas certains, le médecin devra respecter le refus exprimé par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de la protection du majeur.

Article L. 1110-5-3 : sédation

Toute personne a le droit de recevoir des traitements et des soins visant à soulager sa souffrance. Celle-ci doit être, en toutes circonstances, prévenue, prise en compte, évaluée et traitée.

Le médecin met en place l'ensemble des traitements analgésiques et sédatifs pour répondre à la souffrance réfractaire du malade en phase avancée ou terminale, même s'ils peuvent avoir comme effet d'abréger la vie. Il doit en informer le malade, sans préjudice du quatrième alinéa de l'article L. 1111-2, la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un des proches du malade. La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical. *Ces dispositions sont applicables au majeur protégé.*

Lorsque le patient est mineur, ses droits sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale conformément aux articles L. 1111-2 et L. 1111-4 du présent code. Le mineur est informé en tenant compte de ses facultés de discernement et son avis est recherché. Le refus du mineur apte à consentir fait obstacle à la mise en œuvre du traitement.

Article R. 4127-37-2 : procédure de mise en œuvre d'arrêt des traitements et de sédation profonde

I. — La décision de limitation ou d'arrêt de traitement respecte la volonté du patient antérieurement exprimée dans des directives anticipées. Lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, la décision de limiter ou d'arrêter les traitements dispensés, au titre du refus d'une obstination déraisonnable, ne peut être prise qu'à l'issue de la procédure collégiale prévue à l'article L. 1110-5-1 [...]

II. — [...]

III. — [...]

Lorsque la décision de limitation ou d'arrêt de traitement concerne un mineur ou un majeur protégé, le médecin recueille en outre l'avis des titulaires de l'autorité parentale ou de la *personne chargée de la protection du majeur*, selon les cas, hormis les situations où l'urgence rend impossible cette consultation.

Modifications relatives à la recherche :

Article L. 1122-2

I. Les mineurs non émancipés, les majeurs protégés ou les majeurs hors d'état d'exprimer leur consentement et qui ne font pas l'objet d'une mesure de protection juridique reçoivent, lorsque leur participation à une recherche impliquant la personne humaine est envisagée, l'information prévue à l'article L. 1122-1 adaptée à leur capacité de compréhension, tant de la part de l'investigateur que des personnes, organes ou autorités chargés de les assister, de les représenter ou d'autoriser la recherche, eux-mêmes informés par l'investigateur.

II. Lorsqu'une recherche impliquant la personne humaine est effectuée sur un mineur non émancipé, le consentement, lorsqu'il est requis, est donné par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale. [...].

Le refus ou la révocation de l'acceptation exprimé par un mineur apte à consentir fait obstacle à la recherche.

Lorsqu'une personne mineure se prêtant à une recherche devient majeure dans le cours de sa participation, la confirmation de son consentement est requise après délivrance d'une information appropriée.

Lorsqu'une recherche impliquant la personne humaine est effectuée sur une personne mineure, l'autorisation est donnée par son représentant légal et, si le comité mentionné à l'article L. 1123-1 considère que la recherche comporte, par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain, par le conseil de famille s'il a été institué, ou par le juge des tutelles.

III. Une recherche impliquant la personne humaine peut être effectuée sur un majeur protégé avec l'autorisation du comité mentionné à l'article L. 1123-1 après audition du majeur et de la personne chargée de sa protection.

Le comité commence par évaluer l'aptitude à consentir du majeur. Si cette aptitude est présente, le majeur consent seul à la recherche.

Toutefois, lorsque celle-ci comporte par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux pour le majeur, la recherche ne pourra être autorisée par le comité qu'avec le consentement de la personne chargée de sa protection ou du juge des tutelles.

Le refus du majeur apte à consentir ou la révocation de son acceptation fait obstacle à la recherche.

Lorsque le majeur est inapte à consentir, le consentement à la recherche est exprimé par la personne chargée de sa protection. L'adhésion du majeur est recherchée dans la mesure du possible.

Lorsque la recherche comporte par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux pour le majeur, le consentement supplémentaire du juge des tutelles ou du conseil de famille est requis pour que le comité puisse autoriser sa mise en œuvre.

IV. Lorsqu'une recherche impliquant la personne humaine satisfaisant aux conditions édictées par l'article L. 1121-8 est envisagée sur une personne majeure hors d'état d'exprimer son consentement et ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection juridique [...]

Lorsqu'à la date de la fin de la recherche la personne mineure qui s'y est prêtée a acquis la capacité juridique, elle devient personnellement destinataire de toute information communiquée par l'investigateur ou le promoteur.

V. Le consentement prévu au huitième alinéa du II est donné selon les formes [...]

Modifications relatives aux soins psychiatriques :

Nouvel article

Les droits des mineurs sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale conformément aux articles L. 1111-2 et suivants.

Les titulaires de l'autorité parentale doivent être informés des décisions prises concernant le mineur. Leur consentement doit être préalablement recherché avant la mise en œuvre d'un nouveau soin.

Ils doivent également être informés de la décision de placer le mineur sous contention ou en isolement.

Article L. 3211-1

Une personne ne peut sans son consentement faire l'objet de soins psychiatriques.

Un majeur protégé apte à consentir peut demander seul son admission en soins psychiatriques.

En cas d'incapacité à agir seul, il peut être assisté dans l'exercice de ce droit par la personne chargée de sa protection.

Si l'assistance est insuffisante, la demande d'admission en soins psychiatriques peut être formulée par la personne chargée de sa protection dans les conditions de l'article L. 3212-1 du présent code.

Article L.3211-2-1

[...] Pour l'établissement et la modification du programme de soins, le psychiatre de l'établissement d'accueil recueille l'avis du patient lors d'un entretien [...].

Lorsque le patient est un majeur protégé, la personne chargée de sa protection est consultée.

Lorsque celui-ci est mineur, il recueille également l'avis des titulaires de l'autorité parentale.

Article L. 3211-3

Lorsqu'une personne atteinte de troubles mentaux fait l'objet de soins psychiatriques [...] les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis [...].

Ces droits [...] peuvent être exercés à leur demande par les parents ou les personnes susceptibles d'agir dans l'intérêt du malade *ainsi que par la personne chargée de la protection juridique du majeur.*

Article L. 3211-10

Hormis les cas prévus au chapitre III du présent titre, la décision d'admission en soins psychiatriques d'un mineur ou la levée de cette mesure sont demandées, selon les situations, par les *deux* titulaires de l'exercice de l'autorité parentale [...].

Les titulaires de l'autorité parentale doivent apporter la preuve qu'ils exercent bien cette dernière.

Le mineur peut demander lui-même son admission en soins psychiatriques. L'accord des deux titulaires de l'autorité parentale demeure cependant nécessaire pour prononcer celle-ci.

Article L. 3211-12

I.-Le juge des libertés et de la détention [...] peut être saisi, à tout moment, aux fins d'ordonner, à bref délai, la mainlevée immédiate d'une mesure de soins psychiatriques [...] La saisine peut être formée par [...]

2° Les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur si la personne est mineure ; *le mineur conserve le droit d'exercer lui-même cette saisine, avec l'aide du majeur capable de son choix.*

3° La personne chargée de sa protection si, majeure, elle a été placée *sous mesure de protection juridique.*

Article L. 3211-12-1

I. — L'hospitalisation complète d'un patient ne peut se poursuivre sans que le juge des libertés et de la détention, préalablement saisi par le directeur de l'établissement [...] ou par le représentant de l'État [...], ait statué sur cette mesure.

La personne chargée de la protection du majeur est informée de la saisine du juge des libertés et de la détention et est convoquée à l'audience.

Article L. 3212-1

I- Une personne atteinte de troubles mentaux ne peut faire l'objet de soins psychiatriques sur la décision du directeur d'un établissement mentionné à l'article L. 3222-1 que lorsque les deux conditions suivantes sont réunies [...]

II.-Le directeur de l'établissement prononce la décision d'admission :

1° Soit lorsqu'il a été saisi d'une demande présentée par un membre de la famille du malade ou par une personne justifiant de l'existence de relations avec le malade antérieures à la demande de soins et lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt de celui-ci, à l'exclusion des personnels soignants exerçant dans l'établissement prenant en charge la personne malade [...] *ou par la personne chargée de la protection du majeur.* [...]

Lorsque la personne chargée de la protection du majeur n'est pas à l'origine de la demande, le directeur de l'établissement est tenu de l'avertir dans les 24 heures de l'admission en soins psychiatriques du majeur. [...]

Article L. 3222-5-1

L'isolement et la contention sont des pratiques de dernier recours. [...]

Lorsque le patient est un majeur protégé, la personne chargée de sa protection doit être avertie de son placement en isolement ou sous contention.

Article L. 3213-9

Le représentant de l'État dans le département avise dans les vingt-quatre heures de toute admission en soins psychiatriques [...]:

6° *Les titulaires de l'autorité parentale si le patient est mineur.*

Conclusion du titre second

878. L'amélioration de l'autonomie des mineurs et des majeurs protégés dans le domaine de la santé passe par une réécriture du Code de la santé publique. Le droit commun applicable aux usagers du système de santé doit être repensé de manière à adapter les dispositions à la situation des personnes vulnérables. De même, une révision des actes spécifiquement réglementés s'impose.

879. Voici pour rappel, les modifications du Code de la santé publique proposées en droit commun et en droit spécial.

De la modification des règles de droit commun des patients :

Nouveau chapitre : « Des droits généraux des mineurs et des majeurs protégés, usagers du système de santé »

Section 1 : Des notions d'aptitude à consentir et de soins requis par l'état de santé

Article 1 : Identification de la notion d'aptitude à consentir

Pour l'application du présent code, la notion d'« aptitude à consentir » s'entend de la capacité d'un patient à comprendre les informations médicales qui lui sont délivrées, et à exprimer, au regard de celles-ci, ainsi que de ses valeurs personnelles, un consentement libre, raisonné et raisonnable.

L'aptitude à consentir est présente chez un patient si deux éléments sont réunis :

1° Un élément intellectuel qui correspond à la capacité physique et intellectuelle du patient à comprendre les informations délivrées et à faire connaître sa décision ;

2° Un élément volontaire qui correspond à la capacité du patient à exprimer une volonté

libre et raisonnée et raisonnable. Sa décision doit être le fruit d'un raisonnement cohérent effectué à partir des informations délivrées et de l'ensemble de ses valeurs.

Article 2 : Identification de la notion de soin requis par l'état de santé

Pour la mise en œuvre des articles du présent code, il faut entendre par « soin requis par l'état de santé » tout acte thérapeutique nécessaire dont l'absence serait préjudiciable à la santé du patient ou tout acte rendu obligatoire par le législateur.

Le « soin non requis par l'état de santé » du patient correspond aux actes non thérapeutiques ; aux actes médicaux réalisés au bénéfice d'un tiers ; aux actes réalisés pour les besoins d'une recherche ou aux actes à visée esthétique.

Article 3 : Évaluation de la notion d'aptitude à consentir

Lorsque le soin est requis par l'état de santé du patient et qu'il ne comporte pas de risques prévisibles graves, le professionnel de santé évalue seul l'aptitude à consentir du patient. En cas de doutes, quant à la présence de celle-ci, le patient est jugé inapte à consentir, et le consentement sera délivré par la personne chargée de sa protection.

Lorsque le soin n'est pas requis par l'état de santé du patient ou qu'il comporte un risque prévisible grave, le professionnel de santé évalue seul l'aptitude à consentir du patient.

En cas de doutes, quant à la présence de celle-ci, une nouvelle évaluation sera effectuée par une équipe pluridisciplinaire.

Si un patient sous sauvegarde de justice est jugé inapte à consentir, le médecin saisit le juge des tutelles afin d'obtenir la désignation d'un mandataire chargé d'accompagner le majeur dans ses démarches ou, le cas échéant, afin que soit prononcée l'ouverture d'une mesure de tutelle ou de curatelle.

Article 4 : Présomptions relatives à l'aptitude à consentir des mineurs et des majeurs protégés

Toute personne majeure est présumée apte à consentir à un acte médical.

Le placement d'un majeur sous protection juridique n'est pas de nature à le rendre inapte à consentir à un acte médical. Son inaptitude doit être démontrée par le biais d'une procédure d'évaluation de son aptitude à consentir.

Le mineur de treize ans est présumé apte à consentir à un acte médical. Cette présomption est simple et peut-être renversée en apportant la preuve de l'inaptitude du mineur à consentir à un acte médical à la suite d'une évaluation de ses capacités.

Section 2 : Des dispositions spécifiques à la personne chargée de la protection du patient

Article 5 : Des dispositions spécifiques aux titulaires de l'autorité parentale

Le terme de « titulaires de l'autorité parentale » fait référence aux personnes exerçant celle-ci.

Lorsque l'intervention des titulaires de l'autorité parentale est exigée, les professionnels de santé recueillent le consentement des deux titulaires de l'autorité parentale lorsque les soins, qu'ils soient requis ou non par l'état de santé du mineur, présentent un risque grave et prévisible.

Article 6 : Des dispositions spécifiques à la personne chargée de la protection du majeur

Lorsque le soin présente un risque grave et prévisible, la personne chargée de la protection du majeur doit saisir le comité d'experts mentionné au présent chapitre afin qu'il autorise leur mise en œuvre.

En cas d'abstention de la personne chargée de la protection du majeur, les professionnels de santé sont habilités à saisir le comité d'experts à cet effet.

Section 3 : De l'accès aux soins des mineurs et des majeurs protégés

Article 7 : De l'accès aux soins requis par l'état de santé des mineurs et des majeurs aptes à consentir

Les mineurs et les majeurs protégés aptes à consentir exercent seuls leur droit d'accès aux soins requis par leur état de santé prévu par l'article L.1110-1. Les patients peuvent, à leur demande, être accompagnés dans l'exercice de ce droit par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de leur protection.

Si la délivrance de soins requis par l'état de santé du mineur ou du majeur protégé nécessite une hospitalisation de plus de douze heures, l'établissement de santé doit avertir les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de la protection du majeur, sauf si le patient demande à conserver le secret quant à son état de santé.

Article 8 : De l'accès aux soins non requis par l'état de santé des mineurs et des majeurs protégés aptes à consentir

Lorsque les soins ne sont pas requis par l'état de santé du patient, les droits du mineur même apte à consentir, prévus par l'article L.1110-1, sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale.

Les droits des majeurs protégés aptes à consentir sont exercés par la personne chargée de leur protection si les soins présentent des effets prévisibles graves.

Dans ce dernier cas, si le patient est sous sauvegarde de justice, le médecin s'abstient de délivrer les soins et saisit le juge des tutelles afin d'obtenir la désignation d'un mandataire chargée d'accompagner le majeur dans ses démarches ou, le cas échéant, afin que soit prononcée l'ouverture d'une mesure de tutelle ou de curatelle.

Le patient mineur ou majeur protégé dispose du droit de s'opposer à la mise en œuvre d'un soin non requis par son état de santé.

Article 9 : De l'accès aux soins par les mineurs et les majeurs protégés inaptes à consentir

Lorsque le mineur ou le majeur protégé n'est pas apte à consentir, leurs droits sont exercés selon les cas par les titulaires de l'autorité parentale ou par la personne chargée de leur protection.

Ils commencent par fournir une assistance au mineur ou au majeur protégé. Si celle-ci s'avère insuffisante, ils représenteront le patient dans l'exercice de ce droit.

Section 4 : De la délivrance de l'information médicale aux mineurs et aux majeurs protégés

Article 10 : De la délivrance générale d'informations aux mineurs et aux majeurs protégés

Les mineurs de treize ans et les majeurs protégés exercent seuls les droits mentionnés à l'article L.1111-2 s'ils sont jugés aptes à consentir et à condition que les soins soient requis par leur état de santé.

Les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de la protection du majeur ne recevront une information que sur accord du mineur ou du majeur protégé.

Lorsque les soins ne sont pas requis par l'état de santé du patient, les droits du mineur sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale.

Les droits des majeurs protégés sont exercés par la personne chargée de leur protection si les soins présentent des effets prévisibles graves.

Les intéressés conservent le droit de recevoir eux-mêmes une information, d'une manière adaptée à leur capacité de compréhension.

Lorsque le patient est inapte à consentir, les droits des mineurs et des majeurs protégés sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale, ou par la personne chargée de la protection du majeur.

Les intéressés conservent le droit de recevoir eux-mêmes une information, d'une manière adaptée à leur capacité de compréhension.

Article 11 : De l'accès au dossier médical du mineur ou du majeur protégé

Lorsque les soins sont requis par l'état de santé du patient, les mineurs et les majeurs protégés aptes à consentir exercent seuls les droits prévus au présent article.

À leur demande, ils pourront être assistés dans l'exercice de ce droit par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de leur protection. Ces derniers ne pourront accéder aux informations contenues dans le dossier médical du patient sans son accord.

Lorsque les soins ne sont pas requis par l'état de santé du patient ou que ce dernier est jugé inapte à consentir, les titulaires de l'autorité parentale ou par la personne chargée de la protection du majeur ont le droit d'accéder aux informations contenues dans le dossier médical.

Section 5 : Du consentement à l'acte médical

Article 12 : Du consentement à un acte médical

Les mineurs de treize ans et les majeurs protégés peuvent consentir seuls à un soin requis par leur état de santé s'ils sont jugés aptes à consentir.

Le professionnel de santé doit dans un premier temps encourager le mineur ou le majeur protégé à se faire accompagner dans cette démarche par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de sa protection. Leur refus ne constitue pas un obstacle à la mise en œuvre des soins requis par leur état de santé.

Lorsque les soins ne sont pas requis par l'état de santé du patient les droits du mineur sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale.

Les droits des majeurs protégés sont exercés par la personne chargée de leur protection si les soins présentent des effets prévisibles graves.

L'adhésion de l'intéressé à la mise en œuvre du soin doit être recherchée dans la mesure du possible.

Lorsque le patient est inapte à consentir, les droits prévus au présent article sont exercés selon les cas par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de la protection du majeur.

L'adhésion de l'intéressé à la mise en œuvre du soin doit être recherchée dans la mesure du possible.

Article 13 : Du refus de consentir à un acte médical exprimé par le mineur ou le majeur protégé

Si le mineur de treize ans ou le majeur protégé jugé apte à consentir refuse de donner son accord à la mise en œuvre d'un soin requis par son état de santé, le professionnel de santé procède à une nouvelle évaluation de l'aptitude à consentir de son patient en faisant, le cas échéant, appel au service d'une équipe pluridisciplinaire.

Si le patient est toujours jugé apte à consentir, le professionnel de santé doit entamer un dialogue avec lui afin de comprendre les raisons de son refus et l'encourager à changer d'avis.

Si le patient persiste dans son refus, le soin requis par son état de santé pourra être mis en œuvre avec le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou de la personne chargée de sa protection, conformément aux règles du présent chapitre.

Le refus du mineur ou du majeur protégé fait obstacle à la mise en œuvre du soin non requis par son état de santé.

Article 14 : Du refus de consentir à un acte médical exprimé par la personne chargée de la protection du patient

Le refus exprimé par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de la protection du majeur s'impose aux professionnels de santé lorsque le soin n'est pas requis par l'état de santé du patient.

Ce dernier peut, s'il est apte à consentir, saisir le comité d'experts mentionné au présent

chapitre afin de contester ce refus.

Lorsque le refus concerne un soin requis par l'état de santé du mineur ou du majeur protégé, le professionnel de santé peut le comité d'experts mentionné au présent chapitre afin qu'il autorise la mise en œuvre du soin.

Afin de décider s'il autorise ou non le soin, le comité doit apprécier la justification du refus exprimé, les conséquences de celui-ci sur la santé du patient et enfin recueillir, dans la mesure du possible, l'avis de ce dernier.

Section 6 : Du comité d'experts chargés d'autoriser les actes médicaux

Article 15 : De l'extension des compétences du comité d'experts

Le comité d'experts instauré par l'article L. 1231-1 du Code de la santé publique est compétent pour autoriser la mise en œuvre d'un soin présentant un risque prévisible grave. Il peut autoriser la mise en œuvre d'un soin requis par l'état de santé du patient, refusé par la personne chargée de sa protection.

Le comité est composé de cinq membres, dont au moins deux médecins et une personne qualifiée dans le domaine des sciences sociales.

Lorsque le patient est un majeur protégé, il comporte en plus un psychologue et un médecin gériatre.

Lorsque le patient est un mineur, il comporte en plus une personne qualifiée dans le domaine de la psychologie de l'enfant et un pédiatre.

De la modification des règles de droit spécial :

Modification des dispositions relatives aux prélèvements de produits issus du corps humain effectués sur les personnes protégées :

Article L. 1221-5 : Du prélèvement sanguin

Un prélèvement sanguin dans l'intérêt thérapeutique d'autrui peut-être effectué sur les personnes mineures ou les personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique.

Lorsque le mineur ou le majeur protégé est jugé apte à consentir, il exprime seul le consentement nécessaire à la mise en œuvre de l'acte.

En cas d'inaptitude un prélèvement sanguin dans l'intérêt thérapeutique d'autrui pourra être réalisé à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur immunologiquement compatible.

Le consentement est alors exprimé par écrit par l'un des deux titulaires de l'autorité parentale ou par la personne chargée de sa protection.

Le refus du mineur ou du majeur protégé fait obstacle au prélèvement.

Article L. 1221-6 : Modification des caractéristiques sanguines

Les caractéristiques du sang d'un mineur ou d'un majeur protégé ne peuvent être modifiées avant le prélèvement en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui qu'à titre exceptionnel, dans le cadre de l'application des articles L. 1241-3 et L. 1241-4.

Le mineur ou le majeur protégé consent lui-même à cet acte s'il est apte à consentir. Dans le cas contraire, les médecins doivent obtenir le consentement de l'un des deux titulaires de l'autorité parentale ou de la personne chargée de la protection du majeur.

Article L. 1231-2 : Prélèvement d'organes sur une personne mineure ou majeure protégée vivante

1° Un prélèvement d'organes, en vue d'un don, peut avoir lieu sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

Le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 évalue l'aptitude à consentir du majeur protégé au prélèvement. Si le majeur est jugé apte, son seul consentement suffit

à mettre en œuvre l'acte et son refus y fait obstacle.

En cas d'inaptitude, un prélèvement ne pourra être réalisé qu'à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection juridique immunologiquement compatible.

L'autorisation d'effectuer le prélèvement est délivrée par le juge après audition du majeur, de la personne chargée de sa protection, et du comité d'experts. Le refus du majeur fait obstacle au prélèvement.

2° Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure.

Un prélèvement pourra être effectué sur un mineur à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur immunologiquement compatible.

Le prélèvement se fait alors nécessairement au bénéfice de ses parents, de ses frères ou sœurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de ses père et mère.

L'autorisation d'effectuer le prélèvement est délivrée par le juge après audition du mineur, des titulaires de l'autorité parentale, et du comité d'experts. Le refus du mineur fait obstacle au prélèvement.

Article L. 1232-1 : Prélèvement d'organes sur une personne décédée

Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques.

Le médecin informe les proches du défunt, préalablement au prélèvement envisagé, de sa nature et de sa finalité, conformément aux bonnes pratiques arrêtées par le ministre chargé de la santé sur proposition de l'Agence de la biomédecine.

Ce prélèvement peut être pratiqué sur une personne majeure dès lors qu'elle n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement, principalement par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Ce refus est révoquant à tout moment. [...]

Les dispositions du présent article s'appliquent à la personne décédée placée sous mesure de protection juridique.

Article L. 1232-2 : Consentement au prélèvement d'organes sur une personne mineure décédée

Si la personne décédée était un mineur [...], le prélèvement [...] ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des *parents exerçant ou non l'autorité parentale* [...] y consente par écrit.

Toutefois, en cas d'impossibilité de consulter l'un des *parents*, le prélèvement peut avoir lieu à condition que l'autre *parent* y consente par écrit.

Article L. 1241-2 : Prélèvement de tissus ou de cellules non issues de la moelle osseuse

Aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain en vue de don ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure.

Un prélèvement de tissus ou de cellules non issues de la moelle osseuse, en vue d'un don, peut avoir lieu sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

Le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 évalue l'aptitude à consentir du majeur protégé au prélèvement. Si le majeur est jugé apte, son seul consentement suffit à mettre en œuvre l'acte et son refus y fait obstacle.

En cas d'inaptitude, aucun prélèvement ne pourra être réalisé sur la personne du majeur protégé.

Article L. 1241-3 : Prélèvement de cellules hématopoïétiques sur un mineur

Un prélèvement de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique peut être fait sur un mineur *au bénéfice de ses père et mère, de ses enfants*, de son frère ou de sa sœur.

Lorsqu'un tel prélèvement n'est pas possible et en l'absence d'autre solution thérapeutique appropriée, le prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse peut, à titre exceptionnel, être fait sur un mineur au bénéfice de son cousin germain ou de sa cousine germaine, de son oncle ou de sa tante, de son neveu ou de sa nièce.

Le prélèvement sur une personne mineure pourra être mis en œuvre sur autorisation du comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 après audition du mineur et des titulaires de l'autorité parentale.

Le mineur exprime directement son consentement devant le comité. Celui-ci se charge dans un premier temps d'évaluer l'aptitude à consentir du mineur.

Le comité ne pourra autoriser le prélèvement qu'à condition de recueillir le consentement d'au moins l'un des deux titulaires de l'autorité parentale.

Le refus du mineur apte à consentir fait obstacle au prélèvement.

Article L. 1241-4 : Prélèvement de cellules hématopoïétiques sur un majeur protégé

Un prélèvement de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique peut être fait sur un majeur protégé *au bénéfice de ses père et mère, de ses enfants*, de son frère ou de sa sœur.

Lorsqu'un tel prélèvement n'est pas possible et en l'absence d'autre solution thérapeutique appropriée, le prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse peut, à titre exceptionnel, être fait sur un majeur protégé au bénéfice de son cousin germain ou de sa cousine germaine, de son oncle ou de sa tante, de son neveu ou de sa nièce.

Le prélèvement sur un majeur protégé pourra être mis en œuvre sur autorisation du comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 après audition du majeur et de la personne chargée de sa protection.

Le comité se charge dans un premier temps d'évaluer l'aptitude à consentir du majeur. Si cette aptitude est présente, le majeur exprime directement son consentement devant le conseil.

En cas d'inaptitude, le comité ne pourra autoriser le prélèvement qu'à condition de recueillir le consentement de la personne chargée de la protection du majeur.

Le refus du majeur apte à consentir fait obstacle au prélèvement.

Le comité s'assure au préalable que, notamment au regard des règles de bonnes pratiques mentionnées à l'article L. 1245-6, que tous les moyens ont été mis en œuvre pour trouver un donneur majeur suffisamment compatible.

Article L. 1241-5 : Prélèvement de tissus embryonnaires et fœtaux

Un tel prélèvement peut avoir lieu si la femme ayant subi l'interruption de grossesse est mineure ou fait l'objet d'une mesure de protection légale et est jugée apte à consentir. La mineure ou la majeure donne seule son consentement au prélèvement.

Modification des dispositions relatives à la procréation et à l'interruption volontaire de grossesse

Contraception :

Article L. 5134-1

I. — Le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration

de contraceptifs aux personnes mineures.

Lorsqu'un mineur se présente seul chez un professionnel de santé en vue de la prescription d'un contraceptif, ce dernier doit l'encourager à en discuter avec ses titulaires de l'autorité parentale.

Le refus du mineur ne fait pas obstacle à la prescription du contraceptif par le professionnel de santé.

Les majeurs protégés jugés aptes à consentir exercent seuls leurs droits prévus au présent article. À leur demande, ils peuvent être accompagnés dans l'exercice de ces droits par la personne chargée de leur protection.

Lorsque les majeurs protégés sont jugés inaptes à consentir, leurs droits sont exercés par la personne chargée de leur protection.

Stérilisation :

Article L. 2123-2

La ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée sur une personne mineure.

Elle ne peut être pratiquée sur une personne majeure dont l'altération irréversible des facultés mentales ou corporelles a justifié son placement sous mesure de protection conformément aux règles de l'article 425 du Code civil que lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement.

L'intervention est subordonnée à une décision du juge des tutelles saisi par la personne concernée, ses père et mère ou la personne chargée de sa protection.

Le juge se prononce après avoir entendu la personne concernée. Si elle est apte à consentir, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement.

Le juge entend les père et mère de la personne concernée ou *la personne chargée de sa protection* ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile.

Il recueille l'avis d'un comité d'experts composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées. Ce comité apprécie la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique.

Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application du présent article.

Assistance médicale à la procréation :

Nouvel article

Les mineurs ne peuvent accéder à l'assistance médicale à la procréation, sauf cas prévus par le législateur.

Les majeurs protégés jugés aptes à consentir exercent seuls leurs droits figurant au présent titre.

S'ils sont incapables d'agir seuls, les règles de l'article 458 du Code civil sont alors applicables et l'acte ne pourra être mis en œuvre.

Article L. 2141-11 relatif à l'autoconservation des gamètes

Les mineurs et les majeurs protégés exercent seuls les droits mentionnés au présent article s'ils sont aptes à consentir.

Interruption volontaire de grossesse :

Article L. 2212-1

La femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin ou à une sage-femme l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse.

[...]

Les majeures protégées exercent seules leurs droits figurant au présent titre.

Si elles sont incapables d'agir seules, les règles de l'article 458 du Code civil sont alors applicables et l'acte ne pourra être pratiqué.

Article L. 2212-7

Si la femme est mineure non émancipée, le médecin ou la sage-femme doit s'efforcer dans un premier temps de l'encourager à se faire accompagner dans ses démarches par le ou les titulaires de l'autorité parentale. Son refus n'est pas un obstacle à la mise en œuvre de l'intervention.

L'interruption volontaire de grossesse ainsi que les actes médicaux et les soins qui lui sont liés sont pratiqués à la demande de l'intéressée. Dans ce cas, la mineure se fait accompagner dans sa démarche par la personne majeure capable de son choix.

Après l'intervention, une deuxième consultation, ayant notamment pour but une nouvelle information sur la contraception, est obligatoirement proposée aux mineures.

Article L. 2213-1

L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic

[...]

L'interruption de grossesse pratiquée pour motif médical sur une femme mineure non émancipée ou majeure protégée peut être mise en œuvre sur son seul consentement lorsque celle-ci est apte à consentir.

Les médecins évaluent l'aptitude à consentir de la patiente. Si son aptitude est reconnue, ils l'encouragent à se faire accompagner dans cette démarche par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne majeure capable de son choix.

En cas d'inaptitude, l'intervention sera pratiquée avec le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou de la personne chargée de sa protection. En cas de refus, le médecin peut saisir le juge afin qu'il autorise la mise en œuvre de l'intervention.

Modifications relatives à la fin de vie :

Désignation d'une personne de confiance :

Article L. 1111-6

Lorsqu'une personne fait l'objet d'une mesure de protection juridique, elle peut désigner une personne de confiance avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Ces derniers doivent être particulièrement attentifs avant d'autoriser la désignation d'une personne de confiance distincte de la personne chargée de la protection du majeur.

Il n'est pas possible pour un majeur faisant l'objet d'un mandat de protection future de désigner une personne de confiance lorsque son mandataire s'est vu confier le rôle de cette dernière.

Dans l'hypothèse où la personne de confiance a été désignée antérieurement à la mesure de protection, le conseil de famille, le cas échéant, ou le juge peut confirmer la désignation de cette personne ou la révoquer.

Lorsque la personne de confiance antérieurement désignée est distincte de la personne chargée de la protection du majeur, le conseil de famille ou le juge doivent être

particulièrement attentifs avant de confirmer sa désignation.

Rédaction de directives anticipées :

Article L. 1111-11

Le majeur sous protection juridique apte à consentir rédige seul sans assistance ni représentation ses directives anticipées. Un médecin doit au préalable attester de son aptitude à consentir. Cette attestation est jointe aux directives.

Par exception, une assistance pourra lui être fournie s'il entre dans les conditions de l'article R. 1111-17 du présent code.

Le mineur apte à consentir peut rédiger des directives anticipées avec l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale ou à défaut du juge.

Un médecin doit au préalable attester de son aptitude à consentir. Cette attestation est jointe aux directives

Article L. 1110-5-1 : obstination déraisonnable

Les actes mentionnés à l'article L. 1110-5 peuvent être suspendus ou ne pas être poursuivis, conformément à la volonté du patient, lorsqu'ils résultent d'une obstination déraisonnable et qu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou qu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie.

Lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, la décision est prise par le médecin, à l'issue d'une procédure collégiale définie à l'article R. 4127-37-2.

Le médecin doit alors prendre en compte un ensemble d'éléments médicaux et non médicaux, dont le poids respectif ne peut être prédéterminé et dépend des circonstances particulières à chaque patient.

Les éléments médicaux doivent être analysés sur une période suffisamment longue et porter notamment sur l'état actuel du patient, sur l'évolution de son état depuis la survenance de l'accident ou de la maladie, sur sa souffrance et sur le pronostic clinique.

Lorsque l'arrêt des traitements concerne un patient mineur ou majeur protégé, la décision est prise par le médecin après avoir recherché l'avis des titulaires de l'autorité parentale ou de la personne chargée de sa protection.

Si ces derniers refusent l'arrêt des soins, le médecin pourra passer outre ce refus, lorsqu'il a acquis la certitude au vu des éléments médicaux présents, que la poursuite des traitements relève de l'obstination déraisonnable.

En revanche, lorsque les éléments médicaux constitutifs de l'obstination déraisonnable ne sont pas certains, le médecin devra respecter le refus exprimé par les titulaires de l'autorité parentale ou la personne chargée de la protection du majeur.

Article L. 1110-5-3 : sédation

Toute personne a le droit de recevoir des traitements et des soins visant à soulager sa souffrance. Celle-ci doit être, en toutes circonstances, prévenue, prise en compte, évaluée et traitée.

Le médecin met en place l'ensemble des traitements analgésiques et sédatifs pour répondre à la souffrance réfractaire du malade en phase avancée ou terminale, même s'ils peuvent avoir comme effet d'abrégé la vie. Il doit en informer le malade, sans préjudice du quatrième alinéa de l'article L. 1111-2, la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un des proches du malade. La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical. *Ces dispositions sont applicables au majeur protégé.*

Lorsque le patient est mineur, ses droits sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale conformément aux articles L. 1111-2 et L. 1111-4 du présent code. Le mineur est informé en tenant compte de ses facultés de discernement et son avis est recherché. Le refus du mineur apte à consentir fait obstacle à la mise en œuvre du traitement.

Article R. 4127-37-2 : procédure de mise en œuvre d'arrêt des traitements et de sédation profonde

I. — La décision de limitation ou d'arrêt de traitement respecte la volonté du patient antérieurement exprimée dans des directives anticipées. Lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, la décision de limiter ou d'arrêter les traitements dispensés, au titre du refus d'une obstination déraisonnable, ne peut être prise qu'à l'issue de la

procédure collégiale prévue à l'article L. 1110-5-1 [...]

II. – [...]

III. – [...]

Lorsque la décision de limitation ou d'arrêt de traitement concerne un mineur ou un majeur protégé, le médecin recueille en outre l'avis des titulaires de l'autorité parentale ou de la *personne chargée de la protection du majeur*, selon les cas, hormis les situations où l'urgence rend impossible cette consultation.

Modifications relatives à la recherche :

Article L. 1122-2

I. Les mineurs non émancipés, les majeurs protégés ou les majeurs hors d'état d'exprimer leur consentement et qui ne font pas l'objet d'une mesure de protection juridique reçoivent, lorsque leur participation à une recherche impliquant la personne humaine est envisagée, l'information prévue à l'article L. 1122-1 adaptée à leur capacité de compréhension, tant de la part de l'investigateur que des personnes, organes ou autorités chargés de les assister, de les représenter ou d'autoriser la recherche, eux-mêmes informés par l'investigateur.

II. Lorsqu'une recherche impliquant la personne humaine est effectuée sur un mineur non émancipé, le consentement, lorsqu'il est requis, est donné par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale. [...].

Le refus ou la révocation de l'acceptation exprimé par un mineur apte à consentir fait obstacle à la recherche.

Lorsqu'une personne mineure se prêtant à une recherche devient majeure dans le cours de sa participation, la confirmation de son consentement est requise après délivrance d'une information appropriée.

Lorsqu'une recherche impliquant la personne humaine est effectuée sur une personne mineure, l'autorisation est donnée par son représentant légal et, si le comité mentionné à l'article L. 1123-1 considère que la recherche comporte, par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque

sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain, par le conseil de famille s'il a été institué, ou par le juge des tutelles.

III. Une recherche impliquant la personne humaine peut être effectuée sur un majeur protégé avec l'autorisation du comité mentionné à l'article L. 1123-1 après audition du majeur et de la personne chargée de sa protection.

Le comité commence par évaluer l'aptitude à consentir du majeur. Si cette aptitude est présente, le majeur consent seul à la recherche.

Toutefois, lorsque celle-ci comporte par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux pour le majeur, la recherche ne pourra être autorisée par le comité qu'avec le consentement de la personne chargée de sa protection ou du juge des tutelles.

Le refus du majeur apte à consentir ou la révocation de son acceptation fait obstacle à la recherche.

Lorsque le majeur est inapte à consentir, le consentement à la recherche est exprimé par la personne chargée de sa protection. L'adhésion du majeur est recherchée dans la mesure du possible.

Lorsque la recherche comporte par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux pour le majeur, le consentement supplémentaire du juge des tutelles ou du conseil de famille est requis pour que le comité puisse autoriser sa mise en œuvre.

IV. Lorsqu'une recherche impliquant la personne humaine satisfaisant aux conditions édictées par l'article L. 1121-8 est envisagée sur une personne majeure hors d'état d'exprimer son consentement et ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection juridique [...]

Lorsqu'à la date de la fin de la recherche la personne mineure qui s'y est prêtée a acquis la capacité juridique, elle devient personnellement destinataire de toute information communiquée par l'investigateur ou le promoteur.

V. Le consentement prévu au huitième alinéa du II est donné selon les formes [...]

Modifications relatives aux soins psychiatriques :

Nouvel article

Les droits des mineurs sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale conformément aux articles L. 1111-2 et suivants.

Les titulaires de l'autorité parentale doivent être informés des décisions prises concernant le mineur. Leur consentement doit être préalablement recherché avant la mise en œuvre d'un nouveau soin.

Ils doivent également être informés de la décision de placer le mineur sous contention ou en isolement.

Article L. 3211-1

Une personne ne peut sans son consentement faire l'objet de soins psychiatriques.

Un majeur protégé apte à consentir peut demander seul son admission en soins psychiatriques.

En cas d'inaptitude à agir seul, il peut être assisté dans l'exercice de ce droit par la personne chargée de sa protection.

Si l'assistance est insuffisante, la demande d'admission en soins psychiatriques peut être formulée par la personne chargée de sa protection dans les conditions de l'article L. 3212-1 du présent code.

Article L.3211-2-1

[...] Pour l'établissement et la modification du programme de soins, le psychiatre de l'établissement d'accueil recueille l'avis du patient lors d'un entretien [...].

Lorsque le patient est un majeur protégé, la personne chargée de sa protection est consultée.

Lorsque celui-ci est mineur, il recueille également l'avis des titulaires de l'autorité parentale.

Article L. 3211-3

Lorsqu'une personne atteinte de troubles mentaux fait l'objet de soins psychiatriques [...] les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis [...].

Ces droits [...] peuvent être exercés à leur demande par les parents ou les personnes susceptibles d'agir dans l'intérêt du malade *ainsi que par la personne chargée de la protection juridique du majeur.*

Article L. 3211-10

Hormis les cas prévus au chapitre III du présent titre, la décision d'admission en soins psychiatriques d'un mineur ou la levée de cette mesure sont demandées, selon les situations, par les *deux* titulaires de l'exercice de l'autorité parentale [...].

Les titulaires de l'autorité parentale doivent apporter la preuve qu'ils exercent bien cette dernière.

Le mineur peut demander lui-même son admission en soins psychiatriques. L'accord des deux titulaires de l'autorité parentale demeure cependant nécessaire pour prononcer celle-ci.

Article L. 3211-12

I.-Le juge des libertés et de la détention [...] peut être saisi, à tout moment, aux fins d'ordonner, à bref délai, la mainlevée immédiate d'une mesure de soins psychiatriques [...] La saisine peut être formée par [...]

2° Les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur si la personne est mineure ; *le mineur conserve le droit d'exercer lui-même cette saisine, avec l'aide du majeur capable de son choix.*

3° La personne chargée de sa protection si, majeure, elle a été placée *sous mesure de protection juridique*.

Article L. 3211-12-1

I. — L'hospitalisation complète d'un patient ne peut se poursuivre sans que le juge des libertés et de la détention, préalablement saisi par le directeur de l'établissement [...] ou par le représentant de l'État [...], ait statué sur cette mesure.

La personne chargée de la protection du majeur est informée de la saisine du juge des libertés et de la détention et est convoquée à l'audience.

Article L. 3212-1

I- Une personne atteinte de troubles mentaux ne peut faire l'objet de soins psychiatriques sur la décision du directeur d'un établissement mentionné à l'article L. 3222-1 que lorsque les deux conditions suivantes sont réunies [...]

II.-Le directeur de l'établissement prononce la décision d'admission :

1° Soit lorsqu'il a été saisi d'une demande présentée par un membre de la famille du malade ou par une personne justifiant de l'existence de relations avec le malade antérieures à la demande de soins et lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt de celui-ci, à l'exclusion des personnels soignants exerçant dans l'établissement prenant en charge la personne malade [...] *ou par la personne chargée de la protection du majeur.* [...]

Lorsque la personne chargée de la protection du majeur n'est pas à l'origine de la demande, le directeur de l'établissement est tenu de l'avertir dans les 24 heures de l'admission en soins psychiatriques du majeur. [...]

Article L. 3222-5-1

L'isolement et la contention sont des pratiques de dernier recours. [...]

Lorsque le patient est un majeur protégé, la personne chargée de sa protection doit être avertie de son placement en isolement ou sous contention.

Article L. 3213-9

Le représentant de l'État dans le département avise dans les vingt-quatre heures de toute admission en soins psychiatriques [...] :

6° Les titulaires de l'autorité parentale si le patient est mineur.

Conclusion de la seconde partie

880. La recherche d'un équilibre entre protection de l'intégrité physique et autonomie des personnes protégées passe nécessairement par la modification de la législation française actuelle. Une réécriture du Code de la santé publique est indispensable de manière à rendre le droit plus accessible aux professionnels de santé. Dans ce but, toutes les dispositions applicables au consentement à l'acte médical des mineurs ou des majeurs protégés doivent figurer dans ce code, afin d'éviter aux praticiens d'avoir à effectuer une fastidieuse navigation entre celui-ci et le Code civil.

881. L'étude des législations suisse et québécoise a permis de dégager la notion d'aptitude à consentir qui est la capacité d'un patient à comprendre les informations médicales qui lui sont délivrées, et à exprimer, au regard de celles-ci, ainsi que de ses valeurs personnelles, un consentement libre, raisonné et raisonnable. Cette notion jouera un rôle prépondérant dans la détermination de la capacité d'un mineur ou d'un majeur protégé à consentir à un acte médical.

882. De même, la notion québécoise de soin requis par l'état de santé qui correspond à tout acte thérapeutique nécessaire dont l'absence serait préjudiciable à la santé du patient ou tout acte rendu obligatoire par le législateur ; ainsi que celle de soin non requis par l'état de santé qui correspond aux actes médicaux réalisés au bénéfice d'un tiers ; aux actes réalisés pour les besoins d'une recherche ou aux actes à visée esthétique, va permettre d'encadrer l'exercice du consentement à l'acte médical que ce soit par la personne protégée ou par la personne chargée de sa protection.

Conclusion générale

883. Le régime juridique du consentement à l'acte médical des personnes vulnérables se révèle particulièrement délicat à mettre en place. Il s'agit pour le législateur de procéder à la balance de deux intérêts pouvant s'avérer antinomiques. Il doit préserver la dignité et l'autonomie des mineurs et des majeurs protégés en leur conférant le droit de consentir à l'acte médical, tout en instaurant des dispositions propres à garantir la protection de leur intégrité physique. En effet, il ne faudrait pas que ces personnes puissent, à la suite d'une décision qu'elles n'auraient pas pleinement comprise, se mettre en danger. À l'heure actuelle, le législateur a plutôt tranché en faveur de la protection de l'intégrité physique des patients en instaurant de multiples mesures restreignant l'autonomie des personnes vulnérables.

Pour les mineurs, l'accord pour la mise en œuvre d'un acte médical est en principe délivré par les titulaires de l'autorité parentale. Le consentement de l'enfant sera recherché s'il est apte à consentir, cependant son avis ne s'imposera pas au médecin. Chez les majeurs protégés, la capacité à consentir variera en fonction du régime mis en place. Toutes les mesures de protection ne sont pas prises en compte au sein du Code de la santé publique. Il faudra procéder à une articulation des règles issues de ce dernier avec celles provenant du Code civil afin de connaître les règles qui leur sont applicables. Les majeurs protégés ne faisant pas l'objet d'une mesure de représentation bénéficient d'une grande autonomie puisqu'ils consentent eux-mêmes à l'acte médical et ne seront assistés ou représentés que lorsqu'ils ne sont pas en mesure de prendre seuls une décision personnelle éclairée. L'autonomie des majeurs protégés représentés est quant à elle, fortement limitée, puisque leur représentation concerne également le domaine médical.

884. Le Code de la santé publique comporte de nombreuses dispositions régissant des actes médicaux spécifiques. Des mesures spécifiques sont parfois introduites pour les personnes vulnérables. Là encore, le législateur a préféré assurer la protection de leur intégrité physique plutôt que de leur autonomie. Le régime mis en place appelle à de nombreuses critiques. Celui-ci n'a jamais été pensé dans sa globalité et laisse un sentiment général d'incohérence et d'incompréhension. Les personnes vulnérables sont

parfois privées de leur autonomie pour des actes anodins tels que le prélèvement de sang, mais retrouvent paradoxalement une capacité d'exercice absolue dans certains domaines non anodins, comme c'est le cas de l'interruption volontaire de grossesse.

885. Une révision des règles applicables au consentement à l'acte médical pour les personnes vulnérables est nécessaire. L'équilibre actuel n'est guère satisfaisant et l'identification du régime en vigueur n'est pas toujours aisée. Les professionnels de santé prenant en charge les personnes vulnérables se trouvent parfois en situation de désarroi quant à la détermination de la loi applicable à ces patients. Ils adoptent alors des positions très diverses quant à l'autonomie accordée à ces derniers, ce qui contribue à la création d'inégalités entre les patients.

Le législateur a déjà amorcé l'instauration d'un nouvel équilibre plus favorable à l'autonomie des personnes vulnérables. Les mineurs ont d'ores et déjà la possibilité de réclamer la délivrance de soins qui s'imposent pour sauvegarder leur santé sans obtenir le consentement parental grâce à l'instauration des articles L. 1111-5 et L. 1111-5-1 du Code de la santé publique. De même, l'adoption de la loi du 5 mars 2007 offre une autonomie accrue aux majeurs protégés en matière d'acte à caractère personnel. Ces mesures sont cependant perfectibles et loin d'être suffisantes.

De plus, de nombreuses instances européennes et internationales se sont prononcées en faveur de l'accroissement de l'autonomie des mineurs et des majeurs protégés. C'est le cas de l'Organisation des Nations Unies dans le cadre de la Convention internationale des droits de l'enfant¹²⁶⁸ et de la Convention relative aux droits des personnes handicapées¹²⁶⁹, mais également du Conseil de l'Europe, par le biais de la Convention d'Oviedo¹²⁷⁰ ou de sa recommandation relative à la protection juridique des majeurs incapables¹²⁷¹. Le législateur français ne traduit que très partiellement ces exigences en droit interne.

La pression démographique est telle que la question de la révision du droit applicable au consentement à l'acte médical des personnes vulnérables ne peut être laissée plus longtemps de côté. « L'INSEE estime qu'en 2060, environ 24 millions de Français, soit

¹²⁶⁸ ONU, Convention internationale relative aux droits de l'enfant, 20 nov. 1989

¹²⁶⁹ ONU, Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, 13 déc. 2006

¹²⁷⁰ Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, Oviedo 1997

¹²⁷¹ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n° R (99) 4 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, 23 fév. 1999

environ un sur trois, seraient âgés de 60 ans ou plus [...]. À supposer même que le progrès médical limite l'incidence des pathologies et des troubles cognitifs liés à l'âge, qui sont une cause importante de mise sous protection, le régime de protection juridique des majeurs subira une pression démographique croissante dans les années à venir »¹²⁷². Un grand nombre de ces personnes sont susceptibles d'être confrontées au système de santé. Il est donc impératif de revoir le régime applicable à cette catégorie de la population.

886. Plutôt que de fonder la législation sur le statut juridique du patient, ce qui est actuellement le cas, il serait plus logique d'adopter un régime inspiré des législations suisse et québécoise et fondé sur l'aptitude à consentir. Cette notion fait référence à la capacité du patient à comprendre les informations médicales qui lui sont délivrées, et à exprimer, au regard de celles-ci, ainsi que de ses valeurs personnelles, un consentement libre, raisonné et raisonnable. L'aptitude à consentir est présente lorsque deux éléments sont identifiés chez un patient, l'élément intellectuel qui est sa capacité à comprendre une information et à exprimer une décision, et l'élément volontaire qui est sa faculté à exprimer une volonté libre, raisonnée et raisonnable. La présence de ces deux éléments sera recherchée par le professionnel de santé en utilisant divers outils pour le guider dans son évaluation, telle que l'échelle *MacCAT-T*. Cependant, afin de lui simplifier la tâche, l'aptitude à consentir sera présumée chez toute personne majeure même si elle est sous protection juridique, et chez les mineurs de treize ans.

887. Le patient apte à consentir pourra agir de manière plus autonome même s'il relève de la catégorie des personnes vulnérables. Un rapprochement entre les régimes applicables aux mineurs et aux majeurs protégés sera ainsi opéré. Cependant, dans le but de préserver l'intégrité physique du patient vulnérable, son autonomie ne sera pas absolue, et ce même s'il est jugé apte à consentir. Un régime différent sera mis en place en fonction de la nature requise ou non du soin pour l'état de santé du patient, et de la gravité prévisible des risques encourus. Le soin requis correspond à tout acte

¹²⁷² Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs : une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, communication à la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée Nationale, sept. 2016, p.24

thérapeutique nécessaire dont l'absence serait préjudiciable à la santé du patient ou tout acte rendu obligatoire par le législateur. Par opposition, les soins non requis sont les actes non thérapeutiques ; aux actes médicaux réalisés au bénéfice d'un tiers ; aux actes réalisés pour les besoins d'une recherche ou aux actes à visée esthétique.

La capacité à consentir des mineurs serait restreinte pour les soins non requis par son état de santé. De même pour les majeurs protégés lorsque les soins non requis présentent des effets prévisibles graves. Des mesures seront également mises en place pour surmonter un refus de soin opposé par une personne vulnérable à un soin requis par son état de santé.

Une refonte du régime applicable aux actes spécifiquement réglementés est également nécessaire de manière à permettre une plus grande cohérence des dispositions applicables aux personnes vulnérables.

888. Le déploiement d'une telle réforme ne se fera pas sans effort financier et humain. Il est nécessaire de dégager des fonds pour permettre la mise en place de cette mesure ainsi que le développement des nouveaux comités d'experts compétents pour intervenir dans ce domaine. L'accent devra également être mis sur la formation juridique initiale et continue des professionnels de santé. Enfin, un effort de pédagogie devra être effectué vis-à-vis du grand public de manière à faire connaître le nouveau régime applicable.

889. Une telle réforme aurait, en théorie du moins, permis d'éviter une affaire « Inès » ou une affaire « Lambert » en rappelant aux médecins qu'ils ne sont pas liés par le refus exprimé par les titulaires de l'autorité parentale ou la famille du majeur protégé quant à la question de l'arrêt des traitements du patient lorsqu'ils relèvent de l'obstination déraisonnable. La question du consentement à l'acte médical des personnes vulnérables demeure cependant délicate et le législateur devra faire preuve de la plus grande sagesse afin d'opérer un équilibre entre protection de leur intégrité physique et respect de leur autonomie.

Annexes

Se trouvent ci-après annexés les questionnaires utilisés en Suisse et au Québec, destinés à évaluer l'aptitude à consentir des patients (**Annexe 1 à 4**) ; ainsi que les questionnaires envoyés aux professionnels de santé, destinés à rendre plus pratique ce travail de recherche (**Annexe 2**).

Annexe 1 à 4 : les échelles d'évaluation de l'aptitude à consentir

Annexe 1 : Le questionnaire MacCAT-T¹²⁷³

MacCAT-T Record Form²

Patient :

Date :

Heure :

Clinicien :

Unité :

Compréhension - problème clinique

Information	Réponse du patient
#1 Diagnostic	
Score :	
#2 Aspect du problème	
Score :	
#3 Aspect du problème	
Score :	
#4 Aspect du problème	
Score :	
#5 Evolution du problème	
Score :	
	Compréhension- problème
Autre	

Appréciation - problème clinique

¹²⁷³ ETCHELLES E., DARZINS P., SILBERFELD M., et alii, "Assessment of patient capacity to consent to treatment", *Journal of general internal medicine*, janv. 1999, vol. 14, n°1, p. 28 ; version française utilisée par les Hôpitaux universitaires de Genève.

Appréciation - traitement

« Peut-être déciderez-vous que c'est ça le traitement que vous voulez. Nous en reparlerons. Mais pensez-vous que ce traitement pourrait vous apporter un bénéfice ? »

D'accord Pas d'accord Ambivalent

Si le patient n'est pas d'accord ou est ambivalent, description du désaccord et de l'explication du patient.

Explication

Score :

Alternatives - traitement (remplir le nombre nécessaire d'alternatives)**Alt 1- Compréhension - traitement****Information****Réponse du patient**

#1 Nom du traitement	
----------------------	--

Score :

#2 Aspect du traitement	
-------------------------	--

Score :

#3 Aspect du traitement	
-------------------------	--

Score :

#4 Aspect du traitement	
-------------------------	--

Score :

Compréhension- traitement

Autre	
-------	--

--	--

Alt 1- Compréhension - risques et bénéfices

Information

Réponse du patient

#1 Bénéfice	
-------------	--

Score :

#2 Bénéfice	
-------------	--

Score :

#3 Risque	
-----------	--

Score :

#4 Risque	
-----------	--

Score :

Compréhension- R/B (somme):

Autre	
-------	--

Alt 2- Compréhension - traitement

Information	Réponse du patient
#1 Nom du traitement	
Score :	
#2 Aspect du traitement	
Score :	
#3 Aspect du traitement	
Score :	
#4 Aspect du traitement	
Score :	
Compréhension- traitement	
Autre	

Alt 2- Compréhension - risques et bénéfices

Information	Réponse du patient
#1 Bénéfice	
Score :	
#2 Bénéfice	
Score :	
#3 Risque	
Score :	
#4 Risque	
Score :	
Autre	

Premier choix et raisonnement

Choix : « *Revoyons les choix que vous avez : premièrement...deuxièmement...etc [nommer chaque choix]. Lequel vous semble le meilleur pour vous ? Lequel pensez-vous choisir ?* »

Choix :

Explorer : *Vous pensez que [choix du patient] serait le mieux. Dites-moi ce qui fait que ce choix vous semble meilleur que les autres.*

Explication

Explication

Sur conséquences :

Sur comparaison :

Générer des conséquences

« Je vous ai parlé des risques et des bénéfices possibles de [choix du patient]. Dites-moi comment cela pourrait avoir un impact sur votre vie. »

Conséquences - 1

Score :

« Maintenant, considérons [n'importe quelle alternative]. Dites-moi comment cela pourrait avoir un impact sur votre vie. »

Conséquences - 2

Score :

Générer conséquences (somme):

Choix final

« Quand nous avons commencé cette discussion, vous préférez [premier choix, ou dire que le patient avait du mal à choisir]. Qu'en pensez-vous après que nous ayons tout discuté ? Quelle alternative voulez-vous faire ?»

Choix

Exprimer

Cohérence logique du choix

Explication de l'évaluateur :

Cohérence logique :

Résumé des scores

	Somme des scores	÷	Nombre d'items	=	Score intermédiaire
Compréhension					
Problème	_____	÷	_____	=	_____
Traitement	_____	÷	_____	=	_____
Risques/bénéf.	_____	÷	_____	=	_____
	Score compréhension (0-6)				<input type="text"/>
Appréciation					
Problème					_____
Traitement					_____
	Score appréciation (0-4)				<input type="text"/>
Raisonnement					
Conséquences					_____
Comparaison					_____
Générer conséquences					_____
Cohérence logique					_____
	Score raisonnement (0-8)				<input type="text"/>
	Score expression d'un choix (0-2)				<input type="text"/>

Option : résumé des scores pour les alternatives

Alternative 1 [nommer]

	Somme des scores	÷	Nombre d'items	=	Score intermédiaire
Compréhension					
Traitement	_____	÷	_____	=	_____
Risques/bénéf.	_____	÷	_____	=	_____
	Score compréhension (0-4)				<input type="text"/>

Alternative 2 [nommer]

	Somme des scores	÷	Nombre d'items	=	Score intermédiaire
Compréhension					
Traitement	_____	÷	_____	=	_____
Risques/bénéf.	_____	÷	_____	=	_____
	Score compréhension (0-4)				<input type="text"/>

Annexe 2 : Le questionnaire de Silberfeld¹²⁷⁴

Un score minimum de 6/10 est exigé pour que le patient soit considéré comme étant capable de discernement.

Questionnaire de Silberfeld¹

Patient :

Clinicien :

Date :

Heure:

Unité :

Questions	Réponses	
1. Pouvez-vous donner un résumé de la situation?	Problème chronique (1) ou Problème aigu (1)	<input type="checkbox"/>
2. Quel traitement souhaiteriez-vous si vous vous trouviez dans cette situation?	Réponse claire (1)	<input type="checkbox"/>
3. Pouvez-vous nommer un autre choix possible pour vous?	Un autre choix de traitement (1)	<input type="checkbox"/>
4. Quelles sont les raisons de votre choix?	Une raison valable (1)	<input type="checkbox"/>
5. Quels sont les problèmes associés à votre choix de traitement ?	Un problème (1)	<input type="checkbox"/>
6. Que signifiera votre décision pour vous et votre famille ?	Pour le patient (1) Pour la famille (1)	<input type="checkbox"/>
7. Quel effet à court terme aura le traitement ?	Effet à court terme (1)	<input type="checkbox"/>
8. Pouvez-vous penser à un effet à long terme ?	Effet à long terme (1)	<input type="checkbox"/>
9. Pouvez-vous répéter quel traitement vous souhaitez ?	Répétition de la réponse à la question 2 (1)	<input type="checkbox"/>
Total :		<u> </u> /1 0

¹²⁷⁴ SILBERFELD M., NASH C., SINGER P., " Capacity to complete an advance directive", *Journal of the American geriatrics society* », oct. 1993, vol. 41, p. 1141 ; traduction française : WASSERFALLEN J-B., STIEFEL F., CLARKE S., *et alii*, « Appréciation de la capacité de discernement des patients : procédure d'aide à l'usage des médecins », *Bull. des médecins suisses*, 2004, vol. 85, n°32-33, p. 1701

Annexe 3 : Le ACE¹²⁷⁵

Area of capacity to assess	Interview questions
Ability to understand the medical problem	<ul style="list-style-type: none"> • What problem are you having now?
Ability to understand the proposed treatment	<ul style="list-style-type: none"> • What is the treatment for your problem? • What can we do to help you?
Ability to understand the alternatives to the proposed treatment (if any)	<ul style="list-style-type: none"> • Are there any other treatments? • What other options do you have?
Ability to understand the option of refusing treatment (including treatment withdrawal)	<ul style="list-style-type: none"> • Can you refuse the treatment? • Can we stop the treatment?
Ability to accept the reasonably foreseeable consequences of accepting treatment	<ul style="list-style-type: none"> • What could happen to you if you have the treatment? • How could the treatment help you? • Could the treatment cause problems and side effects?
Ability to accept the reasonably foreseeable consequences of refusing proposed treatment	<ul style="list-style-type: none"> • What could happen to you if you don't have the treatment? • Could you get sicker/die without the treatment?

¹²⁷⁵ ETCHELLES E., DARZINS P., SILBERFELD M., et alii, "Assessment of patient capacity to consent to treatment", *Journal of general internal medicine*, janv. 1999, vol. 14, n°1, p. 27 ; et le guide d'utilisation accessible en ligne : <http://www.jcb.utoronto.ca/tools/documents/ace.pdf>

Annexe 4 : Le SMMSE¹²⁷⁶

MINI MENTAL STATE EXAMINATION (M.M.S.E)	Etiquette du patient
Date :	
Évalué(e) par :	
Niveau socio-culturel	

ORIENTATION

Je vais vous poser quelques questions pour apprécier comment fonctionne votre mémoire. Les unes sont très simples, les autres un peu moins. Vous devez répondre du mieux que vous pouvez.

Quelle est la date complète d'aujourd'hui ?

☞ Si la réponse est incorrecte ou incomplète, posez les questions restées sans réponse, dans l'ordre suivant :

- | | | | |
|----------------------------------|--------|------------------------------|--------|
| 1. en quelle année sommes-nous ? | !0ou1! | 4. Quel jour du mois ? | !0ou1! |
| 2. en quelle saison ? | !___! | 5. Quel jour de la semaine ? | !___! |
| 3. en quel mois ? | !___! | | |

☞ Je vais vous poser maintenant quelques questions sur l'endroit où nous nous trouvons.

- | | |
|--|-------|
| 6. Quel est le nom de l'Hôpital où nous sommes ? | !___! |
| 7. Dans quelle ville se trouve-t-il ? | !___! |
| 8. Quel est le nom du département dans lequel est située cette ville ? | !___! |
| 9. Dans quelle province ou région est situé ce département ? | !___! |
| 10. A quel étage sommes-nous ici ? | !___! |

APPRENTISSAGE

☞ Je vais vous dire 3 mots ; je voudrais que vous me les répétiez et que vous essayiez de les retenir car je vous les demanderai tout à l'heure.

- | | | | | | |
|------------|----|---------|----|-----------|-------|
| 11. Cigare | ou | [citron | ou | [fauteuil | !___! |
| 12. fleur | | [clé | | [tulipe | !___! |
| 13. porte | | [ballon | | [canard | !___! |

Répéter les 3 mots.

ATTENTION ET CALCUL

☞ Voulez-vous compter à partir de 100 en retirant 7 à chaque fois ?

- | | | | |
|-----|----|---|-------|
| 14. | 93 | ! | !___! |
| 15. | 86 | ! | !___! |
| 16. | 79 | ! | !___! |
| 17. | 72 | ! | !___! |
| 18. | 65 | ! | !___! |

☞ Pour tous les sujets, même pour ceux qui ont obtenu le maximum de points, demander : « voulez-vous épeler le mot MONDE à l'envers » : E D N O M.

RAPPEL

☞ Pouvez-vous me dire quels étaient les 3 mots que je vous ai demandé de répéter et de retenir tout à l'heure ?

- | | | | | | |
|------------|----|---------|----|-----------|-------|
| 19. Cigare | ou | [citron | ou | [fauteuil | !___! |
| 20. fleur | | [clé | | [tulipe | !___! |
| 21. porte | | [ballon | | [canard | !___! |

LANGAGE

- | | | |
|--|--------------------|-------|
| 22. quel est le nom de cet objet? | Montrer un crayon. | !___! |
| 23. Quel est le nom de cet objet | Montrer une montre | !___! |
| 24. Ecoutez bien et répétez après moi : « PAS DE MAIS, DE SI, NI DE ET » | | !___! |

☞ Poser une feuille de papier sur le bureau, la montrer au sujet en lui disant : « écoutez bien et faites ce que je vais vous dire » (consignes à formuler en une seule fois) :

- | | |
|---|-------|
| 25. prenez cette feuille de papier avec la main droite. | !___! |
| 26. Pliez-la en deux. | !___! |
| 27. et jetez-la par terre ». | !___! |

☞ Tendre au sujet une feuille de papier sur laquelle est écrit en gros caractères : « FERMEZ LES YEUX » et dire au sujet :

- | | |
|---------------------------------|-------|
| 28. «faites ce qui est écrit ». | !___! |
|---------------------------------|-------|

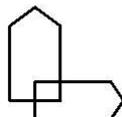
☞ Tendre au sujet une feuille de papier et un stylo en disant :

- | | |
|---|-------|
| 29. voulez-vous m'écrire une phrase, ce que vous voulez, mais une phrase entière. » | !___! |
|---|-------|

PRAXIES CONSTRUCTIVES.

☞ Tendre au sujet une feuille de papier et lui demander :

- | | |
|---|-------|
| 30. « Voulez-vous recopier ce dessin ». | !___! |
|---|-------|



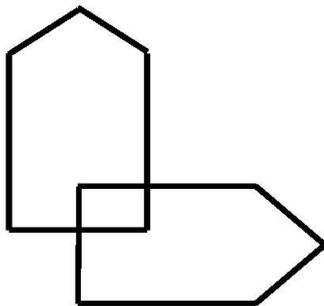
SCORE TOTAL (0 à 30) !___!

FERMEZ LES YEUX

Phrase :

.....
.....
.....

Recopier le dessin :



¹²⁷⁶ MOLLOY W., ALERNAYEHU E., ROBERTS R., « A standardized Mini-Mental State Examination (SMMSE) : it's reliability compared to the traditional Mini-Mental State Examination (MMSE)", *American journal of psychiatry*, 1991, vol.148, p. 102 ; traduction française : DEROUESNE C., POITRENEAU J., KALAFAT M., et alii. pour le Groupe de recherche sur l'évaluation cognitive (GRECO), « Le Mental-State Examination (MMSE) : un outil pratique pour l'évaluation de l'état cognitif des patients par le clinicien. Version française consensuelle », *Presse médicale*, 1999, n° 28, p. 1141

Annexe 5 et 6 : les questionnaires à destination des professionnels de santé

Dans le but de rendre plus pratique mon travail de recherche, deux questionnaires à destination des professionnels de santé ont été élaborés. Ils ont été diffusés (dans une version raccourcie) auprès de médecins et d'auxiliaires médicaux, et ont également servi de support pour mener des entretiens.

Annexe 5 : Questionnaire relatif au consentement aux soins des majeurs protégés

I. L'accès aux soins :

1 : Lorsqu'une personne se présente à votre consultation, comment savez-vous si celle-ci fait l'objet d'une mesure de protection juridique :

- Vous posez systématiquement la question à vos patients :
 - Oui: pouvez-vous préciser à quel moment:
 - Non

- Cette information a été précisée au moment de la prise de rendez-vous :
 - Non
 - Oui, par qui ?

- Le comportement du patient ou son parcours de soins, vous font penser qu'il peut faire l'objet d'une telle mesure : Pouvez-vous donner un exemple :

- Autre :

2 : Lorsque vous êtes au courant que le patient fait l'objet d'une mesure de protection juridique, parvenez-vous facilement à savoir qui est chargé de sa protection ?

- Oui
- Non: pouvez-vous indiquer quelles sont les difficultés que vous rencontrez:

3 : Lorsque vous êtes au courant que le patient fait l'objet d'une mesure de protection juridique et qu'il se présente seul à une consultation ou à un rendez-vous, acceptez-vous de le recevoir ?

Oui

Non: que faites-vous dans ce cas:

4 : Comment s'organise alors la prise en charge de la consultation et des soins ?

Vous faites une feuille de soins

Vous prenez sa carte vitale s'il en a une

Vous contactez la personne chargée de sa protection

Vous le prenez en charge hors sécurité sociale

Autre : veuillez préciser :

5 : Lorsque votre patient est un majeur protégé, acceptez-vous qu'un membre de la famille soit présent lors de la consultation ?

Oui

Non

Cela dépend-t-il de ses facultés de discernement ou d'un autre critère ?

II. L'information relative à l'acte médical:

6 : Lorsque votre patient est un majeur protégé, à qui délivrez-vous l'information obligatoire devant être délivrée préalablement à un acte médical ?

Au patient seul?

À la seule personne chargée de son assistance ou de sa représentation?

Au patient et à la personne chargée de sa protection?

Autre: merci de préciser:

Faites-vous une distinction selon que le patient est représenté (par ex. sous tutelle) ou non en matière de délivrance de l'information ?

7: Délivrez-vous systématiquement une information au patient majeur protégé ?

Oui

Non

Cela dépend-t-il de la mesure de protection ou de ses facultés de discernement ?

8: Délivrez-vous systématiquement une information à la personne chargée de la protection du majeur ?

Oui

Non

Cela dépend de la mesure : pouvez-vous préciser :

9 : Lorsque vous informez la personne, comment procédez-vous ?

Informez-vous d'abord le patient seul lors d'un entretien individuel, puis la personne chargée de sa protection (si celle-ci doit être informée.)

Ou informez-vous les deux personnes simultanément lors du même entretien

Autre: pouvez-vous préciser?

Cela dépend –t-il de la mesure de protection ou d'un autre critère?

10 : Lorsque vous informez le patient :

Lui délivrez-vous toute l'information?

Ou bien limitez-vous celle-ci en raison de son « état » de majeur protégé

Cela dépend –t-il de la mesure de protection ou d'un autre critère?

11: si vous informez la personne chargée de la protection du majeur:

Lui délivrez-vous toute l'information?

Ou bien limitez-vous celle-ci? Dans quels cas ?

Cela dépend –t-il de la mesure de protection ou d'un autre critère?

13 : selon la loi¹²⁷⁷ le majeur sous tutelle a le droit de recevoir une information et de participer à la décision d'une manière adaptée à ses facultés de discernement ; comment appréciez-vous la faculté de discernement d'une personne ? (pouvez-vous donner des exemples concrets) :

III. Le consentement aux soins

¹²⁷⁷ Article L1111-2 du code de la santé publique

14 : Pensez-vous que la loi applicable à l'information et au consentement à l'acte médical des majeurs protégés est claire et compatible avec la réalité et les contraintes de votre activité professionnelle ?

- Oui
- Non

Si non, quels sont les problèmes posés par cette loi?

15 : Avez-vous des idées pour améliorer cette loi ?

16 : Si votre patient est un majeur protégé, à qui demandez-vous de consentir aux soins ?

- Au patient seulement
- À la personne chargée de sa protection seulement
- Au patient et à la personne chargée de sa protection
- Au juge

Cela dépend –t-il de la mesure de protection ou d'un autre critère?

17 : si vous demandez le consentement du patient et de la personne chargée de sa protection, que faites-vous en cas de désaccord entre eux relatif aux soins devant être pratiqués ?

- Mettez-vous en place une forme de « médiation » quelconque entre eux pour les faire parvenir à un accord
- Demandez-vous l'aide d'une tierce personne : laquelle ? Comment procédez-vous ?
- Autre

18 : Lorsque vous demandez l'accord de la personne chargée de la représentation, que faites-vous si un membre de la famille du patient est en désaccord avec la décision prise?

19 : Si le patient refuse les soins, alors que la personne chargée de sa représentation a donné son autorisation, respectez-vous son refus ?

- Oui
- non : que faites- vous alors ?

Cela dépend –t-il de la mesure de protection ou d'un autre critère?

Votre réponse serait-elle la même dans l'hypothèse où le refus s'avèrerait préjudiciable à sa santé ?

20 : Avez-vous déjà fait appel à un juge pour résoudre un conflit en matière de consentement aux soins pour un majeur protégé ?

- Non

Oui : dans quelles circonstances ?

21 : Avez-vous déjà sollicité le juge pour déclencher une mesure de protection à l'égard de l'un de vos patients ?

Non

Oui : dans quelles circonstances :

22 : selon la loi¹²⁷⁸ le consentement du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision ;

Comment appréciez-vous l'aptitude d'un majeur protégé à participer à la décision : quels critères sont pris en compte ? Comment procédez-vous ?

23 : Vous faites-vous aider par un confrère (psychiatre/ psychologue, neurologue...) pour déterminer cette aptitude ?

Non

Oui : comment cela se déroule-t-il ?

24 : Avez-vous déjà eu des patients sous habilitation familiale ou mandat de protection future ?

Oui

Non

Si oui avez-vous rencontré des difficultés particulières par rapport à la loi applicable dans ces cas ?

25 : Lorsque votre patient est un majeur protégé, cherchez-vous à savoir s'il a désigné une personne de confiance ou non ?

Oui

Non

Si oui auprès de qui recherchez-vous cette information

Le patient

La personne chargée de sa protection

Autre : veuillez préciser :

26 : Dans le cas où une personne de confiance a été désignée, quel rôle lui accordez-vous et que faites-vous si celle-ci est en désaccord avec la personne chargée de la protection du majeur ?

¹²⁷⁸ Article L. 1111-4 du code de la santé publique

27 : Cherchez-vous à savoir si votre patient majeur protégé à rédiger des directives anticipées ?

Oui

Non

Si oui auprès de qui recherchez-vous cette information

Le patient

la personne chargée de sa protection

Autre : veuillez préciser :

28 : Existe-t-il une pratique collective en matière de consentement aux soins pour les majeurs protégés au sein de votre service – hôpital :

Non

Oui : pouvez-vous la décrire :

29 : Pensez-vous qu'il soit possible de laisser un majeur protégé même représenté (ex : sous tutelle) consentir seul à un acte médical s'il est capable de discernement ?

30 : Pour résumer : quelle est votre principale difficulté lorsque vous devez soigner un majeur protégé ?

Dans quel domaine exercez-vous :

Médecine générale

Pédiatrie

Gériatrie

Psychiatrie

Autre : merci de préciser :

Depuis combien d'années exercez-vous votre profession ?

Moins de 5 ans

Entre 5 et 10 ans

Plus de 10 ans

Vous êtes interne

Annexe 6 : Questionnaire relatif au consentement aux soins des mineurs

I. L'accès aux soins :

1 : Si un mineur se présente seul à une consultation ou à un rendez-vous, acceptez-vous de le recevoir ?

Oui

Non: que faites-vous dans ce cas:

2 : Comment s'organise alors la prise en charge de la consultation et des soins ?

Vous faites une feuille de soins

Vous prenez sa carte vitale s'il en a une

Vous contactez ses parents pour qu'ils règlent les soins

Vous le prenez en charge hors sécurité sociale

Autre : veuillez préciser :

II. Information du patient relative à l'acte médical:

3 : Lorsque votre patient est un mineur, à qui délivrez-vous l'information obligatoire devant être délivrée préalablement à un acte médical ?

À l'enfant seul?

À ses parents seuls?

À l'enfant et à ses parents?

Autre: merci de préciser:

Comment décidez-vous si le mineur va recevoir ou non une information ? Cela dépend-il de l'âge de l'enfant ou d'un autre critère ?

4 : Si vous délivrez une information aux parents, que faites-vous lorsque ceux-ci sont divorcés ou séparés ?

Vous informez le seul parent accompagnant l'enfant lors de la consultation

Vous vous efforcez de joindre les deux parents

Autre: pouvez-vous préciser

5 : Lors de la délivrance de l'information, comment procédez-vous ?

Informez-vous d'abord l'enfant seul lors d'un entretien individuel, puis ses parents

Ou informez-vous l'enfant et ses parents simultanément lors du même entretien

Autre: pouvez-vous préciser?

Cela dépend-t-il de l'âge de l'enfant ou d'un autre critère ?

6 : Lorsque vous informez l'enfant :

Lui délivrez-vous toute l'information?

Ou bien limitez-vous celle-ci

Cela dépend-t-il de l'âge de l'enfant ou d'un autre critère ?

7: selon la loi l'enfant a le droit de recevoir une information et de participer à la décision d'une manière adaptée à son degré de maturité¹²⁷⁹; comment appréciez-vous le degré de maturité de l'enfant (pouvez-vous donner des exemples concrets) :

III. Le consentement aux soins

8 : Pensez-vous que la loi applicable à l'information et au consentement à l'acte médical des mineurs est claire et compatible avec la réalité et les contraintes de votre activité professionnelle ?

Oui

Non

Si non, quels sont les problèmes posés par cette loi?

9 : Avez-vous des idées pour améliorer cette loi ?

10 : Lorsque votre patient est mineur, à qui demandez-vous de consentir aux soins ?

À l'enfant seulement

À ses parents seulement

À l'enfant et à ses parents

Cela dépend-t-il de l'âge de l'enfant, dans ce cas quel seuil d'âge retenez-vous ?

Cela dépend-t-il d'un autre critère ?

¹²⁷⁹ Il s'agit de l'article L.1111-2 du code de la santé publique

11 : Si vous demandez aux parents de consentir aux soins demandez-vous :

À un seul des deux parents son autorisation

Aux deux parents:

Dans ce dernier cas, est-ce systématique ou le faites-vous uniquement dans certains cas précis :

12 : Si vous demandez aux deux parents de consentir, que faites-vous en cas de désaccord entre eux relatif aux soins devant être pratiqués ? (l'un des parents est d'accord, l'autre non).

Mettez-vous en place une forme de « médiation » quelconque entre eux pour les faire parvenir à un accord

Demandez-vous l'aide d'une tierce personne : laquelle ? Comment procédez-vous ?

Autre :

13 : Si vous demandez le consentement des parents et de l'enfant, que faites-vous en cas de désaccord entre eux ? (les parents sont d'accord et l'enfant refuse ou inversement, l'enfant est d'accord, les parents refusent ; ou encore l'un des parents et l'enfant sont d'accord, l'autre refuse...)

Mettez-vous en place une forme de « médiation » quelconque entre eux pour les faire parvenir à un accord

Demandez-vous l'aide d'une tierce personne : laquelle ? Comment procédez-vous ?

Autre :

14 : Avez-vous déjà fait appel à un juge pour mettre un terme à un conflit en matière de consentement aux soins pour un mineur?

Non

Oui : pouvez-vous préciser dans quelles circonstances :

15 : si les parents sont séparés/ divorcés, que faites-vous lorsque l'un des parents a donné son accord, mais que vous avez de fortes raisons de soupçonner que l'autre parent n'est pas du même avis ?

16 : Dans une situation d'urgence, vous est-il déjà arrivé de vous passer du consentement des parents pour délivrer des soins ?

Non

Oui : pouvez-vous donner un exemple :

Cela vous a-t-il posé des problèmes par la suite ?

17 : Si l'enfant refuse les soins, alors que ses parents les ont autorisés, respectez-vous son refus ?

- Oui
Non

Cela dépend-t-il de son âge ou d'un autre critère :

Votre réponse serait-elle la même dans l'hypothèse où le refus s'avèrerait préjudiciable à sa santé ?

18 : selon la loi le consentement du mineur doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision ¹²⁸⁰;

Comment appréciez-vous l'aptitude d'un mineur à participer à la décision : quels critères sont pris en compte ? Comment procédez-vous ?

19 : Vous faites-vous aider par un confrère (psychiatre/ psychologue, neurologue...) pour déterminer cette aptitude ?

- Non
Oui : comment cela se déroule-t-il ?

20 : L'article L.1111-5 du code de la santé publique permet à un mineur de recevoir des soins à sa demande, sans le consentement de ses parents :

- Avez-vous déjà été confronté à ce type de situation :

- Oui
Non

Si oui, pouvez-vous préciser dans quelles circonstances et pour quels types d'actes :

- Accédez-vous à la demande de l'enfant de recevoir des soins sans consentement parental :

- Oui
Non

Si non, pouvez-vous préciser votre pratique habituelle dans cette situation:

21 : Existe-t-il une pratique collective en matière d'information et de consentement aux soins des mineurs au sein de votre service – hôpital :

- Non

¹²⁸⁰ Article L.1111-4 du code de la santé publique

Oui : pouvez-vous la décrire :

22 : Pensez-vous qu'il soit possible de laisser l'enfant décider seul de consentir à un acte médical s'il est capable de discernement ?

23 : pour résumer : quelle est votre principale difficulté lorsque vous devez soigner un mineur ?

24 : Dans quel domaine exercez-vous :

Médecine générale

Pédiatrie

Gériatrie

Psychiatrie

Autre : merci de préciser :

25 : Depuis combien d'années exercez-vous votre profession ?

Moins de 5 ans

Entre 5 et 10 ans

Plus de 10 ans

Vous êtes interne

Bibliographie

I. Ouvrages

Consentement et santé, Association française de droit de la santé (sous la direction de), Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2014

Dictionnaire médical, Académie nationale de médecine, 2015

Dictionnaire de français, Larousse, éd. 2018

ALFANDARY Elie, DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, MONEGER Françoise, et alii, :

— Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la Convention internationale sur les droits de l'enfant, La documentation française, « Rapports officiels », 1993

BATTEUR Annick :

— Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés, 9^e éd., LGDJ, « Manuels », 2017

BAYLE Benoit:

— L'enfant à naître. Identité conceptionnelle et gestation psychique, ERES, 2005

BELLIVIER Florence:

— *Droit des personnes*, LGDJ, « Précis Domat », 2015

BENABENT Alain:

— *Droit civil, la famille*, 9^e éd, Litec, 1998

BONFILS Philippe, GOUTTENOIRE Adeline:

— *Droit des mineurs*, 2^e éd., Dalloz, « Précis », 2014

BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU–TERNEYRE Virginie :

— *Droit civil : introduction, biens, personnes, famille*, 20e éd., Dalloz, « Sirey », 2018

CARBONNIER Jean :

— *Droit civil, 1/ les personnes*, 21e éd., PUF, « Thémis droit privé », 2000

— *Droit civil, 2/ la famille*, 20e éd., PUF, « Thémis droit privé », 1999

CHANTEPIE Gaël, LATINA Mathias :

— *La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016

CORNU Gérard :

— *Droit civil, les personnes*, 13e éd., LGDJ, « Précis Domat », 2007

— *Droit civil, la famille*, 9e éd., LGDJ, « Précis Domat », 2006

— *Vocabulaire juridique*, 12e éd., PUF, « Quadrige », 2018

COURBE Patrick, GOUTTENOIRE Adeline :

— *Droit de la famille*, 7^e éd., Sirey, « Sirey université », 2017

DA SILVA Valérie:

— *La protection des mineurs et des majeurs en curatelle et en tutelle en matière personnelle*, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2014

DEBET Anne :

— *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2002

DELAMARE Jacques :

— *Dictionnaire abrégé des termes de médecine*, 6 éd., Maloine, 2012

DELRIEU Sabrina, ZALEWSKI-SICARD Vivien :

— *Droit des mineurs et des majeurs protégés*, Ellipses, « Droit notarial », 2010

DEPADT Valérie, LEFEUVRE Karine:

— Protéger les majeurs vulnérables : quels droits pour les personnes en fin de vie ?, Tome 3, EHESP, 2017

DUBUIS Amanda :

— Les droits du patient en droit de l'Union européenne, Bruylant, « Droit de l'Union européenne », 2017

FENOUILLET Dominique, TERRE François :

— *Droit civil : les personnes : Personnalité, incapacité, protection*, 8^e éd., Dalloz, « Précis », 2012

FIECHTER-BOULVARD Frédérique:

— « La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit », in COHET CORDEY F. (dir.), *Vulnérabilité et droit, développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, PUG, 2000

GOUTTENOIRE Adeline:

— « Autorité parentale : définition, sources et nature », in *Droit de la famille* (sous la dir. de P. Murat), Chapitre 232, Dalloz, « Dalloz Action », 2016

— « Autorité parentale : attributs », in *Droit de la famille* (sous la dir. de P. Murat), Chapitre 233, Dalloz, « Dalloz Action », 2016

— « Autorité parentale : audition du mineur », in *Droit de la famille* (sous la dir. de P. Murat), Chapitre 236, Dalloz, « Dalloz Action », 2016

GOUTTENOIRE Adeline, TRAVADE –LANNOY Stéphanie, PIERROT-BLONDEAU Julie :

— « Autorité parentale : exercice », in *Droit de la famille* (sous la dir. de P. Murat), Chapitre 234, Dalloz, « Dalloz Action », 2016

HAUSER Jean, HUET-WEILLER Danièle :

— *Traité de droit civil, la famille : fondation et vie de la famille*, LGDJ, 1989

HEALY David:

— Les médicaments psychiatriques démystifiés, Elsevier Masson, 2011

KANT Emmanuel :

— *Qu'est-ce que les lumières ?*, (1784), Larousse, « Petits classiques », 2013

— *Fondements de la métaphysique des mœurs*, (1785), Nathan, « Intégrales de Philo », 2010

LAUDE Anne, MATHIEU Bertrand, TABUTEAU Didier :

— *Droit de la santé*, 3e éd., PUF, « Thémis », 2012

LEFEUVRE Karine, MOISDON-CHATAIGNIER Sylvie:

— Protéger les majeurs vulnérables : quelle place pour les familles ?, Tome 1, EHESP, 2015

— Protéger les majeurs vulnérables : l'intérêt de la personne protégée, Tome 2, EHESP, 2017

MALAURIE Philippe, AYNES Laurent:

— *Droit civil, la famille*, Cujas, 1992

MARAIS Astrid :

— Droit des personnes, 3e éd., Dalloz, « Cours », 2018

MARIA Ingrid, ROBBE Charlotte:

— « Majeur vulnérable : protection conventionnelle : mandat de protection future », *in Droit de la famille*, Dalloz, « Dalloz Action », 2016

MAZEAUD Henri, Léon et Jean, CHABAS François :

— *Leçons de droit civil — tome I, troisième volume — la famille*, 7e éd., Montchrestien, 1995

MILL John Stuart:

— *De la liberté*, Paris, Guillaumin et cie, 1860

PELLUCHON Corine :

— *L'autonomie brisée : bioéthique et philosophie*, Paris, PUF, 2008

PETERKA Nathalie, CARON-DEGLISE Anne, ARBELLOT Frédéric :

— « *Protection de la personne vulnérable 2017-2018* », 4e éd., Dalloz, « Dalloz Action », 2017

PORTES Louis :

— *A la recherche d'une éthique médicale*, éd. 1964, Paris, Masson et Cie — PUF, 1964

RAOUL-CORMEIL Gilles :

— *Nouveau droit des majeurs protégés : difficultés pratiques*, 2^e éd., Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2012

RAYMOND Guy :

— *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, 5e éd., Litec, « Pratique professionnelle », 2006

RICŒUR Paul :

— *Soi-même comme un autre*, (1990), Points, « Essais », 2015

— *Parcours de la reconnaissance*, Gallimard, « Folio essais », 2005

— *Philosophie de la volonté. Tome 1 : le volontaire et l'involontaire*, Points, « Essais », 2017

— *Le juste 2*, Esprit, « Philosophie », 2001

TERRE François, FENOUILLET Dominique :

— *Droit civil, la famille*, 9e éd., Dalloz, « Précis », 2018

TEYSSIE Bernard:

— *Droit des personnes*, 19^e éd., LexisNexis, « Manuels », 2017

VINCENT Henri:

— *Majeurs protégés*, 2^e éd., Francis Lefebvre, « Dossiers pratiques », 2014

II. Articles

AMIEL Philippe, VIALLA François :

— « La vérité perdue du code de Nuremberg : réception et déformations du “code de Nuremberg” en France », *RDSS*, vol. 4, 2009 p. 673-687

— « Le “code de Nuremberg”, une jurisprudence pénale inaugurale en droit international de la santé », in *Mélanges en l’honneur de Michel Bélanger*, LEH édition, 2015, p. 573-585

ANDRE Sophie, BAUDET-CAILLE Véronique, et alii :

— « *Actes médicaux et paramédicaux* », *Lamy droit de la protection sociale*, étude 1094, 2018

ARHAB - GIRARDIN Farida :

— « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de la santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS*, 2009, p. 875

AUBRY Annabelle:

— « Difficultés dans les relations de soins avec un mineur. Les réponses du procureur de la République », *Médecine et Droit*, 2011, p. 226-230

AULOIS-GRIOT Marine:

— « *Législations spécifiques — éthique et biotechnologies, Les produits dérivés du sang et de ses composants* », *Droit médical et hospitalier*, Lexis Nexis, Fasc. 35-1, 2011

AVENA-ROBARDET Valérie:

— « Bras de fer entre parents et médecins », *AJ Fam.*, 2014 p.451

BAILLY Daniel:

— « Problèmes liés au consentement chez l'enfant et l'adolescent », *Archives de pédiatrie*, 2010, n° S1, p. 7-15

BALIVET Béatrice:

— « *Majeurs protégés — Aspects procéduraux* », J.-CL. Proc. Form., fasc. 20, 2011

— « *Majeurs protégés — Domaine d'application. Conditions. Critères* » J.-CL. Proc. Form., fasc. 10, 2017

BARINCOU Paul, VERHEYDE Thierry :

— « Fin de vie : les dispositions relatives aux majeurs protégés », *AJ Fam.*, 2016 p. 431

BATTEUR Annick :

— « *Majeurs protégés — Curatelle, tutelle, effets personnels* », J.-CL. Civ., Art. 457-1 à 463, fasc. 10, 2017

— « *Majeurs protégés — Curatelle et tutelle – Effets personnels – Vie familiale du majeur protégé* », J.-CL. Civ., Art. 457-1 à 463, fasc. 20, 2017

— « Habilitation familiale et protection de la personne du majeur protégé », *Dr.fam.*, nov. 2016, n° 11, dossier 45

— « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », *Dr.fam.*, fév. 2011, n° 2, dossier 5

BATTEUR Annick, RAOUL-CORMEIL Gilles :

— « *Majeurs protégés* », J.-CL. Civ., synthèse 180, 2017

BEAUCHET Olivier:

— « Comment apprécier la pertinence du consentement aux soins du majeur protégé », *in* 4e. Journée de Droit du Centre Hospitalier d'Angers : « Médecine et vulnérabilité : la relation de soin », *Médecine et droit*, 2011 p.244

BEIGNIER Bernard, PUYO Yann :

— « *Respect et protection du corps humain — la mort* », J.-CL. Civ., Art. 16 à 16-14, fasc. 70, 2017

BERGOIGNAN-ESPER Claudine:

— « *Santé* », J.-CL. Adm., synthèse 110, 2017

BERNARD-XEMARD Clara:

— « Prélèvements d'organes *post mortem* et incapacité juridique », *Dr.fam.*, juill. 2012, n° 7-8, étude 14

BERNHEIM-DESVAUX Sabine:

— « La difficile conciliation de la protection et de l'autonomie de la personne vulnérable », *RJPF.*, 2010, n° 4

— « La relation de soins : the consent of the minor in the care relationship », *Médecine et droit*, 2011 p.221-225

BERTHIAU Denis:

— « La réforme de la protection juridique de la personne majeure et ses incidences dans le droit de la santé (loi du 5 mars 2007) », *Médecine et droit*, 2007 p.105

— « La décision médicale à propos du mineur : aspects juridiques et éthiques », *La revue sage-femme*, 2010, n° 9, p. 146-150

BEVIERE-BOYER Bénédicte:

— « *Respect et protection du corps humain — Recherche impliquant la personne humaine* », J.-CL. Civ., Art. 16 à 16-14, fasc. 60, 2018

— « *Respect et protection du corps humain — Recherche impliquant la personne humaine — Mise en œuvre* », J.-CL. Civ., Art. 16 à 16-14, fasc. 62, 2018

BINET Jean-René:

— « *Respect et protection du corps humain — sang humain* », J.-CL. Civ., Art. 16 à 16-14, fasc. 24, 2017

— « *Respect et protection du corps humain — Organes, tissus, cellules, produits* », J.-CL. Civ., Art. 16 à 16-14, fasc. 22, 2016

— « *Bioéthique* », J.-CL. Civ., synthèse 20, 2018

BINET Jean-René, CHOPARD-DIT-JEAN Adrien, DESMESTTRE Thibault, et alii. :

— « Approche multidisciplinaire de la vulnérabilité dans le contexte de l'urgence médicale », *RGDM*, juin 2011, n° 39, p.158- 179

BONFILS Philippe, GOUTTENOIRE Adeline :

— « Droit des mineurs – février 2017 – juin 2018 », *D.*, 2018, p. 1664

BOSSU Bernard, LEGROS Bérandère :

— « *La dignité de la personne humaine* », Lamy Droit des personnes et de la famille, étude 208, 2015

BOUMAZA Assia :

— « La stérilisation contraceptive et le “handicap mental” après la loi du 4 juillet 2001 », *RDSS.*, 2002 p.233

BOURRET Rodolphe, VIALLA François, MARTINEZ Éric:

— Le principe d'autonomie dans les avis du Comité consultatif national d'éthique : quelles limites ? », *Médecine et droit*, 2015 p. 90-98

BOUTON Jacqueline :

— « Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et la santé de la personne vulnérable », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau : Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, vol.1, LEH édition, 2015, p. 293-304

BROSSARD Baptiste:

— « Un test rudimentaire mais pratique. Enquête sur le succès du Mini-Mental State Examination », *Sciences sociales et santé*, 2014, vol.32, n° 4, p.43-70

BROSSET Estelle :

— « Le consentement en matière de santé et le droit européen », 2013 : article en ligne sur le site HAL – archives ouvertes : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00872135/document>

BULTEAU Samuel, DOLIGEZ Nelly, VICTORRI-VIGNEAU Caroline, et alii :

— « Les antidépresseurs ont-ils encore un intérêt dans la dépression bipolaire ? », *Annales médico-psychologiques*, 2016 v.174 n° 1 p.70-76

BYK Christian:

— « *Législations spécifiques — éthique et biotechnologies, Recherche impliquant la personne humaine* », Droit médical et hospitalier, Lexis Nexis, Fasc. 34, 2018

— « Les soins psychiatriques sans consentement au regard de la question prioritaire de constitutionnalité », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau : Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, vol.1, LEH édition, 2015, p. 305-313

CANEDO-PARIS Margarita:

— « Le concept d'acte médical "indispensable" dans la jurisprudence administrative », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau : Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, vol.1, LEH édition, 2015, p. 315-327

CASTAING Cécile:

— « La volonté des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement », *AJDA.*, 2013 p.153

CARBONNIER Irène:

— « *Autorité parentale — exercice de l'autorité parentale* », J.-CL. Civ., Art. 371 à 387, fasc. 10, 2014

CHARBONNEAU Cyrille:

— « *Don et utilisation du corps humain* », Droit médical et hospitalier, Lexis Nexis, Fasc. 32, 2009

CHEYNET DE BEAUPRE Aline:

— « Loi sur la fin de vie : “tu ne tueras point” », *RJPF.*, 1er avril 2016 p.7

COUTURIER Mathias :

— « *Soins psychiatriques sans consentement* », J.-CL. Civ. Annexes, fasc.10, 2016

CRISTOL Danièle:

— "Le possible contrôle, par le juge de l'excès de pouvoir, des recommandations de bonne pratique", *RDSS.*, 2006 p.53

CROISILE Bernard:

— « Le Mini-Mental State, un incontournable de la neuropsychologie », *Sciences sociales et santé*, 2014, vol.32, n° 4, p. 71-77

DARRIEUX Philippe, FOSSIER Thierry:

— « La contraception et les personnes handicapées mentales », *Gaz. Pal.*, 2 janv, 1998, p.9

DE BECKER Emmanuel :

— « Dépression de l'enfant et prescription d'antidépresseurs », *Psychothérapie* 2003/3 v.23 p. 169-176

DEISS Alain:

— « Le juge des enfants et la santé des mineurs », *JCP G.*, 1983, I, p.3125

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise:

— « L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner », *RGDM*, 2004, n° 12, p. 99-104

DELBANO Fabrice:

— « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs », *D.* 1999 p. 408

DIDIER Paul:

— « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP. G.* 16 mai 2016 p.580

DIONISI-PEYRUSSE Amélie:

— « La loi du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine : à la recherche d'une conciliation entre protection de la personne et développement de la recherche en vue de progrès médicaux », *RJPF.*, 2012 n° 7-8

— « Prélèvement de moelle osseuse sur personnes vulnérables : les parents oubliés », *RJPF.*, 2001, n° 3, p.37

DISERENS Catherine., VATRE Françoise :

— « Une personne handicapée mentale peut-elle être parent ? », *Thérapie familiale*, 2003, vol. 24, n° 2, p. 199

DORSNER-DOLIVET Anne, SOUTOUL Jean-Henri :

— « La stérilisation humaine en pratique courante et toujours illicite ! », *Médecine et droit*, 1993 p.42-45

DREIFUSS-NETTER Frédérique:

— « *Interruption volontaire de grossesse* », Lamy droit de la santé, étude 326, 2012

— « *Législations spécifiques — éthique et biotechnologies, Interruption volontaire de grossesse* », Droit médical et hospitalier, Lexis Nexis, Fasc. 33-1, 2008

— « *Législations spécifiques — éthique et biotechnologies, Assistance médicale à la procréation* », Droit médical et hospitalier, Lexis Nexis, Fasc. 33, 2008

— « Les donneurs vivants ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité », *D.* 2005 p. 1808

DUBAELE Thierry:

— « Avortement, mineure, autorité parentale et abus de droit : pouvoirs du juge des enfants pour consentir à l'IVG d'une mineure faisant l'objet d'une mesure d'assistance éducative ? », *D.* 1993 p.129

DUBUS Pierre:

— « Vie privée et sexualité des adultes handicapés résidant en établissement médico-social », *VST — Vie Sociale et Traitements*, 2008, vol. 97, n° 1, p. 68

DUPONT Marc:

— « Les soins aux mineurs : qui décide ?, *Constitutions*, 2010, p.261

DUPRAT Jean-Pierre:

— « *Personne handicapée mentale* », *Lamy droit de la santé*, étude 288, 2012

DUVAL-ARNOULD Domitille:

— « Minorité et interruption volontaire de grossesse », *D.* 1999 p. 471

DUVERT Cyrille:

— « Autorité parentale et circoncision rituelle », *D.* 2001 p. 1585

ENNUYER Bernard :

— « La vulnérabilité en question ? », *Ethics, Medicine and Public Health*, 2017, n ° 3, p. 365-373

ESCHYLLE Jean - Florian:

— « *Autorité parentale* », *J.-CL. Civ.*, synthèse 160, 2017

— « Le juge de l'assistance éducative et l'IVG des mineures célibataires », *RDSS*, 1997 p.639

FASQUELLE Daniel, BRUNETTI-PONS Clotilde:

— « Pour la protection des personnes dans l'âge fragile et vulnérable de l'enfance et de l'adolescence », *Dr.fam.*, avril 2014, n° 4, p.5

FAVIER Yann:

— « *Majeurs protégés — Sauvegarde de justice* », *J.-CL. Civ.*, Art. 433 à 439 — fasc. Unique, 2016

— « Droit de la famille — Autorité parentale et santé de l'enfant : notion d'acte usuel », *JCP.G.* 15 sept. 2014, n° 38, doct.953

FOSSIER Thierry:

— « La réforme de la protection des majeurs : guide de lecture de la loi du 5 mars 2007 », *JCP. G.* 14 mars 2007, doct. 118

— « La protection de la personne, un droit flexible », *Dr. fam.*, mai 2007, n° 5, étude 17

FOSSIER Thierry, HARICHAUX Michèle:

— « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », *RDSS*, 1991 p.3

FOSSIER Thierry, VERHEYDE Thierry :

— « La stérilisation à fins contraceptives des incapables majeurs », *JCP.G.* 25 juillet 2001, actualités

FRESNEL Florence:

— « Le médecin choisi inscrit sur la liste et la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *Gaz. Pal.*, 10 nov. 2007 p.2

— « La sauvegarde de justice médicale : un nouvel intérêt pour cette mesure ? », *Gaz. Pal.*, 12 juin 2014 p.8

— « Éloge de la folie par le droit ou comment le droit apprécie-t-il l'altération des facultés mentales », *Gaz. Pal.*, 3 août 2000 p. 1348

FRIOURET Laurent:

— « Le refus de soins salvateurs ou les limites de la volonté du malade face à l'ordre public de conservation de la vie », *RGDM*, 2005, n° 15, p.100-120

FULCHIRON Hugues:

— « L'autorité parentale rénovée », *Defrénois*, 15 août 2002, n° 15, p.959

GABRIEL Aurélie:

— « Le consentement de l'enfant aux actes médicaux, une autonomie chimérique ? » *Gaz. Pal*, 24 nov. 2009, n° 328, p.25

GALLMEISTER Inés,

— « *État et capacité des personnes* », *Rép. Civ.*, § 135 et s., 2016

GALLOUX Jean-Christophe, GAUMONT-PRAT Hélène :

— « Droits et libertés corporels », *D.* 2008 p.1435

— « Droits et libertés corporels », *D.* 2006 p.1200

GARAY Alain:

— « La responsabilité des médecins urgentistes dans la prise en charge des enfants », *Gaz. Pal*, 06 mai 2003, n° 126, p.2

GAUMONT-PRAT Hélène:

— « *Contraception et stérilisation contraceptive* », *Lamy droit de la santé*, étude 334, 2016

GAUDIN Marie-Anne:

— « Handicap mental et parentalité. La sexualité au risque de l'enfantement », *Le sociographe*, 2008, vol.27, n° 3, p. 51

GISSER François:

— « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs, une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP. G.*, 1984 I, p.3142

GOUTTENOIRE Adeline :

— « Au miroir de la Convention internationale des droits de l'enfant », *JCP. G.*, 18 déc. 2017, p. 2302

— « Dossier santé et protection de l'enfant : protection de l'enfant et santé », *AJ. Fam.* 2015 p. 254

— « Le statut juridique de l'enfant », *Lamy droit civil*, n°S87, 2011, p. 36

— « Les droits de l'enfant », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 66, n° 2, 2014, p.565

— « Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant », *AJ. Fam.* 2010 p. 12

— « L'enfant dans les procédures judiciaires, un statut en devenir », *AJ. Fam.* 2003 p. 368

GOUTTENOIRE Adeline, FULCHIRON Hugues:

— « *Autorité parentale* », *Rép. Civ.*, 2015

GRATADOUR Hélène:

— « *La curatelle* », *Lamy Droit des personnes et de la famille*, étude 248, 2015

— « *La sauvegarde de justice* », *Lamy Droit des personnes et de la famille*, étude 250, 2015

— « *L'autonomie du mineur* », *Lamy Droit des personnes et de la famille*, étude 472, 2017

GROSSHOLZ Caroline:

— « La circoncision infantile en cause : la décision du Tribunal de Cologne du 7 mai 2012 », *RFDA*, 2012, p.843

GUINERET-BROBBEL DORSMAN Anne, SIRE Sylvie:

— « Maman dit oui, papa aussi, ou les regrettables incertitudes de la présomption d'accord en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale », *LPA.*, 31 mars 2003, n° 64, p.5

HAUSER Jean:

— « L'habilitation familiale : examen critique d'une nouvelle mesure de protection juridique », *Dr.fam.*, nov. 2016, n° 11, dossier 48

— « Choix du tuteur et pouvoirs sur la personne protégée : fin de vie », *RTD Civ.*, 2017, p.97

— « Liberté religieuse et consentement aux soins », *RTD. Civ.*, 2002, p.84

— « La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes », *RDSS*, 1992, p.467

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie:

— « Kant contre Jéhovah ? », *D.* 2004, p.3154

ISRAEL Lucien :

— « *Médecine — Relation malade-médecin* », *Encyclopaedia Universalis*, 2018

JONAS Carole:

— « Les aspects médicaux de la protection des majeurs », *Dr.fam.*, mai 2007, n° 5, étude 15

— « Protection des majeurs vulnérables. Information et consentement du majeur protégé », in 4e. Journée de Droit du Centre Hospitalier d'Angers : « Médecine et vulnérabilité : la relation de soin », *Médecine et droit*, 2011, p.244

JUNG Antonin:

— « La fin de vie », *LPA.*, 25 juillet 2016, n° 147, p.18

KIMMEL-ALCOVER Anne :

— « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS*, 2005, p. 265

KRZISCH Delphine:

— « Force normative et efficacité des recommandations de bonne pratique en matière médicale », *RDSS.*, 2014, p. 1087

LARRIBAU-TERNEYRE Virginie:

— « *Mariage* », J.-CL. Civ., Art. 212 à 215, fasc. 10, 2016

— « *Autorité parentale* », Rép. Proc. Civ., 2014

LE TOURNEAU Philippe :

— « *Mandat* », Rép. Civ., 2016

LEFEBVRE DES NOETTES Véronique, LE BIVIC Céline:

— « Peut-on se former à la dignité », *Neurologie-Psychiatrie-Gériatrie*, 2013, n° 13, p.331-336

LELIEVRE Nathalie:

— « Faut-il attendre l'accord du tuteur pour faire les soins à une personne placée sous tutelle », *Douleurs*, 2008, n° 9, p.86

LEMOULAND Jean-Jacques, NOGUERO David, PLAZY Jean-Marie:

— « Majeurs protégés : juillet 2012 — juin 2013 », *D.* 2013, p. 2196

LEMOULAND Jean-Jacques, NOGUERO David :

— « Majeurs protégés : juillet 2017 — mai 2018 », *D.* 2018, p. 1458

— « Majeurs protégés : juin 2016 — juillet 2017 », *D.* 2017, p. 1490

LEQUILLERIER Clémentine:

— « Chronique d'actualité 2 : bioéthique et droit des usagers du système de santé », *Gaz. Pal.*, 7 juin 2007, p.32

LEROYER Anne-Marie:

— « Majeurs — protection juridique : Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RTD. Civ.*, 2007, p.394

MARCHADIER Fabien,

— « *Majeurs protégés* », Rép. Civ., §160, 2016

MARGUENAUD Jean-Pierre:

— « La vie privée et familiale des parents d'un mort », *RTD Civ.* 2002 p.393

MARIA Ingrid:

— « *Majeurs protégés — Curatelle et tutelle – Dispositions générales* », *J.-CL. Civ.*, Art. 440 à 457 — fasc. Unique, 2017

— « L'habilitation familiale à l'épreuve des principes directeurs du droit des majeurs protégés », *Dr.fam.*, nov. 2016, n° 11 dossier 40

MARRAUD DES GROTTES Gaëlle:

— « Entretien avec Dominique Bertinotti, ministre déléguée à la famille », *RLDC.*, 1er nov. 2013, n° 109

MARTHA MALAUZAT Marie-Isabelle:

— « *Assistance médicale à la procréation* », *Lamy droit de la santé*, étude 332, 2012

MASCRET Caroline:

— « Emission des avis et recommandations par la HAS », *RGDM.*, 2009, n° 30 p.48

MASSIP Jacques:

— « Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle », *Dr.fam.*, juill. 2010, n° 7, étude 18

MAYAUD Yves:

— « Les malades mentaux entre non-imputabilité et imputation », *AJ Pén.*, 2004, p. 303

MATHEY Nicolas,

— « *Représentation* », *Rép. Civ.*, § 26, 2007

MAZEAUD-LEVENEUR Sabine:

— « *Majeurs protégés — Mandat de protection future* », J.-CL. Civ., Art. 477 à 494 — fasc. Unique, 2017

MEKKI Mustapha:

— « *Mandat — conditions de validité* », J.-CL., Art. 1984 à 1990, fasc. 20, 2012

MESA Rodolphe :

— « *La capacité d'exercice du majeur protégé* », Lamy Droit des personnes et de la famille, étude 241, 2015

— « *La tutelle* », Lamy Droit des personnes et de la famille, étude 244, 2016

MORACCHINI-ZEIDENBERG Stéphanie:

— « L'acte personnel de la personne vulnérable », *RTD Civ.* 2012, p.21

MORLET-HAIDARA Lydia :

— « L'impact de la loi santé sur les usagers du système de santé », *RDSS.*, 2016, p.658

MOURALIS Jean — Louis:

« *Normes déontologiques : Code de déontologie des médecins* », Lamy droit de la santé, étude 166, 2009

MURAT Pierre:

— « *Respect et protection du corps humain – Assistance médicale à la procréation – Accès* », J.-CL. Civ., Art. 16 à 16-14, fasc. 40, 2012

NACKA Fabienne, BENADJAOU Lila, et alii :

— « Modalités d'information et de recueil du consentement des parents d'un mineur

participant à une recherche biomédicale », *Archives de pédiatrie*, 2013 v.20, n° 5s1 p. 138 —
139

NACKA Fabienne, BENADJAOUD Lila, FAYON Michael, et alii :

— « Recherche en pédiatrie (1) : dispositions juridiques relatives au consentement », *Archives de pédiatrie*, 2015, v.22, n° 9, p.983-988

— « Recherche en pédiatrie (2) : le consentement en pratique », 2015, v.22, n° 9, p.989-995

NEIRINCK Claire:

— « *Enfance* », *Rép. Civ.*, 2016

— « Le statut des mineurs de 7 à 13 ans », *LPA.*, 13 avril 1994, n° 44

— « L'enfant, être vulnérable », *RDSS*, 2007 p.5

NEMIR Leïla:

— « Consentement aux soins des mineurs, le régime très novateur du Canada », *Droit, Déontologie et Soins* 2009 p. 337-355

NERSON Robert:

— « Le respect par le médecin de la volonté du malade », in mélanges en l'honneur de Gabriel Marty, 1978 p.853-880

NOGUERO David :

— « Agitation ou tempête pour le droit des majeurs protégés ?, *JCP G.* 18 juin 2018, p. 69

— « Synthèse sur la fin de vie des majeurs protégés », *Dr. Fam.* n°11, nov. 2014, p.28

OUASSIN Lionel, de BROCA Alain:

— « Quelle autonomie pour le majeur sous tutelle dans le domaine médical, et plus particulièrement en situation de fin de vie », *Ethique et santé*, 2016, n° 13 p.127

PECQUEUR Émilie:

— « Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées », *D.* 2016, p.958

PENNEAU Jean:

— « *Corps humain — bioéthique* », Rép. Civ., 2012

— « Imposer des soins à un malade est une atteinte à une liberté fondamentale sauf si sa vie est en danger », *D.* 2004, p.602

PETERKA Nathalie:

— « La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs », *JCP. G.*, 11 janv. 2010, doct. 33

— « Le mandat de protection future : bilan et perspectives », *Defrénois*, 30 avril 2017, n° 8, p. 497

— « Le statut de la personne habilitée », *Dr.fam.*, nov. 2016, n° 11, dossier 44

— « Brèves réflexions autour de la “personne hors d’état de manifester sa volonté” au sens de l’article 494-1 du Code civil », *AJ Fam.*, 2016 p.237

PICARD Jean :

— « Handicap de santé à venir : incertitudes et promesses du mandat », *JCP. N.*, 14 avril 2000 p. 651

PICHARD Marc:

— « *La capacité juridique* », *Lamy Droit des personnes et de la famille*, étude 236, 2010

PORCHY-SIMON Stéphanie:

— « *Santé — Responsabilité médicale — Principes généraux* », *J.-CL. Civ.*, Art. 1382 à 1386, fasc. 440-20, 2011

— « *Santé — Responsabilité médicale — Responsabilité pour faute d’éthique médicale. Consentement libre et éclairé du patient. Secret médical* », *J.-CL. Civ.*, Art. 1382 à 1386, fasc. 440-30, 2011

POURRIAT Jean-Louis, KIERZEK Gérard:

— « La responsabilité du médecin face à l’urgence », *Médecine et droit*, 2006, n° 78, p.91-97

QUENNESSON Claire:

— « Santé et protection de l'enfant : les décisions relatives à la santé de l'enfant », *AJ Fam.*, 2015, p.275

RAMEIX Suzanne:

— « Du paternalisme à l'autonomie des patients ? L'exemple du consentement aux soins en réanimation », *Médecine et droit*, 1995, p.1-6

RAOUL-CORMEIL Gilles:

— « *Majeurs protégés — Habilitation familiale* », J.-CL. Civ., Art. 494-1 à 494-12 — fasc. Unique, 2017

— « Le conjoint de la personne vulnérable », *Defrénois*, 30 juin 2008, n° 12, p. 1303

— « Les personnes protégées et les dispositifs d'anticipation sur la fin de vie médicalisée », *Dr.fam.*, oct. 2016, n° 10, dossier 35

— « La responsabilité du mandataire judiciaire à la protection des majeurs et la sécurité du majeur protégé », *D.* 2013, p.1320

REBOURG Muriel:

— « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr.fam.*, mai 2007, n° 5, étude 16

REGNIAULT Alexandre, ROBERT Jacques-Antoine, THERON Camille:

— « *Professionnels de santé et internet* », *Lamy droit de la santé*, étude 275 – 220, 2017

REY-SALMON Caroline:

— « Secret médical et personnes vulnérables : le cas du mineur », *D.* 2009, p.2651

RIAL-SEBBAG Emmanuelle:

— « Vulnérabilité, enfant et recherche médicale », *Médecine et droit*, 2011 p.231-234

RICCEUR Paul :

— « Autonomie et vulnérabilité », article accessible depuis le site de la fédération internationale des sociétés de philosophie : <http://www.fisp.org.tr/autonomie.htm>

ROCHE-DAHAN Janick :

— « L'accès du majeur protégé à la procréation et à la filiation », *Revue Lamy de droit civil*, juin 2011, n° 83

ROMAN Diane :

— « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *RDSS.*, 2005, p.423

ROQUE Julien :

— « La prémajorité », *Dr.fam.*, avril 2009, n° 4, étude 20

ROSSIGNOL Laurence :

— « Discours de la secrétaire d'État chargée de la famille — discours officiels de la 12^e édition des états généraux du droit de la famille et du patrimoine », *Gaz. Pal.*, 5 avril 2016, p.24

ROUGE-MAILLART Clotilde:

— « Le mineur dans la relation de soins. Introduction », 4^e journée d'étude de droit du centre hospitalier universitaire d'Angers, « médecine et vulnérabilité » (31 mars 2011), *Médecine et droit*, 2011, p.218-220

RUDE-ANTOINE Edwige:

— « La décision médicale et la relation médecin-patient en oncologie », *Médecine et droit*, 2017, p. 15-23

SALVAGE-GEREST Pascale:

— « Le juge des affaires familiales (de l'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale), *Dr.fam.*, avril 2003, n° 4

— « Les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr.fam.*, mars 2009, n° 3, étude 17

SALVAGE -GEREST Pascale, MARIA Ingrid :

— « *Minorité* », J.-CL. Civ., synthèse 170, 2018

SAUVAGE François,

— « Le consentement à l'acte médical du patient sous protection juridique », *Médecine et Droit*, 2011, p. 235

SAVONITTO Florian:

— « Les recommandations de bonne pratique de la Haute Autorité de Santé », *RFDA.*, 2012, p.471

STOUFFLET Jean:

— « L'activité juridique du mineur non émancipé », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Voirin*, LGDJ, 1966

SVANDRA Philippe:

— « L'autonomie comme expression des capacités », *Ethique et santé*, 2007, n° 4, p. 74-77

TALARICO Laure:

— « Pourquoi faire simple... ? », *Dr.fam.*, nov. 2009, n° 11, comm. 147

TERNON Yves:

— « L'Aktion T4 », *Revue d'histoire de la Shoah*, 2013, vol. 199, n° 2, p.37

TRUCHET Didier,

— « *Malades mentaux* », *Rép. Civ.*, 2017

VASSEUR - LAMBRY Fanny :

— « Le statut civil du majeur protégé et Le droit supranational des droits de l'homme », *Dr.fam.*, fév. 2011, n° 2, dossier 3

VAN DEN BRINK Hélène:

— « *Les contraceptifs et abortifs* », Droit pharmaceutique, Lexis Nexis, fasc. 61-20, 2016

VERHEYDE Thierry:

— « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », *D.*, 2009, p. 1397

— « Le majeur protégé, parent d'enfants mineurs », *AJ. Fam.*, 2012, p.257

VIALLA François:

— « Relation de soins et minorité », *LPA.*, 20 mars 2015, n° 57, p.4

— « Bref retour sur le consentement éclairé », *D.* 2011 p. 292

VIALLA François, FAURE Magali, MARTINEZ Éric et alii:

— « Mineur et secret médical — Le secret sur son état de santé demandé par le mineur à l'égard de ses parents : de la reconnaissance d'un droit à sa mise en œuvre concrète », *Médecine et droit*, 2015, p.79-89

VIGNAL Nancy:

— « *Droits individuels du patient : Droit au consentement* », Lamy droit de la santé, étude 319, 2002

ZIELINSKI Agata :

— « Le libre choix : de l'autonomie rêvée à l'attention aux capacités », *Gérontologie et société*, 2009, vol. 32, n° 131, p.11-24

Ouvrages, thèses et articles relatifs à la législation étrangère :

- Droit québécois :

Droit du Québec, 1e éd., LGDJ, « Bibliothèque de l'association Henri Capitant », 2016

Le Code civil du Québec, tome 1, Commentaire du Ministre de la Justice, Les publications du Québec, 1993

BEAULIEU Marie, PHILIPS-NOOTENS Suzanne :

— « La détermination de l'inaptitude de la personne âgée au carrefour des disciplines : le défi du respect de l'autonomie », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 378, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2014, p. 145

BLONDEAU Danielle, GAGNON Éric:

— « De l'aptitude à consentir à un traitement ou à le refuser : une analyse critique », *Les cahiers de droit*, 1994, vol. 35, n° 4 p.651

BOULET Denise :

— « Les soins de santé pour le majeur inapte : ce que la loi ne dit pas », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 344, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2012, p. 183

BOURASSA Sylvain:

— « Les droits de la personnalité », in *Ecole du barreau du Québec, Personnes et successions*, vol.3, éditions Yvon Blais, « Collection de droit 2017-2018 », 2017, p.47

GENEAU Daniel:

— « Évaluation clinique de l'aptitude chez les majeurs », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 378, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2014, p.55

GRISSO Thomas, APPELBAUM Paul-Stuart :

— « Assesment to consent to treatment : a guide for physicians and other health professionals », Oxford University Press, 1998

KOURI Robert, PHILIPS-NOOTENS Suzanne :

— « Le majeur inapte et le refus catégorique de soins de santé : un concept pour le moins ambigu », *Revue du barreau*, 2003, tome 63

LECOQ Nathalie:

— « Le refus injustifié de soins de santé : en quête d'un plus grand respect de la personne vulnérable », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 424, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2017, p.157

MENARD Jean-Pierre:

— « Les requêtes en autorisation de traitements : enjeux et difficultés importantes à l'égard des droits des personnes », in *Autonomie et protection*, vol. 261, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2007, p. 319

ROY Alain, GROFFIER Ethel:

— « *Canada (Québec) — Personnes physiques* », J.-CL. Notarial, fasc. 1, 2011

SEGUIN Éric:

— « Le refus de soins injustifié d'un mineur âgé de 14 ans et plus : quand l'établissement de santé doit-il intervenir pour le protéger ? », in *Pouvoirs publics et protection*, vol. 182, éditions Yvon Blais, «Service de la formation continue du barreau du Québec», 2003, p. 149

TOUCHETTE Josée :

— « Le bijuridisme canadien : coexistence de deux systèmes juridiques institutionnels », *Revue générale de droit*, 2002, vol.32, n° 1, p.117

VEILLEUX Anne-Marie:

— « Le constat de l'inaptitude à consentir aux soins : par qui et comment ? », in *La protection des personnes vulnérables*, vol. 344, éditions Yvon Blais, « Service de la formation continue du barreau du Québec », 2012, p.3

- Droit Suisse :

MIRABEAU Madeleine, BARBE Rémy, NARRING Françoise :

— « Les adolescents sont-ils capables de discernement ? Une question délicate pour le médecin », *RMS.*, 20 fév. 2013, n° 9, p.415

CAFLISCH Marianne:

— « La consultation avec un adolescent : quel cadre proposer », *RMS.*, 11 juin 2008, n° 4, p. 1456

HOCHMANN-FAVRE Marc, MARTIN-ACHARD Pierre :

— « Le médecin et le patient incapable de discernement : quels changements apporte le nouveau droit de la protection de l'adulte ? », *RMS.*, 2 oct. 2013, n° 9, p. 1791

HURST Samia:

— « Capacité de discernement », *RMS.*, 25 janv. 2012, n° 8, p. 200

— « Capacité de discernement », *RMS.*, 28 janv. 2015, n° 11, p. 256

MUZNY Petr:

— « L'autonomie du patient mineur, entre certitudes et incertitudes », *Bull. des médecins suisses*, 2009, vol. 90, n° 3, p. 79

PELET Odile:

— « Nul n'est censé ignorer... comment réagir lorsqu'un mineur s'oppose à des soins », *RMS.*, 4 mars 2009, n° 5, p. 539

RUTISHAUSER Christoph:

— « Contradiction entre relation adaptée au patient adolescent et aspects légaux ? », *Paediatrica*, 2006, vol. 17, n° 4, p.31

SANTOS Alfredo:

— « Suisse — Personne et tutelle », J.-CL. Droit Notarial, fasc. 2, 2011

— « Suisse — Introduction générale au système juridique », J.-CL. Droit comparé, fasc. 10, 2011

SILBERFELD Michel, NASH C., SINGER P.:

— « Capacity to complete an advance directive », *Journal of the american geriatrics society*", oct. 1993, vol. 41, p. 1141

WASSERFALLEN Jean-Blaise, STIEFEL Frédéric, CLARKE Stéphanie, *et alii* :

— « Appréciation de la capacité de discernement des patients : procédure d'aide à l'usage des médecins », *Bull. des médecins suisses*, 2004, vol. 85, n°32-33, p. 1701

- Autres pays :

ENRIGHT Mairead:

— « Mature Minors & The Medical Law ; Safety First ? », *Cork online law review*, edition III, 2004, n°6

FLAUSS-DIEM Jacqueline :

— « En Angleterre, une nouvelle juridiction pour la protection des personnes privées de discernement », *in mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau*, 2015, p.451-466

NEVILLE BROWN Lionel:

— « Grande Bretagne – Droit anglais – Introduction générale – Les époux. Les enfants », J.-CL. Droit comparé, fasc. 1, 2007

MAINGAIN Bernard, DE WILDE D'ESTAMAEL Emmanuel:

— « Belgique. – Incapacités », J.-CL. Droit Notarial, fasc. 1, 2009

GARCIA RUBIO Maria- Paz , LLAMAS POMBO Eugénio :

— « Espagne – Droit civil – Statut personnel », J.-CL. Droit Notarial, fasc. 1, 2009

Articles relatifs aux questionnaires d'évaluation de l'aptitude à consentir :

DEROUESNE Christian, POITRENEAU J., KALAFAT M., *et alii.* pour le Groupe de recherche sur l'évaluation cognitive (GRECO) :

— « Le Mental-State Examination (MMSE) : un outil pratique pour l'évaluation de l'état cognitif des patients par le clinicien. Version française consensuelle », *Presse médicale*, 1999, n° 28, p. 1141

ETCHELLS Edward, DARZINS Peteris, SILBERFELD Michel, *et alii* :

— « Assessment of patient capacity to consent to treatment », *Journal of general internal medicine*, janv. 1999, vol. 14, n°1, p. 27

FOLSTEIN Marchal, FOLSTEIN Susan, MC HUGH Paul :

— « Mini-Mental State : A practical method for grading the cognitive state of patients for the clinician », *Journal of Psychiatric Research*, 1975, vol. 12, p. 189

GRISSE Thomas, APPELBAUM Paul, HILL-FOTOUHI Carolyn :

— « The MacCAT-T : a clinical tool to assess patient's capacities to make treatment decisions », *Psychiatric services*, nov. 1997, vol. 48, n°11, p. 1415

MOLLOY William, ALERNAYEHU E., ROBERTS R.:

— « A standardized Mini-Mental State Examination (SMMSE) : it's reliability compared to the traditional Mini-Mental State Examination (MMSE) », *American journal of psychiatry*, 1991, vol.148, p. 102

MOLLOY William, SILBERFELD Michel, DARZINS Peteris, *et alii* :

— « Measuring capacity to complete an advance directive », *Journal of the american geriatrics society*", juin 1996, vol. 44, p. 660

III. Thèses

ANGUILL Jean-Dominique, *Les évaluations objectives du consentement au traitement : étude critique autours de MacCAT-T*, (sous la direction de O. Cottencin), Th. Dactyl., Lille II, 2007

BERNARD Jérôme, *Handicap mental et autonomie juridique : de la protection à l'émancipation*, (sous la direction de B. Py), Th. Dactyl., Université de Lorraine, 2013

BLONDEL Marion, *La personne vulnérable en droit international*, (sous la direction de S. Sana-Chaillé de Néré et A-M. Tournepiche), Th. Dactyl., Bordeaux, 2015

BRUNEEL-BAISSAS Carole, *La protection de la santé du mineur*, (sous la direction de H. Fulchiron), Th. Dactyl., Lyon 3, 2007

CHAKIRIAN Laurence, *La protection de la personnalité du mineur*, (sous la direction de H. Fulchiron), Th. Dactyl., Lyon 3, 2000

CIVIL Marc-Félix, *Analyses existentielle et éthique du consentement aux soins en psychiatrie*, (sous la direction de D. Jousset et M. Walter), Th. Dactyl., Bretagne occidentale, 2016

DA SILVA Valérie, *De l'incapacité à la protection en matière personnelle*, (sous la direction de Pollaud-Dulian F.), Th. Dactyl., Paris 1, 2010

DUTHEIL - WAROLIN L., *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, (sous la direction de J. Leroy), Th. Dactyl., Limoges, 2004

DUVAL-ARNOULD Domitille, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ, 1994

EL RHRIB-LOUH Hanane, *L'autonomie médicale des personnes en situation d'incapacité : contribution à une analyse rénovée de la décision médicale*, (sous la direction de F. Dekeuwer-Defossez), Th. Dactyl., Lille II, 2012

FEMENIA Laurie, *La volonté des incapables*, (sous la direction de J. Pousson-Petit), Th. Dactyl., Toulouse 1, 2000

FRANCOZ-TERMINAL Laurence, *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, Stämpfli, 2008

GABRIEL Aurélie, *Le mineur, quel acteur de santé ?*, (sous la direction de A. Laude), Th. Dactyl. Paris-Descartes, 2011

GUERIN Véronique, *La volonté de l'enfant*, (sous la direction de F. Kernaleguen), Th. Dactyl., Rennes 1, 1998

GUILLOD Olivier, *Le consentement éclairé du patient : autodétermination ou paternalisme ?*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986

HUET Virginie, *L'obligation d'information du patient*, (sous la direction de C. Albigès), Th. Dactyl., Montpellier 1, 2004

JONAS Carol, *L'opposition de la personne à l'acte médical*, (sous la direction de G. Vermelle), Th. Dactyl., Tours, 1993

LE GOUES Morgan, *Le consentement du patient en droit de la santé*, (sous la direction de V. Bernaud), Th. Dactyl., Avignon, 2015

MALHERBE Paskall, *Les majeurs protégés en France : dénombrement, caractéristiques et dynamique d'une sous-population méconnue*, (sous la direction de C. Bergouignan), Th. Dactyl., Bordeaux 4, 2012

MARRION Bertrand., *Le mineur son corps et le droit criminel*, (sous la direction de B. Py), Th. Dactyl., Nancy 2, 2010

PELTIER Luce, *Le consentement du patient à l'acte médical*, (sous la direction de L. Dubouis), Th. Dactyl., Aix-Marseille 3, 1991

PLAZY Jean-Marie, *La personne de l'incapable*, (sous la direction de Hauser J.), Th. Dactyl., Bordeaux 4, 1998, éd. La Mouette, 2001

POIRRET Jennifer, *La représentation légale du mineur sous autorité parentale*, (sous la direction de Chabas F.), Th. Dactyl., Paris Est, 2011

PRONOST Hélène, *Volonté et acte médical*, (sous la direction de B. Beignier), Th. Dactyl., Toulouse 1, 2009

IV. Rapports, Avis et études

Agence de la biomédecine :

— *Rapport sur l'application de la loi de bioéthique*, janvier 2018

CCNE:

— *Avis n°49 relatif à la contraception chez les personnes handicapées mentales*, 3 avril 1996

— *Avis n°50 relatif à la stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive*, 3 avril 1996

— *Avis n°89 à propos de la conservation des corps des fœtus et enfants mort-nés*, 22 sept. 2005

— *Avis n°115, questions d'éthiques relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantation*, 7 avril 2011

CNESCO:

— *Nombres et opérations : premiers apprentissages à l'école primaire*. Dossier de synthèse, 2015

Comité des droits des personnes handicapées :

— *Observation générale sur l'article 12 de la Convention, relatif à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, 30 mars — 11 avril 2014

Conseil d'éthique clinique des Hôpitaux-Universitaires de Genève :

— *Capacité de discernement et autonomie du patient, une préoccupation centrale dans le soin au patient*, 13 juin 2017

— *Le rôle des proches dans les décisions thérapeutiques*, 10 sept. 2012

Conseil National du Sida :

— *Rapport suivi d'un avis et de recommandations sur l'accès confidentiel des mineurs adolescents aux soins*", 6 mars 2000

Contrôleur général des lieux de privation de liberté :

— *Les droits fondamentaux des mineurs en établissement de santé mentale*, 2017

Cour des comptes :

— *La protection juridique des majeurs : une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, communication à la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée Nationale

— *La protection juridique des majeurs*, DEPP, *Note d'information n°17.17 : Journée Défense et Citoyenneté 2016*, juin 2017

Haute Autorité de Santé :

— *Information des patients : recommandations destinées aux médecins*, mars 2000

— *Recommandation de bonne pratique relatives aux modalités de prise de décision concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement d'une personne présentant des troubles mentaux*, avril 2005

— *Recommandation de bonne pratique relative à la maladie d'Alzheimer et maladies apparentées : diagnostic et prise en charge*, déc. 2011

— *Recommandation de bonnes pratiques relatives à la délivrance de l'information à la personne sur son état de santé*, mai 2012

— *Les directives anticipées concernant les situations de fin de vie*, guide pour le grand public, oct. 2016

— *Recommandation de bonnes pratiques relatives à l'isolement et à la contention en psychiatrie générale*", février 2017

INED:

— *La contraception en France, nouveau contexte, nouvelles pratiques ?*, Population et société n° 492

INSEE :

— *Enquête famille, logement*, 2011

— *Enquête information et vie quotidienne*, 2012

— *Population totale par sexe et âge au 1^{er} janvier 2018, France*, Bilan démographique 2017, n°1683

IRDES,

— *Les soins sans consentement en psychiatrie : bilan après quatre années de mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2011*", Questions d'économie de la santé n°222

Ministère de la justice :

— *Les chiffres clés de la justice 2017*, 19 oct. 2017

— *InfoStat. Justice*, juin 2018, n° 162

Mission interministérielle :

— *L'évolution de la protection juridique des personnes*, rapport, 21 sept. 2018

Observatoire national des populations majeures protégées dans les UDAF,

— *Rapport annuel*, 2016

OMS :

— *Principes directeurs sur la transplantation de cellules, de tissus et d'organes humains*, A63/24, 25 mars 2010

V. Lois, projets et propositions de lois, travaux préparatoires, et règlements

Assemblée Nationale :

- Autorité parentale
 - Proposition de loi de M. Jean-Marc Ayraud *relative à l'autorité parentale*, n° 3074, déposée le 17 mai 2001.
 - *Rapport de M. Marc Dolez n°3117 sur la proposition de loi relative à l'autorité parentale*, 13 juin 2001
 - *Proposition de loi n° 1856 relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, déposée le 1er avril 2014
 - *Rapport de Mme. Marie-Anne Chapdelaine n°1925, sur la proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, 7 mai 2014

- Droits des malades
 - *Rapport de MM. Claude Evin, Bernard Charles et Jean-Jacques Denis n° 3263, sur la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, 18 sept. 2001
 - *Discussion en séance publique du projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, 1ère séance du 4 oct. 2001
 - *Rapport de MM. Claude Evin, Bernard Charles et Jean-Jacques Denis n° 3688, sur la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, 11 avril 2002

- Interruption volontaire de grossesse et Contraception
 - *Projet de loi relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, n°2605, déposé le 4 oct. 2000
 - *Rapport d'information de Mme Danièle Bousquet n°2702*, 15 nov. 2000
 - *Discussion en séance publique du projet de loi relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, 1ère séance du 30 nov. 2000
 - *Discussion en séance publique de la proposition de loi relative à la contraception d'urgence*, séance du 5 octobre 2000

— *Audition de Mme Moreau*, dans le cadre de la discussion du *projet de loi relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception d'urgence*, 24 octobre 2000
— *Rapport de Mme. Martine Lignières — Cassou n° 2726 sur la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*

- **Bioéthique**

— *Projet de loi relatif à la bioéthique*, n°3166, déposé le 20 juin 2001
— *Commission spéciale sur le projet de loi relatif à la bioéthique (n°3166), table-ronde sur les greffes d'organes ou de cellules à partir de donneurs vivants*, 19 décembre 2001
— *Discussion en séance publique du projet de loi relatif à la bioéthique*, 2ème séance du 17 janvier 2002
— *Proposition de loi de M. J-L Lorrain visant à permettre le don du sang pour les mineurs de plus de seize ans*, n°201, déposée devant le Sénat le 15 décembre 2011
— *Proposition de loi de Mme Véronique Louwagie visant à abaisser l'âge légal pour le don du sang à seize ans*, n° 693, déposée le 21 février 2018

- **Modernisation du système de santé**

— *Rapport de MM. Olivier Vérain, Jean-Louis Touraine, Richard Ferrand et de Mmes Bernadette Laclais et Hélène Geoffrois n° 2673, sur la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé*, 20 mars 2015

Comité des ministres du Conseil de l'Europe :

— *Recommandation n° R (97)16 sur la transplantation du foie prélevé sur des donneurs vivants apparentés*, 30 sept. 1997
— *Recommandation n° R (99)4 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables*, 23 fév. 1999
— *Recommandation n° R (85) 3, sur les devoirs juridiques des médecins vis-à-vis de leurs patients*, 26 mars 1985
— *Recommandation n° R (80) 4, concernant la participation active du malade à son propre traitement*, 30 avril 1980

Conseil de l'Union européenne :

— Recommandation 98/463/CE, du 29 juin 1998 *concernant l'admissibilité des donneurs de sang et de plasma et le dépistage pratiqué sur les dons de sang dans la Communauté européenne*

Conseil de l'Europe :

— Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, 4 avril 1997

ONU :

— *Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées*, 13 déc. 2006

— *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, 20 nov. 1989

Sénat :

- Loi du 4 mars 2002

— *L'information des malades et l'accès au dossier médical*, étude de législation comparée n° 78, oct. 2000

— *Discussion du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale n°4 (2001-2002)*, séance du 31 janvier 2002

- Bioéthique

— *Rapport n°128 de M. Francis Giraud*, 15 janv. 2003

— *Rapport n°34 de M-T HERMANGE sur la proposition de loi relative aux recherches sur la personne*, 14 oct. 2009

— *Discussion en séance publique du projet de loi relatif à la bioéthique*, séance du 29 janvier 2003

- Psychiatrie

— *Rapport n°494 de M. Amiel sur la situation de la psychiatrie des mineurs en France,*
4 avril 2017

Lois :

- Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 *portant réforme du droit des incapables majeurs*
- Loi n°70-459 du 4 juin 1970 *relative à l'autorité parentale*
- Loi n°90-527 du 27 juin 1990 *relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation*
- Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 *relative à l'interruption volontaire de grossesse*
- Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979 *relative à l'interruption volontaire de grossesse*
- Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 *sur l'exercice de l'autorité parentale*
- Loi n° 88-1138 du 28 décembre 1988 *relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales*
- Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 *relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales*
- Loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 *relative à la contraception d'urgence*
- Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 *relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*
- Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*
- Loi 2004-800 du 6 août 2004 *relative à la bioéthique*
- Loi 2004-806 du 9 août 2004 *relative à la politique de santé publique*
- Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 *relative à la politique de santé publique pour l'instauration de règles applicables aux majeurs protégés en matière de recherches biomédicales*
- Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 *portant réforme de la protection juridique des majeurs*
- Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 *relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge*

- Loi n°2012-300 du 5 mars 2012 *relative aux recherches impliquant la personne humaine*
- Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 *relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*
- Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 *relative à l'adaptation de la société au vieillissement*
- Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIe siècle*
- Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 *de modernisation de notre système de santé*
- Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 *créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*
- Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles*
- Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 *renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*

Circulaires :

- Ministère de la justice, Circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 *relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs*
- Ministère de l'emploi et de la solidarité, circulaire DHOS/ E4/ DGS/DGCL n° 2001-576 du 30 novembre 2001, relative à l'enregistrement à l'état civil et à la prise en charge des corps des enfants décédés avant la déclaration de naissance
- Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville — Ministère de la santé et des sports, circulaire DHOS/ F4 n° 2009-319 du 19 octobre 2009, relative aux règles de facturation des soins dispensés dans les établissements de santé

Décrets :

- Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 *relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil*

— Décret n° 2017-121 du 31 janvier 2017 *relatif à l'expérimentation permettant à des conseils territoriaux de santé d'être saisis par les usagers du système de santé de demandes de médiation en santé, de plaintes et de réclamations*

— Décret n° 2016-865 du 29 juin 2016 *relatif à la participation de l'assuré pour les frais liés à la contraception des mineures d'au moins quinze ans*

Arrêtés :

— Ministère des affaires sociales et de la santé, Arrêté du 5 avril 2016 *fixant les critères de sélection des donneurs de sang*

Ordonnances :

— Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 *portant simplification et modernisation du droit de la famille*

— Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*

VI. Jurisprudence

Tribunaux de Grande Instance :

Paris :

— 6 nov. 1973, *Gaz. Pal.* 1974 I p. 299, note Barbier

— ord. Réf., 29 nov. 2005, n°05/59998

Poitiers :

— 11 juin 1982, in MEMETEAU G., *Le droit médical*, Litec, n°598

Sables d'Olonne :

— 9 juin 2006, JurisData n°2006-325363, *JCP. G.* 2007 II p. 10053, note Geffroy et Nissabouri

Tribunaux d'Instance :

Nice :

— 4 fév. 2009, n° 01/00602, *D.* 2009 p. 1397, note Verheyde ; *Dr. Fam.* 2009 p. 147, note Talarico ; *RTD. Civ.* 2010 p. 530, obs. Hauser ; *Defrénois* 2010 p. 870, obs. Massip

Tribunaux Administratif :

Lyon :

— 9 août 2002 n° C9357, *Gaz. Pal.* 17 sept.2002, n°260 p.8

Marseille :

— ord. Réf., 16 nov. 2016, n° 1608830, *AJDA* 2017 p.301, note Véron et Violla

— ord. Réf., 8 fév. 2017, n° 1608830, *JCP G.* 2017, n° 14, p. 382, obs. Violla

Nancy:

— 14 sept, 2017, n° 1702368, JurisData n° 2017-017667, *JCP G.* 2017, n°39, p. 995, obs. Violla

— ord. Réf., 7 déc. 2017, n°1702368, JurisData n° 2017-017667

Versailles :

— 25 janv. 2012, *AJ Fam.* 2012 p. 283, obs. Verheyde

Cours d'Appel :

Aix en Provence :

— 28 oct. 2011, n°2011/325 :

<http://ddata.over-blog.com/xxxyyy/1/17/08/53/jurisprudence/aix-en-provence/Aix-281011.pdf>

Bordeaux :

— 4 déc. 1991, JurisData n° 1991-050482, *D.* 1993 p. 129, note Dubaele ; *RTD civ.* 1992, p. 554, obs. Hauser

Colmar :

— 14 nov. 1973, *JCP* 1974 IV p.6443, note J.A.

Dijon :

— 19 juin 1996, JurisData n°1996-056509, *JCP* 1998 IV p. 3145

Douai :

— 11 janv. 2013, n° 12/05941, JurisData n° 2013-001702

— 11 janv. 2013, n° 12/06618

— 7 juin 2013, n°13/00491, JurisData n° 2013-013483, *AJ Fam.* 2013 p. 641, note Massip ; *D.* 2013 p. 2196, obs. Lemouland, Noguéro et Plazy ; *Dr. Fam.* 2013 n°9, comm. 125, obs. Maria

Grenoble :

— 6 mai 1996, JurisData n° 1996 – 040849

Lyon :

— 25 juill. 2007, *JCP G.* 2008 IV p.1028 ; *RTD Civ.* 2008 p.99, obs. Hauser

Nancy:

— Ch. Mineurs, 3 déc. 1982, *Gaz. Pal.* 1984, I, p. 132, note Dorsner-Dolivet ; *JCP.* 1983 II p. 20081, note Raymond

— 16 mai 2013, n° 12/01862, JurisData n° 2013-011635

Nîmes :

— 17 mai 2005, n° 04/00196

— 15 sept. 2009, n° 07/04215, JurisData n°2009-014362

— 24 av. 2012, n°11/04740 *in.* H. VINCENT, *Majeurs protégés*, 2e. éd., Francis Lefebvre, 2014 p.271

Orléans:

— 14 mars 2011, n°09/03895, *RTD. Civ.* 2012 p.91, obs. Hauser ; *Dr. Fam.* 2011 n°171, obs. Neirinck

Paris :

— 29 sept. 2000, *RTD. Civ.* 2001 p. 126 ; *D.* 2001 p.1585, note Duvert

— 8 janv. 2013, n°11/18841, JurisData n° 2013-001703

— 14 janv. 2013, n°12/03648, JurisData n° 2013-003866, *AJ Fam.* 2013 p. 509, note Massip ; *D.* 2013 p. 2196, obs. Lemouland, Noguéro et Plazy ; *Dr. Fam.* 2013 n°4, comm. 61, obs. Maria

— 4 nov. 2015, n° 14/16941, JurisData n° 2015-024881

Poitiers :

— j. tutelles, 9 avril 1982, *RDSS.* 1983 p. 525, note Mémeteau

Toulouse :

— 7 nov.2000, n° 99/05839, JurisData n° 2000-144843, *Dr. Fam.* 2012, n° 2, comm. Neirinck

— 8 janv. 2013, n° 11/01924, JurisData n° 2013-011123

Valence :

— 16 mars 1955, *D.* 1955 p. 585, note Breton

Versailles :

— 11 sept.2003, n°02/03372, *AJ fam* 2003 p383, obs. F.B. ; *RJPF* 2003— 12/30, note Eudier

Cours Administratives d'Appel :

Lyon :

— 20 sept. 1993, n° 91LY00720, *Lebon* 1993

— 15 mai 2007, n° 04LY00116, JurisData n°2007-352888, *AJDA* 2007 p.1470, note Kolbert

Paris :

— 9 juin 1998, n° 95PA03653, Juris-Data n° 050721, *D.* 1999 p.277, note Péliissier; *RFDA* 1998 p. 1231, concl. Heers

Cour de Cassation :

Avis :

— 6 juill. 1998, n°09820012 P, *RTD. Civ.* 1998 p. 881, obs. Hauser ; *Gaz. Pal.* 1998. 1, doct. 2, chron. Darrieux et Fossier ; *Dr. Fam.* 1998 p. 162, note Fossier ; *LPA* 7 juill. 1999 n° 134, p. 22, note Sefton-Green ; *LPA* 3 juin 1999, n° 110, p. 20, note Massip

Première chambre civile :

- 22 janv. 1968, JurisData n°1968-000027, *JCP* 1968 II p. 15442, note R. L.
- 3 juin 1980, JurisData n° 1980-000172, *Gaz. Pal.* 1981. 1 p. 172, note J.M
- 10 juill. 1984, n° 83-10.653, JurisData n° 1984-701394, *D.* 1984 p.547, note Massip
- 18 av. 1989, n°87-14.563, JurisData n° 1989-701707, *Bull.* 1989 I n°156 p.103
- 15 mai 1990, n° 89-10.479, JurisData n° 1990-701609, *JCP. N.* 1990 II. p. 310, note Fossier
- 2 juin 1992, n° 90-18316, JurisData n°1992-001498, *Bull.* 1992 I n° 170 p. 116, *Gaz. Pal.* 1993.38, somm. 15, note Massip
- 9 mars 1994, n° 92-12232, *Deffrénois* 15 sept. 1994 p.1103, note Massip
- 24 oct. 1995, n° 93-21484, *Deffrénois* 15 juin 1996, note Massip
- 17 déc. 1996, n° 94-20128, *Deffrénois* 15 sept. 1997 p. 999 note Massip
- 25 mars 1997, n° 96-12.028, JurisData n°1997-001364, *D.* 1998 p. 333, note Massip ; *JCP. G.* 1997 II. P. 22882, note Fossier ; *RTD. Civ.* 1997 p. 634, obs. Hauser
- 14 oct. 1997, n°95-19.609, JurisData n° 1997-003978 *JCP. G.* 1997 II. p.22942, rapp. Sargos ; *RTD. Civ.* 1998. p.100, obs. Mestre ; *LPA* 13 mars 1998, note Dagorne-Labbe ; *RDSS.* 1998 p.68, note Harichaux
- 15 juill. 1999, n° 97-17530, *Deffrénois* 30 janvier 2000 p.113, note Massip
- 19 oct. 1999, JurisData n°003960, *Dr. Fam.* 2000 n°1, comm. Fossier
- 23 mai 2000, n°98-18.513, JurisData n° 2000-002109, *JCP. G.* 2000 II. p. 10342, rapp. Sargos
- 3 janv. 2006, n° 02-19.537, JurisData n° 2006-031477, *JCP. G.* 2006 II p. 10154, note Geffroy et Nissabouri
- 31 janv. 2006, n°02-19.398, JurisData n° 2006-031906, *Dr. Fam.* 2006 p.79, note Larribeau-Terneyre ; *D.* 2006 p.1416, obs. Lemouland et Vigneau ; *RTD Civ.* 2006 p.283, obs. Hauser
- 20 sept. 2006, n°05-16.891, JurisData n° 2006-035040, *Dr. Fam.* 2007 n°2, comm. Fossier

— 6 fév. 2008, n°06-16.498, n°06-16.499 et 06-16.500, *JCP. G.* 2008 II. p. 10045, comm. Loiseau ; *Dr. fam.* 2008 p. 34, comm. Murat

— 8 oct. 2008, n° 07-16.094, JurisData n° 2008-045278, *D.* 2008 p. 2663, obs. Egéa et p. 2832, note Norguin ; *D.* 2009 p. 777, obs. Granet-Lambrechts et p. 2183, obs Plazy ; *JCP. G.* 2009 II. p. 10012, note Favier ; *AJ Fam.* 2008 p. 435, note Pécaut-Rivolier ; *Dr. Fam.* 2008 p. 173, obs. Murat ; *Dr et pat.* Nov. 2009 p. 104, obs. Fulchiron ; *Defrénois* 2008 p. 2431, note Massip ; *LPA* 10 déc. 2008, note Boussard ; *RTD Civ.* 2008 p. 655, obs. Hauser ; *RDSS* 2099 p. 176, note Neirinck

— 30 sept. 2009, n°09-10.127, *AJ fam.* 2009 p. 457, obs. Pécaut-Rivolier

— 29 juin 2011, n° 10-21.879, JurisData 2011-012939, *D.* 2011 p.2502, obs. Plazy ; *Dr. Fam.* 2011 P. 133, note Maria ; *LPA* 30-31 août 2011 p.14 note Gatti ; *JCP. G.* 2011. p.987, note Peterka ; *RTD Civ.* 2011 p. 511, obs. Hauser

— 1er fév. 2012, n°11-11.346, *D.* 2012 p.921, note Raoul-Cormeil ; *AJ Fam.* 2012 p. 229, obs. Verheyde ; *RTD. Civ.* 2012 p. 289, obs. Hauser

— 10 oct. 2012, n°11-14. 441, JurisData n° 2012-022667, *Dr.Fam.* 2012 n°12, comm. 184, obs. Maria

— 6 nov. 2013, n° 12-23.766, JurisData n° 2013-025047, *D.* 2014 p. 467, note Raoul-Cormeil ; *RTD. Civ.* 2014 p.84, obs. Hauser ; *AJ Fam.* 2013 p. 717, obs. Verheyde ; *Dr. Fam.* 2014 n°1, comm. 9, obs. Maria

— 12 fév. 2014, n° 12-35.036

— 2 avril 2014, n° 13-10.758 ; JurisData n° 2014-006442*JCP. N.* 2014 p. 1257, comm. Massip ; *Dr. Fam.* 2014 n°5, comm. 83, obs. Maria

— 2 déc. 2015, n° 14-25.777, JurisData n° 2015-026590, *D.* 2016 p. 875, note Raoul-Cormeil et p. 1523, obs. Lemouland, Plazy et Noguéro ; *AJ Fam.* 2016 p. 107, obs Verheyde ; *RTD. Civ.* 2016 p.83, obs. Hauser ; *Dr. Fam.* 2016 n°2, p. 36, comm. Maria

— 24 fév. 2016, n°15-14.328 ; JurisData : 2016-003178

— 16 mars 2016, n° 15-13. 745, JurisData n° 2016-004576, *Dr. Fam.* 2016 p. 155, comm. Maria ; *AJ. Fam.* 2016 p. 267, note Verheyde

— 8 déc. 2016, n°16-20.298, JurisData n° 2016-025731, *RTD. Civ.* 2017 p.97, note Hauser ; *D.* 2016 p. 2569, obs. Vialla ; *D.* 2017 p.332, note Saulier et p. 1490, obs. Lemouland ; *AJ. fam.* 2017. 68, obs. Raoul-Cormeil ; *JCP. G.* 2016. 70, note Hauser

— Civ. 1ère, 20 avril 2017, n°16-17.672, *D.* 2017 p. 1455, note Péterka

— 13 déc. 2017, n°17-18.437, *D.* 2018 p. 333, note Péterka

— 15 mars 2017, n°16-24.055, JurisData n°2017-004646, *Dr. Fam.* 2017, comm. Millerioux

Deuxième chambre civile :

— 13 déc. 1978, *RTD. Civ.* 1979 p.613

Chambre criminelle :

— 1er juill. 1937, « affaire des stérilisés de Bordeaux », *Gaz. Pal.* 1937. 2. 358

— 2 avril 2014, n° 13-80.563, JurisData n° 2014-006481, *Dr. pén.* 2014 p. 102, comm. Véron

Conseil d'État :

— 8 fév.1999, n°173126, *D.* 2000 somm. 161, obs. Vauvillé ; *Dr.fam.* 1999 n° 40, note Murat ; *Defrénois* 1999 p.944, obs. Massip ; *RTD civ.* 1999 p.360, obs. Hauser

— 26 oct. 2001 « Senanayaké », n°198546, *AJDA.* 2002. 259, note Deguegue ; *RGDM.* 2003 n°8 p. 111, obs. Pain-Masbrenier ; *RFDA.* 2002. 146, concl. Chauvaux ; *RTD. Civ.* 2002. 484, obs. Hauser ; *RDSS.* 2002. 41, note Dubouis ; *JCP. G.* 2002 II p. 10025, note Moreau ; *LPA.* 15 janv. 2002, n°11, p. 18, note Clément (C.)

— 16 août 2002, « Feuillatey », n°249552, JurisData n° 2002-064221, *JCP.* 2002. II. 10184, note Mistretta ; *Dr. adm.* 2002. 188, note Aubin ; *Gaz. Pal.* 15-17 sept. 2002, n°351, p.19, note Lachaud ; *LPA.* 26 mars 2003, n°61. p.4, note Clément (C)

— 12 janv. 2005, « Kerkerian », n° 256001, JurisData n° 2005-067867, *AJDA.* 2005. 1008, note Markus

- 26 sept. 2005, « Association Collectif contre l'Handiphobie », req. n°248357, *AJDA*. 2005 p. 1874, obs. Brondel ; *D.* 2005 p. 2550 ; *JCP. G.* 2005 IV. p.3299 ; *RDSS* 2005 p. 1060, obs. Cristol
- 27 avril 2011 « Association FORMINDEP3 », n° 334396, *AJDA*. 2011. 1326, concl. Landais ; *RDSS*. 2011. 483, note Peigné ; *JCP. A.* 2011.2244, note Villeneuve ; *Gaz. Pal.* 4 juin 2011. 21, note Menuel ; *Méd. Et Droit* janv-fév. 2012, n°112, p. 103, note Duguet
- 7 mai 2014, n° 359076, JurisData n°2014-009605, *D.* 2014 p. 1787, obs. Bonfils et Gouttenoire ; *JCP.G.* 15 sept. 2014, n°38, doct.953, chron. Favier
- Ass., 24 juin 2014, « affaire Lambert », n°375081,375090,375091, *D.* 2014 p. 1856, note Vigneau et p. 2021, obs. Laude ; *D.* 2015 p. 755, obs. Galloux ; *AJDA* 2014. p. 1293, chron. Bretonneau et Lessi ; *AJ. Fam.* 2014 p. 396, obs. Dionisi-Peyrusse ; *RFDA* 2014 p. 657, concl. Keller et p. 702, note Delvolvé ; *RDSS* 2014 p. 1101, note Thouvenin ; *JCP. G.* 2014 p. 825, obs. Vialla
- Ord. Réf., 5 janv. 2018, n° 416689, JurisData n° 2018-000023, *Dr. Fam.* 2018, n°5 p. 142, note Maria ; *JCP. G.* 2018, n° 8 p. 217, note Vialla ; *JCP. A.* 2018, n° 6, p. 2051, note Castaing
- Ord. Réf., 8 mars 2017, n°408146, *D.* 2017 p. 574, obs. c. du Conseil d'État ; *AJ. Fam.* 2017 p. 218, obs. Dionisi-Peyrusse ; *RDSS* 2017 p. 698, note Thouvenin ; *JCP G.* 2017, n° 14 p. 382, obs. Vialla
- 19 juill. 2017, n° 402472 et 403377, *D.* 2017 p.1605, obs. Vialla ; *AJDA* 2017 p. 1477 et 2012, concl. Domino ; *AJ. Fam.* 2017 p. 435, obs. Dionisi-Peyrusse ; *JCP* 2017 p. 898, obs. Mistretta

Conseil constitutionnel :

- décision n° 2010-71 QPC du 26 Novembre 2010
- décision n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012

Cour européenne des Droits de l'Homme :

- 30 oct. 2001, « Pannullo et Forte c/ France », n° 37794-97, *Dr. Fam.* 2002, n° 16, obs. De Lamy ; *Europe* 2002, n° 78, obs. Deffains ; *RTD civ.* 2002 p. 393, obs. Marguénaud ; *RD publ.*

2002, p. 702, obs. Gouttenoire ; *Cahiers du Credho*, n° 8, Actes de la huitième session d'information, note Debet

— 29 avril 2002, « Pretty c./ Royaume-Uni », n°2346/02, *D.* 2002 p. 1596 ; *RDSS* 2002 p. 475, note Pedrot ; *RTD civ.* 2002 p. 482, obs. Hauser ; *RTD civ.* 2002. 858, obs. Marguénaud

— 14 fév. 2008, « Hadri-Vionnet c/ Suisse », n° 55525/00, *D.* 2008 p.1435, obs. J.-C. Galloux ; *RTD civ.* 2008 p. 257, obs. J.-P. Marguénaud; *JCP G.* 2008, n° 30, doct. 167, chron. Sudre

— 2 juin 2009, « Codarcea c./ Roumanie », n°31675/04, *JCP G.*, n° 29, 13 Juillet 2009, chron. Sudre

— 23 oct. 2012, « Gauer et autres c/ France », req. n°61521/08

— 5 juin 2015, « Lambert et al. c/ France », n° 46043/14, *D.* 2015 p. 1625, note Violla ; *D.* 2016 p. 752, obs. Galloux ; *AJDA* 2015 p. 1124 et p. 1732, chron. Burgorgue-Larsen ; *AJ.Fam.* 2015 p.364, obs. Dionisi-Peyrusse ; *JCP. G.* 2015 p. 805, obs. Sudre

— 23 janv. 2018, « Afiri et Biddarri c/ France », n° 1828/18, *JCP G.* 2018, n° 8 p. 217, note Violla ; *Dalloz Act.* 5 février 2018, note Marais

Commission d'accès aux documents administratifs :

— 5 déc. 2002, « Directeur du centre hospitalier Auban-Moët d'Épernay », conseil n° 20024756

— 11 sept. 2003, « Directeur EPS Maison Blanche », conseil n° 20033517

— 20 oct. 2005, « Directeur du centre hospitalier Montperrin », avis n° 20054183

— 22 mars 2007, « Médecin conseil de l'assurance maladie, chef de service responsable du secteur de Juvisy », avis n° 20071208

— 5 juill. 2007, « Directeur général de l'Assistance publique — hôpitaux de Paris (groupe hospitalier Bichat — Claude Bernard) », avis n° 20072674

— 9 oct. 2008, « Directeur du centre hospitalier spécialisé de l'Yonne », avis n° 20083853

— 15 sept. 2016, « Centre hospitalier Louis Pasteur de Dole », conseil n° 20163641

— 12 janv. 2017, « Centre hospitalier de Niort », conseil n° 20165439

Chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins :

— 20 juill. 2011, « Dr. François B. », n° 11125

— 27 oct. 2015, « Dr. Josée M. », n° 12319

— 26 avril 2016, « Dr. Pascal B. », n° 12700

Jurisprudence étrangère :

Droit suisse :

— ATF., 90 II 9 du 21 janv. 1964

— ATF., 111 V 58 du 7 janv. 1985

— ATF 114 Ia 350 consid. 7a p. 360 du 26 oct. 1988

— ATF., 117 II 231 du 23 mai 1991

— ATF., 134 II 235 du 2 avril 2008

Droit canadien :

— Institut Philippe-Pinel de Montréal c. Blais, [1991] R.J.Q. 1969 (C.S)

— Couture-Jacquet c. Montréal Children's Hospital, 1986 QC CA 4022 (CanLII), [1986] R.J.Q. 1221, J.E. 86-398

— Douglas hospital center c. T. (C.), AZ-93021237, J.E. 93-715, [1993] R.J.Q. 1128 (C.S.).

— Institut Philippe-Pinel de Montréal c. G.(A.), AZ-94012013, J.E. 94-1725, [1994] R.J.Q. 2523 (C.A.)

— B.R. c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, 1995 CanLII (CSQ), [1995] 1 RCS. 315

— Centre hospitalier du Centre-de-la-Mauricie c. Charest, 1998 QCCS 9741 (CanLII), REJB 1998-04173 (CS)

- Protection de la jeunesse-884, [1998] R.J.Q. 816 (C.S)
- Hôpital Sainte-Justine c. Giron, REJB 2002-32270 (C.S)
- Centre hospitalier universitaire de Québec c. A, 2007 QCCS 2419 (CanLII)
- AC c. Manitoba, 2009 CSC 30
- CHU Ste-Justine et Longpré, 2011 QCCLP 190 (CanLII)
- CHU de Québec c. M.G, 2014 QCCS 1404 (CanLII)

Droit anglais :

- Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority du 17 oct. 1985, [1986] AC 112 ; [1986] 1 FLR 229 ; [1985] UKHL 7

VII. Notes de jurisprudence citées de manière spécifique

BATTEUR Annick, note sous Cass. Civ. 2ème 24 janv. 1996, *LPA* 1996, n° 72, p. 28

BOULANGER François, note sous Cass. Civ. 1ère, 25 nov. 1981, *JCP. G.* 1983, II, p. 19952

CASTAING Cécile, note sous CE ord. Réf. 5 janv. 2018, *JCP. A.* 2018 n°6, p. 2051

DORSNER-DOLIVET Anne, note sous CA Nancy 03 déc. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, I n°69-70, p. 132

DUVERT Cécile, note sous CA Paris 29 sept. 2000, *D.* 2001 p.1585

FOSSIER Thierry, note sous Cass. Civ. 1ère, 18 av. 1989, *JCP. G.* 1990 II, p. 21467

RAYMOND Guy, note sous CA Nancy 03 déc. 1982, *JCP.G.* 1983, II, p. 20081

HAUSER Jean :

— note sur Cass. Civ. 1ère 3 janv. 2006, *RTD Civ.* 2006 p.282

— note sous Cass. Civ. 1ère 1er fév. 2012, *RTD Civ.* 2012 p. 289

HEERS Mireille, concl. sur CAA Paris, 9 juin 1998, *RFDA.* 1998 p. 1231

DUPONT Marc, note sous Cour suprême canadienne, 26 juin 2009, “AC c/ Manitoba”,

MASSIP Jacques :

— note sous Cass. Civ. 1ère 9 mars 1994, *Defrénois* 15 sept. 1994 p. 1103

— note sous Cass. avis, 6 juill. 1998, *LPA* 3 juin 1999, n° 110, p. 20

PETERKA Nathalie, note sous Cass. Civ. 1ère 29 juin 2011, *JCP G.* 2011 n° 38 p.987

THOUVENIN Dominique, note sous CE, ord. Réf., 8 mars 2017, *RDSS* 2017 p.698

VAUVILLE Frédéric, note sous CE 8 fév. 1999, *D.* 2000 p.161

VIALLA François, note sous CE ord. Réf. 5 janv. 2018 et CEDH 23 janv. 2018, *JCP.G.* 2018 n°8 p. 217

Index

A

Accès aux soins · 44, 46, 410

ACE · 349, 351, 352, 355, 400, 401, 403, 579

Actes

Acte médical · 19

Acte simplement personnel · 180

Acte strictement personnel · 179

Actes usuels de l'autorité parentale · 50, 51, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 86, 87, 88, 109, 433, 434, 608

Aptitude à consentir · 36, 171, 248, 309, 322, 323, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 352, 353, 354, 356, 357, 358, 361, 363, 367, 368, 374, 386, 387, 389, 390, 391, 392, 394, 396, 397, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 406, 418, 424, 426, 431, 446, 449, 450, 455, 468, 474, 480, 481, 496, 499, 502, 507, 509, 514, 520, 522, 523, 527, 528, 529, 531, 536, 537, 538, 542, 544, 546, 547, 548, 552, 553, 556, 561, 565, 569, 570, 621

Elément "intellectuel" · 325, 326, 335, 350, 392, 406

Elément "volontaire" · 328, 329, 331, 333, 335, 337, 340, 342, 350, 352, 354, 357, 394, 395, 396, 406

Évaluation de l'aptitude · 337, 347, 397

Présomptions de l'aptitude · 337, 342, 343, 344, 346, 357, 397, 403, 404

Articulation du Code civil et du Code de la santé publique · 30, 185, 186, 187, 213, 224, 226, 232, 233, 432, 448

Assistance médicale à la procréation · 272, 273, 486, 492, 493, 495, 525, 550

C

Carte vitale · 146, 163, 189, 190, 411, 583, 588

Choix du médecin · 44

Comité d'experts · 155, 249, 250, 251, 270, 440, 441, 442, 443, 444, 446, 448, 451, 455, 456, 468, 471, 474, 479, 480, 481, 482, 492, 517, 520, 521, 522, 523, 525, 538, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 550

Consentement · 20, 367

Consentement du juge · 90

Consentement éclairé · 47, 115, 117, 195, 218, 220, 250, 329, 338, 341, 345, 394, 395, 620, 628

Consentement libre · 117

Consentement pour les mineurs

Consentement des mineurs · 48, 111, 129, 160, 362, 368, 389

Consentement des titulaires de l'autorité parentale · 40, 364, 370, 428

Consentement parental unique · 76

Double - consentement des titulaires de l'autorité parentale · 43, 44, 45, 46, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 58, 59, 60, 67, 68, 69, 70, 71, 74, 75, 76, 77, 80, 89, 90, 99, 100, 109, 154, 157, 158, 168, 433, 434, 439, 461, 462, 463, 469, 513

Consentement pour les majeurs protégés

Majeurs protégés · 200, 233, 389

Représentant du majeur · 364, 370, 428

Contraception · 29, 42, 59, 133, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 167, 168, 169, 171, 172, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 270, 271, 298, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 495, 525, 527, 549, 551, 605, 630, 631, 633, 634, 636

Stérilisation à visée contraceptive · 262, 265, 609

Critères de la Nouvelle-Écosse · 348

F

Fin de vie · 59, 60, 61, 66, 67, 96, 210, 217, 218, 226, 260, 261, 262, 274, 275, 277, 280, 283, 284, 298, 299, 485, 496, 497, 500, 501, 502, 503, 504, 597, 605, 611, 617, 631, 637

Arrêt des traitements · 18, 59, 61, 62, 64, 96, 275, 497, 500, 503, 504, 529, 554, 566
Directives anticipées · 60, 61, 63, 228, 232, 275, 279, 280, 281, 282, 283, 298, 313, 314, 349, 364, 497, 499, 500, 501, 502, 528, 529, 530, 553, 554, 587, 631
Obstination déraisonnable · 17, 18, 19, 62, 65, 283, 285, 485, 500, 503, 504, 529, 530, 553, 554, 566
Personne de confiance · 60, 61, 63, 193, 196, 228, 231, 232, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 283, 294, 298, 497, 498, 499, 501, 528, 530, 552, 554, 586
Sédation · 66, 283, 284, 285, 485, 500, 504, 529, 530, 554

H

Hospitalisation · *Voir* Accès aux soins

I

Information médicale · 47, 114, 194, 213, 221, 233, 410
Dossier médical · 47, 116, 194, 197, 198, 199, 207, 214, 215, 233, 234, 235, 293, 307, 413, 414, 415, 422, 423, 430, 454, 530, 541, 554, 635
Interruption volontaire de grossesse · 29, 96, 97, 160, 161, 164, 165, 167, 168, 171, 183, 266, 273, 274, 485, 494, 495, 496, 524, 548, 633, 634, 636

J

Juge aux affaires familiales · 71, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 109, 443, 636
Juge des enfants · 93, 94, 98, 100, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 124, 166, 167, 181, 443, 605, 607

K

Kant · 32, 33, 118, 204, 611

M

MacCAT-T · 347, 352, 354, 356, 400, 401, 402, 570

Majeurs protégés · 25, 175

Curatelle · 25, 26, 27, 29, 71, 176, 177, 179, 186, 192, 198, 199, 200, 201, 230, 250, 251, 256, 258, 266, 268, 269, 270, 271, 279, 287, 289, 291, 312, 313, 314, 320, 400, 421, 446, 450, 478, 481, 490, 507, 511, 512, 537, 596, 610, 637

Habilitation familiale · 26, 178, 179, 208, 230, 231, 232, 233, 278

Majeurs non représentés · 194, 200, 201, 203, 233, 240, 264, 416

Majeurs représentés · 208, 239, 294

Mandat de protection future · 26, 27, 179, 186, 193, 200, 208, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 237, 238, 239, 251, 264, 271, 278, 281, 498, 499, 528, 552, 586

Sauvegarde de justice · 25, 26, 27, 179, 186, 192, 196, 200, 250, 251, 254, 255, 256, 277, 279, 287, 399, 400, 421, 446, 450, 478, 481, 507, 537, 608, 610

Tutelle · 19, 25, 26, 29, 31, 35, 47, 71, 179, 181, 182, 183, 186, 192, 193, 195, 196, 200, 201, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 239, 246, 247, 250, 251, 256, 257, 258, 259, 264, 265, 266, 268, 269, 270, 271, 273, 274, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 287, 289, 291, 294, 304, 305, 308, 309, 312, 313, 314, 319, 320, 390, 392, 400, 413, 414, 416, 421, 441, 445, 446, 450, 466, 481, 489, 490, 492, 497, 499, 507, 511, 512, 537, 583, 584, 586, 587, 596, 608, 612, 613, 614, 618, 637

Mission interministérielle · 26, 30, 34, 175, 187, 191, 305, 397, 401, 403

P

Personnes vulnérables · 23, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 35, 36, 37, 138, 140, 144, 184, 185, 188, 216, 226, 252, 255, 266, 301, 303, 306, 307, 309, 311, 312, 318, 323, 327, 330, 338, 340,

341, 342, 348, 349, 359, 365, 367, 375, 380, 382, 386, 387, 388, 393, 398, 408, 410, 413, 418, 419, 420, 423, 424, 426, 427, 457, 459, 460, 472, 476, 482, 484, 485, 486, 506, 509, 517, 536, 564, 565, 606, 617, 621, 622, 623

Prélèvements · 52

Cellules hématopoïétiques · 56, 57, 155, 158, 249, 369, 370, 446, 457, 473, 476, 477, 478, 479, 480, 522, 523, 546, 547
Embryonnaires ou fœtaux · 473, 474, 475
Organes · 52, 54, 55, 65, 243, 245, 246, 247, 260, 405, 446, 460, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 473, 478, 507, 520, 521, 544, 545, 546, 602, 630, 634
Par aphérèse · 56, 57, 249, 477
Par ponction · 56, 57, 249
Sang · 52, 53, 54, 81, 150, 152, 153, 186, 243, 244, 245, 260, 299, 304, 353, 369, 457, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 468, 519, 543, 544, 634
Tissus ou cellules · 52, 56, 152, 154, 248, 369, 472, 473, 474, 475, 522, 546

Q

Québec · 308, 309, 311, 318, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 329, 330, 333, 337, 338, 340, 341, 342, 343, 344, 347, 348, 349, 352, 356, 357, 359, 362, 363, 364, 365, 367, 368, 370, 371, 374, 375, 376, 377, 379, 380, 381, 382, 386, 396, 400, 403, 404, 408, 419, 439, 441, 442, 461, 569, 621, 622, 623

R

Recherches biomédicales · 67, 68, 118, 120, 152, 156, 157, 186, 217, 242, 244, 254, 255, 256, 257, 258, 276, 369, 446, 506, 606, 635, 636, 637
Refus de soins · 64, 91, 92, 93, 96, 104, 106, 125, 202, 204, 205, 220, 228, 234, 236, 237, 239, 331, 344, 345, 373, 374, 375, 376, 377, 379, 381, 382, 395, 417, 425, 441, 442, 609, 623

Consentement du juge · 98
Majeurs protégés · 202, 379
Mineurs · 152, 158, 379
Refus du représentant du majeur · 236
Refus risquant d'entraîner des conséquences graves pour la santé · 91, 92
Représentant du majeur · 381
Représentants du majeur · 441
Titulaires de l'autorité parentale · 381, 441
Urgence · 93

Ricœur · 34, 35, 121, 204

S

Silberfeld · 349, 352, 354, 355, 400, 401, 578
Soins non requis par l'état de santé · 366, 367, 368, 369, 370, 381, 408, 419, 452, 539
Soins psychiatriques · 59, 69, 70, 71, 72, 73, 96, 260, 261, 285, 286, 287, 288, 290, 291, 292, 293, 295, 296, 297, 298, 299, 434, 506, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 533, 534, 535, 557, 558, 559, 560, 604, 636
Admission · 70, 72
Soins requis par l'état de santé · 344, 348, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 366, 367, 376, 380, 381, 382, 386, 387, 398, 399, 406, 408, 409, 410, 411, 412, 414, 416, 417, 418, 419, 420, 431, 434, 435, 449, 451, 452, 454, 488, 505, 536, 539, 541
Suisse · 54, 308, 309, 311, 312, 313, 314, 326, 329, 333, 337, 342, 343, 345, 347, 352, 356, 357, 358, 364, 368, 396, 400, 403, 404, 569, 623, 624, 646

T

Titulaires de l'autorité parentale · 24, 48

V

Vulnérable · 22, 28, 35, 106, 121, 145, 181, 183, 192, 193, 202, 227, 246, 358, 359, 365, 375, 380, 382, 390, 470, 602, 603, 608, 614, 617, 622

Les n° se réfèrent à la page.

Table des matières

Principaux sigles et abréviations _____	10
Sommaire _____	14
Introduction _____	16

Première partie : Le consentement à l'acte médical, un équilibre complexe entre protection de l'intégrité physique et respect de l'autonomie des personnes vulnérables 36

Titre premier : Le difficile respect de l'autonomie des mineurs dans le domaine du consentement à l'acte médical _____ 38

Chapitre premier : Le consentement de principe des titulaires de l'autorité parentale en matière médicale _____ 39

Première section : Le nécessaire recueil du consentement à l'acte médical des titulaires de l'autorité parentale _____	41
I Le principe du recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale _____	42
A) Le nécessaire recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour l'accès du mineur aux soins _____	43
B) Le nécessaire recueil du double consentement à l'acte médical des titulaires de l'autorité parentale _____	45
II Le recueil du consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les actes et situations spécifiquement réglementés _____	51
A) Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les prélèvements effectués sur la personne du mineur _____	51
1) Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les prélèvements de sang ou d'organes effectués sur un mineur _____	51
a. Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les prélèvements sanguins _____	52
b. Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les prélèvements d'organes _____	53
2) Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les prélèvements de tissus et de cellules _____	55
B) Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les actes spécifiquement réglementés autres que les prélèvements _____	58
1) Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les actes liés à la fin de vie du mineur _____	59

a.	Le rôle prépondérant des titulaires de l'autorité parentale en matière d'expression de la volonté du mineur en fin de vie _____	59
b.	Le rôle atténué des titulaires de l'autorité parentale en matière de délivrance des soins au mineur en fin de vie _____	60
α.	Le rôle atténué des titulaires de l'autorité parentale en matière d'arrêt des traitements _____	61
β.	Le rôle atténué des titulaires de l'autorité parentale dans la prise en charge de la souffrance du mineur en fin de vie _____	65
2)	Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les actes accomplis dans un cadre médical spécifique _____	66
a.	Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les actes liés à la recherche médicale _____	66
b.	Le recueil du double consentement des titulaires de l'autorité parentale pour les soins psychiatriques du mineur _____	68
α.	Le rôle prépondérant des titulaires de l'autorité parentale en matière de soins psychiatriques « libres » du mineur _____	69
β.	Le rôle atténué des titulaires de l'autorité parentale en matière de soins psychiatriques « sur décision du représentant de l'état » _____	71
	Conclusion de la première section _____	73
	Seconde section : Les atténuations à l'exigence du recueil du double-consentement à l'acte médical des titulaires de l'autorité parentale _____	74
I	La mise en œuvre de soins sur le fondement d'un consentement parental unique, l'exception de l'article 372-2 du Code civil _____	75
A)	L'acte usuel de l'autorité parentale, condition d'application de l'article 372-2 _____	76
1)	Les critères de l'acte usuel dans la jurisprudence _____	77
2)	Les critères de l'acte usuel dans la doctrine _____	80
B)	Le tiers de bonne foi visé par l'article 372-2 _____	83
1)	La bonne foi, condition de l'application de l'article 372-2 _____	83
2)	Le tiers à l'enfant _____	85
II	La délivrance de soins au mineur sans le consentement des titulaires de l'autorité parentale _____	89
A)	La délivrance par le médecin de soins au mineur en l'absence de consentement des titulaires de l'autorité parentale _____	90
1)	L'intervention directe du médecin sans l'accord des titulaires de l'autorité parentale pour les actes non spécifiquement réglementés _____	90
a.	L'intervention directe du médecin en cas de refus de soins risquant d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur _____	91
b.	L'intervention directe du médecin en cas d'urgence _____	92
2)	L'intervention directe du médecin sans l'accord des titulaires de l'autorité parentale pour les actes spécifiquement réglementés _____	95
B)	La délivrance par le médecin de soins au mineur avec l'accord du juge _____	97
1)	L'incertaine compétence du juge aux affaires familiales pour autoriser la mise en œuvre des soins sur la personne du mineur _____	98

a. Les arguments en défaveur de l'intervention du juge aux affaires familiales pour autoriser les soins sur la personne du mineur _____	99
b. Les arguments en faveur de l'intervention du juge aux affaires familiales pour autoriser les soins sur la personne du mineur _____	100
2) La compétence du juge des enfants en cas de refus de soins des titulaires de l'autorité parentale _____	103
a. Le danger, une condition à la compétence du juge des enfants _____	104
b. Le mauvais exercice de l'autorité parentale, cause de la situation de danger pour l'enfant _____	105
Conclusion de la seconde section _____	108
Conclusion du chapitre premier _____	109

Chapitre second : Le consentement subsidiaire du mineur à l'acte médical _____ 110

Première section : Le consentement exceptionnel du mineur pour les actes non spécifiquement réglementés _____	112
I Le principe de l'insuffisance du consentement à l'acte médical du mineur	113
A) Le consentement recherché du mineur à l'acte médical _____	113
1) Le consentement éclairé du mineur, condition nécessaire à la recherche de son consentement _____	114
2) La liberté de consentement du mineur, condition à la recherche de son consentement _____	116
a. L'influence médicale sur le mineur _____	117
b. L'influence parentale sur le mineur _____	118
B) Le consentement recherché mais insuffisant du mineur _____	121
1) L'incertaine valeur légale du consentement du mineur à l'acte médical	122
2) La confirmation doctrinale de l'inefficacité du consentement du mineur _____	125
II Le consentement suffisant du mineur à l'acte médical _____	128
A) Le consentement suffisant du mineur à l'acte médical, une exception strictement encadrée par la loi _____	129
1) Les origines de la création des articles L. 1111-5 et L. 1111-5-1 _____	129
2) Les critères de mise en œuvre des articles L.1111-5 et L. 1111-5-1 _____	132
a. Les critères relatifs au mineur _____	135
b. Les critères relatifs à l'acte médical _____	137
B) Le consentement suffisant du mineur, une exception non dénuée de limites	140
1) Les limites de l'application des articles L.1111-5 et L. 1111-5-1 pour les professionnels de santé _____	140
2) Les limites de l'application des articles L.1111-5 et L. 1111-5-1 pour les parents et le mineur _____	143
a. Les limites de l'application des articles pour les parents _____	143
b. Les limites de l'application des articles pour les mineurs _____	144
Conclusion de la première section : _____	148

Seconde section : Le consentement exceptionnel du mineur pour les actes spécifiquement réglementés _____	149
I Le refus du mineur, obstacle à la mise en œuvre des actes spécifiquement réglementés _____	151
A) Les actes médicaux concernés par le droit de refus du mineur _____	151
1) Le droit de refus du mineur en matière d'actes relatifs à l'utilisation des produits du corps humain _____	151
a. Le droit de refus du mineur en matière de prélèvements sanguins ____	151
b. Le droit de refus du mineur en matière de prélèvement de tissus ou cellules _____	153
2) Le droit de refus du mineur en matière de recherches biomédicales ____	155
B) Le fonctionnement du droit de refus accordé au mineur _____	157
II Le consentement suffisant du seul mineur pour les actes spécifiquement réglementés _____	159
A) Le consentement suffisant du mineur en matière de contraception _____	159
B) Le consentement suffisant du mineur en matière d'interruption volontaire de grossesse _____	163
Conclusion de la seconde section _____	170
Conclusion du chapitre second _____	171
Conclusion du titre premier _____	172

***Titre second : L'inégal respect de l'autonomie des majeurs protégés dans le domaine du
consentement à l'acte médical*** _____ **174**

<i>Chapitre préliminaire : L'identification de la loi applicable aux majeurs protégés, usagers du système de santé</i> _____	176
I Le caractère simplement personnel de l'acte médical _____	180
II La délicate question de l'articulation des règles issues du Code civil et des règles issues du Code de la santé publique _____	184

*Chapitre premier : L'inégal respect de l'autonomie des majeurs protégés en matière de
droit commun applicable au consentement à l'acte médical* _____ 188

Première section : L'inégal respect de l'autonomie des majeurs protégés mais non représentés en matière de consentement à l'acte médical _____	191
I Le grand respect de l'autonomie des majeurs protégés mais non représentés en matière de délivrance de l'information médicale _____	193
A) Le grand respect de l'autonomie des majeurs protégés, mais non représentés en matière de délivrance de l'information préalable à la mise en œuvre d'un acte médical _____	193
B) Le grand respect de l'autonomie des majeurs protégés, mais non représentés en matière d'accès au dossier médical _____	196
II L'inégal respect de l'autonomie des majeurs protégés non représentés en matière de consentement à l'acte médical _____	199

A) Le consentement recherché du majeur protégé non représenté à l'acte médical _____	199
B) Le refus de soins limité du majeur non protégé représenté à l'acte médical _____	201
1) Le refus de soins du majeur protégé non représenté limité par les règles jurisprudentielles du « péril vital » _____	202
2) Le refus de soins du majeur protégé non représenté limité par les règles de l'article 459 alinéa 4 du Code civil _____	204
Conclusion de la première section _____	206
Seconde section : L'inégal respect de l'autonomie des majeurs protégés représentés en matière de consentement à l'acte médical _____	207
I L'autonomie limitée des majeurs sous tutelle _____	208
A) L'autonomie inégale des majeurs sous tutelle en matière d'information médicale _____	208
1) L'autonomie restreinte des majeurs sous tutelle dans la délivrance de l'information médicale _____	208
2) La grande autonomie des majeurs sous tutelle pour l'accès au dossier médical _____	213
B) L'autonomie limitée des majeurs sous tutelle en matière de consentement à l'acte médical _____	214
1) La place prépondérante du tuteur en matière de consentement à l'acte médical _____	215
a. Le nécessaire recueil du consentement du tuteur _____	215
α. Les arguments contre l'obligation de recueillir le consentement du tuteur _____	216
β. Les arguments en faveur de l'obligation de recueillir le consentement du tuteur _____	218
b. Le consentement simplement recherché du majeur sous tutelle _____	220
2) Le consentement encadré du tuteur à l'acte médical _____	223
a. Les limites à la capacité du tuteur à consentir à un acte médical _____	223
b. Les limites à la capacité du tuteur à refuser un acte médical _____	227
II L'inégal respect de l'autonomie des majeurs représentés non sous tutelle _____	229
A) L'absence de prise en compte des majeurs représentés non sous tutelle dans le Code de la santé publique _____	229
1) L'habilitation familiale et le mandat de protection future, des régimes absents du Code de la santé publique _____	229
2) L'incertaine autonomie des majeurs sous habilitation familiale et sous mandat de protection future en droit de la santé _____	232
B) Les critiques soulevées par la non prise en compte des majeurs représentés non sous tutelle _____	233
1) L'incohérence du régime applicable aux majeurs représentés non sous tutelle _____	234
2) Le caractère moins protecteur du régime applicable aux majeurs représentés non sous tutelle _____	235

Conclusion de la seconde section _____	238
Conclusion du chapitre premier _____	239

Chapitre second : L'inégal respect de l'autonomie des majeurs protégés en matière d'actes médicaux spécifiquement réglementés _____ 240

Première section : L'autonomie incertaine des majeurs protégés en matière de prélèvements de produits issus du corps humain et de recherches _____ 241

I L'autonomie limitée des majeurs protégés pour les prélèvements réalisés dans l'intérêt thérapeutique d'autrui _____ 242

A) L'autonomie restreinte des majeurs protégés pour les prélèvements de sang et d'organes _____ 242

1) L'autonomie restreinte des majeurs protégés pour les prélèvements sanguins _____ 243

2) L'autonomie restreinte des majeurs protégés pour les prélèvements d'organes _____ 244

B) L'autonomie restreinte des majeurs protégés pour les prélèvements de tissus et cellules _____ 247

1) L'autonomie restreinte des majeurs protégés pour les prélèvements de tissus et de cellules non issues de la moelle osseuse _____ 247

2) L'autonomie restreinte des majeurs protégés pour les prélèvements de cellules hématopoïétiques _____ 248

II L'autonomie limitée des majeurs protégés en matière de recherche _____ 253

A) L'autonomie absente des majeurs sous sauvegarde de justice en matière de recherche _____ 254

B) L'autonomie restreinte des majeurs protégés non sous sauvegarde de justice en matière de recherche _____ 255

Conclusion de la première section _____ 259

Seconde section : L'autonomie incertaine des majeurs protégés pour les actes liés au début et à la fin de vie ou concernant les soins psychiatriques _____ 260

I La grande autonomie des majeurs protégés pour les actes liés au début et à la fin de vie _____ 261

A) La grande autonomie des majeurs protégés pour les actes médicaux liés à la procréation et à la grossesse _____ 261

1) L'inégale autonomie des majeurs protégés pour l'accès à une méthode contraceptive _____ 261

a. L'inégale autonomie des majeurs protégés pour l'accès à une méthode contraceptive « classique » _____ 262

b. L'inégale autonomie des majeurs protégés pour l'accès à la « stérilisation contraceptive » _____ 264

α L'autonomie limitée des majeurs sous tutelle et curatelle pour l'accès à la stérilisation contraceptive _____ 265

β. La grande autonomie des majeurs protégés non sous tutelle ou curatelle pour l'accès à la stérilisation contraceptive _____ 269

2) La grande autonomie des majeures protégées pour les actes liés à la grossesse _____	271
a. La grande autonomie des majeures protégées pour l'accès à l'assistance médicale à la procréation _____	271
b. La grande autonomie des majeures protégées pour l'interruption de grossesse _____	272
B) L'inégale autonomie des majeurs protégés pour les actes médicaux à la fin de vie _____	273
1) L'inégale autonomie des majeurs protégés pour l'expression de leur volonté par le biais de directives anticipées ou d'une personne de confiance _____	274
a. L'inégale autonomie des majeurs protégés pour la désignation d'une personne de confiance _____	274
α. L'autonomie limitée du majeur sous tutelle pour la désignation d'une personne de confiance _____	275
β. L'inégale autonomie des majeurs protégés non sous tutelle pour la désignation d'une personne de confiance _____	276
b. L'inégale autonomie des majeurs protégés pour la rédaction de directives anticipées _____	279
α. L'autonomie encadrée des majeurs sous tutelle pour la rédaction de directives anticipées _____	279
β. L'inégale autonomie des majeurs protégés non sous tutelle pour la rédaction de directives anticipées _____	280
2) La grande autonomie des majeurs protégés dans le domaine de l'arrêt ou de la limitation des traitements en l'absence de personne de confiance ou de directives anticipées _____	282
a. La grande autonomie des majeurs protégés pour l'interdiction de l'obstination déraisonnable _____	282
b. La grande autonomie des majeurs protégés dans le domaine de la sédation profonde et du double effet _____	283
II L'autonomie limitée des majeurs protégés pour la délivrance de soins psychiatriques aux majeurs protégés _____	285
A) L'autonomie limitée des majeurs protégés pour l'accès aux soins psychiatriques sans consentement _____	285
1) L'autonomie limitée du majeur protégé pour l'admission en soins psychiatriques sans consentement _____	287
2) L'autonomie limitée du majeur protégé dans la procédure de contrôle de la mesure de soins psychiatriques sans consentement par le juge des libertés et de la détention _____	290
B) L'autonomie limitée des majeurs protégés dans le déroulement des soins psychiatriques sans consentement _____	291
1) L'inégale autonomie des majeurs protégés pour la délivrance d'informations relatives aux soins psychiatriques sans consentement _____	292
2) L'inégale autonomie des majeurs protégés en matière de consentement aux soins psychiatriques sans consentement _____	294
Conclusion de la seconde section _____	297

Conclusion du chapitre second	298
Conclusion du titre second	299
Conclusion de la première partie	300
Seconde partie : ___ Vers un respect accru de l'autonomie des personnes vulnérables en matière de consentement à l'acte médical	302
<i>Titre premier : La législation étrangère, source d'inspiration pour l'amélioration de l'autonomie des personnes vulnérables</i>	308
<i>Chapitre préliminaire : Les droits Suisse et Québécois, sources d'inspiration pour l'amélioration de l'autonomie des personnes vulnérables dans le régime français</i>	310
I Le régime suisse de protection des personnes vulnérables	311
A) Présentation du régime de protection des personnes vulnérables en Suisse	311
B) La capacité d'exercice des personnes protégées en Suisse	313
II Le régime québécois de protection des personnes vulnérables	317
A) Présentation du régime de protection des majeurs vulnérables au Québec	318
B) Présentation du régime de protection des mineurs au Québec	320
<i>Chapitre premier : La notion d'aptitude à consentir dans la législation étrangère, source de l'autonomie des personnes vulnérables</i>	322
Première section : L'identification de la notion d'aptitude à consentir	324
I L'élément « intellectuel » de la notion d'aptitude à consentir	325
A) L'aptitude à comprendre une information	325
B) L'aptitude à exprimer une décision	327
II L'élément « volontaire » de la notion d'aptitude à consentir	328
A) La capacité à exprimer une volonté raisonnée	328
B) La capacité à exprimer une volonté libre	330
Conclusion de la première section	334
Seconde section : La détermination de la notion d'aptitude à consentir	335
I L'évaluation de l'aptitude à consentir	336
A) Le processus d'évaluation de l'aptitude à consentir	336
1) L'évaluation <i>in concreto</i> de l'aptitude à consentir	336
2) Une évaluation neutre et pluridisciplinaire	339
B) L'introduction de présomptions relatives à l'aptitude à consentir des personnes protégées	341
1) Les présomptions relatives à l'aptitude à consentir des majeurs dans les régimes suisse et québécois	342
2) Les présomptions relatives à l'aptitude à consentir des mineurs dans les régimes suisse et québécois	343

II	Les outils de l'évaluation de l'aptitude à consentir _____	346
A)	Les échelles d'évaluation issues des « critères de la Nouvelle-Écosse »_	347
1)	Le questionnaire de <i>Silberfeld</i> _____	348
2)	Le questionnaire « <i>ACE</i> » _____	350
B)	L'échelle MacCAT-T _____	351
	Conclusion de la seconde section _____	355
	Conclusion du premier chapitre _____	356
	<i>Chapitre second : La nature des soins, une limite à la capacité d'exercice du patient apte à consentir dans la législation étrangère</i> _____	<i>357</i>
	Première section : L'influence de la nature des soins sur le consentement à l'acte médical dans le régime québécois _____	360
I	Le consentement à des soins requis par l'état de santé du mineur facilité dans la législation québécoise _____	361
A)	Le consentement facilité du patient protégé pour les soins requis par son état de santé _____	361
B)	Le consentement facilité du représentant pour les soins requis par l'état de santé du patient protégé _____	363
II	Le consentement à des soins non requis par l'état de santé du patient protégé limité dans la législation québécoise _____	366
A)	Le consentement limité du mineur à des soins non requis par son état de santé _____	367
B)	Le consentement limité du représentant pour les soins non requis par l'état de santé du patient protégé _____	369
	Conclusion de la première section _____	371
	Seconde section : L'influence de la nature des soins sur le refus d'un acte médical _____	372
I	Les caractéristiques nécessaires du refus de soins surmontable dans la législation québécoise _____	373
A)	Les caractéristiques nécessaires au refus de soins exprimé par le représentant _____	374
B)	La nature du refus de soins exprimé par le patient _____	376
II	La possibilité de surmonter un refus en fonction de la nature des soins envisagés _____	378
A)	La possibilité de surmonter un refus de soins exprimé par le patient ____	378
B)	La possibilité de surmonter le refus de soins exprimé par le représentant	380
	Conclusion de la seconde section _____	383
	Conclusion du second chapitre _____	384
	Conclusion du titre premier _____	385

Titre second : La législation française modifiée pour une meilleure autonomie des personnes vulnérables _____ **386**

Chapitre premier : La modification des règles françaises de droit commun _____ **387**

Première section : Le consentement de principe de la personne vulnérable apte à consentir en matière médicale _____ **388**

I La construction du régime français d'aptitude à consentir en matière médicale _____ **389**

A) L'identification de la notion d'aptitude à consentir à la française _____ **390**

1) L'élément intellectuel de la notion d'aptitude à consentir, une existence implicite en droit français _____ **391**

2) L'élément volontaire de la notion d'aptitude à consentir, une existence implicite en droit français _____ **393**

B) La détermination de l'aptitude à consentir en droit français _____ **395**

1) L'évaluation à la française de l'aptitude à consentir _____ **396**

a. La mise en œuvre de l'évaluation pluridisciplinaire de l'aptitude à consentir en France _____ **396**

b. L'utilisation d'échelles de mesure de l'aptitude à consentir en France _____ **399**

2) La mise en place de présomptions relatives à l'aptitude à consentir en France _____ **402**

a. La mise en place de présomptions relatives à l'aptitude à consentir des majeurs _____ **402**

b. La mise en place de présomptions relatives à l'aptitude à consentir des mineurs en France _____ **403**

II La capacité d'exercice limitée de la personne jugée apte à consentir en droit de la santé _____ **407**

A) La capacité d'exercice encadrée des personnes vulnérables pour les soins requis par leur état de santé _____ **409**

1) L'autonomie accrue des personnes vulnérables en matière d'accès et d'information pour les soins requis par leur état de santé _____ **409**

a. L'autonomie accrue des personnes vulnérables pour accéder à des soins requis par leur état de santé _____ **409**

b. L'autonomie accrue des personnes vulnérables en matière de délivrance de l'information médicale _____ **412**

2) L'encadrement du consentement exprimé par une personne protégée à un acte médical requis par son état de santé _____ **414**

a. L'autonomie accrue des personnes protégées pour consentir à un soin requis par leur état de santé _____ **415**

b. L'autonomie limitée de la personne protégée pour refuser un soin requis par son état de santé. _____ **416**

B) La capacité d'exercice encadrée des personnes vulnérables pour les soins non requis par leur état de santé _____ **418**

1) L'autonomie limitée des personnes vulnérables en terme d'accès et de délivrance d'information pour les soins non requis par leur état de santé _____ **418**

a. L'autonomie limitée des personnes vulnérables pour accéder à des soins non requis par leur état de santé _____ **419**

b. L'autonomie limitée des personnes protégées pour recevoir des informations sur les soins non requis par leur état de santé _____	420
2) L'encadrement du consentement exprimé par une personne vulnérable à un soin non requis par son état de santé _____	422
a. L'autonomie limitée des personnes vulnérables aptes à consentir pour consentir à un soin non requis par leur état de santé _____	423
b. L'autonomie accrue de la personne vulnérable pour refuser un soin non requis par son état de santé. _____	424
Conclusion de la première section _____	425
Seconde section : Le consentement subsidiaire de la personne chargée de la protection du patient _____	427
I Les nouvelles conditions d'intervention de la personne chargée de la protection du patient en droit de la santé _____	428
A) Les règles distinctes d'intervention des titulaires de l'autorité parentale ou de la personne chargée de la protection du majeur _____	428
1) Les conditions spécifiques d'intervention de la personne chargée de la protection du majeur dans le domaine médical _____	429
2) Les conditions spécifiques d'intervention des titulaires de l'autorité parentale dans le domaine médical _____	432
B) Les conditions communes d'intervention de la personne chargée de la protection du patient en droit de la santé _____	434
1) Les nouvelles conditions d'intervention de la personne chargée de la protection du patient en matière d'accès aux soins et de délivrance de l'information médicale _____	435
2) Les nouvelles conditions d'intervention des titulaires de l'autorité parentale et de la personne chargée de la protection du majeur en matière de consentement à l'acte médical _____	436
II La capacité d'exercice encadrée des titulaires de l'autorité parentale et de la personne chargée de la protection du majeur _____	437
A) Les nouvelles règles encadrant la capacité d'exercice des titulaires de l'autorité parentale et de la personne chargée de la protection du majeur ____	437
1) Les nouvelles règles encadrant le consentement à l'acte médical des titulaires de l'autorité parentale et de la personne chargée de la protection du majeur _____	438
2) Les nouvelles règles encadrant l'expression d'un refus de soins par les titulaires de l'autorité parentale et de la personne chargée de la protection du majeur _____	440
B) L'instauration d'une instance dédiée à l'encadrement de la capacité d'exercice de la personne chargée de la protection du patient dans le domaine de la santé _____	442
1) Le rejet de la création d'une nouvelle entité pour encadrer la capacité d'exercice de la personne chargée de la protection des patients _____	442
2) Le choix de l'extension des compétences d'une entité existante pour encadrer la capacité d'exercice de la personne chargée de la protection du patient _____	443

Conclusions de la seconde section _____	447
Conclusion du chapitre premier _____	448
<i>Chapitre second : La modification des règles de droit spécial _____</i>	<i>456</i>
Première section : La révision des règles applicables aux prélèvements de produits issus du corps humain _____	458
I La révision des règles applicables aux prélèvements de sang et d'organes chez les personnes vulnérables _____	459
A) La révision des règles applicables aux prélèvements sanguins _____	459
1) La révision des règles applicables aux prélèvements sanguins effectués sur les mineurs _____	459
2) La révision des règles applicables aux prélèvements sanguins effectués sur les majeurs protégés _____	462
B) La révision des règles applicables aux prélèvements d'organes _____	464
1) La révision des règles applicables aux prélèvements d'organes sur les majeurs protégés _____	465
a. La révision des règles applicables aux prélèvements d'organes sur les majeurs protégés décédés _____	465
b. La révision des règles applicables aux prélèvements d'organes sur les majeurs protégés vivants _____	466
2) La révision des règles applicables aux prélèvements d'organes sur les mineurs _____	468
a. La révision des règles applicables aux prélèvements d'organes sur les mineurs décédés _____	468
b. La révision des règles applicables aux prélèvements d'organes sur les mineurs vivants _____	468
II La révision des règles applicables aux prélèvements de tissus et cellules effectués sur les personnes vulnérables _____	471
A) La révision des règles applicables aux prélèvements de tissus et de cellules non issues de la moelle osseuse _____	471
1) La révision des règles applicables aux prélèvements de tissus ou de cellules non issues de la moelle osseuse sur les majeurs protégés _____	472
a. La révision des règles applicables aux prélèvements de tissus ou cellules réalisés sur la personne du majeur protégé _____	472
b. La révision des règles applicables aux prélèvements embryonnaires ou fœtaux réalisés sur la personne de l'enfant du majeur protégé _____	473
2) La révision des règles applicables aux prélèvements de tissus ou de cellules non issues de la moelle osseuse effectués sur les mineurs _____	473
a. La révision des règles applicables aux prélèvements de tissus ou cellules réalisés sur la personne du mineur _____	474
b. La révision des règles applicables aux prélèvements embryonnaires ou fœtaux réalisés sur la personne de l'enfant de la mineure _____	474
B) La révision des règles applicables aux prélèvements de cellules hématopoïétiques sur les personnes vulnérables _____	475
1) Une modification des bénéficiaires et du mode de prélèvement des cellules hématopoïétiques sur les personnes vulnérables _____	475

a. La révision des règles applicables au mode de prélèvement des cellules hématopoïétiques _____	476
b. La révision des règles applicables aux bénéficiaires du prélèvement des cellules hématopoïétiques _____	477
2) Une modification de la procédure applicable à l'expression du consentement au prélèvement _____	478
a. La révision de la procédure relative à l'expression du consentement pour un prélèvement de cellules hématopoïétiques réalisé sur un mineur _____	478
b. La révision de la procédure relative à l'expression du consentement pour un prélèvement de cellules hématopoïétiques réalisé sur un majeur protégé _____	479
Conclusion de la première section _____	481
Seconde section : La révision des règles applicables aux actes non liés aux prélèvements de produits issus du corps humain _____	
I La révision des règles applicables aux actes liés au début et à la fin de vie _____	484
A) La révision des règles applicables aux actes médicaux liés à la procréation des personnes vulnérables _____	484
1) La liberté d'accès des personnes vulnérables aux actes médicaux liés à la conception d'un enfant _____	484
a. La révision des règles relatives à la contraception des mineurs et des majeurs protégés _____	485
α. La révision des règles applicables à l'accès des mineurs et des majeurs protégés à la contraception _____	486
β. L'accès encadré des mineurs et des majeurs protégés à la stérilisation à visée contraceptive _____	489
b. La révision des règles relatives à l'accès des mineurs et des majeurs protégés à la procréation médicalement assistée _____	491
2) La liberté d'accès à l'intervention volontaire de grossesse _____	493
B) La révision des règles applicables à la fin de vie des mineurs et des majeurs protégés _____	495
1) La révision des règles applicables à la fin de vie ou l'inconscience d'un majeur protégé _____	496
a. La révision des règles relatives à l'expression anticipée de la volonté médicale d'un majeur protégé _____	496
α. La révision des règles relatives à la désignation d'une personne de confiance par un majeur protégé _____	496
β. La révision des règles relatives à la rédaction de directives anticipées par le majeur protégé _____	498
b. La révision des règles relatives à l'arrêt des traitements sur la personne d'un majeur protégé en fin de vie _____	499
2) La révision des règles applicables à la fin de vie d'un mineur _____	500
a. La révision des règles relatives à l'expression anticipée de la volonté médicale d'un mineur _____	500
b. La révision des règles relatives à l'arrêt des traitements sur la personne d'un mineur en fin de vie _____	502

II	La révision des règles applicables aux personnes vulnérables dans des situations médicales spécifiques _____	505
A)	La révision des règles applicables aux actes liés à la recherche sur des personnes vulnérables _____	505
1)	La révision des règles applicables aux actes liés à la recherche chez les majeurs protégés _____	506
2)	La révision des règles applicables aux actes liés à la recherche chez les mineurs _____	507
B)	La révision des règles applicables à la délivrance de soins psychiatriques aux personnes vulnérables _____	508
1)	La révision des règles applicables aux soins psychiatriques délivrés à un majeur protégé _____	508
2)	La révision des règles applicables aux soins psychiatriques délivrés à un mineur _____	512
	Conclusion de la seconde section _____	516
	Conclusion du chapitre second _____	518
	<i>Conclusion du titre second</i> _____	535
	Conclusion de la seconde partie _____	560
	Conclusion générale _____	562
	Annexes _____	568
	<i>Annexe 1 à 4 : les échelles d'évaluation de l'aptitude à consentir</i> _____	569
	Annexe 1 : Le questionnaire MacCAT-T _____	569
	Annexe 2 : Le questionnaire de Silberfeld _____	577
	Annexe 3 : Le ACE _____	578
	Annexe 4 : Le SMMSE _____	579
	<i>Annexe 5 et 6 : les questionnaires à destination des professionnels de santé</i> _____	581
	Annexe 5 : Questionnaire relatif au consentement aux soins des majeurs protégés _____	581
	Annexe 6 : Questionnaire relatif au consentement aux soins des mineurs _____	587
	Bibliographie _____	594
I.	<i>Ouvrages</i> _____	594
II.	<i>Articles</i> _____	599
III.	<i>Thèses</i> _____	626
IV.	<i>Rapports, Avis et études</i> _____	629
V.	<i>Lois, projets et propositions de lois, travaux préparatoires, et règlements</i> _____	632
VI.	<i>Jurisprudence</i> _____	637
VII.	<i>Notes de jurisprudence citées de manière spécifique</i> _____	648

Index	652
Table des matières	656

Résumé : Le consentement à l'acte médical des personnes vulnérables

Le régime applicable au consentement à l'acte médical des personnes vulnérables que sont les mineurs et les majeurs sous protection juridique est un sujet délicat pour le législateur. Ce dernier doit instaurer une législation conciliant protection de l'intégrité physique du patient, et respect de son autonomie. Le droit positif échoue à trouver cet équilibre. Les mineurs sont privés de leur capacité d'exercice à toutes les étapes de leur vie, quel que soit leur âge ou leur degré de maturité. La loi réserve également un traitement disparate aux majeurs protégés. Leur autonomie variant selon la prise en compte ou non de leur régime de protection par le Code de la santé publique. À ces difficultés s'ajoute celle de l'existence de nombreux actes spécifiquement réglementés dont les règles ne sont pas toujours cohérentes ni compatibles avec les réalités de la pratique médicale. Une réflexion est menée sur les limites du régime actuel ainsi que sur l'élaboration d'une nouvelle législation plus respectueuse de l'autonomie des mineurs et des majeurs protégés. La possibilité de consentir à un acte médical dépendra non pas du statut juridique du patient, mais de son « aptitude à consentir », notion tirée des législations suisse et québécoise. Toutefois, la volonté de protéger l'autonomie du patient ne devant pas conduire à une mise en péril de son intégrité physique, un encadrement de sa capacité d'exercice pourrait être instauré selon que le soin est ou non requis par son état de santé.

Mots-clés : Mineurs – Majeurs protégés – Consentement – Acte médical – Soins – Autonomie – Aptitude à consentir – Capacité – Incapacité – Personnes vulnérables – Soins requis par l'état de santé – Suisse — Québec

Abstract : Consent to medical treatment of vulnerable persons

The system of Consent to medical treatment for vulnerable persons – whether minors or adults without capacity – is a sensitive subject for legislator. The law has to combine protection of the patients' physical integrity as well as the respect for their autonomy. The current state of law fails to achieve this purpose. Minors patients are deprived of their right to consent on their own, regardless of their age or level of maturity. Adults without capacity are treated in various ways depending on whether their legal protection is taken into account or not by the Public Health Code. An additional challenge is the existence of various medical acts that depend on specific regulations. Here we discuss the current limits of the law and propose a new system for the consent to medical treatment, which would be more respectful of the autonomy of minors patients or adults without capacity. Consent to medical treatment would depend on the ability to consent rather than on each patient's legal status, such as stated in legislations from Switzerland or Quebec. However, the will to confer a larger autonomy should not put patient's physical integrity at risk. Therefore, patients' capacity for decision-making would depend whether the proposed care is required or not by their health state.

Keywords : Minors – Adults without capacity – Consent – Medical treatment – Healthcare – Autonomy – Ability to consent – Decision making capacity – Mature Minor – Capacity – Incapacity – Care required by health state – Switzerland - Quebec