

Les directives anticipées pour la fin de vie : actes de langage et ascription

Claire ETCHEGARAY *

RÉSUMÉ. – *En quoi les directives anticipées sont-elles normatives ? En quoi ces écrits censés exprimer la volonté d'une personne à t1, devraient-ils être respectés par les soignants à t2 ? Pour répondre, nous analysons les directives anticipées pour la fin de vie comme un acte de langage. Nous proposons d'y voir une ascription, au sens où H. L. A. Hart a forgé le concept d'ascription de responsabilité et de droits. Il se pourrait qu'une telle analyse aide à sortir de l'ornière du dilemme entre paternalisme et autonomisme, et à contourner les questions métaphysiques sur l'identité personnelle. À la lumière des thèses de Hart et de ses principales critiques, nous considérons l'ascription d'un droit du patient, l'ascription de sa volonté et l'ascription des responsabilités pour l'acte effectué par les soignants d'après les directives.*

ABSTRACT. – *What makes the normativity of advance directives? Why should any written statement of a will at t1 be respected by caregivers at t2? Our answer provides an analysis of advance directives for the end of life as speech acts. We consider interpreting advance directives as ascription by reference to H. L. A. Hart's concept of ascription of responsibility and rights. This account might help us get out the paternalist/autonomist trap and avoid metaphysical suppositions about personal identity. Thanks to Hart's theses and to his main critics, we consider the ascription of patient's right, the ascription of patient's will and the ascription of responsibilities for the act done by the caregivers according to the advance directives.*

La notion de *directives anticipées pour la fin de vie* est inscrite dans le droit français depuis 2005 pour répondre à un problème qui vient en partie des progrès de la technique médicale. Il est désormais possible de prolonger la fin de vie bien au-delà du point où le patient a perdu toute capacité d'expression – la prolonger si longtemps, à vrai dire, que se pose la question de savoir quand arrêter les traitements. On peut trouver une justification de ce dispositif légal dans les principes d'une éthique médicale centrée sur la promotion de l'autonomie (entendue comme capacité à mener sa vie selon ses propres normes). Ce sont de tels principes qu'avancent par exemple H. T. Englehardt ou T. Beauchamp et J. Childress¹. Permettre au

* Université Paris Nanterre, IRePH (EA 373).

1. H. T. ENGLEHARDT, *Les Fondements de la bioéthique* [1986], trad. fr. J.-Y. Goffi, Paris, Les Belles Lettres, 2015 ; T. BEAUCHAMP et J. CHILDRESS, *Les Principes de l'éthique bio-*

patient de déclarer ses volontés concernant les soins qui peuvent être appliqués à la fin de sa vie est un moyen d'éviter de lui faire subir ce qu'il ne voudrait pas, conformément à un principe de « recherche du consentement² ». Ou bien c'est une façon de veiller à ce que les soins se fassent dans le respect de sa personne, en suivant un principe de bienfaisance et de respect pour l'autonomie³. Mais cette notion de directives anticipées pose de nouveaux problèmes. Comment s'assurer que les directives anticipées expriment véritablement la volonté du patient, non seulement au moment de la rédaction (t_1) mais au moment de leur application (t_2) ? Cela suppose apparemment un choix éclairé et donc une information suffisante qui peut faire défaut par accident, c'est-à-dire par manque de communication du médecin et manque de curiosité du patient, ou bien – et c'est ce qui nous occupera – structurellement, du fait de la situation imprévisible de la fin de vie. N'est-ce donc pas laisser, en vérité, l'application des directives anticipées à l'interprétation des soignants et des proches ? La façon même dont nous venons de soulever ces questions suppose des « croyances » qui doivent être explicitées et interrogées. Pensons à la croyance en la liberté souveraine de la personne compétente pour rédiger les directives anticipées, ou encore la croyance en son identité entre le moment où elle les rédige et le moment où elles devront s'appliquer. Une élucidation philosophique paraît décidément nécessaire.

Elle comprend deux aspects qui sont liés. La première question est celle de la normativité donnée à ces déclarations que sont les directives anticipées : peuvent-elles être, et à quelles conditions, sources de droits, d'autorisations ou d'obligations ? Un autre aspect de la réflexion porte sur les modalités de ces déclarations, et en particulier sur les normes éthiques présidant à leur rédaction : que décider (accepter un respirateur artificiel,

médicale [2001, 5^e éd.], trad. fr. M. Fisbach, Paris, Les Belles Lettres, 2020 (Oxford, Oxford University Press, 2013, 7^e éd.).

2. En France, c'est l'arrêt Teyssier rendu par la Cour de Cassation le 28 janvier 1942 qui fait référence (Req., 28 janvier 1942, *Gaz. Pal.* 1942, 1, p. 177).

3. Le principe du respect de l'autonomie de la personne demande que le patient puisse non seulement vivre mais aussi mourir selon ses propres normes. Le principe de bienfaisance commande de faire le meilleur pour le patient. Dans ce cadre, la problématique est essentiellement posée comme un dilemme entre paternalisme et autonomisme. En effet, le respect de la volonté du patient peut entrer en conflit avec un principe de bienfaisance qui demande d'agir dans le « meilleur intérêt » du patient. Le paternalisme consiste à passer outre ses volontés pour son intérêt (intérêt défini par les soignants, un juge, un mandataire de justice, etc.) ; l'autonomisme consiste à se détourner du « meilleur intérêt » (estimé par les soignants, un mandataire de justice, etc.) pour suivre les volontés du patient. La solution proposée par l'éthique médicale anglo-saxonne consiste à affirmer qu'en général la volonté du patient doit être respectée une fois qu'il est informé aussi précisément que possible (H. T. ENGLEHARDT, *Les Fondements de la bioéthique*, p. 417 ; pour un ajustement de ce principe et une discussion des exceptions possibles, voir T. BEAUCHAMP et J. CHILDRESS, *Les Principes de l'éthique biomédicale*, p. 255-78).

refuser une hydratation par perfusion, etc.⁴), comment (selon quelles préférences ou quelles inférences, affectives ou rationnelles), à quelle fin ou pour quelle raison (l'autonomie, la dignité, etc.) et de quelle façon (délibération, échange avec les soignants et les proches, etc.) ? Les pages qui suivent proposent de contribuer à la réflexion sur le premier aspect, qui concerne la normativité des directives, sans négliger les liens avec le second, qui interroge les normes de la décision, mais en réservant son traitement pour d'autres études.

QUELLE NORMATIVITÉ POUR LES DIRECTIVES ANTICIPÉES ?

Le commandement et la normativité des directives anticipées

Dans la loi du 2 février 2016 (loi 2016-87, dite Claeys-Leonetti), les directives anticipées ont acquis un statut normatif qu'elles n'avaient pas auparavant, dans la loi de 2005, où l'on demandait seulement au médecin de « tenir compte » des éventuelles directives anticipées⁵. Désormais, elles « s'imposent au médecin », à deux situations exceptionnelles près : « en cas d'urgence vitale » et « lorsque les directives anticipées apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale »⁶. Les clauses d'exception, fréquentes en droit, ainsi que le caractère révocable par le patient de ces directives anticipées, ne présentent par eux-mêmes aucun obstacle à la normativité dans les autres cas. Au moment où le médecin évalue l'urgence vitale, il est permis au médecin de réanimer et faire le nécessaire pour sauver la vie du patient sans attendre de retrouver les directives anticipées. Si le médecin juge que le patient n'est pas en fin de vie, ces directives anticipées n'auront pas non plus à s'appliquer. Quant à la révocabilité, elle semble tout simplement reconnaître un principe éthique fondamental : le patient a le droit de changer de volonté.

Jusqu'ici les choses sont claires. Elles deviennent moins évidentes si on se demande en quoi ces écrits que sont les directives anticipées, censés exprimer la volonté d'une personne à t1, pourraient être obligatoires pour les soignants à t2. En un sens la question se pose pour tout type de commandement ou de demande. Pensons à un général écrivant à t1 un ordre qui sera exécuté à t2 par des soldats. Mais il y a des traits propres à la fin de vie qui rendent le problème plus spécifique.

4. L'incertitude est ici inévitable et l'embarras des plus compréhensibles. Le cas de Karen Ann Quinlan pour qui la Cour suprême du New Jersey avait autorisé en 1976 à débrancher le respirateur, et dont la respiration a repris à la suite, est exemplaire. T. BEAUCHAMP et J. CHILDRESS, *Les Principes de l'éthique biomédicale*, p. 187-8.

5. C. BOURDAIRE-MIGNOT, « La personne de confiance et les directives anticipées. Des dispositifs anti-trahison du patient en fin de vie ? », *Droit et Culture*, 2017, 74 (2), p. 137-54.

6. Loi 2016-87 du 2 février 2016, art. L. 1111-11.

D'abord, les directives anticipées sont des demandes, certes, mais pas des commandements. La nuance indique que les soignants ont une certaine marge de manœuvre qu'il faudra comprendre. On pourrait s'inquiéter que ces demandes perdent leur fonction éthique si, *in fine*, il revient au médecin de décider ou non de les appliquer. La crainte concerne notamment le vague de ce qui caractérise les situations d'exception permettant au médecin de passer outre les directives (leur caractère « inapproprié » ou « non-conforme »).

Ensuite, on pourrait mettre en évidence la singularité imprévisible de la fin de vie. C'est une situation à ce point impossible à anticiper qu'il est à redouter que le patient ignore à t1 les circonstances qui lui importeraient le plus pour prendre une décision à t2. Mais ce n'est pas tout – le cours de la guerre aussi est imprévisible.

La différence la plus frappante avec le commandement militaire tient à ce que l'acte demandé concerne la personne même qui a émis une volonté ; de là le principe éthique qui exige que rien ne (lui) soit fait à quoi elle n'aurait consenti. Il y a donc une attente éthique qui pèse sur la fonction pratique des directives : l'acte à t2 doit être *voulu* par anticipation à t1. Or, c'est précisément à propos de ce qu'on pourrait appeler « la profondeur » de cette exigence éthique qu'il y a un contraste avec le commandement. Expliquons-nous. Quelle que soit l'action que le soldat accomplit, si elle peut être saisie sous la description demandée par le général, elle est une exécution de ce qui était ordonné. Admettons que l'ordre soit de Φ -er. Si le soldat a fait un acte x et que x -er est une façon de Φ -er, le général ne peut lui faire aucun reproche, même s'il ne s'attendait pas à ce que l'on fasse x pour faire Φ . Mais prenons pour exemple un patient qui, à t1, réclamerait de Φ -er (par exemple « supprimer toute douleur »). De nombreux actes à t2 pourraient correspondre à cette description, eux-mêmes susceptibles de différentes descriptions : x -er, y -er, z -er (« amputer un membre pour éviter la gangrène liée à un caillot », « appliquer des patches de scopolamine », « injecter 10 mg de morphine toutes les 5 heures, puis des bolus », « injecter une seule dose de morphine, potentiellement mortelle, de 100 mg »). La question éthique se pose nécessairement : ces différents actes qui suppriment bel et bien la douleur sont-ils vraiment tous *voulus* ou *consentis* par lui ? On peut dire qu'il les a autorisés, comme le général a autorisé ceux du soldat permettant d'accomplir son ordre. Mais le principe éthique ne demande-t-il pas davantage ? Comme le patient ne pouvait pas anticiper toutes les conséquences prévisibles de chacun de ces actes, si un proche pense qu'il aurait préféré un acte x à un autre y et rejeté y pour x , un doute émerge là où il ne se poserait pas pour le commandement militaire : peut-on dire qu'il a vraiment *voulu* y parce qu'il a demandé Φ ?

Les directives échoueraient-elles à faire ce pour quoi elles ont été inventées ? Ne nous hâtons pas de tenir la notion de directives pour non pertinentes. Tirons seulement les conséquences de notre comparaison. Le soldat consciencieux fait ce que son supérieur a voulu à t1 en employant les

moyens réglementaires, sans avoir à se poser la question de ce que ce supérieur *voudrait* à t_2 . Par contraste, le soignant consciencieux qui agit d'après les directives anticipées ne manque pas de se demander *ce que son patient voudrait* à t_2 concernant les soins à mettre en œuvre⁷.

À partir de là, la question de la responsabilité ne peut manquer de se poser. Le général est responsable de l'action menée par le soldat si ce dernier n'a fait qu'exécuter son ordre. Qu'en est-il du patient ? Imaginons un patient qui aurait demandé pour sa fin de vie future « l'interruption de l'hydratation artificielle ». Qui est responsable de la sensation de soif qui le fait gémir, alors qu'il n'est plus en mesure d'exprimer ses préférences ou ses volontés ? Si la situation est la conséquence d'un acte voulu en toute autonomie, aucune hésitation n'est possible. Le patient est seul responsable de ce qui lui arrive. Pourtant la question même peut paraître étrange, peut-être parce qu'ordinairement, parler de « responsabilité » pour des conséquences *préjudiciables* connote un blâme. Surtout, l'arrêt de l'hydratation a des effets bénéfiques, notamment la diminution de l'encombrement bronchique. L'argument précédent s'applique alors : peut-être qu'à l'expérience, le patient voudrait x (la diminution de l'encombrement bronchique en arrêtant la perfusion) et *rejetterait* y (le soulagement de sa soif grâce à la perfusion) mais personne n'est capable de le savoir. N'y a-t-il pas une incohérence éthique à *croire* par une sorte de fiction que parce qu'il a demandé Φ , il a voulu y ? N'est-ce pas plutôt la responsabilité des soignants qui est en jeu sur y ? Le risque est donc que les directives anticipées induisent une illusion de responsabilité.

La normativité des directives anticipées prise au piège éthique

Pour confirmer cette analyse pratique, on peut se tourner vers les questions éthiques. Deux problèmes sont souvent soulevés dans la littérature sur ce sujet en éthique, qui viennent menacer le sens de la normativité, c'est-à-dire qui laissent entendre qu'il n'est point là de réelle obligation.

Un premier dilemme semble faire tomber les acteurs du drame dans un traquenard, pris entre autonomie et paternalisme. Vue au prisme autnomiste, l'obligation créée par les directives anticipées est fondée sur une volonté personnelle souveraine et sur la possible maîtrise par le patient des raisons de son choix ou de ses préférences. Outre que l'on peut douter d'une telle souveraineté, cette thèse a pour conséquence que le patient est entièrement responsable de l'acte à t_2 .

Au prisme opposé, l'obligation créée par les directives anticipées ne serait fondée que sur l'interprétation du médecin, seul à même de savoir ce qui est bon ou digne pour le patient, ou encore seul à même de juger de ce qui est pertinent dans les directives anticipées. Le biais est cette fois inverse. Si

7. C. BOURDAIRE-MIGNOT, « La personne de confiance et les directives anticipées... », p. 9.

l'on ne sort de l'écueil autonomiste que pour se précipiter dans le paternalisme, le piège se referme. L'un et l'autre sont critiquables, chacun prétendant pourtant éviter les travers de l'autre. Apparemment, que l'on conteste la souveraineté individuelle ou le privilège épistémique du médecin, les directives anticipées perdent leur normativité.

Pour sortir du piège, Manuel Trachsel, Christine Mitchell et Nikola Biller-Andorno ont défini quatre critères de validité pour les directives anticipées : 1/ leur ajustement précis à la situation de t2, 2/ leur plausibilité ou authenticité, 3/ leur absence de contradiction et 4/ leur référence à un système de valeurs cohérent⁸. Ces critères encadrent certes le choix du médecin de se fonder ou non sur les écrits du patient. Mais le dilemme que nous soulevions plus haut n'est pas pour autant résolu car il tient à l'imprévisibilité de la situation à t2 qui compromet le premier critère (l'ajustement des directives à t2). En outre les notions d'authenticité, de contradiction et de cohérence méritent d'être précisées. Le patient lui-même est-il certain que ses déclarations reflètent véritablement son état d'esprit ? Le médecin est-il à même de juger de la cohérence des valeurs sans imposer son propre modèle éthique ?

À ce dilemme s'ajoute le problème mentionné plus haut : le présupposé d'une identité entre la personne qui rédige les directives anticipées et le patient en fin de vie mérite examen. Non seulement la personnalité pourrait bien changer d'un temps à l'autre, non seulement l'expérience pathologique elle-même pourrait transformer le rapport à soi et au monde, mais il est des affections neuro-cérébrales ou psychiatriques qui touchent à l'identité même⁹, de sorte que si les directives anticipées sont un dispositif inventé pour ce genre de situations, il faut se demander comment le choix formulé par une personne à t1 pourrait être considéré comme le sien à t2.

L'autorisation en question

Pour échapper à ces problèmes, il faut repérer en quel sens le médecin est « autorisé » à faire x ou y pour faire Φ , et clarifier ce à quoi le patient « s'engage » par sa demande. L'autorisation doit-elle s'entendre sur un modèle hobbesien, c'est-à-dire un modèle où un sujet autorise un acteur

8. M. TRACHSEL, C. MITCHELL et N. BILLER-ANDORNO, « Advance directive between respect for autonomy and paternalism », in P. Lack, N. Biller-Andorno et S. Brauer, *Advance directives*, Dordrecht/New York/Londres, Springer, 2014, p. 169-79.

9. Dans l'espace de cet article, nous ne traiterons pas de « l'autorité morale des directives anticipées » lorsqu'elles ont été écrites par un patient en capacité et qu'elles sont contredites par la volonté, à t2, d'un patient devenu déficient cognitivement (Voir A. OTT, « Personal identity and the moral authority of advance directives », in *The Pluralist*, été 2009, 4 (2), p. 38-54). Contentons-nous de noter qu'il n'est pas impossible que de tels patients conservent à t2 une capacité évaluative. Voir A. JAWORSKA, « Respecting the margins of agency : Alzheimer's patients and the capacity to value », in *Philosophy & Public Affairs*, été 1999, 28 (2), p. 105-38.

(ici un médecin), à qui il se soumet, à agir et décider en son nom ? Si tel était le cas, l'auteur des directives transmettrait son droit de décision au médecin. Michel Malherbe a déjà souligné la difficulté logique d'un tel modèle pour penser le consentement au « placement » en institution décidé par « un proche », que le patient aurait autorisé quand il avait encore toutes ses facultés :

Ce raisonnement bute sur une difficulté générale. Il suppose que la personne, au temps t0 puisse prendre en toute autonomie la décision d'aliéner son autonomie et de céder à autrui le soin de sa vie et de sa personne au temps t1, c'est-à-dire quand *de facto* il l'aura perdue¹⁰.

Mais sans doute faut-il comprendre l'autorisation autrement que comme le résultat d'une soumission consentie à la souveraineté d'autrui¹¹, puisque la rédaction des directives anticipées vise précisément à éviter de se soumettre à la volonté d'un autre au moment de mourir. Une autre piste serait de comprendre l'autorisation sur le mode d'un *entitlement* épistémique des soignants à tenir les directives pour l'expression de la volonté du patient. Toutefois, si l'on est autorisé, dans certaines circonstances, à voir dans les directives l'attestation de la volonté à t1, comment celle-ci pourrait-elle obliger les soignants à t2 ? Il faut donc comprendre comment une fois rédigées, les directives anticipées attribuent une volonté à quelqu'un et ce faisant attribuent à ce patient un droit et au médecin une obligation.

À la recherche d'une voie qui évite le dilemme entre autonomie et paternalisme et ne postule pas de principe métaphysique concernant l'identité de la personne, on peut considérer les directives anticipées comme un acte de langage. Ce sont alors des « directifs » au sens de Searle et Vanderveken : elles demandent à autrui une action et engage le locuteur de son côté à accepter les conséquences inévitables qui découleront de cette action¹².

10. M. MALHERBE, « Le soin de reconnaissance : Alzheimer », in G. Durand et G. Dabouis (dir.), *Philosophie du soin*, Paris, Vrin, 2019, p. 49.

11. La conception d'une telle « autorisation » a sa source dans le *Léviathan* (1651), Partie I, chapitre 16, « Des personnes et des auteurs », trad. fr. F. Tricaud et M. Pécharman, Paris, Vrin/Dalloz, 2004. Toutefois Hobbes ne pense pas que le sujet qui autorise le Souverain lui abandonne le droit qu'il a sur sa vie, celui-ci étant inaliénable.

12. J. AUSTIN, qui appelait ces actes de langage « exercitifs », disait : « Le rapport entre un exercitif et l'engagement de soi est aussi étroit que celui qui existe entre la signification et l'implication » (J. L. AUSTIN, *Quand dire c'est faire* [1962], trad. fr. G. Lane, Paris, Points Essais, 1991, p. 158). On soulignera toutefois que le rapport de l'engagement (pour soi) à la demande (pesant sur autrui) n'est pas exactement le même dans le cas des directives anticipées que dans le contrat, où l'engagement est premier et la demande subordonnée à cet engagement. Dans les directives anticipées on demande quelque chose et par conséquent on s'engage à accepter les conséquences. En outre il nous semble que les directives anticipées pour la fin de vie ne doivent pas être confondues avec un *pacte d'Ulysse* : ce sont des demandes qui visent à obliger les autres (les soignants). En psychiatrie, en effet, le pacte d'Ulysse consiste pour le patient qui est en période de rémission à exprimer ses volontés concernant un traitement en période de crise : théoriquement, il s'agit de consentir à une hospitalisation ou un traitement (sismothérapie, médicaments) qui seront appliqués contre sa volonté à t2. Le patient qui passe un pacte d'Ulysse reconnaît à autrui le droit de passer outre sa volonté à t2, voire le droit de le contraindre à t2 (le forcer à aller contre sa volonté à t2) pour autant qu'il suit sa volonté

Nous proposons d'analyser le sens de l'attribution de volonté, de l'attribution de droit et de l'attribution de responsabilité au travers de la notion d'*ascription* apparue dans la philosophie du droit et inspirée par la philosophie des actes de langage de John L. Austin. Une telle approche ne règle pas tous les problèmes éthiques. Nous en indiquerons quelques-uns dans un dernier temps, qui demeurent importants. Elle ne peut donc constituer la solution éthique universelle. Elle nous semble propre, néanmoins, à démystifier les termes et l'usage des directives anticipées¹³.

UNE THÉORIE ASCRIPTIVISTE DES DIRECTIVES ANTICIPÉES

L'ascriptivisme

Ascription signifie en anglais « attribution ». Mais ce terme a pris en philosophie une signification plus précise à partir d'un l'article de Herbert L. Hart publié en 1949, lequel porte sur des énoncés qui attribuent [*ascribe*] des droits ou des responsabilités¹⁴. Lorsqu'un père tend sa montre à son fils en disant « elle est à toi », lorsqu'un juge déclare « Smith doit à Jones telle somme par contrat » ou encore « Smith est coupable de meurtre », ces énoncés, selon Hart, ne sont pas seulement descriptifs. Ils réalisent un acte.

Hart, d'ailleurs, pensait à l'époque que les énoncés *ascriptifs* n'étaient pas *du tout* descriptifs et qu'ils n'entraient ni dans la classe des énoncés décrivant un fait ni dans celle des énoncés exprimant un sentiment. Peter Geach l'a par la suite persuadé de ne pas nier le sens descriptif de ces énoncés, mais Hart est resté convaincu qu'il y avait « quelque chose de vrai et d'utile¹⁵ » dans son article de 1949. Certes les énoncés d'attribution de droit peuvent avoir des usages purement descriptifs comme quand on les emploie dans un conditionnel (« si elle est à toi, alors tu peux la prendre »)

exprimée à t1. Ce n'est pas le cas des directives anticipées pour la fin de vie, révocables à tout moment par le patient. C'est aussi cela qui rend le pacte d'Ulysse problématique d'un point de vue éthique : est-il possible de l'envisager autrement que comme ce prétendu « droit de s'aliéner » dont Rousseau montrait qu'il était nul « non seulement parce qu'il est illégitime, mais parce qu'il est absurde et ne signifie rien » (*Du contrat social* [1762], I.4, Paris, Flammarion, « GF », 1991, p. 37) ?

13. La notion de « démystification » est elle-même empruntée à H. L. A. HART, « La démystification du droit » [1982], trad. fr. P. Gérard et M. van de Kerchove, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint Louis, 1987, p. 89-118.

14. H. L. A. HART, « The ascription of responsibility and rights », in *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, 1948-1949, 49, p. 171-94.

15. « Hart Interviewed », *Journal of Law and Society*, 2005, 32, p. 276. Une défense générale de Hart contre certaines critiques se trouve chez Luis Duarte D'ALMEIDA, « Geach and Ascriptivism. Beside the Point », *Journal for the History of Analytical Philosophy*, 2016, 4 (6), p. 1-16.

ou encore dans des contextes informatifs (« Je ne sais plus à qui elle est. – Elle est à toi »). Leur sens même n'est donc pas seulement illocutoire¹⁶. Mais ils réalisent, dans certaines situations, l'attribution de droit. On peut dire qu'ils font alors *advenir* ce à quoi une description sera désormais conforme (car la montre sera désormais à toi). Hart a remarquablement analysé les conditions dans lesquelles ils le font.

Il a mis en évidence deux caractéristiques à propos des termes employés dans les énoncés ascriptifs du juge. D'abord le sens de ces termes est toujours « vague », c'est-à-dire qu'il est impossible de faire une liste exhaustive des conditions *nécessaires* et *suffisantes* de leur application. Cette première caractéristique est liée à la pratique du droit familière à Hart, celle de la « jurisprudence » au sens britannique : le juge ne dispose pas de critères généraux explicites pour appliquer à telle situation les notions de « contrat » ou d'« intrusion ». Il doit donc « décider en se référant aux cas passés » s'il y a un contrat valide entre John et Smith, sans que ces instanciations passées ne déterminent complètement le sens d'un terme juridique.

Ces termes ont pour seconde caractéristique de n'être définis et applicables par le juge qu'en vertu de conditions négatives : « il y a un contrat qui lie John à Smith à moins que John ait été incapable d'en comprendre les termes, à moins que Smith n'ait abusé John, etc. ». Sur ce point Hart réalise dans son article un geste qui aura une portée hors de la philosophie du droit, jusque dans la philosophie de la connaissance : il étend l'application du terme juridique « révocable », *defeasible* en anglais, aux concepts juridiques eux-mêmes¹⁷. Non seulement un acte juridique est révocable [*defeasible*] par un juge en référence à des clauses d'annulation, telles

16. P. T. GEACH, « Ascriptivism », *The Philosophical Review*, 1960, 69 (2), p. 221-5. Voir aussi G. PITCHER, « Hart on action and responsibility », *The Philosophical Review*, 1960, 69 (2), p. 226-35. Les critiques de Geach et Pitcher mettent en évidence que le sens de ces énoncés ne dépend pas du fait qu'ils soient assertés ou non : on peut affirmer *X est un meurtrier* ou *X est mauvais* sans accuser ou blâmer X. C'est ce qu'un homme également aujourd'hui le *Geach-Frege point*. Ainsi, d'après Geach l'exemple du père tendant sa montre à son fils et lui disant « elle est à toi » n'est pas représentatif : dans beaucoup de cas « elle est à toi » est seulement une description. Hart a eu tort de négliger dans la force illocutoire de ces énoncés un pouvoir proprement descriptif. Il en conviendra lui-même. La critique de Geach nous paraît importante. Il reste que Hart a sans doute mis le doigt sur un phénomène remarquable. Dans l'exemple de ce que dit le père à son fils, il ne faut rien de plus que l'énoncé « elle est à toi » pour faire advenir ce à quoi la description sera désormais conforme. C'est ce que nous retiendrons. La seconde ligne d'attaque menée par Pitcher autant que par Geach, concerne la responsabilité. Il est clair que l'accusé n'est pas *fait* meurtrier par le seul pouvoir des mots prononcés par le juge « John est un meurtrier ». Il y a bel et bien quelque chose que le terme vise à décrire. Selon Geach, il faut garder à l'esprit que l'agent à qui on attribue l'acte en est la cause. Ainsi, « Il a frappé sa femme » est un énoncé descriptif, quand bien même il serait établi par un raisonnement qui *défait* toutes les défenses. (Nous devons à l'un des relecteurs anonymes de la revue d'avoir attiré notre attention sur ces critiques.)

17. La traduction du terme « *defeasible* » change donc en français quand elle passe du contexte du droit appliqué (la révocabilité) à l'épistémologique du droit (la défaisabilité). La notion de *défaisabilité* deviendra usuelle en théorie de la connaissance, et dans la logique déontique, notamment chez Roderick Chisholm.

l'absence de discernement intellectuel ou l'influence sous la contrainte, mais une ascription de droit est elle-même toujours défaisable [*defeasible*]. La signification même du mot de *consentement* ne renvoie pas à autre chose qu'au fait que les circonstances contraires soient écartées. De la même façon, la normativité d'une ascription peut être annulée ou affaiblie et ne vaut qu'en l'absence de circonstance contraire. Il n'existe jamais de preuve de la présence ou l'absence d'un état mental nommé le « consentement véritable, total et libre », un état soi-disant « homogène » (comme dit Hart), c'est-à-dire commun à tous les cas de contrat ou identique dans l'esprit de tous les contractants. Il n'existe que des propos, invoqués par la défense, qui nient ou prouvent des circonstances diverses (Hart dit « hétérogènes »), contraires à la capacité de manifester un discernement ou relatives à l'influence abusive d'autrui. Tout le travail du juge est de découvrir ces circonstances hétérogènes, et non de s'ingénier à établir directement la présence ou l'absence de cette chose homogène que serait le « consentement ».

Dans ce cadre, le verdict d'un juge énonçant qu'un « contrat lie Jones à Smith » est *right* ou *wrong* et non pas *vrai* ou *faux*, selon Hart.

Attribuer le droit du patient

Voyons comment l'article de Hart peut éclairer la façon dont les directives anticipées pour la fin de vie attribuent un droit pour le patient. D'abord, le critère de l'authenticité avancé par Trachsel, Mitchell et Andorno trouve là de quoi être précisé. Il est vain pour le médecin de tenter de se faire une image, à la lecture des directives anticipées, de l'état « homogène » de consentement ou de refus. L'authenticité ne peut être établie que négativement, lorsque aucune circonstance ne peut être invoquée au titre d'une influence induite ou d'un manque de discernement venant *défaire* la présomption de consentement.

En outre les termes des directives (en particulier celui de « fin de vie ») conservent un caractère vague. Aucun critère universel explicite ne saurait suffire à décider si elles s'appliquent ou non. L'expérience personnelle et collective sert de référence aux soignants mais la décision à prendre n'est pas immédiatement déductible des cas passés. Il revient au médecin d'identifier les circonstances contraires en l'absence desquelles ils sont tenus de respecter la volonté écrite du patient. Ce sont les clauses de *défaisabilité* (laquelle ne se confond donc pas avec la révocabilité, qui est le droit du patient, encore en capacité, à changer ses directives). Si le médecin juge que le patient n'est pas en fin de vie, quand bien même celle-ci pourrait se précipiter de façon brutale sans que les directives n'aient été consultées, le médecin est irréprochable. Toutes ces considérations servent à opérer l'ascription d'un droit du patient à Φ dans la situation t_2 .

Ainsi pour attribuer le droit d'un patient à Φ en t_2 , à partir des directives qu'il a rédigées, il faut un acte *ascriptif* de la part de quelqu'un qui prend la place du juge à t_2 , et donc, le plus souvent, une ascription de la part

du médecin. Car il serait impossible d'énoncer l'ensemble des « conditions nécessaires et suffisantes » qui permettent de dire que l'acte à t2 est bien ce à quoi le patient a droit d'après les directives.

Attribuer la volonté, attribuer les responsabilités

Nous venons d'envisager les conditions auxquelles les directives permettent l'attribution d'un *droit* du patient à Φ . Mais faut-il pour autant imaginer qu'à t2 le patient *veut* Φ ? L'ascription médicale suppose-t-elle qu'il veut ou a voulu tout ce qui peut réaliser Φ (que ce soit x , y ou z) à t2 ? Est-il responsable de tous les actes médicaux menés pour respecter l'ascription ? De telles fictions reviendraient aux écueils pointés plus haut.

On aimerait sans doute que le patient ait *déjà voulu* à t1 ce à quoi il aura droit à t2 par ascription du médecin. On voudrait que ce que le patient s'attribue (à t1) comme volonté pour t2 corresponde au droit qu'il aura par ascription médicale. D'ailleurs, la directive du patient « Je veux que la douleur soit supprimée à tout prix », écrite à t1, peut avoir un sens informatif mais elle peut également avoir un sens ascriptif : si c'est une forme d'engagement, l'énoncé par lequel le patient s'attribue une volonté pour t2 fait advenir ce à quoi la description sera désormais conforme et c'est donc une attribution aussi ascriptive que le « elle est à toi » du père à son fils. On pourrait espérer que cette attribution de volonté par le patient et l'ascription de droit par le médecin se recouvrent tout à fait : la volonté rédigée et l'action à faire correspondraient alors parfaitement.

Mais il y a des difficultés pratiques. Il paraît très difficile pour le patient d'énoncer à t1 quelque chose qui sera susceptible de s'appliquer à une situation éminemment imprévisible à t2. Et il paraît très difficile pour le médecin d'inférer des déclarations du patient à t1 ce qu'il doit faire dans une telle situation t2. Il y a beaucoup de raisons à cela¹⁸. Si l'on se limite pour lors à ce qui, dans *l'acte de langage* que sont les directives anticipées, empêcherait qu'une déclaration présente de volonté pour la fin de vie serve à définir une obligation médicale à l'avenir, le dilemme est le suivant. Ou bien la déclaration est si déterminée que l'obligation qu'elle spécifie risque d'être « non conforme à la situation médicale » et donc inapplicable à la plupart des cas qui pourraient se présenter ; ou bien la déclaration est si générale qu'elle pourra ou non être appliquée au gré des circonstances sous lesquelles subsumer la situation sous le principe général émis par les directives.

18. Le détail de ces raisons, renvoyant au second des deux aspects présentés en introduction, mériterait d'y consacrer une étude à elle seule. Les valeurs du patient peuvent avoir changé du fait même de la pathologie et de l'événement tragique ou traumatisant qui a conduit à t2. La façon dont l'importance d'un traitement ou d'un soin est pondérée peut elle-même avoir été transformée par cette expérience vécue. Et finalement il se peut que le patient soit incapable de déterminer ce qu'il veut, plus encore à t2 qu'à t1.

Nous pensons donc que l'acte de rédaction ne suffit jamais par lui-même à déterminer l'action, laquelle reste à établir à t2. C'est la différence entre les directives anticipées et le testament. Dans un testament, l'énoncé est également ascriptif puisqu'il fait advenir ce à quoi la description sera désormais adéquate. La cession de la montre du père au fils est un énoncé de cet ordre. Mais l'effet du testament est d'attribuer à un héritier le bien qui y a été préalablement décrit. En revanche ce à quoi le patient consent ou ce qu'il refuse pour t2 par les directives anticipées mérite d'être défini en situation à t2.

Par quel raisonnement la définir ? Sans doute faut-il cesser de penser le rapport de la situation t2 aux directives anticipées comme une subsomption. Il ne s'agit pas seulement d'appliquer un raisonnement pratique où, par exemple, l'obligation « interrompre l'antibiothérapie » serait attribuée de la manière suivante (pour un sujet S et un médecin M) :

S veut *interrompre l'antibiothérapie* en fin de vie

M doit faire ce que veut S en fin de vie

Donc ce que doit faire M est *interrompre l'antibiothérapie* en fin de vie

L'action à t2 n'est pas seulement à *déduire* des directives. Elle est à décider à partir de l'ascription de volonté réalisée par le patient. Tel est le sens de la « directive » en droit : une ligne directrice qui est impérative mais laisse une latitude pour la décision de celui qui l'applique. Si cette décision n'est pas arbitraire, comment penser alors le raisonnement qui y conduit ?

Ce raisonnement ne conclut pas l'action à faire selon une logique de subsomption sous une règle générale. Il la détermine selon une analogie avec ce qui est exprimé dans les directives anticipées. Il cherche à savoir ce que voudrait le patient et, compte tenu des limites de l'analogie, ne conclut jamais qu'à *ce que pourrait avoir voulu le patient*.

Nous proposons donc de considérer les directives anticipées non pas comme des règles universelles sous lesquelles subsumer de futures situations mais comme des énoncés qui, quoique abstraits, sont paradoxalement très déterminés parce qu'ils excluent un champ indéfini de circonstances singulières. À partir de ces énoncés qui présentent non une volonté universelle (valable pour tous les cas), mais des cas paradigmatiques peu spécifiés, il faut opérer non point une déduction sur le cas réel à t2, mais plutôt un raisonnement par analogie concluant ce que pourrait avoir voulu le patient. Par exemple, dans le cas d'une fin de vie non spécifiée (où les circonstances ne sont pas précisées), je consens à être mise sous respirateur artificiel. Mais je conçois ce cas abstraction faite de toutes les circonstances qui viendraient transformer ma décision. Ce que je conçois par là n'est donc pas un cas général incluant tous les cas futurs où je pourrais être mise sous respiration artificielle.

Plus il y a de dissemblance entre la situation réelle et ce cas non spécifié, plus il y a de circonstances qui viennent défaire l'attribution – ne serait-ce que parce que l'ignorance de ces circonstances est une condition de

défausabilité. La conclusion du raisonnement concernant ce qu'aurait voulu le patient à t2 est alors une attribution contrefactuelle. Plus la situation à t2 s'éloigne des cas paradigmatiques généraux envisagés par le patient, plus l'attribution de sa volonté concernant l'acte à t2 est contrefactuelle. Moins elle s'en éloigne, plus elle est descriptive.

Pour mener ce raisonnement par analogie, des discussions informelles avec le patient sur des cas « paradigmatiques » plus spécifiés peuvent être précieuses. Intégrer des circonstances précises aux réponses du formulaire ou à une lettre ne nuira pas à sa portée directive si le patient et les soignants les pensent pertinentes. On peut imaginer la directive suivante : « Dans le cas où ma famille est présente, et où il est possible que je sois consciente malgré mon incapacité à m'exprimer, je veux bénéficier des traitements jusqu'à ce que je devienne inconsciente ; mais dans le cas où je devrais partir seule, je préfère suspendre tout traitement le plus rapidement possible, pour autant que la gestion de la douleur soit efficace ».

Tout le problème est de savoir repérer les circonstances qui introduisent un véritable écart entre le cas paradigmatique considéré à t1 et la situation considérée à t2. Une fois encore, le « poids » de la circonstance relève sans doute d'une appréciation qui ne saurait être inférée avec certitude. Le médecin, comme le juge chez Hart, doit repérer la *ratio decidendi* qui, dans le cas paradigmatique de la « fin de vie » peu spécifiée, conduit le patient à refuser ou consentir. Plus la situation à t2 se rapproche de ce qui a été explicitement demandé par le patient et plus sa demande est une *obligation*, d'où dérive un engagement. Moins la situation d'urgence et d'incertitude s'en rapproche, et plus l'action « à faire » reste indéterminée, suspendue seulement à la recherche de la moins mauvaise décision. La décision du médecin sera moins déterminée par les directives mais n'en restera pas moins légitime.

Par là, on évite une responsabilisation excessive du patient et une déresponsabilisation du corps médical, tout en reconnaissant le mérite d'un délicat travail mené à des fins bienveillantes et non-malfaisantes. La décision résultant de la délibération qui prend les directives anticipées pour « point de départ » pourra être très contraire à ce que le patient avait demandé en envisageant une autre situation, très abstraite. Mais ce sera une décision dont la responsabilité incombe aux médecins¹⁹. On soulignera d'ailleurs, comme Pitcher l'a fait remarquer à Hart, qu'il serait indu d'identifier l'attribution de responsabilité à un acte de blâme ou de condamnation²⁰.

19. Pour un exemple de décision qui a pris pour point de départ les directives anticipées demandant l'arrêt des traitements et a pourtant conduit à une décision inverse, lire S. BONNER, M. TREMLETT et D. BELL, « Are advance directives legally binding or simply the starting point for discussion on patient's best interest ? », *British Medical Journal*, 28 nov. 2009, 339 (7732), p. 1230-4.

20. Pitcher prend l'exemple suivant. Disons qu'en tirant sur une manette, Pierre arrête le bus où il se trouve. On peut dire que « Pierre est responsable d'arrêter le bus » (un arrêt qui est sans doute déplaisant) sans nécessairement le blâmer.

En rédigeant ses directives, le patient s'est attribué une volonté à t2 pour l'acte Φ . Il se peut que, capable de s'exprimer à t2, il eût refusé y pour x ; mais dans la mesure où il ne l'a pas spécifié et où ce refus était sans doute imprévisible, sa volonté de Φ laisse les soignants libres de se représenter ce qu'il aurait voulu. Cependant cette liberté est sous contrainte épistémique : leur représentation doit être en analogie la plus étroite possible avec les déclarations du patient.

La question de la responsabilité s'éclaire aussi naturellement. Concernant les conséquences prévisibles – le patient est d'autant moins responsable qu'elles découlent d'un aspect de l'acte réalisé à t2, sur ses directives, qu'il ne pouvait pas prévoir. On ne dira pas que le patient est responsable de y quand il a demandé Φ , alors que, souvenons-nous, le général est responsable de n'importe quelle action réglementaire faite par le soldat pour exécuter son ordre. La théorie que nous avons proposée permet de le comprendre en évitant la conception des directives comme une fiction illusoire de responsabilité « profonde » ou d'identité personnelle entre t1 et t2.

Elle a le mérite de les analyser comme des actes de langage mais elle permet également d'en faire apparaître les limites. La première limite concerne le statut du médecin, qui – si on le pense sur le modèle du juge proposé par Hart – est juge et partie, puisqu'il évalue la conformité des directives, leur ajustement à la situation et qu'il détermine l'action qu'elles *lui* demandent. C'est pourquoi il est nécessaire que la décision du médecin, à partir des directives, soit connue et éventuellement discutée par d'autres confrères, par les autres soignants et par les proches. L'ascription du droit du patient à t2 leur appartient à tous, dans le cadre d'une ascription de volonté réalisée par le patient lui-même à t1.

Une seconde limite porte sur les conditions réelles de rédaction. Les directives anticipées telles qu'elles sont pratiquées se donnent-elles les moyens d'être de véritables *actes de langage* ? Leur concept le voudrait. Mais est-ce un acte de langage que de remplir un formulaire qui demande si, pour une liste de traitements (antibiotiques, trachéotomie, hydratation artificielle, etc.), on accepte, refuse ou « ne sait pas » ? Certes, dans beaucoup de formulaires, y compris celui qui est disponible sur le site du gouvernement, quelques lignes sont proposées pour ajouter tout ce que le patient jugerait pertinent²¹. En outre, il est possible de rédiger des directives anticipées sur papier libre. Mais il est nécessaire que le patient se trouve dans une situation d'interlocution confiante avec ses proches et les soignants, cadre qu'on ne rencontre ni toujours ni partout.

On remarquera qu'une autre fonction est parfois reconnue aux directives anticipées, celle de *se raconter* et de contribuer à la constitution d'une iden-

21. Le gouvernement français met à disposition un formulaire de directives anticipées en ligne : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/R44952>.

tité narrative²². Sans nier qu'elles puissent aussi avoir cette portée, nous avons proposé une manière de déterminer la volonté du patient à t2, étant donné que l'identité entre sa volonté à t1 et sa volonté à t2 ne peut pas être vérifiée. De la manière envisagée, il n'est pas même nécessaire de supposer une telle identité à titre de fiction²³.

RÉFÉRENCES

- AUSTIN J. L., *Quand dire c'est faire* [1962], trad. fr. G. Lane, Paris, Point Essais, 1991.
- BEAUCHAMP T. et CHILDRESS J., *Principles of biomedical ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 7^e éd., trad. fr. de la 5^e éd. [2001] par M. Fisbach, *Les Principes de l'éthique biomédicale*, Paris, Les Belles Lettres, 2020.
- BONNER S., M. TREMLETT et D. BELL, « Are advance directives legally binding or simply the starting point for discussion on patient's best interest ? », *British Medical Journal*, 28 nov. 2009, 339 (7732), p. 1230-4.
- BOURDAIRE-MIGNOT C., « La personne de confiance et les directives anticipées. Des dispositifs anti-trahison du patient en fin de vie ? », *Droit et Culture*, 2017, 74 (2), p. 137-54.
- ENGLHARDT H. T., *Les Fondements de la bioéthique* [1986], trad. fr., Paris, Les Belles Lettres, 2015.
- FOURNIER V. et TRARIEUX S., « Les directives anticipées en France », in *Médecine et Droit*, 2005, 74, p. 146-8.
- GEACH P. T., « Ascriptivism », *The Philosophical Review*, 1960, 69 (2), p. 221-5.
- HART H. L. A., « La démystification du droit » [1982], trad. fr. P. Gérard et M. van de Kerchove, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint Louis, 1987, p. 89-118.
- « The ascription of responsibility and rights », in *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, 1948-1949, 49, p. 171-94.
- HOBBS T., *Léviathan* [1651], trad. fr. F. Tricaud et M. Pécharman, Paris, Vrin/Dalloz, 2004.
- JAWORSKA A., « Respecting the margins of agency : Alzheimer's patients and the capacity to value », in *Philosophy & Public Affairs*, été 1999, 28 (2), p. 105-38.
- MALHERBE M., « Le soin de reconnaissance : Alzheimer », in G. Durand et G. Dabouis (dir.), *Philosophie du soin*, Paris, Vrin, 2019, p. 37-64.
- OTT A., « Personal identity and the moral authority of advance directives », in *The Pluralist*, été 2009, 4 (2), p. 38-54.

22. Sous cet angle, il est ascriptif au sens entendu par P. RICŒUR (« Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique », *Esprit*, nov. 1994, p. 37, et *Parcours de la reconnaissance*, Paris, Gallimard, « Folio Essais », 2005, p. 162). Ricoeur (à la suite de P. F. Strawson) emprunte la notion d'*ascription* à Hart pour penser l'*attribution* d'un agent à une action. Dans ce cadre, cette notion répond non plus à la question de savoir *ce que veut Untel* ou encore *quel est son droit* ou *sa responsabilité*, mais à la question de savoir *qui* veut ceci ou cela. Bien que les directives anticipées soient parfois rédigées comme des ascriptions en ce sens (permettant la reconnaissance de soi), la théorie que nous avons considérée ne fait pas reposer leur normativité sur l'hypothèse d'une identité narrative.

23. L'auteur remercie les deux relecteurs anonymes de la revue pour leurs remarques.

- RICŒUR P., « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique », *Esprit*, nov. 1994, p. 28-48.
- *Parcours de la reconnaissance*, Paris, Gallimard, « Folio Essais », 2005.
- PITCHER G., « Hart on action and responsibility », *The Philosophical Review*, 1960, 69 (2), p. 226-35.
- ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social* [1762], I.4, Paris, Flammarion, « GF », 1991.
- SEARLE J. et VANDERVEKEN D., *Foundations of illocutionary logic* [1985], Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- TRACHSEL M., MITCHELL C. et BILLER-ANDORNO N., « Advance directive between respect for autonomy and paternalism », in P. Lack, N. Biller-Andorno et S. Brauer, *Advance directives*, Dordrecht/New York/Londres, Springer, 2014, p. 169-79.