

La capacité de discernement dans le contexte des démences

La capacité de discernement est une notion centrale tout au long d'une maladie d'Alzheimer ou d'une autre forme de démence: la personne atteinte est-elle toujours en mesure de conclure des contrats juridiquement valables? Des tiers doivent-ils ou peuvent-ils prendre des décisions, notamment d'ordre médical, à la place du malade? Evaluer la capacité de discernement est une tâche difficile, plus encore chez une personne atteinte de démence.

Toute personne **majeure** et **capable de discernement** est considérée comme **ayant l'exercice des droits civils** au sens juridique du terme, ce qui signifie que les actes juridiques qu'elle accomplit (un achat p. ex.) sont en principe juridiquement valables. Par conséquent, sont considérées comme **n'ayant pas l'exercice des droits civils** les personnes **mineures ou incapables de discernement** (ou sous curatelle de portée générale). La loi définit ainsi l'exercice des droits civils (art. 12 du Code civil suisse [CC]):

Quiconque a l'exercice des droits civils est capable d'acquiescer et de s'obliger.

En plus d'avoir atteint la majorité, la capacité de discernement en tant que faculté d'agir raisonnablement est donc une composante indispensable de la notion légale d'exercice des droits civils. Elle est définie à l'art. 16 CC:

Toute personne qui n'est pas privée de la faculté d'agir raisonnablement en raison de son jeune âge, de déficience mentale, de troubles psychiques, d'ivresse ou d'autres causes semblables est capable de discernement [...].

La capacité de discernement en général

La capacité de discernement comprend essentiellement deux aspects:

– La personne doit être capable de *comprendre et d'apprécier correctement une situation*. Cet élément se détermine en particulier à l'aide des questions suivantes:

- La personne a-t-elle compris de quoi il s'agit?
- Connaît-elle les différentes décisions possibles?
- Saisit-elle les implications d'une décision pour l'une ou l'autre des possibilités?
- Peut-elle identifier toutes les personnes qui seront touchées par sa décision?

Ainsi, celui qui rédige p. ex. un mandat pour cause d'inaptitude doit réfléchir au choix de la personne de confiance qui devra agir en son nom s'il ne devait plus être en mesure d'agir lui-même. Il se peut alors qu'il porte son choix sur un /e ami /e ou une autre personne de confiance plutôt que sur un membre de la famille. Même si cette décision peut sembler déraisonnable du point de vue d'un tiers, elle ne veut pas dire d'emblée que le rédacteur du mandat est incapable de discernement. Ce qui importe, c'est que l'on puisse suivre son raisonnement.

- La capacité de discernement suppose aussi que l'on puisse agir librement et sans subir d'influence extérieure. Cette *capacité à agir en fonction de sa volonté* s'évalue à l'aide des questions suivantes:
- La personne est-elle en mesure d'agir en fonction de sa propre estimation de la situation?
 - Est-elle capable de s'opposer à l'influence de tiers?

Lorsqu'une personne a tendance à agir de façon compulsive du fait de la maladie (p. ex. achats compulsifs en cas de démence fronto-temporale), ces critères ne sont pas remplis.

La capacité de discernement doit être examinée au cas par cas

La capacité de discernement doit toujours être examinée dans une situation concrète. Cette règle vaut aussi bien pour les aspects financiers et administratifs que pour les décisions médicales.

- Pour les actes juridiques, tout dépend de la complexité des faits et de la portée de l'action considérée. Une même personne peut être encore capable de discernement pour des actes simples (achats quotidiens, etc.) mais plus pour des affaires ayant une portée plus large (vente d'une maison, p. ex.).
- La loi part du principe que toute personne est capable de discernement **tant que le contraire n'est pas prouvé**. Cette règle facilite les relations commerciales: le vendeur peut p. ex. supposer que l'acheteur est capable de discernement et n'est pas tenu de le vérifier spécifiquement. A l'inverse, elle implique que si l'on veut contester la validité d'un achat au motif que l'acheteur était incapable de discernement, on doit généralement en apporter la preuve.
- La relativité de la capacité de discernement vaut également pour le domaine médical. Un patient toujours capable de discernement pour des choix médicaux simples (vaccination antigrippale, p. ex.) n'est plus forcément en mesure de donner son consentement à une intervention chirurgicale conséquente.

La capacité de discernement au stade initial d'une démence

Le fait qu'un diagnostic de démence soit posé ne signifie pas que la personne concernée n'est plus capable de discernement. Les démences sont généralement des maladies à évolution lente qui s'accompagnent d'une perte croissante des facultés intellectuelles et cognitives. Elles diffèrent en cela d'une attaque cérébrale grave ou d'un accident qui peuvent conduire à une perte soudaine de ces facultés et donc de la capacité de discernement.

En règle générale, une personne atteinte de démence au stade initial reste donc tout à fait capable de discernement. C'est pourquoi le dépistage précoce et un diagnostic rapide sont si importants. Les personnes malades auront ainsi encore la possibilité de régler leurs affaires personnelles en rédigeant par exemple un mandat pour cause d'incapacité ou des directives anticipées ou encore leur succession (voir les fiches d'information correspondantes d'Alzheimer Suisse). Prises à temps, de telles mesures de prévoyance peuvent contribuer à éviter des discussions ultérieures sur la capacité de discernement.

La capacité de discernement au stade modéré de la démence

A ce stade, la capacité de discernement est particulièrement difficile à évaluer et doit être examinée au cas par cas.

Une personne qui n'est plus autonome au quotidien et a besoin d'un accompagnement professionnel à domicile peut toujours être capable de discernement pour choisir son aidant. Or, elle sera probablement incapable de régler les détails du contrat conclu.

La capacité de discernement est évaluée officiellement lorsque la maison ou l'appartement doit être vendu, par ex. suite à une entrée en EMS. Toute vente immobilière doit faire l'objet d'un acte authentique et le notaire doit s'assurer que le vendeur (propriétaire) a conscience de la portée de la transaction. Un acte notarié est également prescrit pour diverses autres opérations, notamment les mandats pour cause d'incapacité lorsqu'il est impossible de les rédiger à la main. Dans tous ces cas, la capacité de discernement est vérifiée par le notaire (plus de détails en page 4).

La capacité de discernement doit également être appréciée au cas par cas dans les questions d'ordre médical. Lorsqu'une personne atteinte de démence doit subir une opération, le médecin vérifie au préalable qu'elle comprend ce qui est prévu, les raisons

qui rendent l'opération nécessaire et les alternatives possibles. Lorsqu'il conclut à une incapacité de discernement, la question se pose alors de savoir qui peut décider à la place du malade. Si des directives anticipées ou un mandat pour cause d'incapacité ont été établis, il s'agira de la personne de confiance désignée dans ce document. En l'absence d'un tel document, il reviendra à un proche d'assumer cette responsabilité [voir ci-après, page 3].

La capacité de discernement au stade avancé de la démence

Il arrive un moment, à un stade avancé de la démence, où la capacité de discernement est remise en question de façon globale. D'après l'expérience générale, une personne atteinte d'une démence sévère n'est plus capable de discernement, du moins pour les actes juridiques. Si elle signe par exemple une donation généreuse, son bénéficiaire doit – si l'affaire est contestée – généralement apporter la preuve qu'elle était contre toute apparence capable de discernement au moment de la signature. On parle dans ce cas de renversement du fardeau de la preuve: **ce n'est pas l'incapacité, mais la capacité de discernement, qu'il faut prouver.**

En matière médicale et de soins, la question de la capacité de discernement est encore plus délicate à trancher. Même au stade avancé de la maladie, un malade peut encore clairement manifester sa volonté de façon non verbale. Il y a lieu d'en tenir compte dans la mesure du possible. Un refus de s'alimenter peut par exemple être l'expression du droit de la personne à l'autodétermination. Cela nécessite de l'empathie et de l'intuition de la part de toutes les personnes impliquées pour interpréter correctement les expressions de la volonté du malade.

La loi stipule explicitement que la personne incapable de discernement doit être associée au processus de décision dans la mesure du possible [art. 377, al. 3 CC]. Si des directives anticipées ont été rédigées, les souhaits qui y sont exprimés sont en principe à respecter.

Les conséquences de l'incapacité de discernement

La loi, et en particulier le droit de la protection de l'adulte, prévoit différentes conséquences juridiques en cas d'incapacité de discernement.

- Les actes juridiques (contrats, testaments, p. ex.) conclus par une personne incapable de discernement n'ont en principe pas d'effet juridique [art. 18 CC].
- Une personne incapable de discernement qui cause un dommage de par son comportement n'en assume pas la faute et n'est généralement pas responsable [art. 41 du Code des obligations [CO]].
- Lorsqu'une personne incapable de discernement a établi en temps voulu un mandat pour cause d'incapacité, il peut alors être mis en vigueur [art. 363 CC].
- Même en l'absence d'un tel mandat, le conjoint ou partenaire enregistré peut agir au nom de son partenaire incapable de discernement pour régler les affaires du quotidien [pouvoir automatique de représentation, art. 374 CC].
- En matière de traitements médicaux et de soins, la personne habilitée à décider est celle qui est désignée dans les directives anticipées ou dans le mandat pour cause d'incapacité [art. 370 CC]. Les dispositions énoncées dans les directives anticipées doivent être prises en compte.
- En l'absence de directives anticipées, certains membres de la famille ou proches qui fournissent une assistance personnelle régulière à la personne incapable de discernement ont le droit de décider en matière de traitements médicaux et de soins à effectuer [art. 378 CC].
- Des règles particulières s'appliquent aux personnes incapables de discernement qui séjournent dans un EMS. Elles définissent par exemple les conditions dans lesquelles des mesures limitant la liberté de mouvement peuvent être ordonnées (ou doivent être levées) et la procédure qu'il convient d'appliquer [art. 383 ss CC].

Procédure d'examen de la capacité de discernement

La capacité de discernement doit toujours être examinée dans la perspective d'une action ou d'une décision précise. En cas d'incertitude – et dans la mesure du possible – il est conseillé de consulter les proches (avec l'accord de la personne concernée).

- Dans les questions d'ordre médical, le médecin doit examiner la capacité de discernement en relation avec une intervention donnée ou un traitement concret. Le patient doit être en mesure de comprendre les informations transmises et d'apprécier correctement la situation, ses conséquences et les alternatives éventuelles. En cas de décisions graves, il convient de consulter le cas échéant un médecin spécialiste (psychiatre ou gériatre).
- Pour les actes juridiques devant faire l'objet d'un acte authentique (p. ex. vente de propriétés foncières), il revient au notaire de vérifier la capacité de discernement en posant des questions ciblées. Pour ce faire, il peut recourir à certains tests (comme le test MMSE). Il peut également s'adresser au médecin traitant, demander un certificat médical ou une expertise faite par un médecin spécialiste.
- En cas de litige: la capacité de discernement ne devient souvent un problème qu'après l'événement donnant lieu au litige, p. ex. lorsque la validité d'un contrat est mise en doute. Si l'affaire est portée devant un tribunal, le juge s'appuiera, selon la situation, sur un certificat médical ou demandera des clarifications complémentaires (expertise psychiatrique, interrogation de témoins). Il décidera de confirmer ou non la capacité de discernement dans le cas concret à la lumière de tous ces éléments et en prenant en considération la charge de la preuve.
- Il existe par ailleurs de nombreux autres cas où des tiers sont tenus de se prononcer sur la capacité de discernement d'une personne atteinte de démence. Depuis l'entrée en vigueur du droit de la protection de l'adulte en 2013, les autorités de protection de l'adulte jouent un rôle central. Elles ont

notamment pour mission de déterminer si une personne atteinte de démence qui a précédemment établi un mandat pour cause d'inaptitude a effectivement perdu sa capacité de discernement et si ce mandat doit donc entrer en vigueur. Les autorités de protection de l'adulte sont également les instances d'information et de recours lorsqu'il s'agit de préserver les droits des personnes incapables de discernement.

La tâche est difficile pour toute personne chargée de trancher la question de la capacité de discernement d'une personne atteinte de démence. Au fond, c'est à chaque fois le droit à l'autodétermination et la protection de la personne qui se font face. Aussi, la capacité ou l'incapacité de discernement ne repose finalement presque jamais sur une certitude absolue.

Vous avez besoin d'un conseil personnalisé et adapté à votre situation individuelle ?

Les conseillères spécialisées du Téléphone Alzheimer répondent à toutes vos questions touchant à la démence.

Téléphone Alzheimer : 058 058 80 00
lundi à vendredi : 8–12 h et 13.30–17 h

Les 21 sections cantonales d'Alzheimer Suisse sont là pour vous dans votre région. Pour nous contacter : alz.ch.

Fiches d'information d'Alzheimer Suisse

Planifier l'avenir avec un mandat pour cause d'inaptitude
Rédiger des directives anticipées

Brochure d'Alzheimer Suisse

Les droits et les devoirs

Impressum

Éditrice: Alzheimer Suisse

Rédaction: Marianne Wolfensberger, lic. iur.

Conseil scientifique: D^r méd. Irene Bopp-Kistler, FMH médecine interne, spéc. gériatrie