

## Précisions terminologiques

# Capacité de discernement et responsabilité

Daniel Hürlimann<sup>a</sup>, Manuel Trachsel<sup>b</sup>

<sup>a</sup> Rechtswissenschaftliches Institut, Universität Zürich; <sup>b</sup> Institut für Biomedizinische Ethik und Medizingeschichte, Universität Zürich

Les médecins (mais aussi en partie les juges, les procureurs et les avocats) utilisent souvent comme des quasi-synonymes les termes «capacité de discernement» (dont l'équivalent allemand est «Urteilsfähigkeit») et «responsabilité» (dont les équivalents allemands sont «Zurechnungsfähigkeit» et «Schuldfähigkeit»). Toutefois, laquelle de ces trois capacités s'avère pertinente pour qu'une personne puisse accepter ou refuser de manière autodéterminée une option thérapeutique indiquée sur le plan médical? En présence de quelle capacité la décision du patient doit-elle être respectée et mise en œuvre?

Les termes «capacité de discernement» et «responsabilité» sont issus de différents domaines juridiques et ont des significations différentes. Cet article doit permettre d'y voir plus clair dans la jungle terminologique et d'éviter les confusions. Le droit se divise en trois branches: le droit privé, le droit public et le droit pénal. Le droit privé régit les relations entre les personnes privées (par ex. droit de la famille, droit successoral, droit des contrats). Le droit public régit les relations entre l'Etat et les personnes privées (par ex. droits de l'homme, droit de la construction, droit de la police, droit fiscal). Le droit pénal définit quels infractions sont punis par quelles sanctions.

## Prise en compte de l'état cognitif

Dans tous les domaines du droit, l'état cognitif de l'individu doit être pris en compte: ainsi, une personne souffrant de démence sévère ne peut ni conclure un mariage ni déposer une demande de permis de construire. Lors de la sanction d'un délit également, il convient de tenir compte de la mesure dans laquelle l'auteur a commis une faute répréhensible.

Ainsi, une première distinction essentielle apparaît déjà entre le droit pénal et les deux autres domaines du droit: dans le droit pénal, une peine peut éventuellement être atténuée en raison de capacités cognitives limitées (que ce soit suite à une démence ou par ex. suite à une consommation excessive d'alcool), tandis que dans les autres domaines du droit, le principe du «soit l'un, soit l'autre» (dichotomie) s'applique. Cela signifie par ex. qu'un mariage peut être conclu ou non ou qu'une demande de per-



mis de construire peut être déposée ou non. Il n'y a pas de gradations ou de nuances de gris (par ex. «capacité de discernement restreinte») avec lesquelles le degré de l'atteinte cognitive est prise en compte.

## Le terme allemand «Zurechnungsfähigkeit» (= une forme de responsabilité) est désuet

Le droit privé définit la capacité de discernement dans l'article 16 du Code civil suisse [1]. Dans le droit pénal, la responsabilité est définie dans l'article 19 du Code



Daniel Hürlimann



Manuel Trachsel

pénal suisse [2]. Le terme allemand «Zurechnungsfähigkeit» (= une forme de responsabilité) provient également du droit pénal, mais à l'heure actuelle, il est uniquement encore utilisé dans l'article 263 de la version allemande du Code pénal suisse (actes commis en état d'irresponsabilité fautive). Il est à supposer que dans l'article en question, le terme n'a pas été remplacé par oubli lors de la révision du Code pénal, en vigueur depuis 2007, et que la véritable signification est le terme allemand «Schuldfähigkeit» (responsabilité). «Zurechnungsfähigkeit» et «Schuldfähigkeit» veulent ainsi dire la même chose [3], mais le législateur privilégie «Schuldfähigkeit» depuis la révision du droit pénal. Avant 2007, le terme «Schuldfähigkeit» n'était pas utilisé dans le Code pénal, où il était uniquement question de «Zurechnungsfähigkeit» [4]. Dans la version française du Code pénal suisse, cette distinction terminologique n'est pas faite et seul le terme «responsabilité» est utilisé.

### Dichotomie de la capacité de discernement versus gradation de la responsabilité

Il convient aujourd'hui de faire la distinction entre la capacité de discernement et la responsabilité. La différence centrale entre les deux concepts réside dans la *dichotomie* pour la capacité de discernement (c.-à-d. qu'une personne est à 100% capable de discernement ou à 100% incapable de discernement vis-à-vis d'un acte juridique donné) et dans la *gradation* pour la responsabilité (une personne peut être totalement responsable, responsable de façon plus ou moins restreinte ou totalement irresponsable).

Dans le Code pénal suisse (art. 19 alinéas 1 et 2), l'irresponsabilité et la responsabilité limitée sont définies comme suit: «L'auteur n'est pas punissable si, au moment d'agir, il ne possédait pas la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation. Le juge atténue la peine si, au moment d'agir, l'auteur ne possédait que partiellement la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation.» Pour les médecins, la responsabilité joue en règle générale uniquement un rôle lorsqu'ils doivent rédiger une expertise dans le cadre d'un procès pénal ou témoigner à ce sujet.

Dans le Code civil suisse (art. 16), la capacité de discernement est définie comme suit: «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 au sens de la présente loi.» Les actes de celui qui est incapable de discer-

nement n'ont en principe pas d'effet juridique (art. 18 du Code civil suisse). Ainsi, cette personne ne peut par ex. pas se marier ou conclure des contrats. Les personnes incapables de discernement sont représentées par leur représentant légal, sauf pour les droits qui ne souffrent aucune représentation en raison de leur lien étroit avec la personnalité [5]. Cela concerne par ex. les fiançailles, le mariage, la reconnaissance d'un enfant, les demandes de contribution d'entretien, ainsi que les pactes successoraux et les testaments [6]. En revanche, le lien avec la personnalité est moins étroit pour l'achat d'un logement par ex., de sorte que cet acte peut se faire par représentation légale.

En s'inspirant des normes cognitives [7] employées aux Etats-Unis pour l'appréciation médicale de la capacité de discernement, l'*Académie Suisse des Sciences Médicales* (ASSM) a proposé les critères suivants: (1) la capacité de comprendre les informations relatives aux décisions à prendre, (2) la capacité d'évaluer correctement une situation et les conséquences découlant des différentes options envisageables, (3) la capacité d'évaluer rationnellement une information dans le contexte d'un système de valeur cohérent, et (4) la capacité de faire librement ses propres choix [8]. Ainsi, le facteur déterminant n'est pas la décision qu'une personne prend mais la manière dont la personne parvient à sa décision (c.-à-d. le processus de décision) [9].

### Relativité et dichotomie

Dans le contexte médical, deux points revêtent une importance centrale pour la capacité de discernement: la relativité et la dichotomie de la capacité de discernement. La *relativité* signifie que la capacité de discernement est toujours uniquement valable pour une décision précise et pour un moment précis. Le concept de *dichotomie* signifie, quant à lui, que la capacité de discernement (à un moment précis et pour une décision précise) peut uniquement être totalement présente ou totalement absente. Ainsi, une personne peut, à un moment donné, être incapable de discernement pour consentir à une opération compliquée mais en parallèle, être capable de discernement pour l'achat d'un journal. La personne peut néanmoins à nouveau être capable de discernement pour la même opération à une date ultérieure. Par contre, d'un point de vue juridique, elle ne peut pas être *partiellement* capable de discernement.

Pour les médecins, la capacité de discernement de leurs patients est également une considération pertinente pour répondre aux questions suivantes: Une patiente peut-elle décider de manière autodéterminée à quels traitements indiqués sur le plan médical elle sou-

## Correspondance:

Daniel Hürlimann  
Dr. iur., Rechtsanwalt, CAS  
Judikative  
Rechtswissenschaftliches  
Institut, Universität Zürich  
Rämistrasse 74/42  
CH-8001 Zürich  
daniel.huerlimann[at]  
rwi.uzh.ch  
www.uni-zh.ch/dh

Manuel Trachsel  
Dr. med. Dr. phil.  
Institut für Biomedizinische  
Ethik, Universität Zürich  
Pestalozzistrasse 24  
CH-8032 Zürich  
manuel.trachsel[at]uzh.ch

haite recourir et auxquels elle ne souhaite pas recourir [10]? Un projet de recherche peut-il oui ou non être conduit avec des enfants, des adolescents ou des adultes *incapables* de discernement [11]? Des organes, tissus ou cellules peuvent-ils être prélevés à des fins de transplantation chez des personnes *incapables* de discernement ou mineures [12]? Une personne *incapable* de discernement peut-elle oui ou non révoquer ses directives anticipées [13]? Une analyse génétique peut-elle oui ou non être effectuée chez une personne *incapable* de discernement [14]?

### L'exercice des droits civils et la majorité

L'exercice des droits civils et la majorité (dont les équivalents allemands sont «Volljährigkeit» et «Mündigkeit») sont d'autres termes qui ne sont souvent pas employés correctement. Ils sont tous issus du Code civil et donc, du droit privé. Le terme allemand «Mündigkeit» n'est aujourd'hui plus utilisé dans la loi [15] et l'interdiction avec mise sous tutelle a aussi été supprimée [16]. Elle a été remplacée par différentes formes de curatelle: curatelle d'accompagnement, curatelle de représentation, curatelle de coopération et curatelle de portée générale [17]. Les personnes privées de l'exercice des droits civils par une mesure ordonnée sous l'ancien droit sont réputées être sous curatelle de portée générale à l'entrée en vigueur du nouveau droit de protection de l'enfant et de l'adulte (1<sup>er</sup> janvier 2013) [18].

Quiconque a l'exercice des droits civils est capable d'acquiescer et de s'obliger [19] et l'exercice des droits civils regroupe à la fois la capacité de discernement et la majorité [20]. La *majorité* est atteinte lors du 18<sup>e</sup> annivers-

saire [21]. Ainsi, l'exercice des droits civils revient à toutes les personnes de plus de 18 ans capables de discernement, c.-à-d. à tous les adultes ayant la faculté d'agir raisonnablement.

#### Disclosure statement

Les auteurs ne déclarent aucun conflit d'intérêts financier ou personnel en rapport avec cet article.

#### Photo de couverture

© Deval Kulshrestha | Wikimedia Commons

#### Références

- Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC; état le 1<sup>er</sup> juillet 2014).
- Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP; état le 1<sup>er</sup> janvier 2015).
- Cela résulte également de l'utilisation comme des synonymes par le Tribunal fédéral, par ex. dans l'ATF 136 IV 55 consid. 5.5.: «In diesem Sinne spricht auch Art. 19 StGB (a Art. 11 StGB) davon, die Strafe sei bei verminderter Schuldfähigkeit (Zurechnungsfähigkeit) zu mildern.»
- Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (état le 19 décembre 2006), art. 10, 11, 13, 263 et 345.
- Art. 19c alinéa 2 du Code civil suisse.
- Breitschmid P, dans: Breitschmid P/Rumo-Jungo A (Hrsg). Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Art. 1–456 ZGB), 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 19c N 1.
- Grisso T, Appelbaum PS. Assessing Competence to Consent to Treatment: A Guide for Physicians and Other Health Professionals. Oxford, England: Oxford University Press; 1998.
- ASSM, Directives médico-éthiques sur la prise en charge des patientes et patients en fin de vie ([http://www.samw.ch/dms/fr/Ethique/Directives/actuel/f\\_RL\\_Lebensende\\_Juni14\\_Web.pdf](http://www.samw.ch/dms/fr/Ethique/Directives/actuel/f_RL_Lebensende_Juni14_Web.pdf)), page 10: commentaire ad 2.1. Patients capables de discernement.
- Berghmans R, Dickenson D, Ter Meulen R. Mental capacity: in search of alternative perspectives. Health Care Anal. 2004;12(4):251–63.
- L'art. 378 du Code civil suisse contient un ordre précis de personnes habilitées à représenter la personne incapable de discernement et à consentir ou non aux soins médicaux que le médecin envisage de lui administrer ambulatoirement ou en milieu institutionnel. En l'absence de directives anticipées donnant des instructions, le représentant décide conformément à la volonté présumée et aux intérêts de la personne incapable de discernement.
- Loi relative à la recherche sur l'être humain du 30 septembre 2011 (Loi relative à la recherche sur l'être humain, LRH; état le 1<sup>er</sup> janvier 2014). La recherche sur des enfants, sur des adolescents et sur des adultes incapables de discernement est régie par les articles 21–24 de la LRH.
- Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules du 8 octobre 2004 (Loi sur la transplantation; état le 1<sup>er</sup> janvier 2014). La protection des personnes mineures ou incapables de discernement est régie par l'article 13 de la Loi sur la transplantation.
- Cette question appelle plutôt une réponse négative selon la conception de la loi (d'après l'article 370 du Code civil suisse, les dispositions anticipées sont justement prévues pour parer une éventuelle incapacité de discernement ultérieure), mais les détails sont très controversés.
- Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004 (LAGH; état le 1<sup>er</sup> janvier 2014). Les prérequis aux analyses génétiques chez des personnes incapables de discernement sont précisés dans l'article 10 alinéa 2 de la LAGH.
- Code civil suisse du 10 décembre 1907 (état le 1<sup>er</sup> janvier 2012), art. 14: «Mündig ist, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat.» Avec l'entrée en vigueur du nouveau droit de protection des adultes (le 1<sup>er</sup> janvier 2013), le terme «mündig» a été remplacé par «volljährig» et le terme «vollendet» a été remplacé par «zurückgelegt» dans l'article 14 de la version allemande du Code civil suisse. Le terme «majorité» a toujours été employé dans la version française du Code civil suisse.
- Avant l'entrée en vigueur du nouveau droit de protection des adultes (c.-à-d. jusqu'à la fin 2012), les cas de mise sous tutelle étaient régis par les articles 368–75 du Code civil suisse. Les motifs amenant à ordonner une mise sous tutelle étaient les maladies mentales, la faiblesse d'esprit, la prodigalité, l'ivrognerie, l'inconduite et la mauvaise gestion.
- Art. 393–8 du Code civil suisse.
- Art. 14 alinéa 2 du Titre final du Code civil suisse.
- Art. 12 du Code civil suisse.
- Art. 13 du Code civil suisse: «Toute personne majeure et capable de discernement a l'exercice des droits civils.»
- Art. 14 du Code civil suisse: «La majorité est fixée à 18 ans révolus.»

### L'essentiel pour la pratique

- Le consentement à un traitement indiqué sur le plan médical requiert que le patient concerné soit capable de discernement. Il en va de même pour le refus d'un traitement.
- La capacité de discernement (pour une décision précise) est soit totalement présente soit totalement absente. Il n'y a pas de gradations intermédiaires.
- L'évaluation de la capacité de discernement doit tenir compte de l'état actuel de la personne concernée et de la complexité de la décision à prendre. La capacité ou l'incapacité de discernement qui a été prononcée vaut uniquement pour le moment de l'évaluation et pour la situation décisionnelle actuelle.
- Le terme allemand «Zurechnungsfähigkeit» (= une forme de responsabilité) est désuet et il ne devrait plus être utilisé. Il a été remplacé par le terme «Schuldfähigkeit» dans la version allemande du Code pénal suisse. Ce terme relève du droit pénal et il est donc uniquement pertinent pour une minorité de médecins.