

Recherches juridiques lausannoises

Faculté de droit, des sciences criminelles et
d'administration publique de l'Université de Lausanne

Editées par Hansjörg Peter, professeur à la Faculté de droit

Sarah Gros

La capacité de discernement de l'adulte en droit privé

Aspects matériels et procéduraux

Schulthess § 2019
ÉDITIONS ROMANDES

Table des matières

Table des abréviations	XXI
Bibliographie	XXXIII
Introduction	1
Chapitre 1 : Notion	7
I. Généralités	7
II. La définition légale de la capacité de discernement	8
III. Un bref historique de l'art. 16 CC.....	10
IV. Synthèse : la notion de capacité de discernement	13
Chapitre 2 : Fonction	14
I. Généralités	14
II. La capacité de discernement et la capacité civile.....	16
A. La capacité de discernement et la capacité civile passive	16
B. La capacité de discernement et la capacité civile active	17
1. Généralités	17
2. La « pleine » capacité civile active	21
3. L'incapacité civile active « totale »	21
4. La capacité civile active « restreinte »	23
5. L'incapacité civile active « restreinte »	23
a. Généralités	23
b. La capacité inconditionnelle.....	24
(i) Généralités	24
(ii) Les acquisitions à titre purement gratuit.....	25
(iii) Les affaires mineures se rapportant à la vie quotidienne.....	27
(iv) L'exercice de droits strictement personnels	29
(v) Les actes contraires au droit et imputables à faute	32
c. La capacité conditionnelle.....	32
d. Les capacités spéciales, les « droits de gestion » et les actions de fait....	33
(i) Les capacités spéciales relatives à un patrimoine spécifique	33
(ii) L'exercice de droits de gestion.....	34
(iii) Les actions de fait et les cas analogues.....	36

	C. Synthèse : la capacité de discernement et la capacité civile.....	36
III.	La capacité de discernement et le droit privé en général.....	38
	A. Généralités.....	38
	B. Références à la notion de capacité de discernement hors du domaine strict des règles générales sur la capacité civile.....	39
	1. Le mariage.....	39
	2. La filiation et le statut du mineur.....	40
	3. La protection de l'adulte.....	41
	4. Les actes pour cause de mort.....	44
	5. Le droit des obligations.....	44
	C. La connotation temporelle de l'incapacité de discernement.....	46
	D. Synthèse : la capacité de discernement et le droit privé en général.....	46
IV.	La capacité de discernement à la lumière du cadre constitutionnel et conventionnel ...	48
	A. Généralités.....	48
	B. Le principe d'autonomie et d'autodétermination.....	49
	1. Le droit à l'autodétermination et la Constitution fédérale.....	49
	2. Le droit à l'autodétermination et la CEDH.....	53
	3. Bilan : la capacité de discernement et le principe d'autonomie et d'autodétermination.....	55
	C. La capacité de discernement comme condition d'exercice des droits fondamentaux.....	56
	D. La capacité de discernement et l'Etat libéral.....	58
	E. La capacité de discernement et l'art. 12 CDPH.....	59
	1. Généralités.....	59
	2. L'art. 12 CDPH.....	62
	a. La portée de l'art. 12 CDPH aux yeux du Comité CDPH.....	62
	b. <i>Excursus</i> – L'art. 12 CDPH et les mineurs.....	67
	3. L'art. 12 CDPH et la législation suisse.....	68
	a. Généralités.....	68
	b. La capacité civile.....	70
	c. Le droit de la protection de l'adulte.....	76
	4. Bilan : la capacité de discernement et l'art. 12 CDPH.....	82
	F. Synthèse : la capacité de discernement à la lumière du cadre constitutionnel et conventionnel.....	84
V.	L'incapacité de discernement et ses conséquences.....	86
	A. Généralités.....	86
	B. La nullité absolue – Le principe.....	87
	C. La nullité absolue – Un système critiquable ?.....	89
VI.	Synthèse : la fonction de la capacité de discernement.....	92

Chapitre 3 : La faculté d'agir raisonnablement	94
I. Généralités	94
II. Mise en perspective.....	95
A. Généralités.....	95
B. L'autonomie individuelle	97
1. Généralités	97
2. Principe d'autonomie de la volonté – Approche <i>kantienne</i>	98
3. La philosophie <i>déterministe</i>	100
4. La philosophie dite « plus réaliste ».....	101
5. L'autonomie – Une nécessité juridique ?.....	103
C. La normalité.....	107
1. Généralités	107
2. Les normes sociales – Les valeurs – La déviance.....	108
3. De la norme au normal et à la normalité.....	110
4. Le normal et le pathologique	111
5. Synthèse : la normalité et la faculté d'agir raisonnablement	112
D. La raison	113
1. Généralités	113
2. La raison et les émotions.....	114
a. La raison	114
b. La notion d'émotion	115
c. La « rationalisation » ou la « rationalité » des émotions.....	116
d. Les biais décisionnels.....	118
e. Bilan : la raison et les émotions.....	119
3. Le critère de la « raison » en droit	121
4. <i>Excursus</i> – Théorie économique du <i>rational choice</i>	125
5. Synthèse : la raison et la faculté d'agir raisonnablement.....	126
E. La volonté.....	128
1. Généralités	128
2. Aperçus psychologique et psychopathologique.....	129
3. Aperçu juridique	131
a. Généralités.....	131
b. Les vices de la volonté et l'incapacité de discernement.....	132
c. La volonté présumée.....	134
(i) Généralités.....	134
(ii) La volonté présumée dans le droit de la protection de l'adulte ...	135
(iii) La reconstruction de la volonté présumée	137
(iv) La volonté présumée et l'art. 372 al. 2 CC.....	140

	(v) La volonté présumée comme critère de la représentation médicale.....	142
	(vi) Bilan : la volonté présumée	143
d.	La volonté naturelle.....	144
	(i) Généralités.....	144
	(ii) Les potentiels ancrages de la volonté naturelle dans le Code civil.....	145
	(iii) Les différentes approches doctrinales.....	148
	(iv) La volonté naturelle à l'aune de la relativité du discernement	153
	(v) Bilan : la volonté naturelle.....	156
4.	Synthèse : la volonté et la faculté d'agir raisonnablement.....	157
F.	Synthèse : mise en perspective de la notion de « faculté d'agir raisonnablement ».....	158
III.	La faculté d'agir raisonnablement et les actions juridiques conformes au droit.....	160
	A. Généralités.....	160
	B. La « <i>Willensbildungsfähigkeit</i> » et la « <i>Willensumsetzungsfähigkeit</i> ».....	164
	1. La capacité de se forger une volonté (« <i>Willensbildungsfähigkeit</i> »).....	164
	a. La capacité de connaître la situation (« <i>Erkenntnisfähigkeit</i> »).....	164
	b. La capacité de former des motifs compréhensibles à la base de la décision (« <i>die Fähigkeit zur Bildung nachvollziehbarer Motive</i> ») ..	167
	c. La capacité d'évaluer la situation et de pondérer les motifs décisionnels (« <i>Erfordernis der Motivkontrolle oder Wertungsfähigkeit</i> »).....	169
	d. La capacité de se forger sa propre volonté (« <i>Fähigkeit zur Willensbildung</i> »).....	171
	2. La capacité d'agir conformément à cette volonté (« <i>Willensumsetzungsfähigkeit</i> »).....	172
	C. La faculté d'agir raisonnablement selon l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM).....	175
	D. Synthèse : la faculté d'agir raisonnablement et les actions juridiques conformes au droit.....	177
IV.	La faculté d'agir raisonnablement et la capacité délictuelle (« <i>Verschuldensfähigkeit</i> »).....	178
	A. Généralités.....	178
	B. Composantes.....	180
	1. La composante intellectuelle.....	180
	a. La faculté de connaître une situation et la possibilité d'un dommage (« <i>Erkenntnisfähigkeit</i> »).....	180
	b. La faculté de discerner le caractère préjudiciable/dommageable d'un acte ou d'une omission (« <i>Fähigkeit zur Einsicht in die Schädigungsmöglichkeit</i> »).....	181

c.	La faculté de discerner le caractère inadmissible du dommage engendré (« <i>Einsicht in das Unrecht der Schadenszufügung</i> »).....	182
2.	La composante volitive	182
a.	La faculté de décider de son comportement.....	183
b.	La faculté d'exécuter la décision prise	183
C.	Synthèse : la faculté d'agir raisonnablement et la capacité délictuelle	184
V.	Synthèse : la faculté d'agir raisonnablement	184
	Chapitre 4 : Les causes légales d'altération	187
I.	Généralités	187
II.	Les caractéristiques des causes légales d'altération.....	188
III.	Les différentes causes d'altération.....	191
A.	La déficience mentale et les troubles psychiques.....	191
1.	Généralités	191
2.	La notion juridique.....	193
a.	Introduction	193
b.	A la lumière de la loi et des travaux législatifs	193
c.	A la lumière de la doctrine et de la jurisprudence	195
(i)	Généralités.....	195
(ii)	La déficience mentale.....	196
(iii)	Les troubles psychiques.....	198
(iv)	La notion d'aliéné, d'alcoolique et de toxicomane (art. 5 § 1 lit. c CEDH).....	200
d.	Bilan : les notions juridiques de déficience mentale et de troubles psychiques	201
3.	La notion médicale.....	205
a.	Généralités.....	205
b.	Le normal et le pathologique.....	205
c.	Le modèle bio-psycho-social.....	206
d.	Les instruments de classification.....	208
e.	Quelques chiffres.....	211
4.	Les troubles reconnus en psychiatrie	214
a.	Généralités.....	214
b.	Les troubles mentaux et du comportement sur la base de la CIM-10 (classification descriptive).....	215
(i)	Généralités.....	215
(ii)	Les troubles mentaux organiques, y compris les troubles symptomatiques (F0).....	217
(iii)	Les troubles mentaux et du comportement liés à l'utilisation de substances psychoactives (F1).....	220

(iv)	La schizophrénie, le trouble schizotypique et les troubles délirants (F2).....	222
(v)	Les troubles de l'humeur [affectifs] (F3) et les troubles schizo-affectifs (F25)	223
(vi)	Les troubles névrotiques, les troubles liés à des facteurs de stress et les troubles somatoformes (F4).....	225
(vii)	Les syndromes comportementaux associés à des perturbations physiologiques et à des facteurs physiques (F5)	225
(viii)	Les troubles de la personnalité et du comportement chez l'adulte (F6)	226
(ix)	Le retard mental (F7).....	227
c.	Les symptômes psychopathologiques	229
(i)	Généralités	229
(ii)	Les troubles de la conscience (« Bewusstseinsstörung »)	230
(iii)	Les troubles de l'orientation (« Orientierungsstörungen »).....	230
(iv)	Les troubles de l'attention et de la concentration (« Aufmerksamkeits- und Konzentrationsstörung »)	231
(v)	Les troubles de l'appréhension (« Auffassungsstörungen »).....	231
(vi)	Les troubles de la mémoire (« Gedächtnisstörungen »)	232
(vii)	Les troubles de l'intelligence (« Intelligenzmängel »)	232
(viii)	Les troubles de la pensée formelle (« Formale Denkstörungen »)	233
(ix)	Les obsessions, les craintes, les phobies, la méfiance (« Zwänge, Ängste, Phobien, Misstrauen »)	233
(x)	Les troubles délirants et les hallucinations (« Wahn und wahnartige Realitätsverkennungen, Sinnestäuschungen »).....	234
(xi)	Les troubles du moi (« Ich-Störungen »).....	234
(xii)	Les troubles de l'affectivité (« Störungen der Affektivität »)	235
(xiii)	Les changements de la personnalité (« Persönlichkeitsveränderungen »)	236
(xiv)	L'influencabilité (« Fremdbeeinflussbarkeit »).....	237
5.	Quelques pathologies reconnues par le Tribunal fédéral	237
6.	Synthèse : la déficience mentale et les troubles psychiques	242
B.	L'ivresse	244
C.	Les autres causes semblables.....	247
1.	Généralités	247
2.	Les maladies somatiques.....	250
3.	La prise de médicaments.....	252
4.	Le grand âge.....	253
5.	Les cas de mauvaise gestion ou d'inexpérience « crasse ».....	258

6.	Les émotions	259
7.	Synthèse : les autres causes semblables.....	264
D.	<i>Excursus – Le jeune âge</i>	265
1.	Généralités	265
2.	L'âge de la raison.....	266
3.	Le besoin pratique de fixer certains seuils d'âge.....	268
4.	Les limites d'âge fixées dans la loi.....	273
5.	Synthèse : le jeune âge.....	275
IV.	Synthèse : les causes légales d'altération.....	276
Chapitre 5 : La relativité de la capacité de discernement		278
I.	Généralités	278
II.	La relativité matérielle	280
A.	Généralités.....	280
B.	La nature de l'acte	282
1.	Les actes juridiques conformes au droit vs. les actes contraires au droit.....	282
2.	Les droits strictement personnels vs. les actes de la vie commerciale.....	282
3.	Le critère de la sécurité des transactions.....	284
C.	La complexité et la portée de l'acte.....	285
D.	La mise en balance des critères	287
E.	Quelques actes particuliers	289
a.	La donation.....	289
b.	La constitution d'un domicile.....	289
c.	Le consentement médical	290
d.	Les mesures personnelles anticipées	293
(i)	Les directives médicales anticipées.....	293
(ii)	Le mandat pour cause d'incapacité.....	295
e.	Le suicide.....	299
(i)	Le suicide assisté (ou le « suicide actif »).....	299
(ii)	Le refus de soins (ou le « suicide passif »).....	301
(iii)	<i>Excursus – Le suicide et les assurances</i>	302
f.	Les dispositions testamentaires	304
g.	Les actes de « la vie commerciale »	309
h.	Les actes de procédure.....	311
III.	La relativité temporelle	313
A.	Généralités.....	313
B.	La durée de l'incapacité de discernement.....	315
1.	Généralités	315
2.	L'incapacité de discernement passagère.....	318

a.	Généralités.....	318
b.	Quelques dispositions se référant directement à une incapacité passagère de discernement	319
(i)	Art. 107 ch. 1 CC.....	319
(ii)	Art. 390 al. 1 ch. 2 CC.....	320
(iii)	Art. 54 al. 2 CO	321
3.	L'incapacité de discernement durable.....	322
a.	Généralités.....	322
b.	Quelques dispositions se référant directement à une incapacité de discernement durable.....	323
(i)	Art. 185 al. 2 ch. 5 et al. 3 CC	323
(ii)	Art. 264b al. 2 et al. 3 CC.....	324
(iii)	Art. 265c CC.....	324
(iv)	Art. 398 al. 1 CC.....	325
(v)	Art. 449c CC.....	326
(vi)	Art. 492a CC.....	327
c.	Quelques dispositions se référant indirectement à une incapacité de discernement durable.....	329
(i)	Art. 105 ch. 2 CC.....	329
(ii)	Art. 258 al. 1 CC.....	330
(iii)	Art. 360 ss CC	330
4.	L'incapacité probablement durable.....	331
C.	L'intervalle de lucidité	333
IV.	<i>Excursus comparatif – Les « legal tests of mental capacity »</i>	338
V.	Existe-t-il des degrés de capacité de discernement ?	341
A.	En matière d'actes conformes au droit	341
1.	Généralités	341
2.	La validité partielle	342
3.	La souplesse apportée par le droit de la protection de l'adulte.....	345
B.	En matière de capacité délictuelle	348
VI.	La mise en œuvre du principe de relativité du discernement.....	350
VII.	Synthèse : la relativité de la capacité de discernement	353
Chapitre 6 : La preuve		355
I.	Généralités	355
II.	Le fardeau de la preuve.....	357
A.	Généralités.....	357
B.	La présomption de la capacité de discernement.....	359
C.	Les limites de la présomption de la capacité de discernement	363
1.	Généralités	363

	2. La déficience mentale et les troubles psychiques	366
	3. Le grand âge.....	370
	4. <i>Excursus</i> – Le jeune âge.....	370
	5. Synthèse : les limites de la présomption de capacité de discernement	371
	D. Synthèse : le fardeau de la preuve	372
III.	L'objet de la preuve	373
	A. Généralités.....	373
	B. L'état « habituel ».....	375
	C. L'état « exceptionnel ».....	376
	D. Synthèse : l'objet de la preuve.....	378
IV.	Le degré de la preuve	379
V.	Le pouvoir de cognition du Tribunal fédéral	385
VI.	Les moyens de preuve et leur appréciation	387
	A. Généralités.....	387
	B. Les témoignages	391
	1. Généralités	391
	2. Les proches et les tiers	392
	3. Le personnel médical	398
	4. Le notaire et les témoins instrumentaires.....	403
	a. Généralités.....	403
	b. Le titre authentique.....	404
	c. Le témoignage du notaire	406
	(i) Généralités.....	406
	(ii) Le devoir de contrôle du notaire.....	406
	(iii) L'étendue et la méthode de contrôle.....	412
	(iv) La valeur du témoignage du notaire	425
	d. Le témoignage des témoins instrumentaires.....	427
	e. Bilan : le témoignage du notaire et des témoins instrumentaires	431
	5. Synthèse : les témoignages	432
	C. Le dossier médical.....	433
	D. Les instruments de <i>screening</i>	438
	1. Généralités	438
	2. Les <i>cognitive screening tests</i>	440
	a. Généralités.....	440
	b. La valeur médicale des <i>cognitive screening tests</i>	441
	c. Quelques <i>cognitive screening tests</i>	444
	(i) Généralités	444
	(ii) Le MMSE	447

(iii) Le MoCA.....	449
(iv) Le test de la montre intégré au Mini-Cog et au BrainCheck.....	449
d. La valeur probante des <i>cognitive screening tests</i>	451
c. L'éventuelle intégration des <i>cognitive screening tests</i> à la procédure d'instrumentation.....	459
3. Les <i>capacity assessment tests</i>	460
a. Généralités.....	460
b. Les tests relatifs au consentement médical (au sens large).....	462
(i) Généralités.....	462
(ii) Quelques <i>capacity assessment tests</i>	464
(iii) La valeur probante des <i>capacity assessment tests</i>	468
c. Les tests relatifs aux autres domaines.....	472
4. Synthèse : les instruments de <i>screening</i>	475
E. L'expertise.....	477
1. Généralités.....	477
2. L'ordonnance d'une expertise.....	478
a. En relation avec la capacité de discernement.....	478
b. En protection de l'adulte.....	483
(i) Généralités.....	483
(ii) Les mesures personnelles anticipées.....	483
(iii) Les mesures appliquées de plein droit.....	485
(iv) Les mesures de protection prononcées par l'autorité.....	486
3. La personne de l'expert.....	488
4. Le contenu de l'expertise.....	494
a. Généralités.....	494
b. Les questions à l'expert.....	495
c. Le fondement de l'expertise.....	499
(i) Généralités.....	499
(ii) La documentation médicale, les actes liés à une procédure de protection de l'adulte, les documents personnels.....	500
(iii) Les témoignages.....	501
(iv) L'examen de la personne concernée.....	502
(v) Synthèse : le fondement de l'expertise.....	505
d. Le rapport de l'expert.....	506
(i) Les exigences formelles et matérielles de l'expertise.....	506
(ii) Les particularités de l'expertise relative à la capacité de discernement.....	514
5. La valeur probante des expertises.....	518
a. L'appréciation des expertises.....	518

(i)	La libre appréciation de l'expertise	518
(ii)	Le complément d'expertise et la nouvelle expertise	524
(iii)	Le pouvoir de cognition du Tribunal fédéral	525
b.	Quelques cas particuliers	527
(i)	L'expertise post mortem	527
(ii)	L'expertise privée	529
(iii)	Plusieurs expertises contradictoires	531
6.	Quelques réflexions critiques autour de l'expertise	532
7.	Synthèse : l'expertise	535
F.	Les mesures de protection de l'adulte	537
G.	Le contenu de l'acte	540
1.	Généralités	540
2.	Le caractère raisonnable	543
3.	L'authenticité de la volonté	549
a.	Généralités	549
b.	Les « <i>Kurzwechseltestamente</i> »	554
c.	L'influçabilité	556
4.	Les circonstances entourant l'acte	562
5.	La forme de l'acte	564
6.	Synthèse : le contenu de l'acte	565
H.	Les notes et les documents personnels	566
I.	L'audition de la personne concernée	567
J.	Le refus de collaborer et le « secret »	569
1.	Généralités	569
2.	Dans le cadre d'une procédure civile	570
a.	Généralités	570
b.	Les informations de nature médicale	570
c.	Le témoignage du notaire	572
d.	Les actes liés à une procédure de protection de l'adulte	573
3.	Dans le cadre d'une procédure devant l'autorité de protection de l'adulte ..	577
4.	Dans le cadre d'une procédure d'instrumentation	579
K.	Synthèse : les moyens de preuve	580
VII.	Synthèse : la preuve	583
	Conclusion	585
	Annexe 1	595
	Annexe 2	597
	Annexe 3	602
	Annexe 4	604

Table des matières

Annexe 5	608
Annexe 6	620
Annexe 7	621
Annexe 8	623
Annexe 9	629
Annexe 10	631
Index alphabétique	633