



# **LE DISCERNEMENT :**

## **Les professionnels face aux difficultés d'appréciation du discernement**

Une étude menée par les étudiants du Master II Droit des Personnes et des Familles

Année 2022-2023

# REMERCIEMENTS

Les étudiants du Master Droit des personnes et des familles de la faculté de droit et sciences politiques de Bordeaux, dirigé par Adeline Gouttenoire et Marie Lamarche, tiennent à remercier tous les professionnels, professeurs et experts qui ont contribué à la réalisation de cette étude menée sur la notion de discernement.

Nous tenons à remercier Madame Marie LAMARCHE, Professeur à l'Université de Bordeaux et directrice de la Clinique du droit, pour nous avoir guidé dans la réalisation de ce projet de recherche et nous avoir accordé temps, énergie, patience et soutien. Nous tenons à remercier l'équipe de la Clinique du droit, partenaire du projet du Master 2 Droit des personnes et des familles, pour leur aide et écoute tout au long de sa réalisation. Nous remercions Madame Adeline GOUTTENOIRE, Professeur à l'Université de Bordeaux, qui nous a encadré durant la réalisation de ce projet de recherche.

Nous remercions particulièrement le Docteur Sophie AURIACOMBE (CHU de Bordeaux, service de neurologie - maladie neuro-dégénératives), Maître Sarah GROS, notaire en Suisse et auteur d'une thèse de doctorat sur «La capacité de discernement de l'adulte en droit privé – Aspects matériels et procéduraux», Genève 2019, et le Professeur Yann LEBATARD, philosophe, pour leur apport théorique sur le sujet, pour leur expertise et leur bienveillance à notre égard.

Nous tenons à remercier également tous les professionnels ayant accepté d'accorder de leur temps pour des entretiens individuels ou collectifs. En acceptant que nous les interrogeons dans le cadre de notre recherche et en nous accueillant au sein de leur structure, ils ont contribué à alimenter et éclairer notre étude.

Nous tenons à remercier, enfin, tous les professionnels qui ont accepté de répondre à notre questionnaire sur la notion de discernement.

# SOMMAIRE

REMERCIEMENTS.....	1
SOMMAIRE.....	2
INTRODUCTION.....	4
PARTIE I - CONTEXTE DE L'ÉTUDE.....	10
<b>I. La notion</b> .....	10
<b>II. Causes de l'absence du discernement</b> .....	18
<b>III. Nécessité d'apprécier le discernement</b> .....	21
<b>IV. Appréciation du discernement, modalités et acteurs de l'appréciation</b> .....	25
<b>V. Conséquences de l'absence de discernement</b> .....	29
PARTIE II - RÉSULTATS ET RECOMMANDATIONS : UNE NOTION DIFFICILE À APPRÉHENDER.....	39
<b>I. Incertitudes liées à la notion même de discernement</b> .....	39
A. Une définition de la notion de discernement différente selon le domaine juridique ou le domaine médical.....	41
B. Différence entre discernement et consentement.....	43
C. La Suisse, un exemple à suivre ?.....	44
<b>II. Les difficultés liées à l'enjeu de l'acte</b> .....	49
A. La gravité de l'acte, un facteur déclencheur dans l'appréciation du discernement ?.....	52
B. L'intérêt, un facteur déclencheur dans l'appréciation du discernement ?.....	56
1. Les professionnels.....	58
2. L'intérêt de la personne pour elle-même.....	59
C. La volonté commune d'apprécier le discernement par degrés.....	60
<b>III. Incertitudes liées aux modalités d'évaluation du discernement : différences entre les domaines</b> .....	67
A. Les critères d'appréciation du discernement.....	68
1. Les critères objectifs.....	70
2. Les critères subjectifs.....	71

3. <i>Les notions connexes</i> .....	73
<b>B. Les difficultés liées à l'évaluation du discernement</b> .....	74
<b>C. Les outils d'évaluation du discernement</b> .....	78
<b>PARTIE III - RECOMMANDATIONS GÉNÉRALES</b> .....	<b>84</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>89</b>
<b>ANNEXES</b> .....	<b>98</b>
<b>AUTEURS</b> .....	<b>130</b>

# INTRODUCTION

***Qui sommes-nous ?*** Comme chaque année, des étudiants de l'Université de Bordeaux participant à la Clinique du droit, travaillent sur des projets de recherche « Recherche en actions ». Pour réaliser ce projet, les étudiants collaborent avec des professionnels extérieurs comme internes à l'Université.

Cette année, ce sont des étudiants du Master 2 Droit des Personnes et des Familles de l'Université de Bordeaux, sous la direction de Madame Marie Lamarche, Professeur à l'Université de Bordeaux, qui ont mené ce projet sur les difficultés d'appréciation du discernement qui se posent dans les domaines juridique, médical et médico-social.

Le Master 2 Droit des personnes et des familles, dirigé par Mesdames Adeline Gouttenoire et Marie Lamarche, est une formation ayant pour finalité de former les étudiants en droit des personnes et des familles d'un point de vue interne, européen et international.

***Qu'est-ce que la Clinique du droit ?*** Depuis son ouverture en novembre 2013, la Clinique du droit est un service de l'Université de Bordeaux permettant aux étudiants de Master 2 d'être confrontés à des situations réelles et authentiques soumises par les usagers ou par des acteurs du monde socio-économique. Cette confrontation leur permet de mobiliser les connaissances théoriques acquises au cours de leur formation et de les adapter aux problèmes rencontrés dans la réalité sociale. La Clinique du droit propose différents enseignements dont fait partie la « Recherche en actions ». Cette recherche permet aux étudiants de réfléchir de façon pluridisciplinaire sur un sujet issu de la pratique, de réaliser une enquête auprès des professionnels afin de leur présenter un rapport répondant à cette problématique.

***Pourquoi ce projet ?*** Le sujet du discernement a été choisi à la suite de questionnements soulevés au sein de différents milieux professionnels (secteur médical notamment) et du Comité d'éthique du CHU de Bordeaux et transmis à la Clinique du droit. En effet, des professionnels du monde juridique comme du monde médical et médico-social confrontés à des patients et usagers se sont interrogés sur la notion de discernement et sur son évaluation.

Il semble que des obstacles se dressent en pratique pour les professionnels amenés à évaluer le discernement d'un patient, d'un justiciable ou d'un client pour les professions juridiques.

**A la suite de ces constatations, l'objectif de notre recherche a été d'étudier les difficultés relatives à l'évaluation du discernement dans les domaines juridique, médical et médico-social.**

Avant toute chose, l'équipe a décidé de réduire son champ d'étude **aux seuls majeurs**. La question du discernement des mineurs a effectivement été évincée. Il ne peut cependant être nié qu'il est possible de rapprocher la protection du mineur de celle du majeur. En effet, la première trouve sa justification dans un **danger pour le mineur** – personne n'ayant pas atteint l'âge de la maturité fixée par la loi à dix-huit ans – tandis que la deuxième trouve sa justification dans **l'altération des facultés du majeur** qui l'empêche d'exprimer sa volonté et de pourvoir seule à ses intérêts. Dans les deux cas, la **protection juridique se traduit par une réduction de la capacité**.

Néanmoins, ce rapprochement comparatif trouve des limites. Le majeur ne peut être assimilé au mineur. Tout d'abord, le majeur a dans la majorité des situations, un « **passé de capacité** ». Cet interlude de capacité a son importance puisque le majeur **a exprimé des volontés** - par exemple sur sa façon de mener sa vie – et passé des actes – alors se pose la question de leur validité. A l'inverse, le mineur a un « **avenir de capacité** ». Il fait donc l'objet de mesures de protection provisoires, alors que celles visant à protéger les majeurs sont souvent définitives. Ces différences de régime sont importantes à prendre en compte, puisqu'elles traduisent **l'état d'esprit - différent** – dans lequel les règles ont été établies.

De plus, le mineur – le plus souvent - dispose de « **protecteurs naturels** » que sont ses parents. Ceux-ci vont agir à sa place, et prendre les décisions le concernant. Il n'est ainsi **pas nécessaire de désigner une personne pour sa protection**. Cet élément est important puisque pour le majeur, le choix d'un protecteur peut faire naître des conflits familiaux et les conséquences de ce choix - tant au regard de la responsabilité que sur le plan financier – sont différentes.

Enfin, il est important de prendre en compte les éléments patrimoniaux dans les limites de cette comparaison. En effet, le patrimoine d'un mineur – la plupart du temps - est bien inférieur à celui d'un majeur. Ainsi, les difficultés de gestion et les enjeux qui en découlent ne sont pas les mêmes.

De ce fait, seule la situation des majeurs sera abordée, notamment lorsque celui-ci se trouve dans une **zone dite « grise »**. Cette zone comprend **les majeurs ne bénéficiant pas encore d'une mesure de protection** – c'est-à-dire un mécanisme juridique qui permet au

majeur d'être assisté ou représenté pour réaliser les actes juridiques - mais dont la capacité de discernement peut être remise en cause.

Il est néanmoins nécessaire de rappeler qu'un majeur protégé peut être capable de discernement même si les textes juridiques introduisent une confusion. En effet, certains laissent à penser que le majeur protégé est tout à fait incapable de prendre des décisions quand d'autres imposent de rechercher sa volonté, son consentement éclairé. Cependant, c'est bien la dernière interprétation qu'il est nécessaire de retenir. En effet, depuis la loi du 5 mars 2007, c'est l'autonomie du majeur protégé qui est encouragée. Ainsi, sa volonté sera recherchée et prise en compte à chaque fois qu'il est possible de le faire afin de prendre en considération cette volonté.

En outre, certains **phénomènes** influencent notre sujet d'étude.

En premier lieu, il est nécessaire de prendre en compte **l'essor incontestable des droits des personnes** protégées et notamment des droits à l'autodétermination et à l'autonomie, en matière médicale mais également en matière juridique notamment depuis la loi du 5 mars 2007 réformant le droit des majeurs protégés.

Dans un deuxième temps, les étudiants ont constaté un **manque de définition** de la notion de discernement qui complexifie son appropriation par les praticiens.

De plus, des questionnements ont été soulevés au sein de l'équipe d'étudiants puis auprès des professionnels concernant les **enjeux de l'acte**. En effet, il est intéressant de comprendre si l'attention que les praticiens portent à l'évaluation du discernement diffère ou non en fonction de la gravité de l'acte ou de la décision à prendre.

Enfin, se pose la question du **manque d'outils** permettant d'évaluer le discernement et de la pluralité des pratiques professionnelles utilisées à cette fin.

Ainsi, cet essor des droits des personnes confronté à l'incertitude de la notion, aux enjeux des décisions et aux différentes méthodes d'évaluation ont conduit à faire du discernement un enjeu majeur de la prise en charge médicale comme juridique.

**Méthodes utilisées.** Cette étude a été menée en suivant la méthodologie de la « Recherche en actions ». Cette méthode d'analyse est notamment utilisée pour collecter des informations dans un processus de recherche. Elle permet de confronter les recherches théoriques à la pratique.

**Cerner les enjeux du sujet.** Comme cela a été expliqué en amont, le sujet a été recentré sur le majeur. Ensuite, des hypothèses ont été émises concernant l'évaluation du discernement.

**Étude des contextes dans lesquels le sujet s'insère.** Différents contextes se sont dégagés au cours de notre étude : juridique, philosophique, sociologique, psychologique et médical. L'objectif était de placer la notion de « discernement » dans un **contexte pluridisciplinaire**, au-delà du seul enjeu juridique.

**Besoin de formation.** Une neurologue est intervenue auprès du groupe d'étudiants afin de préciser les causes médicales de l'altération du discernement et de dégager une certaine méthode d'évaluation. Une notaire suisse a également fait part des pratiques usitées dans cet État pour évaluer le discernement. Enfin, un philosophe a explicité certains concepts concernant la notion d'un point de vue philosophique.

**Confronter la théorie à la pratique.** L'étude a été menée en contactant des professionnels travaillant dans différents domaines - juridique, médical, médico-social, psychologique, bancaire - qui ont accepté de partager leurs pratiques et leurs expériences. A cette fin, des entretiens ont été organisés pendant lesquels des questions ont été posées pour permettre d'affiner les hypothèses, de les confirmer ou de les réfuter.

Nous avons ainsi rencontré les professionnels suivants :

<b>Professions</b>	<b>Nombre d'entretiens effectués</b>
Directeur d'EHPAD	2 entretiens
Responsable qualité EHPAD	1 entretien
Psychologue	3 entretiens
Psychiatre	1 entretien
Neuroscientifique	1 entretien



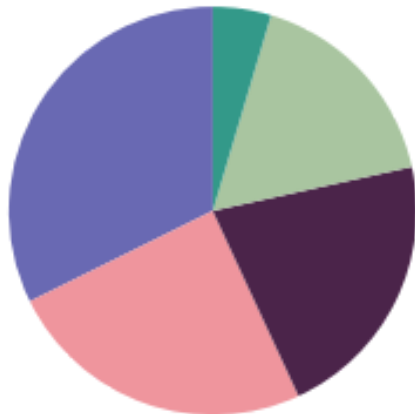
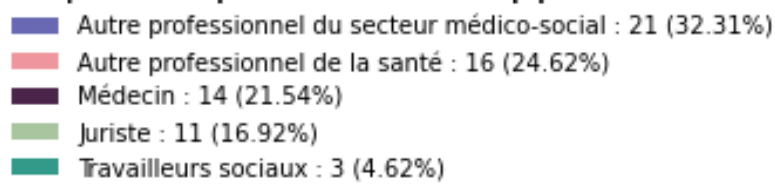
Gériatre	2 entretiens
Médecin en soins palliatifs	1 entretien
Mandataire judiciaire à la protection des majeurs	1 entretien
Magistrat	1 entretien
Équipe d'aides-soignantes	1 entretien
Cadre de santé	1 entretien
Banquier	1 entretien

A la suite des entretiens, les étudiants ont collecté les informations dans le but de réaliser un compte-rendu.

Pour mener une enquête qui soit la plus précise possible, nous avons été formés par Madame Marie Lamarche pour créer un **questionnaire dématérialisé à destination des professionnels (65 réponses)**. Ce dernier était composé de **15 questions** (voir annexe n° 2) et avait pour but de **connaître les pratiques utilisées par les professionnels pour évaluer le discernement**.

Des professionnels issus de différents secteurs ont répondu à ce questionnaire. Ils appartiennent en **majorité au secteur médical et médico-social**. Les autres praticiens appartiennent au monde **juridique ou du travail social**.

### Q1: A quel corps de métier appartenez-vous ?



1

Ainsi, il a été constaté que la question de l'évaluation du discernement concerne *a priori*, majoritairement les **professionnels des secteurs médical, médico-social et juridique**. Cependant, il est nécessaire de préciser que les résultats de notre étude n'ont pas vocation à être généralisés au vu du nombre de réponses à ce questionnaire.

Sera d'abord développé le contexte de notre étude (**PARTIE I**), puis le résultat de celle-ci ainsi que nos recommandations détaillées (**PARTIE II**) pour conclure avec nos recommandations générales (**PARTIE III**). Il convient de préciser que les retours qui nous ont été faits durant l'atelier de restitution ont été ajoutés et les conseils pris en considération.

---

<sup>1</sup> Questionnaire Sphinx, question n°1 (annexe n°1)

# PARTIE I - CONTEXTE DE L'ÉTUDE

Avant toute chose, il était nécessaire d'étudier le contexte dans lequel s'inscrit le sujet de notre étude. Pour ce faire, différents domaines ont été pris en compte : juridique, philosophique, sociologique, psychologique et médical.

En France, aucun code, que ce soit le Code civil ou le Code de la santé publique, ne définit aujourd'hui la **notion de discernement**. Les professionnels des différents domaines (juridique, médical, philosophique ...) utilisent donc des termes et définitions différentes. Il est donc nécessaire de définir les contours de cette notion et de la distinguer d'autres qui en sont proches (I). Les **causes d'absence ou d'altération du discernement** sont quant à elles multiples et ne sont pas toujours les mêmes que l'on se place d'un point de vue médical ou juridique (II). Cependant, il existe une nécessité commune **d'apprécier le discernement** chez le sujet car cette notion innerve le droit ainsi que le processus décisionnel dans le domaine médical (III). Néanmoins, les **critères** utilisés et les **acteurs** amenés à apprécier le discernement sont divers (IV) tout comme les **conséquences** de l'altération ou de l'abolition du discernement peuvent être multiples (V).

## I. La notion

1. **Étymologie du mot discernement.** Le mot discernement vient de « discerner », du latin « *discernere* », qui signifie **séparer, mettre à part, distinguer**<sup>2</sup>. Selon une définition littéraire, il s'agit de « *l'action de discerner, de distinguer par la vue ou par l'esprit* »<sup>3</sup>. Ce terme est également employé pour décrire « *la faculté de juger sainement, d'apprécier avec netteté et justesse* »<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> La Toupie, discernement, [en ligne], [consulté le 22 mars 2023] <https://www.toupie.org/Dictionnaire/Discernement.htm>

<sup>3</sup> Dictionnaire de l'Académie Française, discernement, [en ligne], [consulté le 22 mars 2023] <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9D2630>

<sup>4</sup> La Toupie, préc.

**2. Absence de définition juridique du discernement.** Bien que de nombreuses branches du droit connaissent ce terme auquel la loi attache des conséquences importantes, et que différents textes s’y réfèrent - par exemple l’article 388-1 du Code civil<sup>5</sup> -, le discernement ne fait l’objet d’**aucune définition par le législateur en France.**

**3. La notion de discernement en droit civil et les incapacités.** En droit civil, seul l’article 414-1 du Code civil qui dispose que : « *pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte* », fait référence à la notion de discernement, sans pour autant la citer. Cette notion de discernement est alors mise en parallèle, sans s’y confondre, avec la **notion de capacité** qui se définit comme « *l'aptitude à être titulaire de droits subjectifs et à les exercer* »<sup>6</sup>.

Par principe, **toute personne physique dispose de la capacité juridique.** Dès lors l’article 1145 du Code civil prévoit que « *toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi* ». Tel est le cas par exemple des majeurs bénéficiant d’une mesure de protection qui voient leur capacité juridique limitée. En effet, **les majeurs protégés** sont des personnes qui, en raison d’une altération de leurs facultés, médicalement constatée, **ne peuvent pourvoir seules à leurs propres intérêts**, de façon partielle ou générale, temporaire ou définitive. Il peut alors s’agir d’une altération des facultés mentales ou corporelles qui entraînent l’impossibilité, pour la personne, d’exprimer sa volonté. En conséquence, l’altération des facultés implique une faille du discernement de la personne pouvant la placer dans une situation de fragilité voire de danger dans certains cas<sup>7</sup>.

Des cas d’incapacité sont prévus par la loi. Il s’agit d’une part des **incapacités de jouissance**, par principe spéciales c’est-à-dire qu’elles ne concernent que certains droits. Elles se définissent comme « *l'impossibilité pour l'individu d'être titulaire de droits, qu'il s'agisse des droits civils, des droits civiques et/ou des droits de famille* »<sup>8</sup>. Par exemple, un mineur âgé de

---

<sup>5</sup> Article 388-1, alinéa 1 du Code civil : « *Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet* ».

<sup>6</sup> *Capacité civile*, Fiches d’orientation Dalloz, Septembre 2022

<sup>7</sup> Article 425 du Code civil

<sup>8</sup> La Toupie, incapacité de jouissance, [en ligne], [consulté le 22 mars 2023] <https://www.toupie.org/Dictionnaire/Critique.htm>

moins de seize ans ne peut réaliser de donation<sup>9</sup>. D'autre part, il existe des **incapacités d'exercice** qui signifient « *que la personne, bien que titulaire de droits, ne peut agir seule sur la scène juridique* »<sup>10</sup>. Le majeur protégé devra par exemple, pour exercer ses droits, être représenté ou assisté<sup>11</sup> par un protecteur. Cette incapacité des majeurs protégés varie en fonction du degré de discernement du majeur. Finalement, dans le cadre de la protection des majeurs, ces incapacités sont des « **incapacités de protection** » ayant donc pour but de défendre les intérêts des personnes considérées comme vulnérables « *en raison de l'altération de leurs facultés mentales ou physiques rendant impossible l'expression de leur volonté* »<sup>12</sup>. Dès lors, une **mesure de protection** - dispositif juridique mis en place - est, par définition, rattachée à la qualification « de majeur protégé ». Elle suppose l'intervention d'un tiers, nommé protecteur, qui assistera ou représentera la personne afin de pourvoir aux intérêts de cette dernière. Cependant, cette mesure de protection n'exclut pas la recherche de la volonté de la personne protégée.

**4. La notion de discernement appréhendée par les juridictions pénales.** Les juridictions pénales sont de manière récurrente (mais pas systématique) sollicitées pour appréhender la notion de discernement. En effet, en droit pénal, la seule culpabilité du prévenu ne suffit pas à engager sa responsabilité pénale. Il est nécessaire que les faits soient « imputables »<sup>13</sup> à l'auteur c'est-à-dire qu'il ait existé, chez l'auteur au moment des faits, une lucidité suffisante pour lui permettre de comprendre la gravité de ses actes ainsi que leurs conséquences<sup>14</sup>. C'est donc à ce niveau qu'intervient la notion de discernement, qui occupe donc une place centrale en droit pénal. Néanmoins, si le droit pénal y fait référence, comme dans l'article 122-1 du Code pénal qui dispose que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* »<sup>15</sup>, il ne le définit pas pour autant. Selon R.

---

<sup>9</sup> Article 903 et suivants du Code civil

<sup>10</sup> Article 425 du Code civil, préc.

<sup>11</sup> V. infra p.33 PARTIE I - CONTEXTE DE NOTRE ÉTUDE, V. Conséquences de l'absence de discernement, §28 Logique d'assistance ou de représentation.

<sup>12</sup> Article 425 du Code civil, préc.

<sup>13</sup> *La responsabilité pénale*, Fiches d'orientation Dalloz, [en ligne] Septembre 2022, [consulté le 19 février 2023], <https://www-dalloz-fr.docelec.u-bordeaux.fr/documentation/Document?id=DZ/OASIS/000851>

<sup>14</sup> MERLE Roger, VITU André, *Traité de droit criminel*, Cujas, 2000 : « *l'existence chez l'agent d'une volonté libre et d'une intelligence lucide, c'est-à-dire la capacité de comprendre et de vouloir, le degré liminaire en dessous duquel le comportement délictueux ne saurait relever du droit pénal* »

<sup>15</sup> Article 122-1, alinéa 1 du Code pénal

Garraud, serait doué de discernement l'individu qui « *se serait rendu compte de la valeur juridique et morale du fait qu'on lui reproche* »<sup>16</sup>.

Par ailleurs, la notion de discernement intervient également au regard de la **capacité pénale**, qui, à la différence de l'imputabilité qui est un concept juridique, est un concept criminologique. Cette dernière notion correspond à « *l'aptitude du délinquant à subir, voire à profiter d'une sanction pénale* »<sup>17</sup>. Elle s'entend donc comme l'aptitude à tirer profit de la sanction. Les magistrats peuvent ainsi individualiser la peine en adaptant la sanction à la personnalité et aux besoins de l'auteur. Néanmoins, elle ne joue qu'un rôle limité dans le droit pénal des majeurs.

**5. La définition juridique suisse du discernement.** En l'absence de définition juridique, nous avons recherché des définitions proposées à l'étranger. En effet, le droit suisse définit la notion de discernement dans son Code civil, en retenant qu'est capable de discernement, **celui qui peut agir raisonnablement**<sup>18</sup>. Ainsi, lorsqu'un individu est doué de discernement, il dispose d'une « capacité civile active ». Celle-ci a une double fonction, habilitante et protectrice, afin de faire bénéficier de la plus grande autonomie possible à la personne. Dès lors, la capacité juridique se définit de manière concrète, c'est-à-dire, **au regard d'un acte, effectué à un moment donné**. En effet, les preuves de la capacité doivent toujours se rapporter à l'état de la personne, à un moment précis. Ainsi, une même personne peut être capable pour un acte et incapable pour un autre. Par ailleurs, la capacité de discernement est présumée, mais il s'agit d'une **présomption simple** - la présomption est dite « simple » lorsqu'elle peut être renversée par la preuve contraire. Ainsi, cette présomption ne peut être renversée qu'à des conditions strictes. L'absence de la faculté d'agir raisonnablement doit trouver son origine dans une des causes listées par le code civil suisse. Il s'agit donc d'une notion binaire, qui ne permet pas de reconnaître des degrés de discernement.

**6. La notion de discernement dans le domaine médical.** Lors de nos recherches nous nous sommes aperçus que la notion de discernement était présente dans d'autres domaines

---

<sup>16</sup> GARRAUD René, GARRAUD Pierre, *Précis de droit criminel*, Recueil Sirey, 1926. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k4156089/f4.item.texteImage>

<sup>17</sup> DE LAMY Bertrand, *La capacité pénale*, Institut de Droit Privé, RSC 2013 p. 248

<sup>18</sup> Article 16 du Code civil Suisse, [en ligne] 10 décembre 1907 [consulté le 23 janvier 2023] : « *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* ». [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233\\_245\\_233/fr](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/fr)

que le secteur juridique, et notamment dans la **branche médicale**. Effectivement, c'est la notion de « **capacité de discernement** » qui est utilisée dans ce domaine. Elle est alors comprise comme l'action de séparer, de percevoir, ou encore de découvrir par la réflexion. La notion de discernement est aussi comprise comme la faculté de juger et d'apprécier avec justesse, l'action de se faire une opinion. On parle alors de **capacité de jugement**. En anglais, le terme utilisé est celui de « decision-making », qui se traduit par « la prise de décisions »<sup>19</sup>.

**7. La notion de discernement dans le domaine philosophique.** C'est également à l'aide de la **philosophie** que nous avons étudié la notion de discernement. Dans ce domaine, le discernement s'entend d'une faculté, d'une **capacité à mieux percevoir et comprendre** les situations et les personnes. Usant de l'esprit, de la perception ou encore du sens, le discernement nous permet de distinguer les éléments complexes des éléments plus simples. De ce fait, le discernement est considéré, en philosophie, comme une façon de séparer les questions, mais aussi de juger plus sainement. Ainsi, « *le discernement serait un élément de jugement qui ne serait pas du ressort de la science mais de l'expérience, une capacité à comprendre le sens d'une situation, ce qu'il y en a de bon ou de mauvais* »<sup>20</sup>. Finalement le discernement serait ce qui nous permet de distinguer le bien du mal, le juste de l'injuste, le vrai du faux. En cela, le discernement est une « *lanterne dans le brouillard* »<sup>21</sup> puisqu'il « *permet d'éclairer ce qui semble encore peu visible dans les intentions, les faits, les gestes, les ressentis, perceptions et influences autour de nous* »<sup>22</sup>.

Néanmoins, certains philosophes rappellent la nécessité de distinguer la notion de discernement de celle de **jugement**. En effet, le discernement, à la différence du jugement, est une faculté qui « *permet la saisie immédiate de la vérité comme de la réalité* »<sup>23</sup>.

Selon d'autres philosophes, la notion de discernement peut être étudiée au regard du **libre arbitre**, qui est une notion qui n'existerait pas en tant que telle, qui est plus complexe. Il

---

<sup>19</sup> Traduction du terme decision making, Linguee, [en ligne], [consulté le 28 mars 2023] <https://www.linguee.fr>

<sup>20</sup> *Le discernement ?* Philosophie, [en ligne], [consulté le 21 février 2023] <https://www.devoir-de-philosophie.com/philosophie/le-discernement>

<sup>21</sup> MARTIN David, *Le discernement : vers une conscience plus éclairée*, 2019, [en ligne], [consulté le 19 février 2023] <http://paroles-en-actes.soins-vitalite.fr/developpement-personnel/le-discernement-vers-une-conscience-plus-eclairée>

<sup>22</sup> GARRAUD René, GARRAUD Pierre, *Précis de droit criminel*, Recueil Sirey, préc.

<sup>23</sup> PANETTO Alexandre, *Le jugement, le discernement et l'amour : de l'entêtement à l'abandon*, Art et Société, 2015 <https://iphilo.fr/2015/02/21/le-jugement-le-discernement-et-lamour-de-lentêtement-a-labandon-alexandre-panetto/>

serait alors nécessaire d'aller jusqu'à la **liberté de qualité**. C'est la capacité qui nous est donnée de faire le bien, capacité qu'il est possible de développer<sup>24</sup>. Pour cela, il faudrait développer la maîtrise de soi et la liberté intérieure, lesquelles pourraient être améliorées par les vertus de prudence, de justice, de courage et de tempérance<sup>25</sup>.

La **liberté de qualité** serait finalement l'ensemble des **forces morales tournées vers le bien**<sup>26</sup>. Le **libre arbitre**, quant à lui, pourrait se définir comme **la capacité pour chacun, de choisir sans être contraint par un maître extérieur** - une « force » qui l'y obligerait. Le sujet doté de libre arbitre est soumis à des contraintes intérieures qui lui sont propres. Ainsi, il doit être différencié de la capacité de choisir sans contraintes.

Ainsi, en philosophie, l'expression « être libre », peut être comprise comme la capacité de choisir ce qui nous convient pleinement. C'est à ce stade de la réflexion qu'intervient la notion de discernement, qui serait **le fait de choisir, parmi les différentes actions possibles, les actions les plus appropriées pour faire le bien dans le monde**<sup>27</sup>.

Selon certains philosophes, c'est notre **conscience**, tant psychologique que morale, qui nous permettrait de prendre les bonnes décisions. Néanmoins, pour prendre ces décisions, il serait nécessaire d'écouter la **syndérèse**, « *cette petite voix de la conscience, celle qui est la plus intime en nous* »<sup>28</sup>. Or, pour écouter la syndérèse, il serait nécessaire de développer nos vertus<sup>29</sup>, comme la **prudence** qui est le fait d'agir avec le désir de faire le bien de manière intelligente, la **justice** qui permet de réaliser et incarner le bien. Néanmoins, il existe de nombreuses entraves à la syndérèse que sont la fatigue, la précipitation ou l'urgence, ou encore les émotions ardentes - la colère, la peur, l'angoisse -... Finalement, il est possible de parler, en philosophie, de « **degrés de conscience** », en ce que chacun d'entre nous dispose d'une capacité d'agir, mais également d'un maître intérieur qui lui est différent en fonction des individus.

---

<sup>24</sup> ARENDT Hannah, *Considérations morales*, Rivages poche petite bibliothèque, 1995

<sup>25</sup> Retranscription des propos de Monsieur LEBATARD, Professeur de philosophie, lors d'un séminaire organisé le lundi 13 mars 2023 .

<sup>26</sup> ARENDT Hannah, *Considérations morales*, préc.

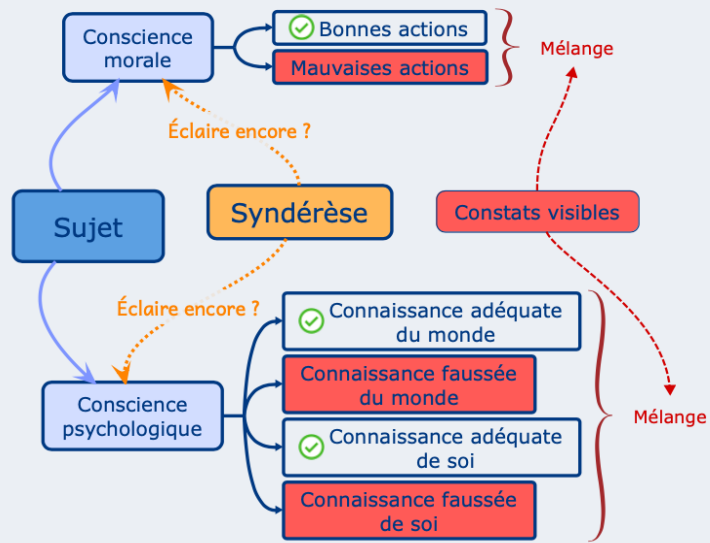
<sup>27</sup> Selon une vision philosophique théologique et thomiste du discernement

<sup>28</sup> Notion théologique, employée par Thomas D'AQUIN, qui signifie « partie la plus élevée de l'âme » , philosophiquement elle signifie « Jugement pratique infaillible poussant à toujours rechercher un bien pour soi et à éviter un mal. » : CNRTL, [en ligne], [consulté le 21 février 2023] <https://www.cnrtl.fr>

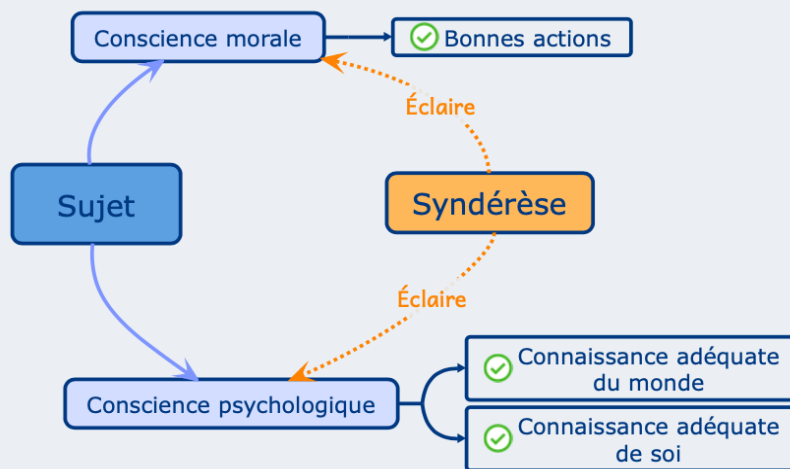
<sup>29</sup> Les philosophes chrétiens, comme Thomas d'Aquin, évoquent les vertus « cardinales »



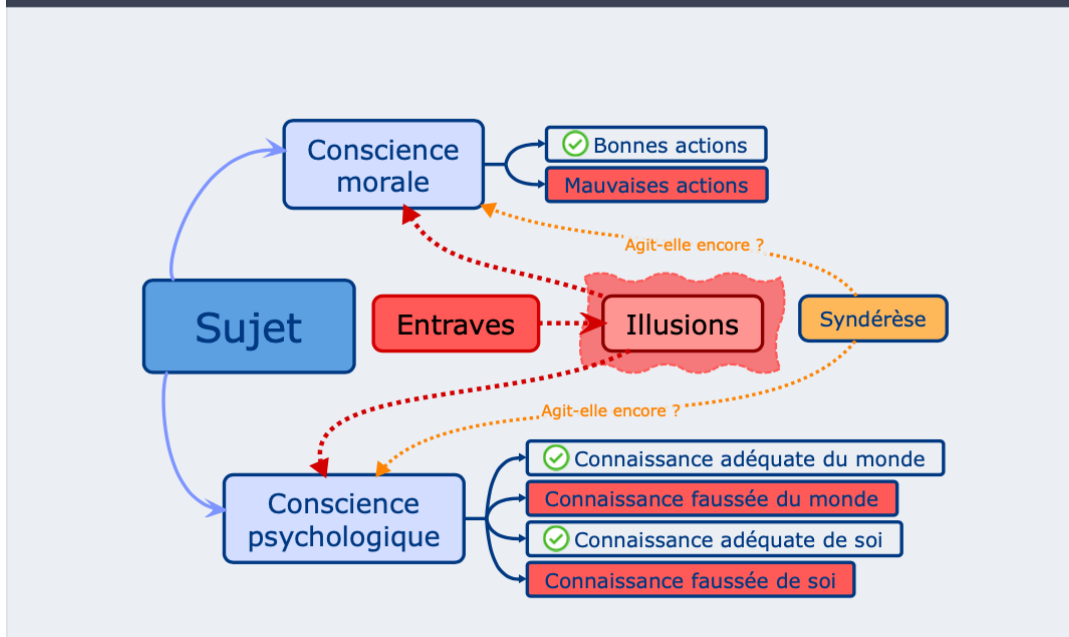
## Fonctionnement que nous constatons



## Fonctionnement que nous devrions avoir



## Explication de ce qui se passe : schéma général



30

**8. La notion de discernement appréhendée en Suisse.** Par ailleurs, pour alimenter notre réflexion, nous nous sommes penchés sur la conception du discernement retenue à l'étranger. En matière médicale, par exemple, le Conseil d'éthique clinique de Genève définit la capacité de discernement, comme : « *la capacité d'un individu à **comprendre** une situation donnée et les choix qui s'offrent à lui dans cette situation, à **évaluer les conséquences de chacun de ses choix**, ainsi qu'à finalement **décider** pour lequel d'entre eux opter. Elle est présente ou absente (il n'existe pas de degrés) pour un objet précis à un temps donné* »<sup>31</sup>.

**9. Les notions voisines : la conscience et la volonté.** Finalement, lorsque l'on évoque la notion de discernement, il apparaît que de nombreux termes voisins existent. Tel est le cas de la **conscience** qui est la « *connaissance, intuitive ou réflexive immédiate, que chacun a de son existence et de celle du monde extérieur* »<sup>32</sup> ou encore de la **volonté** qui est la « *faculté de déterminer librement ses actes en fonction de motifs rationnels ; pouvoir de faire ou de ne pas faire quelque chose* »<sup>33</sup>. Ces notions se rapprochent bien de celle de discernement - définie

<sup>30</sup> Trois schémas explicatifs sur les entraves à la syndérèse, conçus par Monsieur LEBATARD, Professeur en philosophie

<sup>31</sup> BOLLONDI. Catherine, CHAMBRIER. Laurence, CROMBEKE. Gregory, HENSLER. Marie, MANGHI. Rita, MIRABAUD. Madeleine, *Capacité de discernement et autonomie du patient, une préoccupation centrale dans le soin au patient*, Hôpitaux Universitaires de Genève, 13 juin 2017. [en ligne], [consulté le 28 mars 2023] [https://www.hug.ch/sites/interhug/files/structures/gr-ethique/cd\\_et\\_autonomie.pdf](https://www.hug.ch/sites/interhug/files/structures/gr-ethique/cd_et_autonomie.pdf)

<sup>32</sup> Dictionnaire Larousse, définition de la conscience <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/conscience/18331>

<sup>33</sup> Dictionnaire Larousse, définition de la volonté <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/volonté/82476>

précédemment -, mais ne permettent pas d’appréhender pleinement son sens<sup>34</sup>.

## **II. Causes de l’absence du discernement**

**10. Causes à l’origine de l’abolition ou l’altération du discernement.** Le discernement peut être aboli ou altéré et différentes causes peuvent en être à l’origine. Il est d’abord nécessaire d’étudier les éléments qui sont à l’origine du discernement de la personne.

**D’un point de vue médical**, quatre facteurs sont indispensables :

- **Un taux élevé de déchargement** : les neurones transmettent des messages en utilisant des impulsions électriques. Ces impulsions provoquent le taux élevé de déchargement nécessaire pour discerner<sup>35</sup>.
- **Une synchronisation des neurones** qui permet la création d’une seule perception<sup>36</sup>.
- **Une temporalité** : le cerveau a besoin de temps pour convertir des stimuli en perception consciente<sup>37</sup>.
- **Un lobe frontal fonctionnel** : ce lobe remplit des fonctions exécutives. En effet, il décide quand et comment utiliser les compétences des autres lobes (temporal, occipital et pariétal)<sup>38</sup>.

Si l’un de ses facteurs est absent, il devient difficile pour la personne de discerner.

---

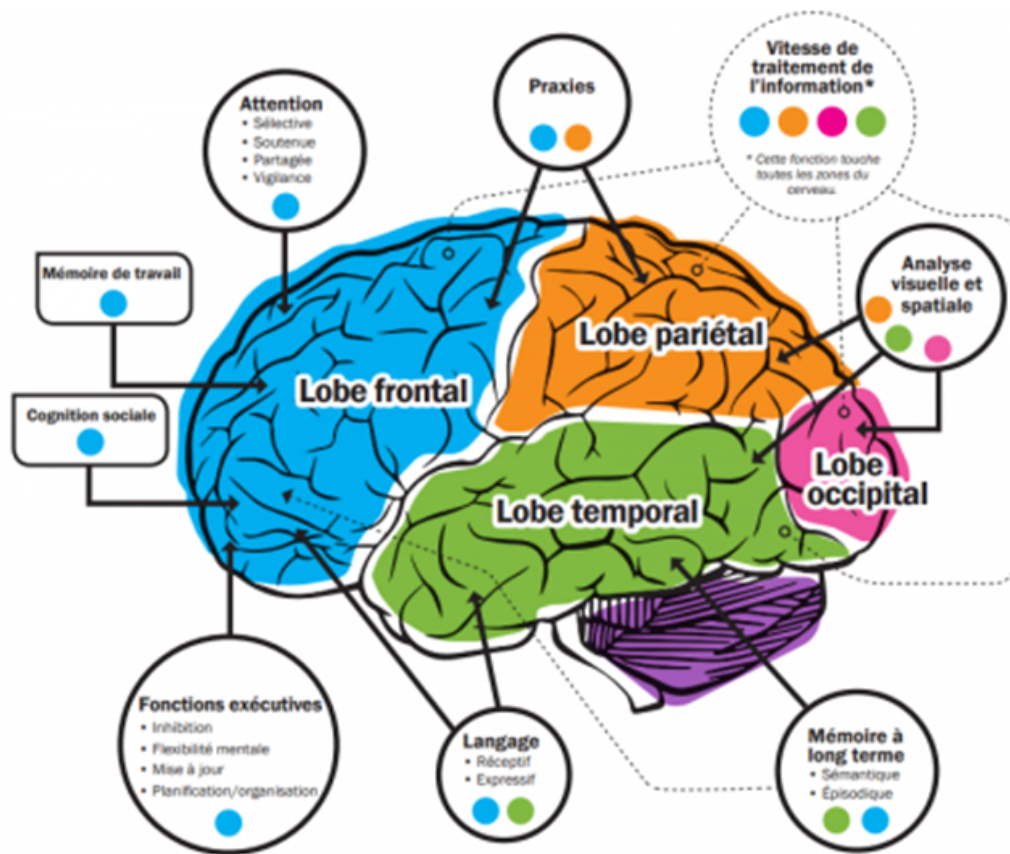
<sup>34</sup> V. infra p. 39 et s. PARTIE II - RÉSULTATS ET RECOMMANDATIONS : UNE NOTION DIFFICILE À APPRÉHENDER, I. Incertitudes liées à la notion même de discernement

<sup>35</sup> COLLIN Catherine, COLLIN Tamara, DREW Liam, Wendy HOROBIN, *Le cerveau comment ça marche ? - Les faits clairement expliqués*, Le courrier du livre, 2021

<sup>36</sup> Ibidem

<sup>37</sup> Ibidem

<sup>38</sup> Ibidem



*Schéma distinguant les différentes parties du cerveau humain et leurs fonctions<sup>39</sup>*

Plusieurs causes peuvent provoquer une altération ou une abolition du discernement.

11. **Âge.** L'âge, par exemple, entraîne une dégradation des neurones, ce qui rend plus complexe leur synchronisation et donc par ricochet, le discernement.

12. **Lésions cérébrales.** De la même manière, si la personne présente des **lésions cérébrales**, notamment au niveau de son cortex frontal, sa capacité de discernement pourra être affectée.

13. **Addiction.** Le sujet peut également voir son discernement altéré ou aboli du fait **d'une addiction**. Ces dernières sont provoquées par la consommation d'alcool, de stupéfiants ou de médicaments.

<sup>39</sup> CELLARD Caroline, *Trousse d'information s'adressant à l'ensemble des professionnels oeuvrant auprès de la clientèle jeunesse et adulte*, Volet théorique, Université Laval, 2017, p. 37

**14. Pathologies.** En outre, certaines **pathologies** peuvent altérer ou abolir le discernement. Par exemple, la bipolarité, la schizophrénie, la maladie d'Alzheimer, la dépression, le somnambulisme, ou encore l'épilepsie sont des maladies susceptibles d'affecter cette capacité de façon temporaire ou continue.

**15. Traumatismes.** La **survenance d'événements traumatisants** tels que des accidents ou encore la perte d'un proche peuvent également être des éléments risquant d'altérer temporairement le discernement. Dans ces cas-là, les émotions et la capacité - plus ou moins développée - du sujet à les gérer peuvent intervenir dans la capacité de discernement.

**16. Troubles cognitifs.** Enfin, les **troubles cognitifs**<sup>40</sup> peuvent aussi influencer sur la capacité de discerner.

**D'un point de vue pénal**, le discernement sera considéré comme **aboli**, lorsque le sujet présentera un « **trouble psychique ou neuropsychique** »<sup>41</sup>. Ces troubles sont définis en droit pénal, comme des formes d'aliénation mentale. Le législateur ne tient pas compte de la nature ou de l'origine de ce trouble, ce qui permet de regrouper quasiment l'ensemble des causes médicales citées en amont (schizophrénie, somnambulisme, dépression ...). Dans ce cas, la personne sera considérée comme pénalement irresponsable.

Les **intoxications volontaires** sont également source d'abolition du discernement. Ces intoxications sont dues à la consommation volontaire d'alcool et de stupéfiants. Cependant la loi n°2022-52 du 24 janvier 2022 relative à la responsabilité pénale et la sécurité intérieure exclut l'irresponsabilité pénale dans ces cas. En effet, l'article 122-1-1 alinéa 1 du Code pénal prévoit que l'irresponsabilité pénale, « n'est pas applicable si l'abolition temporaire du discernement de la personne ou du contrôle de ses actes au moment de la commission d'un crime ou d'un délit résulte de ce que, dans un temps très voisin de l'action, la personne a volontairement consommé des substances psychoactives dans le dessein de commettre l'infraction ou une infraction de même nature ou d'en faciliter la commission. » Ainsi, si ces intoxications sont bien des causes d'une abolition du discernement, le droit n'y attache pas d'irresponsabilité pénale.

---

<sup>40</sup> Altération de fonction cognitive (= capacité du cerveau à communiquer, percevoir, se concentrer, mémoriser...)

<sup>41</sup> Article 122-1 Code pénal

L'**altération** doit également être prise en compte en droit pénal : elle influe sur le choix de la peine. Cela fait référence aux « **anomalies mentales** »<sup>42</sup> qui regroupent « les états morbides, la nervosité, l'hypersensibilité, la neurasthénie<sup>43</sup>, l'ivresse incomplète<sup>44</sup> ».

### III. Nécessité d'apprécier le discernement

17. **Définition.** Le terme « appréciation » , du latin *appretatio*, a plusieurs définitions. Selon le dictionnaire Larousse, il s'agit de l'action d'apprécier, de déterminer le prix, la valeur de quelque chose<sup>45</sup>. Il s'agit donc d'une estimation, d'une évaluation. La deuxième définition donnée par ce même dictionnaire<sup>46</sup> est le fait de juger : juger de la valeur - intellectuelle, morale – d'une personne ou d'une chose. Enfin, il s'agit également d'estimer une personne ou une chose, de lui reconnaître du mérite, des qualités. Apprécier le discernement serait donc **reconnaître ou non, à un individu, la capacité de discerner**.

En droit, l'appréciation est de « l'essence même de la compétence exercée par le juge ». La loi donne aux juges du fond, un **pouvoir souverain** d'appréciation, c'est-à-dire le pouvoir qui **permet d'apprécier un élément de fait, une circonstance de fait** - qui échappe au contrôle de la Cour de cassation. Cette dernière ne peut connaître que des questions de droit et pas de fait<sup>47</sup>. Les juges du fond disposent d'une appréciation souveraine, **in abstracto** ou **in concreto**.

Cette appréciation peut se faire **in abstracto**. Il s'agit d'une « **appréciation objective** d'une situation juridique. L'examen d'un comportement est accompli in abstracto lorsqu'il est **effectué par référence au comportement qu'aurait eu une personne produite et avisée placée dans la même situation**, c'est-à-dire par référence à l'ancien standard du « bon père de famille » et non au regard des aptitudes ou particularités propres de l'individu concerné »<sup>48</sup>. Cette appréciation se réfère donc à la notion de **normalité** et au **caractère raisonnable**. soit **in concreto** - qui fait état des seules circonstances de la cause.

---

<sup>42</sup> *Trouble mental*, Fiches d'orientation Dalloz, [en ligne] Septembre 2022, [consulté le 19 février 2023], <https://www-dalloz-fr.docelec.u-bordeaux.fr/documentation/Document?id=DZ/OASIS/001010>

<sup>43</sup> Syndrome de fatigue chronique

<sup>44</sup> *Trouble mental*, préc.

<sup>45</sup> Dictionnaire Larousse, définition de l'appréciation 1

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/appreciation/4738>

<sup>46</sup> Dictionnaire Larousse, définition l'appréciation 2 <https://www.larousse.fr>

<sup>47</sup> Lexique des termes juridiques 2022-2023, édition Dalloz, p. 316.

<sup>48</sup> Lexique des termes juridiques 2022-2023, édition Dalloz, p. 563.

Cette appréciation peut se faire **in concreto**. Il s'agit d'une « **appréciation subjective** d'une situation juridique. Un comportement est apprécié in concreto lorsqu'il est analysé à la lumière du **comportement concret de l'individu, en tenant compte de ses aptitudes ou particularités** (force physique, caractère, profession ...), sans référence à ce qu'aurait été le comportement standard d'une personne prudente et avisée. Ainsi, en matière de responsabilité civile, le caractère intentionnel de la faute est apprécié in concreto.»<sup>49</sup>

**18. Appréciation du discernement ou détermination du moment de défaillance dans le processus décisionnel.** Le processus décisionnel<sup>50</sup>, celui qui va mener à un choix, peut se scinder en trois étapes. Le point de départ est l'apparition d'une question qui nécessite une prise de décision. Cette question peut provenir de l'environnement extérieur d'une personne ou d'elle-même.

Tout d'abord, il est nécessaire de réaliser une **collecte d'informations**<sup>51</sup> (prise en compte d'expériences déjà vécues notamment ou d'avis contradictoires sur la situation) appelée « phase de conseil ». Elle a pour but d'identifier l'avis de personnes extérieures sur la question posée.

Arrive ensuite la phase du **jugement pratique** ou du repli sur soi<sup>52</sup>. Il s'agit d'un temps de réflexion pendant lequel les différentes alternatives de choix sont appréciées. C'est donc une phase d'évaluation personnelle où les contraintes et/ou les risques sont identifiés. L'objectif est de parvenir à une décision immédiatement applicable et viable. Durant cette phase, les émotions peuvent influencer fortement la prise de décision.

La dernière phase est celle dite de **l'imperium** ou du commandement<sup>53</sup>. Il s'agit de la mise en œuvre de la décision prise, du passage à l'acte. Attention, agir peut également vouloir signifier s'abstenir.

Le discernement ne doit pas être évalué comme une fonction unique mais comme la **mise en jeu de nombreuses fonctions cérébrales**. Ainsi, l'absence ou l'altération du discernement peut découler d'une défaillance survenant à une ou plusieurs de ces étapes. L'appréciation du

---

<sup>49</sup> Lexique des termes juridiques 2022-2023, édition Dalloz, p. 568.

<sup>50</sup> ALLAIN Philippe, « *La prise de décision : aspects théoriques, neuro-anatomie et évaluation* », Revue de neuropsychologie, vol. 5, no. 2, 2013, pp. 69-81  
<https://www.cairn.info/revue-de-neuropsychologie-2013-2-page-69.htm>

<sup>51</sup> Recueil des propos de Monsieur LEBATARD, Professeur de philosophie, lors du séminaire du lundi 13 mars 2023.

<sup>52</sup> ALLAIN Philippe, « *La prise de décision : aspects théoriques, neuro-anatomie et évaluation* », préc. pp.69-81

<sup>53</sup> Ibidem

discernement permet notamment de déterminer le moment de la défaillance dans le processus décisionnel. Ainsi, la lacune peut résider dans l'incapacité de **comprendre** l'information concernant un problème, l'incapacité de **reconnaître le problème** lié à sa propre situation et donc à l'apprécier, l'incapacité d'évaluer les solutions potentielles et donc de **raisonner**, ou encore l'incapacité à **faire finalement un choix**.

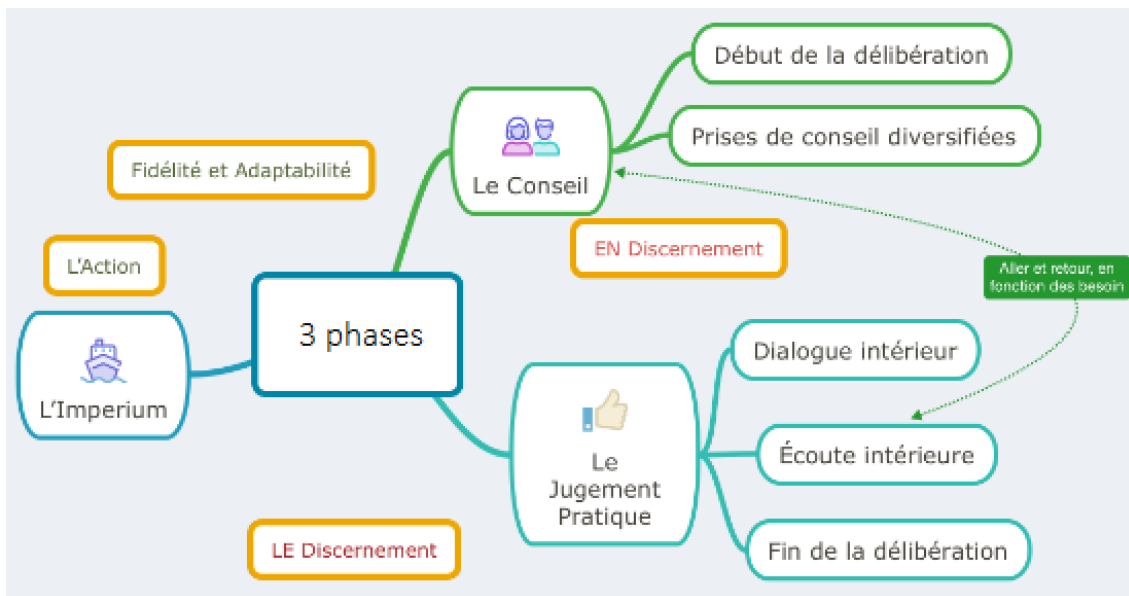


Schéma des « Trois actes de la prudence »<sup>54</sup>

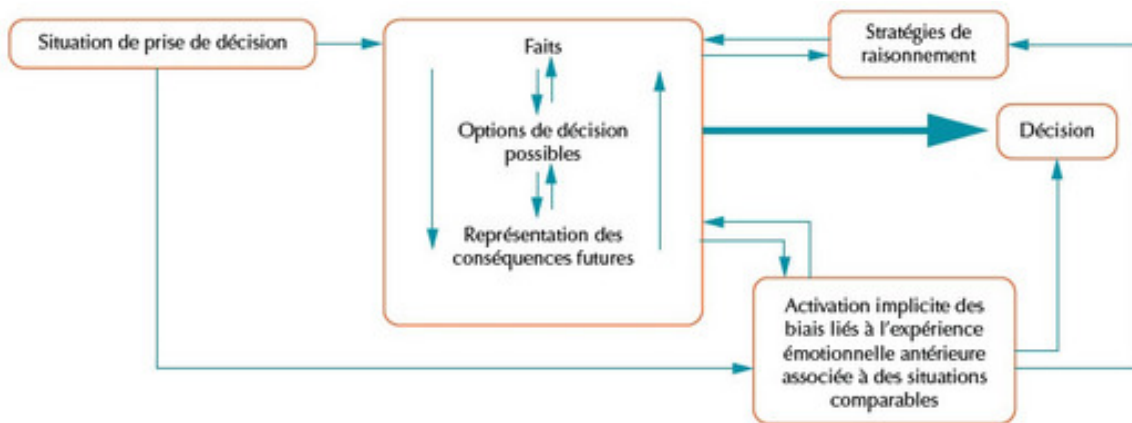


Schéma dans « La prise de décision : aspects théoriques, neuro-anatomie et évaluation », Revue de neuropsychologie.<sup>55</sup>

**19. L'évaluation du discernement n'est pas l'appréciation de la rationalité de la décision prise ou des choix opérés.** Le discernement permet de distinguer ce qui est bien ou mal, bon ou mauvais pour soi. Il permet de **comprendre** son environnement, de se

<sup>54</sup> Schéma communiqué par M. LEBATARD, Professeur de philosophie

<sup>55</sup> ALLAIN Philippe, « La prise de décision : aspects théoriques, neuro-anatomie et évaluation », préc. pp.69-81



comprendre soi-même, d'évaluer la réalité et de se projeter dans l'avenir. Cette compréhension est individuelle et propre à chacun. Elle est **subjective**. Deux individus placés dans la même situation ne réagiront pas de la même manière, et ne prendront pas les mêmes décisions. L'appréciation de la capacité de discerner n'est donc **pas l'appréciation de la rationalité** de la décision prise ou des choix opérés par la personne. Le fait, pour une personne, de prendre une décision apparaissant « aberrante » ou peu conforme à son intérêt, ne signifie pas qu'elle n'est pas douée de discernement.

**20. Intérêt et nécessité de l'appréciation du discernement.** Notre système juridique est innervé par la notion de discernement<sup>56</sup>. C'est une notion matricielle de la capacité juridique, c'est-à-dire **l'aptitude d'une personne à exercer soi-même ses droits et obligations**<sup>57</sup>. Le discernement est une **condition à la réalisation d'actes valables juridiquement**, mais le législateur ne le définit pas. La loi y fait de nombreuses références, concernant le droit des mineurs ou des majeurs protégés<sup>58</sup>. L'évaluation du discernement doit être effectuée pour les majeurs protégés et mineurs notamment puisque ces dispositions légales érigent cette appréciation en obligation. Cependant, il est nécessaire de réaliser ce travail pour toute personne, même si la loi ne le prévoit pas expressément. En effet, l'absence de mesure de protection ne signifie pas que la personne est dotée du discernement nécessaire pour effectuer un acte ou prendre une décision pour elle-même. Par exemple, un majeur ayant subi un accident de voiture et souffrant d'un traumatisme ne sera peut-être pas doté du discernement nécessaire pendant un certain temps pour prendre les décisions médicales le concernant. Ainsi, le professionnel doit toujours s'assurer que l'individu est apte à comprendre l'acte en identifiant les avantages et inconvénients et en envisageant toutes les conséquences. En outre, de nombreux articles de lois l'y obligent.

D'ailleurs, si à la suite de l'appréciation du discernement, le professionnel constate son absence ou son altération, des conséquences importantes en découleront<sup>59</sup>.

Cette appréciation pourra conduire à déterminer quel type de décisions pourront encore être prises par la personne dont le discernement est apprécié, et déterminer le degré d'autonomie dont elle dispose. L'appréciation permet d'évaluer des « îlots de compétence » conservés par la personne. Elle est primordiale, car elle aura d'importantes conséquences pour la personne et

---

<sup>56</sup> Voir supra p.10 et s. I. La notion et infra p.29 et s. V. Conséquences de l'absence de discernement

<sup>57</sup> Lexique des termes juridiques, *le discernement*, édition 2018-2019, Dalloz

<sup>58</sup> Voir supra p.10 et s. I. La notion

<sup>59</sup> Voir infra p. 29 et s. V. Conséquences de l'absence de discernement.

la manière dont la société la perçoit : l'absence de discernement étant souvent perçue comme un handicap ou comme un danger.

Ainsi les conséquences de cette appréciation étant importantes, l'appréciation du discernement doit être menée de façon rigoureuse.

#### **IV. Appréciation du discernement, modalités et acteurs de l'appréciation**

##### **21. *Absence de liste exhaustive de critères pour l'appréciation du discernement.***

L'appréciation du discernement est source de difficultés. En effet, il n'existe aucune liste exhaustive de critères à prendre en considération pour une appréciation fiable et complète du discernement, et ce, pour la multitude d'acteurs qui y sont confrontés.

En pratique, les professionnels ont recours à un faisceau d'indices afin de déterminer l'absence ou non de discernement d'une personne. En l'absence de précisions, notamment de la part du législateur, l'appréciation du discernement est une étape complexe durant laquelle viennent se mêler l'objectivité et la subjectivité. Bien souvent, les professionnels utilisent des **critères objectifs et subjectifs** pour mener à bien l'évaluation du discernement. L'analyse des réponses de notre questionnaire démontre qu'une majorité de juristes et de professionnels du monde médical ont **recours à des critères objectifs**<sup>60</sup>. Cependant, leur appréciation objective du discernement se complète par la prise en considération de critères subjectifs. Les critères objectifs et subjectifs les plus utilisés par les professionnels, recueillis lors de notre questionnaire, sont :

---

<sup>60</sup> Questionnaire Sphinx Question 14 (annexe n°1)

<u>Critères objectifs</u>	<u>Critères subjectifs</u>
<ul style="list-style-type: none"> <li>● Situation spatio-temporelle de la personne.</li> <li>● Connaissance de son âge.</li> <li>● Situation de la personne dans sa famille.</li> <li>● Existence d'une pathologie.</li> <li>● Existence d'une mesure de protection.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Comportement, attitude physique et verbale de la personne (personne agitée, regard divergeant, etc...).</li> <li>● Réception et compréhension de l'information transmise (acquiescement, réponse verbale, demande de répéter, etc...).</li> <li>● Capacité à s'exprimer de façon claire et intelligible.</li> <li>● Capacité à fournir un raisonnement logique.</li> <li>● Expériences professionnelles.</li> <li>● Expériences personnelles.</li> <li>● Témoignages des membres de la famille.</li> </ul>

Ainsi, il a été possible de constater qu'aucune tendance claire ne se dessine, au sein de la pratique, pour apprécier le discernement de façon uniforme.

**22. Mise en place d'outils dans l'appréciation du discernement.** Pour pallier les difficultés d'appréciation du discernement, différents outils ont été mis en place pour aider les professionnels lors de cette étape complexe. Le plus souvent, les outils employés prennent la forme de **guides de bonnes pratiques** ou de **tests d'évaluation cognitive**. En effet, **27%** des juristes, **14%** des médecins et **37,50%** des autres personnels médicaux interrogés ont connaissance des outils mis à disposition dans le cadre de leur profession<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> Questionnaire Sphinx Question 8 (annexe n°1)

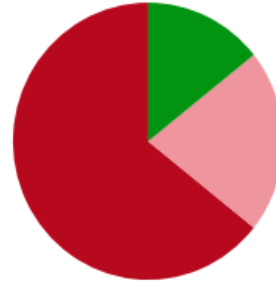
Q8: Disposez-vous d'outils pour évaluer le discernement ?  
(Autre professionnel de la santé)

Non : 9 (56.25%)  
Oui : 6 (37.50%)  
Je ne sais pas : 1 (6.25%)



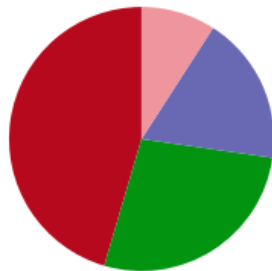
Q8: Disposez-vous d'outils pour évaluer le discernement ?  
(Médecin)

Non : 9 (64.29%)  
Je ne sais pas : 3 (21.43%)  
Oui : 2 (14.29%)



Q8: Disposez-vous d'outils pour évaluer le discernement ?  
(Juriste)

Non : 5 (45.45%)  
Oui : 3 (27.27%)  
Ne se prononce pas : 2 (18.18%)  
Je ne sais pas : 1 (9.09%)



En revanche, la grande majorité des professionnels interrogés exploitent les outils mis à leur disposition dans leur domaine de profession<sup>62</sup>.

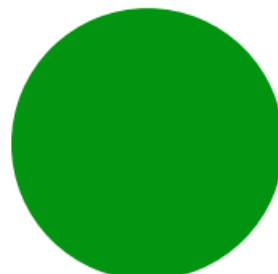
Q10: Si oui, les utilisez-vous ?  
(Juriste)

Oui : 2 (18.18%)  
Non : 1 (9.09%)



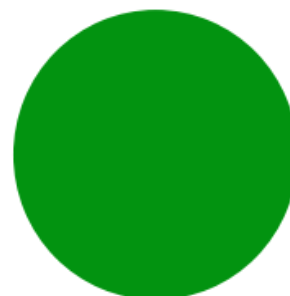
Q10: Si oui, les utilisez-vous ?  
(Médecin)

Oui : 2 (14.29%)



Q10: Si oui, les utilisez-vous ?  
(Autre professionnel du secteur médico-social)

Oui : 3 (14.29%)



<sup>62</sup> Questionnaire Sphinx Question 10 (annexe n°1)

**23. Absence d'uniformité dans l'appréciation du discernement.** Néanmoins, cette appréciation du discernement n'est pas uniforme. En effet, de nombreux critères sont pris en compte mais de façon différente par les multiples acteurs qui sont amenés à apprécier le discernement d'une même personne.

De nombreuses personnes sont confrontées à la nécessité d'apprécier le discernement d'une personne dans le cadre de leur vie personnelle ou professionnelle. Par exemple, les **membres d'une famille** ou encore du **cercle amical** peuvent être amenés à essayer d'évaluer le discernement d'un proche afin de savoir s'il est opportun de demander l'ouverture d'une mesure de protection. On retrouve également des **professionnels qui sont quotidiennement confrontés à l'appréciation du discernement**. L'exemple des aides-soignants peut être retenu. Ce sont des professionnels qui procèdent, par exemple, aux actes relatifs à l'hygiène des personnes dépendantes et qui sont ainsi amenés à distinguer - mais qui confondent parfois - le discernement du consentement. Ils peuvent également faire primer ses intérêts en dépit de sa volonté car la personne n'est pas en mesure d'y pourvoir seule. A titre d'exemple, une personne peut refuser de se nourrir, de s'hydrater, ou de se laver alors que ces actes seraient estimés conformes à son intérêt.

Enfin, on retrouve les professionnels qui apprécient le discernement lors d'une prise de décision importante. Ce sont généralement les **médecins** et les professionnels du droit. Les médecins apprécient le discernement dans le cadre d'une prise de décision médicale ou lorsqu'une expertise est demandée dans un cadre juridique. En effet, dans certaines procédures, le juge peut recourir à l'aide d'un médecin pour l'appréciation du discernement. Il est, par exemple, nécessaire de fournir un **certificat médical circonstancié** (certificat décrivant l'altération des facultés de la personne, la possible évolution et l'avis du médecin sur le besoin d'assistance ou de représentation) lors de la demande d'ouverture d'une mesure de protection. Par ailleurs, le notaire peut demander l'avis d'un médecin pour l'aider à apprécier le discernement de la personne qui souhaite accomplir un acte ayant, par exemple, des conséquences patrimoniales importantes. La jurisprudence<sup>63</sup> confirme l'obligation pour le notaire de vérifier la capacité juridique de la personne. Il s'agit donc, pour lui, de vérifier que la personne est douée de discernement pour prendre une décision d'une importance certaine.

---

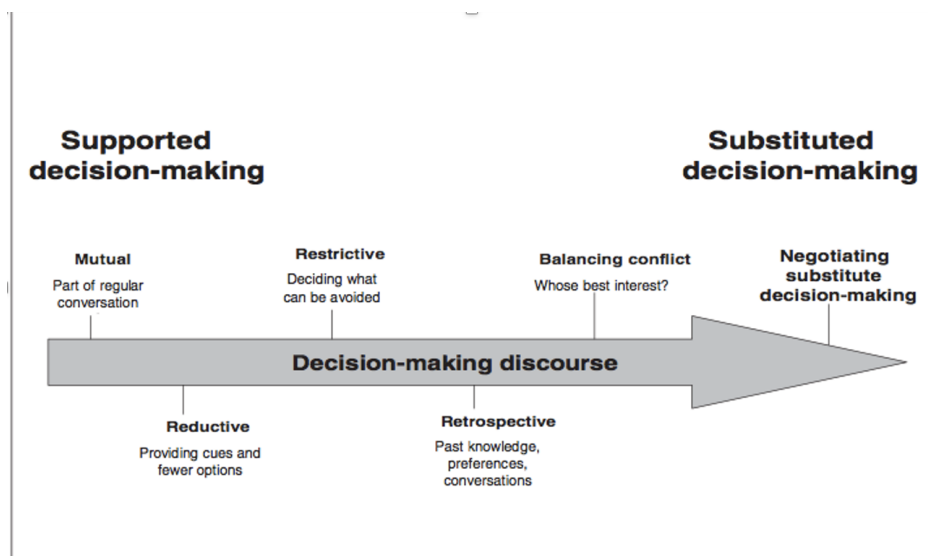
<sup>63</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 08 février 2017, n° 16-12.958.

## **V. Conséquences de l'absence de discernement**

Le discernement est la notion clé nécessaire à l'accomplissement d'actes valables par une personne. En effet, l'absence ou l'altération du discernement conduisent à mettre en place **diverses mesures pour combler cette lacune** et réussir à prendre des décisions qui sont **respectueuses de la volonté et de l'intérêt de l'individu**. Ces différentes mesures sont présentes dans le domaine médical tout comme dans le domaine juridique. Elles peuvent même s'entrecroiser puisqu'une mesure juridique peut influencer sur la prise de décision médicale si l'absence de discernement est juridiquement constatée.

**24. Absence de discernement dans la prise de décisions médicales.** Il s'agit donc, dans un premier temps, de s'intéresser aux conséquences que l'absence de discernement **non reconnue juridiquement** peut avoir lors de la prise de décision dans le domaine médical. Les décisions médicales conduisent à la réalisation d'actes qui peuvent, pour la plupart, engager l'avenir de la personne. Le choix réalisé par cette dernière, concernant l'acte médical à réaliser, revêt donc une importance toute particulière.

Ainsi, dans le domaine médical lorsque l'absence de discernement n'a pas été reconnue juridiquement, une **gradation de l'accompagnement de la personne** est mise en place pour garantir **l'autonomie** de la personne dans la prise de décision le plus longtemps possible. En effet, tout d'abord, si la personne est capable de prendre ses propres décisions de façon éclairée, la prise de décision sera partagée : le médecin conservera son rôle premier de conseiller et la personne réalisera son propre choix. Cependant, si la personne présente des premiers signes de difficultés, une réduction des options proposées pourra être réalisée par le médecin afin de soulager la personne de la pression de cette prise de décision. Ils peuvent également essayer d'aider à la prise de décision de la personne en se référant à ses choix passés. Plus les signes de difficultés s'accroissent, plus les médecins réduisent les options.



*Essai de schématisation de l'évolution dans le temps*<sup>64</sup>

L'objectif est **d'accompagner** la personne, sans la remplacer, pour l'aider à prendre une décision qui ménage à la fois sa volonté et son intérêt. C'est ici que se situe la zone la plus ténue. Il n'est pas simple de reconnaître une absence de discernement nécessitant une assistance ou une complète substitution à la prise de décision.

**25. Nécessité d'un encadrement juridique ?** Ainsi, il apparaît impératif de fournir un encadrement juridique adéquat pour protéger ces personnes qui souffrent d'une absence totale ou partielle de discernement. L'arsenal juridique en la matière se déploie sur divers domaines et tente d'assurer un **équilibre entre l'autonomie et la protection**. Si la protection est de rigueur, elle doit être graduée **pour favoriser au maximum l'autonomie de la personne**. En effet, la mesure de protection permet de protéger la personne dont l'altération des facultés mentales rend difficile la prise de décision conforme à son intérêt. **Cependant, la présence d'un protecteur qui assiste ou représente le majeur n'empêche pas ce dernier d'exprimer sa volonté s'il en est capable**. La loi exige même que cette volonté soit prise en considération à chaque fois qu'il est possible de le faire. Effectivement, le Code civil rappelle que la mesure est exercée dans le respect des « libertés individuelles » et des « droits

<sup>64</sup> *Essai de schématisation de l'évolution dans le temps* Médecine, Health Care and Philosophy, 153-159, 2001 Kluwer Academic Publishers

fondamentaux »<sup>65</sup> du bénéficiaire. En outre, lorsqu'il est possible de le faire, son autonomie doit être favorisée<sup>66</sup>.

Voici un panorama des différents dispositifs juridiques applicables à la protection des personnes souffrant d'absence totale ou partielle de discernement.

**26. MASP et MAJ.** Le **premier point du panorama** concerne les mesures d'accompagnement social personnalisé (MASP) qui sont gérées par le département et les mesures d'accompagnement judiciaire (MAJ) qui sont, quant à elles, prononcées par le juge. **Les mesures d'accompagnement social personnalisé** sont réglementées par les dispositions des articles L271-1 et suivants du Code de l'action sociale et des familles. Cette mesure s'adresse à des personnes qui, sans faire preuve d'une absence de discernement, rencontrent des **difficultés à gérer leurs ressources financières** au point de pouvoir se mettre en danger. Cette mesure est gérée par les services sociaux de chaque département. Elle prend la forme d'un **contrat d'accompagnement social personnalisé** qui conclut à des engagements réciproques de la part de la personne en difficulté et du département.

L'objectif de cette mesure est de **permettre à la personne de retrouver son autonomie dans la gestion de ses ressources**. Ainsi, le cœur de la mesure est **une aide apportée par le département** dans la gestion des prestations sociales versées à la personne. Celle-ci peut **autoriser le département à gérer l'utilisation de ses prestations sociales** pour régler prioritairement les dépenses de logement. La durée de cette mesure se situe entre **six mois et deux ans**, renouvelables après une évaluation. La **durée maximale** de cette mesure est donc de **quatre années**.

Enfin, **si l'objectif n'est pas atteint**, les services sociaux du département **informent le Procureur de la République** afin qu'il puisse **saisir le juge des contentieux de la protection** pour **prononcer une mesure plus adéquate** aux difficultés de la personne.

La saisine du juge des contentieux de la protection peut notamment conduire au prononcé d'une **mesure d'accompagnement judiciaire réglementée** par les dispositions des articles 495 et suivants du Code civil. Le but de cette mesure est identique à celui de la mesure

---

<sup>65</sup> Article 415, alinéa 2 du Code civil

<sup>66</sup> Article 415, alinéa 3 du Code civil



précédente. Cependant, cette dernière ne requiert pas la conclusion d'un contrat entre les deux parties. C'est en effet, une **mesure contraignante qui est imposée par le juge**. Au cours de cette procédure, l'intéressé est entendu et un avis du Procureur de la République est pris en considération pour le prononcé de la mesure. La mise en œuvre de cette aide requiert la **désignation d'un mandataire judiciaire à la protection des majeurs** qui aura pour mission de gérer, dans l'intérêt du majeur, les prestations sociales qui lui sont versées. Le mandataire doit poursuivre une action éducative puisque le but est que le majeur protégé **retrouve sa pleine autonomie pour gérer seul ses propres ressources**. La durée de la mesure est de **deux années, renouvelable une fois**. La mainlevée de la mesure peut être demandée au juge par le Procureur de la République, le mandataire judiciaire ou la personne protégée. Elle prend naturellement fin lorsqu'une mesure de protection est prononcée à l'égard de cette même personne.

27. *Instauration d'une mesure de protection.* Le **deuxième point du panorama** concerne les mesures de protection. Ces dernières peuvent prendre des formes variées devant permettre de respecter encore une fois, la gradation dans la mise sous protection d'une personne. Le juge compétent pour la mise en place d'une mesure de protection est le juge des contentieux de la protection du lieu de résidence du majeur à protéger. Ces mesures sont soumises à des dispositions communes règlementées par les articles 415 et suivants du Code civil. Ont été inscrites dans la loi, **la nécessité de respecter les libertés fondamentales et l'autonomie** des personnes mises sous protection. Pour ce faire, les mesures de protection ne peuvent être prononcées que sur le fondement de trois grands principes que sont la **nécessité, la subsidiarité et la proportionnalité** de la mesure<sup>67</sup>. Le **principe de nécessité** de la mesure dispose qu'il ne doit y avoir aucun doute sur l'altération des facultés mentales ou corporelles de la personne. Par ailleurs, il faut pouvoir démontrer l'existence d'une altération des facultés de l'individu ainsi que l'impossibilité pour lui, de pourvoir seul à ses propres intérêts. Cette démonstration est notamment réalisée à l'aide d'un certificat médical circonstancié établi par un médecin inscrit sur la liste du Procureur de la République. Le **principe de subsidiarité** signifie que la mesure doit être le dernier recours pour assurer de manière complète, la protection de la personne. Enfin, le **principe de proportionnalité** correspond à l'obligation de prononcer une mesure de protection qui ne doit pas excéder les besoins de la personne. **Une mesure trop protectrice serait une atteinte non équivoque à l'autonomie de la personne.**

---

<sup>67</sup> Article 428 Code civil

**28. Logique d'assistance ou de représentation.** L'arsenal juridique pour la protection des majeurs est composé de diverses mesures qui poursuivent, pour la plupart, une logique d'assistance ou de représentation. En effet, selon l'aide dont la personne a besoin, le juge prononcera une mesure d'assistance ou de représentation.

La **logique d'assistance** concerne les personnes disposant encore d'une certaine autonomie. Ces personnes ont cependant, besoin qu'un contrôle soit exercé par leur protecteur pour les actes importants de la vie civile. Ainsi, cette logique conserve une grande partie de l'autonomie du majeur protégé, celui-ci pouvant s'appuyer sur l'**aide** de son protecteur pour éviter une prise de décision qui serait **contraire à ses intérêts**. Les mesures répondant à cette logique sont notamment, la curatelle ou encore, l'habilitation familiale avec assistance.

La **logique de représentation**, quant à elle, est plus protectrice que la précédente. Elle s'applique pour les personnes qui nécessitent une **aide continue** pour tous les actes de la vie courante. La personne n'est plus apte à réaliser des actes elle-même et dans son propre intérêt. Le protecteur réalise **seul les actes nécessaires**<sup>68</sup>, au nom et pour le compte du majeur protégé. Les mesures de représentation sont la tutelle et l'habilitation familiale avec représentation.

L'assistance et la représentation permettent de répondre aux principes énoncés précédemment en favorisant au maximum l'autonomie de la personne à protéger, sans la soumettre au danger de ne pas pourvoir seule à ses propres intérêts.

**29. Nature des différents types d'actes.** Pour le troisième point du panorama, qui concerne des dispositifs juridiques pour la protection des personnes majeures, il s'agit de creuser plus en profondeur parmi les subtilités du droit. En effet, quelle que soit la mesure de protection prononcée, a été opérée une distinction entre différents types d'actes qui peuvent être réalisés ou non par la personne protégée ou son protecteur.

- La première catégorie est celle des **actes patrimoniaux**. Ce sont tous les actes portant sur le patrimoine de la personne.

---

<sup>68</sup> V.infra p.34 PARTIE I - CONTEXTE DE L'ÉTUDE, V. Conséquence de l'absence de discernement, §30 *Définition et régime des actes strictement personnels* et §31 *Définition et régime des actes personnels*

- La deuxième catégorie est celle des **actes personnels**. Elle réunit, en effet, tous les actes portant sur la personne protégée à l'exception de ceux qui relèvent des actes strictement personnels.

Ainsi, il existe un certain flou entre ces deux notions qu'il est nécessaire de clarifier<sup>69</sup>. Il s'agit donc, de **définir les actes personnels de façon négative par rapport aux actes strictement personnels**. Il est vrai que la séparation des deux notions est délicate.

**30. Définition et régime juridique des actes strictement personnels.** Les actes strictement personnels seraient des **actes étroitement liés à la personne** du majeur protégé. D'ailleurs, ils ne sont pas définis clairement. Ils sont listés à l'article 458 du Code civil. Ainsi, le législateur n'a apporté **aucune définition** claire et précise de ce type d'actes mais impose une liste stricte des actes entrant dans cette catégorie. On y retrouve uniquement des actes relatifs à l'exercice de certains droits parentaux par le majeur protégé.

Concernant leur régime, ces actes requièrent le **seul consentement du majeur protégé** pour être effectués. Il dispose, en effet, de sa pleine capacité pour agir. Aucune assistance ou représentation ne peut être apportée pour leur réalisation. Cependant, le majeur doit remplir la seule condition nécessaire à l'accomplissement de tout acte. En effet, il doit faire preuve de discernement, d'une volonté lucide pour réaliser valablement l'acte en question. Sans cette condition, l'acte ne pourra jamais être réalisé.

Il est important de noter la difficulté majeure qui relève de cette disposition. En effet, le législateur n'a nullement précisé le caractère exhaustif ou non de cette liste de l'article 458 du Code civil. Impossible de savoir s'il s'agit simplement d'une illustration, d'exemples d'actes strictement personnels ou bien, d'une liste exhaustive limitant la pleine capacité du majeur à l'accomplissement de quelques actes.

**31. Définition et régime juridique des actes personnels.** Ainsi, se retrouvent hors de la catégorie des actes strictement personnels, tous **les autres actes se rapportant à la personne du majeur protégé**. Effectivement, les actes personnels ne disposent pas d'une définition claire, alimentant l'ambiguïté des deux notions. Ils ont, en revanche, un régime juridique bien différent des actes strictement personnels. Ici, **l'assistance ou la représentation du protecteur pour l'accomplissement des actes est possible voire**

---

<sup>69</sup> MARCHADIER Fabien, *Majeur protégé droit civil*, Dalloz corpus. Paris, 2020

**inévitable selon les situations.** L'article 459 du Code civil instaure un principe de gradation. Le majeur protégé peut donc, décider seul lorsque son état le permet. S'il ne peut pas prendre seul une décision, l'intervention du protecteur sera indispensable que ce soit une simple assistance ou une représentation. En cas de désaccord, le juge pourra être saisi afin de trancher le conflit entre les opinions divergentes du majeur protégé et de son protecteur.

Contrairement aux actes strictement personnels, aucune liste n'a été élaborée par le législateur, créant ainsi, une incertitude considérable sur les actes appartenant à cette catégorie.

Par exemple, la désignation d'une personne de confiance ou la rédaction de directives anticipées sont des actes personnels qui, par principe, pourront être réalisés par la personne protégée elle-même ou avec assistance de son protecteur. Cependant, l'autorisation du juge sera requise si le majeur protégé est soumis à une mesure de protection juridique avec représentation.

Néanmoins, une question importante se pose. **Est-ce que ce régime juridique des actes personnels s'applique également aux actes susceptibles de porter une atteinte grave à l'intégrité corporelle du majeur ?** La réponse semble positive en l'absence de précision du législateur.

Cependant, le régime juridique comporte des **exceptions applicables en cas de situation d'urgence ou de danger pour le majeur protégé.** En effet, la conservation de l'autonomie du majeur protégé peut, dans certaines situations, le mettre en situation de danger. Ainsi, les pouvoirs du protecteur sont étendus afin de répondre au besoin de protection le plus rapidement possible. **Ce sera au protecteur de prendre la décision** en dépit d'un potentiel désaccord existant. L'autorisation du juge ne sera pas requise dans ces situations. En revanche, le protecteur devra l'informer le plus rapidement possible des circonstances et de la décision qui a été prise. Ces dispositions spéciales en cas d'urgence ou de danger de la personne protégée, sont liberticides mais nécessaires pour faire cesser le danger au plus vite.

**32. Difficile articulation des dispositions du Code civil et du Code de la santé publique.** A cette distinction confuse des actes personnels et des actes strictement personnels, s'ajoutent les dispositions du Code de la santé publique. En effet, les dispositions précédentes ne peuvent déroger à l'application des textes du Code de la santé publique. Ainsi, ne relève

pas, par exemple, du champ d'application de l'article 459 du Code civil, le consentement à l'acte médical régi par l'article L1111-4 du Code de la santé publique. Par cette disposition, s'intensifie nettement la **confusion** présente au sujet du consentement nécessaire à l'acte médical. En effet, il peut être complexe pour les professionnels de connaître la marche à suivre parmi tous ces textes législatifs qui s'accumulent.

Ainsi, le Parlement a habilité, par voie d'ordonnance, le gouvernement afin qu'il procède à une amélioration de la coordination des dispositions du Code civil et du Code de la santé publique. **L'ordonnance du 11 mars 2020 n°2020-232 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique**, a vu le jour. Elle a modifié de nombreux articles du Code de la santé publique et du Code de l'action sociale et des familles afin d'actualiser leurs dispositions par rapport à la réforme du droit des majeurs protégés de 2007<sup>70</sup>. Les dispositions du droit de la santé n'avaient pas été modifiées lors de la réforme de 2007. Celles-ci employaient donc l'unique notion de la tutelle et omettaient l'existence de toutes les autres mesures de protection.

Aussi, cette ordonnance devait **simplifier la terminologie** employée dans les différents codes pour éviter une certaine confusion quant aux notions utilisées.

Il est simple de constater que l'ordonnance n'a rempli ses missions que partiellement<sup>71</sup>. En effet, dans un premier temps, **l'uniformisation de la terminologie a été bâclée**. Certains articles ont été modifiés alors que d'autres ont été oubliés. Par ailleurs, aucune définition n'est

---

<sup>70</sup> MARIA Ingrid. *Majeur vulnérable*, Droit de la famille, Dalloz 7e édition 2016, pp. 1296-1304.

[https://www-dalloz-fr.docelec.u-bordeaux.fr/documentation/Document?id=DZ%2FACTION%2FFAMILLE%2F2022%2FL03-T33-C331%2FPLAN%2F0005&ctxt=0\\_YSR0MT0ibWFqZXVYIHZ1bG7DqXJhYmxlIsKnYSR0MjlJlbmdyaWQgTWFyaWHCp2EkcZ9RVTCp2EkcZM9RVTCp2EkcZ9RVTCp3gkc2Y9cGFnZS1yZWNoZXJjaGU%3D&ctxtl=0\\_cyRwYWdlTnVtPTHCP3MkdHJpZGF0ZTI1GYWxzZcKncyRzb3J0PSNkZWZhdWx0X0Rlc2PCp3Mkc2xOYlBhZz0yMMKncyRpe2Fibz1UcnVlWqdzJHBhZ2luZz1UcnVlWqdzJG9uZ2xldD3Cp3MkZnJlZXNjb3BIPUZhbHNIwqdzJHdvSVM9RmFsc2XCp3Mkd29TUENIPUZhbHNIwqdzJGZsb3dNb2RIPUZhbHNIwqdzJGJxPcKncyRzZWYy2hMYWJlbd3Cp3Mkc2VhcmNoQ2xhc3M9](https://www-dalloz-fr.docelec.u-bordeaux.fr/documentation/Document?id=DZ%2FACTION%2FFAMILLE%2F2022%2FL03-T33-C331%2FPLAN%2F0005&ctxt=0_YSR0MT0ibWFqZXVYIHZ1bG7DqXJhYmxlIsKnYSR0MjlJlbmdyaWQgTWFyaWHCp2EkcZ9RVTCp2EkcZM9RVTCp2EkcZ9RVTCp3gkc2Y9cGFnZS1yZWNoZXJjaGU%3D&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTHCP3MkdHJpZGF0ZTI1GYWxzZcKncyRzb3J0PSNkZWZhdWx0X0Rlc2PCp3Mkc2xOYlBhZz0yMMKncyRpe2Fibz1UcnVlWqdzJHBhZ2luZz1UcnVlWqdzJG9uZ2xldD3Cp3MkZnJlZXNjb3BIPUZhbHNIwqdzJHdvSVM9RmFsc2XCp3Mkd29TUENIPUZhbHNIwqdzJGZsb3dNb2RIPUZhbHNIwqdzJGJxPcKncyRzZWYy2hMYWJlbd3Cp3Mkc2VhcmNoQ2xhc3M9)

<sup>71</sup> BATTEUR Annick, MAUGER-VIELPEAU Laurence, RAOUL-CORMEIL Gilles, ROGUE Fanny, *Régime des décisions médico-sociales relatives aux majeurs protégés: une ordonnance affligeante!*, Dalloz 2020, p.992. [https://www-dalloz-fr.docelec.u-bordeaux.fr/documentation/Document?ctxt=0\\_YSR0MT11bmUgb3Jkb25uYW5jZSBhZmZsaWdlYW50ZSHCP2EkcZ9RVTCp2EkcZM9RVTCp2EkcZ9RVTCp3QkcZ9A9OUJFQUO4NETCp2gkaDE9UmFvdWwtO29ybWVpbMKnaCRoMz03OzgyRjU1RcKnaCRoNj0yMDIwqdoJGg1PTk5MsKneCRzj1wYwdlLXJlY2hlcmlNoZ0%3D&ctxtl=0\\_cyRwYWdlTnVtPTHCP3MkdHJpZGF0ZTI1GYWxzZcKncyRzb3J0PSNkZWZhdWx0X0Rlc2PCp3Mkc2xOYlBhZz0yMMKncyRpe2Fibz1UcnVlWqdzJHBhZ2luZz1UcnVlWqdzJG9uZ2xldD3Cp3MkZnJlZXNjb3BIPUZhbHNIwqdzJHdvSVM9RmFsc2XCp3Mkd29TUENIPUZhbHNIwqdzJGZsb3dNb2RIPUZhbHNIwqdzJGJxPcKncyRzZWYy2hMYWJlbd3Cp3Mkc2VhcmNoQ2xhc3M9&id=RECUEIL%2FCHRON%2F2020%2F1165](https://www-dalloz-fr.docelec.u-bordeaux.fr/documentation/Document?ctxt=0_YSR0MT11bmUgb3Jkb25uYW5jZSBhZmZsaWdlYW50ZSHCP2EkcZ9RVTCp2EkcZM9RVTCp2EkcZ9RVTCp3QkcZ9A9OUJFQUO4NETCp2gkaDE9UmFvdWwtO29ybWVpbMKnaCRoMz03OzgyRjU1RcKnaCRoNj0yMDIwqdoJGg1PTk5MsKneCRzj1wYwdlLXJlY2hlcmlNoZ0%3D&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTHCP3MkdHJpZGF0ZTI1GYWxzZcKncyRzb3J0PSNkZWZhdWx0X0Rlc2PCp3Mkc2xOYlBhZz0yMMKncyRpe2Fibz1UcnVlWqdzJHBhZ2luZz1UcnVlWqdzJG9uZ2xldD3Cp3MkZnJlZXNjb3BIPUZhbHNIwqdzJHdvSVM9RmFsc2XCp3Mkd29TUENIPUZhbHNIwqdzJGZsb3dNb2RIPUZhbHNIwqdzJGJxPcKncyRzZWYy2hMYWJlbd3Cp3Mkc2VhcmNoQ2xhc3M9&id=RECUEIL%2FCHRON%2F2020%2F1165)

précisée dans le Code de la santé publique sur les notions d'assistance, de représentation ou encore, sur toutes les mesures de protection juridique.

Enfin, on remarque une grande **confusion dans les dispositions elles-mêmes** comme celles de l'article L1111-4 alinéa 8 du Code de la santé publique. En effet, il dispose que « *Le consentement, mentionné au quatrième alinéa, de la personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne doit être obtenu si elle est apte à exprimer sa volonté, au besoin avec l'assistance de la personne chargée de sa protection* ». Ainsi, la personne peut être apte à donner son consentement même avec l'assistance de son protecteur. Or, l'assistance du protecteur signifie que la personne n'est pas entièrement apte à fournir un consentement certain et éclairé. On constate une grande incohérence entre les textes qui ne fait qu'alimenter l'incertitude des professionnels face à la prise de décision médicale par des personnes bénéficiant d'une mesure de protection juridique.

**33. Conséquences de l'appréciation du discernement dans le cadre d'une procédure pénale.** Enfin, pour terminer ce panorama des dispositifs juridiques existants, il s'agit d'aborder les **conséquences de l'absence totale ou partielle de discernement dans le cadre de la commission d'une infraction pénale**. En effet, l'article 122-1 du Code pénal instaure un régime particulier de peine selon qu'une abolition ou altération du discernement de l'auteur au moment des faits a été ou non établie. La reconnaissance de l'**abolition du discernement** de la personne au moment des faits conduit à déclarer la personne **irresponsable** de ses actes. Elle ne sera donc pas jugée pour ces derniers. En revanche, si la seule **altération** du discernement est reconnue, la personne sera tenue **responsable** de l'infraction commise. Cependant, les magistrats **prendront en compte cette altération dans l'individualisation de la peine**.

Ainsi, on retrouve également, cette **logique graduelle** qui régit tous les dispositifs de protection mis en place. L'appréciation du discernement des auteurs d'infraction est réalisée par des experts psychiatres dont les avis sont souvent confrontés au cours de l'enquête. Cependant, **l'expertise psychiatrique ne lie pas le juge dans sa décision**<sup>72</sup> c'est-à-dire qu'il peut décider de prendre une décision qui soit en opposition avec le compte-rendu de l'expertise.

---

<sup>72</sup> Crim. 06 juin 1979, n° 78-92.860

Ainsi, tous les dispositifs légaux pour la protection des majeurs répondent à une nécessaire **gradation** dans leur application pour favoriser au maximum, **l'autonomie** de la personne en lui permettant d'avoir recours à une protection adaptée à ses besoins.

**34. Conclusion.** Pour conclure, suite à l'étude des différents contextes, il apparaît évident que le discernement est une **notion aux contours partiellement définis**. En effet, des ébauches de définitions issues de différents secteurs coexistent et semblent converger ; encore faut-il ne pas confondre le discernement et les notions voisines. En outre, les différentes causes d'altération ou d'abolition du discernement sont connues des professionnels et emportent des conséquences juridiques importantes. D'ailleurs, ces conséquences d'une gravité certaine ont fait naître la nécessité d'apprécier le discernement de chacun. Effectivement, un professionnel faisant face à une personne devant prendre une décision ou passer un acte juridique se doit d'évaluer systématiquement le discernement de cette dernière, qu'elle bénéficie d'une mesure de protection ou non. Cependant, une question reste tout à fait nébuleuse : la façon dont les professionnels doivent apprécier ce discernement. Quel outil utiliser ?

## **PARTIE II - RÉSULTATS ET RECOMMANDATIONS :**

### **UNE NOTION DIFFICILE À APPRÉHENDER**

A la suite de recherches effectuées et d'entretiens menés auprès des différents professionnels des secteurs juridique, médical, social et médico-social, différents constats ont été dressés. Tout d'abord, des incertitudes relatives à la **notion** même de discernement ont été soulevées et engendrent certaines confusions (**I**). En outre, **l'enjeu** de l'acte ou de la décision à prendre constitue également une source de difficultés pour les professionnels (**II**). Enfin, les professionnels amenés à se prononcer sur l'absence ou l'altération du discernement du sujet se heurtent aux difficultés liées aux **modalités d'évaluation du discernement** qui diffèrent d'un domaine à l'autre mais aussi d'un praticien à l'autre (**III**).

#### **I. Incertitudes liées à la notion même de discernement**

**35. Définition du mot discernement.** Tout d'abord, il convient de rappeler l'étymologie du mot discernement qui vient du latin « discernere ». La définition contemporaine<sup>73</sup> envisage le discernement comme la faculté d'apprécier sainement les choses, d'avoir un sens critique. Les synonymes de la notion sont l'intelligence, la clairvoyance et le jugement tandis que ses antonymes sont l'aveuglement et la confusion.

**36. La notion de discernement dans des situations variées.** La question relative au discernement se pose car à un moment donné, pour un acte précis, le professionnel va être amené à donner la parole à la personne. Cette dernière va alors manifester sa volonté. C'est la prise en compte de cette volonté exprimée qui implique de faire appel à la notion de discernement et va mener à plusieurs questionnements : est-il légitime de prendre en compte cette manifestation de volonté ? La personne est-elle à même de prendre une décision pour elle-même ? Est-ce que l'on accepte cette volonté ? La confrontation à la notion de discernement va donc dépendre d'une variété de situations. Pour le juriste, il va s'agir d'accepter ou de refuser cette volonté dans des actes tels que la rédaction d'un testament, la vente d'un bien immobilier ou la conclusion d'un contrat. Quant aux professionnels du monde médical, il va s'agir de prendre en compte cette manifestation de volonté dans des décisions telles qu'un acte chirurgical, une toilette, la prise d'un traitement ou d'un repas.

---

<sup>73</sup> Dictionnaire LAROUSSE 2020, p.317



Alors qu'il aurait été légitime de penser que les différentes disciplines retiennent une conception plus ou moins similaire de la notion de discernement, nous avons constaté, au cours de notre recherche, que la réalité est bien différente. En effet, en fonction de la discipline, la notion n'est ni définie, ni appréhendée de la même façon.

En **sociologie**, pour définir la notion de discernement, l'aspect des **capacités cognitives** est avancé en premier lieu : la compréhension, la conscience de soi, la capacité de jugement, son rapport à la réalité, sa capacité à se projeter dans l'avenir. S'y ajoute également un aspect intégratif plus complexe faisant intervenir la **dimension sociale, morale, le rapport à la loi et aux interdits**, c'est-à-dire la distinction du bien et du mal.

En **philosophie**, d'après Hannah Arendt<sup>74</sup>, la notion de discernement est également étroitement liée à l'idée de faire le bien ou le mal. Le discernement constitue alors la **capacité de choisir parmi les différentes actions qui s'offrent à l'individu, celles qui sont les plus appropriées pour faire le bien**. Pour ce faire, la conscience permet de choisir et de discerner. La conscience doit écouter la syndérèse, dite « la petite voix de la conscience »<sup>75</sup>. Cette syndérèse est la faculté en l'homme de reconnaître de manière infaillible le bien. Elle peut être altérée lorsque le sujet n'arrive plus à suivre l'acte, en cas de perte du libre arbitre par la folie ou à cause d'une lésion cérébrale par exemple. Le sujet peut également mettre sa « petite voix » en veilleuse lorsque la persuasion de l'autre ou la passion est trop forte. Un bon discernement suppose donc **la liberté intérieure et le libre arbitre, la capacité de choisir sans être contraint par un être extérieur**.

Nous voyons donc que, selon les spécialités, la notion de discernement n'est pas envisagée de la même manière. Au fil de nos recherches, nous avons notamment constaté une disparité importante entre les professionnels ayant un profil plutôt juridique et ceux ayant un profil plutôt médical.

Ainsi, la notion même de discernement diffère entre les domaines juridique et médical, ce qui ne permet pas aux professionnels de ces deux secteurs de se comprendre entièrement étant donné qu'**aucune définition commune n'est utilisée (A)**. En effet, une confusion entre les notions de **consentement et de discernement**, qui sont juridiquement différentes bien que liées, a été constatée dans le monde médical **(B)**. Afin de pallier ces difficultés de

---

<sup>74</sup> ARENDT Hannah, *Considérations morales*, préc. p. 15

<sup>75</sup> Notion théologique, employée par Thomas D'AQUIN, préc.

coordination et de compréhension entre les deux domaines, il serait intéressant de se rapprocher du **modèle suisse (C)**.

### **A. Une définition de la notion de discernement différente selon le domaine juridique ou le domaine médical**

37. ***N°1- Domaine juridique.*** Tout d'abord, bien que de nombreuses branches du droit aient à connaître ce terme auquel la loi attache d'importantes conséquences, la notion de discernement ne fait **pas l'objet d'une définition précise par le législateur**. La définition n'émane pas non plus de la jurisprudence, plutôt floue, et ne permet donc pas non plus d'avoir une définition précise de la notion. Selon Françoise Dekeuwer- Defossez, le **discernement est une notion plutôt psychologique qui s'avère en pratique difficilement adaptable au droit**<sup>76</sup>.

Précisons que, **d'un point de vue psychique**, le discernement est la distinction entre le bien et le mal alors que, **dans le domaine juridique**, la notion de discernement fait plutôt référence aux capacités de jugement et de compréhension de ses actes.

Ensuite, des éléments menant à une définition de la notion de discernement peuvent se dégager dans le cadre de la responsabilité pénale du mineur. Ainsi, le discernement permet de déclarer le mineur pénalement responsable si tant est que ce dernier « ait compris et voulu » l'acte reproché<sup>77</sup>. Pour le Défenseur des droits, la notion de discernement « *recouvre la capacité pour l'enfant de comprendre ce qui se passe et d'appréhender la situation qu'il vit* »<sup>78</sup>. Un premier pas vers la définition de la notion du discernement semble avoir été franchi dans le Code de justice pénale des mineurs qui prévoit dans son article L.11-1 que « *le mineur est capable de discernement s'il a compris et voulu son acte et qu'il est apte à comprendre le sens de la procédure pénale dont il fait l'objet* ». Ce même texte pose une présomption de non-discernement pour les mineurs âgés de moins de treize ans. Ainsi, au-dessus de ce seuil d'âge, le mineur est présumé être doué de discernement.

---

<sup>76</sup> DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, *Introduction. Le discernement de l'enfant : regards croisés*, Recherches familiales, 2012/1, n° 9

<sup>77</sup> Cass.crim. 13 déc. 1956, Bull. crim.1956 n°55-05.772, Arrêt Laboube

<sup>78</sup> Rapport annuel du Défenseur des droits pour l'année 2008, p. 191

**Un raisonnement par analogie peut-il être effectué pour la personne majeure ?** Rien n'est moins sûr. Il s'agit de **deux logiques différentes** : le mineur évolue de l'absence de capacité vers la capacité tandis que la personne majeure, effectue, le plus souvent, le chemin inverse en cas de non-discernement. La Cour de cassation estime que **l'évaluation du discernement sur le seul critère de l'âge est insuffisante**, ce dernier devant être apprécié en se fondant sur **un faisceau d'indices**<sup>79</sup>. Néanmoins, l'article 425 du Code civil définit les personnes majeures pouvant bénéficier d'une mesure de protection juridique comme celles dont les facultés mentales ou physiques sont altérées de façon à empêcher l'expression de leur volonté. **Aucune définition de la notion de discernement n'est donc envisagée dans cet article.** Il y est seulement fait une **référence indirecte par la notion de volonté**. En effet, l'article 425 du Code civil prévoit qu'une mesure de protection peut être demandée lorsqu'une personne est empêchée d'exprimer sa volonté et fait face à l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés mentales notamment. Cela correspond donc bien à la notion de discernement.

Un seuil d'âge au-delà duquel la personne majeure serait réputée comme n'étant plus douée de discernement ne peut être envisageable. En effet, une personne âgée peut tout à fait être totalement douée de discernement tandis qu'un jeune adulte par exemple peut ne plus l'être. Il s'agit d'apprécier la situation de la personne dans sa globalité, les éventuelles pathologies affectant les fonctions cognitives ainsi que les potentiels événements traumatiques pouvant influencer sur l'appréciation de la notion de discernement. De même, l'existence ou non d'une mesure de protection ne permet pas de présumer la capacité de discernement de la personne.

Enfin, le juriste associe la notion de discernement à **l'exigence d'une volonté saine pour faire un acte juridique valable**. Dans sa définition classique, l'acte juridique tel que le contrat est conçu comme une manifestation de volonté en vue de produire des effets de droit<sup>80</sup>. Il existe donc au sein même de la structure de l'acte juridique un lien étroit entre la volonté de l'auteur et les effets de droit qui doivent se produire. L'auteur devrait avoir l'intention de voir se produire ces effets de droit. Si la volonté n'est pas réelle et que l'individu n'a pas compris la portée et la conséquence de ses actes, l'acte juridique ne sera pas valable et pourra être annulé<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 18 mars 2015, n°14-11.392

<sup>80</sup> GHESTIN Jacques, GOUBEAUX Gilles, *Traité de droit civil. Introduction générale*, avec la participation de FABRE-MAGNAN Muriel, 4<sup>e</sup> éd., L.G.D.J. 2000, n° 185.

<sup>81</sup> Article 1178 Code civil

38. N°2- Domaine médical. Dans le domaine médical, la notion de discernement est très liée à celle de **l'évaluation des capacités cognitives et de la capacité de jugement**. Pour évaluer les capacités de discernement, la médecine invite à scinder le **processus de décision** en **quatre étapes** : la **capacité de compréhension**, la **faculté à reconnaître le problème posé**, la **capacité à raisonner** et enfin la **capacité à faire un choix**. Être capable de discernement consiste donc à faire appel à des compétences cognitives particulières qui se complètent. Vont agir certaines fonctions exécutives (être capable de planifier, de faire appel à des ressources), la mémoire ainsi que l'affectif et l'émotionnel. La notion de discernement n'est pas uniquement de la rationalité brute.

Le personnel médical interrogé a souvent **assimilé la notion de discernement** à celle de la **lucidité**, de **l'objectivation des choses dans leur réalité**. En ce qui concerne la santé, la capacité de discernement présuppose donc la compréhension du traitement proposé et des risques qui y sont liés et la faculté de faire un choix en mettant en balance les avantages et inconvénients du traitement prévu.

La capacité de discernement peut fluctuer dans le temps mais s'apprécie toujours de **façon concrète** pour un acte médical ou juridique à réaliser.

## **B. Différence entre discernement et consentement**

39. *Distinction entre capacité de discernement et consentement.* Bien que la capacité de discernement soit évaluée par le professionnel qui recolte le consentement libre et éclairé de la personne, ces deux notions ne doivent pas être confondues. Or, nous avons constaté au cours des entretiens que certains professionnels utilisaient les deux termes sans distinction.

Cependant, la notion de **consentement** consiste simplement à **donner son approbation pour un acte**. Le **discernement** quant à lui, implique une faculté de **compréhension** des options proposées et des **conséquences** qui y sont attachées. Une fois le choix réalisé, la personne doit être capable de le **réitérer** et donc persévérer dans sa décision.

## **C. La Suisse, un exemple à suivre ?**

**40. *L'exemple de la Suisse.*** En droit suisse, est capable de discernement « *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* »<sup>82</sup>. La définition légale de la capacité de discernement implique donc deux conditions : une **absence de faculté d'agir raisonnablement** qui trouve son **origine dans une des causes prévues par la loi**. Ce système reposant sur la présomption de la capacité de discernement, a une fonction habilitante et protectrice. Il permet à chaque individu de bénéficier de la plus grande autonomie possible tout en exonérant l'individu des conséquences juridiques de ses actes lorsqu'il n'est pas en mesure de prendre une décision raisonnable. Cette évaluation de la capacité de discernement est réalisée à un moment précis et par rapport à un certain acte.

**41. *La définition de la notion de discernement à partir des critères d'appréciation.*** En Suisse, la notion de discernement est appréhendée au travers de ses critères d'évaluation. Ainsi, selon l'Association Suisse des Sciences Médicales, la capacité de discernement présuppose la présence de deux éléments : d'une part un **élément intellectuel**, à savoir la capacité d'apprécier raisonnablement la signification, l'opportunité et la portée d'une action déterminée ; d'autre part un **élément caractériel**, qui implique que la personne ait la faculté d'agir librement sur la base de cette appréciation.

**42. *Un exemple dont il faudrait se rapprocher.*** La loi suisse ne constitue pas un idéal à atteindre mais un exemple dont il faudrait se rapprocher. En effet, cette définition légale permet un langage commun entre professionnels ce qui facilite l'appréciation de la notion de discernement et une harmonisation des pratiques professionnelles. Néanmoins, contrairement à ce que les professionnels français interrogés ont préconisé, le droit suisse n'intègre **pas de notion de degrés**. Ainsi, il s'agit d'un **système binaire** où la capacité de discernement est totalement présente ou totalement absente pour un acte précis à un moment donné. Les professionnels interrogés estiment qu'il **faudrait** appréhender la notion de discernement par degrés, de **manière graduelle** et ne pas raisonner de façon binaire.

---

<sup>82</sup> Article 16 du Code civil Suisse, préc.

**43. La nécessité d'une définition fonctionnelle.** Il ressort de ces développements que la notion de discernement est une **notion dite « fonctionnelle »** <sup>83</sup>. Il est essentiel d'adopter une définition dans ce sens. En effet, la notion de discernement est une notion juridique caractérisée par une **définition imprécise et instable dont seule sa fonction lui confère son unité**. Par conséquent, la notion de discernement ne peut pas être définie *a priori*. Elle peut se définir par rapport au besoin auquel elle répond, c'est-à-dire l'évaluation des capacités de compréhension et de raisonnement d'une personne pour un acte donné. Remplissant une fonction dans un contexte donné, le contexte et le but doivent guider le sens de la notion employée.

**44. Pourquoi l'exemple Suisse ?** La comparaison de la France avec un autre pays était intéressante. Lors des recherches contextuelles sur le discernement, la Suisse s'est avérée être le pays qui ressortait le plus : des rapports concernant le discernement, des études psychologiques, médicales, sociologiques ... La Suisse est apparue comme un choix évident, par cette **diversité de ressources** mises à disposition.

De plus, la Suisse était un **exemple concret** puisqu'une notaire suisse est intervenue pour parler de la notion.

Enfin, il nous a semblé que la France tend à suivre le modèle suisse en se dirigeant vers un **système plus tourné vers l'assistance** de la personne et moins un système de représentation.

### **Recommandations :**

Nous avons donc constaté que la notion de discernement **ne fait pas l'objet d'une définition uniforme et précise**. Elle est laissée à la **libre appréciation des différents professionnels** qui utilisent de **multiples outils** qui présentent **une grande part de subjectivité**. Des résultats de notre étude, ressortent plusieurs recommandations.

- 1. Adopter un langage commun :** Tout d'abord, **une entente sur le langage lié à la notion même de discernement** devrait être recherchée **entre les différents domaines professionnels** afin **d'harmoniser la définition** et ne plus confondre la

---

<sup>83</sup> VEDEL Georges , *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, JCP, 1950 (I), 851, p. 425

**notion de discernement avec celle de consentement.** En effet le mot « discernement » n'est pas employé dans tous les domaines, une définition fonctionnelle est donc à envisager.

**Proposition n°1** : Pour ce faire, nous proposons **une définition fonctionnelle** de la notion de discernement :

*« En cas de doute sur la **capacité** d'un individu à **comprendre** la situation donnée et les choix qui s'offrent à lui, à **évaluer** les conséquences de chacun de ces choix ainsi qu'à **opter** pour le plus judicieux, il est nécessaire d'évaluer cette aptitude. Il faut s'assurer que l'individu est à même de **comprendre, délibérer, choisir et persévérer** dans ce choix. Cette capacité **s'apprécie à un instant précis** et n'est valable que **pour un acte déterminé** » .*

*Remarque* : Il pourrait également être judicieux d'intégrer une formation sur la notion durant le cursus universitaire, que le parcours soit juridique, médical ou médico-social.

**Note 1** : Une interrogation se pose sur le mot « doute ». Qui peut l'émettre ? Est-il légitime à le faire ? Sur quel critère se fonder ? Un critère objectif paraît difficilement envisageable. Subsiste alors le problème de la minoration de la personne, le professionnel émettant inconsciemment une marque de défiance envers cette personne lorsqu'un doute sur ses capacités de discernement émerge. Le doute est donc intrinsèque à la personne qui l'exprime.

Par ailleurs, ce doute apparaît souvent du fait du grand âge, il faut donc être vigilant à ne pas faire naître une discrimination. On doute par exemple trop facilement du discernement d'une personne prise en charge en EHPAD.

**Note 2** : Pour comprendre les décisions et évaluer les conséquences de ses choix, cela nécessite d'avoir été correctement informé. Le professionnel devrait s'assurer que la personne comprend la situation dans laquelle elle se trouve en reformulant et au besoin, en réexpliquant la situation avec les représentations sociales propres à la personne.

**Note 3** : Le « choix le plus judicieux » renvoie à la norme sociale qui n'est pas tout à fait définie. Chaque professionnel va avoir sa vision de ce qui est judicieux ou ce qui ne l'est pas et la personne aura également son propre point de vue. Cependant, il ne semble pas envisageable de prévoir une norme sociale commune, cela réduirait considérablement la volonté et l'autonomie de l'individu.

**Note 4** : Le fait d'une évaluation du discernement pour chaque acte envisagé, à un moment précis, est difficile à mettre en pratique lorsqu'un nombre important de personnes est pris en charge dans une structure faisant face de surcroît à un manque de moyens humains et financiers.

- 2. Partager ce langage commun en intégrant un dialogue pluridisciplinaire** : Il n'est pas seulement utile d'adopter une définition commune de la notion mais il est également **nécessaire de la partager** au plus grand nombre.

**Proposition n°1** : Pour ce faire, nous proposons **d'étendre les attributions des comités d'éthique**. Ces derniers sont des instances interdisciplinaires et consultatives et leur rôle est de réfléchir aux questions qui se posent sur des situations confrontant les professionnels au doute quant à la conduite à adopter<sup>84</sup>. Ainsi, lorsqu'il existe au sein de la structure, le comité d'éthique devrait **toujours interroger la notion de discernement** dans des situations qui posent question.

Le comité d'éthique pourrait également être **étendu au-delà du secteur médical et médico-social**. Il peut par exemple être envisagé que la chambre des notaires émette des avis qui ont vocation à être diffusés à l'ensemble de la profession et accessibles aux autres juristes.

**Proposition n°2** : De plus, il serait également judicieux **d'exploiter les lieux où un échange est déjà possible** et de **développer ce précieux dialogue pluridisciplinaire**. Cette pratique est notamment répandue en EHPAD où toute l'équipe travaillant avec le patient se concerte afin d'apprécier son discernement

---

<sup>84</sup> Ministère des Solidarités et de la Santé, Guide pour créer, structurer ou consolider un comité éthique pour la pratique du travail social, Haut conseil du travail social, 2018, p.9  
[https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/guide\\_creer\\_structurer\\_un\\_comite\\_ethique\\_version\\_ap\\_hcts\\_07\\_2018.pdf](https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/guide_creer_structurer_un_comite_ethique_version_ap_hcts_07_2018.pdf)



pour un acte donné. Il serait **opportun de compléter cette équipe médicale par un professionnel du monde juridique** pouvant apporter un regard complémentaire.

**Note 1** : Sur cet aspect pluridisciplinaire, il serait intéressant de sensibiliser les professionnels sur la nécessité de s'adapter à la personne, son vécu et ses connaissances. De plus, pour les structures tels que les EHPAD, un regard extérieur serait bienvenu.

**Note 2** : Les comités d'éthique sont saisis pour des situations cliniques particulières et vont auprès des soignants pour réfléchir avec eux sur la situation qui questionne. Sont envisagées les problématiques liées à la frontière entre maltraitance et respect du refus de la personne, à la frontière entre respect et autonomie. Le comité a donc toute sa place pour traiter des situations particulières mais doit également rester un espace de réflexion qui se prononce de manière générale sur la notion de discernement.

Les professionnels ont des avis plutôt partagés sur le fait d'intégrer des membres de la famille dans le comité ou une personne en représentation des usagers.

Au cours de notre recherche, nous avons donc **constaté qu'il existe bon nombre d'incertitudes liées à la notion même de discernement** qui sont surtout **relatives à l'emploi de termes** qui diffèrent selon le domaine professionnel. Il est également apparu que de **nombreux outils existent** afin d'apprécier et d'évaluer le discernement d'une personne et **qu'aucune uniformité d'ensemble n'est constatée**. Toutefois, l'ensemble des personnes interrogées s'accordent sur le fait de dire qu'**un test est trop réducteur et peu fiable pour réellement apprécier les capacités de discernement**. Les professionnels sont contraints d'apprécier la notion de discernement d'une personne dans des situations variées alors qu'ils **n'emploient pas le même langage**. De plus, nous allons voir que **le facteur déclencheur** de l'appréciation du discernement ainsi que **ses modalités d'évaluation** ne sont **pas similaires entre les domaines professionnels**. En effet, pour apprécier les capacités de discernement d'une personne, les professionnels vont **mélanger** d'une part, **l'objet de la volonté**, c'est-à-dire qu'ils vont se positionner en prenant en compte l'enjeu de l'acte à réaliser, et d'autre part, en utilisant **différents critères d'évaluation tant objectifs que subjectifs qui varient selon le domaine professionnel**.

## II. Les difficultés liées à l'enjeu de l'acte

45. *Principes gouvernant la protection des majeurs vulnérables.* Deux principes **cohabitent**, alors même qu'ils apparaissent comme **antinomiques**. Il s'agit du principe d'autonomie et du principe de protection. **L'un désigne la faculté de se déterminer par soi-même, de choisir, d'agir librement**<sup>85</sup> alors que l'autre fait référence à **l'action ou le fait de soustraire quelqu'un ou quelque chose à un danger, à un risque**<sup>86</sup>.

46. *Distinction entre autonomie juridique et autonomie physique.* Il ne faut pas confondre l'autonomie juridique de l'autonomie physique. D'une part, **l'autonomie juridique** se présente comme le fait d'avoir la capacité d'exercer librement ses droits en respectant les droits des autres ou les limites posées par la loi<sup>87</sup>. D'autre part, **l'autonomie physique** est souvent utilisée dans le langage gériatrique. Il s'agit de la capacité, sans aucune aide, de se déplacer, de réaliser les gestes de la vie quotidienne<sup>88</sup>. La perte d'autonomie peut s'entendre comme l'incapacité d'effectuer seule les principaux actes de la vie courante<sup>89</sup>. **L'autonomie visée par cette étude correspond à l'autonomie juridique.**

47. *Favoriser l'autonomie des majeurs vulnérables.* Lors de la réforme de la protection juridique des majeurs, issue de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007, l'un des objectifs du législateur était de **favoriser l'autonomie du majeur** dans la mesure où elle est compatible avec la protection de la personne. Dans son rapport de 2016, le Défenseur des droits recommande que l'autonomie de la personne protégée soit favorisée. Cette objectif s'illustre notamment dans l'article 415 alinéa 3 du code civil qui affirme que la mesure de protection a pour « *finalité l'intérêt de la personne protégée* » et « *favorise dans la mesure du possible l'autonomie de celle-ci* ».

---

<sup>85</sup> CNRTL, définition de l'autonomie [en ligne] [consulté le 28 mars 2023] <https://www.cnrtl.fr/definition>

<sup>86</sup> Dictionnaire Larousse, définition de la protection, [en ligne] [consulté le 28 mars 2023] <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/protection/64513>

<sup>87</sup> RUDE-ANTOINE Edwige, *Cancer, vulnérabilité et autonomie*, Cahiers de la Justice, Dalloz, 2019/4, n°4, [en ligne] [consulté le 28 mars 2023] <https://www-cairn-info.docelec.u-bordeaux.fr/revue-les-cahiers-de-la-justice-2019-4.htm>

<sup>88</sup> IFSI de Troyes : Institut de formation des soins infirmiers, *L'autonomie* <http://www.ifsi-troyes.fr/sites/default/files/lautonomie.pdf>

<sup>89</sup> CHARAZAC. Pierre, « 6. *Autonomie et dépendance* », Psychogériatrie : En 24 notions, 2020, p. 105-128, [en ligne] [consulté le 28 mars 2023] <https://doi.org/10.3917/dunod.chara.2020.01.0105>

Le majeur protégé, même dans un régime de protection restrictif, comme la tutelle, conserve une **sphère d'autonomie dite incompressible**<sup>90</sup>. En effet, les mesures de protection ne retirent pas totalement au majeur sa capacité juridique : certains actes juridiques restent des actes strictement personnels que le majeur doit faire seul, sans assistance ou représentation. Cependant, **cette capacité conservée par le majeur ne pourra être exercée que si, au moment de passer l'acte, la personne fait preuve d'un discernement suffisant.**

Les lois n°2007-308 du 5 mars 2007 et n°2019-222 du 23 mars 2019 semblent être claires et devraient donc résoudre bien des difficultés. Pourtant, il ressort de nos entretiens et réponses de questionnaire, que cette mise en avant de l'autonomie est parfois oubliée au profit de la protection. La pratique des professionnels interrogés révèle une **recherche constante d'un équilibre** entre protection et autonomie de la personne.

**48. Difficile articulation entre protection et autonomie.** Face à la difficile articulation entre la protection et l'autonomie, certains professionnels rencontrés semblent opter pour l'un ou l'autre des ces objectifs. Toutefois, la majorité n'a **pas eu une réponse tranchée.**

En effet, que ce soit dans le domaine médical, juridique ou bancaire, il apparaît qu'en cas de doute sur la capacité de discernement de la personne, il ne faut pas privilégier sa protection au détriment de son autonomie et inversement. Certains professionnels auront tendance à privilégier la protection pour assurer avant tout la **sécurité de la personne** et d'autres favorisent l'autonomie afin de respecter la **volonté de la personne**, quitte à ce que des erreurs soient commises. Il faudrait pourtant toujours essayer de trouver une solution intermédiaire, réaliser une mise en balance entre ces deux objectifs afin de trouver un juste équilibre. Cet équilibre nécessaire entre la sécurité et la liberté doit permettre **la prise en considération des intérêts de la personne mais également de ses envies et de ses besoins personnels.** Ainsi, le dualisme protection et autonomie permet de prendre une décision à la fois protectrice de la personne et respectueuse de sa volonté. Toutefois, dans les faits, les professionnels sont amenés à privilégier l'une de ces deux notions, au détriment de l'autre.

**Les différents professionnels que nous avons rencontrés rappellent l'exigence d'apprécier chaque situation de manière casuistique.**

---

<sup>90</sup> MARCHADIER Fabien, *Gestion du patrimoine*, RTD civ., Majeur protégé civ., fèv. 2020 [en ligne], [consulté le 28 mars 2023] <https://www-dalloz-fr.docelec.u-bordeaux.fr>

La démarche à suivre dans un tel cas serait la suivante. Conformément à l'article L.1111-4 du Code de la santé publique, « *toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement* ». **Le patient est titulaire d'un droit de refus** pour tout traitement le concernant. Toutefois, ce droit est **conditionné à l'existence du discernement** de la personne. Le professionnel se doit de le vérifier à l'occasion de ce refus de soin. S'il apparaît que la personne est douée de discernement, cette dernière possède la liberté de refuser le traitement. Ici, son autonomie et sa volonté doivent être respectées. À l'inverse, s'il apparaît que la personne n'est pas douée de discernement, il sera nécessaire de privilégier sa protection, au détriment de sa volonté.

Lorsque la décision sera relative à un **acte strictement personnel**, touchant à l'intimité de l'individu, son autonomie et sa volonté doivent être prises en compte.

La prise en considération de l'autonomie et de la volonté s'inscrit dans un changement de paradigme, initié par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 et poursuivi par la loi n°2019-222 du 23 mars 2019. **Nous passons ainsi d'une législation privilégiant la protection à celle privilégiant l'autonomie.**

Néanmoins, nous avons pu observer lors des entretiens que, de manière générale, les professionnels du milieu médical, exceptés les psychologues et psychiatres, font davantage primer la protection. Les autres professionnels (juristes, psychologues, banquiers) indiquent privilégier l'autonomie sur la protection.

Dans le cas où l'autonomie est privilégiée, trois conséquences apparaissent.

**49. Première conséquence.** La première conséquence concerne la personne en elle-même. En privilégiant son autonomie à sa protection, cette dernière peut se **mettre en situation de danger ou mettre autrui en danger**. À titre d'illustration, un résident d'EHPAD refuse que le personnel réalise sa toilette. Si les professionnels décident de faire primer son autonomie, sa volonté peut avoir des conséquences sur sa santé ou celle des autres (risque d'infection, irritation ...).

**50. Deuxième conséquence.** La deuxième conséquence est relative à la **responsabilité des professionnels**, notamment les professionnels de santé. En faisant primer l'autonomie sur la protection, ces derniers peuvent commettre un **délit de non-assistance à personne en danger**. Ce délit est réprimé par l'article 223-6 du code pénal. L'infraction est

constituée lorsqu'une personne reste passive face à la situation de danger ou de péril grave ou imminent dans laquelle se trouve un autre individu. Cette infraction ne concerne donc que des situations graves (patient souffrant d'une hémorragie, ...).

La responsabilité pourra aussi être engagée au travers du **refus de soin**. En reprenant l'exemple précédent, si un patient refuse d'être lavé ou de se laver, un professionnel qui respecte de manière prolongée cette volonté peut se rendre coupable d'un refus de soin. En pratique, la toilette est réalisée, et ce, en violation de la volonté première de la personne.

**51. Troisième conséquence.** La troisième conséquence a trait **aux tiers et à la sécurité juridique des actes passés**. Si l'autonomie est privilégiée alors même que la personne n'est pas douée de discernement, **l'acte réalisé est susceptible d'annulation pour insanité d'esprit**, au titre de l'article 414-1 du Code civil.

**52. Conclusion.** Dans les cas où la protection est privilégiée, les droits fondamentaux de la personne peuvent être bafoués.

Ainsi il n'existe **pas de réponse précise** sur cette articulation entre autonomie et protection. Chaque professionnel se doit de trouver un équilibre entre ces deux principes, afin de veiller à la préservation des intérêts de la personne. Pour trouver un équilibre, **des réunions pluridisciplinaires** peuvent être organisées dans les situations les plus complexes. Ces dernières permettent d'apporter un regard croisé sur la situation du patient et de faire prévaloir son autonomie si la situation le permet. Cette pluridisciplinarité, qui apporte un regard extérieur, autre que celui du soignant, permettrait un juste équilibre entre protection et autonomie, et cela, dans l'intérêt des patients.

Deux facteurs apparaissent comme déclencheurs de l'appréciation du discernement : le **degré de gravité de l'acte (A)** et **l'intérêt de la personne (B)**. En revanche, il ressort de la pratique et des entretiens avec les professionnels, qu'une **appréciation par degrés serait à privilégier (C)**.

#### **A. La gravité de l'acte, un facteur déclencheur dans l'appréciation du discernement ?**

**53. La gravité de l'acte comme facteur déclencheur dans l'appréciation du**

*discernement du point de vue des professionnels*. La gravité de l'acte est un **réel enjeu dans l'appréciation du discernement** des majeurs. En effet, il est possible de s'interroger sur le fait de savoir si la gravité d'un acte pourrait être un **critère conduisant à vérifier et donc** apprécier le discernement. À ce sujet, les informations que nous avons pu recueillir par le biais de nos études de terrain et de notre questionnaire laissent transparaître des avis divergents. Ces derniers mettent ainsi en exergue une réelle problématique quant à cette appréciation, celle de la prise en compte de la gravité de l'acte ou non. Cette gravité doit-elle avoir une réelle incidence sur la recherche du discernement ? L'appréciation du discernement devrait-elle être la même selon qu'il s'agit d'un acte grave ou d'un acte d'une moindre gravité ? Quelles seraient les conséquences d'une distinction en termes de gravité ?

**Certains professionnels** que nous avons sollicités considèrent que, dans leur appréciation du discernement, **la gravité de l'acte n'est pas un critère**. En effet, ils estiment que le discernement ne doit pas être apprécié différemment lorsqu'il s'agit d'un acte d'une particulière gravité ou d'un acte courant. **Selon eux, l'évaluation devrait être faite de la même manière, quel que soit l'acte.**

Pour autant, **d'autres estiment être plus exigeants et rigoureux si l'acte à prendre est d'une particulière gravité** ou s'il a des répercussions juridiques telles que la conclusion d'un contrat de vente immobilière par exemple. Ils considèrent que, bien que le discernement devrait être évalué de la même manière, en réalité, plus l'acte est grave, plus l'attention portée à l'évaluation est importante. En effet, ces derniers peuvent craindre notamment l'engagement de leur responsabilité dans l'hypothèse où l'un des actes effectués serait remis en cause pour absence de discernement.

De plus, pour justifier cette pratique, les professionnels mettent en exergue un **manque de temps** pour apprécier le discernement. Par souci d'optimisation, ils s'attardent sur les actes graves au détriment des actes moins graves. Ainsi, bien que le discernement doit être recherché et évalué systématiquement, il est en pratique apprécié de manière moins stricte - voire pas du tout - concernant certains actes de la vie quotidienne.

**54. Critère de gravité et responsabilité.** Cette prise en compte de la gravité comme critère d'évaluation semble être **corrélée à la responsabilité des professionnels**. Dès lors que ce dernier craint de voir sa **responsabilité engagée**, il apprécie **plus rigoureusement** le discernement de la personne. A défaut, il peut s'exposer à des sanctions disciplinaires, pénales

ou civiles. Il apparaît dommage qu'une attention particulière ne soit portée uniquement par crainte de sanction.

La question peut donc se poser de savoir si la gravité de l'acte, qui semble déjà être un critère pour certains professionnels, pourrait devenir un critère pertinent ou un critère à exclure quant à l'appréciation du discernement.

**55. Au regard de l'exemple juridique suisse.** Selon des études suisses, le discernement devrait être apprécié en fonction de **la nature**, de **la complexité** et de **l'importance** de l'acte en question<sup>91</sup>. En effet, l'acte devrait d'abord être évalué sur sa complexité et sa portée. A cet égard, le tribunal fédéral suisse a énoncé que l'acte de tester était « *parmi les actes les plus exigeants, surtout s'il s'agit de dispositions compliquées* »<sup>92</sup>. De même, toujours en matière de testament, la Haute Cour a utilisé, pour conclure à l'existence du discernement, l'argument selon lequel le contenu de l'acte était « *simple et aisément compréhensible, même pour une personne aux facultés intellectuelles diminuées* »<sup>93</sup>. Il semble indéniable que dans ces affaires, le discernement a été aussi évalué en fonction de la gravité de l'acte. **Toutefois, le risque de retenir un tel critère est de laisser une trop grande part de subjectivité dans l'appréciation du discernement.**

En revanche, il est vrai qu'en pratique, l'appréciation est en général bien plus rigoureuse à l'égard d'actes d'une particulière gravité, tels que des actes patrimoniaux. Pour autant, en ce qui concerne des actes d'une moindre gravité, le discernement devrait également être évalué de manière sérieuse.

À cet égard, il convient de distinguer plusieurs catégories d'actes : les **actes personnels** et les **actes patrimoniaux** ainsi que les **actes usuels** et **non usuels**. La catégorie des actes personnels a en principe vocation à réunir tous les actes se rapportant à la personne du majeur. Il se conçoit par opposition à l'acte patrimonial qui emporte des conséquences sur le patrimoine, bien qu'il puisse également avoir des effets d'un tel ordre<sup>94</sup>.

Au sein même de cette dichotomie entre actes personnels et actes patrimoniaux, se distingue les **actes usuels** des **actes non usuels**. Selon la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans un

---

<sup>91</sup> PELET. O, *La capacité de discernement est-elle expertisable ?*, Douleur et Analgésie, vol.24, 2011, p. 14-28

<sup>92</sup> Arrêt non publié de la IIe Cour de droit civil du 19 janvier 2009, 5A.723/2008, cons. 2.1

<sup>93</sup> Arrêt non publié de la IIe Cour de droit civil du Tribunal fédéral du 16 octobre 2007, 5A.204/2007, cons 4 in fine

<sup>94</sup> MORACCHINI-ZEIDENGERG Stéphanie, *L'acte personnel de la personne vulnérable*, RTD civ, 2012. 21, [en ligne], [consulté le 28 mars 2023]. <https://www-dalloz-fr.docelec.u-bordeaux.fr/documentation>

arrêt du 28 octobre 2011<sup>95</sup>, les actes usuels se définissent comme des actes « *de la vie quotidienne, sans gravité, qui n'engagent pas l'avenir de l'enfant, qui ne donnent pas lieu à une appréciation de principe essentielle et ne présentent aucun risque grave apparent pour l'enfant, ou encore, même s'ils revêtent un caractère important, des actes s'inscrivant dans une pratique antérieure non contestée* ». Cette jurisprudence concerne les actes effectués par des mineurs. Toutefois, cette solution peut être transposable aux majeurs, en considérant qu'**un acte usuel est un acte sans gravité**, ne présentant pas de risque particulier pour la personne, tel que l'achat d'une baguette de pain par exemple. A contrario, relèveraient de la catégorie des **actes non usuels, les actes d'une certaine gravité, revêtant un caractère inhabituel ou qui auraient une incidence particulière**, notamment sur le patrimoine de la personne. Par exemple, la conclusion d'un contrat de vente immobilière constitue un acte non usuel.

Dans la mesure où **ces actes ne présentent pas le même degré de gravité, il semble illusoire de considérer qu'en pratique, l'appréciation du discernement des sujets se fera de la même façon pour chacun d'eux**. Cela variera selon les actes, mais aussi selon les professionnels qui n'auront pas nécessairement à apprécier le discernement. Par exemple, l'achat d'une baguette de pain ne nécessitera pas une appréciation particulière du discernement de la personne dans la mesure où il ne s'agit pas d'un acte grave, mais d'un acte de la vie courante. Dans ce cas, l'absence d'appréciation particulière n'aura pas une incidence grave sur la personne ou son patrimoine. Toutefois, en ce qui concerne des actes plus complexes, tels que l'achat d'un bien immobilier ou la rédaction d'un testament, l'appréciation du discernement sera déterminante, dans la mesure où ces derniers auront une incidence évidente sur le futur et le patrimoine de la personne.

**56. Opportunité de considérer le critère de la gravité de l'acte dans l'appréciation du discernement.** Dès lors, il serait possible de considérer que la gravité de l'acte devrait devenir un **critère** pour apprécier le discernement d'une personne. Plus l'acte souhaité par la personne serait grave, plus les professionnels devraient être rigoureux dans l'évaluation du discernement de cette dernière.

Toutefois, en suivant cette interprétation, les professionnels se focaliseraient davantage sur les actes graves, en accordant moins d'importance aux actes de moindre gravité. **Une difficulté**

---

<sup>95</sup> CA, Aix-en-Provence, 28 oct. 2011, RG, n°11/00127



**apparaît cependant, celle de la qualification des actes graves ou moins graves.** Serait-il nécessaire que le législateur établisse une liste exhaustive ?

Cela d'autant plus que leur responsabilité pourrait être engagée pour des actes sans gravité pour lesquels le discernement n'a pas été ou trop légèrement apprécié. La recherche simpliste ou l'absence de recherche de discernement peuvent également engendrer des conséquences pour le majeur. Le fait d'accorder davantage de temps et d'importance à la recherche du discernement lorsqu'il s'agit d'un acte grave pourrait créer une certaine négligence à l'égard des actes les moins graves de la part des professionnels.

**D'un point de vue juridique,** le discernement devrait toujours être recherché. Ainsi, la difficulté soulevée par l'éventuelle prise en compte du critère de la gravité de l'acte serait une évaluation moins rigoureuse, voire une absence d'évaluation du discernement en ce qui concerne des actes de moindre gravité.

## **B. L'intérêt, un facteur déclencheur dans l'appréciation du discernement ?**

Lorsqu'une personne prend une décision non conforme à l'idée que se fait la société d'une bonne décision, sa volonté peut être remise en cause alors sur son discernement. **Une décision déraisonnable est associée à la non conformité aux intérêts de l'individu.**

**57. Rappel.** L'article 425 du code civil prévoit que « *toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts, en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté, peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre* »<sup>96</sup>.

**58. Définition de l'intérêt.** Le terme « intérêt » est cité dans la plupart des articles de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007. Il est parfois employé au singulier, parfois au pluriel, sans jamais être défini.

---

<sup>96</sup> Article 425 du Code civil, préc.

**59. Distinction intérêts patrimoniaux et intérêts extrapatrimoniaux.** Dans le langage juridique, on distingue deux types d'intérêts : les **intérêts patrimoniaux** et les **intérêts extrapatrimoniaux**.

Les **intérêts patrimoniaux** sont ceux qui concernent les ressources économiques de la personne. Les intérêts patrimoniaux ne semblent pas difficiles à apprécier dès lors qu'il s'agit de **préserver les intérêts pécuniaires de la personne**. Toutefois, qui est apte à estimer que telle dépense est juste, et telle dépense ne l'est pas ? Toute personne fait, au cours de sa vie, des dépenses déraisonnables sans que la capacité de discernement ne soit remise en cause. Dès lors qu'une personne vieillit ou bénéficie d'une mesure de protection, ses choix financiers préoccupent et son entourage notamment souhaite veiller à la préservation de ses intérêts patrimoniaux.

Les **intérêts extrapatrimoniaux**, en principe, n'ont **pas de valeur pécuniaire** et peuvent se définir comme **ceux qui ont trait à la personne**. Il existe des intérêts personnels pour lesquels la personne peut être assistée ou représentée. En parallèle, il existe des intérêts strictement personnels pour lesquels la personne ne peut être ni assistée, ni représentée et doit prendre la décision seule. Si elle n'agit pas, rien ne sera fait. Par exemple, l'intérêt d'une personne à reconnaître un enfant, personne d'autre ne peut le faire pour elle.

**60. Comment déterminer le « meilleur intérêt » d'une personne.** La question est la suivante : qui est le plus à même d'apprécier l'intérêt d'une personne qui présente des troubles cognitifs affectant son discernement ? Ou plutôt, comment la personne peut-elle faire prévaloir son propre intérêt <sup>97</sup>?

Généralement, **il n'y a pas un intérêt mais des intérêts, qui se superposent et parfois se contredisent**. Il peut s'agir d'un intérêt patrimonial, affectif, immédiat ou futur... L'objectif est alors de rechercher au regard des besoins concrets de la personne, quel est son meilleur intérêt.

Dès lors, deux appréciations de l'intérêt de la personne entrent en conflit : celle du **professionnel (1)** et celle de **la personne elle-même (2)**.

---

<sup>97</sup> BROUSSE-PROUST Agnès, *Protéger les majeurs vulnérables*, Presse de l'EHESP, Regards croisés, chap. 2, p. 115-173.

## 1. Les professionnels

**61. Subjectivité dans l'appréciation de la notion.** Quelle est la place des professionnels (entendu au sens large) pour déterminer l'intérêt de la personne vulnérable ?

Chaque personne a ses propres idées, ses conceptions, sa définition du bon et du mauvais. Ce qui fait que **chacun apprécie différemment l'intérêt d'une personne**. Cette subjectivité peut aussi avoir pour origine le vécu, l'environnement actuel, les relations... Le risque est donc que le professionnel projette sur l'autre la manière dont il aurait réagi s'il était dans une situation équivalente<sup>98</sup>. Cette subjectivité est encore plus présente lorsque ce sont les membres de la famille qui apprécient l'intérêt de la personne.

Il faut donc essayer de faire preuve **d'objectivité** et pour cela, faire preuve **d'impartialité** et de **neutralité**. Cela signifie qu'il ne faut pas chercher à se mettre à la place de l'autre, mais de l'écouter et de chercher à la comprendre. Il faut accompagner la personne pour savoir ce qu'elle souhaite réellement.

Lorsque le professionnel estime que le choix de la personne est contraire à son intérêt, il ne doit pas interpréter cette absence d'intérêt comme une absence de discernement. Au préalable, le professionnel doit préférer opter pour un **rôle d'information et de conseil** c'est-à-dire qu'il ne doit pas chercher à prendre la décision à la place de la personne ou chercher à convaincre. Il faut d'abord mettre à la disposition de la personne toutes les informations nécessaires pour qu'elle puisse prendre la meilleure décision pour elle.

Si la personne peut s'exprimer, il faut essayer **d'adapter le niveau d'information à son degré de discernement** et **l'accompagner** à prendre la meilleure décision pour elle-même.

Pour la personne qui ne peut pas s'exprimer, il faudra alors se référer à un **faisceau d'indices** pour savoir quel choix aurait fait la personne si elle était capable de discernement et pouvait s'exprimer. Pour cela on peut se référer aux **directives anticipées**, au **tiers de confiance**, à la **famille**, à **l'avis réitéré** que la personne avait exprimé lorsqu'elle était capable. Lorsque cet intérêt personnel est impossible à établir, il revient au professionnel de prendre la décision la plus conforme aux intérêts de la personne.

---

<sup>98</sup> Dalloz, *Droit de la famille*, Dalloz action, 2023/24 11/2022 - 9e édition

**62. Importance du travail pluridisciplinaire pour l'équipe médicale.** L'importance du travail pluridisciplinaire est l'élément qui est le plus ressorti des entretiens réalisés. Ainsi, la détermination de l'intérêt du majeur qui ne s'exprime pas sera le **résultat d'un travail d'équipe** entre tous les professionnels qui entourent la personne, le médecin, les infirmiers et puériculteurs, le psychologue, en incluant la famille si possible. Se réunir en équipe pour que chacun puisse s'exprimer, permet de mieux cerner l'intérêt de la personne et d'agir en conséquence. Généralement, lorsque les professionnels auront tous la même appréciation de l'intérêt de la personne, on peut considérer que c'est celui qu'il faut faire primer.

## 2. L'intérêt de la personne pour elle-même

**63. Le droit à l'autodétermination.** Le droit à l'autodétermination confère à chacun « le pouvoir de se donner à soi-même sa propre détermination, c'est-à-dire le pouvoir de choisir, entre plusieurs options, celle qui correspond à ses aspirations personnelles »<sup>99</sup>. Corollaire de la **liberté individuelle**, il est protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Aussi surnommé « le droit de choisir », le droit à l'autodétermination permet de faire respecter ses choix.

« Plus encore, le droit à l'autodétermination permet d'exiger d'autrui le respect de ses choix relatifs à son corps, dans le cadre de la vie privée, y compris si cela conduit l'individu à attenter à son intégrité corporelle »<sup>100</sup>. Ainsi, une personne a le droit de refuser un acte, comme elle a le droit de l'accepter, sans que son discernement ne soit remis en cause parce que ce choix ne paraît pas raisonnable aux yeux de la société. Un droit à l'erreur est donc reconnu à tous, y compris au majeur protégé.

**64. Le droit de refuser un acte.** C'est en se fondant sur le droit à l'autodétermination de l'individu, que le Code de santé publique, à l'article L1111-4, a reconnu pour toute personne le **droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement**. Dans son deuxième alinéa, l'article précise que : « Le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité », quand

---

<sup>99</sup> MAY-FERRIÉ Scarlett, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine, Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, IRJS Edition, 2018, [en ligne],[consulté le 28 mars 2023] <https://www.theses.fr/2015PA010324>

<sup>100</sup> Ibidem

bien même ce choix mettrait sa vie en danger.

**65. Distinction entre intérêt du majeur et absence de discernement.** Comme pour la gravité de l'acte, la contrariété avec l'intérêt du majeur dans la réalisation de certains actes, ne doit pas être interprétée comme une absence de discernement. **Une personne peut être douée de discernement même si ces choix nous paraissent déraisonnables et donc contraires à ses intérêts.** Par conséquent, l'évaluation de son discernement ne peut pas être faite en corrélation avec son intérêt. Il s'agit de deux notions distinctes. Cela peut tout de même être un indice .... mais non un critère à part entière.

### **C. La volonté commune d'apprécier le discernement par degrés**

**66. Importance de l'appréciation du discernement par degrés.** Dans le cadre de nos recherches, nous sommes allés à la rencontre de plusieurs professionnels. Nous les avons interrogés : « *Pensez-vous qu'il faut évaluer la capacité de discernement par degrés ou de manière tranchée : la personne est capable de discernement ou ne l'est pas ?* ». **Tous ont affirmé que l'appréciation par degrés était à privilégier.**

Apprécier le discernement par degrés revient à évaluer la capacité d'un individu selon une échelle de graduation subjective. En effet, il n'existe pas d'échelle à proprement dite. Ce sont les professionnels qui, dans leur pratique, vont considérer la personne comme étant plus ou moins capable de discernement.

**67. Pratique en Suisse.** Afin de prendre du recul sur la pratique française, nous nous sommes intéressés au fonctionnement des praticiens suisses. Dans cet État, l'appréciation du discernement est **davantage encadrée, autant par la loi que dans la pratique.** En effet, l'article 16 du Code civil suisse donne une **définition du discernement**, ce qui n'est malheureusement pas le cas en France. Selon le droit suisse : « *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* ». Cette disposition instaure une **présomption de capacité** doublement conditionnée : la décision doit être **raisonnable ET la personne ne doit pas être atteinte d'un quelconque trouble psychique.**

Nous pouvons émettre une critique quant à la prise en compte de la rationalité de la décision. **Qui est légitime à affirmer qu'une décision est rationnelle ou qu'elle ne l'est pas ?** Nous sommes tous amenés à faire des choix parfois irrationnels sans pour autant que notre discernement en soit altéré.

En Suisse, la capacité de discerner est appréciée **pour un acte donné, à un moment donné**. Dès lors, elle est soit présente, soit absente, il n'y a pas de « degré intermédiaire ». Selon un professionnel suisse que nous avons interrogé, « *si le discernement est une notion binaire d'un point de vue juridique, il reste apprécié au cas par cas dans la pratique* ».

En effet, les Suisses ont repris une méthode d'évaluation du discernement élaborée par deux médecins américains Grisso & Appelbaum en 1998<sup>101</sup>. Selon ces médecins, quatre dimensions doivent être explorées pour évaluer le discernement : **la compréhension, l'appréciation, le raisonnement et l'expression du choix**<sup>102</sup>. A ce titre, plusieurs tests ont été développés pour aider les médecins et autres professionnels de la santé à évaluer la capacité de discernement : MacArthur Competence assessment tool-treatment (MacCAT-T), le questionnaire de Silberfeld , Aid to Capacity Evaluation (ACE) et le questionnaire de Etchell<sup>103</sup>. La plupart de ces tests reprennent des **questions simples à poser à la personne** et permettent d'obtenir un score qui indique si oui ou non la personne est douée de discernement.

En s'appuyant sur cette méthode, **le Conseil d'éthique clinique de Genève** affirme que : « *La capacité de discernement est la capacité d'un individu à comprendre une situation donnée et les choix qui s'offrent à lui dans cette situation, à évaluer les conséquences de chacun de ces choix, ainsi qu'à finalement décider pour lequel d'entre eux opter* ».<sup>104</sup>

*A contrario*, les professionnels suisses vont s'appuyer sur le système **de degrés pour apprécier la notion d'autonomie**. Toujours selon le rapport du Conseil d'éthique clinique « *contrairement à la capacité de discernement qui est présente ou qui ne l'est pas pour un problème donné et à un moment précis, l'autonomie est un concept graduel : on peut être plus*

---

<sup>101</sup> GRISSO Thomas, APPELBAUM Paul Stuart, *Assessing competence to consent to treatment: A guide for physicians and other health professionals*. Oxford University Press, 1998

<sup>102</sup> APPELBAUM Paul Stuart, *Assessment of Patient's Competence to Consent to Treatment*, NEJM, 2007, p.1836 [en ligne] [consulté le 28 mars 2023]

<https://depts.washington.edu/psychres/wordpress/wp-content/uploads/2017/07/100-Papers-in-Clinical-Psychiatry-Psychosomatic-Medicine-Assessment-of-patients%CE%93%C3%87%C3%96-competence-to-consent-to-treatment.pdf>

<sup>103</sup> Voir infra p. 122 -124 Annexes n°5 et 6 : Questionnaires de Silberfeld et Aid to Capacity Evaluation (ACE)

<sup>104</sup> BOLLONDI Catherine, DE CHAMBRIER Laurence, CROMBEKE Gregory, HENSLER Marie, MANGHI Rita, MIRABAUD Madeleine, *Capacité de discernement et autonomie du patient, une préoccupation centrale dans le soin du patient*, préc.

ou moins autonome »<sup>105</sup>. Or, pour les professionnels français interrogés, on peut tout à fait être plus ou moins doué de discernement, comme on peut être plus ou moins autonome par ailleurs.

**68. Le cadre juridique suisse semble apporter plus de lisibilité et de sécurité juridique.** Une des premières difficultés qui peut apparaître est celle relative à la **démographie**<sup>106</sup>. En effet, le nombre d'habitants en Suisse est bien moindre par rapport au nombre d'habitants en France. De plus, il y a davantage de médecins <sup>107</sup> en Suisse pour le nombre d'habitants qu'en France<sup>108</sup>. De plus, la prise en compte de la gravité de l'acte implique d'une certaine manière une **individualisation** pour chaque personne concernée. Or, en France, eu égard au manque de moyens et de temps, notamment des professionnels, il semble difficile de mettre en place un système équivalent à celui de la Suisse.

**69. Pratique en France.** En France, la majorité des auteurs s'accorde à dire que le discernement n'a pas à s'apprécier de manière manichéenne, mais suppose de tenir compte des spécificités de chacun. Pour évaluer le discernement, les professionnels s'appuient sur des critères à la fois **subjectifs et objectifs**<sup>109</sup>.

---

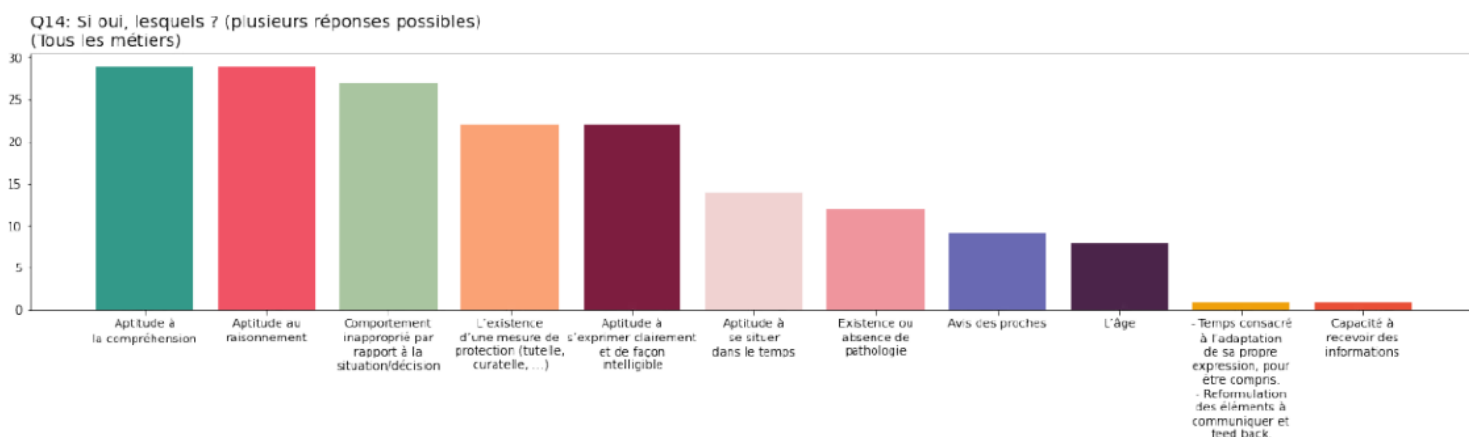
<sup>105</sup> BOLLONDI Catherine, DE CHAMBRIER Laurence, CROMBEKE Gregory, HENSLER Marie, MANGHI Rita, MIRABAUD Madeleine, *Capacité de discernement et autonomie du patient, une préoccupation centrale dans le soin du patient*, préc.

<sup>106</sup> 67,75 millions d'habitants en France contre 8,703 millions d'habitants en Suisse : World Development Indicators (WDI), chiffres de 2021, [en ligne], [consulté le 29 mars 2023] <https://datatopics.worldbank.org/world-development-indicators/>

<sup>107</sup> 38 502 médecins en activité en Suisse contre 228 858 en France : INSEE, *Drees, RPPS, Répertoire Adeli, graphique*, publié le 30 novembre 2022, [en ligne], [consulté le 29 mars 2023] <https://www.insee.fr/fr/accueil>

<sup>108</sup> En Suisse, la densité médicale est de **4,5 médecins pour 1000 habitants** pour **3,2 en France** : OCDE, *données médicales 2020*, [en ligne], [consulté le 28 mars 2023] <https://www.oecd.org/fr/>

<sup>109</sup> V. infra p. 65 et s. PARTIE II - RÉSULTATS ET RECOMMANDATIONS : UNE NOTION DIFFICILE À APPRÉHENDER, III. Incertitudes liées aux modalités d'évaluation : différences entre les domaines, A. Les critères d'appréciation du discernement.



110

**70. Pertinence d'une appréciation par degré.** Nous avons cherché à comprendre pourquoi une appréciation du discernement par degrés était nécessaire. Pour les professionnels interrogés, cela serait propice à une meilleure **individualisation** dans la prise en charge de la personne. La mise en œuvre des degrés serait donc un moyen de prendre en considération les particularités de chacun et par conséquent de rendre véritablement efficace la prise en charge.

Cela fait écho au **principe d'individualisation de la mesure de protection** en droit des majeurs protégés, instauré par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007. L'objectif poursuivi en 2007 était celui d'organiser une « véritable protection à la carte »<sup>111</sup>. Or, comme nous l'avons rappelé précédemment, les mesures de protection ne correspondent plus à une échelle de perte de discernement. En effet, il existe une zone grise dans laquelle se trouve des personnes sans mesures de protection mais dont on n'arrive pas à évaluer le discernement en raison d'une instabilité par exemple, alors qu'une mesure de protection serait nécessaire. Dans la pratique, des personnes bénéficient d'une protection juridique, qui peut même être la plus forte d'entre elles (tutelle), mais restent capables de discernement. A l'inverse, beaucoup de personnes ne bénéficient pas de ces mesures, alors que leur discernement est altéré, voire aboli.

**71. Les limites d'une appréciation par degré.** Si en théorie, l'appréciation par degré doit être privilégiée, elle reste plus compliquée à mettre en œuvre en pratique. Cela s'explique par **l'absence de définition** et le **manque d'encadrement juridique de la notion de**

<sup>110</sup> Questionnaire Sphinx, Question 14 (annexe n°1)

<sup>111</sup> BATTEUR Annick, MAUGER-VIELPEAU, *Droit des personnes, de la famille et des majeurs protégés*, LGDJ, Lextenso, 19 ed. 2021, p.577



**discernement.** La notion de degrés est abstraite car en réalité il n'existe **pas d'échelle physique**, à l'heure actuelle les professionnels ont leur propre approche de ces degrés. De plus, il serait difficile d'envisager l'établissement de critères communs permettant l'appréciation du discernement. Il existe un éventail de critères mais chaque professionnel s'en saisit à sa manière.

Pour illustrer ce propos, un professionnel interrogé s'est montré défavorable à l'utilisation de tests pour évaluer le discernement. Ils proposent des critères trop rigides et empêchent une appréciation individualisée de la capacité de discernement ou de son absence.

### **Recommandations :**

- 1. La conciliation de l'autonomie et de la protection, sans privilégier l'une de ces deux notions au détriment de l'autre :** Les professionnels concernés doivent **mettre en balance les deux objectifs**, afin de veiller à **agir dans l'intérêt de la personne**. Il faut donc se détacher d'une vision trop tranchée.

**Proposition n°1 : Instaurer des réunions pluridisciplinaires en cas de doute.** L'incertitude concernant une situation peut être écartée par des réunions pluridisciplinaires au sein des établissements médico-sociaux. Ces réunions permettront **une mise en commun des informations et des points de vue différents** afin de prendre des décisions relatives à la personne dans son intérêt.

Néanmoins, ce type de réunion **s'avère difficile à mettre en place en dehors des centres médico-sociaux**, du fait du secret professionnel. Une réunion pluridisciplinaire ne pourrait pas être créée entre un médecin, un notaire et un banquier, pour discuter du discernement d'un individu et de prendre des décisions en mettant en balance l'autonomie et la protection.

Pour pallier cette difficulté, des **formations pluridisciplinaires** pourraient être mises en place, afin de croiser les différents points de vue. Ces dernières

auraient pour but premier de **donner des clés pluridisciplinaires aux professionnels**. Chacun, indépendamment de sa formation initiale, disposera des outils nécessaires pour appréhender les difficultés liées à l'acte et aux objectifs d'autonomie et de protection, afin d'accompagner au mieux les individus.

De plus, **l'instauration d'un dialogue avec d'autres professions** permet, et notre étude le prouve, d'avoir **conscience des conséquences de l'appréciation du discernement**. Ces conséquences ne seront pas les mêmes, quand cette appréciation est réalisée par un médecin, un juge, un notaire, une infirmière ... Par exemple, l'appréciation du discernement par un médecin a un impact important sur la décision que rendra le juge. Le dialogue permet d'**avoir une vision d'ensemble**, et **comprendre l'impact que peut avoir une évaluation du discernement sur un autre professionnel**.

- 2. Apprécier le discernement de manière systématique et rigoureuse** : Il convient, pour les professionnels, **d'apprécier systématiquement et de manière équivalente le discernement d'une personne quelle que soit la gravité de l'acte**. En effet, bien qu'en pratique, il sera apprécié de manière plus poussée en ce qui concerne un acte d'une particulière gravité, il est tout autant nécessaire d'évaluer avec attention le discernement concernant un acte d'une moindre gravité. Si une plus grande attention est accordée aux actes les plus graves, le risque est de ne pas protéger suffisamment les personnes à l'égard des actes les moins graves qui peuvent pour autant avoir d'importantes répercussions. De plus, en faisant une telle distinction, l'appréciation du discernement fera sûrement l'objet d'une plus grande subjectivité, pouvant parfois desservir la personne à protéger.

**Proposition n°2** : En principe, le professionnel **ne devrait pas prendre en compte la gravité de l'acte** pour apprécier si une personne est douée de discernement ou pas.

**3. Apprécier le discernement par degrés :** Il faudrait **une méthode qui permette à tous les professionnels d'apprécier le discernement de la même manière.** En effet, le discernement n'est pas toujours une notion manichéenne. Parfois, la capacité de discerner est abolie. D'autre fois, elle est simplement altérée, mais à des degrés différents. Ces **degrés doivent être pris en compte pour assurer le respect de la volonté de la personne** : plus elle est capable d'exprimer sa volonté, plus il faut la respecter. Pour cela, il est nécessaire de **se référer à un ensemble de critères**, à la fois objectifs et subjectifs, qui seraient les mêmes pour toutes les catégories de professionnels.

**Note 1 :** L'idée selon laquelle les professionnels doivent apprécier le discernement selon des degrés n'est pas partagée par l'ensemble de ces derniers. Certes, tous sont d'accord sur le fait que cette manière de procéder permet d'individualiser la prise en charge. En revanche, des inquiétudes ont été exprimées quant à l'identification de la personne chargée de la rédaction d'une échelle ou chargée de l'évaluation.

**Note 2 :** Il a également été rappelé que les différents tests existants ont des objectifs différents et qu'ils sont utilisés par des professionnels rattachés à une institution. L'utilisation de ces mêmes tests serait donc plus délicate pour des professionnels libéraux.

**Proposition n°3 :** Il faudrait **utiliser à la fois des critères objectifs et subjectifs.** Cet ensemble serait rendu accessible à tous pour avoir une **appréciation commune du discernement.** Le discernement devra **s'apprécier par degré** afin de garantir le plus d'individualisation possible ainsi que le respect de la volonté de la personne.

**4. L'intérêt de la personne doit être en priorité déterminé par elle-même :** Toute personne a un droit à l'autodétermination qui lui permet de choisir le sens qu'elle veut donner à sa vie et d'imposer à l'autre le respect de ses choix. Ainsi, il revient à la personne de déterminer quels sont ses intérêts, et ces derniers doivent, dans la mesure du possible, être respectés.

**Proposition n°4** : Le rôle des professionnels est de **fournir aux personnes vulnérables, toutes les informations qui leur seraient utiles pour prendre la meilleure décision**. Ils doivent informer la personne **de l'enjeu, des conséquences, des risques et des bénéfices de l'acte**. Lorsque la capacité de discernement de la personne est altérée, le professionnel peut conseiller la personne sur la décision à prendre et même l'accompagner. Ainsi, **l'évaluation de son discernement ne peut pas être faite en corrélation avec son intérêt**. Il s'agit de deux notions distinctes. Cela peut tout de même être un indice .... mais non un critère à part entière.

5. **La mise en place de conférences familiales**. Il est important **d'accorder une place à la famille dans l'appréciation des capacités de discernement d'un individu**. En effet, cette dernière est la plus à même de guider le professionnel dans l'évaluation du discernement puisqu'elle côtoie la personne et la connaît. Néanmoins, la prise en compte de cet avis familial doit être pondérée car la famille peut être trop protectrice de la personne et donc réduire son autonomie.

**Proposition n°5** : Il est judicieux **d'instaurer des conférences familiales** pour résoudre le problème lié à l'évaluation du discernement d'un individu à chaque fois que la question se pose. Pour ne pas trop peser sur les familles, ce type de conférence pourrait se dérouler de **manière périodique, en examinant plusieurs actes à la fois**. En appréciant la situation, la famille pourrait donner son avis, au professionnel, sur l'aptitude ou non, de la personne à réaliser l'acte prévu. Cet avis **ne doit être que consultatif et ne doit pas lier le professionnel** dans son choix.

### **III. Incertitudes liées aux modalités d'évaluation du discernement : différences entre les domaines**

L'évaluation du discernement est source d'incertitudes. Le manque de coordination entre les différents domaines professionnels provoque une mauvaise appréciation du

discernement d'une personne dans bon nombre de cas. En effet, chaque corps de métier a sa propre philosophie, sa propre compréhension de la notion de discernement, mais aucun ne s'appuie sur une même base de **critères (A)**. Chaque professionnel, au sein d'un même corps de métier, apprécie en **fonction de ses propres critères**. Dès lors, l'appréciation du discernement est difficilement envisageable, d'autant plus **entre les corps de métiers différents (B)**. C'est pourquoi certains **outils** ont été élaborés par certaines professions en pratique (C).

### **A. Les critères d'appréciation du discernement**

**72. Rappel étymologique.** A partir de l'étymologie du mot discernement, il est possible de distinguer le préfixe « dis » qui marque une **séparation, une différence et le radical « cernement »**, qui se rapporte à l'**action de cerner**.

En matière pénale, le discernement constitue le critère de la séparation entre la responsabilité et l'irresponsabilité. Il existe une prise en compte manifeste de chaque critère spécifique à la personne. En effet, le manque de discernement introduit véritablement une problématique relativement à l'action de cerner. Le « dis » montre en outre cette absence, cette différence d'appréciation. Dès lors, pris ensemble, chaque élément permet de répondre à la fois à l'action de cerner, le « cernement » et si la personne arrive à cerner correctement une situation, le « dis ».

**73. Appréciation à l'aide de critères.** Dès lors, le discernement s'**apprécie notamment à l'aide de critères**. Ces derniers ne sont ni universels, ni officiels puisqu'il n'existe pas de définition du discernement qui pourrait comporter ces critères. Il a été possible de constater au travers des réponses à notre questionnaire, que **ces critères sont propres à chacun**, en fonction de la **profession**, de la **sensibilité** mais surtout des **expériences professionnelles et personnelles**<sup>112</sup>. Ainsi, chaque acteur tente d'établir sa propre liste de critères d'appréciation du discernement.

**74. Critères objectifs ou subjectifs ?** Il ressort des entretiens réalisés auprès de différents professionnels, que si pour certains, ces **critères doivent être les plus objectifs possibles**, pour d'autres, en revanche, **la part de subjectivité est omniprésente et essentielle** : « *une grille ne peut pas remplacer l'humain* » nous a-t-on dit. Pour la personne qui évalue,

---

<sup>112</sup> Questionnaire Sphinx Question 6 (annexe n°1)

cette prise en compte de critères objectifs et/ou subjectifs peut dépendre de sa **profession**, de son **ressenti**, de son **intuition**, de la **connaissance de la personne** dont le discernement est apprécié. Ce sont principalement les **aptitudes** et **comportements** de cette dernière qui sont pris en considération pour évaluer sa capacité à discerner<sup>113</sup>. Il s'agit de **l'aptitude au raisonnement**, à **se situer dans le temps et l'espace**, à la **compréhension** et à **s'exprimer de façon claire et intelligible**, auxquelles s'ajoute parfois, **l'avis des proches**.

L'utilisation de critères objectifs semblent **prédominer parmi les juristes**. Cette constatation ressort notamment de la prise en considération de **l'existence ou non d'une mesure de protection**. Une mesure de protection induit nécessairement l'assistance ou la représentation par un protecteur. Ainsi, les juristes sont souvent sollicités pour apprécier le discernement de personnes d'un âge plus avancé et pour des actes spécifiques comme les testaments.

En revanche, les **professions médico-sociales** semblent valoriser des critères plus **subjectifs** qui dépendent autant de la personne qui apprécie, que de celle dont le discernement est évalué<sup>114</sup>. Les critères objectifs ne sont que rarement mis en avant dans certaines professions. Par exemple, le questionnaire que nous avons réalisé permettait aux professionnels d'établir un classement des critères utilisés. Pour les médecins, les critères objectifs n'arrivent qu'en quatrième position. Nous avons retrouvé ce même schéma pour les autres professionnels du secteur de la santé pour qui ces critères sont en cinquième position<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> Questionnaire Sphinx Question 14 (annexe n°1)

<sup>114</sup> Questionnaire Sphinx Question 14 (annexe n°1)

<sup>115</sup> Ibidem

<u>Critères objectifs</u>	<u>Critères subjectifs</u>
<ul style="list-style-type: none"> <li>● Situation spatio-temporelle de la personne.</li> <li>● Connaissance de son âge.</li> <li>● Situation de la personne dans sa famille.</li> <li>● Existence d'une pathologie.</li> <li>● Existence d'une mesure de protection.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Comportement, attitude physique et verbale de la personne (personne agitée, regard divergeant, etc...).</li> <li>● Réception et compréhension de l'information transmise (acquiescement, réponse verbale, demande de répéter, etc...).</li> <li>● Capacité à s'exprimer de façon claire et intelligible.</li> <li>● Capacité à fournir un raisonnement logique.</li> <li>● Expériences professionnelles.</li> <li>● Expériences personnelles.</li> <li>● Témoignages des membres de la famille.</li> </ul>

Il est ici nécessaire de de détailler afin de visualiser l'ensemble des **critères objectifs (1)** et **subjectifs (2)** ainsi que les notions connexes **(3)**.

### *1. Les critères objectifs*

Les **critères objectifs** tiennent à des **éléments de faits** tels que l'existence d'une mesure de protection, l'âge, les résultats d'un test cognitif ou l'existence d'une pathologie.

**75. Le cadre spatio-temporel.** L'une des premières choses que font les professionnels lorsqu'ils évaluent le discernement est de s'assurer que la personne connaît son **nom**, son **âge**, la **date du jour** mais également la **raison de sa présence**. La faculté de la personne à se situer dans l'espace et le temps est prise en compte par la moitié des professionnels.

**76. Tranches d'âges concernées.** Nous pouvons aller un peu plus loin dans cette comparaison entre certaines professions. Les praticiens s'attardent plus particulièrement sur l'appréciation du discernement concernant les personnes les **plus âgées**, c'est-à-dire pour des tranches d'âge entre 65 - 80 ans ou plus de 80 ans. Néanmoins, des spécificités s'attachent à chaque métier ou domaine<sup>116</sup>.

<sup>116</sup> Questionnaire Sphinx Question 5 (annexe n°1)

Les **juristes** considèrent effectivement que les tranches d'âge pour lesquelles ils sont les plus sollicités sont celles précitées. A l'inverse, si les **médecins** et autres professionnels de la santé n'excluent pas cette catégorie, ils sont confrontés à des personnes de tous les âges<sup>117</sup>.

Cela s'explique notamment par le fait qu'il existe des **phases de non discernement à tout âge** et parfois très brèves.

Par exemple, une personne en état avancé d'ébriété peut connaître une phase temporaire pendant laquelle son discernement est aboli ou altéré. Dans ce cas, ce sont les professionnels des secteurs médical ou médico-social qui seront en première ligne pour les accompagner.

Ainsi, l'âge est un élément objectif qui peut être pris en compte. Cependant, ce critère n'est en aucun cas un critère déterminant pour apprécier à lui seul le discernement d'une personne. Le discernement peut être progressif et variable. **Il n'existe pas d'âge synonyme de manque de discernement.** Cantonner l'absence de discernement à un âge serait **discriminatoire**.

**77. L'existence d'une pathologie.** Selon le questionnaire, la moitié des professionnels environ prend en considération **l'existence ou l'absence d'une pathologie** pour apprécier le discernement. Par exemple, lorsqu'un professionnel rencontre une personne souffrant de la maladie d'Alzheimer, il prête une attention plus particulière à sa capacité de discerner et s'assurera que la volonté de la personne a toujours été la même concernant une certaine décision à prendre. Certes, l'existence d'une pathologie cognitive peut donner un indice sur la possible altération du discernement mais ne devrait en aucun cas être le seul critère. De même, il serait impossible de dresser une liste des maladies qui engendreraient systématiquement une absence ou altération du discernement.

**78. L'existence d'une mesure de protection.** Dans notre étude, il apparaît que 76% des professionnels, notamment les juristes, se réfèrent à la **mesure de protection** pour apprécier le discernement. La mesure de protection apparaît comme un indice d'un manque potentiel de discernement. Toutefois, une telle mesure ne peut être déterminante du manque de discernement d'une personne.

## 2. Les critères subjectifs

**79. Définition.** Les **critères subjectifs** concernent quant à eux la personne en elle-même, son comportement, sa manière de s'exprimer... Autrement dit, tout ce qui « *relève*

---

<sup>117</sup> Ibidem



*du sujet défini comme être pensant, comme conscience individuelle, par opposition à objectif* »<sup>118</sup>. Ils permettent une meilleure **individualisation** de l'appréciation du discernement.

**80. Appréciation individualisée.** L'utilisation de ces critères subjectifs pour évaluer le discernement semble, pour eux, permettre une **appréciation plus individualisée** du discernement de la personne. En effet, les critères subjectifs supposent une appréciation au cas par cas. Parmi les critères les plus importants, on trouve selon les réponses des professionnels : **l'expression de la personne et l'avis de la famille.**

**81. L'expression de la personne.** Pour évaluer le discernement d'une personne, il est nécessaire de s'intéresser à sa personne en elle-même. Dès lors, il est indispensable de prendre en compte l'expression à la fois verbale et non verbale de la personne, sa capacité à comprendre une information, son aptitude au raisonnement, à la compréhension et à s'exprimer de façon claire et intelligible.

*Cas concret : Un des professionnel rencontré nous a partagé que lors d'un entretien, il pensait qu'une personne n'était pas douée de discernement car elle répondait par l'affirmative à toutes ses questions. En réalité, il s'est avéré que cette personne était malentendante. C'était pour ce professionnel un exemple du danger d'une interprétation trop rapide.*

Les **manifestations non verbales**, c'est-à-dire le **comportement** de la personne lors de l'entretien, sont également importantes. Il peut s'agir par exemple, d'un comportement nerveux, anxieux, d'un manque d'attention... Cependant, il est nécessaire de contextualiser ces éléments : période de deuil, entrée en EHPAD, annonce d'un diagnostic médical...

**82. L'avis de la famille.** L'avis des proches de la personne dont le discernement est évalué est important. Cependant, il est nécessaire d'en relativiser la portée. En effet, la famille côtoie la personne au quotidien : elle est certainement plus à même de relever une évolution ou un manque de discernement de la personne. Toutefois, contrairement aux professionnels, elle est sujette aux émotions et à l'affect qui peuvent influencer son jugement.

---

<sup>118</sup> Dictionnaire Larousse, définition des critères subjectifs, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/subjectif/75038>

### 3. Les notions connexes

Il ressort de notre étude que le comportement inapproprié de la personne face à une situation fait partie des critères prédominants dans l'appréciation du discernement d'une personne<sup>119</sup>. Ce comportement inapproprié fait notamment écho à la rationalité.

**83. La rationalité comme critère ?** La rationalité est un critère souvent utilisé pour apprécier le discernement. Mais qu'est-ce que la rationalité ? Ce qui est rationnel pour une personne, ne l'est pas nécessairement pour une autre. Une décision irrationnelle, c'est-à-dire qui ne semble pas raisonnable, peut être totalement **voulue et consciente**. Ce critère de la rationalité dépendra également de la personne c'est-à-dire de la profession exercée par le praticien - droit, médecine, ...-. De plus, il dépendra également du praticien lui-même au sein même de sa profession. Par exemple, un médecin pourra trouver une décision rationnelle alors qu'un autre la considérera comme irrationnelle.

Ainsi, ce n'est pas parce qu'une décision prise par une personne n'est pas conforme à l'avis du professionnel qui la juge irrationnelle, que **l'individu est nécessairement dépourvu de discernement**. Par exemple, une personne peut faire des choix testamentaires, a priori irrationnels. Pourtant, cela ne reflète en rien sa capacité à discerner puisqu'on ne connaît pas les motivations de la personne, son histoire et le contexte dans lequel la décision a été prise. Certaines personnes refusent certains soins pour des raisons religieuses sans pour autant être dépourvues de discernement. Il est donc nécessaire de considérer avec prudence le critère de la rationalité ; il peut être **une piste ou un élément d'alerte** mais se révèle insuffisant pour fonder, à lui seul, l'appréciation du discernement d'une personne.

**84. L'importance de la temporalité.** La notion de temporalité joue un rôle fondamental dans cette appréhension du discernement. Dès lors qu'un professionnel est amené à côtoyer la personne quotidiennement, il est plus à même de la comprendre et d'apprécier son discernement à un moment précis ou sur le long terme. A contrario, un professionnel qui ne côtoie pas la personne quotidiennement, n'apprécie pas aussi précisément le discernement de la personne. Il ressort des différents entretiens avec les professionnels que le **manque de temps** pour apprécier le discernement est un facteur qui contraint le praticien à se positionner rapidement sur l'absence ou non de discernement de la

---

<sup>119</sup> Questionnaire Sphinx Question 14 (annexe n°1)

personne ce qui peut être dommageable pour l'individu.

**85. Notion de capabilité.** De la même façon, pour chaque personne, l'appréciation du discernement fait écho à la **notion de capabilité**. La notion de capabilité est un anglicisme renvoyant au terme « capability ». Elle se définit comme la capacité, le fait de pouvoir faire quelque chose. Selon Amartya K. Sen, la capabilité peut s'entendre **d'une possibilité effective qu'un individu a la possibilité de choisir diverses combinaisons de « mode de fonctionnement »**<sup>120</sup>. Toutefois, en France, cette notion de capabilité s'entend différemment. En effet, selon Jérôme Ballet et François-Régis Mahieu<sup>121</sup>, la capabilité se distingue de la capacité. D'après ces auteurs, la capabilité va au-delà de la capacité en elle-même ; celle-ci « **n'est autre chose que la capacité à exercer un libre choix** ». Dès lors, la notion de capabilité permet de véritablement prendre en considération la capacité de la personne, de savoir ce qu'elle est en **capacité de faire ou non**. Il est toujours nécessaire de veiller à ce que le discernement d'une personne soit individualisé. En effet, la capabilité d'une personne permet de vérifier que cette dernière est dotée du discernement nécessaire pour prendre une décision ou non, **en lui laissant sa liberté**.

**86. Notion de clairvoyance.** De même, la notion de clairvoyance permet d'insister sur cette capacité de la personne. Elle se définit comme la faculté de voir, d'appréhender les choses avec clarté. Elle se rapporte à la **lucidité**. Au travers de cette clairvoyance, le discernement d'une personne s'apprécie grâce à la capacité de la personne à montrer ce **qu'elle a vu, d'expliquer une décision...** Il est essentiel de tenir compte de la notion de verbalisation et de non-verbalisation. Cette verbalisation peut se faire aussi bien oralement que corporellement.

## **B. Les difficultés liées à l'évaluation du discernement**

**87. Une gêne quant à l'appréciation du discernement.** Cette appréciation pose problème à tous les professionnels qui y sont confrontés. Les réponses aux questionnaires sont univoques : toutes professions confondues, le ressenti est celui d'un manque de compétences pour procéder à cette appréciation. En effet, trente-quatre professionnels ne s'estiment « **pas assez compétents** » pour apprécier le discernement et trois d'entre eux affirment ne pas être

---

<sup>120</sup> SEN Amartya, *Éthique et économie*, PUF, Paris, 2008, p. 27

<sup>121</sup> BALLETT Jérôme, MAHIEU François-Régis, *Capabilité et Capacité dans le développement: repenser la question du sujet dans l'oeuvre d'Amartya Sen*, Revue Tiers Monde, 2009/2, n° 198 pages 303 à 306

**compétents.** La question du discernement semble importante dans le cadre de leurs professions et ils ne se considèrent pourtant pas aptes à l'évaluer. A titre indicatif, seuls dix-neufs professionnels se déclarent compétents pour apprécier le discernement<sup>122</sup>.

**88. Un nombre conséquent de secteurs professionnels confrontés à l'appréciation du discernement.** Les professions qui doivent faire face à l'évaluation du discernement d'une personne sont nombreuses. En effet, des professionnels de secteurs différents, aussi bien juridiques que non juridiques, sont amenés à apprécier ce discernement.

**N°1- Dans le domaine juridique,** les professionnels tels que les juges, les notaires ou les mandataires judiciaires<sup>123</sup> à la protection des majeurs sont amenés à apprécier le discernement de la personne. L'appréciation sera différente selon les situations, et parfois même pour une situation identique<sup>124</sup>.

En effet, **le juge** est amené à apprécier le discernement lors d'une **demande d'autorisation à la réalisation d'un acte** ou bien encore, lors d'une **demande de mise sous protection**. Le juge joue un rôle primordial dans cette appréciation du discernement notamment pour les personnes sous mesure de protection. Le magistrat apprécie le discernement. Son pouvoir décisionnel peut avoir des conséquences importantes et directes sur la personne, sur la possibilité qui lui sera donnée d'agir ou non. **Son rôle n'est que ponctuel** vis-à-vis de la personne, il ne suit pas quotidiennement l'évolution de la capacité de la personne. Ainsi, le discernement de cette dernière n'est évalué que ponctuellement.

Quant au **notaire**, il veille à ce qu'une personne soit **apte à passer un acte ou non** et si **la personne a conscience de la portée de cet acte**. En effet, le notaire n'a pas de pouvoir *stricto sensu* d'appréciation comme celui du juge. Il n'apprécie pas le discernement de la personne mais il s'assure que la personne a conscience de l'acte qu'elle souhaite passer. Il conseille et informe la personne sur l'acte en lui-même. Il s'agit ici d'un contrôle formel.

Enfin, **les mandataires judiciaires** à la protection des majeurs, acteurs les plus proches des personnes bénéficiant d'une mesure de protection, sont présents pour veiller à ce qu'**une**

---

<sup>122</sup> Questionnaire Sphinx Question 7 (annexe n°1)

<sup>123</sup> Ces personnes « *exercent à titre habituel les mesures de protection des majeurs (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle ou mesure d'accompagnement judiciaire) que le juge des tutelles leur confie* » : Ministère des solidarités, de l'autonomie et des personnes handicapées, [en ligne], [consulté le 29.03.2023 à 15:28] <https://handicap.gouv.fr>

<sup>124</sup> Questionnaire Sphinx Question 5 (annexe n°1)

**personne soit en capacité de faire un acte.** Ils travaillent conjointement avec le juge en fonction de la mesure de protection ordonnée. Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs sont présents constamment aux côtés de ces derniers. Ils sont présents dans la vie de la personne et doivent permettre de **ménager un juste équilibre entre autonomie et protection.** Ils ont véritablement connaissance des besoins de la personne.

**N°2- Dans le domaine bancaire ou celui des assurances,** les professionnels ne disposent d'aucune formation obligatoire pour apprécier le discernement d'une personne. Des formations sont cependant accessibles sur la base du volontariat, mais encore faut-il s'en saisir ou en avoir connaissance.

**N°3- Dans le domaine médical,** les professionnels de santé sont davantage susceptibles d'apprécier le discernement d'une personne<sup>125</sup>. Le milieu médical est le secteur le plus touché par cette complexité d'appréciation du discernement. Néanmoins, tous les professionnels de santé ne sont pas formés et n'ont pas la même connaissance de la notion de discernement et procèdent à une évaluation différente à ce sujet.

Les médecins tels que les psychiatres ou les gériatres, veillent à une appréciation du discernement, de l'état psychologique de la personne. Les psychologues ont une approche similaire de cette appréciation. Toutefois, les professionnels de santé, qui sont au quotidien avec les personnes dont le discernement doit être constamment apprécié, ont une approche différente. En effet, il semble évident que l'appréciation du discernement est distincte selon que le professionnel accompagne ou non la personne au quotidien. Il est alors plus simple pour les professionnels de santé au sein d'EHPAD d'apprécier le discernement de manière pluridisciplinaire et dans la durée, puisqu'ils côtoient les résidents au quotidien.

**89. *L'appréciation en fonction des professionnels.*** Cette notion est toutefois appréciée par des professionnels différents. La pratique montre une véritable **disparité d'appréciation** selon les secteurs professionnels et en leur sein<sup>126</sup>. De ce fait, la différence de définition implique nécessairement une appréciation différente : si l'on perçoit le discernement par rapport à la rationalité, l'issue ne sera pas du tout la même que si on a une définition fondée sur la prise en compte de ce qu'il reste d'autonomie. Tous les professionnels ne peuvent pas bénéficier d'une formation. Malgré tout, même s'il n'en n'existe pas stricto sensu sur la

---

<sup>125</sup> Questionnaire Sphinx Question 4 (annexe n°1)

<sup>126</sup> V. supra p. 41 et s. PARTIE II - RÉSULTATS ET RECOMMANDATIONS : UNE NOTION DIFFICILE À APPRÉHENDER, I. Incertitudes liées à la notion même de discernement, A. Une définition de la notion de discernement différente selon le domaine juridique ou le domaine médical

notion de discernement, les juristes sont censés être plus sensibilisés aux notions de capacité et d'incapacité. Dès lors, au sein de leur formation, la notion de discernement est très vite apparue. Il ressort pourtant des entretiens que, malgré cette sensibilisation théorique, **cette notion est appréciée grâce à l'expérience acquise avec la pratique du terrain**<sup>127</sup>. Cette constatation s'étend aussi à tous les autres professionnels et notamment du secteur médical.

**90. *Un manque partiel ou total de compétence ?*** Ce doute sur leur compétence quant à l'évaluation du discernement peut se traduire par le fait qu'ils ne disposent pas de formation initiale ou continue pour leur permettre d'effectuer cette appréciation. Il ressort du questionnaire que très **peu de professionnels sont sensibilisés** à la notion même ou à l'appréciation du discernement dans le cadre de leur formation. A contrario, les praticiens ont répondu en majorité être sensibilisés « par le biais de leurs **expériences personnelles** »<sup>128</sup>. Le contact avec des personnes pour lesquelles il existe un doute sur le discernement, au cours de leur expérience professionnelle, les amène à « aiguïser leur instinct » face à l'appréciation du discernement. Ces réponses nous permettent de déduire que l'appréciation du discernement est **majoritairement une appréciation subjective de la part des professionnels**.

Si les formations sont normalement communes pour une même profession, chacun des professionnels va en tirer des enseignements différents. Il est, de plus, incontestable que chaque expérience, qu'elle soit personnelle ou professionnelle, est différente. D'un professionnel à un autre, même sur une profession identique, la part de subjectivité est importante. Les réponses aux questionnaires, pour une même profession, sont variées<sup>129</sup>.

**91. *Le manque de formation spécifique.*** Le discernement est une notion complexe et indéfinie qui fait l'objet de peu de formation spécifique en France. Seule une formation intitulée « Discerner pour décider » est proposée par l'Université catholique de Lyon. Toutefois, celle-ci s'attache à une appréciation du discernement en lien avec la pratique religieuse. Le discernement spirituel est très présent au sein des institutions religieuses. De même, en matière médicale, davantage de formations sont mises en place pour apprécier ce discernement et notamment celui des personnes souffrant de maladies mentales.

---

<sup>127</sup> Questionnaire Sphinx Question 6 (annexe n°1)

<sup>128</sup> Ibidem

<sup>129</sup> V. supra p. 41 et s. PARTIE II - RÉSULTATS ET RECOMMANDATIONS : UNE NOTION DIFFICILE À APPRÉHENDER, I. Incertitudes liées à la notion même de discernement, A. Une définition de la notion de discernement différente selon le domaine juridique ou le domaine médical

## **C. Les outils d'évaluation du discernement**

**92. Les outils d'évaluation du discernement.** En outre, nous nous sommes interrogés sur la pertinence des outils existants et mis à disposition des professionnels. Ces outils sont censés constituer une aide efficace pour les guider dans la difficile mission qu'est l'appréciation du discernement. Tous secteurs confondus, les réponses au questionnaire révèlent que la majorité des professionnels estiment **ne pas être dotée d'outils** pour apprécier le discernement d'une personne, ou du moins qu'ils ne disposent pas d'outils suffisants<sup>130</sup>. Les professionnels ayant accès à des outils les utilisent<sup>131</sup> ; ceux qui en sont dépourvus souhaitent en obtenir<sup>132</sup>.

Le questionnaire a permis de mettre en avant qu'**il existe un manque d'outils** pour apprécier le discernement. Les médecins, les juristes, les professionnels du secteur de la santé ou médico-social disposent en général de peu, voire pas d'outils. Trente-huit professionnels indiquent qu'ils n'en ont pas et dix ne savent pas s'il en existe<sup>133</sup>.

Si l'évaluation du discernement était simple, il existerait d'ores et déjà un outil commun. Néanmoins, l'absence d'outil renforce la **complexité de l'appréciation du discernement**. Il apparaît logique que la pratique laisse place à une appréciation subjective, puisque les outils doivent servir de repère objectif : le fait de ne pas en avoir conduit plus facilement à apprécier de façon subjective

**Il ne faut en revanche pas exclure l'existence de tout outil.** Lorsque les professionnels en ont connaissance, ils s'en servent<sup>134</sup>. Les réponses au questionnaire révèlent en effet l'existence de **guides de bonnes pratiques**, de **protocoles institutionnels** ou encore des **tests d'évaluation cognitifs, de formulaire**<sup>135</sup>. Il existe des outils dans certains services. Ces mêmes professionnels nous ont indiqué que les supports qu'ils estiment les plus utiles sont les guides de bonne pratique professionnelle et les tests d'évaluation cognitifs / formulaire<sup>136</sup>.

---

<sup>130</sup> Questionnaire Sphinx Question 8 (annexe n°1)

<sup>131</sup> Questionnaire Sphinx Question 10 (annexe n°1)

<sup>132</sup> Questionnaire Sphinx Question 11 (annexe n°1)

<sup>133</sup> Questionnaire Sphinx Question 8 (annexe n°1)

<sup>134</sup> Questionnaire Sphinx Question 10 (annexe n°1)

<sup>135</sup> Questionnaire Sphinx Question 9 (annexe n°1)

<sup>136</sup> Questionnaire Sphinx Question 12 (annexe n°1)

Parallèlement, les professionnels ne disposant pas d'outils, indiquent majoritairement que leur **mise en place serait utile**<sup>137</sup>.

Il est intéressant de mettre en avant que les professionnels accordent plus d'importance à l'expérience sur le terrain pour apprécier le discernement. Ils semblent mettre en avant des critères à la fois objectifs et subjectifs. Leur volonté n'est pas de s'enfermer dans une grille à suivre mais de pouvoir se reposer sur une ligne directrice.

Cependant, à la suite de nos entretiens, nous avons pu constater que **seules les professions médicales semblent disposer de véritables outils**.

Parmi ceux cités, **des tests d'évaluation des capacités cognitives** comme le **Mental-State Examination** (MMSE) utilisés principalement par les psychologues, le test de l'horloge ou encore les bilans neuropsychologiques. Le MMSE permet d'évaluer la mémoire à court terme et immédiate par le biais d'un questionnaire et par la réalisation de tâches dites simples comme compter à l'envers. « *Les éléments évalués sont regroupés en six sous-sections : orientation, enregistrement, attention et calcul, rétention mnésique, langage et praxie de construction* »<sup>138</sup>. Il résulte de ce test, un score. Ce dernier, qui évalue les capacités cognitives de la personne, peut servir d'indicateur dans l'appréciation du discernement..

Il existe également la **grille AGGIR** (Autonomie, Gérontologie Group Iso Ressources), qui par le biais d'une liste de questions permet d'évaluer le degré de la dépendance des personnes âgées.

Au sein de ces professions qui sont confrontées au quotidien à l'appréciation du discernement, les **entretiens cliniques et les réunions pluridisciplinaires**, notamment au sein des EHPAD, sont cités comme outils et semblent être d'une importance toute particulière pour les professionnels. Ces entretiens et réunions permettent aux professionnels d'échanger sur leurs ressentis, leurs intuitions. Ainsi, ils permettent d'apprécier de manière collégiale, et donc de manière plus objective, le discernement d'une personne.

**L'expérience et la connaissance des patients ou des résidents** est également un outil puisqu'il permet d'apprécier les changements de comportement, le langage non verbal et les

---

<sup>137</sup> Questionnaire Sphinx Question 11 (annexe n°1)

<sup>138</sup> Consortium National de Formation en Santé, *Université d'Ottawa*, 2018 [en ligne], [consulté le 28 mars 2023] [Mini-Mental State Examination \(MMSE\) \(cnfs.ca\)](https://cnfs.ca/Mini-Mental-State-Examination-MMSE)



réactions sur le long terme. Il est alors possible de constater une éventuelle évolution, positive ou négative, de la capacité de discerner d'une personne.

En outre, lorsque cela est possible, le discernement doit être **évalué sur la durée**, durée pendant laquelle il est opportun de réitérer une même question. Seulement, nombreux sont les professionnels qui ne disposent pas de ce temps.

Il n'y a donc **pas d'outil unique**, ni infaillible puisque leur fiabilité a été, à de nombreuses reprises, lors des entretiens et du questionnaire, remise en cause par les professionnels qui les utilisent. En effet, il a été relevé que le test MMSE donne un score qui ne reflète pas forcément la capacité réelle de discernement de la personne y ayant répondu : certaines personnes ont un score élevé et sont pourtant totalement dépourvues de discernement, l'inverse étant parfois aussi vrai. D'autres outils ne sont pas adaptés ou adaptables à toutes les situations : tel est le cas de la grille AGGIR qui ne serait pas adaptée aux troubles psychiques selon un directeur d'EHPAD. De plus, le fait que des personnes souffrent de diminutions, physiques ou cognitives, n'affecte pas obligatoirement leur discernement.

Pour conclure, bien que ces outils soient utilisés en pratique et permettent de donner une idée de la capacité de discerner d'une personne, aucun n'est adapté à toutes les situations et n'est représentatif de la réalité. Pour certains, ces outils sont bien trop formels et relatifs.

### **Recommandations :**

Il apparaît indéniable que **l'appréciation subjective du discernement d'une personne est essentielle** pour veiller à une appréciation au sens strict du terme et non discriminatoire de la situation. Dès lors, la conception d'outils trop formels ne semble pas être la meilleure solution pour apprécier le discernement. **La subjectivité** a une place importante qui doit nécessairement être conservée mais **complétée par une meilleure information sur la notion**. Il ne faut pas priver une personne de la liberté de prendre une décision parce qu'elle ne remplit pas une grille d'évaluation faite de critères objectifs et généraux. Les outils trop formels enfermeraient les modalités d'appréciation trop strictement et conduiraient potentiellement à priver une personne de ses droits alors même qu'elle est capable de les exercer seule.

L'évaluation du discernement **nécessite la mise en place ou le renforcement de la pluridisciplinarité entre tous les professionnels**. Chaque corps de métier a acquis une expérience dans l'appréciation du discernement et nous recommandons de **mettre en commun ces différentes connaissances** pour véritablement apprécier le discernement.

- 1. La mise à disposition d'outils concrets** : Elle a pour finalité de fournir des éléments supplémentaires pour une appréciation du discernement la plus complète possible. Elle n'a pas pour but de rassurer les professionnels auxquels revient cette délicate mission. **Ces outils sont des indices** à prendre en compte mais ne peuvent en aucun cas fonder à eux seuls une appréciation par peur de voir sa responsabilité engagée.

**Proposition n°1** : Nous proposons **d'élaborer une liste de critères non exhaustifs et non contraignants** à la suite d'une définition légale du discernement **sur lesquels tous les professionnels pourraient s'appuyer** sans se limiter.

Parmi ces critères, **des critères objectifs** tels que *l'existence d'une pathologie, d'une mesure de protection, l'âge, les résultats aux tests cognitifs* qui ne seraient à eux seuls déterminant de la capacité de discernement d'une personne.

Ces critères devront être **cumulés par une appréciation des aptitudes et comportements de la personne**, si possible **dans la durée**.

La **préservation des droits de la personne est primordiale**. Il est nécessaire **d'évaluer** son discernement en tant que tel. Plus il y a de critères qui sont pris en compte, plus les droits de la personne seront préservés. **La subjectivité est extrêmement importante dans l'appréciation du discernement**, tout en gardant en tête l'esprit des récentes lois qui favorisent l'autonomie.

**Note 1** : Il a été rappelé que la grille AGGIR s'attache aussi bien à la dépendance physique que psychique de la personne. Cependant, certains professionnels ont soulevé le fait qu'il ne s'agit pas réellement d'un outil d'appréciation du discernement mais seulement d'un indice.

**Note 2** : S'agissant du test MMSE, il ne peut être réalisé que par un psychologue. Il est nécessaire que ce test soit expliqué.

**L'exclusion de la rationalité** : Cependant, **la rationalité et le discernement sont deux notions à distinguer** bien que liées. **La rationalité ne doit pas être un critère** afin d'éviter tout jugement de valeur qui n'a pas sa place dans l'évaluation du discernement.

**Proposition n°1** : Nous recommandons aux professionnels, **de ne pas prendre en compte la rationalité comme critère** dans l'appréciation du discernement de la personne.

**2. Une approche pluridisciplinaire**: Tout au long de notre étude, nous avons relevé l'importance de croiser les regards des professionnels.

**Proposition n°1** : Nous proposons de favoriser l'**appréciation collégiale et pluridisciplinaire du discernement**, dans la mesure du possible et du nécessaire. Si la meilleure manière d'apprécier le discernement semble être la discussion et les échanges pluridisciplinaires, il n'est bien entendu pas question de les rendre systématiques. Certaines décisions ne nécessitent pas une appréciation collégiale.

**Proposition n°2** : Pour favoriser le dialogue pluridisciplinaire, nous proposons une **extension des comités d'éthique au-delà du domaine de la santé**. La notion de discernement pourrait alors être systématiquement étudiée. Cela permettrait ainsi une meilleure compréhension et connaissance de la notion de discernement, quel que soit le terme utilisé.

**Proposition n°3** : Nous proposons de mettre en place une **grille d'évaluation pluridisciplinaire**. De nombreux outils existent déjà, il est primordial de s'en saisir. Il serait intéressant de les rassembler pour établir une grille d'évaluation pluridisciplinaire. Grâce à une telle grille, tous les professionnels, domaines confondus, pourraient **se baser sur des critères purement objectifs** pour appréhender le discernement, même s'ils ne peuvent à eux seuls fonder l'appréciation du discernement. **La subjectivité reste essentielle** et ne peut être consignée dans un grille faite sur la base de critères objectifs.

**Note 1:** Avoir un dialogue entre les équipes professionnelles, connaître l'environnement et la pathologie de la personne sont des gardes-fous, qui permettent d'être vigilant et de pouvoir dire, en connaissance de cause, si la personne est encore capable ou non d'émettre un discernement.

**Note 2 :** S'agissant de l'exclusion de la rationalité, la mise en œuvre effective de la proposition a été questionnée. Exclure la rationalité est-elle réellement possible alors même que l'appréciation du discernement fait appel à des considérations personnelles et professionnelles ? Le but de cette proposition est de prendre conscience des dérives possibles à l'inclusion du critère de la rationalité dans l'appréciation du discernement. Avoir conscience de ce critère et essayer le plus possible de ne pas en tenir compte remplirait l'objectif poursuivi : ne pas juger et se mettre à la place de, pour comprendre des besoins et des envies que nous n'avons pas.

## PARTIE III - RECOMMANDATIONS GÉNÉRALES

Les difficultés constatées en pratique nous ont amené à réfléchir à des recommandations, qui ont été exposées de manière détaillée au cours des développements ci-dessus.

Toutefois, il nous semble nécessaire d'insister sur le fait qu'il faut instaurer un **langage commun** autour de la notion de discernement, **favoriser la pluridisciplinarité** entre les professionnels susceptibles d'être confrontés à l'appréciation du discernement, conserver une **appréciation subjective et *in concreto*** du discernement afin de permettre une meilleure préservation des droits fondamentaux de la personne et accentuer les efforts de formation des professionnels, différents secteurs confondus, au sujet du discernement.

### Éclaircir la notion de discernement :

S'agissant de la notion de discernement, elle **ne fait pas l'objet d'une définition uniforme et précise**, ce qui soulève des difficultés en pratique, notamment une confusion entre discernement et consentement. Il apparaît donc nécessaire d'**instaurer un langage commun**, avec la mise en place d'une **définition fonctionnelle**. Cette harmonisation permettrait une entente entre les différents professionnels sur le langage lié à la notion de discernement et favoriserait, par conséquent, une meilleure pluridisciplinarité.

#### Notre recommandation :

- Pour ce faire nous proposons la **définition fonctionnelle** suivante de la notion de discernement :  
*« En cas de doute sur la **capacité** d'un individu à **comprendre** la situation donnée et les choix qui s'offrent à lui, à **évaluer** les conséquences de chacun de ces choix ainsi qu'à **opter** pour le plus judicieux, il est nécessaire d'évaluer cette aptitude. Il faut s'assurer que l'individu est à même de **comprendre, délibérer, choisir et persévérer** dans ce choix. Cette capacité **s'apprécie à un instant précis et n'est valable que pour un acte déterminé** » .*

## **Favoriser la pluridisciplinarité :**

En plus d'adopter une définition commune, il est également nécessaire de la partager au plus grand nombre.

La pluridisciplinarité est **indispensable** pour que le discernement soit évalué de manière plus globale et moins aléatoire entre les différents secteurs professionnels. En effet, chaque corps de métier acquiert une expérience dans l'appréciation du discernement et il serait judicieux de **mettre en commun ces différentes compétences**. Des **passerelles** entre les secteurs juridique, médical et médico-social **doivent être envisagées**.

### **Nos recommandations :**

- **Etendre les attributions des comités d'éthique ;**
- **Étendre le comité d'éthique** au-delà du secteur médical et médico-social ;
- Lorsqu'il existe au sein de la structure, **toujours interroger le comité d'éthique sur la notion de discernement** dans des situations qui posent question ;
- **Exploiter les lieux d'échange existant et développer le dialogue pluridisciplinaire ;**
- Instaurer des **réunions pluridisciplinaires en cas de doute** sur l'appréciation du discernement d'une personne ;
- Favoriser **l'appréciation collégiale et pluridisciplinaire du discernement ;**
- Mettre en place une **grille d'évaluation pluridisciplinaire ;**
- Compléter les équipes médicales des EHPAD, en **ajoutant un professionnel du monde juridique ;**
- Inciter les professionnels à **se former de façon pluridisciplinaire sur les méthodes et outils d'appréciation du discernement ;**
- Inciter les professionnels de différents corps de métier, à **dialoguer sur la question du discernement.**

**Conserver une appréciation subjective du discernement tout en respectant les droits fondamentaux de la personne :**

S'il a été démontré ci-dessus que l'appréciation du discernement pose des difficultés en pratique, la conception d'outils trop formels pour apprécier le discernement ne semble pas être la meilleure solution, notamment une grille d'évaluation faite de critères objectifs et généraux. Les professionnels doivent **se renseigner** et **utiliser les outils déjà existants**, tout en sachant qu'ils ont leur limite et **ne peuvent être à eux seuls déterminants de l'issue de l'évaluation**.

La subjectivité doit être conservée pour apprécier le discernement, l'appréciation du discernement devant se faire *in concreto* afin de préserver au mieux les droits fondamentaux de la personne et l'autonomie que les lois récentes tendent à favoriser. Pour qu'elle soit efficace, cette subjectivité doit néanmoins être complétée par une **meilleure information** sur la notion et une pluridisciplinarité entre les différents secteurs professionnels.

**Nos recommandations :**

- Recommander aux professionnels de **ne pas prendre en considération la gravité de l'acte** ;
- **Utiliser à la fois des critères objectifs et subjectifs** dans l'appréciation du discernement ;
- Élaborer une **liste de critères non exhaustifs et non contraignants** sur lesquels tous les professionnels pourraient s'appuyer sans s'y limiter. Parmi ces critères, **des critères objectifs** tels que l'existence d'une pathologie, d'une mesure de protection, l'âge, les résultats aux tests cognitifs qui ne seraient à eux seuls déterminant de la capacité de discernement d'une personne. Ces critères devront être **cumulés à une appréciation des aptitudes et comportements de la personne**, si possible **dans la durée** qui peut être guidée par des **questions types** élaborées à l'aide des professionnels ;
- Recommander aux professionnels de **ne pas prendre en compte la rationalité** dans les critères d'appréciation du discernement ;

- Recommander aux professionnels de **distinguer l'intérêt de la personne de son discernement** ;
- Favoriser une **appréciation *in concreto*** du discernement, afin de garantir au mieux la préservation des droits fondamentaux de la personne ;
- **Instaurer des conférences familiales.** Elle se déroulerait de **manière périodique**, en **examinant plusieurs actes à la fois**. En appréciant la situation, la famille pourrait donner son avis, au professionnel, sur l'aptitude ou non, de la personne à réaliser l'acte prévu. Cet avis ne **doit être que consultatif** et **ne doit pas lier le professionnel** dans son choix.

**Accentuer les efforts de formation des professionnels :**

Il est important que la formation des professionnels soit renforcée afin de clarifier la notion de discernement et améliorer la pratique de l'appréciation du discernement.

L'effort doit être porté tant sur la **formation initiale**, qui serait plutôt théorique, que sur la **formation continue** qui, elle, serait presque exclusivement pratique. Cette formation doit prendre en compte la dimension pluridisciplinaire du discernement. Il est en effet essentiel que tous les professionnels susceptibles d'être concernés par l'appréciation du discernement soient en mesure de communiquer de manière claire et de se comprendre.

**Notre recommandation :**

- **L'instauration de cours ou séminaires** sur la notion de discernement dans les parcours ;
- Proposer des **formations pluridisciplinaires aux différents professionnels** juridiques, de santé mais aussi médico-sociaux ;
- Inciter les professionnels à **se former de façon pluridisciplinaire sur les méthodes et outils d'appréciation du discernement** ;



Il ressort de ce rapport que **les difficultés** liées à l'appréciation du discernement ont pour origine de **multiples causes**, sur lesquelles il est **possible d'agir**.

Comme cela a été démontré, il est possible d'**intervenir à de nombreux niveaux** (éclaircissement de la notion de discernement, formations, outils mis à disposition des professionnels) afin de **rendre plus lisible la notion** et de **faciliter la pratique professionnelle** afin de respecter au mieux l'autonomie de la personne.

# BIBLIOGRAPHIE

## I. Sites consultés :

- Cairn : <https://www.cairn.info>
- CNRTL : <https://www.cnrtl.fr/definition>
- CMPA : <https://www.cmpa-acpm.ca/fr/home>
- Consortium national de formation en santé, *Université d'Ottawa*, 2018 [Mini-Mental State Examination \(MMSE\) \(cnfs.ca\)](#)
- Dalloz : [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr)
- Dictionnaire Académie française : <https://www.dictionnaire-academie.fr>
- Haute autorité de santé : <https://www.has-sante.fr>
- Larousse : <https://www.larousse.fr>
- Le Robert : <https://www.lerobert.com>
- Insee : <https://www.insee.fr/fr/accueil>
- Linguee : <https://www.linguee.fr>
- Ministère des solidarités et de l'autonomie des personnes handicapés : <https://handicap.gouv.fr>
- OCDE santé : <https://www.oecd.org/fr/>
- Sphinx déclic : <https://sphinxdeclic.com>
- Toupie : <https://www.toupie.org>
- World Development Indicators : <https://datatopics.worldbank.org/world-development-indicators/>

## II. Ouvrages généraux :

- ARENDT Hannah, *Considérations morales*, Rivages poche petite bibliothèque, 1995
- BATTEUR Annick, *Droit des personnes, de la famille et des majeurs protégés*, LGDJ, Lextenso, 19 ed. 2021

- BATTEUR. Annick et MAUGER-VIELPEAU. Laurence, *Droit des personnes, des familles, et des majeurs protégés*, LGDJ, 2021, p.577
  
- BOLLONDI. Catherine , CHAMBRIER. Laurence, CROMBEKE. Gregory, HENSLER. Marie, MANGHI. Rita, MIRABAUD. Madeleine, *Capacité de discernement et autonomie du patient, une préoccupation centrale dans le soin au patient*, Hôpitaux Universitaires de Genève, 13 juin 2017. [en ligne], [consulté le 28 mars 2023]  
[https://www.hug.ch/sites/interhug/files/structures/gr-ethique/cd\\_et\\_autonomie.pdf](https://www.hug.ch/sites/interhug/files/structures/gr-ethique/cd_et_autonomie.pdf)
  
- CHARAZAC. Pierre, 6. Autonomie et dépendance, *Psychogériatrie : En 24 notions*, 2020, p. 105-128, [en ligne], [consulté le 28 mars 2023].  
<https://doi.org/10.3917/dunod.chara.2020.01.0105>
  
- Dalloz, *Droit de la famille*, Dalloz action, 2023/24 11/2022 - 9e édition
  
- Dalloz, *Lexique des termes juridiques*, édition 2018-2019
  
- Dalloz, *Lexique des termes juridiques*, édition 2022-2023
  
- DE LAMY Bertrand, *La capacité pénale*, Institut de Droit Privé, RSC 2013, p. 248
  
- Dictionnaire LAROUSSE 2020, p.317
  
- GARRAUD René, GARRAUD Pierre, *Précis de droit criminel*, Recueil Sirey, 1926  
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k4156089/f4.item.texteImage>
  
- GHESTIN Jacques, GOUBEAUX Gilles, *Traité de droit civil. Introduction générale*, avec la participation de FABRE-MAGNAN Muriel , 4° éd., L.G.D.J. 2000, n° 185
  
- MARCHADIER Fabien, *Majeur protégé droit civil*, Dalloz corpus. Dalloz, Paris, 2020

- MARIA Ingrid. *Majeur vulnérable*, Droit de la famille, Dalloz 7e édition 2016 , pp. 1296-1304.  
[https://www-dalloz-fr.docelec.u-bordeaux.fr/documentation/Document?id=DZ%2FAC TION%2FFAMILLE%2F2022%2FL03-T33-C331%2FPLAN%2F0005&ctxt=0\\_YSR 0MT0ibWFqZXVvYIHZ1bG7DqXJhYmxllsKnYSR0Mj1JbmdyaWQgTWfyaWHCp2 EkcZ9RVTcP2EkcZM9RVTcP2EkcZl9RVTcP3gkc2Y9cGFnZS1yZWNoZXJjaGU %3D&ctxtl=0\\_cyRwYWdlTnVtPTHcP3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0P SNkZWZhdWx0X0Rlc2PCp3Mkc2xOYlBhZz0yMMKncyRpc2Fibz1UcnVlwqdzJH BhZ2luZz1UcnVlwqdzJG9uZ2xldD3Cp3MkZnJlZXNjb3BIPUZhbHNIwqdzJHdvSV M9RmFsc2XCp3Mkd29TUENIPUZhbHNIwqdzJGZsb3dNb2RIPUZhbHNIwqdzJGJ xPcKncyRzZWfYy2hMYWJlBd3Cp3Mkc2VhemNoQ2xhc3M9](https://www-dalloz-fr.docelec.u-bordeaux.fr/documentation/Document?id=DZ%2FAC TION%2FFAMILLE%2F2022%2FL03-T33-C331%2FPLAN%2F0005&ctxt=0_YSR 0MT0ibWFqZXVvYIHZ1bG7DqXJhYmxllsKnYSR0Mj1JbmdyaWQgTWfyaWHCp2 EkcZ9RVTcP2EkcZM9RVTcP2EkcZl9RVTcP3gkc2Y9cGFnZS1yZWNoZXJjaGU %3D&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTHcP3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0P SNkZWZhdWx0X0Rlc2PCp3Mkc2xOYlBhZz0yMMKncyRpc2Fibz1UcnVlwqdzJH BhZ2luZz1UcnVlwqdzJG9uZ2xldD3Cp3MkZnJlZXNjb3BIPUZhbHNIwqdzJHdvSV M9RmFsc2XCp3Mkd29TUENIPUZhbHNIwqdzJGZsb3dNb2RIPUZhbHNIwqdzJGJ xPcKncyRzZWfYy2hMYWJlBd3Cp3Mkc2VhemNoQ2xhc3M9)
- MERLE Roger, VITU André, *Traité de droit criminel*, Cujas, 2000
- PLAZY Jean-Marie, Professeur de droit, *Cours Droit de la famille*, 2018-2019
- SZYMCZAK David, *Convention européenne des droits de l'homme : aperçu général*, Répertoire de droit européen, Dalloz, Avril 2020

### III. Articles, études, revues et travaux universitaires :

- ALLAIN Philippe. « *La prise de décision : aspects théoriques, neuro-anatomie et évaluation* », Revue de neuropsychologie, vol. 5, no. 2, 2013, pp. 69-81. [en ligne] [consulté le 28 mars 2023] <https://www.cairn.info/revue-de-neuropsychologie-2013-2-page-69.htm>
- APPELBAUM Paul Stuart, *Assessment of Patient's Competence to Consent to Treatment*, NEJM, 2007, p.1836 [en ligne] [consulté le 28 mars 2023] <https://depts.washington.edu/psychres/wordpress/wp-content/uploads/2017/07/100-Papers-in-Clinical-Psychiatry-Psychosomatic-Medicine-Assessment-of-patients%CE%93%C3%87%C3%96-competence-to-consent-to-treatment.pdf>

- BALLETT Jérôme, MAHIEU François-Régis, *Capabilité et Capacité dans le développement: repenser la question du sujet dans l'oeuvre d'Amartya Sen*, Revue Tiers Monde, 2009 /2, n°198 pages 303 à 306 [en ligne] [consulté le 28 mars 2023] <https://www.cairn.info/publications-de-Jérôme-Ballet--6849.htm>
  
- BATTEUR Annick, MAUGER-VIELPEAU Laurence, RAOUL-CORMEIL Gilles , ROGUE Fanny , *Régime des décisions médico-sociales relatives aux majeurs protégés: une ordonnance affligeante!*, Recueil Dalloz 2020, p.992.[en ligne] [consulté le 28 mars 2023] [https://www-dalloz-fr.docelec.u-bordeaux.fr/documentation/Document?ctxt=0\\_YSR0MT11bmUgb3Jkb25uYW5jZSBhZmZsaWdlYW50ZSHCP2EkcZl9RVTCp2EkcZM9RVTCp2EkcZl9RVTCp3QkcZA9OUJFQUQ4NETCp2gkaDE9UmFvdWwtQ29ybWVpbMKnaCRoMz03QzgyRjU1RcKnaCRoNj0yMDIwwqdoJGg1PTk5MsKneCRzZj1wYWdlLXJlY2hlcmlNoZQ%3D%3D&ctxtl=0\\_cyRwYWdlTnVtPTHCP3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PSNkZWZhdWx0X0Rlc2PCp3Mkc2xOYlBhZz0yMMKncyRpc2Fibz1UcnVlwqdzJHBhZ2luZz1UcnVlwqdzJG9uZ2xldD3Cp3MkZnJlZXNjb3BIPUZhbHNIwqdzJHdvSVM9RmFsc2XCp3Mkd29TUENIPUZhbHNIwqdzJGZsb3dNb2RlPUZhbHNIwqdzJGJxPcKncyRzZWZyY2hMYWJlY29uZ2xldD3Cp3Mkc2VhcmNoQ2xhc3M9&id=RECUEIL%2FCHRON%2F2020%2F1165](https://www-dalloz-fr.docelec.u-bordeaux.fr/documentation/Document?ctxt=0_YSR0MT11bmUgb3Jkb25uYW5jZSBhZmZsaWdlYW50ZSHCP2EkcZl9RVTCp2EkcZM9RVTCp2EkcZl9RVTCp3QkcZA9OUJFQUQ4NETCp2gkaDE9UmFvdWwtQ29ybWVpbMKnaCRoMz03QzgyRjU1RcKnaCRoNj0yMDIwwqdoJGg1PTk5MsKneCRzZj1wYWdlLXJlY2hlcmlNoZQ%3D%3D&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTHCP3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PSNkZWZhdWx0X0Rlc2PCp3Mkc2xOYlBhZz0yMMKncyRpc2Fibz1UcnVlwqdzJHBhZ2luZz1UcnVlwqdzJG9uZ2xldD3Cp3MkZnJlZXNjb3BIPUZhbHNIwqdzJHdvSVM9RmFsc2XCp3Mkd29TUENIPUZhbHNIwqdzJGZsb3dNb2RlPUZhbHNIwqdzJGJxPcKncyRzZWZyY2hMYWJlY29uZ2xldD3Cp3Mkc2VhcmNoQ2xhc3M9&id=RECUEIL%2FCHRON%2F2020%2F1165)
  
- BROUSSE-PROUST Agnès, *Protéger les majeurs vulnérables*, Presse de l'EHESP, Regards croisés, chap. 2, p. 115-173.
  
- *Capacité civile*, Fiches d'orientation Dalloz - Septembre 2022
  
- CELLARD Caroline, *Trousse d'information s'adressant à l'ensemble des professionnels oeuvrant auprès de la clientèle jeunesse et adulte*, Volet théorique, Université Laval, 2017
  
- COLLIN Catherine, COLLIN Tamara, DREW Liam, Wendy HOROBIN, *Le cerveau comment ça marche ? - Les faits clairement expliqués*, Le courrier du livre, 2021

- DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, *Introduction. Le discernement de l'enfant: regards croisés*, Recherches familiales, 2012/1, n°9 [en ligne] [consulté le 28 mars 2023] <https://www.cairn.info/revue-recherches-familiales-2012-1-page-103.htm>
  
- *Essai de schématisation de l'évolution dans le temps* Medecine, Health Care and Philosophy, 153-159, 2001 Kluwer Academic Publishers
  
- FOURNIER Judith, *Capacité de discernement*, médecin adjointe Service de Médecine interne Hôpital du Valais – Sion [en ligne] [consulté le 28 mars 2023] [https://www.hopitalduvalais.ch/fileadmin/files/professionnels/formations/colloques/m edecine\\_interne/190129\\_-\\_Capacite\\_Discernement\\_\\_J.Fournier\\_.pdf](https://www.hopitalduvalais.ch/fileadmin/files/professionnels/formations/colloques/m edecine_interne/190129_-_Capacite_Discernement__J.Fournier_.pdf)
  
- GARDIJAN. Nada, COCHET. Sophie, SCHMID. Thomas, *La capacité de discernement*, Hôpitaux Universitaires Genève, 30 juin 2021 [en ligne], [consulté le 28 mars 2023] [https://www.hug.ch/sites/interhug/files/atelier\\_mpr/2021.06.30\\_la-capacite-de-discernement-.pdf](https://www.hug.ch/sites/interhug/files/atelier_mpr/2021.06.30_la-capacite-de-discernement-.pdf)
  
- GRISSO Thomas, APPELBAUM Paul Stuart, *Assessing competence to consent to treatment: A guide for physicians and other health professionals*. Oxford University Press, 1998
  
- IFSI de Troyes : Institut de formation des soins infirmiers, *L'autonomie*. [en ligne] [consulté le 28 mars 2023] <http://www.ifs-troyes.fr/sites/default/files/lautonomie.pdf>
  
- *La responsabilité pénale*, Fiches d'orientation Dalloz, [en ligne] Septembre 2022, [consulté le 19 février 2023], <https://www-dalloz-fr.docelec.u-bordeaux.fr/documentation/Document?id=DZ/OASIS/000851>
  
- *Le discernement ?* Philosophie, [en ligne], [consulté le 21 février 2023]. <https://www.devoir-de-philosophie.com/philosophie/le-discernement>

- MARCHADIER Fabien, *Gestion du patrimoine*, RTD civ., Majeur protégé civ., fèv. 2020 [en ligne], [consulté le 28 mars 2023]. <https://www-dalloz-fr.docelec.u-bordeaux.fr>
  
- MARTIN David, *Le discernement : vers une conscience plus éclairée*, 2019, [en ligne], [consulté le 19 février 2023] <http://paroles-en-actes.soins-vitalite.fr/developpement-personnel/le-discernement-vers-une-conscience-plus-eclairée/>
  
- MAY-FERRIÉ Scarlett, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine, Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, IRJS Edition, 2018 [en ligne][consulté le 28 mars 2023]. <https://www.theses.fr/2015PA010324>
  
- Ministère des Solidarités et de la Santé, *Guide pour créer, structurer ou consolider un comité éthique pour la pratique du travail social*, Haut conseil du travail social, 2018, p.9 [en ligne] [consulté le 28 mars 2023]. [https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/guide\\_\\_creer\\_structurer\\_un\\_comite\\_ethique\\_\\_version\\_ap\\_hcts\\_\\_07\\_2018.pdf](https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/guide__creer_structurer_un_comite_ethique__version_ap_hcts__07_2018.pdf)
  
- MORACCHINI-ZEIDENGERG Stéphanie, *L'acte personnel de la personne vulnérable*, RTD civ, 2012. 21, [en ligne], [consulté le 28 mars 2023] <https://www-dalloz-fr.docelec.u-bordeaux.fr/documentation>
  
- PANETTO Alexandre, *Le jugement, le discernement et l'amour : de l'entêtement à l'abandon*, Art et Société, 2015[en ligne], [consulté le 28 mars 2023] <https://iphilo.fr/2015/02/21/le-jugement-le-discernement-et-lamour-de-lentetement-a-l-abandon-alexandre-panetto/>
  
- PELET. O, *La capacité de discernement est-elle expertisable ?*, Douleur et Analgésie, vol.24, 2011, p. 14-28.
  
- Rapport annuel du Défenseur des droits pour l'année 2008, p. 191

- Responsabilité médicale, Fiches d'orientation Dalloz, Janvier 2023
- RUDE-ANTOINE Edwige, *Cancer, vulnérabilité et autonomie*, Cahiers de la Justice, Dalloz 2019/4,n°4. [en ligne], [consulté le 28 mars 2023] <https://www-cairn-info.docelec.u-bordeaux.fr/revue-les-cahiers-de-la-justice-2019-4.htm>
- SEN Amartya, *Éthique et économie*, PUF, Paris, 2008
- SILBERFELD M, NASH C, SINGER PA. *Capacity to complete an advance directive*. J Am Geriatr Soc 1993; 41 :1141-3. Traduction française: WASSERFALLEN J-B, STIEFEL F, CLARKE S, CRESPO A, *Appréciation du discernement des patients: procédure d'aide à l'usage des médecins*. BMS 2004; 85 : 1701-4
- *Trouble mental*, Fiches d'orientation Dalloz, [en ligne] Septembre 2022, [consulté le 19 février 2023], <https://www-dalloz-fr.docelec.u-bordeaux.fr/documentation/Document?id=DZ/OASIS/001010>
- VEDEL Georges , *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, JCP, 1950 (I), 851, p. 425

#### IV. Codes :

- Code Civil :
  - Article 388-1, alinéa 1 du C.civ
  - Article 415, alinéa 2 du C.civ
  - Article 415, alinéa 3 du C.civ
  - Article 425 C.civ
  - Article 428 C.civ
  - Article 441 C.civ
  - Article 903 et suivants C.civ



- Article 1178 C. civ
- Code Civil Suisse :
  - Article 16 C.civ Suisse
- Code Pénal :
  - Article 122-1, alinéa 1 du C.p
- Code de la Santé Publique :
  - Article L - 1111- 6 CSP
  - Article L - 1111 - 11 CSP

## V. **Jurisprudences** :

### A. **Jurisprudences rendues par les juridictions françaises** :

#### Cours d'Appel :

- CA, Aix-en-Provence, 28 oct. 2011, RG, n°11/00127

#### Cour de Cassation :

- Cass. civ. 1re 18 mars 2015, n°14-11.392
- Cass, civ. 1<sup>ère</sup>, 08 février 2017, n°16-12.958.
- Cass, civ. 1 re, 8 janv. 2020, n° 18-23. 948
- Cass.crim. 13 déc. 1956, Bull. crim.1956 n°55-05.772 - Arrêt Laboube
- Cass, crim. 06 juin 1979, n°78-92.860

### B. **Jurisprudences rendues par les juridictions européennes** :

#### Cour européenne des droits de l'homme :

- CEDH 29 avr. 2002, Pretty c/ Royaume-Uni, req. n° 2346/02

**C. Jurisprudences rendues par les juridictions étrangères :**

- Arrêt non publié de la IIe Cour de droit civil du Tribunal fédéral du 16 octobre 2007, 5A.204/2007, cons 4 in fine
  
- Arrêt non publié de la IIe Cour de droit civil du 19 janvier 2009, 5A.723/2008, cons. 2.1

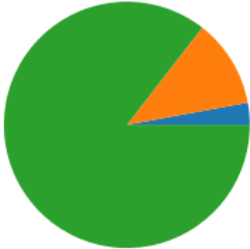
# ANNEXES

<b>ANNEXES.....</b>	<b>98</b>
<b>I. Annexe n°1 : Graphiques.....</b>	<b>99</b>
<b>II. Annexe n°2 : Exemple de questionnaire à destination des professionnels.....</b>	<b>119</b>
<b>III. Annexe n°3 : Exemple de la fiche d'entretien à destination des professionnel...</b>	<b>123</b>
<b>IV. Annexe n°4 : Exemple du MMSE (Mini-Mental State Examination).....</b>	<b>125</b>
<b>V. Annexe n°5 : Ace capacity evaluation (ACE).....</b>	<b>127</b>
<b>VI. Annexe n°6 : Questionnaire de Silberfeld.....</b>	<b>129</b>

## I. Annexe n°1 : Graphiques

4. Question 3: Avez-vous déjà été confronté à une situation nécessitant une évaluation du discernement ?

Je sais pas : 2 (2.90%)  
Non : 8 (11.59%)  
Oui : 59 (85.51%)



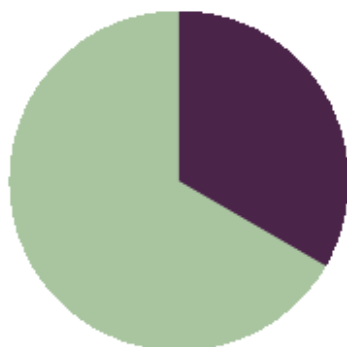
Q4: Si oui, à quelle fréquence êtes-vous confronté à l'évaluation du discernement ? (Médecin)

Tous les jours : 4 (28.57%)  
Au moins une fois dans la semaine : 3 (21.43%)  
Au moins une fois par mois : 3 (21.43%)  
Quelques fois dans mon expérience professionnelle : 2 (14.29%)



Q4: Si oui, à quelle fréquence êtes-vous confronté à l'évaluation du discernement ?  
(Travailleurs sociaux)

- Quelques fois dans mon expérience professionnelle : 2 (66.67%)
- Au moins une fois dans la semaine : 1 (33.33%)



Q4: Si oui, à quelle fréquence êtes-vous confronté à l'évaluation du discernement ?  
(Juriste)

- Quelques fois dans mon expérience professionnelle : 5 (45.45%)
- Au moins une fois par mois : 2 (18.18%)
- Au moins une fois dans la semaine : 1 (9.09%)



Q4: Si oui, à quelle fréquence êtes-vous confronté à l'évaluation du discernement ?  
(Autre professionnel de la santé)

- Quelques fois dans mon expérience professionnelle : 6 (37.50%)
- Au moins une fois dans la semaine : 5 (31.25%)
- Tous les jours : 3 (18.75%)
- Au moins une fois par mois : 2 (12.50%)

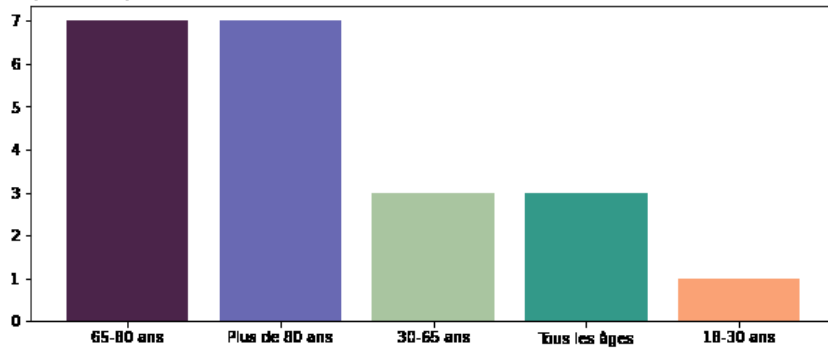


Q4: Si oui, à quelle fréquence êtes-vous confronté à l'évaluation du discernement ?  
(Autre professionnel du secteur médico-social)

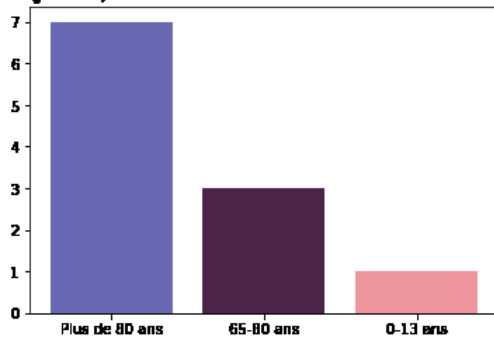
- Quelques fois dans mon expérience professionnelle : 8 (38.10%)
- Au moins une fois dans la semaine : 4 (19.05%)
- Tous les jours : 3 (14.29%)
- Autre : 2 (9.52%)



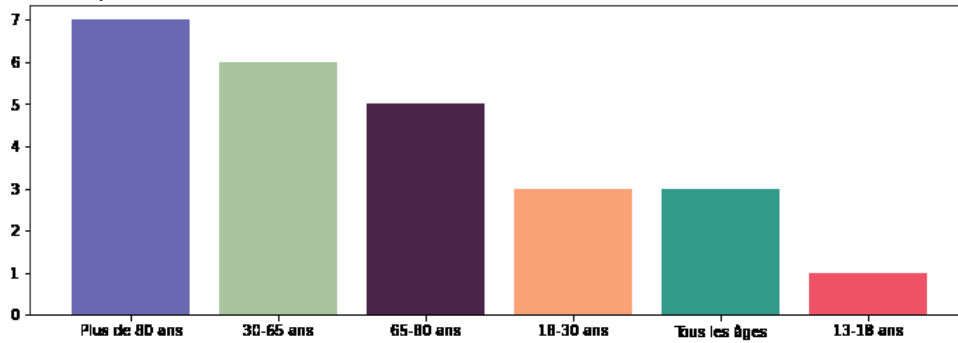
**Q5: Dans le cadre de cette évaluation, dans quelle tranche d'âge ces personnes se situaient-elles ? (plusieurs réponses possibles)  
(Médecin)**



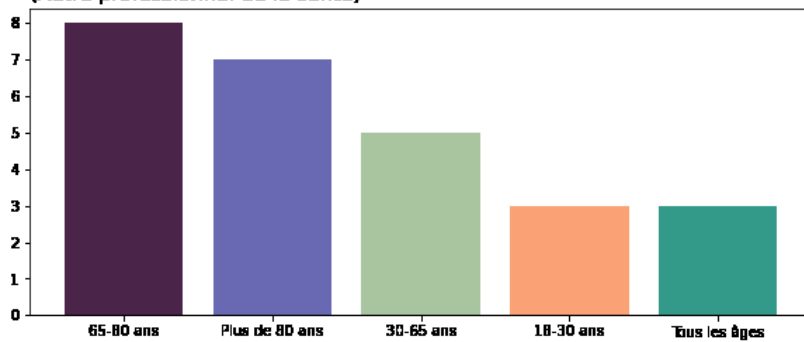
**Q5: Dans le cadre de cette évaluation, dans quelle tranche d'âge ces personnes se situaient-elles ? (plusieurs réponses possibles)  
(Juriste)**



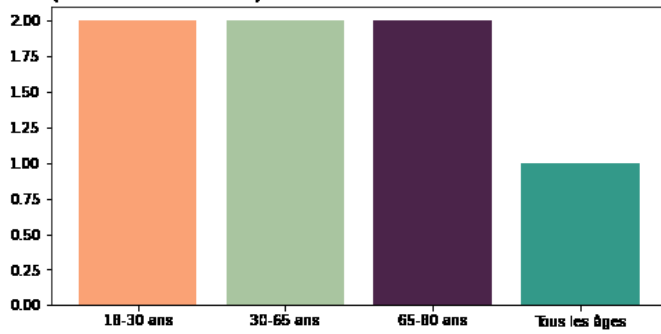
**Q5: Dans le cadre de cette évaluation, dans quelle tranche d'âge ces personnes se situaient-elles ? (plusieurs réponses possibles)  
(Autre professionnel du secteur médico-social)**



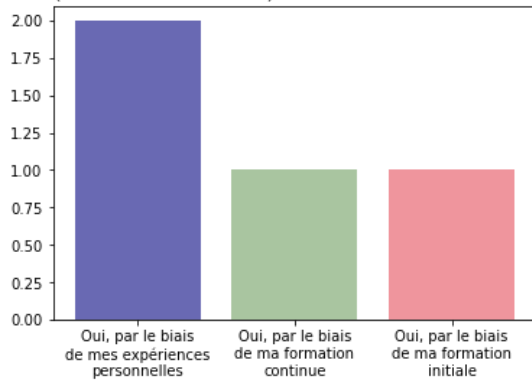
**Q5: Dans le cadre de cette évaluation, dans quelle tranche d'âge ces personnes se situaient-elles ? (plusieurs réponses possibles)  
(Autre professionnel de la santé)**



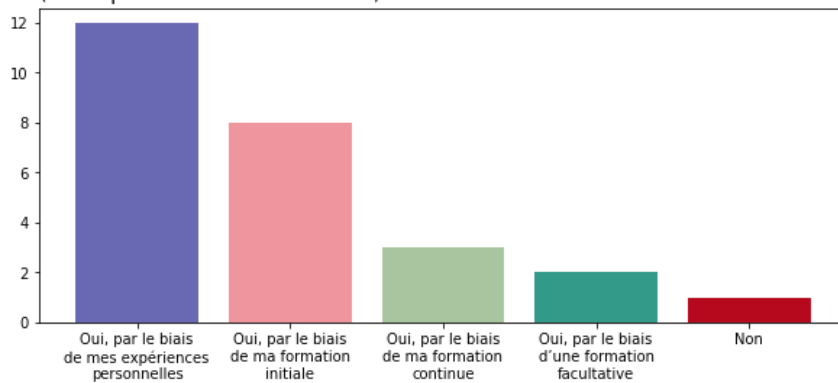
**Q5: Dans le cadre de cette évaluation, dans quelle tranche d'âge ces personnes se situaient-elles ? (plusieurs réponses possibles)  
(Travailleurs sociaux)**



**Q6: Etes-vous sensibilisé à l'évaluation du discernement ? (plusieurs réponses possibles)  
(Travailleurs sociaux)**

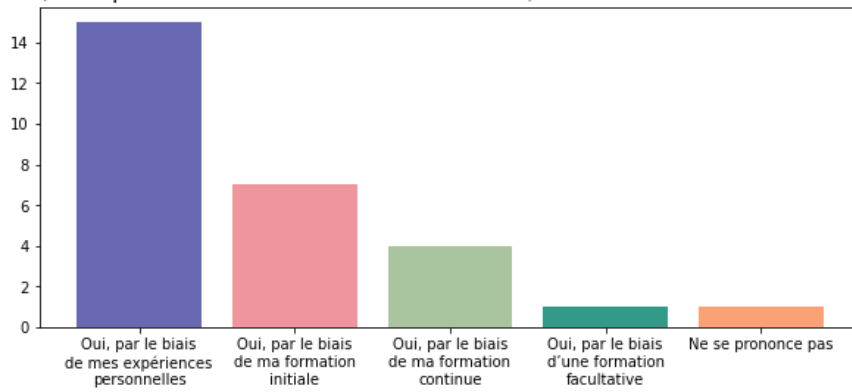


**Q6: Etes-vous sensibilisé à l'évaluation du discernement ? (plusieurs réponses possibles)  
(Autre professionnel de la santé)**

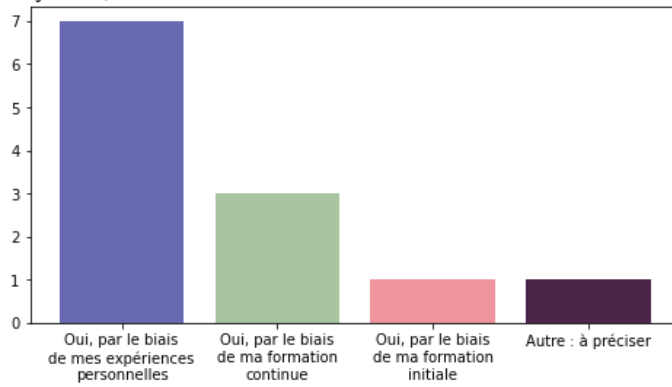




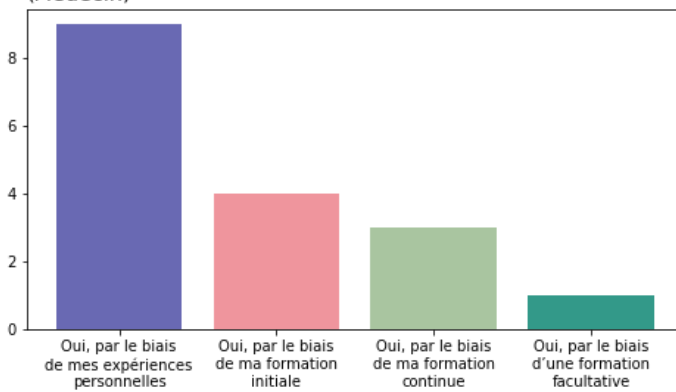
Q6: Etes-vous sensibilisé à l'évaluation du discernement ? (plusieurs réponses possibles)  
(Autre professionnel du secteur médico-social)



Q6: Etes-vous sensibilisé à l'évaluation du discernement ? (plusieurs réponses possibles)  
(Juriste)

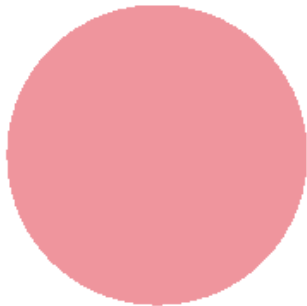


Q6: Etes-vous sensibilisé à l'évaluation du discernement ? (plusieurs réponses possibles)  
(Médecin)



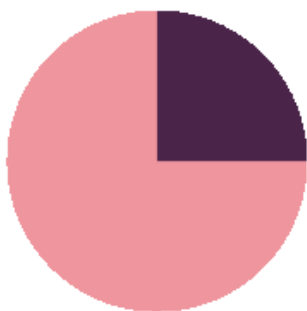
Q7: Considérez-vous que vous êtes compétent pour évaluer le discernement d'une personne ?  
(Travailleurs sociaux)

Pas assez compétent : 3 (100.00%)



Q7: Considérez-vous que vous êtes compétent pour évaluer le discernement d'une personne ?  
(Médecin)

Pas assez compétent : 9 (64.29%)  
Compétent : 3 (21.43%)



Q7: Considérez-vous que vous êtes compétent pour évaluer le discernement d'une personne ?  
(Juriste)

Pas assez compétent : 4 (36.36%)  
Compétent : 2 (18.18%)  
Ne se prononce pas : 1 (9.09%)



Q7: Considérez-vous que vous êtes compétent pour évaluer le discernement d'une personne ?  
(Autre professionnel du secteur médico-social)

■ Pas assez compétent : 11 (52.38%)  
■ Compétent : 4 (19.05%)  
■ Pas compétent : 2 (9.52%)



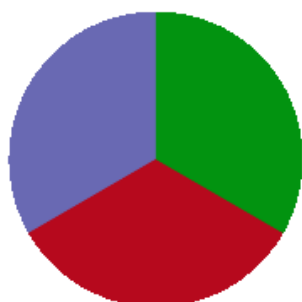
Q7: Considérez-vous que vous êtes compétent pour évaluer le discernement d'une personne ?  
(Autre professionnel de la santé)

■ Pas assez compétent : 8 (50.00%)  
■ Compétent : 7 (43.75%)  
■ Pas compétent : 1 (6.25%)



Q8: Disposez-vous d'outils pour évaluer le discernement ?  
(Travailleurs sociaux)

■ Ne se prononce pas : 1 (33.33%)  
■ Non : 1 (33.33%)  
■ Oui : 1 (33.33%)



Q8: Disposez-vous d'outils pour évaluer le discernement ?  
(Médecin)

■ Non : 9 (64.29%)  
■ Je ne sais pas : 3 (21.43%)  
■ Oui : 2 (14.29%)



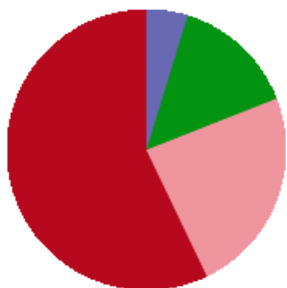
Q8: Disposez-vous d'outils pour évaluer le discernement ?  
(Juriste)

■ Non : 5 (45.45%)  
■ Oui : 3 (27.27%)  
■ Ne se prononce pas : 2 (18.18%)  
■ Je ne sais pas : 1 (9.09%)



Q8: Disposez-vous d'outils pour évaluer le discernement ?  
(Autre professionnel du secteur médico-social)

■ Non : 12 (57.14%)  
■ Je ne sais pas : 5 (23.81%)  
■ Oui : 3 (14.29%)  
■ Ne se prononce pas : 1 (4.76%)

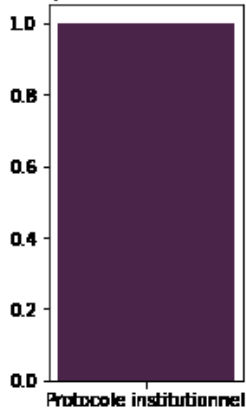


Q8: Disposez-vous d'outils pour évaluer le discernement ?  
(Autre professionnel de la santé)

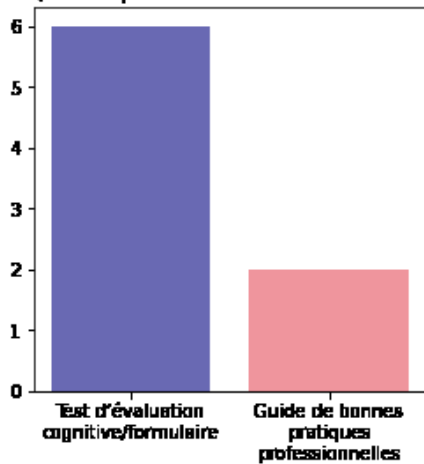
■ Non : 9 (56.25%)  
■ Oui : 6 (37.50%)  
■ Je ne sais pas : 1 (6.25%)



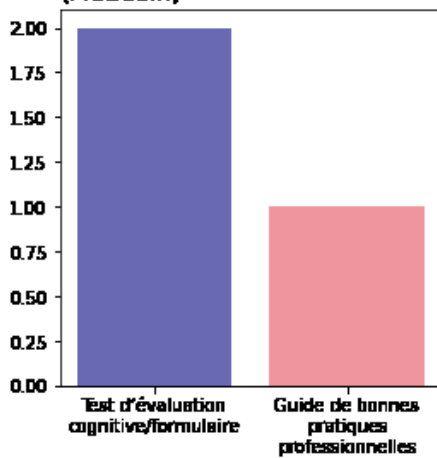
**Q9: Si oui, de quel type d'outils disposez-vous ? (plusieurs réponses possibles)  
(Travailleurs sociaux)**



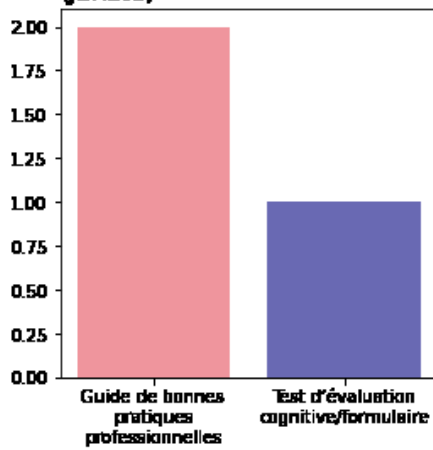
**Q9: Si oui, de quel type d'outils disposez-vous ? (plusieurs réponses possibles)  
(Autre professionnel de la santé)**



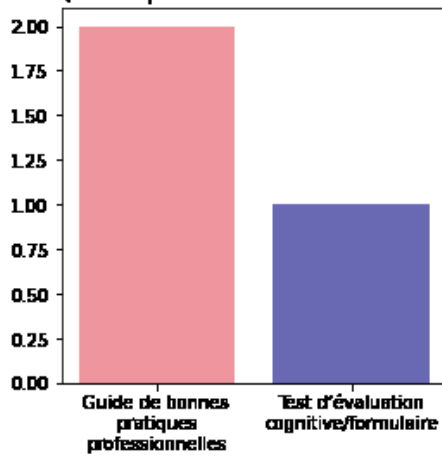
**Q9: Si oui, de quel type d'outils disposez-vous ? (plusieurs réponses possibles)  
(Médecin)**



**Q9: Si oui, de quel type d'outils disposez-vous ? (plusieurs réponses possibles)  
(Juriste)**

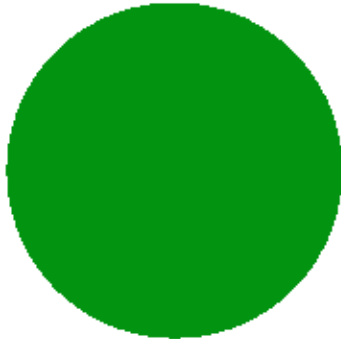


**Q9: Si oui, de quel type d'outils disposez-vous ? (plusieurs réponses possibles)  
(Autre professionnel du secteur médico-social)**



Q10: Si oui, les utilisez-vous ?  
(Travailleurs sociaux)

Oui : 1 (33.33%)



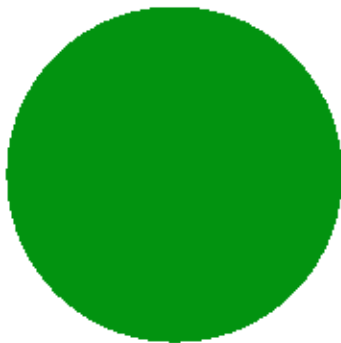
Q10: Si oui, les utilisez-vous ?  
(Juriste)

Oui : 2 (18.18%)  
Non : 1 (9.09%)



Q10: Si oui, les utilisez-vous ?  
(Médecin)

Oui : 2 (14.29%)



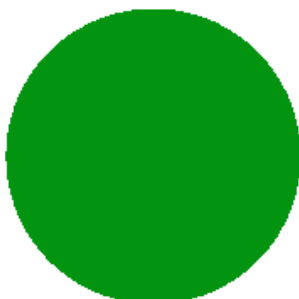
Q10: Si oui, les utilisez-vous ?  
(Autre professionnel de la santé)

Oui : 5 (31.25%)  
Non : 1 (6.25%)



Q10: Si oui, les utilisez-vous ?  
(Autre professionnel du secteur médico-social)

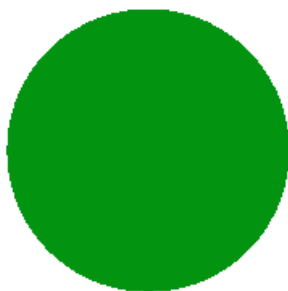
Oui : 3 (14.29%)





Q11: Si vous n'avez pas d'outils, est-ce que cela vous serait utile dans le cadre de votre profession ?  
(Travailleurs sociaux)

Oui : 2 (66.67%)



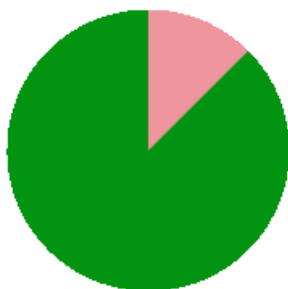
Q11: Si vous n'avez pas d'outils, est-ce que cela vous serait utile dans le cadre de votre profession ?  
(Médecin)

Oui : 11 (78.57%)  
Je ne sais pas : 1 (7.14%)



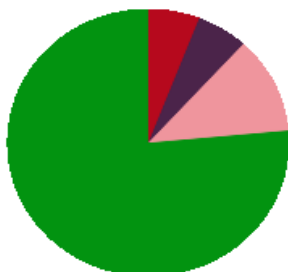
Q11: Si vous n'avez pas d'outils, est-ce que cela vous serait utile dans le cadre de votre profession ?  
(Juriste)

Oui : 7 (63.64%)  
Je ne sais pas : 1 (9.09%)



Q11: Si vous n'avez pas d'outils, est-ce que cela vous serait utile dans le cadre de votre profession ?  
(Autre professionnel du secteur médico-social)

Oui : 13 (61.90%)  
Je ne sais pas : 2 (9.52%)  
Ne se prononce pas : 1 (4.76%)  
Non : 1 (4.76%)

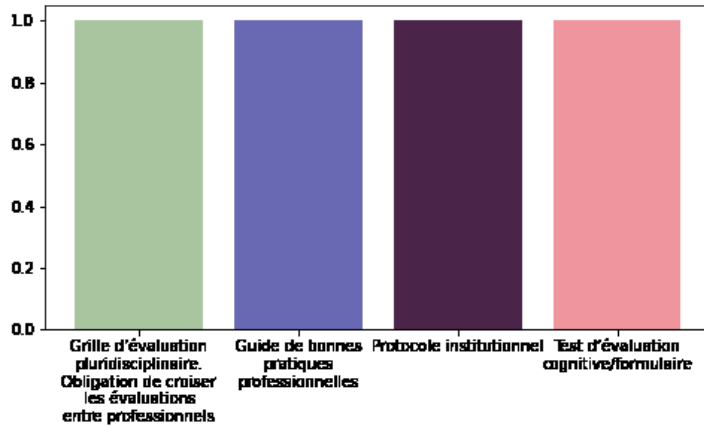


Q11: Si vous n'avez pas d'outils, est-ce que cela vous serait utile dans le cadre de votre profession ?  
(Autre professionnel de la santé)

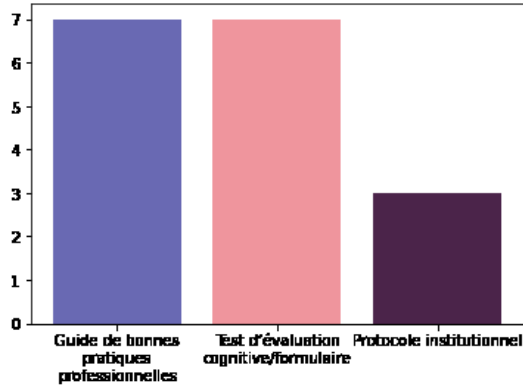
Oui : 9 (56.25%)  
Non : 1 (6.25%)



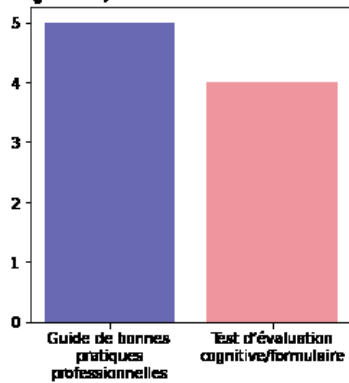
**Q12: Si oui, quels outils vous semblent les plus opportuns ? (plusieurs réponses possibles)  
(Travailleurs sociaux)**



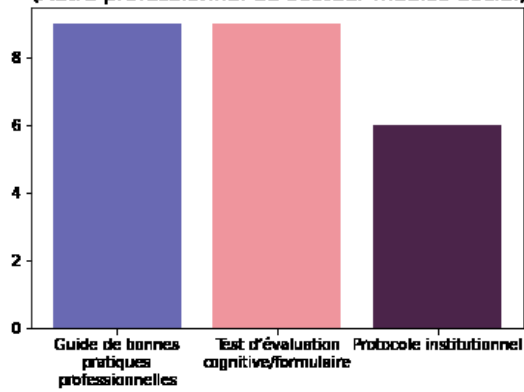
**Q12: Si oui, quels outils vous semblent les plus opportuns ? (plusieurs réponses possibles)  
(Médecin)**



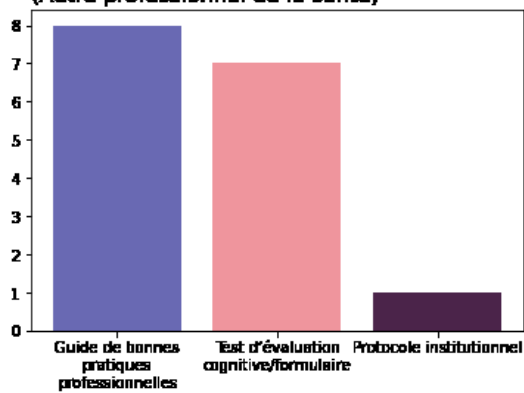
**Q12: Si oui, quels outils vous semblent les plus opportuns ? (plusieurs réponses possibles)  
(Juriste)**



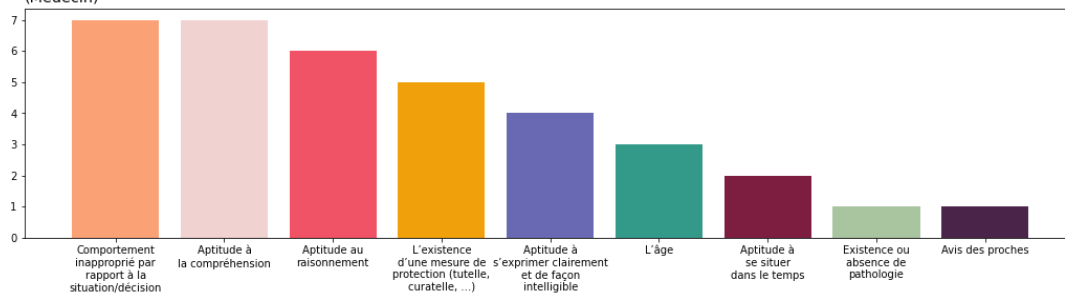
**Q12: Si oui, quels outils vous semblent les plus opportuns ? (plusieurs réponses possibles)  
(Autre professionnel du secteur médico-social)**



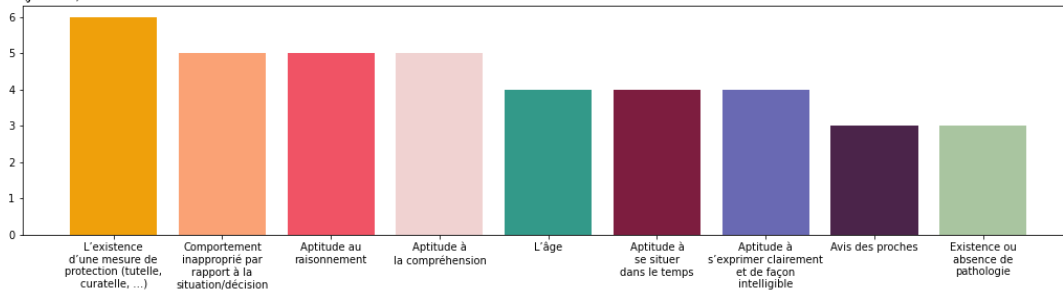
**Q12: Si oui, quels outils vous semblent les plus opportuns ? (plusieurs réponses possibles)  
(Autre professionnel de la santé)**



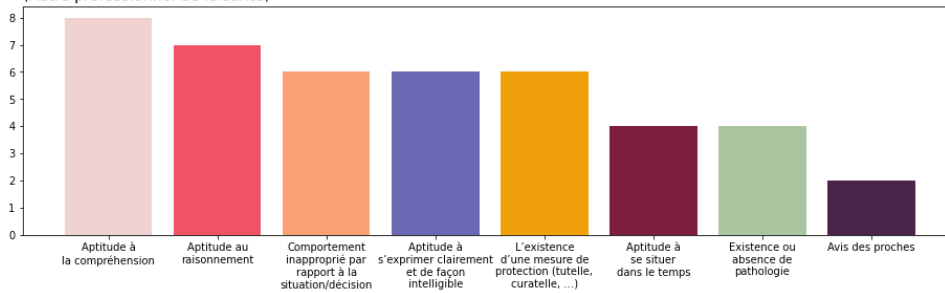
**Q14: Si oui, lesquels ? (plusieurs réponses possibles)  
(Médecin)**



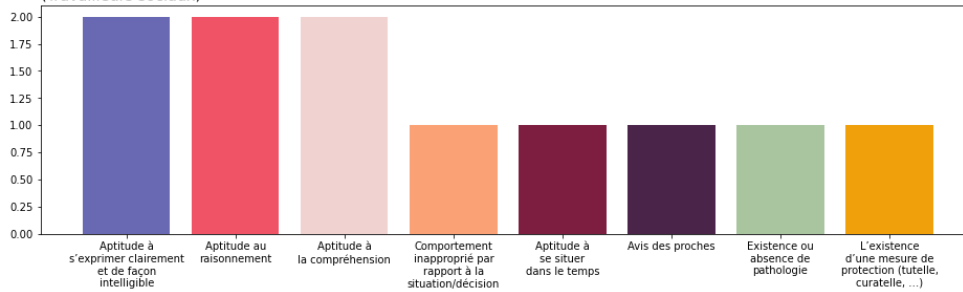
Q14: Si oui, lesquels ? (plusieurs réponses possibles)  
(Juriste)



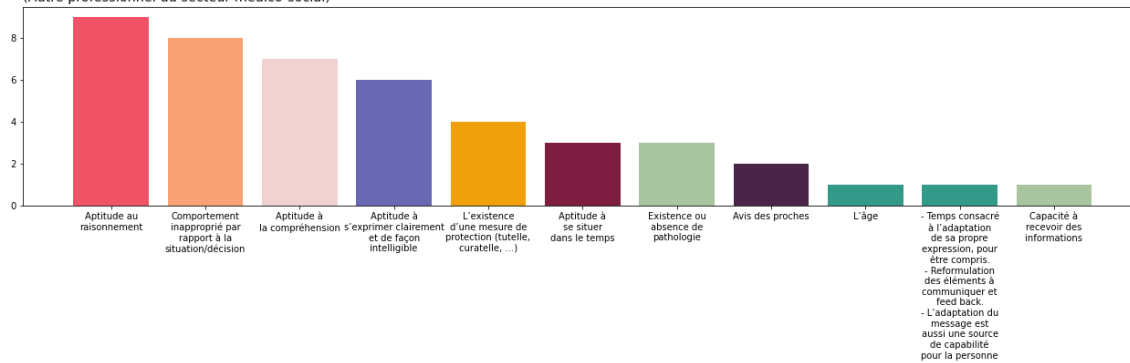
Q14: Si oui, lesquels ? (plusieurs réponses possibles)  
(Autre professionnel de la santé)



Q14: Si oui, lesquels ? (plusieurs réponses possibles)  
(Travailleurs sociaux)



Q14: Si oui, lesquels ? (plusieurs réponses possibles)  
(Autre professionnel du secteur médico-social)



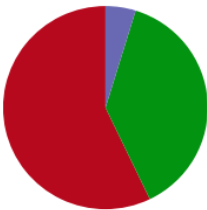
Q15: L'attention portée à l'évaluation du discernement d'une personne dépend-elle selon vous de la gravité de l'acte à réaliser ou de la décision à prendre ? (Autre professionnel de la santé)

Oui : 10 (62.50%)  
Non : 6 (37.50%)



Q15: L'attention portée à l'évaluation du discernement d'une personne dépend-elle selon vous de la gravité de l'acte à réaliser ou de la décision à prendre ? (Autre professionnel du secteur médico-social)

Non : 12 (57.14%)  
Oui : 8 (38.10%)  
Je ne sais pas : 1 (4.76%)



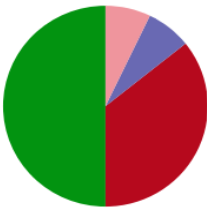
Q15: L'attention portée à l'évaluation du discernement d'une personne dépend-elle selon vous de la gravité de l'acte à réaliser ou de la décision à prendre ? (Juriste)

Non : 6 (54.55%)  
Oui : 5 (45.45%)



Q15: L'attention portée à l'évaluation du discernement d'une personne dépend-elle selon vous de la gravité de l'acte à réaliser ou de la décision à prendre ? (Médecin)

Oui : 7 (50.00%)  
Non : 5 (35.71%)  
Je ne sais pas : 1 (7.14%)  
Ne se prononce pas : 1 (7.14%)



Q15: L'attention portée à l'évaluation du discernement d'une personne dépend-elle selon vous de la gravité de l'acte à réaliser ou de la décision à prendre ?  
(Travailleurs sociaux)

■ Ne se prononce pas : 2 (66.67%)  
■ Non : 1 (33.33%)



## **II. Annexe n°2 : Exemple de questionnaire à destination des professionnels**

**Question 1** : A quel corps de métier appartenez-vous ?

- Assureur
- Autre professionnel de la santé
- Autre professionnel du secteur médico-social
- Autre : à préciser
- Directeur ESAT et EHPAD
- Juriste (magistrat, notaire, avocat,...)
- Médecin
- Psychiatre
- Travailleurs sociaux

**Question 2** : Dans quelle tranche d'âge vous situez-vous ?

- 18-35 ans
- 36- 50 ans
- 51 ans et plus

**Question 3** : Avez-vous déjà été confronté à une situation nécessitant une évaluation du discernement ?

- Oui
- Non
- Je sais pas

**Question 4** : Si oui, à quelle fréquence êtes-vous confronté à l'évaluation du discernement ?

- Tous les jours
- Au moins une fois dans la semaine
- Au moins une fois par mois
- Quelques fois dans mon expérience professionnelle
- Autre

**Question 5** : Dans le cadre de cette évaluation, dans quelle tranche d'âge ces personnes se situaient-elles ? (plusieurs réponses possibles)



- Tous les âges
- 0-13 ans
- 13-18 ans
- 18 -30 ans
- 30- 65 ans
- 65- 80 ans
- plus de 80 ans

**Question 6** : Etes-vous sensibilisé à l'évaluation du discernement ? (plusieurs réponses possibles)

- Autre : à préciser
- Ne se prononce pas
- Non
- Oui, par le biais de ma formation continue
- Oui, par le biais de ma formation initiale
- Oui, par le biais de mes expériences professionnelles
- Oui, par le biais d'une formation facultative

**Question 7** : Considérez-vous que vous êtes compétent pour évaluer le discernement d'une personne ?

- Compétent
- Ne se prononce pas
- Pas assez compétent
- Pas compétent

**Question 8** : Disposez-vous d'outils pour évaluer le discernement ?

- Oui
- Non
- Je ne sais pas
- Ne se prononce pas

**Question 9** : Si oui, de quel type d'outils disposez-vous ? (plusieurs réponses possibles)

- Guide de bonnes pratiques professionnelles
- Protocole institutionnel

- Test d'évaluation cognitive/formulaire
- Autre : à préciser

**Question 10** : Si oui, les utilisez-vous ?

- Oui
- Non
- Je ne sais pas

**Question 11**: Si vous n'avez pas d'outils, est-ce que cela vous serait utile dans le cadre de votre profession ?

- Oui
- Non
- Je ne sais pas
- Ne se prononce pas

**Question 12** : Si oui, quels outils vous semblent les plus opportuns ? (plusieurs réponses possibles)

- Guide de bonnes pratiques professionnelles
- Protocole institutionnel
- Test d'évaluation cognitive/formulaire
- Autre : à préciser

**Question 13** : Existe-t-il selon-vous des critères objectifs permettant d'évaluer le discernement ?

- Oui
- Non
- Je ne sais pas
- Ne se prononce pas

**Question 14** : Si oui, lesquels ?

- Aptitude au raisonnement
- Aptitude à la compréhension
- Aptitude à se situer dans le temps
- Aptitude à s'exprimer clairement et de façon intelligible
- Avis des proches

- Comportement inapproprié par rapport à la situation/ décision
- Existence ou absence de pathologie
- L'âge
- L'existence d'une mesure de protection (tutelle, curatelle,...)
- Autre : précisez

**Question 15** : L'attention portée à l'évaluation du discernement d'une personne dépend-elle selon vous de la gravité de l'acte à réaliser ou de la décision à prendre ?

- Oui
- Non
- Je ne sais pas
- Ne se prononce pas

### **III. Annexe n°3 : Exemple de la fiche d'entretien à destination des professionnels**

**Question n°1** : Savez-vous ce qu'est le discernement ? Pouvez-vous en donner une définition ?

**Question n°2** : Dans quelles situations devez-vous évaluer le discernement d'une personne ?

**Question n°3** : Disposez-vous d'outils pour évaluer le discernement ?

**Question n°4** : Si non, comment faites-vous ?

**Question n°5** : Si oui et que vous les utilisez, les trouvez-vous pertinents ? Pourquoi les outils ne sont pas pertinents ? (pas de temps, pas logique, trop long, résultat qui ne correspond à la réalité selon vous...)

**Question n°6** : Avez-vous eu des formations à ce sujet ?

**Question n°7** : Peut être que critères existent mais mal diffusés, mal compris ?

**Question n°8** : Quelles sont les contraintes que vous rencontrez pour évaluer le discernement ?

**Question n°9** : Diriez-vous que l'attention portée à l'évaluation du discernement d'une personne dépend-elle de la gravité de l'acte à réaliser ou de la décision à prendre ? Est ce que le fait de prendre une décision irrationnelle est un indicateur du manque de discernement ?

**Question n°10** : De même, est-ce que votre degré d'attention sur l'appréciation discernement ne dépend pas de votre responsabilité encourue ?

**Question n°11** : Est-ce qu'il vaudrait mieux appréhender le discernement par degré en fonction de l'acte à réaliser ?

**Question n°12** : En cas de doute sur la capacité de discernement de la personne, pensez-vous qu'il faut privilégier sa protection ou son autonomie ?

**Question n°13** : L'élaboration d'une liste de critères visant à apprécier le discernement vous serait-il utile dans votre pratique ?

**Question n°14** : Par exemples lesquels (critères) ?

**Question n°15** : Qu'attendriez-vous à trouver dans notre rapport ?

#### IV. Annexe n°4 : Exemple du MMSE (Mini-Mental State Examination)

### **Mini-Mental State Examination dans sa version consensuelle établie par le groupe de recherche et d'évaluation des outils cognitifs (GRECO)**

#### **Orientation**

*Je vais vous poser quelques questions pour apprécier comment fonctionne votre mémoire. Les unes sont très simples, les autres un peu moins. Vous devez répondre du mieux que vous pouvez.*

1. En quelle année sommes-nous ? .....
2. En quelle saison ? .....
3. En quel mois ? .....
4. Quel jour du mois ? .....
5. Quel jour de la semaine ? .....

*Je vais vous poser maintenant quelques questions sur l'endroit où nous nous trouvons :*

6. Quel est le nom de l'hôpital où nous sommes ? .....   
*(si l'examen est réalisé en cabinet, demander le nom du cabinet médical ou de la rue où il se trouve)*
7. Dans quelle ville se trouve-t-il ? .....
8. Quel est le nom du département dans lequel est située cette ville ? .....
9. Dans quelle région est situé ce département ? .....
10. À quel étage sommes-nous ici ? .....

#### **Apprentissage**

*Je vais vous dire 3 mots. Je voudrais que vous me les répétiez et que vous essayiez de les retenir car je vous les redemanderai tout à l'heure.*

11. Cigare .....
12. Fleur .....
13. Porte .....

Répétez les 3 mots.

**Attention et calcul**

Voulez-vous compter à partir de 100 en retirant 7 à chaque fois ?

- 14. 93 .....
- 15. 86 .....
- 16. 79 .....
- 17. 72 .....
- 18. 65 .....

Pour tous les sujets, même ceux qui ont obtenu le maximum de points, demander : voulez-vous épeler le mot MONDE à l'envers : EDNOM. Le score correspond au nombre de lettres dans la bonne position. (Ce chiffre ne doit pas figurer dans le score global.)

**Rappel**

Pouvez-vous me dire quels étaient les 3 mots que je vous ai demandé de répéter et de retenir tout à l'heure ?

- 19. Cigare .....
- 20. Fleur .....
- 21. Porte .....

**Langage**

- 22. Montrer un crayon. Quel est le nom de cet objet ? .....
- 23. Montrer votre montre. Quel est le nom de cet objet ? .....
- 24. Ecoutez bien et répétez après moi : "Pas de mais, de si, ni de et" .....
- 25. Poser une feuille de papier sur le bureau, la montrer au sujet en lui disant : *Écoutez bien et faites ce que je vais vous dire :*  
Prenez cette feuille de papier avec la main droite .....
- 26. Pliez-la en deux .....
- 27. Et jetez-la par terre .....
- 28. Tendre au sujet une feuille de papier sur laquelle est écrit en gros caractères :

- "Fermez les yeux" et dire au sujet : *Faites ce qui est écrit* .....
- 29. Tendre au sujet une feuille de papier et un stylo, en disant :  
*Voulez-vous m'écrire une phrase, ce que vous voulez, mais une phrase entière.*  
Cette phrase doit être écrite spontanément. Elle doit contenir un sujet, un verbe, et avoir un sens.

**Praxies constructives**

- 30. Tendre au sujet une feuille de papier et lui demander :  
*"Voulez-vous recopier ce dessin ?"*

**Compter 1 point pour chaque bonne réponse.**  
**SCORE GLOBAL/30 (les seuils pathologiques dépendent du niveau socioculturel).**

Derouesné C, Poitreneau J, Hugonot L, Kalafat M, Dubois B, Laurent B. Au nom du groupe de recherche sur l'évaluation cognitive (GRECO). Le Mental-State Examination (MMSE): un outil pratique pour l'évaluation de l'état cognitif des patients par le clinicien. Version française consensuelle. Presse Méd. 1999;28:1141-8.

Kalafat M, Hugonot-Diener L, Poitreneau J. Standardisation et étalonnage français du « Mini Mental State » (MMS) version GRECO. Rev Neuropsychol 2003 ;13(2) :209-36.

<sup>139</sup> Grilles d'exemple du MMSE, proposée par la Haute Autorité de Santé

## V. Annexe n°5 : Ace capacity evaluation (ACE)

### ACE SAMPLE QUESTIONS

#### 1. Medical Condition:

- What problems are you having right now?
- What problem is bothering you most?
- Why are you in the hospital?

#### 2. Proposed Treatment:

- What is the treatment for [your problem]?
- What else can we do to help you?
- Can you have [proposed treatment]?

#### 3. Alternatives:

- Are there any other [treatments]?
- What other options do you have?
- Can you have [alternative treatment]?

#### 4. Option of Refusing Proposed Treatment (including withholding or withdrawing proposed treatment):

- Can you refuse [proposed treatment]?
- Can we stop [proposed treatment]?

#### 5. Consequences of Accepting Proposed Treatment:

- What could happen to you if you have [proposed treatment]?
- Can [proposed treatment] cause problems/side effects?
- Can [proposed treatment] help you live longer?

#### 6. Consequences of Refusing Proposed Treatment:

- What could happen to you if you don't have [proposed treatment]?
- Could you get sicker/die if you don't have [proposed treatment]?
- What could happen if you have [alternative treatment]? (*If alternatives are available*)

#### 7a. The Person's Decision is Affected by Depression:

- Can you help me understand why you've decided to accept/refuse treatment?
- Do you feel that you're being punished?
- Do you think you're a bad person?
- Do you have any hope for the future?
- Do you deserve to be treated?

#### 7b. The Person's Decision is Affected by Psychosis:

- Can you help me understand why you've decided to accept/refuse treatment?
- Do you think anyone is trying to hurt/harm you?
- Do you trust your doctor/nurse?



**Overall Impression :**

Definitely Capable	[ ]
Probably Capable	[ ]
Probably Incapable	[ ]
Definitely Incapable	[ ]

**Comments:**

**(for example; need for psychiatric assessment, further disclosure and discussion with patient, or consultation with family)**

---

---

---

---

---

The initial ACE assessment is the first step in the capacity assessment process. If the ACE is definitely or probably incapable, considerable treatable or reversible causes of incapacity (e.g. drug toxicity). Repeat the capacity assessment once these factors have been addressed. If the ACE result is probably incapable or probably capable, then take further steps to clarify the situation. For example, if you are unsure about the person's ability to understand the proposed treatment, then a further interview which specifically focuses on this area would be helpful. Similarly, consultation with family, cultural, and religious figure and/or psychiatrist, may clarify some areas of uncertainty.

Never base a finding of incapacity solely on your interpretation of domain **7a** and **7b**. Even if you are sure that the decision is based on a delusion or depression, we suggest that you always get an independent assessment.

140

---

<sup>140</sup> Exemple issu de l'association canadienne de protection médicale, CMPA, [en ligne], [consulté le 28 mars 2023] <https://www.cmpa-acpm.ca/fr/home>

## VI. Annexe n°6 : Questionnaire de Silberfeld

Questions	Réponses	
1. Pouvez-vous donner un résumé de la situation?	Problème chronique (1) ou Problème aigu (1)	
2. Quel traitement souhaiteriez-vous si vous vous trouviez dans cette situation?	Réponse claire (1)	
3. Pouvez-vous nommer un autre choix possible pour vous?	Un autre choix de traitement (1)	
4. Quelles sont les raisons de votre choix?	Une raison valable (1)	
5. Quels sont les problèmes associés à votre choix de traitement ?	Un problème (1)	
6. Que signifiera votre décision pour vous et votre famille ?	Pour le patient (1) Pour la famille (1)	
7. Quel effet à court terme aura le traitement ?	Effet à court terme (1)	
8. Pouvez-vous penser à un effet à long terme ?	Effet à long terme (1)	
9. Pouvez-vous répéter quel traitement vous souhaitez ?	Répétition de la réponse à la question 2 (1)	
<b>Total :</b>		Min 6/10

	Somme des scores	+	Nombre d'items	=	Score intermédiaire
<b>Compréhension</b>					
Problème		÷		=	
Traitement		÷		=	
Risques/bénéf.		÷		=	
Score compréhension (0-6)					
<b>Appréciation</b>					
Problème					
Traitement					
Score appréciation (0-4)					
<b>Raisonnement</b>					
Conséquences					
Comparaison					
Générer conséquences					
Cohérence logique					
Score raisonnement (0-8)					
Score expression d'un choix (0-2)					

141

<sup>141</sup> SILBERFELD M, NASH C, SINGER PA. *Capacity to complete an advance directive*. J Am Geriatr Soc 1993; 41 :1141-3. Traduction française: WASSERFALLEN J-B, STIEFEL F, CLARKE S, CRESPO A, *Appréciation du discernement des patients: procédure d'aide à l'usage des médecins*. BMS 2004; 85 : 1701-4

# AUTEURS

Cette étude sur la notion du discernement a été réalisée par les étudiants du Master II - Droit des personnes et des familles de la Faculté de droit et science politique de l'Université de Bordeaux, pour l'année universitaire 2022-2023.

Sophie AUBERT, Hélène BONNEL, Ilyana CHEZE, Elisa CONTAMINE, Maëlle DE ARAUJO, Léa DENIZEAU, Pauline DEROULLEDE, , Clarisse GERBIER, Solenne IRIBARREN, Méline LEROUX, Noa MAXWELL, Quentin MORISSON, Pauline PASCAL-LECOQ, Talhia SAINTE-CROIX, Marthe VASTEL et Charlotte WINNINGER

Sous la direction de

Mesdames Adeline GOUTTENOIRE et Marie LAMARCHE