

Les droits de la personne âgée : proposition d'un statut de post-majorité

Caroline Gerard

► To cite this version:

Caroline Gerard. Les droits de la personne âgée : proposition d'un statut de post-majorité. Droit. Université d'Avignon, 2018. Français. NNT : 2018AVIG2062 . tel-01969319

HAL Id: tel-01969319

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01969319>

Submitted on 24 Jan 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE
ÉCOLE DOCTORALE 537 CULTURE ET PATRIMOINE LABORATOIRE BIENS NORMES CONTRATS
FACULTÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE ET DE GESTION

**LES DROITS DE LA PERSONNE ÂGÉE
PROPOSITION D'UN STATUT DE POST-MAJORITÉ**

THÈSE
Pour obtenir le grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ D'AVIGNON
ET DES PAYS DE VAUCLUSE
Discipline : Droit

Présentée et soutenue publiquement
Le 2 juillet 2018, par

Caroline GÉRARD

Membres du jury :

Madame Aurore CHAIGNEAU

Professeur à l'Université Paris Nanterre, Doyen honoraire de la Faculté de Droit d'Amiens.

Monsieur Hervé LÉCUYER

Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas, Rapporteur.

Madame Cécile LISANTI

Professeur à l'Université de Montpellier.

Monsieur Franck PETIT

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Doyen honoraire de la Faculté de Droit, d'Économie, et de Gestion d'Avignon. Directeur de recherche.

Monsieur Jean-Louis RESPAUD

Maître de conférences HDR à l'Université de Montpellier, Directeur de recherche.

Madame Dominique VIRIOT-BARRIAL

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Rapporteur.

À Anthony

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma gratitude envers mes directeurs de thèse, pour la plus belle expérience de recherche qui m'ait été donnée à ce jour. Merci à Monsieur Franck PETIT, dont la confiance et les conseils m'ont permis de mener à bien ce projet. Merci à Monsieur Jean-Louis RESPAUD, pour ce sujet qui a éclairé ma vie durant ces années de recherche.

Je remercie Madame Aurore CHAIGNEAU, Madame Cécile LISTANTI, Madame Dominique VIRIOT-BARRIAL ainsi que Monsieur Hervé LÉCUYER qui m'ont fait l'honneur de composer mon jury de soutenance, et d'accepter de ne vieillir qu'un peu au fil de ces pages.

Je tiens également à remercier Monsieur Jean-Paul DALARD, pour ses relectures, son amitié et sa poésie.

Au terme de ce parcours, je tiens à remercier ma Famille, qui a su m'inspirer et nourrir ma pensée. Merci pour ces discussions sans fin, ces exemples quotidiens et ces encouragements sans faille.

Enfin, tout ce travail n'aurait pas pu être mené à bien sans le soutien et l'inspiration apportés par Monsieur Anthony NAL. Ses attentions et encouragements m'ont accompagnée tout au long de ces années, et ont su me donner la force de me plonger entièrement dans ce projet.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs ».

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>AJ Famille</i>	Actualité Juridique Famille
Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass.	Assemblée
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambres civiles)
Bull. mixte	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (formation mixte)
C.	Contre
CA.	Cour d'appel
CAA.	Cour administrative d'appel
CASF	Code de l'action sociale et des familles
Cass.	Cour de cassation
Cass. Ass. Plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. 1^{ère} civ.	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. 2^{ème} civ.	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass. 3^{ème} civ.	Cour de cassation, troisième chambre civile
Cass. Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
C. Civ.	Code civil
C. Com.	Code de commerce
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CGI	Code général des impôts
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
CNCDH	Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme
CP	Code pénal
CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale

D.	Décret
Déc.	Décision
Dir.	Directive
Dr. Famille	Revue droit de la famille
Dr. Social	Revue droit social
DREES	Direction de la recherche des études de l'évaluation et des statistiques
Ed.	Edition
EHPAD	Établissement d'hébergement pour les personnes âgées dépendantes
Fasc.	Fascicule
Gaz.	Gazette du Palais
Ibid.	<i>Ibidem</i>
Id.	<i>Idem</i>
In.	Dans l'ouvrage
Infra	Ci-dessous
INED	Institut national d'études démographiques
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
JCP	Jurisqueuseur périodique
JO	Journal Officiel
JO AN	Journal Officiel de l'Assemblée Nationale
JORF	Journal Officiel de la République française
JO Sén.	Journal Officiel du Sénat
JOUE	Journal Officiel de l'union européenne
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loc. cit.	<i>Loco citato</i> (à l'endroit cité précédemment)
LPF	Livre des procédures fiscales

MAJ	Mesure d'accompagnement judiciaire
MASP	Mesure d'accompagnement social personnalisé
N°	Numéro
OMS	Organisation Mondiale de la Santé
<i>Op. Cit.</i>	<i>Opere citato</i>
Ord.	Ordonnance
P.	Page
Pt.	Point
Préc.	Précité
PUF	Presses Universitaires de France
R.	Règlement
RDC	Revue droit des contrats
RDT	Revue droit du travail
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTD civ	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Suivants
Sect.	Section
Soc.	Cour de cassation Chambre sociale
Supra	Ci-dessus
T.	Tome
TA.	Tribunal administratif
T. civ.	Tribunal civil
T. com.	Tribunal commercial
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
USLD	Unités de soins longue durée
V.	Voir
Vol.	Volume

SOMMAIRE

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE

LES DROITS DE LA PERSONNE ÂGÉE : RECONNAISSANCE D'UNE POST-MAJORITÉ

TITRE PREMIER — DE L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DES DROITS DE LA PERSONNE ÂGÉE

CHAPITRE I — *La protection sociale et le traitement du patrimoine de la personne âgée*

CHAPITRE II — *La consommation et la capacité contractuelle de la personne âgée*

TITRE II — POUR UNE COHÉRENCE DES DROITS DE LA PERSONNE ÂGÉE

CHAPITRE I — *Les atteintes à la personne âgée et les modèles de protection*

CHAPITRE II — *Vers la reconnaissance des droits de la personne âgée : Entre spécificité et diversité*

SECONDE PARTIE

LE DROIT DE LA PERSONNE ÂGÉE : THÉORISATION DE LA POST-MAJORITÉ

TITRE I — LA POST-MAJORITÉ AU SERVICE DE LA CONVERGENCE DES DROITS DE LA PERSONNE ÂGÉE

CHAPITRE I — *Présentation d'une post-majorité consolidée*

CHAPITRE II — *La post-majorité : Confluence des interdépendances intergénérationnelles*

TITRE II — LA POST-MAJORITÉ AU SERVICE DE L'AUTODÉTERMINATION DE LA PERSONNE ÂGÉE

CHAPITRE I — *La post-majorité et l'émancipation de la prise de décision de la personne âgée*

CHAPITRE II — *La post-majorité et la mise en œuvre de la volonté de la personne âgée*

CONCLUSION GÉNÉRALE

PROPOSITIONS DE FIN DE THÈSE

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Un jour, un vieil homme se fit enjoindre par son fils, de quitter le domicile où ce dernier l'hébergeait. Pris au dépourvu et affligé par ce commandement, le vieil homme réclama un vêtement pour se protéger du froid de l'hiver. Essuyant le refus de son fils, il finit par demander une simple couverture. Le fils envoya son enfant en chercher une à l'écurie. Celui-ci ne revint qu'avec une moitié de la couverture attendue. Aux reproches de son père, l'enfant répondit : « *J'ai soupçonné que vous vouliez faire mourir bientôt votre père, et j'ai voulu seconder votre intention. L'autre moitié de couverture, au reste, ne sera pas perdue, je la garde pour vous la donner quand vous serez devenu vieux* »¹.

À ces mots, l'attitude du père changea du tout au tout. Il se repentit et offrit au vieil homme tout ce dont il avait besoin.

Si cette histoire semble une invitation à la générosité, à la cohabitation et à la solidarité intergénérationnelle — comme si l'amour de l'un, appelait de façon irrépensible l'amour de l'autre —, son apport est plus profond que cela. Après une mise en garde face aux aléas des liens familiaux, le conteur conclut ainsi son récit : « *Qui s'expose à dépendre des autres, s'expose nécessairement à bien des larmes* »².

Extraits du bourgeois d'ABBEVILLE,
Fabliaux et contes du moyen âge.

1. Vivre est vieillir. Vivant et vieillissement sont essentiels l'un à l'autre et partagent une même substance. Leur commencement et leur terme sont identiques, et leurs existences sont indissociables au point que seuls leurs noms semblent différents. À bien y regarder, la seule altérité entre la vie et le vieillissement est constituée par la conception sociétale qui en est faite. L'épistémologie de la vieillesse saisie par le Droit révèle une attitude ambivalente vis-à-vis du processus de l'existence. D'un côté, la notion de vie fait l'objet d'une attention spécifique et s'est progressivement dotée d'une existence autonome. De l'autre, la construction d'une vision productiviste a conduit la société à partager l'existence en phases clairement délimitées : jeunesse,

¹ Extrait du conte *Le bourgeois d'ABBEVILLE*, Fabliaux et contes du moyen âge. p. 71

² Extrait du conte *Le bourgeois d'ABBEVILLE*, *Op. cit.*, p. 72, *in fine*.

âge adulte, vieillesse. Ce séquençement permet d'orienter l'application de nombreuses normes. Dans un même temps, le procédé confère au processus de vieillissement une place en arrière-plan qui se fait volontiers oublier. Alors que la première étape du triptyque est très clairement observable — de la naissance³ à l'âge de la majorité⁴ —, la frontière entre la période de maturité et la vieillesse soulève davantage de problèmes éthiques et théoriques. La réalité objective de la vieillesse n'a d'égal que la subjectivité de sa naissance, puisque la question d'«à partir de quand est-on âgé ?» reste sans réponse. L'élan tendant à solutionner les enjeux liés à la vieillesse s'oriente plus aisément selon les critères productivistes. Les évolutions sociales ont contribué à l'autonomie matérielle de la période de vieillesse, notamment à travers le système de retraite. Au-delà du seul financement, les éventuels besoins de protection ressentis par les personnes âgées sont traités via des concepts adaptables à toute l'humanité — la vulnérabilité et la protection juridique des majeurs par exemple. En conséquence de quoi, la vieillesse se retrouve soumise à une réalité fluctuante, tantôt traitée spécifiquement, tantôt traitée indifféremment. Le paradigme de la vieillesse souffre d'un défaut de reconnaissance. Pourtant, les effets du vieillissement sur le corps ou sur l'esprit ne peuvent être manipulés aussi facilement que la place sociétale qu'occupe la vieillesse. C'est ainsi que malgré la capacité à vivre par soi tout au long de sa vie, une personne peut être amenée au fil des années à connaître plusieurs formes d'interdépendances. Alors que la retraite pourrait apparaître comme un réceptacle normalisable de la théorisation de la vieillesse, la société se refuse encore à l'assimilation, par crainte d'amalgames. La retraite demeure résolument plus large que la vieillesse, qui n'en composerait que l'ultime partie. Les frontières entre l'une et l'autre entité sont floues.

2. Le vieillissement se pose à l'Humanité d'une manière renouvelée, à travers un phénomène de transition démographique qui modifie en profondeur le rapport de chacun à son propre vieillissement. La durée de vie moyenne augmente. Là où l'essentiel de la pensée politique et juridique était concentré sur les deux phases considérées comme majeures de l'existence — la jeunesse et l'âge adulte —, les nouveaux records de l'espérance de vie contribuent à placer la vieillesse au centre des préoccupations. De façon traditionnelle, la jeunesse est considérée comme la valeur sociale à protéger en priorité, puisqu'elle a vocation à former l'avenir de la nation. L'âge

³ L'adage *infans conceptus pro nato habetur quoties de comodo ejus agitur* permet de projeter la personnalité juridique de l'enfant en amont de sa naissance. L'enfant conçu sera considéré comme né à chaque fois qu'il en ira de son intérêt. Le Code civil évoque cette règle au sein de ses articles 311 et 725 al. 1. V. art. 311 C. civ., tel que modifié par l'Ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 – art. 3, *portant réforme de la filiation*, publiée au JORF n° 156 du 6 juillet 2005, p. 11159, texte n° 19 ; Art. 725 al. 1 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 – art. 19, relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral (1), publiée au JORF n° 281 du 4 décembre 2001, p. 19279, texte n° 1.

⁴ En vertu de l'article 414 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 – art. 7, *portant réforme de la protection juridique des majeurs (1)*, publiée au JORF n° 56 du 7 mars 2007, p. 4325, texte n° 12.

adulte, à travers sa capacité productive, assure le quotidien. Enfin, les mécanismes de solidarité permettent d'assurer la subsistance de chacun durant la vieillesse. Le vieillissement démographique tend à bouleverser cet équilibre établi. La vieillesse occupe davantage de place — tant au niveau du laps de temps de vie, qu'à celui de son financement, et de ses interactions avec le reste de la société. En dépit de la chance⁵ extraordinaire que représente ces années de vie gagnées, la vieillesse continue à être perçue comme les prémices de la mortalité. La réaction sociétale au processus de transition démographique est décevante. En attendant que la quête de l'immortalité soit couronnée de succès, la vieillesse reste immanquablement placée à l'extrémité de l'existence humaine. En outre, si elle est certainement suivie par la mort, cette dernière n'y est pas restreinte. Les aléas de l'existence font que certaines vies s'arrêtent avant d'atteindre la vieillesse. L'accession à cette phase constitue un marqueur de la plénitude existentielle, du moins au niveau de son épanouissement dans le temps. Puisque la vieillesse se situe au bout de la vie, le fait pour une personne d'y prendre part, témoigne de la maturité de son existence. Cependant la vieillesse n'en demeure pas moins impénétrable.

3. La définition biologique contemporaine met en avant la nature de la vieillesse et pointe du doigt l'absence de régularité du phénomène. « *Le vieillissement est le produit de l'accumulation d'un vaste éventail de dommages moléculaires et cellulaires au fil du temps. Celle-ci entraîne une dégradation progressive des capacités physiques et mentales, une majoration du risque de maladie et, enfin, le décès* »⁶. Si le vieillissement touche chaque être vivant de façon certaine, la vieillesse ne se manifeste pas de façon unique. Le processus est universel mais ses manifestations sont infiniment variées. Le vieillissement n'est pas attribué à un phénomène unique, mais bien à un ensemble de phénomènes qui seraient à la fois intracorporels — génétique, moléculaire, endocrinien etc... — et extracorporels — environnement⁷, rythme de vie, pénibilité du travail etc.... Le vieillissement est le produit d'un ensemble de facteurs — patrimoine génétique, caractéristiques de santé, caractéristiques personnelles et aptitudes fonctionnelles, environnement —, rapportés sur l'écoulement constant du temps. Le processus de vieillissement ne s'exprime pas avec la même intensité selon les individus. La chose est dite : nous ne sommes pas égaux face au vieillissement. Les modifications que ce processus opère sur le vivant sont extrêmement variées. « *Ces changements ne sont pas linéaires, ne répondent pas à une logique claire et n'ont que peu de rapport avec l'âge de la personne en années* »⁸. Malgré la généralité du phénomène, chaque

⁵ D. VIRIOT-BARRIAL (dir) et al., *Une nouvelle politique sociale du vieillissement : historique et prospective d'un défi*, PUAM, Coll. Droit social, 2016.

⁶ OMS, *Vieillesse et santé*, Aide-mémoire n° 404, 2015. [En ligne] [consulté le 8 février 2018] < <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs404/fr/> >. Cette définition fut reprise en intégralité par le *Rapport mondial sur le vieillissement et la santé*, publié par l'OMS en 2016.

⁷ É.-É BAULIEU, « La quête de jouvence », *Les tribuns de la santé*, Presses de Science Po, 2006/4, n° 13, p. 73.

⁸ OMS, « Vieillesse et santé », *Op. cit.*, loc. cit.

individualité subit le passage du temps d'une façon qui lui est propre. Que cette altérité soit d'origine génétique ou non, elle est soumise à un ensemble d'éléments qui influent directement sur le vieillissement. Le mode de vie est déterminant. La vieillesse est l'occasion de l'accroissement d'un facteur de risque en matière de santé. Certaines pathologies sont par exemple particulièrement répandues dans la population des personnes âgées. De même, la chronicité des affections est un phénomène courant pour les profils. Au-delà de ces divergences, l'élan reste universel. Les manifestations particulières du vieillissement ne sont que relatives, puisque l'échéance reste la même en dépit d'une disparité de délais. La vieillesse ne saurait répondre à une vérité unique. Cette diversité se trouve également au cœur même des efforts de définition initiés par les différentes disciplines. La vieillesse ne peut être réduite à une notion figée et semble invariablement échapper à sa propre définition. C'est en raison de cette immatérialité que le Droit n'est pas encore parvenu à embrasser totalement la vieillesse. Elle est pourtant sur toutes les lèvres, à un moment ou à un autre de l'existence.

4. Les réflexions qui entourent les effets du passage du temps sur le rapport aux autres, sur sa propre raison d'être, de faire ou d'avoir, ou encore sur les flottements de la position sociale, sont largement partagées. Peu de personnes traversent leur existence sans soulever ces points. *Les droits subissent-ils de la même façon les mouvances du temps, à l'instar des autres éléments de la personnalité ?* Certaines réalités pourraient le laisser penser. Ce fut le cas pour le dilemme originel à cette étude. Chaque individu pouvant simplement s'identifier à la situation en question, il est pertinent de la retranscrire, comme elle fut initialement contée par Monsieur Jean-Louis RESPAUD, il y a quelques années en arrière. Le contexte est le suivant : Une personne vient de rendre visite à un proche vivant en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes. Alors qu'elle s'apprête à repartir, elle est interpellée par un résident qui lui réclame de lui ouvrir la porte de sortie. Que faire ? Les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes sont régulièrement amenés à prendre des mesures visant à réguler ou à empêcher les sorties des résidents⁹. Par conséquent, la liberté d'aller et venir des personnes âgées hébergée peut être confisquée au nom de leur sécurité¹⁰. Quels sont les fondements qui permettent ces atteintes ? De

⁹ C. LACOUR, Rapport de recherche, Liberté d'aller et venir en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, Fondation Médéric ALZHEIMER, septembre 2010, n° 2, p. 2 : « *La prise en charge des personnes âgées aux facultés intellectuelles parfois profondément altérées demande une grande vigilance aux établissements qui redoutent notamment les sorties intempestives à l'insu du personnel au cours desquelles la vieille personne peut se perdre et / ou subir un dommage. Pour se prémunir contre ce risque et assurer la sécurité des personnes âgées démentes qu'ils hébergent, les établissements mettent en œuvre des mesures visant à limiter la libre circulation des résidents* ».

¹⁰ C. LACOUR, *Op. cit.*, loc. cit.

telles situations permettent-elles d'établir la primauté de l'objectif de sécurité sur le respect d'une liberté ? L'explication possible serait que ces établissements spécialisés bénéficient d'un régime particulier qui pourrait faire échec au respect absolu de la liberté fondamentale¹¹ d'aller et venir. Une justification pourrait être trouvée à travers l'impératif de sécurité. En pareille situation, la réaction de base commanderait une décharge de la décision — et donc quelque part de la responsabilité —, en faisant appel à un membre du personnel de l'établissement. Il s'agirait alors de répondre simplement, que la question n'a pas été posée à la bonne personne. Au sein d'un tel contexte institutionnel, tout semble au contraire indiquer que c'est bien la bonne personne qui a été interrogée. Malgré tout, la situation reste ce qu'elle est : Une personne âgée souhaite sortir, mais est soumise à l'action ou à l'inaction d'un tiers. Sa volonté se trouve subordonnée à celle d'autrui. La contextualisation première n'est pas unique. Serons-nous tous amenés un jour ou l'autre à demander vainement l'ouverture d'une porte ?

La mise en mots de ce raisonnement, ne représente qu'une infime partie d'une multitude de questions en chaîne : Que faire si une personne en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes affirme ne jamais avoir voulu y entrer ? Que faire si une personne en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes réclame instamment de retourner chez elle ? Que faire si une grand-mère ou un grand-père vit seul(e) dans une maison remplie de marches mettant son équilibre en péril, mais qu'il ou elle ne souhaite pas déménager ? Que faire si une grand-mère ou un grand-père dépense un peu plus d'argent que de raison aux jeux de hasard ? Que faire si une personne âgée fait des dons à des personnes que l'on pense mal intentionnées ? En tant que professionnel, doit-on observer un comportement particulier face à la clientèle/patientèle âgée ? Peut-on conclure un contrat indifféremment à l'âge du cocontractant ? Que faire si une grand-mère ou un grand-père souhaite se remarier sur le tard ?

¹¹ F. VIALLA, *Liberté d'aller et venir* in F. VIALLA (dir) et al., *Les grandes décisions du droit médical*, Ed. LGDJ, 2^{ème} édition, 2014, p. 294-264.

5. Un grand nombre de situations diverses soulève des interrogations similaires. Le sujet de cette étude ne saurait résolument se limiter aux murs institutionnels. Il doit également toucher aux nimbes de la sphère privée, ainsi qu'aux spécificités des interactions entre une personne âgée et le reste de la société. D'une façon plus globale, il s'agit de se saisir de la perception juridique de la vieillesse, et d'apprécier l'efficacité des droits qui lui sont communément ou spécialement reconnus. Le rapport aux droits évolue-t-il durant la période de vieillesse ? Avant toute digression, il s'agit de percevoir comment en est-on arrivé là. La perception sociojuridique de la vieillesse (II) est le fruit de la sédimentation des différentes perceptions et définitions au cours du temps (I). De nouveaux enjeux permettent de soulever la limite de la conception contemporaine de la vieillesse, et de justifier la proposition d'une appréhension juridique renouvelée de la vieillesse (III).

I. LES ORIGINES DE LA VIEILLESSE

6. La cause du vieillissement et les possibilités d'y échapper ou d'en ralentir le cours, ont fait l'objet de nombreuses théories à travers l'Histoire (A). Ces élans qualificatifs et explicatifs prennent part à la construction de la vision sociétale du vieillissement et de la vieillesse (B). La conception de la vieillesse, objective s'il en est, revêt une importance centrale, tant pour les membres qui la composent, que pour l'ensemble de la société. Elle détermine l'élaboration et la teneur d'une appréhension juridique de la vieillesse.

A. LES HISTOIRES DE LA VIEILLESSE

7. Les mythologies gréco-romaines, prêtaient la cause du vieillissement à une volonté divine sanctionnatrice — Zeus envoie Pandore semer les « *maladies cruelles que la vieillesse apporte aux hommes* »¹². La philosophie¹³ de l'antiquité s'est progressivement tournée vers une autre conception, selon laquelle le vieillissement est constitué par l'amenuisement progressif d'un quota de "chaleur innée"¹⁴, commun à l'ensemble des êtres vivants. Cette "théorie des humeurs", fut respectivement traitée par les auteurs du *corpus* hippocratique¹⁵, puis par GALIEN¹⁶. Elle désigne la santé comme le fruit d'un équilibre entre quatre éléments fondamentaux : l'eau, l'air, la terre, le

¹² J. TRINCAZ, « Personne âgée : quelles représentations sociales ? Hier et aujourd'hui », *Communications*, Université Paris Est Créteil, < <http://www.ipubli.inserm.fr/bitstream/handle/10608/6807/?sequence=9> > [en ligne] [consulté le 7 février 2018].

¹³ À ce propos : Ch. DE JAEGER, *La gérontologie*, Presses Universitaires de France éd., Coll. Que sais-je ?, 2008, 3^{ème} édition, p. 5-35.

¹⁴ Notamment : Héraclite d'Éphèse au VI^{ème} siècle av. J.-C.

¹⁵ L'hétérogénéité des livres laissent à penser que le recueil n'est pas uniquement de la main d'HIPPOCRATE.

¹⁶ GALIEN, 129-201 av. J.-C.

feu. Le passage des saisons ou du temps, peuvent mettre à mal cet équilibre. Au-delà de ces efforts de définition scientifique et philosophique, la vieillesse emportait un certain nombre de caractéristiques concrètes sur la vie du citoyen et de la cité et prenait activement part à la dynamique de régulation de l'existence.

8. Les civilisations grecque et romaine, ont procédé à la segmentation des âges de la vie¹⁷. L'âge avancé était alors davantage synonyme d'honorabilité que de vieillesse. Contrairement aux idées reçues qui voudraient qu'un âge avancé n'ait été que récemment atteint par l'humanité¹⁸, l'antiquité avait ses propres têtes blanches. L'identification de tranches d'âge n'y était pas uniquement symbolique. La tranche de vieillesse était fixée à 60 ans. Cette catégorie de population n'était absolument pas considérée comme trop âgée pour prendre part à la vie de la cité. Au contraire, elle y était parfaitement intégrée. « *La société grecque organisait la vie politique en se reposant sur un critère d'âge. Par exemple, la participation à la Boulê exigeait une condition d'âge minimal (30 ans), tout comme la profession d'arbitre (60 ans)* »¹⁹.

Certaines institutions étaient exclusivement réservées et composées de personnes âgées. C'était notamment le cas du Conseil des Anciens — *Gérousia*. Cette institution était chargée²⁰ de tempérer l'autorité des rois²¹ de Sparte. Elle était composée d'une trentaine de citoyens âgés de plus de 60 ans, et appartenant à l'élite²². Une découpe similaire de l'existence par périodes d'âges était mobilisée en Rome Antique. « *Partant de l'âge physiologique associé à l'âge chronologique, le législateur de l'époque en déduisait déjà des présomptions de maturité, sagesse et honorabilité. Ces présomptions telles que l'impétuosité de la jeunesse, la sagesse de l'ancien, organisaient la vie politique, militaire et sociale des citoyens et justifiaient les règles régissant la cité* »²³. Il est particulièrement intéressant de relever que les romains de l'antiquité, procédaient à l'articulation entre les différentes formes concrètes de l'âge — chronologique, physiologique — pour en déduire une place sociétale et les règles y attachées. Cette méthode déductive et présomptive ne cherchait pas

¹⁷ L. RAZÉ, *L'âge en droit social. Étude en droit européen, français et allemand*, Thèse de Doctorat de Droit, Rennes 1, 2013, p. 70 s.

¹⁸ Grâce aux évolutions matérielles et sociales.

¹⁹ L. RAZÉ, *Op. cit.*, p. 71.

²⁰ M. DELLA SANTA, « Les conséquences de l'urbanisation hellénistique sur la description de Sparte par Pausanias le périégète », *Dialogues d'histoire ancienne*, Presses Universitaires de Franche-Comté, 2014/Supplément 11, p. 84 : « *La gérousia est l'assemblée qui a le plus d'autorité* ».

²¹ A. BILLAULT, *Les 100 mots de la Grèce antique*, Presses Universitaires de France, Coll. Que sais-je ?, 2012, p. 49.

²² J.-Ch. COUVENHES, « Les kryptoi spartiates », *Dialogues d'histoire ancienne*, Presses Universitaires de Franche-Comté, 2014/Supplément 11 (S 11), p. 49.

²³ L. RAZÉ, *Op. cit.*, p. 73.

la vérité absolue — toutes les personnes âgées ne sont pas sages ; toutes les personnes jeunes ne sont pas impétueuses. Au contraire, elle mobilisait une vérité générale, pour justifier l'application des normes. L'attribution de la sagesse et de l'honorabilité à l'âge avancé, permit une construction franche de la vieillesse.

9. À échelle plus réduite que celle de la cité, la personne âgée — le chef de famille âgé — jouissait d'une autorité particulière. La figure du *pater familias* disposait²⁴ « *de pouvoirs absolus sur les biens et les personnes (femmes, enfants, esclaves) placés 'en sa puissance et dépendance'* ». *Le père peut légalement frapper ou condamner à mort ses enfants* »²⁵. Le *pater familias* était l'unique dépositaire de l'autorité au sein de la famille — la *patria potestas*. Cette toute puissance paternelle est remise en cause dès la période impériale. Au IV^{ème} siècle, la *lex pompeia de parricidiis*²⁶ apporte une définition extensive du parricide, comprenant désormais l'ensemble des homicides commis entre les membres d'une même famille. Le père ne peut plus impunément tuer ses descendants.

10. Si l'on trouve peu de traces de la prise en compte de l'âge avancé au début du haut Moyen-âge, il semble que la découpe théorique de l'existence ait survécu. Le « *processus biologique reste découpé en trois étapes selon le modèle hérité de l'Antiquité, dans lesquelles des subdivisions plus fines sont parfois effectuées pour mettre en relief les évolutions psychologiques, biologiques et sociales (de 7 à 12 étapes)* »²⁷. Le modèle de segmentation de la vie s'est affiné et décliné en de plus nombreuses étapes.

Au XIII^{ème} siècle, ALDEBRANDIN DE SIENNE²⁸ propose à l'occasion de son *Régime du corps*²⁹, des comportements adaptés à la préservation du corps durant la vieillesse. La notion de stock

²⁴ J. DOYON, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²⁵ J. DOYON, « Le "père dénaturé au siècle des lumières" », in Familles et justices à l'époque moderne, *Annales de démographie historique*, Ed. BELIN, 2009/2, n° 118, p. 144.

²⁶ Th. YAN, Le père, la famille et la cité (la *lex pompeia* et le système de poursuites publiques), in *Mélanges de l'école française de Rome, Antiquité*, t. 93, n° 2, 1981, p. 643-715.

²⁷ L. RAZÉ, *Op. cit.*, p. 75.

²⁸ Médecin de nationalité italienne.

²⁹ L'ouvrage, *Le régime du corps*, fut écrit par ALDEBRANDIN DE SIENNE sous la forme d'un traité d'hygiène au milieu du XIII^{ème} siècle. Les manuscrits furent publiés en France en 1911 par L. LANDOUDY et R. PEPIN, l'ouvrage fut préface par A. THOMAS. < <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6458299v> > [en ligne] [consulté le 20 février 2018].

énergétique perdurera, puisqu'on la retrouvera des siècles plus tard sous la plume de DARWIN qui lui prêtera le nom d'«*énergie vitale*». Plus tardivement encore, certaines études démontreront l'existence d'«*une corrélation entre la diminution du métabolisme basal et l'avancée en âge*»³⁰. Ces conceptions sont persistantes et imprègnent encore largement l'imaginaire collectif. Progressivement, un courant dissident dénoncera l'involution anatomique comme cause du vieillissement. L'amaigrissement du cœur ou l'envahissement du cerveau par un dérèglement quelconque, ou encore l'accumulation de substances toxiques au fil des ans ont pu être considérées comme des causes du vieillissement³¹. Si ces théories semblent trop imagées et désuètes, elles persistent malgré tout dans les doctrines plus récentes. Celles-ci ont pour seul avantage de tirer profit des évolutions techniques et scientifiques, et d'accepter la vanité de la recherche d'une seule cause³² au vieillissement.

II. L'ancien régime fut le berceau d'un certain cadre légal consacré à la vieillesse. Le XVII^{ème} siècle fut celui de la généralisation des registres paroissiaux. Ces sources ont permis aux démographes d'estimer l'espérance de vie à la naissance à 25 ans. Cependant, le taux de mortalité infantile était extrêmement élevé³³ : «*Ceux qui avaient réussi à survivre jusqu'à l'âge de 20 ans avaient encore devant eux une espérance de vie d'environ 35 ans, soit davantage qu'à la naissance ; ils mouraient donc autour de 55 ans en moyenne. Un adulte sur deux approchait la soixantaine et une fraction importante la dépassait*»³⁴. Cette réalité établie plus tardivement a confirmé partiellement les prévisions établies par le naturaliste DE BUFFON³⁵.

En 1674, l'installation des premiers pensionnaires de l'Hôtel des invalides — sous l'impulsion de Louis XIV —, marque une étape symbolique d'une protection de la vieillesse à l'échelle nationale³⁶. La vieillesse est appréhendée sous l'angle de ses interactions avec le reste de la population. Cette

³⁰ Ch. DE JAEGER, *Op. cit.*, *loc. cit.*

³¹ Ch. DE JAEGER, *Op. cit.*, *loc. cit.*

³² Ch. DE JAEGER, *Op. cit.*, *loc. cit.* ; É.-É. BAULIEU, « La quête de la jouvence », *Les Tribunes de la santé*, Presses de Science politique, 2006/4, n° 13, p. 71 : « La raison d'être, les causes, les mécanismes du vieillissement défient encore une explication globale ».

³³ C. MASSET, « à quel âge mouraient nos ancêtres ? », *Population & Sociétés*, INED édition, 2002, n° 380, p. 1 : « À l'âge de 11 ans, la moitié des enfants avaient déjà disparu ».

³⁴ C. MASSET, *Op. cit.*, *loc. cit.*

³⁵ G.-LOUIS LECLERC DE BUFFON, *Histoire naturelle générale et particulière avec la description du Cabinet du Roy*, en 36 volumes. Parus entre 1749 et 1789. [En ligne] [consulté le 20 février 2018] < <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k97490d/f1.image> >. Pour le détail des tables liées à l'espérance de vie humaine pour DE BUFFON, V. T. MARTIN *et al.*, *Arithmétique politique dans la France du XVIII^{ème} siècle* Ed. INED, Coll. Classiques de l'économie et de la population, études & enquêtes historiques, 2003, p. 352.

³⁶ < <http://www.musee-armee.fr/lhotel-des-invalides/lhotel-national-des-invalides.html> > [en ligne] [consulté le 19 février 2018].

perception est relative : La vieillesse est perçue par le prisme de ses liens avec les autres générations. La personne âgée est considérée en vertu de son état de grand-parent. Cette image s'impose « *dans la seconde moitié du XVII^e siècle au cours de laquelle décline la vieillesse détachée du monde et temps de préparation à l'au-delà qui caractérise la Réforme catholique. À ces vieillards trop hiératiques, rigides et lointains, succèdent dès l'éclosion des Lumières des grands-parents entourés d'affection et maîtres d'une complicité active avec leurs petits-enfants* »³⁷. Une vision positive du vieillissement s'étend progressivement. Cependant, cette raison affective de la personne âgée aura pour corollaire une perte d'autorité importante. Des études démontreront qu'au XVIII^{ème} siècle, les ascendants étaient régulièrement victimes de mauvais traitements de la part de leurs enfants³⁸ même si ces atteintes étaient sévèrement réprimées³⁹.

12. Au milieu du XIX^{ème} siècle, LE PLAY⁴⁰ propose une observation de la population française et révèle une altérité de modèles de famille. Dans le premier tome de *La réforme sociale en France*⁴¹, il distingue trois principaux⁴² modèles de famille⁴³ — la famille patriarcale⁴⁴, la famille

³⁷ J.-P. BOIS, « Vincent GOURDON, Histoire des grands-parents », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, Belin édition, 2002/5, n° 49-4 bis, p. 166-168.

³⁸ J. DOYON, *Op. cit.* Les statistiques démontrent que le Parlement de Paris fut saisi de 71 affaires concernant des mauvais traitements entre membres d'une même famille. Dans 37 cas, la victime était un ascendant de l'agresseur : « Dans 53,8 % des cas, les agressions visent les parents ascendants, loin devant les conjoints (20,2 %), les collatéraux (11,5 %), les descendants (3 %) ».

³⁹ Les enfants coupables d'agressions sur leurs parents sont appelés "enfants dénaturés". V. J. DOYON, *Op. cit.*, p. 144 : « Comme l'idée de nature dont elle procède, la notion de criminel « dénaturé » n'est pas originale. La nature n'est pas anarchique : ses "lois" délimitent l'"ordre naturel" au-delà duquel se situent les territoires de l'anomie morale, sociale, religieuse ».

⁴⁰ Frédéric LE PLAY est né en 1806 et mort en 1882. Il est un des pionniers de la sociologie française. Concernant la sociologie juridique, V. J. CARBONNIER, « La sociologie juridique et son emploi en législation : communication de Jean Carbonnier à l'académie des sciences morales et politiques, Communications (23 octobre 1967), Paris, Académie des sciences morales et politiques, 1968, 91-98 », *L'Année sociologique*, Presses Universitaires de France, 2007/2, vol. 57, p. 393-401.

⁴¹ F. LE PLAY, *La réforme sociale en France : de l'observation comparée des peuples européens*, 1874. [en ligne] [consulté le 14 février 2018] < <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k209942s> >.

⁴² F. LE PLAY, *Op. cit.*, p. 359 : « La famille, vraie unité sociale, offre trois types principaux ; ces types correspondent à trois organisations distinctes de la société ».

⁴³ Le thème de la famille fait l'objet du vingt-quatrième chapitre du premier tome de *La réforme sociale en France* de Frédéric LE PLAY.

⁴⁴ F. LE PLAY, *Op. cit.*, p. 363-364. La communauté patriarcale est accusée d'imposer une contrainte morale et matérielle à ses membres. Elle : « arrête l'essor qu'auraient pu prendre, dans une situation indépendante, les individualités éminentes de la famille. Elle offre toutefois une large compensation : elle fait participer au bien-être commun les individus les moins moraux, les moins habiles et les moins laborieux ».

instable⁴⁵ et la famille souche⁴⁶. Il prend parti en faveur du modèle de famille “souche”, qu’il considère comme un compromis idéal entre la poursuite d’un bien-être commun et l’épanouissement des individualités qui la composent. À cet égard, ce modèle est jugé comme moins sclérosant que le modèle patriarcal, et davantage moral que le modèle instable. Il offre une garantie de maintien des individus affaiblis par l’âge que ne permet pas la famille instable. À l’instar de la famille patriarcale, la famille souche permet un équilibre entre le maintien des rapports sociaux, la préoccupation de l’avenir. Cette forme autorise également les initiatives nouvelles, et l’autonomie de la majorité des enfants — l’un d’entre eux est choisi pour rester près des parents⁴⁷. En dépit des efforts de théorisation, la solidarité intergénérationnelle au XIX^{ème} siècle reste exclusivement cantonnée aux limites de la sphère privée : « *S’exerçant à l’intérieur de la famille, la vieillesse prend les contours exacts du patrimoine familial détenu* »⁴⁸. La place réservée à la personne âgée est alors entièrement dépendante de la taille de son patrimoine. « *Tout, dans leur situation comme dans leur genre de vie, contribue à séparer les vieillards encore investis d’un pouvoir par le capital familial dont ils sont détenteurs, de ceux qui sont frappés d’impécuniosité dans la mesure où ils ne possèdent pour tout capital qu’une force de travail dévaluée* »⁴⁹. Il est cependant des limites à ne pas dépasser. Alors que la place de la personne âgée dans la famille, — et, par extension, dans la société —, semble largement déterminée par le patrimoine, les atteintes à sa vie sont, elles, sanctionnées avec plus de franchise. C’est ainsi que le Code pénal⁵⁰ de 1810 plaça le parricide au sommet de la hiérarchie pénale⁵¹.

13. La perception des relations transgénérationnelles à l’intérieur de la famille contribue à imposer une conception relative de la vieillesse au XX^{ème} siècle. La personne âgée est assimilée à son rôle de grand-parent. La vieillesse s’efface au profit de sa dimension relationnelle et interactive.

⁴⁵ F. LE PLAY, *Op. cit.*, p. 364 s. : Le type de famille instable « domine maintenant parmi les populations ouvrières soumises au nouveau régime manufacturier de l’Occident. Ce type se multiplie parmi les classes riches de la France, sous un ensemble d’influences... ». L’instabilité de la famille est caractérisée par le départ des enfants, qui se dégagent de leurs obligations envers leurs parents et leurs proches.

⁴⁶ F. LE PLAY, *Op. cit.*, p. 367 s.

⁴⁷ F. LE FRAY, *Op. cit.*, loc. cit.

⁴⁸ A.-M. GUILLEMARD, *La vieillesse et l’État*, in *Bulletin de liaison*, Comité de l’Histoire de la Sécurité Sociale, Association pour l’étude de l’Histoire de la Sécurité Sociale, mars 1981, p. 5. [en ligne] [consulté le 16 février 2018] < <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9768116v> >.

⁴⁹ A.-M. GUILLEMARD, *Op. cit.*, p. 6.

⁵⁰ L’anc. Art. 299 CP tel que créé par la L. du 17 février 1810, promulguée le 27 février 1810 ; abrogé par la L. n° 92-1336 du 16 décembre 1992 – art. 372 (V), relative à l’entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994 ; publiée au JORF n° 0298 du 23 décembre 1992, p. 17568 : « *Est qualifié parricide le meurtre des pères ou mères légitimes, naturels ou adoptifs, ou de tout autre ascendant légitime* ».

⁵¹ S. LAPALUS, Pierre RIVIERE et les autres. *De la violence familiale au crime : le parricide en France au XIX^{ème} siècle (1825-1914)*, Thèse de Doctorat d’Histoire, Université de Paris X – Nanterre, 2002.

Le pendant de cette évolution est que le grand-parent se trouve désengagé de l'éducation des petits-enfants⁵². Cette vision persiste encore aujourd'hui. Tant dans la conception juridique que purement humaine, le grand-parent joue un rôle cantonné au domaine de l'affectif⁵³. L'amour pallie une perte d'autorité. La personne âgée se trouve désormais dans une position opposée à celle qui avait été la sienne durant l'antiquité. Cette place d'apparence légère, presque futile, a indirectement permis une réinsertion de la personne âgée au sein de la famille. Cette nouvelle évolution, fut initiée par la transition démographique. « *Le "nouveau grand-parent", censé apparaître depuis un peu plus d'une trentaine d'années, se distingue par trois traits principaux : il est d'abord plus jeune, plus dynamique, plus disponible que ses prédécesseurs* »⁵⁴. Par ailleurs, le grand-parent fait désormais figure de stabilité et de pérennité, face à des liens familiaux plus fragiles. Les plus hautes strates de l'autorité antique restent néanmoins inaccessibles. Comme le fait remarquer Monsieur Vincent GOURDON, la famille moderne repose avant tout sur l'affection et l'autonomie⁵⁵. À cet égard, l'autorité du grand-parent sur le parent et sur le petit-enfant est une aberration⁵⁶. Si un retour à l'imposition de la volonté des générations aînées sur les générations cadettes ne semble pas envisageable, les grand-parents bénéficient tout au moins d'une certaine "sollicitabilité".

B. LA PLACE SOCIÉTALE DE LA VIEILLESSE

14. Afin de ne plus se soustraire à la définition, la vieillesse devrait nécessairement faire l'objet d'une conception qui ne puisse souffrir des frontières disciplinaires. Une explication physiologique et démographique (1), détermine la perception sociojuridique de la vieillesse (2).

1. Le décompte de la vieillesse

15. Les études statistiques et démographiques permettent de quantifier les évolutions de la population. Elles proposent ainsi un récit des origines⁵⁷, qui sert de fondement aux politiques et à l'orientation sociétale dans son ensemble. La vieillesse a presque autant de formes que de sujets. Le vieillissement répond également à cette richesse notionnelle. L'ensemble de la discipline

⁵² V. à ce propos : O. BOURGUIGNON, L. ROUSSEL, *La Famille après le mariage des enfants : étude des relations entre générations*, Ed. Presses Universitaires de France et INED, 1976.

⁵³ V. GOURDON, *Histoire des grands-parents*, Ed. PERRIN, Coll. Tempus, 2001, p. 11.

⁵⁴ V. GOURDON, *Op. cit.*, loc. cit.

⁵⁵ V. GOURDON, *Op. cit.*

⁵⁶ V. GOURDON, *Op. cit.*, p. 113.

⁵⁷ H. LE BRAS, *Naissance de la mortalité. L'origine politique de la statistique et de la démographie*. Éd. GALLIMARD – LE SEUIL, Coll. Hautes études, 2000. V. également : P. MORMICHE, « L'avenir des panthères grises sera-t-il vert (et rose) ? », *Actualité et dossier en santé publique*, 1997, n° 21, p. XXXVI.

démographique s'accorde à dire⁵⁸ que la vie n'a de cesse de s'allonger. Il existe un véritable *consensus* autour du phénomène de vieillissement. En dépit de la complexité du schéma démographique, tout semble s'accorder au profit d'un vieillissement de la population et de l'augmentation de l'espérance de vie. Non seulement l'espérance de vie à la naissance augmente constamment, mais l'articulation d'autres composantes démontre que la population globale vieillit.

16. L'espérance de vie augmente, mais elle ne le fait pas de façon homogène. Le vieillissement est la résultante d'un cumul de critères, dont certains concernent directement la population des personnes âgées — le taux de mortalité, espérance de vie —, tandis que d'autres non — taux de natalité, taux d'âge médian etc.... Le vieillissement est un phénomène qui se perçoit de façon très nette — y compris au-delà des frontières de l'hexagone. « *L'âge médian dans le monde était, en 2010, de 29 ans (20 ans en Afrique, 29 en Asie, 40 en Europe). Il sera, en 2050, de 38 ans (29 ans en Afrique, 40 en Asie, 47 en Europe)* »⁵⁹. La natalité réduit ou stagne, et puisqu'une majorité de personnes traverse sans encombre la période de vieillesse, alors l'âge médian se fait toujours plus respectable. Au-delà de ce même élan vers la longévité, le vieillissement de la population ne s'exprime pas d'une même voix. Ces altérités se font ressentir au niveau mondial, mais également plus localement.

Les statistiques réalisées par les Nations Unies, révèlent les différences formes que prend la vieillesse⁶⁰. Selon les estimations pour 2018, sur les sept milliards et demi de personnes dans le monde, plus d'un demi-milliard — six cent soixante-seize millions — aurait plus de 65 ans⁶¹. Sans surprise, c'est l'Asie qui abrite le plus grand nombre de personnes âgées, suivie par l'Europe. Cependant, leurs structures démographiques sont résolument différentes. La proportion de personnes âgées par rapport au reste de la population est plus importante en Europe qu'ailleurs dans le monde. Au-delà du simple poids démographique de la vieillesse — du nombre brut de personnes âgées —, l'espérance de vie est révélatrice. Elle varie de façon significative selon les régions du

⁵⁸ Cl. BERR, M. ZINS, « Épidémiologie et parcours de vie : ‘‘Pour faire un vieux, il faut toute une vie’’ », *ADSP, Démographie et état de santé des personnes âgées*, 2013, n° 85, p. 25. *Également dans ce sens* : M. DION, « Le vieillissement », *L'Europe en Formation*, Centre International de Formation Européenne, 2015/3, n° 377, p. 46-60.

⁵⁹ J. DAMON, « Changements démographiques et sécurité sociale. Défis et opportunités », *Informations sociales*, CNAF édition, 2014/3, n° 183, p. 95.

⁶⁰ INED, *Monde, estimations 2018*, source : World population Prospects. Nations Unies. 2015, [en ligne] [consulté le 23 février 2018] < <https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/tous-les-pays-du-monde/> >.

⁶¹ Sur les 7 597 175 000 de personnes dans le monde, 676 634 000 ont plus de 65 ans.

globe. En Afrique, l'espérance de vie est de 61,6 ans. En Asie, elle est de 72,9 ans, alors qu'en Amérique Septentrionale, ou en Europe elle avoisine les 80 ans.

17. En France, la population totale augmente de façon constante et modérée⁶². « *La population française est engagée, comme ses voisines en Europe, dans un processus de transition démographique marqué par une croissance importante et continue des classes d'âge les plus élevées, ainsi que par une augmentation de la longévité des Français* »⁶³. Alors qu'ils⁶⁴ dépassaient à peine la barre de soixante millions de personnes à l'aube du XXI^{ème} siècle⁶⁵, au premier janvier 2018 les français étaient plus de soixante-sept millions⁶⁶. Parmi ces personnes, près de treize millions avaient plus de 65 ans⁶⁷, — dont 6 034 927 avaient plus de 75 ans⁶⁸. Sur les différents groupes d'âges mobilisés par l'Institut National d'Études Démographiques, — à savoir de 0 à 19 ans, de 20 à 59 ans, de 60 à 64 ans et de 65 ans et plus —, seuls les groupes dont les membres sont au moins septuagénaires ont connu un accroissement significatif depuis près de dix ans. Les catégories plus basses n'accusent qu'une très faible augmentation⁶⁹, voire une légère régression⁷⁰.

La proportion de personnes âgées par rapport au reste de la population augmente. Les statistiques de l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) révèlent un vieillissement démographique global. « *L'âge moyen de la population résidant en France métropolitaine passerait à 45 ans en 2060, contre 41,2 ans en 2016. Jusqu'en 2035, la proportion de personnes âgées de plus de 60 ans progresserait fortement* »⁷¹. Alors que l'on ne comptait qu'une centaine de centenaires en France en 1900, ils sont plus de 16 000 aujourd'hui. 2 160 personnes ont plus de 105

⁶² S. PAPON, C. BEAUMEL, *Bilan démographique 2017, plus de 67 millions d'habitant en France au 1^{er} janvier 2018*, INSEE, division enquêtes et études démographiques. [En ligne] [consulté le 23 février 2018] < <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3305173?sommaire=1912926> >.

⁶³ M. DELAUNAY, « Face à la révolution de l'âge : adapter la société au vieillissement », *ADSP*, éditorial, 2013, n° 83, p. 1.

⁶⁴ Français de France métropolitaine et des départements d'outre-mer.

⁶⁵ Selon les résultats du recensement de la population de 1999, les français étaient 60 148 000.

⁶⁶ Le recensement de la population du 1^{er} janvier 2018 montre une population de 67 186 000 personnes. INED, *population totale*, [en ligne] [consulté le 20 février 2018] < <https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/france/evolution-population/population-totale/> >

⁶⁷ Exactement : 12 878 605 de français avaient plus de 65 ans au 1^{er} janvier 2018. V. INED, *population par sexe et âge au 1^{er} janvier 2018*, [en ligne] [consulté le 20 février 2018] < <https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/france/structure-population/population-sexe-ages/> >

⁶⁸ INED, *population par sexe et âge au 1^{er} janvier 2018*, *Op. cit.*

⁶⁹ Le groupe d'âge de 0 à 19 ans est passé de 15 368 840 individus en 2009 à 15 697 985 estimés en 2018. INED, *Op. cit.*

⁷⁰ Le groupe d'âge de 20 à 59 ans est passé de 33 107 066 personnes en 2009, à une estimation de 32 491 805 en 2018. INED, *Op. cit.*

⁷¹ INSEE, *Pyramide des âges : population par âge*, Coll. Insee Références, Rubrique : Population, 2016, p. 26. < <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1892086?sommaire=1912926> > [en ligne] [consulté le 14 février 2018]

ans⁷². Selon les projections, les centenaires français seraient près de 200 000 en 2060⁷³. La population nationale vieillit et on parle volontiers de transition démographique, ce qui désigne : « *Le passage d'un régime traditionnel où la fécondité et la mortalité sont élevées et s'équilibrent à peu près, à un régime où la natalité et la mortalité sont faibles et s'équilibrent également* »⁷⁴.

2. *L'impact de la perception de la vieillesse.*

« C'est en vain aujourd'hui que le songe me leurre.
Me voici face à face inexorablement
Avec l'inévitable et terrible moment :
Affrontant le miroir trop vrai, mon âme pleure ».

R. VIVIEN⁷⁵

18. La place sociale qu'occupe aujourd'hui la personne âgée, est le fruit d'une sédimentation des évolutions successives de la perception de la vieillesse par la société. Cette conception influence à la fois la société et l'individu. « *Les habitus des acteurs ne sont pas indépendants d'habitus collectifs macro socialement déterminés, quelle que soit au demeurant la marge de liberté ou d'innovation dont disposent, selon les situations, les acteurs mis effectivement "en situation"* »⁷⁶. Chaque personne conserve une certaine autonomie vis-à-vis du collectif, mais le collectif exerce une force importante sur le comportement de chacun. Il interagit sur la perception de l'individu et de lui-même, mais également sur le regard porté par le groupe extérieur sur l'individu.

Les personnes qui composent la société et la société elle-même, sont interdépendantes. Les comportements individuels, collectifs, socialement admis ou prohibés sont intrinsèquement liés. Les travaux de Monsieur Claude JAVEAU dépeignent clairement ce phénomène : « *Les acteurs,*

⁷² INSEE, *Estimations de population, population totale par sexe et âge au 1^{er} janvier 2018, France métropolitaine*, paru le 16 janvier 2018, [en ligne] [consulté le 23 février 2018], < <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1892088?sommaire=1912926> >

⁷³ INED, *nombre de centenaires. Évolution et projection*, [en ligne] [consulté le 20 février 2018]. < <https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/france/structure-population/centenaires/> > V. également à ce propos : N. BLANPAIN, G. BUISSON, *21 000 centenaires en 2016 en France, 270 000 en 2070 ?* Division enquêtes et études démographiques, INSEE, *INSEE première*, 2016, n° 1620, [en ligne] [consulté le 20 février 2018], < <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2496218> >.

⁷⁴ [En ligne] [consulté le 20 février 2018]. < <https://www.ined.fr/fr/lexique/transition-demographique/> >.

⁷⁵ R. VIVIEN, Extrait du poème *Vieillesse commençante*, Recueil *Haillons*, 1910.

⁷⁶ Cl. JAVEAU, *Sociologie de la vie quotidienne*, Presses Universitaires de France, Coll. Que sais-je ? 2^{ème} édition, 2011, p. 41.

hommes et femmes, construisent le monde social, certes, mais en recourant à des formes et des catégories qui sont elles-mêmes construites par le monde, et qu'ils et elles ne choisissent ni ne fabriquent et à l'égard desquelles ils ou elles ne sont pas des sujets autonomes. Les uns et les autres ont intériorisé une violence symbolique dont la production incombe aux structures de domination dont ils sont autant les objets que les agents non conscients, et qui les amènent à naturaliser leurs positions propres dans le champ des mondes vécus qu'ils partagent »⁷⁷. Et l'auteur de conclure, que l'on retrouve cette violence symbolique au cœur même des définitions qui sont appliquées aux situations qui concernent spécifiquement certaines catégories d'acteurs sociaux. Le monde s'impose tant par les actes que par les mots. Ainsi, « les dispositions à l'action, [...], sont déterminées par le système social dans sa totalité historiquement sédimentée »⁷⁸.

19. La personne âgée est à la fois composante et catégorie sociétale. Dans le premier cas elle prend part à l'ensemble sociétal. Certaines catégories classificatrices ont pour effet de l'assimiler à l'ensemble : personne humaine, personne majeure, citoyen etc... La personne âgée désigne cependant une catégorie de la population à part entière. Son apparence est perçue comme un signifiant social⁷⁹. La personne âgée est physiquement distincte du reste de la société, de la même manière que l'enfant est physiquement identifiable. L'appartenance d'une personne à cette catégorie est visible. Mais si l'âge chronologique est inscrit sur les papiers d'identité, l'âge physiologique est lui, plus ou moins perceptible. Cette classification peut être extrêmement utile aux études démographiques. Cependant, elle peut également justifier et fonder une modification des rapports sociaux. En cela, elle devient un objet particulièrement intéressant de l'étude sociologique.

20. L'iniquité du vieillissement reste un élément majeur qui ne saurait être écarté de l'effort de définition. Face à cela, se trouve une conception sociétale ambivalente de la vieillesse. D'une part, celle-ci est ignorée au maximum. Que ce soit par le prisme de la santé, l'usage des technologies, la vieillesse est cachée. Ces méthodes participent à camoufler les effets physiologiques du

⁷⁷ Cl. JAVEAU, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁸ Cl. JAVEAU, *Op. cit.*, *loc. cit.* : « On retrouve cette violence symbolique, entre autres, dans les définitions qui sont appliquées dans telle ou telle situation, aux parties que jouent hommes et femmes, jeunes et vieux, riches et pauvres, puissants et subordonnés, etc. Une société ne se recrée pas à chaque situation nouvelle... ».

⁷⁹ J.-C. HENRARD, Les défis du vieillissement. La vieillesse n'est pas une maladie ! éd. La Découverte ; Mutualité française, 2002.

vieillesse. « *L'hypertension artérielle chez une personne âgée peut être facilement contrôlée par des médicaments, tandis que chez une autre, elle peut nécessiter de multiples traitements qui entraînent des effets secondaires significatifs. De la même façon, les personnes âgées ayant une déficience visuelle liée à l'âge peuvent conserver leurs pleines aptitudes fonctionnelles grâce à des lunettes, mais sans elles, seront incapables d'accomplir des tâches simples, comme lire ou préparer un repas* »⁸⁰. La vieillesse est également masquée de façon bien plus large que dans le strict domaine des soins médicaux. Les évolutions normatives ne visent la vieillesse que de façon extrêmement ponctuelle. Par ailleurs, elles ne l'appréhendent généralement que de façon relative — par le biais d'une caractéristique généralement étrangère à l'âge. Au-delà de ces manifestations légales, il arrive que la vieillesse soit victime de son image sociétale. Les personnes âgées sont représentées comme soit actives et dynamiques, soit totalement dépendantes. La réalité fait l'objet d'une sorte de lifting publicitaire. La vieillesse n'est montrée que sous un angle « socialement acceptable ».

21. De façon résolument opposée au phénomène de dissimulation de la vieillesse, on observe également qu'elle n'a jamais répondu à autant de dénominatifs qu'aujourd'hui. Les termes descriptifs de la vieillesse sont extrêmement variés. « *Le changement permanent du regard que la société française, ou certains de ses segments, posent sur les groupes séparés par la barrière de l'âge* »⁸¹. La catégorie des personnes âgées subit ces différentes représentations. La notion traditionnelle de vieillard, largement employée par les textes du siècle dernier⁸², fut vivement critiquée avant d'être totalement abandonnée. En dépit de l'exclusion d'un mot, la vieillesse reste largement dépeinte. On parle aujourd'hui de senior, de personne âgée, d'ainé, de troisième âge, de quatrième âge, de retraité⁸³ etc... Cette richesse linguistique, participe largement au phénomène de négation de la vieillesse. Si le terme de personne âgée fait œuvre de neutralité — c'est pourquoi ce sera l'unique vocable utilisé dans cette étude —, ce n'est pas le cas des autres notions. Dans un même sens, le mot « retraité » renvoie à la position sociétale de la personne âgée. Elle est inactive⁸⁴, dans le sens où elle a traversé la phase d'activité professionnelle, et jouit désormais d'un temps de repos. Les autres termes ont de moindres qualités. La récente notion de senior désigne les personnes

⁸⁰ OMS, Rapport mondial sur le vieillissement et la santé, 2016, p. 30.

⁸¹ J. MAGAUD, « P. BOURDELAIS — l'âge de la vieillesse. Histoire du vieillissement de la population », in *Population*, Persée édition, 1995, n° 1, p. 197.

⁸² Le vocable de vieillard a été largement utilisé, notamment lors de la L. du 14 juillet 1905, *relative à l'assistance aux vieillards, aux infirmes et aux incurables*, ainsi qu'à l'occasion de la série d'arrêtés, de décrets et de circulaires concernant les foyers pour vieillards et jeunes travailleurs entre 1960 et 1976.

⁸³ V. à ce propos : V. CARADEC, *Sociologie de la vieillesse et du vieillissement*. Ed. Armand COLIN, Coll. Domaines et approches, 3^{ème} édition, 2012, p. 5.

⁸⁴ M. BILLÉ, D. MARTZ, *La tyrannie du "Bien vieillir". Vieillir et rester jeune*. Ed. ÉRÈS, Coll. L'âge et la vie. Prendre soin des personnes âgées... et des autres, 2018.

âgées de plus de 50 ans⁸⁵. Si le concept de séniorité n'a pas officiellement de limite haute, il s'impose largement comme désignant les “jeunes parmi les vieux”, à savoir personnes dont l'âge n'a pas encore emporté de trop grands effets. L'origine marketing de ce terme le dispute aux notions de source politique, tel que le troisième âge et le quatrième âge⁸⁶.

L'objectif est de procéder à une segmentation de la vieillesse, afin de parvenir à l'extraction des parties inférieures. En découpant la phase de vieillissement, on en réduit artificiellement la structure. Ces dénominatifs semblent chercher à extraire les premières expressions de la vieillesse. En d'autres termes, ces concepts visent à faire sortir de la catégorie de vieillesse, les personnes dont l'âge peut ne pas être pris en compte. Les membres du troisième âge, les retraités, ou encore les seniors ne sont plus pleinement considérés comme des personnes âgées. La nouvelle dénomination se substitue à l'état physiologique. L'effet principal est la réduction substantielle de la vieillesse ; l'extraction artificielle d'une partie de la vieillesse. Par voie de conséquence, la vieillesse se trouve réduite à son expression la plus extrême. Il ne reste qu'une fraction de la vieillesse originelle. Celle-ci est réduite à sa simple expression : La vieillesse dépendante, du quatrième âge. L'insertion de vocables particuliers ne permet pas de cacher totalement la réalité, mais cette réduction sémantique fait obstacle à une appréhension juridique pleine et entière de la vieillesse.

Le vocabulaire officiel ne représente qu'une infime partie des termes désignant la vieillesse et les personnes âgées. Les mots courants sont révélateurs de la place qu'occupe la personne âgée dans la société. Ils ne sont pourtant pas dénués de sous sens et participent à l'ambivalence de la position sociale de la personne âgée. Certains témoignages de professionnels du médicosocial⁸⁷, attestent de la puissance créatrice ou réductrice des qualificatifs employés pour parler de la vieillesse. Tandis que le grand-père ou la grand-mère désignent objectivement la personne, relativement à un lien de filiation, d'autres termes sont plus subjectifs, considérés — à tort ou à raison — comme péjoratifs⁸⁸.

⁸⁵ La limite d'âge n'est pas fixe. Parfois le terme sénior renvoie aux plus de 55 ou 60 ans.

⁸⁶ V. CARADEC, *Op. cit.* p. 5.

⁸⁷ V. à ce propos le témoignage d'une animatrice dans le médicosocial et formatrice en communication : L. LE GALL, « Les forces du grand âge, n'en déplaise aux stéréotypes », Jusqu'à la mort accompagner la vie, Presses Universitaires de Grenoble, 2014/4, n° 119, p. 35-43.

⁸⁸ L. LE GALL, *Op. cit.*, p. 35. L'auteur offre un raisonnement particulièrement intéressant à propos de l'usage commun du terme “p'tit vieux”. Elle s'interroge notamment sur l'incidence du qualificatif “petit” sur la personne : « Les “p'tits vieux”... Le grand âge nous rendrait-il plus petit, inférieur-e-s aux autres personnes ? ».

22. Au-delà de ces jeux de mots, la société tend à nier l'existence du "devenir vieux", pour se limiter à une prise en charge de "l'être vieux"⁸⁹. La phase transitoire de vieillissement n'est que peu prise en compte. La société est cependant dans l'obligation d'apporter des réponses aux situations extrêmes — notamment lorsque la personne âgée est très affaiblie par son âge. Ce phénomène s'est largement imposé. Il répond à un refus général de vieillir ou de se voir vieillir. Le vieux, c'est toujours l'autre. Les relations courantes offrent de multiples exemples de cette volonté de relativiser l'âge. Ce phénomène a été observé par certaines études⁹⁰, et fut spécialement mis en avant par Monsieur Bernard ENNUYER⁹¹. À la question de savoir à quel âge devient-on vieux, « les Français répondent 69 ans, si on fait la moyenne arithmétique des réponses. Mais la réponse est très différente suivant l'âge des répondants. Pour les moins de 25 ans, cet âge est estimé à 61 ans, par contre pour les plus de 65 ans, cet âge est de 77 ans et 8 % d'entre eux estiment cet âge à plus de 80 ans »⁹².

23. La richesse du vocabulaire visant la vieillesse, marque une certaine instabilité notionnelle. Cela conduit plus largement à l'inconstance de la place sociétale de la personne âgée. Malgré cela, cette partie de la population est en passe d'attirer l'attention générale. Cette évolution pourrait être menée notamment sous l'angle économique. En effet, en dépit de certains *a priori* persistants, qui voudraient que la période de vieillesse soit une phase de déclin de la consommation, la réalité est tout autre. Certes, l'entrée en âge accuse une évolution du rapport à la consommation, mais il s'agit davantage d'une modification que d'une réelle diminution. Les personnes âgées consomment différemment⁹³ : Les produits alimentaires sont achetés en quantités légèrement réduites, mais

⁸⁹ L. LE GALL, *Op. cit.*, p. 35-36 : « Si nous étions logiques, pour parler des personnes concernées par la vieillesse, nous utiliserions simplement le mot "vieux, vieille". Pourtant, employer ce terme est souvent perçu comme inapproprié, insultant, péjoratif. Pourquoi ? Parce que "vieux" ne signifie pas seulement âgé ; ce mot est aussi synonyme de dépassé, démodé, usagé, périmé... Si la vieillesse qualifie la portion des personnes les plus âgées d'une population, c'est aussi une notion à connotation péjorative. Ce sous-entendu dépréciatif est l'un des fondements des représentations négatives que nous nous faisons de la vieillesse ».

⁹⁰ Étude du groupe Prévoir, réalisée par l'IFOP en février 2011, *Les français et le Bien Vieillir*. [En ligne] [consulté le 20 février 2018] < http://www.ifop.com/?option=com_publication&type=poll&id=1419 >.

⁹¹ B. ENNUYER, « À quel âge est-on vieux ? La catégorisation des âges : ségrégation sociale et réification des individus », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2011/3, n° 138, p. 127-142.

⁹² B. ENNUYER, *Op. cit.*, p. 128.

⁹³ INSEE, Enquête Budget de famille en France métropolitaine en 2006 > *Dépenses annuelles moyennes selon l'âge de la personne de référence*, 2009 ; INSEE, Enquête Budget de famille en France métropolitaine en 2011 > *Dépenses annuelles moyennes selon l'âge de la personne de référence*, 2014. V. également à propos des effets de l'âge sur l'épargne et le patrimoine : CONSEIL NATIONAL DU CRÉDIT ET DU TITRE, Rapport, *Les aspects financiers du vieillissement de la population*, 2001.

gagnent en qualité⁹⁴, de même que les vêtements, qui sont achetés de façon moins fréquente⁹⁵. Concernant les biens immeubles, les personnes âgées sont largement plus sédentaires que les personnes plus jeunes, mais accusent des dépenses plus importantes en vue de l'aménagement de leur logement à leurs capacités physiques⁹⁶. Si on observe dans les faits, un déclin global des dépenses à partir de 65 ans⁹⁷, c'est partiellement dû à un déficit de l'offre⁹⁸ plutôt qu'à un défaut de la demande. « *Leur consommation reste un stabilisateur économique important, et leurs dépenses en particulier dans le secteur de la santé peuvent être source de croissance forte* »⁹⁹. Par ailleurs, les nouvelles générations de personnes âgées ont tendance à consommer davantage. L'économie, la consommation, pourraient être le fer de lance d'une réinsertion de la population des personnes âgées au cœur de l'obligance sociétale. Cette voie d'action n'a rien d'étonnant eu égard à l'orientation résolument consumériste.

24. La perception contemporaine de la vieillesse a un impact sur l'allongement de l'espérance de vie : La négation de la vieillesse est à la fois une façade et un objectif. La poursuite du “paraître jeune” ou du “non vieillir”, a dynamisé de façon considérable la recherche scientifique, qui est entièrement dévouée à une quête de jouvence¹⁰⁰ effrénée. Cette « *augmentation de la longévité moyenne humaine, [est] sans précédent : Plus de vingt-cinq ans au XX^{ème} siècle, avec selon toute vraisemblance près de 50% des humains des deux sexes et de tous les pays atteignant cent ans en 2100* »¹⁰¹. Cet élan n'est pas suivi à n'importe quel prix et se fait en faveur d'une augmentation constante, à la fois quantitativement — en termes d'années de vie gagnées — que qualitativement. La préférence va plutôt aux années de vie en santé et active¹⁰². C'est notamment la raison pour laquelle les politiques de santé s'orientent en faveur de la préservation de l'autonomie¹⁰³. En dépit des évolutions politiques et sociales, certaines personnes ressentent une véritable pression du “bien

⁹⁴ Th. MATHE, *et al.*, *Comment consomment les seniors ?* Édition CRÉDOC, Coll. Cahier de recherche, décembre 2012, n° 296, p. 34-39.

⁹⁵ Th. MATHE, *Op. cit.*, p. 40-43.

⁹⁶ Th. MATHE, *Op. cit.*, p. 43-46.

⁹⁷ Le phénomène s'accroît surtout à partir des 70 ans.

⁹⁸ Th. MATHE, *Op. cit.*, p. 5.

⁹⁹ G. JEHANNIN, « Choc des âges ou friction générationnelle ? le rapport entre générations dans une société vieillissante », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2013/2, n° 145, p. 44.

¹⁰⁰ É.-É BAULIEU, *Op. cit.*, p. 69-75.

¹⁰¹ É.-É BAULIEU, *Op. cit.*, p. 69.

¹⁰² ÉPICURE, *Lettre à Ménécée et autres lettres sur le bonheur*, Ed. Librio, Coll. Philosophie, 2017 : « De même que ce n'est pas toujours la nourriture la plus abondante que nous préférons, mais parfois la plus agréable, pareillement ce n'est pas toujours la plus longue durée qu'on veut recueillir, mais la plus agréable. Quant à ceux qui conseillent aux jeunes gens de bien vivre et aux vieillards de bien finir, leur conseil est dépourvu de sens, non seulement parce que la vie a du bon même pour le vieillard, mais parce que le soin de bien vivre et celui de bien mourir ne font qu'un ».

¹⁰³ J.-P. AQUINO, *et al.*, *Anticiper pour une autonomie préservée : un enjeu de société*. Comité avancée en âge. Prévention et qualité de vie, 2013.

vieillir”. L’ensemble des émanations de la politique du “bien vieillir”, les différentes manifestations de vieillissement en santé et en autonomie, contribuent à la construction d’une sorte de chape idéal du vieillissement. Les incitations à la santé physique, au sport, aux activités intellectuelles sont constantes pour les personnes âgées. La pression devient constante¹⁰⁴. Tous les moyens possibles sont mobilisés pour communiquer sur la santé des personnes âgées. Ne pas suivre ces injonctions est un comportement jugé anormal. Cela conduit de nombreuses personnes à céder à la poursuite de ces objectifs. Malgré cela, cette coercition n’est que rarement pointée du doigt.

25. L’allongement de l’espérance de vie emporte des conséquences indivisibles sur la protection sociale. « *On ne saurait traiter “l’âge” des individus comme une propriété indépendante du contexte dans lequel il prend sens et ce d’autant plus que la fixation d’un âge est le produit d’une lutte qui met aux prises les différentes générations* »¹⁰⁵. La lumière est ainsi faite sur l’ambivalence de ce critère. Comme se plaît à le rappeler le sociologue Julien DAMON, démographie et sécurité sociale font partie d’une seule et même équation¹⁰⁶. La Sécurité sociale étant le fruit d’un positionnement politique face à une valeur sociable protégeable, sa dynamique est forcément liée à celle de la vision que la société peut avoir du processus de vieillissement. « *Le vieillissement, qui se présente dans tous les pays avec des niveaux certes différents, constitue assurément le défi central : il pèse mécaniquement sur les comptes, les priorités, la philosophie et l’organisation des régimes de sécurité sociale* »¹⁰⁷. Le poids du vieillissement démographique — dans le sens de l’augmentation numérique des personnes âgées sur le reste de la population —, influence la perception sociétale du phénomène. Puisque les personnes âgées sont plus nombreuses, la perception sociale de la vieillesse se fait d’autant plus déterminante. Aucune action de fond ne saurait prendre la juste mesure des enjeux du vieillissement, en persistant dans la négation de ce critère. Si l’âge n’est pas dénué de risques certains, il pourrait cependant se consacrer à l’appréhension juridique de la vieillesse. Face aux défaillances de cette perception, la discipline juridique doit impérativement se faire la pionnière du passage de la transition démographique, à la révolution de l’âge¹⁰⁸.

¹⁰⁴ L. LE GALL, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰⁵ R. LENOIR, *Objet sociologique et problème social*, in *Initiation à la pratique sociologique*, Ed. BORDAS, 1989, p. 63, cité par B. ENNUYER, *Op. cit.*, p. 130.

¹⁰⁶ J. DAMON, *Op. cit.*, p. 92.

¹⁰⁷ J. DAMON, *Op. cit.*, p. 95.

¹⁰⁸ Le terme de révolution de l’âge était prisé par Madame Michèle DELAYNNAY, en sa qualité de Ministre déléguée chargée des personnes âgées et de l’autonomie dans le cadre du projet et de la loi d’adaptation de la société au vieillissement : L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015, *relative à l’adaptation de la société au vieillissement*, publiée au JORF n° 0301 du 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1.

II. LA VIE DE LA VIEILLESSE

26. Les répercussions sociétales¹⁰⁹ du vieillissement démographique ne sauraient être prises à la légère. Malgré cette gravité¹¹⁰, toutes les disciplines ne se plient pas à l'effort de qualification de la vieillesse. C'est pleinement le cas pour la matière juridique. La vieillesse se soustrait toujours à une définition unique. Si le droit positif porte en son sein les éléments indispensables à la protection de la vieillesse en tant que valeur sociale à protéger (A), les réponses apportées pâtissent d'une appréhension lacunaire et insuffisante (B).

A. LE DROIT POSITIF DE LA VIEILLESSE

27. Le vieillissement se définit comme l'ensemble « *des phénomènes qui marquent l'évolution d'un organisme vivant vers la mort* »¹¹¹. À ce titre, il est indéniablement assimilé au déroulement de la vie. L'existence se conçoit de façon linéaire, telle une droite partant de la naissance et allant jusqu'à la mort. Si cette vue ne correspond pas absolument à la perception juridique de la vie — le Droit permettant de projeter certaines de ses émanations en amont de la naissance et en aval du décès —, elle permet néanmoins une compréhension globale de ce phénomène. Le législateur contemporain manie le critère de l'âge avec une certaine dextérité lorsqu'il s'agit de la jeunesse (1) mais semble frileux à le mobiliser en matière de vieillesse (2).

1. La juridicité du critère de l'âge

28. Le vieillissement ne fait pas l'objet d'une réflexion spécifique en Droit, alors même que ses effets sont régulièrement mobilisés. L'âge d'une personne est pourtant particulièrement utile pour déterminer le champ d'application de certaines normes. Malgré cela, ce critère n'est pas utilisé de façon globale. L'âge chronologique est traité à part de l'âge physiologique ou de l'âge psychologique.

L'âge chronologique sert de critère de jalonnement : Un âge déterminé sert de marqueur entre les étapes de l'existence et articule les différents régimes juridiques applicables à chacune d'elles. Alors que l'âge chronologique sert régulièrement de critère, l'âge physiologique quant à lui, est occulté au maximum dans une lutte permanente pour la jeunesse. Enfin, l'âge psychologique n'est que peu

¹⁰⁹ La place sociale réservée ou laissée aux personnes âgées a varié au cours du temps. Les évolutions techniques, médicales et sociales ont grandement concouru à modifier la densité de la vieillesse.

¹¹⁰ Dans le sens de densification.

¹¹¹ Dictionnaire LAROUSSE, V. à vieillissement.

pris en compte, et fait l'objet de protections spécifiques et médicales. La fixation de seuils d'âges chronologiques est une méthode largement intégrée pour la partie basse de la vie. En la matière, l'âge juridique le plus populaire est celui qui détermine le point de liaison entre la minorité et la majorité. Outre le passage d'un signifiant à un autre, cet âge fixe la fin de la période d'incapacité d'exercice des droits de la personnalité juridique. Ainsi, alors que : « *La capacité de jouissance des personnes physiques est liée à leur existence, reconnue juridiquement* »¹¹², la capacité d'exercice est, par principe, soumise au critère de l'âge. La jeunesse et ses pendants juridiques — la minorité et l'incapacité — font l'objet d'une délimitation précise. Celle-ci a connu des évolutions au cours du temps. Sous l'ancien régime, la majorité était fixée à 30 ans pour les hommes et 25 ans pour les femmes. Postérieurement à la Révolution, la majorité fut abaissée à 21 ans sans distinction fondée sur le sexe. Elle prit sa position actuelle — 18 ans — par le biais de la loi du 5 juillet 1974¹¹³. L'articulation des articles 388¹¹⁴ et 488¹¹⁵ du Code civil, révèle que la période de la minorité s'étend depuis la naissance jusqu'à l'âge de dix-huit ans, tandis que la majorité s'épanouit à partir de cet âge et jusqu'à la mort.

29. Au-delà du passage de l'état de minorité vers celui de majorité, le droit positif utilise à d'autres fins le critère de l'âge. Le seuil de 18 ans n'est pas l'unique manifestation de l'âge durant la période de minorité. Plusieurs âges sont précisément reconnus et forment une échelle de progressivité des droits. À partir de 10 ans, il peut faire l'objet de sanctions pénales éducatives¹¹⁶.

¹¹² E. GALLANT, *Capacité*, in *Répertoire de droit international*, Dalloz édition, septembre 2015, n° 12.

¹¹³ L. n° 74-631 du 5 juillet 1975 – art. 1, *fixant à 18 ans l'âge de la majorité*, publiée au JORF du 7 juillet 1974, p. 7099.

¹¹⁴ Art. 388 C. civ., tel que modifié par la L. n° 74-631 du 5 juillet 1974, *fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité*, publiée au JORF du 7 juillet 1974, p. 7099.

¹¹⁵ Art. 488 C. civ., tel que créé par la L. n° 68-5 du 3 janvier 1968, *portant réforme du droit des incapables majeurs*, publiée au JORF du 4 janvier 1968, p. 114 ; modifié par la L. n° 74-631 du 5 juillet 1974, préc.

¹¹⁶ Art. 122-8 CP, préc.

À partir de 13 ans¹¹⁷, l'enfant consent ou non à son adoption¹¹⁸ ou au changement de ses noms¹¹⁹ et prénoms¹²⁰. À partir de 15 ans, le mineur ne peut plus faire l'objet d'une adoption plénière, sauf s'il avait été accueilli avant cet âge par des personnes remplissant les conditions légales à son adoption, ou s'il avait déjà fait l'objet d'une adoption simple¹²¹. Il peut consentir à une relation sexuelle avec un majeur sans que ce dernier commette d'infraction pénale¹²². À partir de 16 ans, il peut conduire sous l'empire de la conduite accompagnée¹²³. Il perd le bénéfice de la protection pénale accrue¹²⁴.

¹¹⁷ Cet âge sert de référence, notamment au sein du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. *V. à ce propos* : Art. L. 313-11, tel que modifié par la L. n° 2016-274 du 7 mars 2016 – art. 13, *relative au droit des étrangers en France (I)*, publiée au JORF n° 0057 du 8 mars 2016 ; Art. L. 511-4, tel que modifié par la L. n° 2016-274 du 7 mars 2016 – art. 57, préc. ; Art. L. 521-3, tel que modifié par la L. n° 2016-274 du 7 mars 2016 – art. 57, préc. ; et Art. L. 541-1, tel que modifié par la L. n° 2006-911 du 24 juillet 2006 – art. 75 et 77, *relative à l'immigration et à l'intégration (I)*, publiée au JORF n° 170 du 25 juillet 2006, p. 11047, texte n° 1. Le Code civil mobilise également cet âge en matière de réclamation de la nationalité française, notamment à l'article 21-11, tel que modifié par la L. n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 – art. 39, *relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile (I)*, publiée au JORF n° 270 du 21 novembre 2007, p. 18993, texte n° 1. Il est également représenté au sein du Code pénal, notamment à l'art. 131-30-2 relatif à la peine d'interdiction de territoire, tel que modifié par la L. n° 2006-911 du 24 juillet 2006, préc. Le même Code place l'âge de 13 ans — jusqu'à l'âge de 13 ans précisément — comme une circonstance aggravante. Ainsi l'article 311-4-1 CP aggrave la peine relative au vol, lorsque le coupable majeur s'est fait aider par un ou plusieurs mineurs n'ayant pas atteint l'âge de 13 ans.

¹¹⁸ Art. 360 C. civ., tel que modifié par la L. 2013-404 du 17 mai 2013 – art. 8, *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, publiée au JORF n° 0114 du 18 mai 2013, p. 8253, texte n° 3 ; Art. 363 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 – art. 12, *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, publiée au JORF n° 0114 du 18 mai 2013, p. 8253, texte n° 3.

¹¹⁹ Art. 311-23 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2016-1547 du 12 novembre 2016 – art. 57, *de modernisation de la justice du XXI^e siècle (I)*, publiée au JORF n° 0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1 ; Art. 61-2 C. civ., tel que créé par la L. n° 93-22 du 8 janvier 1993 – art. 4 et 64, *modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales (I)*, publiée au JORF n° 7 du 9 janvier 1993, p. 495 ; Art. 61-3 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2002-304 du 4 mars 2002, *relative au nom de famille*, publiée au JORF du 5 mars 2002, p. 4159, texte n° 2. Cet article pose le principe du consentement personnel pour tout changement de nom d'un enfant de plus de 13 ans. ; Art. 61-3-1 C. civ., tel que créé par la L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 – art. 57, préc. *V. également* : Art. D. 6253-2 CGCT, tel que créé par le D. n° 2007-1847 du 26 décembre 2007, *relatif aux livres II et III de la sixième partie du code général des collectivités territoriales (partie Réglementaire)*, publiée au JORF n° 0302 du 29 décembre 2007, p. 21751, texte n° 24 ; Art. D. 6352-2 CGCT, tel que créé par le D. n° 2007-1847 du 26 décembre 2007, préc.

¹²⁰ Art. 60 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 – art. 56, préc.

¹²¹ Dans ces cas précis, l'enfant de plus de 15 ans pourra fait l'objet d'une adoption plénière jusqu'à ses vingt ans. *V. à ce propos* : Art. 345 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 – art. 28, *relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires (I)*, publiée au JORF n° 0297 du 23 décembre 2010, p. 22552, texte n° 1.

¹²² Art. 227-25 CP, tel que modifié par l'Ord. n° 2000-916 du 19 septembre 2000 – art. 3 (V), *portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs*, publiée au JORF n° 0220 du 22 septembre 2000, p. 14877, texte n° 23.

¹²³ La formation préalable à l'obtention du permis de conduire est accessible dès l'âge de 15 ans, en vertu de l'Art. L. 211-3 C. de la route, tel que créé par la L. n° 2015-990 du 6 août 2015 – art. 28, *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (I)*, publiée au JORF n° 0181 du 7 août 2015, p. 13537, texte n° 1. ; tandis que la conduite encadrée est accessible à partir de 16 ans, en vertu de l'Art. L. 211-5 C. de la route, tel que créé par la L. n° 2015-990 du 6 août 2015 – art. 28, préc.

¹²⁴ Certains crimes et délits sont punis de façon aggravée lorsqu'ils ont porté atteinte à un mineur de 15 ans. Par exemple, le délit de délaissement est puni de cinq ans lorsqu'il concerne une personne qui n'est pas en mesure de se protéger, et de sept ans lorsqu'il concerne le mineur de 15 ans. *V. à ce propos* : Art. 223-3 CP, tel que modifié par l'Ord. n° 2000-916 du 19 septembre 2000 – art. 3, préc. ; Art. 227-1 CP tel que modifié par l'Ord. n° 2000-916 du 19 septembre 2000 – art. 3, préc. Le délaissement ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente est classiquement puni de quinze ans de réclusion criminelle. La peine est portée à vingt ans lorsque les faits ont

Ces exemples attestent de la progressivité réelle de la maîtrise des droits. Par ailleurs, ils témoignent également de la nature mixte du critère de l'âge. Ce particularisme a toujours été reconnu. Le terme d'âge vient du latin *aevitas*, lequel a pour racine l'*aevum*, qui désigne : « *Ce qui a pris du temps* »¹²⁵. La notion est intrinsèquement liée à une idée de mesure du temps écoulé. La discipline juridique mobilise la dimension chronologique de l'âge. Cependant, l'âge chronologique est indissociable d'une dimension physiologique — propre au passage du temps. Lorsque le législateur choisit un âge pour réguler l'entrée ou la sortie d'un régime juridique vers un autre, il vise un âge chronologique mais également un état de développement physiologique. Ce lien entre âge et physiologie semble être un point sensible en matière de mobilisation du critère de l'âge pour la vieillesse.

30. Le passage des années semble freiner la mobilisation de seuils d'âges. La praticité de ce critère a néanmoins réussi à l'imposer en de rares occasions. Ainsi, l'âge est utilisé pour déterminer la limite haute de la vie active et l'accession à la retraite. Il est également indispensable à la détermination de la politique vieillesse, qui constitue le témoignage le plus important de l'appréhension de la vieillesse en tant que valeur sociale à protéger. Depuis les années 1960, la vieillesse a conquis ses lettres de noblesse et fait désormais partie des objets actifs de la politique sociale. À cet égard, les travaux de Pierre LAROQUE furent déterminants¹²⁶.

Un net recul du critère est observable depuis les années 1970¹²⁷. L'âge « *devient alors moins légitime pour réguler les existences individuelles* »¹²⁸. Néanmoins, si l'âge ne correspond effectivement plus à un usage sociétal contemporain, il ne doit pas être rejeté en bloc. Outre son utilité pratique — l'âge chronologique permet de délimiter le champ d'application des normes —, l'âge physiologique emporte toujours des conséquences concrètes qui placent l'individu dans une situation particulière qui déroge à celle occupée par le reste de la population. Le mouvement de *désinstitutionnalisation* du cours de la vie est entendu par certains comme la transition « *d'un monde qu'on cherchait à*

entraîné la mort de la personne délaissée. Ce principe est consacré par l'Art. 223-4 CP, codifié par la L. n° 92-684 du 22 juillet 1992, *portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes*, publiée au JORF n° 169 du 23 juillet 1992, p. 9875. Lorsque délaissement ayant entraîné une infirmité ou une mutilation permanente concerne un mineur de 15 ans, l'article 227-2 du même Code, sanctionne de vingt ans de réclusion criminelle. La peine est portée à trente ans si les faits ont entraîné la mort du mineur.

¹²⁵ L. RAZÉ, *Op. cit.*, p. 5.

¹²⁶ P. LAROQUE, *et. al.*, Commission d'étude des problèmes de la vieillesse du Haut comité consultatif de la population et de la famille, 1962.

¹²⁷ V. CARADEC, *Op. cit.*, p. 16.

¹²⁸ V. CARADEC, *Op. cit.*, *loc. cit.*

maîtriser à un monde qu'on accepte incertain »¹²⁹. La méfiance législative à l'égard du critère de l'âge au sujet de la partie haute de la vie, corrobore cette vision. La suppression des seuils d'âge pour la vieillesse peut très certainement s'assimiler à une volonté de "laisser faire", et de préserver une conception de la liberté et de l'autonomie commune à l'ensemble des majeurs. Cette position ferme la porte à une conception protectrice et généralisée de la vieillesse. Celle-ci est assimilée au reste de la majorité et ses particularismes sont artificiellement gommés. Indépendamment à cela, la vieillesse continue d'apporter un affaiblissement de l'être — du corps et de l'esprit. Le législateur doit intervenir, malgré toutes les réticences exprimées. Il le fait pour des situations bien précises.

2. La logique duale du système juridique contemporain

3l. La vieillesse est entendue comme le processus par lequel l'organisme subit une dégénérescence provoquant un affaiblissement de l'être. Cette définition physiologique appelle naturellement le législateur à une protection spécifique. Les fondements juridiques et sociétaux articulent les notions de liberté, d'égalité et de dignité. Si le groupe n'a que peu ou prou de pouvoir sur les conceptions individuelles de l'existence, il a néanmoins un rôle à jouer. Par conséquent, l'existence d'une situation spécifique plaçant une partie de la population dans une position atypique vis-à-vis de l'ensemble, conduit naturellement la société à s'adapter en vue de rétablir un certain équilibre. L'outil juridique devrait intervenir à contrecourant du phénomène naturel, dans l'objectif de maintenir une certaine qualité ou maîtrise des droits de l'individu confronté à son propre vieillissement. Cette dynamique ne semble pas avoir été pleinement embrassée ni par le législateur national, ni par le législateur européen. « *Existe-il un droit européen du vieillissement ? La réponse est négative. Rien dans le traité ne concerne de près ou de loin ce sujet. Pour autant, cela ne signifie pas qu'aucune action n'a été entreprise* »¹³⁰. Les efforts s'avèrent, tant en droit interne qu'au niveau communautaire, éclatés en diverses prises en compte ponctuelles et parcellaires.

La vieillesse n'est un sujet de préoccupation que de façon indirecte. Ainsi elle n'est appréhendée que par le biais de sous-domaines : perte d'autonomie, dépendance, niveau de vie, santé etc... La vieillesse est dès lors entendue comme un facteur d'aggravation du risque de vulnérabilité, de

¹²⁹ M. BESSIN, « Cour de vie et flexibilité temporelle. La crise des seuils d'âge : service militaire, majorité juridique [compte-rendu] », *Population*, Ar Bs édition, Persée, 1994, n° 49-2, p. 538-540.

¹³⁰ P.-Y. MONJAL, Le droit et le vieillissement de la personne dans l'Union européenne : le recours à la méthode ouverte de coordination comme rajeunissement de la méthode communautaire ? in J.-R. BINET (dir), *et al., Droit et vieillissement de la personne*, LITEC Lexis Nexis édition, Coll. Colloques & débats, 2008, p. 133.

dépendance, de pauvreté et ainsi de suite. L'obstacle principal à la prise en compte totale de la vieillesse semble, une fois encore, tenir sa difficile délimitation.

32. La définition de la vieillesse, toute relative¹³¹ qu'elle puisse être, se cristallise autour de la délimitation de son seuil. À quel âge est-on une personne âgée ? Cette interrogation place tout effort de définition au sein d'un élan arbitraire. « *Il n'y a rien là que de très banal, mais qui fait voir que l'âge est une donnée biologique socialement manipulée et manipulable* » — faisait remarquer Pierre BOURDIEU¹³². Cette nature particulière a conduit le législateur à adopter un positionnement ambivalent à l'égard de la vieillesse et des répercussions juridiques devant lui être consenties. S'il met en place une protection spécifique au grand âge, ce n'est que de façon extrêmement ponctuelle. C'est notamment le cas en matière d'accidents de la circulation. Dans d'autres circonstances, l'appréhension juridique de l'âge se fait de manière extrêmement circonstanciée. L'âge n'est alors pris en compte que cumulativement à d'autres critères, comme c'est le cas en matière de vulnérabilité. Le critère de l'âge n'est pas délaissé de manière absolue par la discipline juridique. Il est d'ailleurs déterminant à de nombreux égards. Pourtant il paraît plus facilement mobilisable concernant la jeunesse que la vieillesse. Il semble moins stigmatisant de fixer des seuils juridiques applicables aux jeunes. L'idée de délimitation des règles fondées sur l'âge d'un jeune, répond à l'image d'une accession graduelle au plein épanouissement. La construction de la capacité juridique se calque la construction de l'individualité. L'une et l'autre ont besoin de l'écoulement du temps pour se réaliser pleinement. Il n'en va pas de même concernant les personnes âgées. L'idée d'un amoindrissement des capacités juridiques en lien avec l'affaiblissement lié à l'âge n'est pas supportable. Elle ne l'est ni pour les personnes âgées elles-mêmes, ni pour le reste de la population qui y lirait un avenir trop pessimiste. Le seul moyen de contrer cette perception, serait de concevoir l'action légale en opposition au processus naturel de vieillissement. Face à l'amoindrissement du corps et de l'esprit, la norme juridique devrait alors se faire plus protectrice.

33. Le législateur a eu l'occasion de saisir de façon ponctuelle et spécifique certaines situations qui mettent à mal les personnes âgées. À l'instar de ce que constatait Madame Diane ROMAN, « *la reconnaissance de droits spécifiques au grand âge obéit à une évolution assez commune en droit social, caractérisée par trois phases successives : celles de la famille, celle des politiques sociales*

¹³¹ V. CARADEC, « “jeunes” et “vieux” : les relations intergénérationnelles en question », *AGORA*, Presses de Sciences Politique, Coll. Débats/jeunesses, 2008/3, n° 49.

¹³² P. BOURDIEU, entretien avec A.-M. METAILLÉ, paru dans *Les jeunes et le premier emploi*, Paris, Association des âges, 1978, personne protégée. 520-530, repris in *Questions de sociologies*, Éditions de Minuit, 1984, Ed. 1992, pp. 143-154.

*et celle des droits fondamentaux. [...] La famille est le cercle premier d'assistance aux nécessiteux, quels qu'ils soient et notamment âgés. Mais la solidarité familiale ayant ses limites, l'État et les collectivités locales ont été appelés au renfort »*¹³³. La protection de la famille répond à fois à un élan naturel, ainsi qu'à un objectif sociétal fondamental. Celui-ci fait l'objet de multiples proclamations. La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme le consacre notamment au sein de son seizième article : « *La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État »*¹³⁴.

Les manifestations de la prise en compte juridique de la vieillesse sont diverses. Elles sont toutes caractérisées par une spécificité et une précision qui font obstacle à une appréhension globale. La loi BADINTER de 1985¹³⁵ organise par exemple une protection accrue de la personne âgée victime d'un accident de la circulation. Le témoignage le plus général de la reconnaissance de droits de la personne âgée est constitué par les droits reconnus à la grand-parentalité. Néanmoins les droits qui sont reconnus à ce lien indirect de filiation, ne sont construits que par le prisme des droits de l'enfant. La limite haute de l'existence semble être la cause de plus nombreux émois que la frontière basse. Le législateur se refuse à fixer un seuil plafond à la majorité. Ce positionnement est renforcé par l'exclusion progressive de l'affaiblissement lié à l'âge en matière de protection juridique des majeurs. Cette protection est justement l'unique limite reconnue à la capacité juridique. L'existence est divisée en deux temps juridiques généraux qui déterminent l'accès à la capacité. Lorsque l'individu atteint l'âge de la majorité, le principe applicable est celui de la capacité. Ce principe est exceptionnellement et individuellement remis en cause, via les régimes de protection juridique des majeurs. Il s'agit des seules exceptions reconnues à ce jour. La vieillesse apporte néanmoins son lot d'atteintes, qui participent à la placer *de facto* dans une forme de post-majorité.

¹³³ D. ROMAN, « Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne », *RDSS*, Dalloz édition, 2008, p. 267.

¹³⁴ Art. 16 3° DUDH du 10 décembre 1948, publiée au JORF du 19 février 1949, p. 1859.

¹³⁵ L. n° 85-677 du 5 juillet 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, publiée au JORF du 6 juillet 1985, p. 7584.

B. LES ATTEINTES AUX PERSONNES ÂGÉES

34. Du fait de la physiologie particulière de la vieillesse, certaines atteintes sont dirigées directement contre les personnes du fait de leur âge, ou alors emportent des conséquences spécifiques lorsqu'elles affectent une personne âgée. Ces particularismes (1) tracent les limites de la protection juridique contemporaine de la vieillesse (2).

1. *La multiplicité des atteintes aux droits des personnes âgées*

35. Revenons quelques instants sur l'anecdote initiale de ce sujet. La situation est celle du résident d'un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, qui ne peut pas sortir à loisir des locaux de l'institution. L'histoire ne raconte pas si la personne âgée qui réclamait l'ouverture de la porte était placée sous un régime de protection ou non. La convenance empêcherait certainement de poser cette question avant d'ouvrir ou non la porte de sortie. La première hypothèse est celle d'une requête formulée par un majeur protégé. Cette situation serait cohérente avec le contexte de la demande formulée à un visiteur et non à un des membres du personnel encadrant. Dès lors, le problème qui se pose est de savoir si la protection juridique des majeurs peut ou non, porter atteinte à la liberté d'aller et venir de ses sujets. La seconde hypothèse est celle d'une requête formulée par une personne âgée quelconque non protégée. L'enjeu se trouve d'autant plus important que la personne est parfaitement capable juridiquement. Elle est donc réputée — la procédure est censée s'en assurer —, résider au sein de l'établissement en vertu de sa seule volonté. Par conséquent, elle ne devrait pas se retrouver dans la position de réclamer une aide pour entrer ou sortir des lieux. *« Si l'établissement doit assurer un minimum de sécurité à la personne âgée hébergée, il n'est pas pour autant habilité à prendre des mesures restrictives de liberté à son égard. De telles mesures sont illégales en droit actuel »*¹³⁶. Cette acception est valable à l'égard des majeurs protégés, elle l'est *a fortiori* pour les majeurs non protégés.

36. La liberté d'aller et venir en établissement est consacrée par l'article L. 311-3 du Code de l'action sociale et des familles¹³⁷, qui dispose de la garantie d'exercice des droits et libertés individuels à l'ensemble des usagers des établissements et services sociaux et médico-sociaux. Ainsi sont assurés aux résidents de ces établissements, le respect de leur dignité, de leur intégrité,

¹³⁶ C. LACOUR, *Op. cit.*, p. 3.

¹³⁷ Art. L. 311-3 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – art. 27, *relative à l'adaptation de la société au vieillissement (1)*, publiée au JORF n° 0301 du 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1.

de leur vie privée, de leur intimité, ainsi que de leur sécurité et de leur droit d'aller et venir librement¹³⁸.

La sanction des actes de contention en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes est laissée à l'autorité prétorienne. La Cour de cassation a eu l'occasion de traiter un contentieux concernant les restrictions mises en œuvre par certains établissements d'hébergement. Des faits litigieux portés devant la chambre criminelle le 6 août 1997¹³⁹ témoignent de la gravité de certaines mesures : « *Les pensionnaires de l'établissement étaient soumis, [...] à des mesures de contention qui s'avéraient systématiques de 18 heures 30 au lendemain matin, soit une période de contention forcée d'au moins 12 heures consécutives, qui était associée à la fermeture à clefs des dortoirs et à l'impossibilité d'aller aux toilettes* »¹⁴⁰. Les faits s'étant produits durant les années 1990, les responsables des établissements avaient mis en avant deux éléments distincts pour justifier leurs décisions : Le premier, qu'aucun texte réglementaire n'interdisait ces procédés de contentions ; le second, que ces mécanismes étaient nécessaires à la sécurité des résidents.

La mise en balance des procédures restrictives et de l'obligation de sécurité est particulièrement sensible. Elle fut de nouveau sur le devant de la scène contentieuse dans un arrêt datant du 4 octobre 2011¹⁴¹. Cette fois, l'établissement se voyait reproché de ne pas avoir imposé le maintien de l'ouverture des portes menant aux chambres des résidents : « *La direction de la maison de retraite a fait observer qu'il n'était pas envisageable de laisser les portes des chambres ouvertes car la chambre représente en quelque sorte le domicile des pensionnaires qui doivent se sentir comme chez eux ; que ni une surveillance permanente ni encore moins des moyens de contention ne sont envisageables* »¹⁴². Dans ce domaine, et plus largement pour l'ensemble des contentieux concernant la population des personnes âgées, l'autorité jurisprudentielle souffre de sa nature. Le contrôle prétorien nécessite qu'une action soit intentée. Les faits reprochés lors de ces deux contentieux sont peut-être d'une autre dimension que la simple requête de sortie qui nous intéresse. Pourtant l'un et l'autre prennent part dans un ensemble bien plus vaste d'atteintes portées aux droits des personnes âgées.

¹³⁸ Art. L. 311-3 1° CASF, préc.

¹³⁹ Cass, crim., 6 août 1997, n° 95-84.852, non publié au bulletin.

¹⁴⁰ Extrait de Cass, crim., 6 août 1997, préc.

¹⁴¹ Cass, crim., 4 octobre 2011, n° 11-81.699, non publié au bulletin.

¹⁴² Extrait de Cass, crim., 4 octobre 2011, préc.

37. Au niveau sociétal, l'affaiblissement de l'être contribue à placer la personne âgée dans une situation différente de celle occupée par les autres majeurs en pleine possession de leurs forces et de leurs facultés. À cet égard, si le milieu institutionnel est particulièrement concerné par la régulation des droits et libertés, il ne s'agit pas là d'une exception. Les effets peuvent se ressentir tant au sein de la sphère privée¹⁴³ et familiale, qu'en dehors. Au-delà des attentes physiques ou morales, la place sociétale de la personne âgée était jusqu'à une période récente encore bien fragile. Durant les années 1980, un débat sur l'équité entre générations, mené tant aux Etats-Unis qu'en Europe, laissait entendre que les personnes âgées étaient devenues trop puissantes, riches et revendicatrices¹⁴⁴.

38. La discrimination fondée sur l'âge touche les personnes âgées de façon particulière mais non exclusive. Elle est courante en situation d'accès et de maintien à l'emploi¹⁴⁵. C'est pour cette raison que le Code du travail apporte certains éléments de protection salvateurs à cet égard. La discrimination liée à l'âge est sanctionnée pénalement. Le phénomène fut théorisé à travers le concept d'âgisme. La particularité de ces discriminations est qu'elles sont latentes et peuvent difficilement être dénoncées. Elles sont par ailleurs aléatoires et ne touchent pas de façon uniforme la population des personnes âgées. Les femmes âgées, par exemple, « *peuvent être victimes d'une double discrimination fondée à la fois sur le sexe et sur l'âge* »¹⁴⁶. Dans une même veine, la maltraitance des personnes âgées est encore peu théorisée¹⁴⁷. Elle est pourtant bien réelle. « *La question de la maltraitance des personnes âgées (et des personnes handicapées), après celles de la maltraitance ou des violences faites aux enfants et aux femmes a émergé un peu plus tard* »¹⁴⁸. L'intérêt tardif qui est porté aux personnes âgées ne signifie pas pour autant que les atteintes qu'elles subissent sont minimales. Selon l'Organisation Mondiale de la Santé, environ une personne âgée sur

¹⁴³ Sur le non-droit, V. J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10^{ème} édition, 2001.

¹⁴⁴ D. THOMSON, « Naître la bonne année ? âge, justice et génération dans les États modernes », *Persée édition*, Coll. Société contemporaines, n° 10, 1992, *Solidarité entre générations au temps de retraite*, p. 47-65.

¹⁴⁵ COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées, Assemblée plénière du 27 juin 2013, p. 3, n° 1.2, pt. 19 : « le plus grand nombre de discriminations liées à l'âge relève de l'emploi, dans les secteurs public et privé. L'âge constitue ainsi un critère important de saisines qui portent le plus souvent sur l'accès à l'emploi (critères de recrutement) ainsi que sur le déroulement de carrière ».

¹⁴⁶ COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Op. cit.*, p. 4, n° 1-2, pt. 24.

¹⁴⁷ V. à ce propos : A. TERRASSON DE FOUGÈRE, « La maltraitance des personnes âgées », *RDSS*, Dalloz édition, 2003, p. 176.

¹⁴⁸ G. LAROQUE, « bientraitance, maltraitance, qu'en est-il en France ? », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2010/2, n° 133, p. 64.

six a été victime de maltraitance au cours de l'année 2017¹⁴⁹. La plupart des violences exercées sont de nature psychologique, physique ou financière. L'absence de données exploitables concernant la maltraitance en institution est pointée du doigt. « *Les données sur l'ampleur du problème dans les institutions telles que les hôpitaux, les maisons de retraite et les établissements de soins de longue durée sont rares* »¹⁵⁰. Les rares statistiques sont alarmantes. Cependant, les personnes âgées ne sont pas uniquement victimes de maltraitements manifestes et visibles. L'efficacité des droits de la personne est affectée par le reflet d'une société qui nie son propre vieillissement.

39. Que ce soit parce que les voix chevrotantes s'évanouissent plus vite dans l'air des couloirs des établissements spécialisés retirés du monde ; ou bien parce que les oreilles des plus jeunes y sont parfois peu ou pas sensibles ; ou encore parce que les gains réels semblent inaccessibles ou dérisoires face au poids moral d'un contentieux ; il existe mille raisons pour que les droits des personnes âgées en établissement ne soient pas respectés. Ces diverses offenses sont-elles réservées aux personnes âgées placées sous régimes de protection ? Sont-elles l'apanage des institutions médico-sociales ? Qu'en est-il au-delà de ces murs institutionnels ? Il serait réducteur de penser que ces atteintes se limitent aux établissements spécialisés dans le soin et l'accueil des personnes âgées. Il serait également faux de croire que l'efficacité des droits est égale pour tous.

2. Les limites d'une perception duale

40. L'équilibre entre les droits et libertés, et les objectifs de sécurité et de commodité est le point le plus sensible en milieu institutionnel, et notamment au sein des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes. L'épée de DAMOCLES est suspendue à la fois sur ces institutions et sur leurs résidents. La régulation de la liberté d'aller et venir n'est qu'un élément à risque parmi tant d'autres. Le respect de la vie privée et familiale occupe également une place importante de la réalité de la vie en institution. Des aspects de la vie privée sont largement délaissés. L'intimité est réduite à sa plus simple expression. La personnalité ne peut plus que très rarement s'exprimer. Ce phénomène est très important au sein des parties communes — cela peut être justifié par les besoins de la vie en communauté — mais touche également les parties privées. Si certains établissements permettent désormais aux résidents de personnaliser leurs chambres

¹⁴⁹ OMS, *Maltraitance des personnes âgées*, Aide-Mémoire, janvier 2018. [en ligne] [consulté le 13 février 2018] < <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs357/fr/> >.

¹⁵⁰ OMS, *Op. cit.*, loc. cit.

individuelles, ce n'est que de façon partielle et limitée. Par ailleurs d'autres sujets, comme la sexualité des personnes âgées, restent encore largement tabous¹⁵¹.

41. La binarité du système juridique de majorité/capacité ne permet pas de prendre la mesure de la diversité sociétale. Le régime général voudrait qu'à défaut d'existence d'un régime spécial de protection, le principe reste celui de la capacité. Dans ce cas, la personne majeure et capable ne devrait pas avoir à souffrir d'atteintes à sa liberté d'aller et venir. La capacité de principe des majeurs souffre de nombreuses exceptions à l'égard des personnes âgées. Le refus de distinction franche entre les majeurs et le dénigrement du critère de l'âge comme pouvant justifier une protection spécifique, conduisent le législateur contemporain à entretenir une position équivoque vis-à-vis de la vieillesse. Cette orientation légale influence de façon significative l'appréhension sociétale de la vieillesse. Elle détermine une grande partie des comportements juridiques et sociaux.

42. Les effets de l'âge sur le rapport aux droits fondent une inégalité factuelle prenant les allures d'une fausse capacité. La personne âgée non protégée se trouve dans une situation officieuse de pré-incapacité ou de para-incapacité. Cela conduit à l'adaptation des comportements individuels et collectifs à l'égard de la vieillesse. La sénescence participe naturellement à un glissement de la maîtrise des droits vers une certaine forme de déprise. Les droits sont parfois moins respectés ou sollicités et la personne se trouve cloisonnée dans une pleine capacité qui n'a de la capacité que le nom. Le nerf de cette situation n'est pas la reconnaissance des droits — elle est également indifféremment de l'âge du majeur — mais bien de l'efficience des droits de la personne. Certains contrats sont inaccessibles avant, ou à partir d'un certain âge ; la réception du consentement de la personne âgée peut varier selon la faculté de son interlocuteur ; la volonté est contrariée par des manifestations insidieuses. Cet ensemble de facteurs place la personne âgée d'une situation particulière qui ne fait l'objet que d'une attention partielle de la part du législateur. La personne âgée se trouve d'ores et déjà dans une forme diffuse et non théorisée de post-majorité, à mi-chemin entre la protection et l'ignorance de ses spécificités.

¹⁵¹ COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Op. cit.*, p. 3, n° 1.4.4, pt. 32.

III. LA PROPOSITION D'UNE RENAISSANCE DE LA VIEILLESSE

43. La juridicité de la vieillesse pourrait connaître certaines évolutions substantielles¹⁵². Certaines structures conceptuelles pourraient faire l'objet de modifications, au profit d'un réinsertion de la personne âgée au cœur de la société dans une position de pleine maîtrise de ses droits. La théorisation d'un statut juridique propre à la personne âgée (B) devrait contribuer à une refonte de la découpe juridique de l'existence (A), afin de donner à la vieillesse une place sociétale et juridique adaptée.

A. LE SÉQUENCEMENT DU TEMPS DE VIE

44. L'existence juridique se fait en deux temps : L'enfant né viable¹⁵³ est mineur durant les dix-huit années qui suivent sa naissance. Avec la majorité, il reçoit la pleine maîtrise de ses droits à travers la capacité juridique. Sauf situation particulière, il conservera sa capacité jusqu'au terme de sa vie. La théorie n'était toujours que le reflet terni de la réalité, certaines existences apportent davantage de nuances. La découpe juridique de l'existence (1) pourrait passer d'une structure à deux temps à une structure à trois temps (2) afin de consacrer la période de vieillesse.

1. *Le séquençement juridique de l'existence*

45. En dépit de la présence d'un critère juridique d'âge déterminant le passage de la minorité à la majorité, la réalité est autrement plus contrastée. Les jeunes « *sont dans une sorte de no man's land social, ils sont adultes pour certaines choses, ils sont enfants pour d'autres, ils jouent sur les deux tableaux* »¹⁵⁴. Là où le sociologue Pierre BOURDIEU constatait le positionnement ambigu des adolescents transparaît aujourd'hui l'existence d'une prémajorité. L'origine de cette notion est avant tout politique. Elle est le fruit d'une proposition politique faite dans le cadre de son programme législatif de 2007. La notion fut juridiquement mise en mots, par Monsieur Christophe DAADOUCH¹⁵⁵, puis par Monsieur Julien ROQUE¹⁵⁶, qui mirent respectivement en avant la préexistence du contenant de ce concept. Un certain élan créatif fut initié quatre ans plus tard par

¹⁵² Pour prendre le réel tournant de l'adaptation de la société au vieillissement, le législateur ne saurait se limiter à consentir à de légères adaptations.

¹⁵³ La personnalité juridique peut être projetée au besoin de façon anticipée.

¹⁵⁴ P. BOURDIEU, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵⁵ Ch. DAADOUCH, « La pré-majorité du mineur : avancée ou piège ? », *Journal du droit des jeunes*, Ed. Association jeunesse et droit, 2007/1, vol. 261, p. 31-33.

¹⁵⁶ J. ROQUE, « La prémajorité », *Droit de la famille*, LexisNexis SA édition, 2009, n° 4, étude 20.

Madame Dominique BERTINOTTI, alors ministre de la Famille, dans une démarche visant la reconnaissance d'un statut de prémajorité pour les mineurs de 16 à 18 ans¹⁵⁷. Il n'est pas question alors d'abaisser l'âge de la majorité, mais plutôt de consacrer une phase d'apprentissage de la citoyenneté, par le biais de la reconnaissance progressive de la maîtrise des droits. L'enfant obtient un contrôle croissant sur ses droits. La fracture entre l'incapacité et capacité n'est pas aussi franche qu'elle en a l'air. La tendance légale semble n'avoir de cesse de la réduire davantage. Ainsi, le mineur peut exercer certains actes de la vie civile. Il fait par ailleurs l'objet d'une appréciation circonstanciée de sa capacité de discernement, ce qui le rend responsable des « *crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupable* »¹⁵⁸. Reste à savoir si la reconnaissance d'une prémajorité porterait ou non atteinte aux prérogatives de l'autorité parentale.

46. De telles digressions pourraient sembler étrangères à la situation qui nous intéresse. Elles ont au contraire — presque — tout à voir, de part une perspective comparative¹⁵⁹ *mutatis mutandis*. Le rapport aux droits est divisé en deux temps principaux que sont la minorité et la majorité. L'un et l'autre connaissent ponctuellement des exceptions. Pour la minorité, il s'agit de l'émancipation ; pour la majorité, il s'agit du régime de protection des majeurs. Par ailleurs, les évolutions que connaît le statut du mineur témoignent d'une dynamique au profit d'une nouvelle échelle des droits. Celle-ci est résolument plus détaillée que la séparation franche que l'on conçoit traditionnellement entre l'incapacité et la capacité. Le développement de l'enfant lui permet d'accéder progressivement à la maîtrise de ses droits. Le législateur construit des étapes intermédiaires qui permettent d'atteindre la capacité pleine et entière. L'apogée de ce processus est l'âge de la majorité. Malgré le défaut de consécration théorisée de la prémajorité, l'ascension menant à la capacité semble faire l'objet d'un *consensus*. La conception traditionnelle veut qu'une fois l'étape franchie, la majorité demeure identique et entière tout au long de l'existence. Bien-sûr, face aux aléas de la vie le législateur a dû concevoir des aménagements de deux ordres distincts. Le premier est porté par le concept de vulnérabilité : Il s'agit d'accepter que dans certaines conditions, une personne ne puisse pas avoir la force ou l'énergie nécessaire pour se défendre contre les atteintes portées par des tiers malveillants à cause de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou

¹⁵⁷ La ministre avait alors déclaré lors d'une interview, que : « Plutôt que de passer brutalement à l'état de citoyen plein et entier à 18 ans, est-ce qu'il n'y a pas une sorte d'apprentissage de la citoyenneté, qui pourrait s'incarner à travers ce statut de prémajorité ». Reportage complet [en ligne] [consulté le 13 février 2018] < https://www.francetvinfo.fr/16-ans-possibilite-d-une-pre-majorite_419713.html >

¹⁵⁸ Extrait de l'art. 122-8 CP, tel que modifié par la L. n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 – art. 11, *d'orientation et de programmation pour la justice (I)*, publiée au JORF du 10 septembre 2002, p. 14934, texte n° 1.

¹⁵⁹ Cf. JAVEAU, *Op. cit.*, p. 11.

psychique, ou encore d'un état de grossesse¹⁶⁰. Le second enfin, est constitué par la protection juridique des majeurs¹⁶¹. Cependant, au-delà de ces situations spécifiques et individualisées, ne serait-il pas possible de reconnaître que le vieillissement induit une involution du rapport aux droits ?

47. L'influence du passage du temps sur l'individu n'est pourtant pas totalement méconnue. Si le législateur semble progressivement se détourner de la voie protectionniste directement liée à l'affaiblissement lié à l'âge, cette attitude n'est pas suivie de façon absolue. Les études démographiques et économiques traduisent les effets d'âge et de génération sur le mode de vie, la consommation, et l'épargne. Eu égard au vieillissement de la population nationale, l'âge ne saurait souffrir plus longtemps d'un défaut de prise en compte. La généralité des atteintes portées aux personnes âgées laisse à penser que les effets de l'âge contribuent à priver l'individu de la maîtrise de l'efficacité de leurs droits. Cette situation peut être la résultante d'un affaiblissement lié à l'âge, mais est surtout le fait des comportements incivils et discriminants du reste du corps social. Son origine est à la fois intrinsèque et personnelle, mais également extrinsèque et collective. La transition démographique soulève sous un angle nouveau la question de l'adaptation de la société au vieillissement. Cet accommodat devrait recevoir une assise juridique solide et structurée.

2. Proposition d'un nouveau séquençement du temps de vie

48. La vie juridique se plie au modèle d'une droite ascendante depuis la naissance jusqu'à la majorité. Par la suite, le schéma se modifie au profit d'une droite horizontale — de la majorité au décès, le principe est celui de la stagnation des droits. Cette phase peut éventuellement, de façon individualisée et circonstanciée, être modulée par une situation de particulière vulnérabilité, ou d'incapacité juridique. La droite est "accidentée". Son parcours peut, le cas échéant, être adapté aux besoins de protection spécifiques. Cet archétype ne saisit pas totalement la subtilité de l'existence humaine.

49. Contrairement à la structure du schéma juridique, la réalité physiologique du vieillissement tend à être représentée par une figure courbe. Le vieillissement est un processus constant et

¹⁶⁰ On retrouve cette énumération de façon systématique en matière de vulnérabilité. L'abus d'une personne vulnérable est considéré comme un caractère aggravant. Ainsi le meurtre sur une personne particulièrement vulnérable est puni de la réclusion criminelle à perpétuité. V. Art. 221-4 CP, tel que modifié par la L. n° 2017-86 du 27 janvier 2017 – art. 171, *relative à l'égalité et à la citoyenneté (1)*, publiée au JORF n° 0024 du 28 janvier 2017, texte n° 1. Le même raisonnement est décliné en matière de tortures et de barbarie, de violences, de viol etc...

¹⁶¹ Art. 414-1 et s. C. civ.

immuable, il ne peut donc répondre à une découpe nette. Les besoins de l'appréhension juridique du parcours de vie, commandent néanmoins une structure schématique identifiable. Il est impensable et inutile de constituer une carte des droits qui évoluerait constamment au fil du temps. Le postulat de départ est que l'ordre juridique actuel ne dispose pas des moyens nécessaires pour assurer la pérennité de l'efficience des droits de la personne tout au long de sa vie. L'angle de réflexion choisi est celui de la vieillesse. Par le prisme du *corpus* normatif qui refuse largement de manier le critère de l'âge, ainsi que par celui de la conception sociétale de la vieillesse, la personne âgée peut se trouver face à un défaut de réception de son consentement et subir de nombreuses atteintes. Le point sensible pourrait être celui de la logique binaire qui régit la découpe juridique de la vie. Celle-ci ne serait pas adaptée à la complexité du vieillissement. Il s'agit donc de trouver une solution intermédiaire, qui permettrait d'articuler la réalité humaine et sociétale de la vieillesse, aux impératifs de la structure juridique.

50. Pour les besoins de la transposition juridique, le schéma de vie pourrait faire l'objet d'un compromis. Pour cela, il faut trouver un point d'équilibre entre les deux systèmes. D'un côté se trouve la vie "réelle", au cours de laquelle les effets du vieillissement biologique, physiologique et chronologique sont mêlés. L'existence forme une courbe croissante puis décroissante. De l'autre côté, la vie "juridique" suit une première étape — la minorité et l'incapacité — puis une seconde phase stable — la majorité et la capacité — qui ne peut que ponctuellement être remise en cause. La comparaison *mutatis mutandis* permet de constater que ces deux logiques sont similaires, du moins durant la phase de jeunesse. Le corps et l'esprit sont en construction, et la personnalité juridique est existante. Néanmoins l'individu n'a pas la pleine maîtrise de ses droits. L'appréhension juridique de la jeunesse est cohérente avec ses réalités biologiques et physiologiques. La période suivante semble également être traitée de façon égale. L'âge adulte correspond à la majorité et à la pleine capacité. La divergence majeure entre les deux modèles concerne la période de la vieillesse et de la fin de vie. Alors que le vieillissement place progressivement l'individu face à sa propre déchéance physique et intellectuelle, le Droit persiste et maintient sa vision rectiligne de la capacité. Les seuls marqueurs d'une appréhension des fragilités particulières, évoluent sous l'égide de la protection des majeurs. Ces régimes reposent sur le principe d'une altération réelle, qui justifie le retrait — plus ou moins intense — de la capacité juridique. Cette divergence substantielle, entre la période physique de la vieillesse, et ses effets sur le *corpus* de la personnalité et de la capacité juridique apparaît comme la cause du défaut d'efficience des droits durant la vieillesse. En effet, quel est l'intérêt de bénéficier des mêmes droits si un évènement contribue à en confisquer l'efficacité ? L'idée est la suivante : la vieillesse participe à placer l'individu dans l'impossibilité de faire valoir ses droits. Par conséquent, l'inaction du législateur face à ce phénomène d'envergure

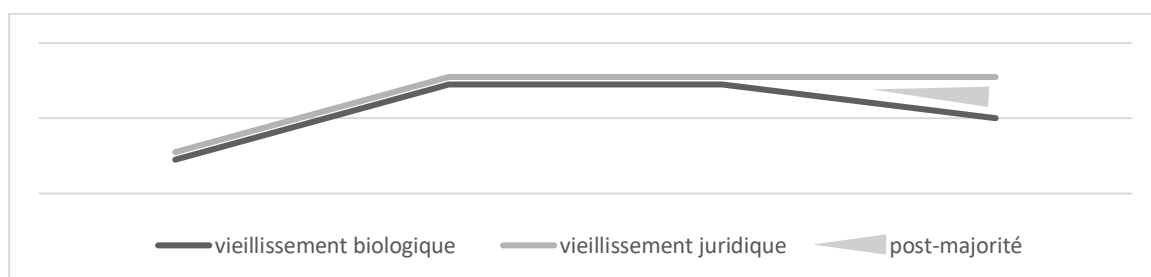
— tant parce qu’il est naturel, que parce qu’il connaît une transition démographique importante — le rend complice de cette inégalité.

51. Des actions sont d’ores et déjà menées en faveur des personnes âgées elles-mêmes, ainsi que pour préparer la société au tournant démographique qu’elle connaît et vers lequel elle continue d’avancer. Le parallèle opéré entre le déroulement naturel de la vie et sa transposition juridique, permet de conclure une chose : Le schéma de vie biologique s’impose au schéma de vie juridique. Il s’agit donc de rendre la discipline juridique plus proche encore de la réalité, non pas en réduisant les droits des personnes en fur et à mesure qu’elles avanceraient en âge, mais bien en mettant à la disposition de l’humain, les moyens nécessaires pour que l’efficience de ses droits soit reconnue et maintenue à un certain niveau. Concrètement, il est question de combler juridiquement la réduction de substance que le vieillissement opère sur l’individu. Autrement dit, il est nécessaire d’assurer aux majeurs un standing de droits, y compris lorsque le vieillissement participe à les placer dans une situation altérable. Pour ce faire le législateur devrait consentir au renforcement des droits et des mécanismes assurant leur efficience durant la période de vieillesse.

B. LA POST-MAJORITÉ, PROPOSITION D’UN STATUT JURIDIQUE PROPRE À LA PERSONNE ÂGÉE

52. L’identification d’un troisième temps de vie juridique possible qui serait calqué sur la période de vieillesse, suscite de nombreux questionnements. Plusieurs options s’offrent. Soit le législateur consent à des adaptations ponctuelles et spécifiques à la vieillesse, soit il théorise et construit de toute pièce une nouvelle vision de la capacité juridique. Cette alternative n’est pas aussi franche en réalité. Le droit positif organise déjà une protection particulière. Les droits spéciaux, — comme le droit de la consommation par exemple —, ont adopté une vision protectrice de la personne âgée. Le principe reste bien sûr celui de la pleine capacité des majeurs et de l’égalité. En dépit de l’omniprésence de ces notions, et de l’articulation de principe entre la majorité et la capacité juridique, on trouve divers témoignages de prises en compte différenciées de la vieillesse. Malgré tout, les démonstrations d’appréhension spécifique de la vieillesse restent limitées. Celle-ci n’est toujours pas pleinement considérée comme le fondement, soit d’un droit spécial, soit d’une application spéciale du droit général. *Les manifestations particulières de la vieillesse peuvent-elles fonder la reconnaissance d’un statut juridique propre à la personne âgée ?* Si c’est le cas, alors on pourrait déduire l’existence embryonnaire d’un statut juridique propre à la personne âgée.

53. Au-delà de la démonstration de l'existence d'un droit propre à la personne âgée, il sera nécessaire d'en vérifier la teneur. Relativement au constat initial à ce raisonnement, il apparaît clairement que les règles de droit consacrées à la protection de la vieillesse — quand elles existent — sont insuffisantes. En tout cas, l'efficacité des droits durant la vieillesse n'est pas pleinement assurée. Dès lors, n'est-il pas nécessaire d'offrir à la vieillesse un statut ? Et d'offrir à ce statut une structure et une assise juridique adaptées ? Si la réponse est positive, alors l'objectif poursuivi est celui visant à assurer à l'individu, une stabilité et une pérennité de ses droits tout au long de sa vie, et cela malgré l'affaiblissement pouvant survenir avec l'âge. Cet effort normatif participerait à modifier le fameux parcours de vie juridique. Il serait surtout amené à embrasser les sujets centraux que sont la famille, la propriété et le contrat — les trois piliers du droit, comme se plaisait à les nommer CARBONNIER¹⁶². Durant la période de vieillesse, les droits individuels pourraient faire l'objet d'un renforcement, notamment par le déclenchement de mécanismes s'assurant de leur efficacité. L'organisation de la vie juridique serait toujours composée d'une phase ascendante et d'une phase stable mais prendrait en considération la phase de déclin apportée par l'âge. L'élan visant à contrer la diminution de l'être par le Droit pourrait être théoriser à travers le concept de post-majorité.



54. Le terme de post-majorité a vocation à illustrer la partie haute de l'existence du majeur. La post-majorité doit être entendue comme une *supra*-majorité — une majorité rassérénée — et non comme un après-majorité. L'intérêt est de désigner la partie haute de l'existence qui s'est épanouie dans le temps. Avec la post-majorité, le rapport aux droits n'est plus soumis aux effets mineurs du vieillissement. Il n'est pas question de remettre en cause l'existence des différents régimes de protection des majeurs, mais d'appréhender juridiquement les situations intermédiaires. Le destin juridique des personnes âgées, qui se trouvent dans une situation ambivalente. Celles qui auraient du mal à faire entendre leurs volontés mais qui ne sont pas considérées comme suffisamment

¹⁶² J. CARBONNIER, *Op. cit.*

fragiles pour bénéficier d'une protection juridique. L'objectif de la post-majorité est de trouver les moyens nécessaires pour assurer le maintien d'une capacité entière, malgré l'affaiblissement lié au vieillissement. Il s'agit de combler juridiquement l'altérité de situation entre un majeur en pleine possession de ses capacités, et une personne âgée non protégée.

55. Eu égard au vieillissement de la population, ainsi qu'aux diverses atteintes portées à l'individu du fait de son âge, la découpe binaire du temps de vie, entre la minorité et la majorité semble plus fragile. Plus encore que ce partage du temps, la frontière entre capacité et protection — incapacité — pourrait être de plus en plus ténue. La vieillesse souffrirait-elle d'une appréhension juridique ? Le système juridique de protection actuel n'est pas adapté à la transition démographique. Face à l'augmentation de la proportion de personnes âgées sur le reste de la population, le besoin d'un modèle de protection *sui generis* se fait attendre. L'inadaptation du système de protection est double. D'une part, les capacités de la justice ne pourront faire face à un submergement de procédures de mise sous protection. D'autre part, l'extension de l'incapacité n'est absolument pas souhaitable, au regard de la sensibilité des enjeux en présence.

Au-delà du seul champ de la protection juridique, la réception du consentement de la personne âgée se trouve altérée par de nombreux agissements. Le phénomène de rationalisation et de normalisation du consentement de la personne âgée est à la fois latent et extrêmement répandu. La personne âgée peut être infantilisée ; ses facultés physiques pouvant la rendre plus sédentaire, ses relations contractuelles ne lui permettent plus de comparer les prix ou les qualités — le jeu de la concurrence se brise ; certains comportements deviennent suspects et la volonté est ramenée à un socle rationalisé ; le consentement des proches s'impose régulièrement à leurs volontés etc... À d'autres moments cette normalisation du consentement induit qu'il soit soumis à des objectifs de sécurité. C'est ce qui se passe, notamment en matière de régulation de la liberté d'aller et venir dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.

56. La société contemporaine est prise dans une dynamique de progrès, d'évolution, d'avancées technologiques, et de nombreux progrès médicaux. Les existences individuelles apparaissent de plus en plus marquées par la dématérialisation, la réactivité, et l'adaptation constante. Un phénomène à contre-courant se pressent pourtant aisément. Les évolutions mentionnées sont trop rapides et furtives pour correspondre à l'ensemble de la population. Eu égard au phénomène de transition démographique, la société ne saura plus longtemps perdurer dans cette voie. Non pas qu'il soit nécessaire de freiner le progrès, mais au contraire, de l'orienter en faveur d'un vieillissement

serein. Pour lutter efficacement contre la dépendance juridique et sociétale, la personne âgée doit recouvrer la maîtrise de ses droits. Pour cela, l'autodétermination doit être renforcée durant la période de vieillissement, afin de permettre justement, que la population âgée ne soit plus exposée à dépendre des autres. Pour autant, les droits de la personne âgée n'ont pas à être créés de toute pièce. La juridicité de la vieillesse rejetée en apparence, semble opérer un travail souterrain. C'est presque inconsciemment que l'ordre juridique trouve progressivement la voie de la protection de la vieillesse.

Le *corpus* normatif porte déjà en son sein les fondements de la reconnaissance d'une juridicité de la vieillesse. Des indices révèlent l'existence ponctuelle et spécialisée de règles de droits propre à la personne âgée. Mais existe-t-il au-delà des diverses manifestations particulières, une appréhension juridique pleine et entière de la vieillesse ? Répondre à cette question implique d'observer les différentes expressions du grand âge tant dans les normes écrites que dans l'application qui en est faite par l'autorité prétorienne. Établie, la juridicité de la vieillesse devra être observée en tant que telle (PARTIE II). Délicate à cerner, la présence pleine et entière de la vieillesse dans le droit souffre encore d'un défaut de théorisation (PARTIE I). La proposition réalisée à travers l'insertion d'un statut de post-majorité venant remplacer un état latent de post-majorité, tend à structurer les droits consacrés au maintien de l'adéquation de la capacité juridique au phénomène de vieillissement de la population. Elle se veut conçue comme une apologie de la lenteur, prompt à proposer une vision à la fois humaine et juridique de la vieillesse contemporaine ; d'assurer à toute personne le maintien et la persistance de ses droits tout au long de sa vie.

PREMIÈRE PARTIE LES DROITS DE LA PERSONNE ÂGÉE :
RECONNAISSANCE D'UNE POST-MAJORITÉ

SECONDE PARTIE LE DROIT DE LA PERSONNE ÂGÉE : THÉORISATION
DE LA POST-MAJORITÉ

PREMIÈRE PARTIE

LES DROITS LA PERSONNE ÂGÉE : RECONNAISSANCE D'UNE POST-MAJORITÉ

« Le sens ou non-sens que revêt la vieillesse au sein d'une société met celle-ci toute entière en question puisqu'à travers elle se dévoile le sens ou le non-sens de toute vie antérieure ».

S. de BEAUVOIR, *La vieillesse*¹⁶³.

57. La discipline juridique normalise les interactions entre les individus. À cet égard, le législateur est amené à réguler l'existence de chacun, en apportant des réponses adaptables à l'ensemble des situations possibles. C'est à cette fin que l'ordre juridique s'est orienté vers une vision pratique : Les étapes de la vie sont délimitées selon la capacité à produire des richesses, à assurer sa propre subsistance, celle de sa famille, et donc indirectement, celle de la nation. L'âge est un élément indispensable à cette fragmentation qui concerne à la fois le déroulé de la vie¹⁶⁴, et le champ d'application de nombreuses normes. C'est ainsi que la jeunesse est considérée comme la période de développement et d'apprentissage, et que l'âge adulte est animé par l'activité professionnelle. Quant à la vieillesse, celle-ci pose le défi sociétal d'organiser au mieux la survie des individus durant la période où ils ne sont plus en possession des capacités — physiques principalement — pour travailler. La réponse la plus aboutie aux enjeux de la diminution de la capacité productive au fur et à mesure que l'âge augmente, est celle du système de retraite, dont l'action est complétée, le cas échéant par des mécanismes de soutien social.

Jusqu'à aujourd'hui, l'omniprésence croissante des personnes âgées n'a pas eu pour effet de placer la vieillesse sur un piédestal social ou juridique¹⁶⁵. Au contraire, celle-ci ne fait l'objet que d'une protection ponctuelle et éparse, qui fait obstacle à la mise en place d'un raisonnement global. Les personnes âgées ne sont toujours pas considérées comme des sujets spéciaux de droits. Alors que les personnes âgées assurent aujourd'hui une part importante de l'économie, elles ne bénéficient que d'une faible reconnaissance. L'amélioration de la vision sociétale de la vieillesse est extrêmement lente. La vieillesse peine à être reconnue et protégée pour elle-même¹⁶⁶. Pourtant,

¹⁶³ S. DE BEAUVOIR, *La vieillesse*, Gallimard., 1970, t. 1, p. 20-21.

¹⁶⁴ Cl. JEAVEAU, *Sociologie de la vie quotidienne*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^{ème} édition, 2011.

¹⁶⁵ Cf. S. FERRÉ-ANDRÉ, L'émergence d'un droit gérontologique, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles BOUBEAUX*, Co-édition L.G.D.J., Lextenso, Dalloz, 2009.

¹⁶⁶ La période de vieillesse dépasse pourtant de très loin celle beaucoup plus sensible de la fin de vie ; d'autant plus vrai que la fin de vie ne concerne pas exclusivement la période de vieillesse.

certaines effets du vieillissement sont suffisamment systématiques pour être pris en compte¹⁶⁷. En dépit de l'existence d'un Comité national des retraités et des personnes âgées depuis 1982¹⁶⁸, de nombreux obstacles empêchent l'instauration d'une approche transdisciplinaire de la vieillesse. Les personnes âgées se trouvent dans l'impossibilité d'accéder à certains contrats bancaires ou d'assurance ; elles subissent des comportements spécifiques de la part des professionnels ou des cocontractants ; doivent faire face à l'insistance pour changer de domicile au profit d'un établissement d'hébergement spécialisé ; leur patrimoine fait l'objet de nombreuses convoitises etc... Ces phénomènes tendent à s'amplifier à mesure que l'âge augmente. Il placent la vieillesse dans une situation de para-incapacité latente qui varie selon l'état de la personne elle-même, mais également selon l'attitude adoptée par son entourage.

58. Toute personne a vocation à jouir de la capacité, dès lors qu'elle entre dans la majorité qui est conçue comme la deuxième période de vie juridique. Sous couvert du principe d'égalité, les personnes âgées demeurent des majeurs quelconques par principe, et des majeurs protégés par exception¹⁶⁹. L'articulation des principes de majorité, de capacité et d'incapacité, se trouve ainsi légalement exposée. L'intégralité de la capacité juridique d'une personne majeure ne peut être dénaturée qu'à l'appui de l'existence d'altérations médicalement constatées de ses facultés. À défaut d'une telle situation réputée périlleuse tant pour la personne que pour son patrimoine, la capacité d'un majeur doit rester pleine et entière. Partant de là, les majeurs capables sont traités de façon identique dans chaque dimension de leur vie. C'est à cette fin que le législateur s'efforce à consacrer nombre de principes de non-discrimination et d'égalité. Cependant, en dehors des enjeux soulevés par la protection juridique des majeurs, les personnes âgées sont la cible d'une application particulière du droit commun comme des relations individuelles.

¹⁶⁷ M. DELAUNAY, « Face à la révolution de l'âge : adapter la société au vieillissement », *ADSP*, Haut conseil de la santé publique, 2013, n° 85, « *La population française est engagée, comme ses voisins en Europe, dans un processus de transition démographique marqué par une croissance importante et continue des classes d'âge les plus élevées, ainsi que par une augmentation de la longévité des Français* ».

¹⁶⁸ Le Comité national des retraités et des personnes âgées fut instauré par le D. n° 82-697 du 4 août 1982, *instituant un comité national et des comités départementaux des retraités et des personnes âgées*, publié au JORF du 7 août 1982, p. 2538, abrogé par le D. n° 2004-1136 du 21 octobre 2004, *relatif au code de l'action sociale et des familles (partie réglementaire). La partie réglementaire du code de l'action sociale et des familles fait l'objet d'une publication spéciale annexée au Journal officiel de ce jour*, publié au JORF n° 250 du 26 octobre 2004, p. 18047, texte n° 26. Son existence est désormais codifiée aux articles L. 149-1 et D. 149-1 CASF sous l'appellation de Conseil départemental de la citoyenneté et de l'autonomie.

¹⁶⁹ Extrait de l'art. 425 al 1 C. Civ, tel que modifié par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 – art. 7, *portant réforme de la protection juridique des majeurs (I)*, publiée au JORF n° 56 du 7 mars 2007, p. 4325, texte n° 12, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009.

59. Au temps des proclamations de droits, le principe d'égalité entre les majeurs reste incontesté. Le bloc de constitutionnalité organise les droits reconnus à chacun. L'égalité entre les sexes est consacrée à plusieurs reprises¹⁷⁰, mais la norme suprême ne se consacre que très brièvement à la notion d'âge¹⁷¹. Son unique expression est celle prévue par le onzième article du Préambule de la Constitution de 1946 : « *Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* »¹⁷². Dans la droite ligne de l'article premier *in fine* de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen qui dispose que « *les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* »¹⁷³, de nombreuses disciplines participent à l'élaboration — encore refusée — d'un droit propre à la personne âgée. Le droit positif contient ainsi un panel de protections spécifiques à la vieillesse, mais ces marques de prise en compte souffrent d'un manque de structure et de systématisme.

60. Les tempéraments légaux ou issus de la pratique ne sont pas incompatibles avec les grands principes consacrés. Au contraire, les premiers sont indispensables aux seconds. L'existence de limites ne doit pas porter de trop grandes atteintes aux principes de base — pour des raisons de sécurité juridique évidentes. À ce titre, les perceptions différenciées, qu'elles soient ordonnées par le législateur ou non, doivent rester modérées. Cette nécessité de délimiter les dispositions dérogatoires ou l'application spéciale du droit commun, se trouve d'autant plus justifiée concernant les personnes âgées. Celles-ci font l'objet d'une appréhension particulière de la part du législateur comme de l'ensemble de la société. Le positionnement légal à l'égard de la vieillesse est paradoxal et semble répondre à une logique à deux vitesses : D'un côté la personne âgée est réputée être un majeur comme un autre ne devant pas être traité différemment ou en fonction des éventuels stigmates de l'âge — la suppression de la mention de l'«*affaiblissement dû à l'âge*» comme cause pouvant justifier le placement sous protection juridique témoigne de cette volonté ; De l'autre côté, certaines normes organisent une protection particulière au profit de la personne âgée et du fait de

¹⁷⁰ Art. 3 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ». Art. 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.* La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ».

¹⁷¹ On peut bien déduire une égalité temporelle, de la lettre de l'article premier *ab initio* de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 – art. 1^{er} : « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ».

¹⁷² Art. 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

¹⁷³ Art. 1^{er} de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen – préc.

son âge ou des attributs de son âge¹⁷⁴ La pratique apporte également son lot d'atteintes au principe d'égalité. La vieillesse juridique n'existe pas en droit. Le droit positif persiste dans la voie de la négation du vieillissement, et refuse encore de voir la personne âgée comme un sujet spécial de droits. Factuellement, la vieillesse influence cependant le rapport individuel aux droits et place la personne âgée dans une forme diffuse de post-majorité ou de para-majorité.

Cette première partie tend à réaliser un état des lieux du droit positif français en matière d'appréhension juridique de la vieillesse. L'hétérogénéité des droits reconnus à la personne âgée atteste d'une certaine prise en compte (TITRE I). Elle questionne la cohérence des droits reconnus aux personnes âgées face aux multiples atteintes dont ces dernières font l'objet (TITRE II).

TITRE I	DE L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DES DROITS DE LA PERSONNE ÂGÉE
TITRE II	POUR UNE COHÉRENCE DES DROITS DE LA PERSONNE ÂGÉE

¹⁷⁴ Ce fut le cas notamment à l'occasion de la loi BADINTER de 1985 qui a organisé la protection des victimes âgées d'accidents de la circulation : L. n° 85-677 du 5 juillet 1985, *Tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, publiée au JORF du 6 juillet 1985, p. 7584. C'est également le cas dans les matières pénales et commerciales où l'âge avancé peut constituer sous certaines conditions une circonstance aggravante.

TITRE PREMIER

DE L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DES DROITS DE LA PERSONNE ÂGÉE

61. Les progrès médicaux, sociaux ou politiques contribuent à l'amélioration de la santé et de la qualité de vie. Une mutation démographique inouïe¹⁷⁵ est en cours. Les tempes de la société blanchissent, et ce processus heureux emporte de nombreuses répercussions : Les besoins liés au grand âge se densifient, l'activité économique liée à ces besoins se développe. Ce phénomène emporte nécessairement des bouleversements de l'ensemble des rapports entre les personnes et *ipso facto* sur leurs rapports juridiques. Pourtant, toutes les facettes de la vie sociale n'ont pas (encore) pris acte de ces changements. L'attitude générale et transdisciplinaire consiste en un comportement ambivalent vis-à-vis de la vieillesse. Celle-ci est niée autant que faire se peut. « *Pour le droit français, une personne vieillie demeure une personne qui doit être traitée comme telle jusqu'à son dernier souffle, et qui, jusque-là, jouit pleinement des droits qui en résultent* »¹⁷⁶.

¹⁷⁵ G. RABU, « Géopolitique du vieillissement démographique au XXI^{ème} siècle », *Politique étrangère*, Institut français des relations internationales, 2010/4 (Hiver), p. 887-898 : « *L'évolution démographique déterminante sera bientôt celle du vieillissement, et elle touchera à la fois pays développés et pays en développement. Pour les premiers, les effets internes seront multiples : sur le financement des systèmes sociaux, les arbitrages budgétaires ou l'orientation politique du corps électoral* ».

¹⁷⁶ J.-F. BURGELIN, J.-P. GRIDEL (dir.), *Vieillesse démographique et droit*, Ed. Dalloz-Sirey, Coll. Thèmes et Commentaires, 1999, in M. LYAZID, « Le vieillissement pose-t-il la question du droit ? », *Les Tribunes de la santé*, 2005/2, n° 7, p. 81-88.

On retrouve l'un des stigmates de cet état d'esprit à travers la diversification du vocable propre à la vieillesse — on parle fréquemment de retraités actifs, de seniors, du troisième âge. Lorsque la réalité impose une prise en considération, le tableau s'assombrit et se pare du voile d'incapacité et de décrépitude. Malgré l'heureuse conséquence de la mutation démographique, le déroulement de la vie n'en demeure pas moins aléatoire. « *Rien n'est précaire comme vivre, Rien comme être n'est passager* »¹⁷⁷ écrivait si finement ARAGON. Cela étant, le législateur n'est pas totalement hermétique à une prise en considération de la vieillesse et de ses conséquences. Il existe un nombre conséquent de mécanismes juridiques et sociaux spécifiquement tournés vers les personnes âgées¹⁷⁸ et leur protection.

62. Le dessein de réalisation d'un bilan retraçant l'état du droit positif de la personne âgée implique nécessairement de questionner la prise en compte de l'âge avancé dans l'ensemble des facettes de la société : santé, aide sociale, système de retraite, gestion et transmission du patrimoine, fiscalité etc... L'étude des pans qui composent l'être et l'avoir de la personne âgée permet de prendre conscience d'une forme de déprise dans les droits — et non une simple dégradation. La construction sociale de la vieillesse est indissociable de sa construction juridique, qu'il s'agisse de droit social, de droit fiscal, de gestion de patrimoine (CHAPITRE I) ou de droit des contrats et de la consommation (CHAPITRE II). Pourtant, l'ensemble normatif n'est pas toujours adapté au visage sociétal qui se ride.

CHAPITRE I LA PROTECTION SOCIALE ET LE TRAITEMENT DU PATRIMOINE DE LA PERSONNE ÂGÉE

CHAPITRE II LA CONSOMMATION ET LA CAPACITÉ CONTRACTUELLE DE LA PERSONNE ÂGÉE

¹⁷⁷ ARAGON, *Extrait du poème* « J'arrive où je suis étranger », recueil *La Diane française*, 1944.

¹⁷⁸ M. LYAZID, *Op. cit.*, loc. cit. : « [I]l n'y a pas de droit spécifique de la personne âgée dépendante. Cependant, un certain nombre de dispositifs des différents codes sont applicables aux situations rencontrées par la personne vieillie, vulnérable face aux actes qui lui sont préjudiciables, mais aussi dans des hypothèses où sa lucidité diminuée aura pour cause de graves préjudices ou injustices ».

CHAPITRE I

LA PROTECTION SOCIALE ET LE TRAITEMENT DU PATRIMOINE DE LA PERSONNE ÂGÉE

63. À trop redouter le naufrage des années, certains oublient la globalité du processus de vieillissement, qui loin de se limiter à la période de vieillesse est la caractéristique première de la vie. « *Vieillir, enfin vieillir !* » — Les mots de Victor HUGO¹⁷⁹ résonnent avec une troublante modernité. Pourtant aujourd’hui, rien n’est moins sûr que le partage de cet enthousiasme¹⁸⁰. La vieillesse fait l’objet d’une alternative stérile, qui veut qu’elle soit redoutée ou oubliée. Parfois, ces deux approches sont mêlées si étroitement qu’elles plongent la vieillesse dans une réalité incertaine. D’un côté les retraités — ou jeunes retraités — particulièrement actifs, sont assimilés au reste de la population. Leur vieillesse est niée au maximum. De l’autre, les personnes âgées malades, dépendantes ou handicapées sont stigmatisées comme les seuls représentants d’une vieillesse effrayante¹⁸¹. La conception binaire, ajoutée aux lacunes culturelles actuelles face à l’évolution démographique¹⁸², classe les personnes âgées en santé d’un côté, et les personnes âgées malades de l’autre. L’avancée en âge marque profondément le rapport aux droits et à la société dans son ensemble. Les enjeux que représentent l’autonomie, le financement de la vie (SECTION I), la constitution ou la gestion du patrimoine (SECTION II) évoluent. La manière dont les politiques publiques et le législateur traitent la vieillesse révèle la place sociétale des personnes âgées. Le positionnement actuel répond à des critères productivistes très marqués.

SECTION I LE NIVEAU DE VIE ET LE SOUTIEN SOCIAL DE LA PERSONNE ÂGÉE

SECTION II LE PATRIMOINE DE LA PERSONNE ÂGÉE ET SA FISCALITÉ

¹⁷⁹ V. HUGO, Recueil, *Les feuilles d’automne*, extraits choisis du poème *Où est donc le bonheur ?*, 1831.

¹⁸⁰ La vieillesse, — c’est un truisme —, est le fait : « *D’avoir vécu, c’est donc d’avoir été* » et d’être toujours.

¹⁸¹ N. SABER, « Face à l’épreuve du grand âge », *Jusqu’à la mort accompagner la vie*, P.U.G., 2014/4, n° 119, p. 23 : « *Le regard posé sur la vieillesse est tellement parasité par les pathologies liées au grand âge que nous finirions presque par nous laisser contaminer, nous les seniors, par le scénario catastrophe d’une dépendance programmée. Face à un tel conditionnement, le risque n’est-il pas de soumettre les plus fragiles d’entre nous à une conduite d’évitement, cette tentation désespérée d’échapper aux cases “vieillesse”, “fin de vie” ou “mourir” ? Quand la société projette sur les vieux, une ombre aussi anxiogène, ne serait-il pas plus salulaire et donc bénéfique pour la collectivité, de rappeler le pourcentage élevé de personnes qui vieillissent bien ?* ».

¹⁸² V. à ce propos A. BLAIKIE, *Ageing and popular culture*, Cambridge University Press, 1999.

SECTION I

LE NIVEAU DE VIE ET LE SOUTIEN SOCIAL DE LA PERSONNE ÂGÉE

64. Pour certains, son nom fait résonner l'espoir des jours débarrassés des contraintes — un été indien perpétuel où le temps perd de son importance. Pour d'autres, elle est le stigmate d'une vieillesse à laquelle on refuse de penser pour soi-même. La retraite occupe une place remarquable, tant par sa réalisation que par son fonctionnement. Les progrès médicaux, l'encadrement des emplois pénibles, l'assistanat par la technologie, sont autant de facteurs qui participent à l'allongement de l'espérance de vie (et donc de la durée de retraite). La vie s'étire dans le temps, la mort recule dans une quête de jouvence et d'éternité. Mais à présent : Que faire de ces moments de vie gagnés ? La réalité permet de penser un réel troisième temps de vie « *dans lequel il est permis de se projeter* »¹⁸³. Si l'enjeu est de grand au niveau individuel, il l'est d'autant plus au niveau sociétal.

Le système de retraite repose sur une mécanique bien rôdée, qui souffre des évolutions brutales. Le phénomène démographique bouleverse l'équilibre du schéma de vie classique — apprentissage, travail, retraite. Le rapport de temps entre chaque catégorie change¹⁸⁴. L'équation se fausse rapidement lorsque survient la question du financement de l'inactivité. « *En 1950, la retraite était à 65 ans quand l'espérance de vie des hommes était de 63,4 ans. En 2010, l'âge de cessation d'activité est de 59,2 ans et l'espérance de vie à 87 ans. Pourtant, certains avantages ou droits liés à la vieillesse sont ouverts à 60 ou 65 ans. [...] C'est une mutation culturelle collective qui doit commencer* »¹⁸⁵. Pour les pensionnés, l'enjeu du niveau de vie est de taille.

Le niveau de vie de la personne âgée dépend partiellement de sa qualité de personne retraitée (PARAGRAPHE 1). L'action du système de retraite est relayée par différentes mesures de soutien social (PARAGRAPHE 2).

¹⁸³ M. FOURNIER, « La retraite en trois temps », Les Grands dossiers des sciences humaines, Sciences Humaines, n° 45, 2017, p. 74-75 : « *Les 60-80 ans, souvent en meilleure santé que les générations précédentes, sont déterminés à profiter de cette "troisième vie" qu'ils pourront construire à leur guise, libres de leur temps et du choix de leurs activités* ».

¹⁸⁴ Si l'on considère uniquement l'évolution démographique, seule la période de retraite augmente.

¹⁸⁵ M. BOULMIER, « Habitat, territoires et vieillissement : un nouvel apprentissage », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2011/1, n° 136, p. 29-46.

PARAGRAPHE 1

LE NIVEAU DE VIE DE LA PERSONNE RETRAITÉE

65. Pendant longtemps¹⁸⁶ la cellule familiale se trouvait être le moyen naturel de survie des personnes âgées. « *Des actes notariaux témoignent de ce que les paysans cédaient parfois de leur vivant leur terre à leurs enfants, qui s'engageaient alors par contrat à prendre leurs parents en charge* »¹⁸⁷. Ces pratiques protégeaient l'individu du risque de dépendance, et portaient les bénéfices de la construction d'un lien intergénérationnel étroit. La protection sociale de la vieillesse s'est progressivement imposée comme un enjeu sociétal central. Le système de retraite par répartition est doté d'une structure complexe qui a su évoluer et se réformer au fil du temps. Il poursuit son objectif d'équité et d'utilité¹⁸⁸. Sa santé est évaluée selon deux critères principaux que sont l'équité et la soutenabilité financière. L'efficacité de cet ensemble se trouve aujourd'hui entachée par certaines défaillances. Une fragilité bien naturelle au regard de la mutation démographique sans précédent qui bouleverse complètement l'équilibre originel de ce système, et des nombreux rapports de force nécessaires à sa viabilité.

Le niveau de vie d'une personne âgée est partiellement déterminé (II) par le montant de la pension de retraite qui lui est versée (I).

I. LES PENSIONS DE RETRAITE, RESSOURCES PRINCIPALES

66. Le financement de la subsistance après la vie active est une préoccupation qui n'a reçu de réponse politique qu'assez tardivement. Une fois posées, les fondations du système de retraite ont été parfaitement assimilées (A). Les pensions de retraites déterminent partiellement le niveau de vie de la personne âgée (B).

¹⁸⁶ L'idée que chacun puisse, le moment venu, profiter de plusieurs années de "vie de retraite", est parfaitement intégrée aujourd'hui. En dépit de la relative jeunesse du système de retraite, l'intérêt des Hommes pour les moyens de subsistance après une vie de travail n'est pas récent.

¹⁸⁷ V. CARADEC, *Sociologie de la vieillesse et du vieillissement*, Ed. Armand COLIN, Coll. Domaines et approches, 3^{ème} édition, 2012, p. 9.

¹⁸⁸ Les capacités de fonctionnement ne régressent pas contrairement au phénomène qui touche n'importe quel être vivant, mais cela n'empêche pas l'évolution de l'environnement d'affecter ce système si caractéristique.

A. L'IMPACT DES SYSTÈMES DE RETRAITE ET DE SÉCURITÉ SOCIALE SUR LA PLACE SOCIÉTALE DE LA PERSONNE ÂGÉE

67. C'est à l'aube du XIX^{ème} siècle¹⁸⁹ que la protection sociale sera politiquement identifiée en tant que problème social et national. La spécificité de ces premiers régimes de retraite¹⁹⁰ laissait présager de la complexité du système de Sécurité Sociale moderne. Durant les années 1880, s'opéra une « *institutionnalisation croissante, au niveau national et par la voie législative, de la protection sociale de la vieillesse* »¹⁹¹. Le système actuel porte toujours la marque de cet héritage éclectique¹⁹². Progressivement, il ne sera plus question d'assurer seulement une protection contre l'invalidité.

À travers l'idée d'une retraite conçue comme une récompense pour le labeur d'une vie de travail bénéfique à la société, les politiques publiques ont ouvert la voie à la reconnaissance élargie d'un système de financement de la période post-active¹⁹³. Une même logique transparait de l'ensemble du système de sécurité sociale. L'objectif¹⁹⁴ était d'offrir une couverture étendue des risques¹⁹⁵.

¹⁸⁹ On trouve des traces du système de retraite sous l'ancien régime. Colbert crée notamment la caisse des invalides de la marine en 1673, dans l'objectif de fidéliser les militaires. L'idée s'est ensuite développée pour être étendue aux fonctionnaires d'État. Des pensions de vieillesse étaient versées par l'État français aux anciens soldats furent consacrées par les lois du 11 et 18 avril 1831.

¹⁹⁰ A-M. GUILLEMARD, *Bulletin de liaison*, Comité d'Histoire de la Sécurité sociale, mars 1981, n° 9, p. 5-29. Les systèmes initiaux étaient spécialisés, et accessibles à certaines professions seulement — généralement en lien direct avec l'État. La loi du 9 juin 1853 a unifié les pensions civiles et militaires des fonctionnaires de l'administration centrale. V. à ce propos : N. AUGRIS, C. BAC, « Évolution de la pauvreté des personnes âgées et minimum vieillesse », *Retraite et société*, Cnav., 2008/4, n° 56, p. 15-17.

¹⁹¹ D. RENARD, « Une vieillesse républicaine ? L'État et la protection sociale de la vieillesse de l'assistance aux assurances sociales 1880-1914 », *Sociétés contemporaines*, P.F.N.S.P., n° 10, 1992, p. 9.

¹⁹² La loi sur les retraites paysannes du 5 avril 1910 constitue une action législative significative en matière d'assurance sociale. Il s'agissait alors de « *constituer une pension de vieillesse obligatoire pour l'ensemble des salariés âgés situés au-dessous d'un certain seuil de salaire, sans viser une corporation particulière comme cela avait été le cas auparavant avec les employés de l'État (1853), les mineurs (1894) ou les cheminots (1890 et 1909)* ». Cette action ambitieuse sera à l'origine d'une obligation d'assurance non corporative. De nouvelles formes d'assurances sociales conçues à la fin des années 1920. V. à ce propos : B. DUMONS, G. POLLET, « Aux origines du système français de retraite. La construction d'une solution politique au problème de la vieillesse ouvrière au tournant des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles », *Sociétés contemporaines*, n° 24, 1995, p. 11 – 39 ; *Dans un même sens* : D. RENARD, *Op. cit.* p. 10. V. à ce propos : CONSEIL D'ORIENTATION DES RETRAITES, *Retraites : un état des lieux du système français*, 2013, rapport n° 12.

¹⁹³ V. à ce propos : P. LAROQUE, *et. al.*, *Commission d'étude des problèmes de la vieillesse du Haut comité consultatif de la population et de la famille*, 1962. Également à ce propos : C. TERENCE SEIXA, *Histoire des vieux, un regard sur le quotidien des personnes âgées au Brésil*, Thèse de Doctorat de Sociologie, Paris, 2012, p. 34-43.

¹⁹⁴ Pour ce faire, les États ont recours à différents mécanismes juridiques, tel que l'assistance, la responsabilité civile, la prévoyance ou encore la mutualité. V. également à ce propos : F. PETIT, *L'essentiel du droit de la protection sociale*, Ed. Gualino Lextenso, Coll. Les carrés, 2015, p. 15 et s.

¹⁹⁵ L'universalité d'application était recherchée. Seuls certains domaines professionnels vont conserver des institutions spécialisées, comme les professions agricoles par exemple. V. à ce propos : < <http://www.securite-sociale.fr/Historique-du-systeme-francais-de-Securite-sociale> > [en ligne] [consulté le 05 Avril 2014] : « *La*

68. En dépit de sa relative jeunesse, la retraite fait partie intégrante du schéma de vie suivi et prôné dans les sociétés contemporaines occidentales. Un retour en arrière ne semble pas envisageable. Toutefois, les réformes engagées tant au niveau national¹⁹⁶ qu'international¹⁹⁷, sont en demi-teinte. Certaines évolutions sociodémographiques causent les défaillances que connaît le système de retraite¹⁹⁸. L'amélioration de l'hygiène de vie, de l'alimentation ou encore les progrès de la médecine et du suivi médical ont permis un allongement important de l'espérance de vie¹⁹⁹.

Au-delà de ces difficultés structurelles, la retraite souffre aujourd'hui de son propre succès. Le système a pour effet de désengager les actifs du processus de préparation de leur retraite. Ainsi, les pensions sont largement perçues comme l'unique solution pour assurer la subsistance durant la vieillesse. L'anticipation individuelle, et les solutions issues d'initiatives privées ne sont pas suffisamment mises en avant à ce jour.

sécurité sociale est la garantie donnée à chacun qu'en toutes circonstances il disposera des moyens nécessaires pour assurer sa subsistance et celle de sa famille dans des conditions décentes... ».

¹⁹⁶ V. à ce propos : Livre blanc, sur les retraites, préfacé par le premier ministre Michel ROCARD, 1991, p. 75 : « L'arrivée prochaine à l'âge de la retraite des générations du "baby-boom" de 1945 – 1955 coïncidera avec l'arrivée sur le marché du travail des générations nées dans les années 1980, beaucoup moins nombreuses » ; L. n° 93-936 du 22 juillet 1993, relative aux pensions de retraite et à la sauvegarde de la protection sociale (1), publiée au JORF n° 168 du 23 juillet 1993, p. 10374. V. à ce propos : < <http://www.vie-publique.fr/actualite/dossier/retraites-2013-debat/reformes-retraites-1993-2012.html> > [consulté le 08 décembre 2016] : « Une étude de la Caisse nationale d'assurance vieillesse, publiée en 2008, montre que la réforme de 1993 s'est traduite par le versement de pensions moins élevées pour l'ensemble des retraités présents entre 1994 et 2003. Pour les salariés, elle a eu principalement pour effet de faire baisser le taux de remplacement (ratio entre le total des pensions versées la première année de retraite et le dernier salaire annuel perçu) ».

¹⁹⁷ V. à ce propos : L. n° 2010-1330 du 9 novembre 2010, portant réforme des retraites. Publiée au JORF du 10 novembre 2010, p. 20034, texte n° 1. N. KERSCHEN, « la réforme française des retraites de 2010 : un exemple d'eupéanisation des politiques sociales », Droit et société, 2011, n° 77 p. 89. La réforme WOERTH, « constitue l'aboutissement de l'entrée progressive de la France dans la stratégie de modernisation et d'adaptation des systèmes de pensions de l'Union européenne ».

¹⁹⁸ Sur l'ensemble des régimes obligatoires de base de la sécurité sociale, la seule branche vieillesse accuse 215,8 milliards d'euros de dépenses pour 212,2 milliards d'euros de recettes — soit 3,6 milliards d'euros de déficits. Le recours à la dette est devenu récurrent et les régimes complémentaires puisent dans leurs réserves. L'ensemble de ces facteurs place le système dans une situation délicate. V. à ce propos : ASSEMBLÉE NATIONALE, projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2015, enregistré le 8 octobre 2014, n° 2252. La branche vieillesse de la sécurité sociale est en déficit depuis 2005 et l'ensemble du système de retraite est déficitaire depuis 2008. Les régimes de retraite complémentaire — Agirc et Arrco — ont mieux résisté grâce à des mesures de redressement strictes, mais sont en situation de déficit depuis 2008. En 2011, le système accusait un besoin de financement de plus de 14 milliards d'euros. Aucune strate n'est épargnée.

¹⁹⁹ M. AGLIETTA, V. BORGY, Demographic Uncertainty in Europe. Implications on Macro Economic Trend and Pension Reforms, An Investigation with the INGENUE 2 Model, Paris, CEPII, « Working Paper », n° 22, 2008, in G. RABU, « Géopolitique du vieillissement démographique au XXIème siècle », Politique étrangère, Institut français des relations internationales, 2010/4 (Hiver), p. 889 : « « La part croissante des 65 ans ou plus pose la question de la solidarité intergénérationnelle. L'équilibre actifs/inactifs dans le financement d'un système par répartition est fragile ».

B. L'IMPACT DU MONTANT DE LA PENSION DE RETRAITE SUR LE NIVEAU DE VIE DE LA PERSONNE ÂGÉE

69. Le montant des pensions versées durant la période de retraite détermine en partie le niveau de vie d'une personne retraitée. En l'absence d'un patrimoine exploitable, ou d'économies suffisantes, les pensions de retraites sont les seules sources de revenu durant la vieillesse. Étant donné qu'il s'agit d'une source au flux relativement stable, il est difficile pour l'individu dont elle représente la seule ressource de modifier son rythme de vie. Le montant perceptible représente donc un enjeu de taille en matière de vieillesse.

Le montant des pensions de retraite a connu de nombreuses évolutions. Le législateur a défini par décrets les indicateurs permettant d'apprécier le niveau de vie des retraités, c'est-à-dire le revenu disponible pour la vie courante²⁰⁰. La revalorisation sans précédent des pensions de retraite, opérée dans les années 1970, a déclenché une tendance à l'augmentation du niveau de vie des retraités²⁰¹. Si bien qu'il a dépassé de très légèrement celui de l'ensemble de la population²⁰², et ne cesserait — paraît-il — d'augmenter²⁰³. « *La pension moyenne des retraités augmente de génération en génération, tous régimes confondus* »²⁰⁴. Certaines inégalités persistent. Le Conseil d'orientation des retraites a pu constater que le niveau de vie des retraités les plus âgés est moins élevé que les autres, et que les pensions moyennes diffèrent entre les hommes et les femmes²⁰⁵. En 2001, la pension moyenne perçue dépassait à peine le millier d'euro — 1 126 € précisément²⁰⁶ — tandis que les femmes âgées de plus de 60 touchaient en moyenne 650 € par mois. Celles d'entre elles ayant eu une carrière complète — ayant donc travaillé toute leur vie — touchaient une pension moyenne

²⁰⁰ Décret n° 2014-654 du 20 juin 2014, *relatif au comité de suivi des retraites*, publiée au JORF n° 0143 du 22 juin 2014, p. 10307, texte n° 13.

²⁰¹ CONSEIL D'ORIENTATION DES RETRAITES, Assemblée plénière, *Niveau des pensions et niveau de vie des retraités*, 22 janvier 2014, p. 33 : « En 2009, le niveau de vie moyen des personnes âgées de 65 ans ou plus s'établit à 22 530 euros par an. Des années 1970 au milieu des années 1990, le niveau de vie des plus de 65 ans, porté par des retraites de plus en plus complètes, avait progressivement rattrapé celui des personnes d'âge actif. Depuis 1996, en moyenne, les niveaux de vie des plus de 65 ans et des personnes d'âge actif évoluent parallèlement ».

²⁰² J.-M. HOURRIEZ, « Les revenus des retraités », *Retraite et société*, Cnav., 2015/1, n° 70, p. 144 : « Jusqu'à présent, le montant moyen des pensions de droit propre a progressé plus rapidement que les revenus d'activité, de manière quasi continue entre les générations 1934 et 1947 ».

²⁰³ Le 6 septembre 2016, l'INSEE relevait un niveau de vie de 26 740 € par an pour les personnes ayant de 65 à 74 ans ; de 23 320 € par an pour les personnes de plus de 75 ans. Le niveau de vie moyen de l'ensemble de la population s'élèverait à 23 270€ par an pour l'année 2014.

²⁰⁴ DREES, « Les retraités et les retraites », édition 2017, [en ligne] [consulté le 21 mars 2018] < <http://drees.solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/fiche7-9.pdf> >.

²⁰⁵ CONSEIL D'ORIENTATION DES RETRAITES, Assemblée plénière, *Op. cit.*, p. 60.

²⁰⁶ DREES, *études et résultats*, juillet 2002, n° 183, [en ligne] [consulté le 21 mars 2018] < <http://drees.solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/er183.pdf> >.

de 986 € par mois. En 2012, la pension moyenne des plus de 15 millions de retraités français s'élevait à 1 680 € pour les hommes et 1 000 € pour les femmes²⁰⁷. Cette différence s'explique notamment par le fait que nombre des femmes retraitées pendant la période étudiée n'avait validé qu'une durée d'assurance inférieure à 25 années. Cet écart est amené à diminuer, sans pour autant disparaître complètement²⁰⁸. En 2015, la pension moyenne perçue en droit direct était de 1 728 € pour les hommes, et 1 050 € pour les femmes²⁰⁹. Le contexte économique peut néanmoins faire redouter une détérioration du niveau de vie des retraités, puisque de nombreuses carrières sont entachées de périodes importantes de chômage. Dans une même veine, si le niveau général de vie augmente, les disparités de niveau de vie entre les personnes âgées ont également tendance à s'accroître²¹⁰.

La pension moyenne en 2014 dépassait la moitié du revenu d'activité brut moyen²¹¹. On constate qu'au cours des années, « *la pension moyenne des retraités a augmenté plus vite que le revenu d'activité moyen, sous l'effet du renouvellement de la population des retraités (effet de noria)* »²¹². L'actif est gratifié d'un salaire plus important en fin de carrière qu'en début — grâce aux primes d'ancienneté, à l'augmentation en technicité et maîtrise de l'emploi du salarié expérimenté. Puisque la pension de retraite est calculée sur les derniers salaires, les pensions de retraite des nouveaux retraités augmentent plus rapidement que les salaires moyens.

²⁰⁷ J.-M. HOURRIEZ, *Op. cit.*, p. 139 s. Cf. E. CRENNER, « Le niveau de vie des retraités. Conséquences des réformes des retraites et influence des modes d'indexation », *Retraite et société*, Cnav., 2008/4, n° 56, p. 41-69 ; V. également : « Vingt ans de réformes des retraites : quelle contribution des règles d'indexation ? », INSEE Analyse, 2014, n° 14.

²⁰⁸ SÉNAT, *session extraordinaire*, Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation et de contrôle de la sécurité sociale et de la commission des affaires sociales sur la situation du régime de retraite, p. 20 : « *Les écarts de pension entre les femmes et les hommes devraient se réduire à l'avenir, sans pour autant disparaître, dans la mesure où les femmes sont encore très nombreuses à gagner moins que les hommes : depuis 1990, les écarts de salaire entre les femmes et les hommes sont de l'ordre de 27 % en termes de salaire mensuel et de 14 % en termes de salaire horaire et peinent à se réduire* ».

²⁰⁹ DREES, « Effectifs et montants de pension des retraités – données issues de l'édition 2017 des retraités et les retraites », publié le 9 mai 2017.

²¹⁰ C. ARNOLD, M. LELIEVRE, « Niveau de vie et pauvreté des personnes âgées de 1996 à 2012 », *Retraite et société*, CNAV., 2015/1 n° 70, p. 21 : « *La concentration de la population des personnes âgées aux niveaux intermédiaires de la distribution des niveaux de vie s'est renforcée depuis 1996, avec en particulier une présence accrue sous la médiane des niveaux de vie. Elle s'est cependant accompagnée d'un accroissement des disparités entre personnes âgées, avec une dégradation relative de la situation des plus âgés (75 ans ou plus) comparativement aux plus jeunes (65-74 ans) : en 2012, le niveau de vie moyen des personnes âgées de 75 ans ou plus est inférieur de 13 % à celui des personnes âgées de 65 à 74 ans, alors que leurs niveaux respectifs étaient proches en 1996, avec un écart d'environ 2 %. Le niveau de vie des plus âgés a en effet augmenté tout au long des années 2000, mais à un rythme moins soutenu que celui des plus jeunes* ».

²¹¹ CONSEIL D'ORIENTATION DES RETRAITES, Rapport annuel, *Évolutions et perspectives des retraites en France*, juin 2016, p. 59 et s.

²¹² CONSEIL D'ORIENTATION DES RETRAITES, Rapport annuel, *Op. cit.*, *loc. cit.*

II. LES PENSIONS DE RETRAITES, RESSOURCES NON EXCLUSIVES

70. Les pensions de retraite ne représentent qu'une partie seulement des ressources dont peuvent bénéficier les retraités. Les revenus du patrimoine, acquis ou développés pendant la période active, ou encore l'octroi d'allocations sociales liées au logement ou à la vieillesse, entrent entre en ligne de compte lorsque l'on parle du niveau de vie de cette partie de la population.

Si les risques de précarité persistent, le problème de fond semble cependant avoir obtenu certaines réponses (B). Le niveau des pensions a été relevé pour permettre d'enrayer le phénomène de désépargne à la suite du départ à la retraite (A).

A. LES PERSONNES ÂGÉES ET L'ÉPARGNE

71. Le niveau de vie des personnes âgées comporte plusieurs composantes, parmi lesquelles on trouve les pensions de retraite et l'épargne. Contrairement à ce que certains pens(ai)ent, l'épargne est toujours présente chez les personnes âgées, si bien que malgré la modification de la consommation, certains éléments — comme le logement principal par exemple — sont épargnés par la tendance à la désépargne entraînée par la diminution des revenus. Le rapport à l'argent des personnes âgées a longtemps été peu ou mal considéré. L'image des fameux bas de laine est tenace. Ceci est bien évidemment excessif et dépassé. Il est néanmoins certain que le vieillissement a un impact important sur le comportement financier. Chacune des périodes de vie amène à une consommation adaptée, et le cas échéant, à la constitution d'une épargne plus ou moins importante. Par conséquent, puisque la mise en retraite entraîne de fait une baisse de revenus, les personnes âgées auraient tendance à user de leur épargne pour compenser²¹³. Malgré cela, à l'instar du mode de consommation, le comportement lié à l'épargne ou à la désépargne évolue avec l'âge²¹⁴.

72. L'influence de l'âge sur les comportements consuméristes fut étudiée par l'économiste MODIGLIANI²¹⁵. Sa théorie du cycle de vie traite de l'adaptation du niveau de consommation et d'épargne au cours de l'existence. L'apport de ce raisonnement fut considérable. Pourtant, une partie de l'analyse proposée est contestable — précisément au sujet de la vieillesse. Selon le modèle

²¹³ Cf. P. COTELETTE, « Consommation et épargne : une relation tumultueuse », *Idées économiques et sociales*, 2013/4, n° 174, p. 41-50.

²¹⁴ Cf. H. ALBIS, « Impact des évolutions démographiques sur l'épargne et les marchés financiers », *Revue d'économie financière*, 2016/2, n° 122, p. 165-178.

²¹⁵ Le modèle du cycle de vie fut théorisé par l'économiste MODIGLIANI, consacré par le prix Nobel d'économie de 1985.

originel, la vieillesse serait l'occasion d'une baisse de consommation et d'épargne. Il n'en est rien en réalité. Contrairement à ce qui était décrit en 1985, on ne constate pas de phénomène de désépargne global et massif — taux d'épargne négatif — pour les plus de 65 ans. On observe en réalité une baisse d'épargne significative pour la période suivant la mise en retraite²¹⁶, mais le taux d'épargne accuse une hausse importante pour la période de vie suivante. Ainsi, les plus de 70 ans épargnent plus que les actifs — début, milieu et fin de carrière²¹⁷. Le patrimoine se renforce chez les plus âgés « *mais à un rythme ralenti : Le taux d'épargne médian chez les plus de 70 ans qui vivent en ménage ordinaire est de 8 %. La baisse du taux d'épargne chez les plus âgés est toutefois moins marquée parmi les hauts revenus : Parmi les ménages de 70 ans ou plus, les 25 % des ménages qui épargnent le plus, ont un taux d'épargne inférieur de seulement 6 points par rapport à leurs homologues de 50 à 59 ans* »²¹⁸.

Le phénomène d'une désépargne "naturelle" — puisque rendue nécessaire par la baisse de revenus entraînée par le départ en retraite —, est compensé par un autre phénomène, multiple, et encore plus naturel cette fois²¹⁹ : Le vieillissement aurait effectivement tendance à développer une « *aversion accrue vis-à-vis du risque, notamment en matière de dépendance en toute fin de cycle de vie, et qui conduit à épargner davantage* »²²⁰. Par ailleurs, les études menées par l'INSEE attestent que les classes d'âge de plus de 60 ans et plus de 75 ans sont celles les moins touchées par l'absence totale d'épargne²²¹. Les économistes sont donc parvenus à prouver la réserve et la sagesse légendaire de la vieillesse.

²¹⁶ INSEE, enquête Budget des Familles, 1995.

²¹⁷ M. SEYSSEAU, V. BELLAMY, E. RAYNAUD, « Les inégalités entre ménages dans les comptes nationaux », INSEE Première, n° 1265, 2009 ; I. MARTINACHE, « Comment la démographie influe-t-elle sur l'économie ? (et réciproquement) », *Idées économiques et sociales*, Réseau Canopé, 2014/3, n° 177, p. 32-44.

²¹⁸ B. GARBINTI, P. LAMARCHE, « Dossier : Qui épargne ? Qui désépargne ? », *Les revenus et le patrimoine des ménages*, INSEE, 2014, p. 29.

²¹⁹ A. BABEAU, F. CHARPIN, « Une nouvelle vision des comportements des ménages », *Revue d'économie financière*, 2013/2, n° 110, p. 254 : « *Les plus de soixante ans sont au contraire dans une phase de downsizing : leurs placements financiers sont abondés par la vente de logements devenus trop grands et souvent financés par des crédits souscrits par des acquéreurs plus jeunes* ». V. également : H. ALBIS, « Impact des évolutions démographiques sur l'épargne et les marchés financiers », *Revue d'économie financière*, 2016/2, n° 122, p. 170 : « *On observe [...] une poursuite de l'effort d'épargne de la part des retraités qui s'explique par la volonté de laisser un héritage à leurs enfants (Hurd, 1989), de se prémunir contre le risque de longévité (Davies, 1981) ou de santé (Hubbard et al., 1994 ; Palumbo, 1999)* ».

²²⁰ M. BODIER, « Les effets de l'âge et de génération sur le niveau et la structure de consommation », *Économie et statistique*, n° 324-325, 1999, p. 167 s.

²²¹ INSEE, *Enquête SRCV, Insee résultats*, pauvreté en conditions de vie de 2004 à 2014 ; insuffisance de ressources selon l'âge de la personne de référence, paru le 19 janvier 2017, [en ligne] [consulté le 20 mars 2018] < <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2502743?sommaire=2502768#titre-bloc-6> >.

73. Le second volet du phénomène voulant que l'épargne survive à la mise à la retraite s'explique par la volonté de continuer à épargner — ou d'arrêter de désépargner — pour transmettre un capital aux descendants²²². En suivant la logique de la théorie du cycle de vie, on perçoit les orientations que prennent la consommation et l'épargne, à travers les diverses étapes de la vie. Là où les jeunes ménages investissent essentiellement pour acquérir un logement, il en va différemment pour les ménages âgés. « *Le patrimoine apparaît de plus en plus concentré aux mains des seniors et des plus âgés : les seniors français "sur-épargnent" pour leurs vieux jours, notamment sous forme immobilière* »²²³. On aurait pu craindre dans la théorie originelle, que la baisse de revenu matérialisée par la retraite entraîne de lourdes conséquences sur le maintien de propriété. Toutefois, on n'observe pas de passage massif de la propriété vers la location chez les retraités²²⁴.

Le domicile est majoritairement un bien de consommation plutôt que d'épargne, et ce, peu importe l'âge des occupants. Il n'en va pas de même pour les résidences secondaires, qui semblent faire les frais de la baisse de revenus engendrée par la retraite. Il existe, bien-sûr, d'autres formes d'investissements. « *Avec la montée en âge, on observe une augmentation sensible de la part du logement au sein des patrimoines bruts, jusqu'à environ 50% à 45 ans, puis une lente diminution au profit des placements financiers et notamment des valeurs mobilières cotées. La part de ces actifs croît continûment avec l'âge. Les personnes âgées de plus de 55 ans détiennent ainsi près de 70% de la valeur de l'ensemble des portefeuilles* »²²⁵. Il semblerait là encore, que la nature même du vieillissement puisse expliquer ce phénomène. L'avancée en âge réduit significativement les enjeux familiaux — éducation des enfants, taux de divorce etc.... En conséquence de quoi une plus grande place est accordée au désir de transmettre un patrimoine. Les placements financiers divers sont sollicités.

²²² M. BODIER, *Op. cit.*, *loc. cit.* : « Une interprétation plus positive pourrait également être qu'au fur et à mesure du vieillissement, l'envie de consommer pour soi fait en partie place à celle de laisser un legs à la génération suivante ; ce qui incite à épargner ».

²²³ A. MASSON, « L'épargnant propriétaire face à ses vieux jours », *Revue française d'économie*, 2015/2 (Volume XXX), p. 129.

²²⁴ A. LAFERRÈRE, « Vieillesse et logement : désépargne, adaptation de la consommation et rôle des enfants », *retraite et société*, Cnav., 2006/1, n° 47, p. 65-108 : « Aux alentours de 60 ans, une majorité de ménages est propriétaire de son logement, avec une différence frappante entre les générations d'avant 1920, pour lesquelles ce taux est proche de 55 %, et celle née après 1920, dont le taux, de 15 points supérieur, atteint 70 %, reflétant l'importance de l'accession à la propriété après la Seconde Guerre mondiale. Au-delà de 60 ans, la proportion de propriétaires demeure à peu près constante pour chaque cohorte ».

²²⁵ CONSEIL NATIONAL DU CRÉDIT ET DU TITRE, Les aspects financiers du vieillissement de la population, 2001, p. 19.

B. LES PERSONNES ÂGÉES ET LA PRÉCARITÉ

74. Le Conseil de l'Europe fait état de ses bonnes intentions l'égard des personnes âgées : « [Elles] devraient percevoir des ressources suffisantes leur permettant d'avoir un niveau de vie décent et de participer à la vie publique, économique, sociale et culturelle »²²⁶. À force d'efforts successifs le système français s'est engagé dans la lutte contre la précarité qui touchait cette population (1). Malgré l'optimisme ambiant, les bouleversements liés au déroulement de la vie sont autant de risques de précarité supplémentaires pour les personnes âgées (2).

1. L'existence d'une précarité naturelle sous contrôle

75. Depuis les années 1980, l'augmentation des pensions de retraites a grandement participé à la réduction de la pauvreté chez les personnes âgées. Pour les personnes ne bénéficiant pas d'une retraite suffisante pour subvenir à leurs besoins, la création du minimum vieillesse²²⁷ a été d'un grand soutien, bien que son montant ne dépasse pas le seuil de pauvreté²²⁸. Ces efforts ont permis de faire reculer la pauvreté chez les personnes âgées de façon considérable. Leur niveau de vie est aujourd'hui officiellement proche de celui des actifs. La construction et l'amélioration du système de retraite, ont permis d'enrayer le risque de pauvreté chez les personnes âgées²²⁹.

76. Plusieurs craintes subsistent. « Les situations les plus dramatiques concernent les personnes très âgées, celles de 75 ans et plus, plutôt des femmes qui ont eu des carrières professionnelles heurtées. Quant à celles plus jeunes, aujourd'hui à la retraite, elles ont connu la période bénéfique des Trente Glorieuses et sont en situation d'avoir eu un emploi relativement continu, d'où un taux de pauvreté inférieur »²³⁰. Les efforts de réforme du système de retraite qui « se traduisent en

²²⁶ CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation, concernant le programme national de réforme de la France, COM(2013) 360 final, 29 mai 2013. L'extrait cité est la seule marque de l'intérêt porté aux ressources des personnes âgées.

²²⁷ L. n° 56-639 du 30 juin 1956, portant institution d'un fond national de solidarité, publiée au JORF du 1^{er} juillet 1956, p. 6070.

²²⁸ N. AUGRIS, C. BAC, *Op. cit.*, loc. cit. : « La population actuellement bénéficiaire du minimum vieillesse (4 % des 60 ans et plus), population âgée, féminine, isolée et ayant acquis peu ou pas de droits à retraite, témoigne ainsi de l'histoire du système de retraite en France, des variations démographiques passées et de la place des femmes dans le monde du travail ». V. également : SÉNAT, *Op. cit.*, p. 7-11.

²²⁹ N. AUGRIS, C. BAC, *Op. cit.*, p. 14 : « Depuis le début des années 1980, on trouve proportionnellement plus de personnes pauvres parmi l'ensemble de la population que chez les personnes âgées. De nos jours, 10% des personnes âgées de 65 ans et plus sont considérés comme pauvres en France, contre 12,4 % pour les moins de 65 ans ».

²³⁰ J. OGG, C. CORDIER, *Op. cit.*, p. 130 ; V. également : SÉNAT, Session ordinaire, Rapport visant à autoriser le cumul de l'allocation de solidarité aux personnes âgées avec des revenus professionnels, présenté par I. DEBRE, 2012, n° 181, p. 14 : « Les femmes représentent plus des trois quarts de l'ensemble des allocataires isolés et 62 %

*particulier par une augmentation de l'âge de cessation d'activité soulèveront probablement à terme la question de la pauvreté des personnes âgées et non plus seulement des personnes très âgées. Cette question est donc celle de la génération future : modification des retraites, précarisation de l'emploi, donc carrière discontinuée »*²³¹. Par ailleurs, la population des personnes âgées reste particulièrement sujette à la précarité.

La vieillesse place l'individu dans une position ne lui permettant peu ou pas d'agir pour modifier son niveau de vie. Cet état naturel doit justifier une anticipation du financement de la période de retraite. La pauvreté pousse de nombreuses personnes âgées à pâtir d'une insuffisance de ressources. Selon les études menées par l'INSEE, près de 16 % des plus de 75 ans ont été tenus de restreindre leur consommation en 2014²³². 7% des plus de 60 ans ont été déclarés comme vivant en dessous du seuil de pauvreté en France en 2015. Ce taux monte à 8,9% des femmes, et 6,9% des hommes âgés de plus de 75 ans²³³.

2. Les risques de précarité liés aux bouleversements de la vie²³⁴

77. Parmi les divers systèmes de soutien social, le mécanisme de pension de réversion ne passe pas inaperçu. Cette extension de la pension de retraite au profit du conjoint survivant fut originellement créée pour permettre aux veuves de maintenir un niveau de vie décent durant leur période de veuvage. Grâce au mécanisme de pension de réversion, le système de retraite couvre le risque social qu'est le veuvage. Le conjoint survivant bénéficie de l'attribution d'une partie de la pension que son conjoint percevait ou aurait pu percevoir²³⁵. On peut considérer qu'il s'agit d'une prestation de contribution indirecte, puisque ce n'est pas le cotisant, mais son conjoint ou ex-conjoint qui pourra possiblement en bénéficier. Les cotisations retraite du défunt ouvrent des droits à pension pour son conjoint. Ce mécanisme ne concerne que les couples mariés. La Cour de

des allocataires isolés âgés de soixante-cinq à soixante-dix ans. Au-delà d'une plus grande longévité, cette surreprésentation des femmes parmi les personnes seules résulte de la faiblesse des droits propres à pension de retraite que celles-ci ont pu acquérir au cours de la vie active ».

²³¹ J. OGG, C. CORDIER, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²³² INSEE, *Enquête SRCV*, pauvreté en conditions de vie de 2004 à 2014. [En ligne] [consulté le 20 mars 2018] < <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2502743?sommaire=2502768#titre-bloc-6> >. Ce taux a varié entre 13 et 17,5% entre 2004 et 2014.

²³³ INSEE, *Chiffres-clés*, taux de pauvreté selon l'âge et le sexe en 2016, paru le 12 septembre 2017, [en ligne] [consulté le 20 mars 2018] < <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3052741> >.

²³⁴ S. CAVALLI, J.-F. BICKEL, Ch. LALIVE d'ÉPINAY, « Les événements marquants du grand âge sont-ils des facteurs d'exclusion ? une analyse longitudinale », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2002/3, vol. 25, n° 102, p. 137-151.

²³⁵ N. AUGRIS, C. BAC, *Op. cit.* p. 17.

cassation a eu l'occasion de préciser cette exclusivité en excluant explicitement les partenaires de Pacte civil de solidarité dans un arrêt rendu par la 2^{ème} chambre civile le 23 janvier 2014²³⁶.

78. Selon les modalités portées par l'ordonnance de 1945²³⁷, le survivant devait être âgé d'au moins 65 ans, ainsi qu' « être à la charge de l'assuré décédé, remplir une condition de durée de mariage »²³⁸. La réversion ne pouvait être attribuée aux personnes possédant un droit acquis, c'est-à-dire ayant cotisé pour elles-mêmes. Le mécanisme s'est progressivement adapté. La condition d'âge a d'abord été abaissée à 60 ans, puis à 55 ans pour les conjoints survivants inaptes au travail²³⁹. Dans les années 1970, « le dispositif fut amendé, en particulier pour prendre en compte le développement de l'activité féminine. En 1971, la notion de conjoint à charge fut abrogée et remplacée par une condition de ressources »²⁴⁰. Originellement destiné aux veuves²⁴¹ du fait de leur espérance de vie supérieure, la pension de réversion bénéficie aujourd'hui aussi bien aux hommes qu'aux femmes²⁴². Ainsi, le système s'est élargi au profit de « dispositifs de réversion symétriques où les veufs ont les mêmes droits que les veuves »²⁴³. Le mécanisme de la pension de réversion s'est adapté à la fragilisation du lien matrimonial. « En 1978, elle a instauré la proratisation de la pension de réversion entre le conjoint survivant et l'ex-conjoint au prorata de

²³⁶ Cass. Civ. 2^{ème}, 23 janvier 2014, n° 13-11.362, publié au Bull. 2014, II, n° 23 ; V. à ce propos : H. ROBERGE, « Pas de pension de réversion pour les pacsés — Cour de cassation, 2^{ème} civ. 23 janvier 2014 », AJ Fam. Dalloz édition, 2014, n° 3, p. 197.

²³⁷ Ord. n° 45-2454 du 19 octobre 1945, fixant le régime des assurances sociales applicable aux assurés de professions non agricoles, publiée au JO « Lois et décrets » du 20 Octobre 1945.

²³⁸ S. VANLIERDE, I. BRIDENNE, « La réforme de la pension de réversion », *Retraite et société*, Cnav., 2006/2, n° 48, p. 238.

²³⁹ L. n° 48-1306 du 23 août 1948, *Portant modification du régime de l'assurance vieillesse*, publiée au JORF du 24 août 1948, p. 8308.

²⁴⁰ S. VANLIERDE, I. BRIDENNE, *Op. cit.*, p. 239.

²⁴¹ C. BONNET, J-M. HOURRIEZ, « Quelle variation du niveau de vie suite au décès du conjoint ? », *Retraite et société*, Cnav., 2008/4, n° 56, p. 110 : « On observe aujourd'hui que, contrairement au passé, les veuves ne constituent plus en moyenne une population globalement défavorisée, bien que leur niveau de vie demeure légèrement en dessous de la moyenne. Beaucoup moins nombreux, les veufs ont un niveau de vie un peu au-dessus de la moyenne ». V. également : L. APROBERT, « Les pensions de réversion du régime général : entre assurance retraite et assistance veuvage », *Retraite et société*, Cnav., 2008/2, n° 54, p. 94 : « L'institution de la réversion découle d'une conception du mariage où le mari est le principal, voire l'unique pourvoyeur des ressources du ménage. Si l'on présume qu'une épouse ne peut pas – ou ne doit pas – exercer d'activité rémunérée, elle peut être privée de tout moyen de subsistance par la disparition de son mari. La réversion permet au mari de pourvoir aux besoins de son épouse au-delà de son vivant. En cotisant à un régime de retraite, il acquiert des droits à pension, non seulement pour lui-même, mais également pour sa femme. La réversion représente une fraction des droits à pension acquis par le mari ».

²⁴² C. BONNET, J-M. HOURRIEZ, « Veuvage, pension de réversion et maintien du niveau de vie suite au décès du conjoint : analyse sur cas types », *Retraite et société*, Cnav., 2008/4, n° 56, p. 72 : « Mise en œuvre après la Deuxième Guerre mondiale, alors que prédominait le modèle de l'homme "gagne-pain", et que les femmes étaient quasiment dépourvues de pensions de droits propres, la pension de réversion était à l'origine destinée à éviter une entrée dans la pauvreté de veuves suite au décès de leur mari ».

²⁴³ C. BONNET, J-M. HOURRIEZ, « La prise en compte du couple par le système de retraite : réversion et partage des droits », *Population*, 2012/1, Vol. 67, p. 160.

la durée de mariage (jusqu' alors, le conjoint divorcé perdait tout droit à la réversion) »²⁴⁴. Cela a permis de ne pas augmenter les dépenses liées au système, et ce, malgré l'augmentation du nombre de divorces²⁴⁵.

La réforme des retraites portée par la loi du 21 août 2003²⁴⁶ a transformé la pension de réversion, en supprimant certaines conditions qui en restreignaient l'application. Le droit de réversion en cas de remariage du conjoint survivant a quant à lui été maintenu. La pension de réversion s'est transformée d'une forme de prestation de retraite, en une véritable assistance veuvage. Le taux de réversion bénéficiant aux époux ou ex-époux²⁴⁷, est égal à 54% de la retraite du défunt. Des conditions ressources supplémentaires viennent encadrer le mécanisme et participent à diminuer son champ d'action.

²⁴⁴ C. BONNET, J-M. HOURRIEZ, *Op. cit.*, p. 169.

²⁴⁵ Seuls les conjoints ou ex-conjoints peuvent en bénéficier. Les pacsés ou encore les concubins n'y ont pas accès. Si l'ignorance de la situation des concubins par le système de pension de réversion se justifie, on peut néanmoins s'interroger sur la pertinence de refuser d'étendre ce droit aux personnes pacsées.

²⁴⁶ L. n° 2003-775 du 21 août 2003 – préc. ; Cf. Décrets n° 2004-857 du 24 août 2004, relatif aux droits à l'assurance vieillesse des conjoints survivants et modifiant le code de la sécurité sociale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat), publiée au JORF n° 197 du 25 août 2004, p. 15236, texte n° 22, et n° 2004-858 du 24 août 2004, relatif aux droits à l'assurance vieillesse des conjoints survivants, publiée au JORF n° 197 – préc., texte n° 23. V. à ce propos : L. APROBERT, *Op. cit.*, p. 106 : « *La prise en compte des ressources des veuves et des veufs et le calcul du montant de la pension de réversion sont totalement modifiés à la suite de la loi de 2003 : la double condition, le critère de dépendance conjugale et la limite au cumul disparaissent au profit d'un nouveau plafond de ressources* ».

²⁴⁷ F. PETIT, *Op. cit.*, p. 98 : « *Les pensions de réversion sont nées de l'idée qu'autrefois les femmes travaillaient rarement or dans le cas contraire, s'arrêtaient pour élever leurs enfants. Dotées d'une espérance de vie supérieure aux hommes, elles ont obtenu le droit de bénéficier d'une partie de la pension de leur défunt mari, sous la forme d'un droit "dérivé". Aujourd'hui, les pensions de réversion bénéficient aussi bien aux femmes qu'aux hommes* ».

PARAGRAPH 2

LE SOUTIEN SOCIAL DE LA PERSONNE ÂGÉE

79. À force de décentralisation²⁴⁸, la responsabilité de la politique sociale française a migré depuis l'État vers les départements²⁴⁹. Dans ce nouveau cadre d'action, se profile un risque original : Les collectivités locales créent leur propre vision de la politique vieillesse en adaptant les projets nationaux aux particularismes locaux. De ce fait, elles régulent les normes édictées au niveau central, pour les adapter à leurs besoins ponctuels. Leur approche de la politique vieillesse est davantage politisée que celle de l'État. Le danger est de perdre le lien existant entre la politique sociale nationale et son effectivité globale²⁵⁰. Il semblerait que la politique vieillesse réponde désormais à deux autorités et logiques distinctes : L'une au niveau local, et l'autre au niveau national — de par l'État et la sécurité sociale. Cette évolution prend le « *contrepied des trente années d'action sociale vieillesse et d'une conception très pluridisciplinaire et intersectorielle de la gérontologie* »²⁵¹. Ainsi, la politique vieillesse fait peau neuve²⁵². Mais tout n'est pas encore gagné : « *La société doit réfléchir à la représentation qu'elle donne de la vieillesse et à la place qu'elle réserve aux personnes âgées* »²⁵³.

Le soutien social à la personne âgée (I), relayé par la protection de la santé (II) participe à l'appréhension de la personne âgée dans la société, en cherchant à apporter des réponses concrètes tant au niveau de la protection sociale que médicale.

²⁴⁸ < <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/collectivites-territoriales/competences-collectivites-territoriales/quelles-sont-competences-exercees-par-departements.html> > [en ligne] [consulté le 12 mai 2017] : « *La loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (MAPTAM) du 27 janvier 2014 désigne le département comme "chef de file" en matière d'aide sociale, d'autonomie des personnes et de solidarité des territoires* ».

²⁴⁹ L. n° 2014-58 du 27 janvier 2014, *de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (I)*, publiée au JORF n° 0023 du 28 janvier 2014, p. 1562, texte n° 3. L'effectivité et la proximité semblent être des justifications suffisantes à ce transfert de responsabilité. V. à ce propos : D. ARGOUD, « Nouveaux acteurs, nouveaux enjeux : quel avenir pour l'action sociale vieillesse ? », *Vie sociale*, ERES., 2016/3, n° 15, p. 106-108 : « *Cette évolution, qui concerne une grande partie de la politique sociale, a été justifiée par la volonté de promouvoir une gestion de proximité de problèmes de plus en plus complexes et enchevêtrés auxquels l'état ne semblait plus en mesure d'apporter de réponses satisfaisantes* ».

²⁵⁰ La décentralisation a démultiplié les acteurs, et la régulation originelle a été modifiée.

²⁵¹ D. ARGOUD, *Op. cit.*, p. 109.

²⁵² Les diverses actions menées, telles que l'évolution du mécanisme du minimum vieillesse ou le Plan national « bien vieillir », participent à apporter des réponses pratiques, concrètes et adaptées aux personnes âgées. La politique de prévention est désormais de tout premier ordre, et produit un véritable discours normatif du vieillissement.

²⁵³ J.-P. AQUINO, « Le plan national « Bien vieillir » », *Retraite et société*, La Documentation Française, 2007/3, n° 52, p. 156-157

I. L'AIDE SOCIALE À LA PERSONNE ÂGÉE

80. L'élément naturel qu'est l'âge, est juridiquement appréhendé de diverses manières. Le droit social y est particulièrement sensible²⁵⁴. Cela se retrouve précisément en matière de protection sociale, où l'âge avancé et la vieillesse sont utilisés pour leurs caractéristiques propres. En tant que risque social identifié, la vieillesse constitue l'un des piliers de l'action sociale (A). Le critère de l'âge quant à lui, est utilisé avec dextérité lorsqu'il s'agit de réguler l'accès à la protection (B). L'existence de l'Allocation de solidarité pour les personnes âgées, et de l'Allocation personnalisée d'autonomie témoigne de l'intérêt porté à la protection sociale de la vieillesse (C).

A. L'IDENTIFICATION DE LA VIEILLESSE COMME RISQUE SOCIAL

81. Le *credo* de la Sécurité sociale fut clairement exposé dans l'ordonnance fondatrice du 4 octobre 1945²⁵⁵. Cette dynamique va rapidement faire évoluer les politiques publiques de la vieillesse²⁵⁶. Dès 1952, l'Organisation Internationale du Travail identifiera les neuf risques sociaux dont les individus doivent être protégés²⁵⁷ : Maladie, chômage, vieillesse et pension de retraite, accident du travail et maladie professionnelle, prestation familiale, maternité, invalidité, prestations aux survivants et enfin veuvage. L'existence peut exposer une personne à chacun de ces risques²⁵⁸. La période de la vieillesse en revanche n'est le théâtre que de certains d'entre eux. Hormis quelques rares²⁵⁹ cas, les personnes âgées ne sont pas concernées par les risques liés à la maternité. Un contre-

²⁵⁴ Ce dernier est amené à gérer à la fois le droit du travail — lié à la production économique de la vie active — et le droit de la protection sociale « *en raison des communes préoccupations du droit de la sécurité sociale et du droit de l'aide et de l'action sociales* ». L. RAZÉ, *L'âge en droit social*, Thèse de Doctorat de Droit, 2013, p. 39

²⁵⁵ Ord. n° 45-2250 du 4 octobre 1945, *portant organisation de la sécurité sociale*, publiée au JORF du 6 octobre 1945, p. 6280.

²⁵⁶ En 1951, a lieu la *campagne nationale en faveur des vieillards*. La loi sur les Logements-Foyers pour personnes âgées dans le parc H.L.M. sera adoptée en 1955.

²⁵⁷ Organisation Internationale du travail, Convention C102, n° 102, concernant la norme minimum de la sécurité sociale, Genève, 28 juin 1952 entrée en vigueur le 27 avril 1955.

²⁵⁸ Le terme de "risque social" ne vise pas des risques pour la société au sens commun du terme, mais désigne la situation de fragilité des situations visées. Ce qui est désigné, c'est la situation de vulnérabilité sociale qui accompagne chacune de ces situations, et cela, à un degré plus ou moins fort ou pour une durée plus ou moins longue. La notion d'aléa qui est traditionnellement associée au "risque" est sous représentée en matière de risque sociaux — notamment en ce qui concerne la vieillesse. Si l'on suit le déroulement normal de la vie, chacun est amené à vieillir. En conséquence, la sécurité sociale va automatiquement entrer en jeu au titre de la protection du risque vieillesse. Dans cet exemple, la notion d'aléa est inversée, et se trouverait plutôt dans la non-réalisation du risque. La sécurité sociale semble jouer finalement un rôle plus réparateur que protecteur, puisqu'elle intervient lorsque le risque est réalisé ou en train de se réaliser. Le rôle joué par la sécurité sociale face aux risques sociaux est compensateur.

²⁵⁹ Il existe des cas extrêmement rares d'enfant nés de femmes âgées de plus de soixante-cinq ans. En 1939, Madame S. PACE, de nationalité américaine a donné naissance à son dix-septième enfant, alors qu'elle était âgée de 73 ans. Le 10 mai 2016, Madame D. KAUR, de nationalité Indienne, a donné naissance à son premier enfant à l'âge de soixante-douze ans.

exemple assez récent fut relaté par le journal indien *Time of India*, selon lequel Monsieur Ramajit RHAGAV est devenu le plus âgé des jeunes pères du monde à l'âge de 94 ans. Quelques temps auparavant, le prix Nobel de littérature Saul BELLOW devint père à l'âge de 84 ans. Ces situations sont exceptionnelles. De la même manière, les accidents du travail, le chômage ou la maladie professionnelle ne concernent pas les personnes retraitées. D'autres risques sociaux sont au contraire spécifiques, ou majoritairement destinés aux personnes âgées — vieillesse, prestations aux survivants, veuvage. Si l'apport social de cette démarche est incontestable, cette évolution fut également le point de départ d'une appréhension de la vieillesse sous l'angle financier.

82. En 1962, le rapport LAROQUE²⁶⁰ a non seulement joué un rôle dans la modernisation de l'action sociale, mais a surtout orienté les acteurs — privés et publics, locaux et nationaux — en vue d'un effort commun pour la cause des personnes âgées²⁶¹. La vieillesse est désormais considérée comme un véritable territoire d'action sociale²⁶². Cette action sociale est une création *ex nihilo*. Pour la première fois, les personnes âgées sont identifiées comme une population à part entière. Une population qui a ses propres besoins. L'évolution du vocabulaire — le terme de vieillard laisse place à celui de troisième âge et de personne âgée — témoigne du « *glissement d'une conception assistancielle de l'action sociale à une approche plus en phase avec l'évolution de la société et avec la prise en compte des besoins des différents groupes sociaux ayant besoin d'aide* »²⁶³. Cette période fut le berceau de la conception actuelle de la vieillesse, marquée par un fort dynamisme national qui sera relayé au niveau international²⁶⁴.

²⁶⁰ P. LAROQUE, *et. al.*, *Commission d'étude des problèmes de la vieillesse du Haut comité consultatif de la population et de la famille*, 1962. V. également : A. GRAND, « Du rapport Laroque à la loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement : cinquante-cinq ans de politique vieillesse en France », *Vie sociale*, ERES édition, 2016/3, n° 15, p. 13-25.

²⁶¹ M. MIKOU *et al.*, « La montée en charge des risques sociaux depuis 1945 », *ERES, Vie sociale*, 2015/2, n° 10, p. 109.

²⁶² A-M. GUILLEMARD, *Op. cit.* p. 5. Le soutien indispensable de l'État, des collectivités territoriales, et de nombreux intermédiaires, sous la direction du rapport de 1962, a permis la promotion d'une politique sociale nouvelle et globale, entièrement consacrée aux personnes âgées. V. à ce propos : D. ARGOUD, *Op. cit.*, p. 102-103.

²⁶³ D. ARGOUD, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²⁶⁴ La Charte d'Ottawa de 1986 comprend une définition large de la notion de santé, quasi assimilée à la notion de bien-être. Laquelle influencera grandement la nouvelle mutation de l'action sociale française à partir des années 2000. V. OMS, Charte d'Ottawa, *sur la promotion de la santé*, 21 novembre 1986 ; L. BARTHELEMY, S. PIN, L. RICHARD, J. FILIATRAULT, « Les déterminants socio-environnementaux de la santé des aînés », *La santé de l'homme*, INPES, 2011, n° 411, p. 11 : « *Le mouvement de la promotion de la santé, influencé par les préceptes de la charte d'Ottawa, se construit autour d'une vision « socio-écologique » de la santé, prenant en compte les déterminants individuels mais aussi socio-environnementaux de la santé dans des stratégies d'intervention. Ces stratégies doivent être intersectorielles et combiner des actions de nature communautaire, politique et sociale* ». V. également dans un même sens : S. ALVAREZ, *Prévention et vieillissement : l'expérience individuelle du vieillissement face à la norme contemporaine du "bien vieillir"*, Thèse de Doctorat de sociologie, 2014, p. 33.

B. L'ÂGE COMME MODE DE RÉGULATION DU SOUTIEN SOCIAL

83. L'âge est un moyen juridique de régulation sociale²⁶⁵, puisqu'il participe à la normalisation du cours de la vie des individus. En droit du travail, l'âge régule l'accès à la vie active²⁶⁶ en apportant un terme souple à la période de l'enfance et de l'apprentissage, ainsi qu'aux périodes d'activité et de retraite. Les âges extrêmes — trop avancés ou trop peu avancés — sont marqués par la caractéristique d'une capacité de production non optimale²⁶⁷. Le critère juridique de l'âge traite avant tout de la capacité d'un individu à répondre aux besoins d'efficacité et d'endurance propres à la vie active. Concernant l'âge avancé, l'usage du critère se cristallise en matière de sortie de la vie active et de l'accès corrélatif à la retraite. « *Depuis la réforme issue de la loi du 9 novembre 2010, l'âge de "départ à la retraite" a été fixé à 62 ans* »²⁶⁸.

Plusieurs mécanismes organisent le départ volontaire, ou non volontaire de la vie active. À cet égard, le droit social doit observer une certaine rigueur dans son utilisation du critère de l'âge²⁶⁹. Les différents dispositifs dits "carrières longues"²⁷⁰ ou "compte pénibilité"²⁷¹, offrent la possibilité d'adapter le temps de départ en retraite à la durée effective de la vie active, ou à sa pénibilité. D'un autre côté, sous certaines conditions, l'employeur peut être à l'initiative de la mise

²⁶⁵ J.-J. DUPEYROUX, « l'âge en droit social », *Droit social*, Dalloz, 2003, n° 12, p. 1041.

²⁶⁶ J.-J. DUPEYROUX, *Op. cit.*, *ibid.*

²⁶⁷ S. VOLKOFF, « Les autres "pénibilités". Fragilisation de la santé, et vécu du travail en fin de vie active », *Retraite et société*, La Documentation française, 2015/3, n° 72, p. 87-101. V. également : F. PETIT, « Le bénéfice de l'âge. Quand l'âge devient source de bonification, non plus de discrimination », *Droit social*, Dalloz édition, 2012, p. 252.

²⁶⁸ F. PETIT, *L'essentiel du droit de la protection sociale*, Ed. Gualino Lextenso, Coll. Les carrés, 2015, p. 96 s.

²⁶⁹ Plusieurs raisons justifient cela. La première est d'ordre pratique. Il s'agit de la prévisibilité des règles, et cela pour que le départ en retraite des assurés se déroule sans encombre et comme prévu. La seconde raison est d'ordre éthique. L'un des principes du système de retraite est le respect de l'équité entre les personnes d'une même génération. Enfin, les règles entourant l'âge de départ à la retraite doivent faire acte de stabilité, pour éviter les départs anticipés massifs pris en prévision d'une modification défavorable. V. à ce propos : Y. GUÉGANO, *Les âges de départ à la retraite en France : éléments de cadrage*, in CONSEIL D'ORIENTATION DES RETRAITES, *Les âges de départ à la retraite en France : évolutions et déterminants*, Actes de colloque, 2 décembre 2015, p. 9-24.

²⁷⁰ Pour ce qui est des évolutions concrètes apportées par la réforme, on notera, l'élargissement du dispositif "carrières longues" de 2003, permettant désormais aux personnes ayant débuté leur vie professionnelle avant dix-huit ans — et non plus seize — de partir plus tôt en retraite. Un décret en date du 2 juillet 2012 modifie légèrement les conditions de départ anticipé pour les carrières longues. V. D. n° 2012-847 du 2 juillet 2012, *relatif à l'âge d'ouverture du droit à pension de vieillesse*, Publié au JORF n° 0153 du 3 juillet 2012 p. 10896 texte n° 12. Le mécanisme est porté par l'article L. 351-1-1 CSS, tel que modifié par la L. n° 2014-40 du 20 janvier 2014 – art. 26, préc. V. également à ce propos : F. PETIT, *Op. cit.*, *loc. cit.* : « Il faut avoir 62 ans pour prétendre à une retraite à taux plein. Mais un dispositif de retraite anticipée a été mis en place [...] permettant aux personnes ayant travaillé jeunes ou disposant d'une durée totale d'assurance supérieure de 8 trimestres à la durée légale d'obtenir une pension complète ».

²⁷⁰ L. n° 2014-40 du 20 janvier 2014 – préc.

²⁷¹ Art. L. 4162-1 C. du travail, tel que créé par la L. n° 2014-40 du 20 janvier 2014 – art. 10, *garantissant l'avenir et la justice du système de retraites (I)*, publiée au JORF n° 0017 du 21 janvier 2014, p. 1050, texte n° 1.

à la retraite de ses salariés. Monsieur Franck PETIT a eu l'occasion de mettre en lumière cette nature spécifique : « *La mise à la retraite obéit aujourd'hui à une procédure particulière qui permet à l'employeur d'envisager, entre les 67 et 70 ans du salarié, sa mise à la retraite* »²⁷². En un même temps, la durée d'assurance requise pour la liquidation à taux plein a connu une progression notable²⁷³.

C. LES AIDES SOCIALES DE LA VIEillesse : L'ALLOCATION DE SOLIDARITÉ POUR LES PERSONNES ÂGÉES ET L'ALLOCATION PERSONNALISÉE D'AUTONOMIE

84. L'Allocation de solidarité pour les personnes âgées (1) et l'Allocation personnalisée d'autonomie (2), représentent les deux formes les plus abouties de soutien social largement orienté en faveur de la vieillesse.

1. *L'Allocation de solidarité pour les personnes âgées*

85. Historiquement, le minimum vieillesse institue le premier minimum social. Jusqu'alors les allocations préexistantes présentaient un intérêt vital mais limité dans leur action. Il fut instauré par la L. n° 56-639 du 30 juin 1956, portant institution d'un fonds national de solidarité. L'Ordonnance n° 2004-605 du 24 juin 2004, simplifiant le minimum vieillesse a rassemblé l'ensemble des allocations du minimum vieillesse en une seule prestation unique : l'ASPA. Le fonctionnement²⁷⁴ de l'Allocation de solidarité pour les personnes âgées est non contributif²⁷⁵. Il ne dépend donc pas des cotisations de bénéficiaires²⁷⁶, mais cherche à « *garantir un niveau de ressources minimal aux personnes âgées de soixante-cinq ans ou plus n'ayant pas - ou n'ayant pas*

²⁷² F. PETIT, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²⁷³ Y. DUBOIS, A. MARINO, *Op. cit.*, p. 32 : « *La réforme de 2014 fait évoluer la durée d'assurance requise pour liquider à taux plein après 2020, en prolongement de la réforme de 2003 mais à un rythme légèrement plus rapide. Cette durée va augmenter de 41,75 ans pour la génération 1958 à 43 ans pour la génération 1973, à raison d'un trimestre toutes les 3 générations* ».

²⁷⁴ L. n° 56-639 du 30 juin 1956, portant institution d'un fonds national de solidarité, publiée au JORF du 1^{er} juillet 1956, p. 6070. Ainsi que : Ord. n° 2004-605 du 24 juin 2004, *simplifiant le minimum vieillesse*, publiée au JORF du 26 juin 2004, n° 147, p. 0, texte n° 14, a rassemblé l'ensemble des allocations du minimum vieillesse en une seule prestation unique : l'ASPA. V. à ce propos : H. CHAPUT *et al.*, « L'aide à la vieillesse pauvre : la construction du minimum vieillesse », *Revue française des affaires sociales*, La Documentation française, 2007/1, n° 1, p. 57-83. L'Allocation de solidarité pour les personnes âgées est financée par le Fonds de solidarité vieillesse. Cet établissement public à caractère administratif, tend — entre autres choses — à soutenir les personnes ne bénéficiant que d'une faible pension de retraite. Cela concerne notamment les personnes ayant connu des périodes de chômage longues, ou ayant choisi d'interrompre leur activité professionnelle pour élever leurs enfants.

²⁷⁵ N. AUGRIS, C. BAC, « Évolution de la pauvreté des personnes âgées et minimum vieillesse », *Retraite et société*, Cnav., 2008/4, n° 56, p. 23-26.

²⁷⁶ Art. L. 815-1 du Code de la Sécurité sociale, tel que modifié par la loi n° 2015-1268 du 14 octobre 2015 – art. 7 (v), publiée au JORF du 15 octobre 2015, n° 0239, texte n° 2, p. 19069.

pu – suffisamment cotiser aux régimes de retraite au cours de leur carrière afin de bénéficier d’une pension de retraite supérieure à un certain seuil »²⁷⁷. Le montant accordé varie en fonction des ressources et des revenus du ménage²⁷⁸. Il est égal « *à la différence entre le montant du minimum garanti et le total des ressources de la personne âgée* »²⁷⁹. Il s’agit d’une allocation compensatrice²⁸⁰, s’adaptant aux ressources de ses bénéficiaires et permettant de placer la totalité de la population des personnes âgées au-dessus d’un seuil plancher de ressources. Le seuil de pauvreté tourne actuellement autour de 850 € de revenus mensuels pour seuil à 50% du revenu médian ou de 1 050 € pour un seuil à 60 %. Le montant de l’Allocation personnalisée aux personnes âgées — est de 833 €²⁸¹. Il ne parvient donc pas à préserver totalement la vieillesse de la pauvreté.

Le nombre de bénéficiaires du Fonds de solidarité vieillesse est frappant. En 2005, près de 4,3% des femmes et 3,9% des hommes de plus de 60 ans bénéficiaient du minimum vieillesse. Depuis 2010, l’écart entre les hommes et les femmes s’est annulé, et les bénéficiaires représentent près de 3,7% des plus de 60 ans²⁸². Ces chiffres laissent présumer de la précarité qui affecte la population des personnes âgées en France. Ils sont d’autant plus impressionnants lorsque l’on considère que cette allocation fait partie des aides récupérables sur la succession de ses bénéficiaires.

²⁷⁷ V. < <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/protection-sociale/retraites/qu-est-ce-que-fonds-solidarite-vieillesse.html> > [en ligne] [consulté le 13 février 2017] : Vie publique, Qu’est-ce que le Fonds de solidarité vieillesse ?

²⁷⁸ Art. L. 816-2 CSS, tel que modifié par la loi n° 2015-1702 du 21 décembre 2015 – art. 89 (v), publiée au JORF du 22 décembre 2015, n° 0296, p. 23635, texte n° 1 : « *Les montants de l’allocation définie à l’article L. 815-1 et des plafonds de ressources prévus pour son attribution sont revalorisés au 1^{er} avril de chaque année par application du coefficient mentionné à l’article L. 161-25* » ; Art. L. 161-25 CSS, tel que modifié par la loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 – art. 67 (V), publiée au JORF n° 0302 du 30 décembre 2015, p. 24614, texte n° 1.

²⁷⁹ P. DEVAL *et al.*, *Guide du droit de la personne âgée*, Ed. Mots composés, Coll. Guide juridique, Paris, 2010, p. 47-50.

²⁸⁰ M. MIKOU *et al.*, « La montée en charge des risques sociaux depuis 1945 », ERES, Vie sociale, 2015/2, n° 10, p. 121.

²⁸¹ Pour une personne seule et de 1 293,54 € pour un couple. < <https://www.aide-sociale.fr/minimum-retraite-aspa/> > [en ligne] [consulté le 25 mai 2018].

²⁸² < <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2407793#tableau-Donnes20052013> > [en ligne] [consulté le 13 février 2017] INSEE, Statistiques, Allocataires du minimum vieillesse, série longue 2005-2013.

2. *L'Allocation personnalisée d'autonomie*

86. Autre célèbre engagement de la nation en faveur des personnes âgées ou handicapées, le mécanisme de l'Allocation personnalisée d'autonomie (a) connaît certaines limites (b).

a. *Le mécanisme de l'Allocation personnalisée d'autonomie*

La Prestation spécifique dépendance²⁸³ fut réformée en 2001²⁸⁴ pour devenir l'Allocation personnalisée d'autonomie. Ce soutien social offre une conception qui dépasse la seule question des ressources financières²⁸⁵. L'article L. 113-1 alinéa 1 du Code de l'action sociale et des familles dispose que : « *Toute personne âgée de soixante-cinq ans privée de ressources suffisantes peut bénéficier, soit d'une aide à domicile, soit d'un accueil chez des particuliers ou dans un établissement* »²⁸⁶. L'action sociale s'inscrit dans le registre du soutien concret et matériel. La mise en place de cette allocation témoigne de la volonté politique d'établir un mode d'attribution personnalisé des allocations sociales²⁸⁷.

²⁸³ L. n° 97-60 du 24 janvier 1997, tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance, publiée au JORF n° 21 du 25 janvier 1997, p. 1280.

²⁸⁴ L. n° 2001-647 du 20 juillet 2001, relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie, publiée au JORF n° 167 du 21 juillet 2001, p. 11737, texte n° 1, faisant suite au rapport « Vieillir en France ». V. également : fixant le référentiel d'évaluation multidimensionnelle de la situation et des besoins des personnes âgées et de leurs proches aidants, prévu par l'article L. 232-6 du code de l'action sociale et des familles, publiée au JORF n° 0288 du 11 décembre 2016, texte n° 27.

²⁸⁵ V. CARADEC, *Sociologie de la vieillesse et du vieillissement*, Ed. Armand COLIN, Coll. Domaines et approches, 3^{ème} édition, 2012, p. 23.

²⁸⁶ Art. L. 113-1 CASF, tel que modifié par la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – art. 24, relative à l'adaptation de la société au vieillissement, publiée au JORF n° 0301 du 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1.

²⁸⁷ Art. L. 232-3 CASF, tel que modifié par la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 préc. – art. 41 : « *Lorsque l'allocation personnalisée d'autonomie est accordée à une personne résidant à domicile, elle est affectée à la couverture des dépenses de toute nature relevant d'un plan d'aide élaboré par une équipe médico-sociale, sur la base de l'évaluation multidimensionnelle mentionnée à l'article L. 232-6* ». Art. L. 232-8 I al 1 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 préc. – art. 58 (v) : « *Lorsque le bénéficiaire de l'allocation personnalisée d'autonomie est hébergé dans un établissement mentionné à l'article L. 313-12, sa participation est calculée en fonction de ses ressources, déterminées dans les conditions fixées aux articles L. 132-1 et L. 132-2, selon un barème national revalorisé au 1er janvier de chaque année comme les pensions aux termes de la loi de financement de la sécurité sociale* ».

Financée par la Caisse Nationale de Solidarité pour l'Autonomie²⁸⁸, l'Allocation personnalisée d'autonomie est accordée sur décision du Conseil départemental²⁸⁹ et placée sous la responsabilité des Centres locaux d'information et de coordination (CLIC)²⁹⁰ qui sont conventionnés par le Conseil général. L'objectif est de simplifier l'accès aux droits et à l'information, de répondre aux besoins de la personne âgée en perte d'autonomie. À ce titre, les CLIC sont responsables d'une grande partie de l'action gérontologique au niveau local²⁹¹. Leurs agents ont pour mission d'organiser le maintien à domicile des personnes âgées ou handicapées²⁹².

L'Allocation personnalisée d'autonomie est attribuée à hauteur des besoins de chaque prétendant. Il s'agit d'une prestation en nature²⁹³, dont l'objectif est de compenser la perte d'autonomie physique et mentale du bénéficiaire²⁹⁴. Chaque attribution est conditionnée au respect de critères pluridisciplinaires, qui permettent au corps médico-social de déterminer les besoins réels d'une personne en perte d'autonomie. La situation du prétendant à l'Allocation personnalisée d'autonomie est appréciée²⁹⁵ *in concreto*, à travers une grille d'évaluation "Autonomie gérontologique groupes iso-ressources" (AGGIR).

Pas moins de dix-sept critères composés de variables sont nécessaires²⁹⁶. Parmi eux, on trouve par exemple la capacité à réaliser sa toilette, à s'habiller, se déshabiller, préparer un repas, manger, se

²⁸⁸ Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie, créée par la L. n° 2004-626, du 30 juin 2004 *relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées*, publiée au JORF n° 151 du 1^{er} juillet 2004, p. 11944, texte n° 1. La CNSA ne sera mise en place qu'en 2005 ; V. à ce propos : R. HEBERT, « Grandeurs et misères de l'allocation personnalisée d'autonomie en France », *Gérontologie et société*, Fondation nationale de gérontologie, 2011/3 (n° 138), p. 71.

²⁸⁹ Art. L. 232-12 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – art. 41, préc.

²⁹⁰ Circ. DAS-RV2 n° 200/310, 6 Juin 2000 : Ces centres permettent un lien de proximité « regroupant l'ensemble des réponses disponibles dans les domaines : social, sanitaires, loisirs... couvrant un territoire délimité correspondant au bassin de vie ». V. également : A. GRAND, *Op. cit.*, p. 21-22.

²⁹¹ Afin de donner une idée du nombre de dossiers traités, le CLIC de l'Uzès et du Pont du Gard, couvrant deux cantons, gère 560 dossiers d'Allocation personnalisée à l'autonomie.

²⁹² En cela, ils sont amenés à rencontrer les prestataires d'aide à domicile, effectuer un suivi téléphonique, procéder à l'installation d'une téléalarme, mettre en place la livraison des repas à domiciles etc...

²⁹³ Art. L. 232-2 CASF, tel que modifié par la L. n° 2007-290 du 5 mars 2007 – art. 51 (v), instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, publiée au JORF n° 55 du 6 mars 2007, p. 4190, texte n° 4.

²⁹⁴ Art. L. 232-1 CASF, tel que modifié par la L. n° 2001-647 du 20 juillet 2001 – art. 1, relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie, publiée au JORF n° 167 du 21 juillet 2001, p. 11737, texte n° 1, et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002.

²⁹⁵ L'attribution de l'Allocation personnalisée d'autonomie se fait sur le fondement de la grille AGGIR, appliquée par le médecin du conseil général. Dans un but illustratif, voici un exemple de variables prises en comptes lors de l'opération de codage de l'autonomie. De nombreuses autres variables sont évaluées. Le code est noté A, B ou C selon si le sujet répond totalement, partiellement ou pas du tout au critère. En fonction des résultats de l'évaluation, la personne est classée en GIR. Le classement couvre 6 niveaux. GIR 1 étant le niveau le plus élevé de dépendance, GIR 6 le moins élevé.

²⁹⁶ Art. L. 232-6 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 préc. – art. 41.

lever, se coucher ou s'asseoir, se déplacer *intra* ou *extra* résidence, à communiquer clairement ou à s'orienter dans le temps et l'espace. D'autres éléments prennent en compte le contexte de vie du demandeur. Les éléments composant l'environnement social et physique du potentiel bénéficiaire sont déclinés à travers des sous-catégories détaillées. Situation familiale, mode de vie, nombre d'enfants, nature et fréquence des relations sociales, activités diverses, qualité du logement et de ses équipements, sont autant de critères participant à l'évaluation. Les aides d'ores et déjà perçues par le candidat à l'allocation sont également prises en compte. La présence et la teneur de l'engagement des proches font également partie de l'évaluation. L'étude de ces variables permet de classer la personne évaluée sur la grille hiérarchisée et de déterminer ainsi si elle est éligible ou non à l'Allocation personnalisée d'autonomie et sous quel format. L'appréhension de la situation du bénéficiaire dans sa globalité lui confère une dimension relativement importante, dépassant largement l'état d'autonomie *stricto sensu* du sujet.

b. Les limites de l'Allocation personnalisée d'autonomie²⁹⁷

87. Le coût que représente l'Allocation personnalisée d'autonomie est extrêmement élevé (i) mais demeure insuffisant du point de vue des besoins des allocataires (ii). Par ailleurs, le fonctionnement de l'attribution de l'allocation présente également certaines limites (iii).

i. Le poids financier de l'Allocation personnalisée d'autonomie

88. L'Allocation personnalisée d'autonomie bénéficie à de très nombreuses personnes âgées en France. Le coût qu'elle représente en est d'autant plus important. Selon les chiffres de l'INSEE²⁹⁸, près de 1,2 million de personnes ont bénéficié de l'Allocation personnalisée d'autonomie en 2012, dont 735 000 à domicile²⁹⁹. Elles dépasseraient le million et demi en 2025. 8 % des personnes de plus de 60 ans bénéficient d'ores et déjà de cette aide, pour un coût dépassant les 5 millions d'euro³⁰⁰. Malgré sa répandue, le succès de cette mesure n'est que relatif. « *En l'état actuel cette*

²⁹⁷ P. BERTHET, « Vieillesse de la population : le point sur la réforme – l'Allocation personnalisée d'autonomie après la loi d'adaptation au vieillissement... un verre à moitié vide », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2016, p. 100.

²⁹⁸ D. ROY, C. MARBOT, « L'Allocation personnalisée d'autonomie à l'horizon 2040 », division Redistribution et politiques sociale, INSEE Analyses, n° 11, 2013.

²⁹⁹ 483 000 en établissement. CNSA, « 2013, les chiffres clés de l'autonomie », in M. PINVILLE, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement, Assemblée Nationale, 17 juillet 2014, n° 2155, p. 39-50.

³⁰⁰ D. ROY, C. MARBOT, *Op. cit.* : « Selon le scénario central de projections réalisées par la DREES en 2011, il y aurait 1,5 million de bénéficiaires de l'allocation personnalisée d'autonomie (APA) en 2025, et 2 millions en

prestation ne permet plus d'apporter une réponse à la hauteur des besoins constatés, alors même que le nombre de bénéficiaires ne cesse et ne cessera d'augmenter dans les années à venir »³⁰¹. Le montant de l'aide est pointé du doigt. Les personnes bénéficiant du maximum pourvu³⁰² ont besoin de deux passages par jour à domicile — pour les repas ou la toilette. Ces services journaliers représentent un coût d'environ 1 300 € par mois.

89. Le financement de l'Allocation personnalisée d'autonomie pourrait devenir une véritable problématique³⁰³, d'autant plus qu'en vertu de l'article L. 232-12 du Code de l'action sociale et des familles : « *Ces sommes servies au titre de l'allocation personnalisée d'autonomie ne font pas l'objet d'un recouvrement sur la succession du bénéficiaire, sur le légataire, sur le donataire ou sur le bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie* »³⁰⁴. Fort heureusement pour les bénéficiaires et leurs familles, aucune modification de statut ne fut opérée³⁰⁵. Par ailleurs, la loi d'adaptation de la société au vieillissement, non contente de conforter la qualité non-récupérable de l'Allocation personnalisée d'autonomie, l'a au contraire précisée³⁰⁶. On ne peut que se réjouir de la stabilité de régime. Une modification du critère de non-récupérabilité aurait eu un effet désastreux³⁰⁷. Cela étant, l'enjeu du financement reste entier. « *Le bon calibrage de l'Allocation personnalisée d'autonomie constitue [...] un des premiers leviers d'adaptation à la transition démographique en cours, des politiques d'aide sociale à destination des personnes âgées* »³⁰⁸.

2040, contre 1,2 million début 2012 ». V. également < <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2522054> > [en ligne] [consulté le 25 mai 2018].

³⁰¹ P. BERTHET, *Op. cit.*, loc. cit.

³⁰² Une personne classée GIR 1 dans la grille AGGIR.

³⁰³ cf. P. ARTU, « Vieillesse et déficit budgétaire de l'État », *Retraite et société*, La Documentation française, 2006/1, n° 47, p. 35-63.

³⁰⁴ Art. L. 232-19 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – art. 83, préc.

³⁰⁵ L'Aide personnalisée ne fait donc pas partie des aides récupérables : L'argent versé au bénéficiaire n'a pas à être remboursé ni de son vivant, ni lors de son décès. En 2010, à l'occasion de la réflexion engagée par le législateur, la qualité non-récupérable de l'aide a été remise en question.

³⁰⁶ L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 préc. – art. 83 II : « À la fin de l'article L. 232-19 du même code, [Code de l'action sociale et des familles] les mots : "ou sur le donataire" sont remplacés par les mots : "sur le donataire ou sur le bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie" ».

³⁰⁷ La nature récupérable d'une aide sociale, implique pour ses bénéficiaires de gager leur patrimoine, et de les placer dans une attitude contraire à la volonté naturelle de transmission. Dans un autre angle d'approche, lorsque le désir de faire suivre le fruit de sa vie à ses enfants et petits-enfants par exemple, peut amener des personnes dans le besoin à refuser l'attribution d'une allocation quelconque.

³⁰⁸ M. PINVILLE, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement, *Op. cit.*, p. 41.

ii. *Le montant de l'aide et la personnalité aidée*

90. Le montant de l'Allocation personnalisée d'autonomie se trouve limité, pour une raison de soutenabilité financière. Il peut arriver que les besoins évalués par l'équipe d'attribution dépassent le montant maximal attribuable. Ainsi « *les bénéficiaires ont probablement besoin de plus d'aide qu'il ne peut leur être accordé et le plan ne couvre pas leurs besoins* »³⁰⁹. D'ailleurs, si l'Allocation personnalisée d'autonomie n'est pas basée sur le montant des revenus des bénéficiaires, elle n'y est pas totalement étrangère. Lorsqu'une personne dispose de revenus suffisamment élevés, un mécanisme de "reste à charge" se déclenche. Le montant de l'aide perçue diminue et entraîne des disparités de traitements.

91. Sur un autre plan, si l'aide peut être directement fournie en nature via des organismes prestataires ou mandataires, elle peut également « *être encaissée en espèces pour rémunérer des proches (mais pas le conjoint) qui effectuent des tâches définies par le plan d'aide selon des ententes de gré-à-gré* »³¹⁰. La distinction effectuée entre le conjoint et les proches aidants était grandement contestable. Le lien matrimonial justifiait le fait que le conjoint ne soit pas rémunéré pour le soutien apporté à sa moitié dépendante, là où un frère ou une sœur le pouvait. On comprend le besoin de cohérence entre les effets de l'Allocation personnalisée d'autonomie et le respect du devoir d'assistance entre époux porté par l'article 212 du Code civil³¹¹. Pourtant, l'Allocation personnalisée d'autonomie fait l'objet d'une attribution individualisée. Elle n'est pas octroyée à un ménage mais à individuellement. Dans l'hypothèse où l'un des conjoints seulement bénéficie de l'Allocation personnalisée d'autonomie, l'autre n'en reste pas moins totalement engagé dans le soutien de son conjoint dépendant. Il aura fallu attendre la loi d'adaptation de la société au vieillissement, pour que de nouvelles notions entrent en ligne de compte.

³⁰⁹ D'ailleurs les sommes accordées sont parfois dépassées par les besoins réels de bénéficiaires. M. PINVILLE, *Op. cit.*, *loc. cit.* : « *Le financement de l'Allocation personnalisée d'autonomie trouve ses limites dans les cas où le plan d'aide est égal à son plafond : le besoin d'aide évalué par l'équipe médico-sociale peut alors dépasser le montant maximal pris en charge. C'est ce qu'indique le "taux de saturation" qui est de 20% en moyenne en 2001 : il s'accroît logiquement avec le taux de dépendance et atteint 42% dans les cas de dépendance les plus élevés (GIRI)...* ».

³¹⁰ R. HEBERT, *Op. cit.*, p. 74.

³¹¹ Art. 212 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-399 du 4 avril 2006 *renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs (I)*, publiée au JORF n° 81 du 5 avril 2006, p. 5097, texte n° 1.

iii. La grille AGGIR et ses usages

92. La grille AGGIR permet de déterminer l'admissibilité à l'Allocation personnalisée d'autonomie n'est pas exemptes de lacunes³¹². Le critère de dépendance physique est de loin préférable à celui du niveau de revenu, choisi pour conditionner l'éligibilité à de nombreuses prestations. Les indicateurs cliniques utilisés pour répartir les candidats à l'Allocation personnalisée d'autonomie selon six niveaux de dépendance doivent faire l'objet d'une étude pluridisciplinaire pour être efficaces³¹³. À l'usage, ils s'avèrent trop grossiers et conduisent à classer artificiellement les personnes en catégories se voulant homogènes — mais ne l'étant pas.

93. L'Allocation personnalisée d'autonomie bénéficie à des profils éclectiques. « La moitié des bénéficiaires ont plus de 85 ans. Mais 17 % se situent dans la tranche d'âge inférieure, autour de 75 ans. 70 % des nouveaux bénéficiaires sont des femmes et perçoivent l'Allocation personnalisée d'autonomie en moyenne entre douze et vingt-deux mois de plus que les hommes à niveau de dépendance égal »³¹⁴. Certains spécialistes envient d'autres système de mesures, tel que celui proposé par l'Organisation Mondiale de la Santé³¹⁵. Le rôle particulier des agents des CLIC est à relever. Ils sont spécifiquement chargés de signaler toute situation anormale, et peuvent alors saisir directement le procureur de la République, lorsqu'une personne semble manifestement ne plus pouvoir rester à son domicile. Si ce rôle de dénonciation peut être essentiel pour les personnes isolées, il n'en demeure pas moins qu'il peut aller à l'encontre de la volonté des personnes concernées.

³¹² R. HEBERT, *Op. cit.*, p. 75-77.

³¹³ V. à ce propos A. COLVEZ, Rapport du comité scientifique pour l'évaluation de l'autonomie, Paris, Ministère de la Santé, de la Famille et des Personnes handicapées, 2003, p. 8-9.

³¹⁴ C. DEBOUT « La durée de perception de l'Allocation personnalisée d'autonomie : 4 ans en moyenne. Premiers résultats des données individuelles APA 2006-2007 », DREES, Études et résultats, n° 724, 2010

³¹⁵ R. HEBERT *et al.*, « Le système de mesure de l'autonomie fonctionnelle (SMAF) », *La Revue de gériatrie*, n° 28(4), 2003, p. 323-334 : « Dans ce domaine, d'autres outils plus valides et performants existent et pourraient améliorer sensiblement le processus d'évaluation et d'attribution de l'Allocation personnalisée à l'autonomie. Mentionnons notamment le Système de mesure de l'autonomie fonctionnelle (SMAF), basé sur la Classification internationale des déficiences, incapacités et handicaps de l'OMS, qui évalue 35 fonctions incluant les activités de la vie quotidienne (7 items), la mobilité (6 items), les fonctions mentales (5 items), les fonctions de communication (3 items), les tâches domestiques (8 items) et le fonctionnement social (6 items) ».

II. LA PROTECTION DE LA SANTÉ DE LA PERSONNE ÂGÉE

94. Le vieillissement est un phénomène extrêmement complexe, au sein duquel le patrimoine génétique n'est pas seul décideur. « *Le vieillissement/sénescence est la résultante des effets intriqués de facteurs génétiques (vieillissement intrinsèque), de facteurs environnementaux auxquels est soumis l'organisme tout au long de sa vie, et des modes de vie et des comportements de l'individu* »³¹⁶. Une subtilité nécessaire, sous réserve qu'elle n'aboutisse pas à nier totalement le lien naturel existant entre l'âge et la survenance de maladies.

La politique santé a opté pour une orientation³¹⁷ en faveur de la vieillesse (A). Une vision large et complète de la notion de santé, puisque la politique de protection contemporaine est résolument transversale et prend en compte des facteurs importants mais jusqu'ici délaissés. La dépendance devient un élément central de la politique santé (B).

A. L'ORIENTATION PRO-VIEILLESSE DE LA POLITIQUE SANTÉ

95. En vertu de la concordance de certaines normes sociales établies — âge de la retraite, cartes seniors, projections sociales et autres —, les personnes âgées seraient celles qui ont dépassé la limite d'âge artificiellement fixée à 60 ans. Si ce seuil a pu être valable un temps, il ne l'est plus aujourd'hui. Les modifications de l'âge de la retraite, l'amélioration de l'image, du dynamisme, et de la santé des personnes âgées, ont conduit au recul du seuil de la vieillesse. À ces facteurs extérieurs s'ajoutent les progrès médicaux et scientifiques, qui permettent aux personnes âgées de conserver un niveau de santé qui contribue également à les assimiler aux personnes plus jeunes.

Les problèmes liés à la vieillesse ne touchent plus qu'une partie toujours plus réduite des personnes âgées³¹⁸ (2). C'est cette population qui tend à être appréhendée spécifiquement par les politiques sociales de du vieillissement et de la santé (1).

³¹⁶ A. BERARD, « L'évolution de la politique de santé face à l'enjeu du vieillissement de la population », *Vie sociale*, ERES, 2016/3, n° 15, p. 132.

³¹⁷ V. à ce propos : I. BELASSENE, *La personne âgée : quel usager du système de retraite ?* Thèse de Doctorat de Droit, Université d'Aix-Marseille 3, 2010.

³¹⁸ Comité éditorial, « Politique(s) et vieillissement », *Politix*, *Op. cit.*, *loc. cit.*

1. L'action médico-sociale et son impact sur le soin de la personne âgée

96. Originellement³¹⁹ construite en réaction aux épisodes épidémiques³²⁰, la politique santé s'est progressivement étendue et renforcée. Intimement liée à la lutte contre les inégalités sociales, elle couvre aujourd'hui l'ensemble de la vie, et apporte un soin particulier aux étapes sensibles et décisives³²¹. La vieillesse est l'une d'entre elles (a). Son appréhension se fait aujourd'hui sous couvert d'objectifs qualitatifs (b) — par le prisme du « Bien vieillir ».

a. La vieillesse comme objectif de la politique santé

97. Le recours aux soins est marqué par une forte temporalité³²². La santé d'un individu nécessite des soins variables tout au long de son existence. De ce fait, la dépense liée à la santé se module selon le même schéma. « Très élevée les premiers mois suivant la naissance, la dépense baisse pour augmenter ensuite lentement jusqu'à 50 ans. À partir de cet âge, la courbe devient fortement croissante : en 2000, les dépenses de santé d'un individu de 70 ans représentaient en moyenne 1,3 fois celles d'un individu de 50 »³²³. L'enjeu est tel, qu'il appelle rapidement à une appréhension internationale. En 2002, l'assemblée mondiale sur le vieillissement a permis de consacrer cette volonté³²⁴. La doctrine a pu féliciter un véritable consensus³²⁵ autour de la dimension sociale du vieillissement. Les effets de l'âge sur l'état de santé, ont fait l'objet de nombreuses études

³¹⁹ G. CASELLI *et al.*, *Démographie. Analyse et synthèse VII, histoire des idées et politiques de population*, Ed. INED, coll. Manuels, 2006, p. 303.

³²⁰ À partir du XVI^{ème} siècle, les épidémies de peste puis de choléra — notamment au printemps 1832 —, conféreront une ampleur nouvelle à la politique santé. Des mesures sanitaires globales seront successivement mises en place pour lutter contre les épidémies de peste dès le XVI^e siècle. Dans ce cadre, les interventions sont de différentes natures. V. à ce propos : J.-N. BIRABEN, *Les hommes et la peste en France et dans les pays européens et méditerranéens*, Paris, Thèse de Doctorat de Lettres, 1975. in : *Annales de démographie historique*, 1976, p. 479. Dès la fin du XIX^{ème} siècle, elle connaîtra un tournant crucial. Depuis lors, l'évolution démographique est prise en compte. La politique santé fait désormais l'objet d'une attention particulière et étrangère à la politique sociale. Ce sera le cas jusqu'aux années 1950, qui réuniront leurs objectifs pour lutter contre les inégalités sociales. Cette tendance est d'ailleurs toujours d'actualité. Cf. A. BERARD, « L'évolution de la politique de santé face à l'enjeu du vieillissement de la population », *Vie sociale*, ERES, 2016/3, n° 15, p. 131-147.

³²¹ R. MASSÉ, « Les sciences sociales au défi de la santé publique » *Sciences sociales et santé*, John Libbey Eurotext, 2007/1, Vol. 25, p. 5.

³²² J. BOURDIEU, L. KESZTENBAUM, *Op. cit.*, p. 221-252.

³²³ M. TENAND, « Vieillissement démographique : la fausse des dépenses de santé est-elle inexorable ? », *Informations sociales*, CNAF, 2014/3, n° 183, p. 74-82.

³²⁴ Nations Unies, *Deuxième assemblée mondiale sur le vieillissement, une société pour tous les âges*, Madrid, Espagne, 8-12 avril 2002 in « Déclaration politique et Plan d'action international de Madrid sur le vieillissement, 2002 », *Revue internationale des sciences sociales*, ERES, 2006/4, n° 190, p. 683-719.

³²⁵ S. ZELENEV, « Vers une société pour tous les âges : saurons-nous relever le défi ou allons-nous manquer le coche ? », *Revue internationale des sciences sociales*, ERES, 2006, p. 649 s.

scientifiques³²⁶, qui ont notamment abouti à une définition de la “fragilité”, en tant que conséquence du vieillissement sur l’état général de santé d’un individu. La France a opté pour une vision encore plus large que celle admise au niveau international, et a déployé un véritable programme de prévention orienté pour protéger les personnes âgées fragiles. L’enjeu de la fragilité devient un problème public, intéressant la politique de santé.

98. Si la vieillesse ne doit pas être assimilée à un état de santé précaire, il n’en demeure pas moins qu’elle porte son lot d’enjeux sanitaires et médicaux. Elle est l’occasion d’une démultiplication des risques de développer une pathologie chronique, ou des polypathologies. En dépit de la présence de nombreux dispositifs sanitaires et sociaux, la politique santé souffre d’un défaut de pensée globale. Le maître mot de coordination, semble relever davantage du mythe que de la réalité : À la fois *credo* des politiques publiques, vœux des professionnels de la santé, “leurre et panacée”³²⁷. Les mécanismes mis en place dans « *la plupart des pays européens, dont la France, répondent mal à ces besoins complexes du fait du cloisonnement à des degrés divers des secteurs sanitaires et sociaux* »³²⁸ — explique Monsieur Joël ANKRI, chef de service du Centre de Gériatrie des Hôpitaux Universitaires de Paris. Face à une complexité sectorielle croissante³²⁹, la nécessité d’une action globale gériatrique se fait plus pressante. « *Le système de soins ne sera pleinement efficace pour les personnes âgées qu’en resserrant les liens entre le domicile, la maison de retraite et l’hôpital* »³³⁰. En la matière, le décret du 17 avril 2008³³¹ a posé les jalons de la prise en charge spécialisée de la personne âgée polypathologique, dépendante ou à risque de dépendance, en insérant les articles D. 6124-177-49 à D. 6124-177-54,³³² au Code de la santé publique. Cet ensemble impose notamment que les responsables coordinateurs soient titulaire d’une

³²⁶ La notion de fragilité s’est popularisée grâce aux travaux des gériatres qui ont cherché à « *qualifier un syndrome physiologique d’affaiblissement des personnes âgées* » dans les années 1990.

H. BERTILLOT, M.-A. BLOCH, « Quand la “fragilité” des personnes âgées devient un motif d’action publique », *Revue française des affaires sociales*, La Documentation française, 2016/4, n° 8, p. 109.

³²⁷ J.-J. AMYOT, « Les tribulations de la coordination gériatrique : des stratégies aux usagers », *Vie sociale*, ERES édition, 2010/1, n° 1, p. 25.

³²⁸ J. ANKRI, « De la coordination à l’intégration. Petite histoire d’une recherche permanente de défragmentation du système d’aide et de soin aux personnes âgées », *ADSP*, Politique de l’âge et santé, 2013, n° 85, p. 36.

³²⁹ J.-J. AMYOT, *Op. cit.*, p. 27.

³³⁰ Ph. BAS, « Les personnes âgées en situation de dépendance », *ADSP*, éditorial, 2006, n° 56, p. 1.

³³¹ V. D. n° 2008-376 du 17 avril 2008, relatif aux conditions techniques de fonctionnement applicables à l’activité de soins de suite et de réadaptation, publiée au JORF n° 0094, 20 avril 2008, p. 6606, texte n° 9.

³³² CSP, Partie réglementaire, Sixième partie : Établissements et services de santé, Livre Ier : Établissements de santé, Titre II : Équipement sanitaire, Chapitre IV : Conditions techniques de fonctionnement, Section 1 : Activités de soins, Sous-section 14 : Soins de suite et de réadaptation.

spécialité en gériatrie, ou que l'équipe de soin comprenne diverses compétences : Masseuse-kinésithérapeute, ergothérapeute, diététicien et psychologue.

b. La qualité de vieillissement comme objectif de la politique santé

99. Dans le cadre de la promotion de la santé des personnes âgées, la notion du “bien-vieillir” a reçu un franc succès, et s’est rapidement imposée tant dans le vocabulaire gérontologique que populaire. L’insertion de cette notion de bon vieillissement témoigne de l’évolution de l’intérêt sociétal porté à la vieillesse. En faisant référence à une qualité de vieillissement, la norme dépasse la simple appréhension de la vieillesse pour se frotter à une objectivisation d’un phénomène biologique. La notion de bien vieillir fut consacrée par le *Plan national “Bien vieillir”*³³³ à partir de 2003³³⁴. Elle fait suite à l’idée de vieillissement réussi, développée à la fin des années 1980, et offre une conception à la fois plus restreinte et plus large de la notion de santé : La santé au sens médical du terme est entourée de desseins satellites, — le lien social, la lutte contre l’isolement etc... —, qui participent à la construction d’une vision plus moderne de la santé.

Avec l’objectif principal du Plan national “bien vieillir”, la politique sociale de la vieillesse s’adapte, et tire enfin les conséquences de l’allongement de la durée de vie³³⁵. La santé ne se réduit plus à son aspect biologique et physique. Elle revêt un sens plus large et complexe, prenant en compte toutes les facettes de la vie de la personne âgée. Le Plan national “Bien vieillir” reflète cet état d’esprit en visant le public des personnes de 50 à 70 ans. L’entretien permanent du capital intellectuel, physique, social et psychique de la personne, la prévention contre les maladies survenant avec l’âge ou encore les troubles pouvant entraîner une incapacité sont préconisés — la lutte contre l’isolement³³⁶ est mise en avant. Les mesures sont réparties selon neuf axes, parmi lesquels on trouve la promotion de la santé sous toutes ses formes, mais également de la solidarité entre génération et du lien intergénérationnel³³⁷. Le passage de la vie active à la retraite, fait l’objet d’une surveillance particulière. Des bilans informatifs³³⁸ et des consultations médicales sont

³³³ Le plan national Bien vieillir dans “*Healthy Ageing*” lancé par l’Union Européenne en 2004

³³⁴ Programme mis en place en réaction à la canicule de 2003.

³³⁵ < <http://www.hcsp.fr/explore.cgi/avisrapportsdomaine?clefr=246> > [en ligne] [consulté le 13 février 2017] : Haut conseil de la santé publique, Évaluation du Plan national Bien vieillir 2007-2009.

³³⁶ Ministère de la Santé et des Solidarités, Ministère délégués à la Sécurité Sociale, aux Personnes âgées et aux Personnes handicapées et à la Famille, Ministère de la Jeunesse des sports et de la Vie associative, Plan national « bien vieillir », 2007-2009. V. à ce propos : M. DION, « L’isolement et la solitude des personnes âgées au prisme du regard démographique », *Gérontologie et société*, CNAV, 2016/1, vol. 38, n° 149, p. 55-66.

³³⁷ S. ALVAREZ, *Op. cit.*, p. 111-112.

³³⁸ J.-P. AQUINO, « Le plan national “Bien vieillir” », *Retraite et société*, La Doc. Française, 2007/3, n° 52, p. 153 : « Un “Passport pour une retraite active” a vu le jour. Chaque personne qui part à la retraite ou qui en

proposés à l'occasion de la cessation d'activité. Le ton donné est visiblement celui de la responsabilisation de l'individu à propos de sa santé³³⁹. « *Le plan utilise à l'inverse la rhétorique de la responsabilisation individuelle, avec des expressions comme “comportements favorables à la santé”, “comportements favorables à un vieillissement réussi”, “modes de vie”, qui structurent le propos du plan national du bien vieillir* »³⁴⁰.

100. Le concept de “bon” vieillissement, s'il est éminemment positif, s'avère contraignant. Assorti d'un contrôle efficient, le Plan national du “Bien vieillir” a érigé sa notion vedette au rang des normes sociales. Par-là, il prend part à un certain contrôle social. La structuration des différentes mesures et les travaux pluridisciplinaires d'application n'ont pas réussi à faire émerger une stratégie globale réelle³⁴¹. La vieillesse est appréhendée selon des critères productivistes qui témoignent dans un sens, de la négation de la vieillesse au niveau sociétal : Comme si une personne âgée dynamique n'était plus vraiment âgée. Dans un tout autre sens, l'intégration de ces critères de qualité du vieillissement trahit une recherche de l'amélioration de la période de vieillissement. La conséquence d'un bon vieillissement devrait participer à maintenir l'individu au centre de la société, et donc de lui apporter une place sociétale plus stable. Certains n'hésitent pas à critiquer le mécanisme. « *Voilà un modèle du genre puisqu'il vient s'insinuer dans les moindres recoins de la vie quotidienne afin de prescrire sur un mode fortement impératif tous les comportements et les règles d'hygiène de vie conformes « à votre âge », selon la formule elliptique* »³⁴². Les personnes âgées sont effectivement assaillies par les conseils de santé, qui leurs parviennent comme de véritables promesses de jouvence³⁴³. L'UNESCO est allé jusqu'à intituler un de ses forums scientifiques “le vieillir jeune”³⁴⁴. Sans dénigrer les bienfaits du vieillissement actif, il est nécessaire de soulever le déni

fait la demande reçoit un document incitatif afin de faciliter son engagement dans des actions bénévoles. Ce document prévoit des informations générales sur le bénévolat, sur les bénéfices d'un recours à une alimentation saine et diversifiée, sur la nécessité de se maintenir en bonne santé physique dans une optique de prévention ».

³³⁹ S. ALVAREZ, *Op. cit.*, p. 118 : « *Le plan national du bien vieillir utilise en effet la rhétorique de la responsabilisation individuelle, au centre de la prévention en santé publique. Les expressions “comportements favorables à la santé”, “comportements favorables à un vieillissement réussi”, “modes de vie” ou encore “styles de vie” structurent le propos du plan national du bien vieillir* » ; « *Le plan national du bien vieillir apparaît comme la traduction dans le champ de la gérontologie de la montée en puissance d'un discours qui fait de la prévention une affaire de santé publique et de responsabilité individuelle* ».

³⁴⁰ S. ALVAREZ, *Op. cit.*, p. 44-45.

³⁴¹ Le Haut Conseil de la santé publique a rendu son rapport d'évaluation du Plan national Bien vieillir en mars 2011.

³⁴² J.-J. AYMOT, « Vieillesse, contrôle social et idéologie sécuritaire. Entre autonomie et dépendance », *Vie sociale*, éditions ERES, 2012/I, n° 1., p. 128.

³⁴³ À titre illustratif, on trouve parmi les fascicules destinés aux retraités les conseils suivants (liste non exhaustive) : surveiller son poids, boire de l'eau même sans avoir soif, pratiquer une activité physique, faire ses tâches ménagères soi-même, stimuler sa mémoire, manger sain et équilibrer, manger même sans appétit, se lever et se coucher à heure fixe, lire tous les jours, ne pas fumer, réduire la caféine etc...

³⁴⁴ L'UNESCO, 5^{ème} journée scientifique, 16 septembre 2008.

absolu des particularités de la vieillesse³⁴⁵ induit par de telles formules. Si le ralentissement de l'activité est un élément naturel, qui n'est en aucun cas à combattre ou à reprocher. Les appréhensions juridiques ou sociales de la vieillesse, ne devraient pas participer à un phénomène pareil. L'attitude générale est celle d'une véritable course contre le temps. L'élan social est résolument à contrecourant du déroulement naturel de l'existence. Pire encore, la promotion du bien vieillir a pu apparaître autoritaire et culpabilisante — ce qui conduira le Psychosociologue Jean-Jacques AMYOT à parler du “diktat du bien vieillir”³⁴⁶ ou récemment Monsieur Michel BILLÉ et Monsieur Didier MARTZ à publier un ouvrage intitulé *La tyrannie du “Bien vieillir”*³⁴⁷.

101. La doctrine spécialisée a rapidement fait le point sur l'efficacité réelle : « *Le Plan national du “Bien vieillir” n'a pas de structure problématique et ne fait qu'agréer des idées et des moyens existants, sans mettre de véritables moyens à hauteur des enjeux de la prévention* »³⁴⁸. Avec le recul, les programmes de promotion du bien vieillir qui ont connu le plus de succès en termes d'efficacité, sont ceux visant à motiver les personnes âgées à entretenir des liens sociaux, améliorer leur mode de vie et préserver leur capacité décisionnelle³⁴⁹. L'action sociale est à présent tournée vers la promotion d'une santé individualisée et autonome. On préfère inciter plutôt qu'assister. La logique semble positive et on l'espère efficiente. Pourtant, l'absence de stratégie globale limite l'ampleur du plan social. Il y a une multitude de petites actions, alors qu'il serait vivement souhaitable que le concept soit théorisé et organisé, pour plus de clarté pour les personnes concernées. La systématisation des actions est souhaitable afin de rendre le plan national du “Bien vieillir” plus lisible auprès des personnes âgées, et non pas de leurs intermédiaires sociaux.

102. Le “bien vieillir” crée une dynamique résolument contraire au phénomène biologique du vieillissement. Si celle-ci est présentée par les politiques publiques sous un angle positif, elle demeure en inadéquation avec le processus naturel. L'écart existant entre ces deux entités donne naissance à une situation particulière. À vouloir surprotéger, les conseils médicaux en tout genre

³⁴⁵ J.-J. AMYOT, *Op. cit.*, p. 129 : « *Le professeur FORETTE nous a appris [...] que l'optimisme est un allié de la longévité, réduisant de 23 % les risques d'accidents cardio-vasculaires. L'optimisme démontré au pour cent près, quelle aubaine ! On voit combien le contrôle social s'insinue partout, utilise tous les agents susceptibles de le servir et s'évertue à couvrir un large champ de comportements et de situations* ».

³⁴⁶ J.-J. AMYOT, *Innommable et innombrable. De la vieillesse considérée comme une épidémie*, Ed. Dunod, Coll. Santé Sociale, 2014, p. 159-170 – Le diktat du bien-vieillir : du slogan aux programmes ; V. également à ce propos : J.-J. AMYOT, « Vieillesse, contrôle social et idéologie sécuritaire. Entre autonomie et dépendance », *Vie sociale*, ERES, 2012/1, n° 1 p. 125-143.

³⁴⁷ M. BILLÉ, D. MARTZ, *La tyrannie du “Bien vieillir”. Vieillir et rester jeune*. Ed. ÉRÈS, Coll. L'âge et la vie. Prendre soin des personnes âgées... et des autres, 2018.

³⁴⁸ S. ALVAREZ, *Op. cit.*, p. 45-46.

³⁴⁹ L. BARTHELEMY, J. BODARD, J. FEROLDI (dir.), *Dossier santé en action, Actions collectives “bien vieillir” : repères théoriques, méthodologiques et pratiques*, INPES, 2014, p. 26.

participent à la tendance néfaste de déresponsabilisation et d'infantilisation de la vieillesse. Celle-ci fait l'objet d'une appréhension alternative. La vieillesse est niée ou prise en charge. Durant la phase de négation, la personne âgée se trouve entraînée dans une course au non-vieillir. Elle est la cible de politiques publiques qui prônent l'activité. De ce fait, la personne âgée présentant des problèmes de santé voit sa place sociétale migrer, et sa volonté être progressivement déchargée de son autorité, au profit des mécanismes de prise en charge.

103. La vieillesse est appréhendée par les politiques publiques de deux manières distinctes. Il existe une phase de prévention, dans laquelle les effets de l'âge sont dénoncés. La population est enjointe à rester dynamique. Lorsque la négation de la vieillesse n'est plus possible, alors la politique santé prend une intensité nouvelle. Les défaillances individuelles sont prises en charges. Il est avéré que l'avancée en âge emporte des effets sur la fréquence et la nature des pathologies qui affectent un individu. La présence de polypathologies parmi les personnes âgées est significative. C'est dans cette nature tout à fait terre à terre, que le système de santé français trouve ses limites. La structure du système de soin en France n'est pas suffisamment adaptée aux particularités de la vieillesse. Or, puisque le vieillissement démographique se fait toujours plus présent, l'enjeu du soin durant la vieillesse se fait également plus pressant. Face à de multiples affections, le médecin généraliste se trouve rapidement dépassé et le patient écrasé sous les protocoles de soins. Solliciter chaque spécialiste devient rapidement un véritable parcours du combattant, et participe à orienter la vie du patient autour de son seul état de santé. Le dialogue entre les professionnels de santé devient un enjeu capital. Sa forme actuelle ne saurait suffire. La filière gériatrique doit absolument s'étendre et se généraliser. C'est bien « *l'ensemble du système hospitalier, et pas seulement les unités de gériatrie, qui doit s'imprégner d'un savoir-faire et d'une culture gérontologiques* »³⁵⁰.

Malgré le fait que le temps passé en hospitalisation des personnes âgées reste fort heureusement marginal en France, il n'en demeure pas moins que ces périodes pourraient être sujettes à améliorations. Les personnes âgées sont particulièrement sensibles aux effets du stress et du changement d'environnement. Sur ce fondement, diverses actions peuvent être envisagées. Les temps d'attente en soin de jour devraient être réduits considérablement, notamment lorsque le patient doit subir des examens à jeun. La sortie de l'hôpital doit également donner lieu à un soin

³⁵⁰ M. BERTHEL, M.-C. PETER-BOSQUILLON, *Op. cit.*, p. 21 : « *La filière gériatrique est ou devrait être que tout malade âgé gériatrique, quels que soient les lieux de prise en charge à l'hôpital, puisse être pris en compte dans toutes ses dimensions médico-psycho-sociales. Il est donc indispensable que des bases de culture gériatrique imprègnent l'ensemble des services* ».

particulier³⁵¹. En cas d'hospitalisation de longue durée, le retour à la vie quotidienne est plus complexe pour les personnes les plus âgées.

2. Les personnes âgées et les sujets sensibles de la politique santé³⁵²

« Si je dois oublier un jour, la vie effaçant toute chose,
Je veux dans mon cœur qu'un souvenir repose... ».

J. ANOUILH³⁵³

104. L'âge avancé favorise l'apparition de pathologies complexes³⁵⁴, ne permettant que rarement la guérison. Certaines de ces affections entraînent un trouble important de la capacité à s'exprimer de façon cohérente. C'est particulièrement le cas de la maladie d'ALZHEIMER ainsi que des maladies apparentées (a). Toute prise de décision devient alors un défi considérable. Le Droit devient alors un véritable relai salvateur aux frontières de l'être (b).

a. La maladie d'ALZHEIMER et des maladies apparentées

105. La maladie d'ALZHEIMER³⁵⁵, est « une affection du cerveau dite “neurodégénérative”, c'est-à-dire qu'elle entraîne une disparition progressive des neurones »³⁵⁶. Les parties touchées sont principalement celles du langage, de la mémoire et du raisonnement. En conséquence, l'altération de ces cellules — la mort neuronale —, entraîne peu à peu une baisse des facultés cognitives de la personne atteinte. La pensée et le raisonnement s'altèrent, la capacité de l'esprit se perd, et le dialogue se délie pour se détacher du temps présent. Tout cela se fait petit à petit, sans

³⁵¹ En ce sens, la L. n° 2005-1579 du 19 décembre 2005, de financement de la sécurité sociale pour 2006, publiée au JORF n° 295 du 20 décembre 2005, p. 19531, texte n° 1, a permis le regroupement de certaines unités médicales.

³⁵² La santé durant la vieillesse est également gérée par la famille, et le couple. V. à ce propos : G. ARBUZ, *Accompagner les expériences de vieillissement. Quel dispositif, quelles démarches privilégier ?* Thèse de Doctorat de Sociologie, Université du Havre, 2013, notamment p. 215-236.

³⁵³ Extrait de : *Les chemins de l'amour*, écrit par J. ANOUILH pour la pièce *Léocadia*, mis en musique par Francis POULENC, 1940.

³⁵⁴ V. à ce propos : M. Le GOUES, *Le consentement du patient en droit de la santé*, Thèse de Doctorat de Droit, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2015, notamment p. 32.

³⁵⁵ Du nom du psychiatre et neuro-pathologiste Alois ALZHEIMER, qui a découvert cette maladie en 1907.

³⁵⁶ < <http://www.franceALZHEIMER.org/la-maladie-d-ALZHEIMER/d%C3%A9finition-de-la-maladie-d-ALZHEIMER/104> > [en ligne] [consulté le 23 février 2017] : « La maladie d'ALZHEIMER résulte d'un processus pathologique spécifique qui entraîne le développement de deux types de lésions au niveau du système nerveux central : les dégénérescences neuro-fibrillaires, il s'agit de l'apparition, au sein des neurones, d'anomalies de la protéine Tau ; les plaques amyloïdes ou “plaques séniles”, il s'agit du dépôt, en dehors des neurones, de la protéine Béta amyloïde. Ces lésions envahissent progressivement les différentes zones du cortex cérébral. Elles sont longtemps silencieuses puis entraînent des manifestations visibles au fur et à mesure qu'elles se multiplient et touchent des zones importantes pour le fonctionnement cérébral ».

suivre de rythme régulier. La maladie peut stagner ou s'aggraver de façon variable. Madame Catherine OLLIVET, administratrice de l'Union France ALZHEIMER connaît bien ce problème, et en soulève la véritable ampleur : « *L'évolution même de la pathologie, traversant des phases d'aggravation et de stabilisation, et les atteintes physiques qui sont associées aux stades évolués, nous interroge sur le concept même de fin de vie* »³⁵⁷. C'est à cause de cette progression lente et aléatoire, qu'il est difficile d'organiser une réaction juridique.

106. La maladie d'ALZHEIMER n'est pas unique en son genre, et les structures d'accueil³⁵⁸ sont confrontées à d'autres affections. On parle de "maladie d'ALZHEIMER et de maladies apparentées" à juste titre. Il existe d'autres pathologies, causant des symptômes similaires. On compte parmi elles les dégénérescences lobaires fronto-temporales, qui « *se caractérisent par la mort progressive des neurones au niveau des lobes frontaux (parties antérieures et latérales du cerveau)* » ; la maladie à corps de LEWY, qui « *se caractérise par une altération du fonctionnement intellectuel, éventuellement accompagné de désordres moteurs* ». Enfin, les démences vasculaires et mixtes, qui présentent la particularité de ne pas être dégénératives³⁵⁹.

Du fait de la nature de ces maladies, leur ampleur est difficile à appréhender. Les personnes ayant la maladie d'ALZHEIMER présentent des signes de démence. Les personnes atteintes de démence n'ont pas forcément la maladie d'ALZHEIMER. L'un implique l'autre, mais la réciproque n'est pas vraie. La distinction entre ces affections est d'autant plus sensible, qu'elle est récente. Il y a quelques décennies, on parlait plus volontiers de "démence sénile" pour désigner l'ensemble de ces pathologies. « *La maladie d'ALZHEIMER regroupe 70% à 80% des causes de démence, soit entre 600 000 et 680 000 malades* »³⁶⁰. Si cette maladie touche pour majeure partie les personnes âgées, elle n'est pas une conséquence normale du vieillissement, comme peuvent l'être la baisse de vision ou la fonte musculaire par exemple³⁶¹. Ce caractère "anormal", — puisqu'il n'est

³⁵⁷ C. OLLIVET, « Accompagner la vie dans le long mourir des malades d'ALZHEIMER », *Jusqu'à la mort accompagner la vie*, Presses universitaires de Grenoble, 2014/2, n° 117, p. 13.

³⁵⁸ < <https://www.cnsa.fr/parcours-de-vie/maia> > [en ligne] [consulté le 16 avril 2018].

³⁵⁹ < <http://www.franceALZHEIMER.org/comprendre-maladie/maladies-apparent%C3%A9es> > [en ligne] [consulté le 3 mars 2017].

³⁶⁰ A. LOBO, *et al.*, « Prevalence of dementia and major subtypes in Europe: a collaborative study of population-based cohorts. Neurologic Diseases in the Elderly Research Group ». *Neurology*, 2000 in O. KUSNIK-JOINVILLE *et al.*, « La maladie d'ALZHEIMER et autres démences diagnostiquées chez les 60 ans et plus : caractéristiques de la population et recours aux soins des assurés du régime général en 2007 », *Pratiques et Organisation des Soins* 2009/2, Vol. 40, p. 81-90 : On estime à « 850 000 le nombre de personnes de plus de 65 ans atteintes de démence en 2004 en France métropolitaine et à 225 000 le nombre de nouveaux cas annuels en 2004 ».

³⁶¹ D'ailleurs, la première patiente diagnostiquée par la Docteur Aloïs ALZHEIMER, Auguste DETER, n'était âgée que de 51 ans lors de son admission à l'Hôpital de Frankfort.

malheureusement pas exceptionnel —, ne réduit pas l'impact de cette maladie sur le quotidien des familles qui doivent y faire face. « *La maladie d'ALZHEIMER et les maladies apparentées, par leurs spécificités, mettent au défi les familles, les soignants et la société tout entière de trouver les réponses humaines et matérielles permettant d'accompagner la vie des malades selon leurs besoins toujours plus importants* »³⁶².

107. Pour organiser la lutte contre la maladie d'ALZHEIMER, le gouvernement français a mis en place un premier Plan ALZHEIMER en 2001³⁶³. Ce plan fut renouvelé en 2004³⁶⁴ puis en 2008³⁶⁵. Au cours de ce troisième Plan, la Haute Autorité de Santé a eu l'occasion d'émettre certaines recommandations³⁶⁶. Le cadre légal d'information du patient, tel que fixé par les articles L. 1111-2, L. 1111-4, L. 1111-6 et L. 1111-7 du Code de la santé publique³⁶⁷, fut rappelé à l'ensemble du corps médical. En vertu de ces règles, le patient doit être tenu informé de son état de santé et des traitements envisageables³⁶⁸. En prévision d'une incapacité à exprimer sa volonté — comme c'est le cas en début de diagnostic de la maladie d'ALZHEIMER par exemple —, le patient désigne une personne de confiance³⁶⁹. Le devoir d'information reste intact, mais peut donc être indirect, lorsque le patient n'est plus en état de l'assimiler³⁷⁰. Il existe néanmoins un certain malaise de la part du corps médical, lorsqu'il s'agit de diagnostiquer et d'annoncer le diagnostic d'une maladie d'ALZHEIMER. Cette difficulté avait déjà été relevée par la députée Cécile GALLEZ dans un rapport auprès de l'office parlementaire d'évaluation des politiques de santé³⁷¹. L'inquiétude est confirmée par la Haute Autorité de Santé en 2009. Il arrive que certains professionnels de la santé n'informent pas leurs patients de leur état. Interrogés à ce sujet, les médecins pointent du doigt

³⁶² C. OLLIVET, *Op. cit.*, *loc. cit.*.

³⁶³ Premier Plan ALZHEIMER, 2001-2005.

³⁶⁴ Soit un an avant l'échéance prévue pour le premier Plan ALZHEIMER. Le deuxième plan ALZHEIMER 2004-2008.

³⁶⁵ Troisième Plan ALZHEIMER, 2008-2012.

³⁶⁶ Haute Autorité de Santé, *Maladie d'ALZHEIMER et maladies apparentées : annonce et accompagnement du diagnostic ; recommandations de bonne pratique*, 2009.

³⁶⁷ Tel que modifiés par la L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016, publiée au JORF n° 0022 du 27 janvier 2016, texte n° 1 – art. 5, 7, 9, 96, 175 et 189.

³⁶⁸ Art. L. 1111-2 CSP, tel que modifié par la L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 – art. 7 et art. 75, *de modernisation de notre système de santé (1)*, publiée au JORF n° 0022 du 27 janvier 2016, texte n° 1.

³⁶⁹ Art. L. 1111-6 Code de la santé publique, tel que modifié par la L. n° 2016-87 – art. 9, *créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie (1)*, publiée au JORF n° 0028 du 3 février 2016, texte n° 1 ; La notion de personne de confiance fut introduite par la loi dite "LEONETTI", n° 2005-370 du 22 avril 2005, *relative aux droits des malades en fin de vie*, publiée au JORF n° 116 du 20 mai 2005, p. 8732, texte n° 11, complétant la loi dite "KOUCHNER" n° 2002-303 du 4 mars 2002, *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, publiée au JORF du 5 mars 2002, p. 4118, texte n° 1, laquelle avait déjà qualifié le patient comme interlocuteur particulier du médecin.

³⁷⁰ Art. L. 1111-4 CSP, tel que modifié par la L. n° 2016-87 du 2 février 2016 préc. – art. 5.

³⁷¹ Assemblée nationale, *Rapport sur la maladie d'ALZHEIMER et les maladies apparentées*, Office parlementaire d'évaluation des politiques de santé, Rapport présenté par C. GALLEZ, 6 juillet 2006, n° 2454.

l'incertitude de certains diagnostics, et l'aspect néfaste de la prise de conscience du patient³⁷². En réalité, le problème dépasse largement la seule annonce du diagnostic.

108. C'est dans l'objectif de lutter contre les pathologies qui touchent un nombre toujours plus important de personnes, que le renouvellement du troisième Plan ALZHEIMER a fait montre de dynamisme, en élargissant son champ d'action pour devenir un Plan Maladies neurodégénératives, en 2014³⁷³. La démarche se fait transversale³⁷⁴ et présente un « *socle commun dans la lutte contre les maladies neurodégénératives, tout en prenant en compte les spécificités de chaque maladie* »³⁷⁵. L'adaptation des professionnels de santé n'est pas laissée pour compte, et ce nouveau Plan entend faire de l'intégration et du respect du malade un enjeu sociétal³⁷⁶. Cela implique notamment de faire connaître le quotidien des personnes atteintes, afin de changer le regard posé par l'ensemble de la société à l'égard de ces fins de vie longues et médicalisées. Le seuil d'intervention juridico-médico-social est un élément particulièrement sensible, et doit être décidé *in concreto*, en fonction de chaque malade, et de l'évolution de son affection³⁷⁷. Déclencher le mécanisme de protection juridique trop tôt peut être perçu comme stigmatisant et contraignant. Le déclencher trop tardivement fait courir des risques inconsidérés à la personne atteinte et à son entourage. Le droit positif offre d'ores et déjà un certain panel de réponses pour organiser la situation des personnes atteintes par la maladie d'ALZHEIMER ou par une maladie apparentée. L'allongement de l'espérance de vie et le vieillissement de la population contribuent à faire de ces pathologies un enjeu sociétal majeur. Face à un risque toujours plus présent, le législateur pourrait prendre le parti du renforcement des mécanismes d'anticipation et d'organisation de l'existence des personnes atteintes par la maladie — par exemple en contribuant à l'élargissement du mécanisme du mandat de protection future³⁷⁸.

³⁷² Haute Autorité de Santé, *Op. cit.*, p. 13-15.

³⁷³ Plan Maladies neurodégénératives, 2014-2019.

³⁷⁴ CNSA, « L'implication de la CNSA dans le plan Maladie neurodégénératives 2014-2019 », n° 12, 2006 < <http://www.cnsa.fr/documentation/memo12-2016-web.pdf> > [en ligne] [consulté le 3 mars 2017] ; La Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie est par exemple concernée par certaines mesures médico-sociales du Plan maladies neurodégénératives « *en particulier la poursuite du déploiement et l'adaptation des dispositifs tels que les pôles d'activités et de soins adaptés (PASA), les unités d'hébergement renforcé (UHR), les dispositifs MAIA, les équipes spécialisées ALZHEIMER (ESA) et les plateformes d'accompagnement et de répit (PFR)* ».

³⁷⁵ < <http://www.gouvernement.fr/action/le-plan-maladies-neuro-degeneratives-2014-2019> > [en ligne] [consulté le 3 mars 2017].

³⁷⁶ Le cinquième enjeu du Plan maladies neurodégénératives est intitulé : *Faciliter la vie avec la maladie au sein d'une société respectueuse, intégrative et volontaire dans son adaptation*.

³⁷⁷ < <http://www.franceALZHEIMER.org/la-maladie-d-ALZHEIMER/l-%C3%A9volution-de-la-maladie/145> > [en ligne] [consulté le 03 mars 2017] : description de la première phase de la maladie.

³⁷⁸ V. ci-après : Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II, §2, I, B, 1. *L'âge et le mécanisme du mandat de protection future*.

b. Le lien de l'âge et l'enjeu de la fin de vie

109. L'enjeu de la fin de vie concerne n'importe quel âge, mais il ne revêt pas la même densité à tout âge. Un taux toujours plus grand de personnes décède à un âge avancé (i), ce qui contribue à faire de la fin de vie une problématique particulièrement sensible en matière de grand âge (ii).

i. L'âge de la mort

110. Le groupe d'étude du vieillissement en Europe dirigé par Thomas BARNAY et Catherine SERMET avait su révéler dans les années 2000 que dans l'Union européenne, près de 8 décès sur 10 survenaient après 65 ans³⁷⁹. En dépit de cette omniprésence de la vieillesse au sein de la problématique de la mort, le législateur ne distingue pas les personnes en fin de vie. L'allongement de la durée de vie est un phénomène dont on ne peut que se réjouir. Il n'en est pas moins exempt d'effets moins positifs. Il s'accompagne notamment d'une hausse de pathologies caractérisées par leur développement lent, leur chronicité, et par leur caractère irréversible. « *Les causes de décès les plus fréquentes après 65 ans sont les maladies de l'appareil circulatoire* »³⁸⁰. Une vie plus longue implique parfois un temps plus important de la période de fin de vie. C'est en outre le cas lorsqu'une personne est atteinte d'une maladie neurodégénérative. Pour le cas précis de l'ALZHEIMER, l'évolution aléatoire de la maladie rend d'autant plus complexe la question « *quand débute la fin de vie ?* » Effectivement, « *il n'existe pas de consensus pour parler de phase terminale, ni d'échelle pronostique fiable pour le pronostic à six mois* »³⁸¹. Au-delà de la seule approche thérapeutique, la question du déclenchement de la protection juridique côtoie celle de la réception du consentement.

III. Alors que les fins de vie soudaines ne laissent que peu de place à l'expression d'une volonté individuelle, il en va différemment pour les morts lentes. La volonté de la personne atteinte d'une maladie dégénérative soulève un grand nombre d'interrogations. Ces pathologies touchent de façon particulière les personnes âgées, ce qui implique ici de s'interroger précisément le sujet de leur consentement. Certains mécanismes permettent au patient d'organiser sa future protection.

³⁷⁹ E. JOUGLA, G. PAVILLON *et al.*, Niveau de mortalité et causes de décès des personnes âgées dans les pays de l'Union européenne, in Th. BARNAY, C. SERMET (dir.) *et al.*, *Le vieillissement en Europe ; aspects biologiques économiques et sociaux*, La Documentation française, Coll. Les études de la Documentation française, Paris, 2007, p. 44.

³⁸⁰ Th. BARNAY, C. SEMERT (dir.) *et al.*, *Op. cit.*, p. 45.

³⁸¹ J. HOURNAU-BLANC, « Maladie d'ALZHEIMER et maladies apparentées – approches de la fin de vie. Espace national de réflexion éthique sur la maladie d'ALZHEIMER, contribution à la mission présidentielle de réflexion sur la fin de vie », *Jusqu'à la mort accompagner la vie*, Presses universitaires de Grenoble, 2014/2, n° 117, p. 93

L'anticipation sur l'évolution de la maladie demeure fondamentale. Cependant, la question de la réception juridique de la volonté exprimée n'obtient qu'une réponse insatisfaisante aujourd'hui. La sensibilité du sujet explique pourquoi le législateur semble campé sur ses positions en matière d'appréhension du consentement en situation d'altération des capacités à exprimer une volonté éclairée. En dépit de cela, le défi que représente l'expression de la volonté pourrait être présenté de façon nouvelle. À ce sujet, les spécialistes s'accordent sur le fait que pendant un certain laps de temps, la personne atteinte par la maladie peut encore exprimer une "volonté résiduelle", et cela malgré la perte du langage. « *Le trouble cognitif n'abolit pas la volonté* »³⁸². Partant de là, le législateur pourrait envisager de consacrer une nouvelle forme d'expression de la volonté, afin de généraliser la recherche du consentement des patients, à chaque stade évolutif de leurs affections.

112. Une réelle prise de conscience est nécessaire. La plupart des adultes actuels prévoient volontiers de ne jamais entrer en institution spécialisée pour y finir leurs jours. Il n'en demeure pas moins que la quasi-totalité des personnes actuellement en EHPAD ou institution équivalente sont les parents de cette même génération qui refuse d'envisager son propre vieillissement. Ce phénomène n'est que l'une des conséquences de la négation contemporaine de la vieillesse. Les personnes ne jouissant pas d'un vieillissement "idéal", sont totalement dépendantes de ces établissements. Or, ces mêmes institutions ont des moyens limités pour prendre soin de ces pensionnaires particuliers³⁸³.

ii. L'effet de l'âge sur la mort

113. La fin de vie pose des problèmes sensiblement équivalents à ceux rencontrés par les médecins lors de l'annonce du diagnostic signalant une maladie neurodégénérative. Dans son rapport au Président de la République³⁸⁴, Monsieur SICARD constate que : « *Les droits des malades sont souvent bafoués, les injonctions législatives étant transformées en items administratifs vidés de leur sens* ». Il ressort de l'étude menée que les personnes malades sont soumises à une alternative déplorable, consistant d'avoir le sentiment d'être un sujet d'expériences médicales, ou bien d'être totalement abandonné par la médecine. Les patients ont ainsi l'impression « *soit d'être soumises à une médecine qui privilégie la performance technique au détriment de l'attention qui devrait leur être portée ; soit d'être purement et simplement abandonnées ; soit, lorsqu'elles sont accompagnées*

³⁸² J. HOURNAU-BLANC, *Op. cit.*, p. 93-94.

³⁸³ J. HOURNAU-BLANC, *Op. cit.*, p. 98-100. V. également : E. QUIGNARD, « Lorsque la vie se termine au grand âge », *Laennec*, 2013/3, tome 61, p. 20.

³⁸⁴ D. SICARD *et al.*, Rapport de la commission de réflexion sur la fin de vie, 18 décembre 2012.

par la médecine, de ne pas avoir d'autre possibilité que de vivre, jusqu'à son terme ultime, leur fin de vie dans un environnement médicalisé de soins palliatifs »³⁸⁵. La mort semble être un sujet tellement tabou qu'il justifie la souffrance ou le "laisser en souffrance" de nombreuses personnes. De trop grandes attentes après la médecine ont conduit à la société de refuser de "laisser partir". Là encore, la prise de conscience se fait attendre. Chaque sentiment décrit témoigne de l'absence de prise en compte du consentement de la personne concernée. Le réflexe de toujours tout tenter pour sauver la vie, associé au recul incessant de l'espérance de vie conduit à faire de la fin de vie, un entre-deux qui n'a rien de réjouissant.

Les progrès techniques et médicaux permettant de "sauver" ou de retarder le terme du décès ont participé à rendre plus insondable l'enjeu lié à la fin de vie. De nouveaux questionnements sont soulevés. La notion d'"acharnement thérapeutique" est largement décrite par les malades, leurs proches et le corps médical.

II.4. Le législateur est intervenu à trois reprises en matière de soins palliatifs, de droits des malades et de la question de la fin de vie, avant que le rapport SICARD révèle de nouvelles défaillances. La loi du 9 juin 1999³⁸⁶ a posé les premiers jalons de l'accès aux soins palliatifs en insérant au Code de la santé publique, un livre préliminaire consacré aux droits de la personne malade, dont le premier article consacrait le droit d'accès à ces soins spéciaux. « *Toute personne malade dont l'état le requiert a le droit d'accéder à des soins palliatifs et à un accompagnement* »³⁸⁷. La définition des soins palliatifs est toujours consacrée à l'article L. 1110-10 du Code de la santé publique³⁸⁸. Par la suite la loi du 4 mars 2002³⁸⁹, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé s'est employée à renforcer le processus décisionnel. Elle prévoit un droit au refus de l'acharnement thérapeutique³⁹⁰. « *Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions*

³⁸⁵ E. QUIGNARD, *Op. cit.*, p. 24.

³⁸⁶ L. n° 99-477 du 9 juin 1999, *visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs (1)*, publiée au JORF n° 132 du 10 juin 1999, p. 8487.

³⁸⁷ Art. L 1^{er} A, tel que contenu dans l'article 1^{er} de la L. n° 99-477 – préc.

³⁸⁸ Art. L. 1110-10, tel que créé par la L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 – art. 9, préc. « *Les soins palliatifs sont des soins actifs et continus pratiqués par une équipe interdisciplinaire en institution ou à domicile. Ils visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage* ». Les termes de la définition restent ceux employés par le législateur de 1999, art. 1^{er} de la L. n° 99-477 – préc.

³⁸⁹ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, – préc.

³⁹⁰ *V. à ce propos : A. CLAEYS, J. LEONETTI, Rapport de présentation et texte de la proposition de loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, 2014, p. 5. *V. également à ce propos : P. VIENNE, J.-Y. LAFFONT, Rapport. Expertise sur les modalités de gestion des directives anticipées de fin de vie, Inspection générale des affaires sociales*, 2015.

concernant sa santé. Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables »³⁹¹. Une certaine frilosité éthique transparaît de cette rédaction originelle de l'article L. 1111-4. Si la décision du patient d'interrompre un traitement est reconnue, l'influence de l'autorité médicale contre ce choix est quant à elle stimulée. Ce positionnement implicite impose au corps médical une véritable obligation de moyen, — consistant à convaincre le patient de consentir aux soins — n'est pas retranscrit dans la formulation actuelle³⁹². Une rédaction plus éthérée et plus respectueuse du choix du patient fut adoptée plus récemment : « Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement. Le suivi du malade reste cependant assuré par le médecin, notamment son accompagnement palliatif »³⁹³. Enfin, la loi du 22 avril 2005³⁹⁴ complètera la gestion légale de la fin de vie de la première décennie du XXI^{ème} siècle. L'article 1^{er} de la loi consacre l'interdiction de l'acharnement thérapeutique, et par-là, l'accès à l'euthanasie passive. En effet, les actes de prévention, d'investigation ou de soins « ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris »³⁹⁵. Le médecin peut être à l'origine de la décision. Il est dans ce cas débiteur d'une obligation d'information due au malade, à la personne de confiance, à la famille ou à un proche³⁹⁶. En matière de prise en charge médicale, le rapport SICARD se dressera également contre l'hyperspécialisation médicale et le défaut de simple accompagnement humain. Ce reproche prend une dimension particulièrement douloureuse pour les personnes âgées qui subissent parfois pendant de longues périodes une diminution des contacts sociaux, et qui font face à une infantilisation néfaste et discriminante de la part de leurs proches et du personnel encadrant.

³⁹¹ Extrait de l'art. L. 1111-4 tel que prévu par l'art. 11 de la L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 – préc.

³⁹² La référence à l'obligation du médecin de tout mettre en œuvre pour faire changer le patient réfractaire d'avis a perduré jusqu'en 2016. La L. n° 2005-370 du 22 avril 2005 – art. 3, *relative aux droits des malades et à la fin de vie (I)*, publiée au JORF n° 95 du 23 avril 2005, p. 7089, texte n° 1, n'avait pas modifié les termes usités. Il faudra attendre la L. n° 2016-87 du 2 février 2016 – art. 8, *créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie (I)*, publiée au JORF n° 0028 du 3 février 2016, texte n° 1, pour que cette obligation disparaisse.

³⁹³ Art. L. 1111-4 al 2 CSP, tel que modifié par la L. n° 2016-87 du 2 février 2016 – préc., – art. 5.

³⁹⁴ L. n° 2005-370 du 22 avril 2005 – préc.

³⁹⁵ Extrait de l'art. 1 de la L. n° 2005-370 du 22 avril 2005 – préc., inséré à l'article L. 1110-5 CSP.

³⁹⁶ Art. 2 de la L. n° 2005-370 du 22 avril 2005 – préc., inséré à l'article L. 1110-5 *in fine* CSP : « Si le médecin constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, qu'en lui appliquant un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d'abrégé sa vie, il doit en informer le malade, sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 1111-2, la personne de confiance visée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un des proches. La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical ».

115. La fin de vie provoquée ou acceptée résonne également de manière particulière à l'égard des personnes âgées. Si elles ne sont pas les seules à être concernées par la fin de vie, les attributs du vieillissement participent à favoriser chez les personnes âgées, le développement de pathologies ou de certaines formes de pathologies qui conduisent au décès. Nombre de ces affections se caractérisent par un développement plus lent que chez un patient jeune. Par conséquent la période de fin de vie dans le sens du laps de temps du développement de la maladie s'allonge. Dans ce cadre la loi du 2 février 2016 présente une réelle avancée³⁹⁷. En vertu de l'article L. 1111-11 du Code de la santé publique, toute personne peut assoir sa volonté dans le cadre de directives anticipées³⁹⁸. Il s'agit d'une décision prévisionnelle pouvant être modifiée ou récusée à tout moment.

B. LE RISQUE DÉPENDANCE COMME VECTEUR D'ORIENTATION DE LA POST-MAJORITÉ SANTÉ

116. Les facteurs environnementaux, tels que l'habitat ou les liens sociaux, sont primordiaux dans le cadre de la protection de la santé et de la lutte contre la dépendance. Le vieillissement de la population appelle un renouveau des interdépendances sociales. Si les progrès de la médecine et l'amélioration de la qualité de vie ont transformé le mythe de la vieillesse en bonne santé en réalité accessible au plus grand nombre, l'avancée en âge reste un vecteur favorable à l'apparition de certaines pathologies.

Le début communément admis de la vieillesse, oscille entre 60 et 65 ans. Les problèmes de santé sont heureusement plus tardifs, et ne concernent dans l'ensemble qu'une part réduite des personnes âgées. « *Les années de vie après la retraite recouvrent au moins trois âges : les 60-75 ans, jeunes retraités, seniors, l'âge de la performance ; les 75-85 ans, autonomes, l'âge des « poly-mini-handicaps » ; enfin les plus de 85 ans, qui abordent les problèmes de dépendance* »³⁹⁹.

La promotion de la santé (1) et la prévention contre la dépendance (2) doivent s'adapter à la progressivité propre au phénomène biologique du vieillissement.

³⁹⁷ L. n° 2016-87 du 2 février 2016 – préc., – art. 8.

³⁹⁸ Art. L. 1111-11 al 1 CSP, tel que modifié par la L. n° 2016-87 du 2 février 2016 – préc., – art. 8.

³⁹⁹ M. BOULMIER, « Habitat, territoires et vieillissement : un nouvel apprentissage », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2011/1, n° 136, p. 29-46.

1. La promotion préventive de la santé

117. La prévention, véritable “parent pauvre” de la politique de santé, pour reprendre les mots du Conseiller d’État Didier TABUTEAU, n’a pendant longtemps « *tenu qu’un rôle de second ordre dans les programmes de santé* »⁴⁰⁰. Pourtant, la notion a trouvé un nouveau souffle sous l’impulsion de l’Organisation Mondiale de la Santé, qui s’est évertuée à définir son champ d’action⁴⁰¹. Parmi les campagnes de préventions en tout genre, certaines sont directement orientées vers les personnes âgées. L’impact de la prévention pour la santé trouve une dimension particulière en matière de dépendance.

118. La santé publique est chargée de placer un curseur distinguant les comportements sains des comportements à risque⁴⁰², et d’organiser la promotion des uns, et la prévention des autres⁴⁰³. Les risques sanitaires du grand âge diffèrent de ceux encourus par le reste de la population. Or, le ratio entre ces deux populations ne cesse de bouger, et le nombre de personnes âgées augmente. Outre les maladies neurodégénératives, les personnes âgées sont largement plus sensibles au développement de plusieurs pathologies — polypathologies — ou de pathologies chroniques⁴⁰⁴. « *Le schéma traditionnel — signes, diagnostic, traitement, guérison — valable chez le sujet jeune, n’est plus pertinent* »⁴⁰⁵. Par conséquent le positionnement des organisations sanitaires doit évoluer et tirer les conséquences de ce bouleversement, en favorisant des pratiques et une prise en charge renouvelées. Originellement axé autour de la mono-pathologie, le système de soin français doit s’adapter aux enjeux du vieillissement démographique. Ici l’objectif sanitaire, n’est pas forcément

⁴⁰⁰ D. TABUTEAU, « Les nouvelles ambitions de la politique de prévention », Droit social, Dalloz, 2001, p. 1085 : « *Le Code de la santé publique en est d’ailleurs le témoin. Les dispositions relatives à la lutte contre les fléaux sociaux qui occupent à l’origine une place essentielle dans la législation sanitaire, sont peu à peu concurrencées puis marginalisées par l’abondance de la législation hospitalière puis des textes applicables aux soins dispensés en médecine de ville comme aux produits de santé* ».

⁴⁰¹ D. TABUTEAU, *Op. cit.*, loc. cit. : « *La prévention apparaît ainsi selon une définition désormais traditionnelle comme l’ensemble des actions tendant à éviter l’apparition, le développement ou la complication d’une maladie ou la survenue d’un accident. L’OMS distingue la prévention individuelle qui vise à modifier les comportements par des obligations (vaccination obligatoire, interdiction de fumer,...) ou des incitations (dépistage, vaccination recommandée, éducation pour la santé,...) et la prévention collective qui tend à réduire les facteurs de risque liés à l’environnement (mesures de sécurité sanitaire concernant l’eau, l’air, les rayonnements ionisants,...)* ».

⁴⁰² V. à ce propos : D. VIRIOT-BARRIAL, « La Cour de justice de la République et la santé », Les Tribunes de la santé, vol. 14, no. 1, 2007, p. 55-71 : « *Prudence, principe de précaution et de prévoyance, autant de termes qui doivent dans le domaine de la santé publique se conjuguer avec décisions politiques, en se tenant toujours à la limite entre l’immobilisme et l’action* ».

⁴⁰³ V. à ce propos : R. MASSÉ, *Op. cit.*, p. 8 et s.

⁴⁰⁴ F. LACHAL, Les nouvelles technologies : une réponse aux effets physiologiques du vieillissement et des maladies liées au grand âge, Thèse de Doctorat de Sciences de la santé, 2015, p. 82 : « *La prévalence des maladies chroniques croît avec l’âge : 93 % des personnes âgées de 70 ans et plus souffre de polypathologies* ».

⁴⁰⁵ M. BERTHEL, M.-C. PETER-BOSQUILLON, *Op. cit.*, loc. cit.

la guérison. La gériatrie doit ainsi s'inviter dans la plupart des spécialités, du fait du profil complexe et délicat de la patientèle âgée⁴⁰⁶. Il est nécessaire de repenser l'action sociale globale. En la matière, les effets de la canicule de 2003 ont déclenché une véritable prise de conscience nationale⁴⁰⁷. Dans ce cadre, la santé publique a repositionné son action autour de la prévention. Il ne s'agit désormais plus seulement de gérer les risques liés à la vieillesse, mais également de prévenir leur apparition⁴⁰⁸.

2. La notion de dépendance, fer de lance de la protection médico-sociale

*« À la question ‘‘qui est dépendant ?’’,
je suis convaincu qu'on doit répondre : ‘‘tout le monde’’.
Chacun à sa manière certes, inégalement,
relativement à un ou plusieurs objets, d'une manière dynamique
et variable selon les conjonctures ».*

MEMMI⁴⁰⁹.

119. La dépendance⁴¹⁰ est une notion importante des politiques de santé modernes. La conception extrêmement de la dépendance, comme la substance première de toute société humaine n'écarte pas une réalité plus complexe. À l'instar de ce que relevait très justement Monsieur Bernard ENNUYER : L'individu, partagé entre l'individualisme et la solidarité « *est, sans aucun doute, à la fois dépendant et autonome* »⁴¹¹. La dépendance est effectivement une notion polymorphe. *Lato*

⁴⁰⁶ M. BERTHEL, M.-C. PETER-BOSQUILLON, *Op. cit.*, p. 29 : « *Lieu d'expertise, de formation, de référence, l'hôpital, doit évoluer dans sa place au sein du dispositif de soins, soigner ses interfaces avec les dispositifs communautaires, redéfinir son rôle et modifier son fonctionnement. Tous les services hospitaliers sont concernés* ».

⁴⁰⁷ D. HÉMON, E. JOUGLA, *Rapport sur la surmortalité liée à la canicule d'août 2002*, remis au Ministre de la Santé et de la protection sociale, INSTITUT NATIONAL DE LA SANTÉ ET DE LA RECHERCHE MÉDICALE, 26 octobre 2004.

⁴⁰⁸ La notion de prévention était déjà mentionnée dans le rapport LAROQUE de 1962, à propos de la préservation du maintien à domicile. Elle occupe encore une place marginale. C. DÉCHAMP-LE ROUX, « La prévention des risques liés au vieillissement : un nouveau pacte social ? », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2012/5, HS n° 1, p. 83 : « Tous les systèmes de santé ont jusqu'à présent privilégié le curatif au détriment du préventif. Le secteur de la prévention est vaste et complexe, il déborde sur les conditions environnementales, de travail et de vie ».

⁴⁰⁹ A. MEMMI, *La dépendance*, Ed. Gallimard, 1979, p. 26.

⁴¹⁰ V. à ce propos : I. GRANDGERARD-RANCE, *La dépendance des personnes âgées dans une société en vieillissement*, Thèse de Doctorat de Droit, Université Paris II, 2003.

⁴¹¹ B. ENNUYER, « Les malentendus de l'“autonomie” et de la “dépendance” dans le champ de la vieillesse », *Le sociographe*, Champ social, 2013/5, hors-série 6, p. 139-140 : « *Souvent écartelé entre individualisme et solidarité, l'individu, aujourd'hui, est, sans aucun doute, à la fois dépendant et autonome suivant la formule déjà utilisée par Émile Durkheim en 1893 : ‘‘Comment se fait-il que, tout en devenant plus autonome, l'individu dépende plus étroitement de la société ? Comment peut-il être à la fois plus personnel et plus solidaire ?’’* (1930, p. XLIII). Cette réflexion est aussi celle développée par Edgar Morin. En effet, définissant l'autonomie comme la liberté relative de l'individu au sein d'un groupe constitué par la société, il envisage l'être humain comme un système ouvert qui peut nourrir son autonomie, mais à travers la dépendance à l'égard du milieu extérieur ».

sensu, elle est commune, générale et reflète la nature sociale de l'homme⁴¹². En ce sens, l'autonomie n'est qu'une illusion idéologique puisque les interdépendances sont vitales à l'existence⁴¹³. *Stricto sensu*, elle désigne l'état de ne plus se suffire à soit pour diriger son existence. Durant la vieillesse, la dépendance revêt une dimension particulière « *La relation entre la personne âgée dépendante et son pourvoyeur devient univoque, la perte d'autonomie de la personne âgée la plaçant dans une situation d'asservissement et nécessitant l'intervention de nouveaux pourvoyeurs, professionnels* »⁴¹⁴.

120. Le vocable de “dépendance” s’est spécialisé par le biais de la gériatrie. Son utilisation originelle est attribuée au gériatre Yves DELOMIER en 1973⁴¹⁵. Le législateur prendra acte de ce nouveau terme en 1985⁴¹⁶, et ne dérogera pas à sa spécialisation axée sur la personne âgée⁴¹⁷. Cette origine scientifique de la dépendance est extrêmement stigmatisante : « *L’annexion du vocable dépendance par les gériatres a donc connoté la dépendance négativement, comme incapacité à vivre seul et comme assujettissement, au détriment de la connotation positive de solidarité et de relation nécessaire aux autres qui est son sens premier* »⁴¹⁸. La dureté de la notion prend toute son ampleur dans les sociétés occidentales, axées sur l’individualisme à outrance⁴¹⁹. Là encore, l’évolution démographique laisse son empreinte : L’INSEE mentionne plus de 800 000 personnes âgées dépendantes en France en 2000, et annonce une augmentation de plus de 50% d’ici vingt ans⁴²⁰. S’il apparaît que le taux d’invalidité baisse de façon significative chez les personnes âgées, certaines d’entre elles — les personnes âgées dites fragiles — restent malgré tout sensibles au risque de dépendance⁴²¹. Un environnement adapté, ainsi qu’un soutien à domicile efficace peuvent

⁴¹² « Politique(s) et vieillissement », Politix, De Boeck Supérieur, 2005/4, n° 72, p. 3-7.

⁴¹³ E. MACIA *et al.*, « La fin de la dépendance ? Transformations contemporaines des corps-sujets vieillissants », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2013/2, n° 145, p. 168.

⁴¹⁴ M. SCHMITT, V. LEGER, « La notion de dépendance des personnes âgées en droit positif français », *AJ Famille*, Dalloz, 2003, p. 248

⁴¹⁵ Docteur DELOMIER in B. ENNUYER, *Colloque vieillissement et citoyenneté*, Paris, 29 janvier 2004 : « *Le vieillard dépendant a donc besoin de quelqu'un pour survivre, car il ne peut, du fait de l'altération des fonctions vitales, accomplir de façon définitive ou prolongée, les gestes nécessaires à la vie* ».

⁴¹⁶ Le législateur utilise pour la première fois le vocable “dépendance” dans l’arrêté du 13 mars 1985, relatif à l’enrichissement du vocabulaire relatif aux personnes âgées, à la retraite et au vieillissement, publié au JORF du 7 avril 1985, p 7520.

⁴¹⁷ On trouve une première définition de la dépendance dans la L. n° 97-60 du 24 janvier 1997 – art. 2 al 3, qui dispose que la dépendance « *est définie comme l'état de la personne qui, nonobstant les soins qu'elle est susceptible de recevoir, a besoin d'être aidée dans l'accomplissement des actes essentiels de la vie, ou requiert une surveillance régulière* ». Publiée au JORF n° 21, du 25 janvier 1997, p. 1280.

⁴¹⁸ B. ENNUYER, *Op. cit.*, p. 142.

⁴¹⁹ E. MACIA *et al.*, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁴²⁰ F. LACHAL, *Op. cit.*, p. 80.

⁴²¹ T. RAPP *et al.*, « Focus. Aide publique au troisième âge en situation précaire : comparaison franco-américaine », *Les Tribunes de la santé*, Presses de Science Po., 2016/2, n° 51, p. 17-19.

désamorcer une situation de dépendance — mais l'effort est couteux. La dépense publique liée à la perte d'autonomie des personnes âgées « a été évaluée à 19 milliards d'euros, soit 1% du PIB »⁴²².

121. La dualité de la notion de dépendance emporte des conséquences importantes. Les politiques sociales vont sciemment apporter des réponses divergentes en fonction de la forme de dépendance à protéger. Cette attitude est cohérente avec la perception moderne de la vieillesse et de sa place dans la société. La dépendance “sociale”, seule forme de dépendance globale et acceptée, fera l'objet d'une prise en charge préventive et collective de la part des politiques sociales. Les particularismes du vieillissement sont ignorés, puisqu'ils n'entrent pas en conflit avec l'intérêt du reste de la population. En revanche, la dépendance “vitale”, et “incapacitaire”, — qui est, elle, assimilée à la vieillesse —, est appréhendée de façon plus radicale et curative. Ce manque de réflexion globale autour de notion de dépendance implique des interventions morcelées. À ce sujet, Monsieur Francis KESSLER a eu l'occasion de mettre en lumière le traitement paradoxal de la dépendance en France. « *Une prise en charge de toutes les personnes dépendantes, quels que soient leur âge et la cause de la dépendance, [...] n'est envisagée à aucun moment* »⁴²³. D'ailleurs, l'ensemble des mesures engagées dans le cadre de la dépendance ne visent que les personnes âgées, alors même qu'elles ne sont pas identifiées comme catégorie de population. Cette situation démontre clairement l'existence d'une forme latente de post-majorité concernant les personnes âgées dépendantes.

⁴²² F. LACHAL, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁴²³ F. KESSLER, « Le droit social et la dépendance des personnes âgées : état des lieux et perspectives », *RDSS*, Dalloz, 1992, p. 499.

SECTION II

LE PATRIMOINE DE LA PERSONNE ÂGÉE ET SA FISCALITÉ

« *Peu de gens savent être vieux* ».

LA ROCHEFOUCAULD⁴²⁴

122. Traité avec les égards dus à sa construction épanouie dans le temps, le patrimoine d'une personne âgée justifie de nombreux projets. Objet de fantasmes, cette entité se retrouve au centre d'intérêts individuels, familiaux et sociétaux. Du point de vue de la personne âgée elle-même, le patrimoine est un des reflets de la construction d'une vie. L'âge semble influencer le rapport entretenu par un individu à l'égard de son patrimoine, puisque celui-ci fait individuellement naître une volonté de transmission. Au niveau de perception collective et sociétale, le patrimoine d'une personne âgée fait l'objet de nombreux enjeux. Ainsi la personne âgée est considérée comme un sujet spécial de la discipline fiscale (PARAGRAPHE 1), laquelle doit sa viabilité au respect de principes fondamentaux⁴²⁵ qui garantissent son bon fonctionnement. À ce titre, certaines mesures visent directement le patrimoine de la personne âgée à raison de son âge ou de son état de retraité. À l'échelle individuelle ou de la famille, l'évolution du parcours de vie modifie la substance du patrimoine, ainsi que l'intérêt et les enjeux de sa gestion et de sa transmission (PARAGRAPHE 2).

⁴²⁴ LA ROCHEFOUCAULD, *Réflexions ou Sentences et Maximes morales*, Ed. Gallimard, Coll. Folio classique, présentée et établie par Jean LAFOND, 2^{ème} édition, 1976, *Réflexions morales* n° 423.

⁴²⁵ Les principes d'égalité et d'équité irriguent l'action globale de la matière fiscale. L'expression d'équité est née des travaux des économistes A.-C. PIGOU et R. MUSGRAVE, in A. GUENGANT, « équité, efficacité et égalisation fiscale territoriale », *Revue économique*, Vol. 44, n° 4, 1993, p. 835-848. L'égalité fiscale se compose de deux entités. Elle s'entend aussi bien devant la loi fiscale que devant les charges publiques. Les contours de la notion fixés par le Conseil Constitutionnel ne sont pas étrangers à la conception de l'égalité en tant que principe général du droit — telle qu'issue par le Conseil d'État. Cette construction fut amorcée par le Conseil d'État à propos de l'égalité fondée sur le fonctionnement du service public, puis entre ses usagers. Enfin, le Conseil d'État s'est penché sur l'expression de l'égalité en matière d'accès à la fonction publique ; V. *à ce propos les décisions* : CE 30 novembre 1923, n° 48.688, publiée au recueil Lebon ; CE, Sect, 4 février 1944, dite « Sieur GUIEYSSE », n° 62.929, publiée au recueil Lebon ; V. *également* : CE, Sect., 9 mars 1951, n° 92.004, publiée au recueil Lebon, dite « Société des concerts du conservatoire » in M. COLLET, *Droit fiscal*, Ed. PUF, Coll. Thémis Droit, 5^{ème} édition mise à jour, 2015, p. 34. V. *également* : O. FOUQUET, « Le Conseil Constitutionnel et le principe d'égalité devant l'impôt », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2011, n° 33 : « *Le principe d'égalité devant l'impôt comporte deux branches : d'une part le principe d'égalité devant la loi fiscale (article 6 de la déclaration des droits de 1789), et d'autre part le principe d'égalité devant les charges publiques (article 13 de la même déclaration)* ». V. *également à ce propos* : M. HAURIOU, *La science sociale traditionnelle*, Larose, Paris, 1896, p. 80 in F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *et. al.*, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de Constitutionnalité ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010. Historiquement, la notion d'égalité fut usitée en tant que « *force agissante dans la Révolution* ». La loi fiscale est confrontée au principe d'égalité. V. *à ce propos* : la décision du Conseil Constitutionnel n° 73-51 DC, du 27 décembre 1973, dite « *taxation d'office* », publiée au JO du 28 décembre 1973, p. 14004, Recueil p. 25 ; V. *à ce propos* : la Décision du Conseil Constitutionnel n° 98-405 DC, du 29 décembre 1998, sur la non-conformité partielle de la loi de finance pour 1999, publié au JO du 31 décembre 1998, p. 20138.

PARAGRAPHE 1

LA SPÉCIFICITÉ DE LA PERSONNE ÂGÉE COMME SUJET DU DROIT FISCAL

123. L'âge d'une personne emporte un certain nombre d'effets sur sa fiscalité. Parmi l'ensemble des impôts et des taxes, quelques-uns prennent en compte l'âge et la situation de la personne alors que d'autres y sont totalement indifférents. Certaines mesures « *ciblent expressément les retraités ; d'autres répondent à des critères d'âge et, de fait, s'adressent majoritairement aux retraités* »⁴²⁶. La matière fiscale est le rouage qui permet le fonctionnement de nombreuses actions sociales. Ce caractère permet à la fois de justifier l'existence de l'impôt et d'en financer les différents objets. Ainsi, lorsque le législateur organise le prélèvement des ressources, il fait œuvre de compromis entre les buts recherchés et la soutenabilité de la charge. Cette recherche de conciliation a trouvé à s'exprimer en matière de vieillesse. Les personnes âgées portent leur charge fiscale, en vertu de leur qualité de contribuable. Elles sont une source d'imposition (II). Sur un autre plan, la personne âgée est également un membre de l'entité qu'est la vieillesse, ce qui la place dans la position de destinataire du mécanisme de redistribution de l'impôt (I).

I. LA VIEILLESSE, OBJECTIF DE L'IMPÔT

124. La viabilité du système fiscal et du consentement à l'impôt repose sur le mécanisme de redistribution, par lequel l'impôt permet notamment de financer des aides spécifiques à la vieillesse. L'imposition revêt alors une forte dimension sociale. Cette sociologie fiscale fonde certaines inégalités de traitement (B) et justifie des soutiens spécifiques (A).

A. LA REDISTRIBUTION DE L'IMPÔT AU PROFIT DE LA VIEILLESSE

125. La précarité des retraités fait l'objet de nombreuses actions politico-sociales qui permettent de sécuriser le niveau de vie post-active. La crise économique a fragilisé le marché du travail. De nombreuses carrières ont été interrompues, suspendues, freinées ou perturbées, si bien que de nombreuses études⁴²⁷ constatent cette "discontinuité croissante du parcours de vie"⁴²⁸. La

⁴²⁶ B. LEGENDRE, « Fiscalité des retraités, redistribution et équité », *Revue économique*, Presses de Science Po, 2014/6, vol. 65, p. 908.

⁴²⁷ B. LEGENDRE, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁴²⁸ LEISENRING, LEIBFRIED, cités par J.-F. BICKEL, S. CAVALLI, « De l'exclusion dans les dernières étapes du parcours de vie. Un survol », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2002/3, vol. 25, n° 102, p. 25-40.

population des retraités reste économiquement sensible. La matière fiscale tend à fournir certains efforts afin de soutenir cette population⁴²⁹. Les principes d'équité et d'égalité justifient le processus de redistribution⁴³⁰, expression de la fonction sociale de l'impôt. Une dimension verticale du mécanisme de redistribution tend à réduire les inégalités entre les citoyens. Une seconde dimension horizontale, permet de financer la protection contre les risques sociaux « *indépendamment des revenus* »⁴³¹. Associés à l'objectif d'efficacité du système, les principes d'égalité et d'équité participent à l'idéal démocratique français⁴³². L'existence réelle ou souhaitée d'avantages fiscaux au profit des personnes âgées n'implique qu'une atteinte très limitée au principe d'égalité, puisque l'avantage consenti à une tranche d'âge de la population constitue une inégalité uniquement temporaire et relative. Un avantage fiscal visant la vieillesse et maintenu dans le temps, touchera les générations les unes après les autres.

126. La règle de non-affectation de l'impôt qui compose aux côtés de la non-compensation le principe d'universalité, n'est pas absolue. Certaines recettes peuvent être directement affectées. C'est le cas des impôts et taxes affectés — ITAF⁴³³. Le principal exemple n'est autre que la contribution sociale généralisée⁴³⁴ — CSG —, issue de la loi de finances pour 1991⁴³⁵. Ses produits sont répartis entre différentes affectations, dont font partie le Fonds de solidarité vieillesse et la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie⁴³⁶.

⁴²⁹ P. SALIN, « Impôt sur le capital et équité fiscale », *Commentaire SA*, 1978/3, n° 3, p. 279.

⁴³⁰ M. LEROY, « Découvrir la sociologie fiscale », *Regards croisés sur l'économie*, La Découverte, 2007/1, n° 1, p. 95.

⁴³¹ S. MAYER, *Op. cit.*, p. 145. Également à ce propos : M. LEROY, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁴³² Un idéal contrôlé par le Conseil Constitutionnel. V. CONSEIL CONSTITUTIONNEL Décision, n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, à propos de la L. n° 86-75 du 17 janvier 1986, relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité, publiée au JO du 18 janvier 1986, et portant modification de l'ordonnance n° 82-290 du 30 mars 1982 et de la loi du 9 juillet 1984. *Ou encore* : La Décision n° 2012-661 DC du 29 décembre 2012, relative à la loi de finance rectificative pour 2012. V. également à ce propos : « Décisions du Conseil Constitutionnel du 1^{er} octobre au 31 décembre 2012 », Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, Dalloz, 2013/2, n° 39, p. 130. Et [en ligne] [consulté le 29 mars 2017] < http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank/download/2012662DCccc_662dc.pdf > : Commentaire de décisions du Conseil Constitutionnel, Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, relative à la loi de finances pour 2013, Décision n° 2012-661 DC du 29 décembre 2012, relative à la loi de finance rectificative pour 2012.

⁴³³ V. à ce propos : < <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/finances-publiques/protection-sociale/financement/que-sont-ita.html> > [en ligne] [consulté le 30 mars 2017].

⁴³⁴ La CSG étant principalement prélevée à la source, elle est assise sur l'ensemble des revenus des résidents français. Cela inclut les revenus liés à l'activité — traitements, salaires, primes, pensions, indemnités journalières ou allocation chômage —, les revenus du patrimoine et de placement, ainsi que les sommes liées aux jeux.

⁴³⁵ Loi de finances pour 1991, n° 90-1168 du 29 décembre 1990, publiée au JORF n° 303 du 30 décembre 1990, p. 16367.

⁴³⁶ < <http://drees.social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/fiche8-2.pdf> > [en ligne] [consulté le 30 mars 2017], « La protection sociale en France et en Europe en 2014 », DREES, 2016, p. 49 « Celle-ci contribue au financement de l'ensemble des régimes d'assurance maladie, des prestations familiales, du Fonds de solidarité vieillesse (FSV) ».

B. LES AVANTAGES FISCAUX CONSENTIS AU VIEILLISSEMENT ET LEURS LIMITES

127. Certaines mesures fiscales permettent de soulager le poids des prélèvements sur les pensions de retraites ou bénéficient plus ou moins directement à la population des personnes âgées⁴³⁷. Le taux réduit de taxe sur la valeur ajoutée (TVA) pour les prestations en établissements d'accueil pour personnes âgées dépendantes ou autonomes profite aux résidents et pensionnaires⁴³⁸. On trouve une autre forme de "fiscalité préférentielle" à travers la possibilité d'exonération de la taxe d'habitation et de la taxe audiovisuelle — sous conditions de ressources — accessible aux personnes de plus de 60 ans⁴³⁹. L'effort pourrait être étendu et largement décuplé à l'ensemble des professions en contact avec les personnes âgées. Les charges sociales pesant sur l'emploi du personnel hospitalier ou des EPHAD pourraient par exemple être prises en charges par l'effort national. Une telle mesure, certes couteuse, permettrait pourtant de rendre le financement de la dépendance accessible à chacun et d'anticiper les conséquences du changement sociodémographique.

128. Avant la création de la célèbre contribution sociale généralisée, le financement de la protection sociale reposait exclusivement sur les cotisations sociales. Le système était vivement critiqué, notamment sur le fait qu'il reposait uniquement sur les revenus du travail⁴⁴⁰. L'impôt concerne désormais de nombreuses formes de revenus — y compris les revenus de remplacement tel que les pensions de retraite⁴⁴¹. Sous couvert d'assurer l'égalité et l'universalité de l'acquittement

*ainsi que de la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA) ». L'article L. 14-10-1 du Code de l'action sociale et des familles dispose de l'ampleur de la tâche. Cette caisse nationale contribue au financement de la prévention et de l'accompagnement de la perte d'autonomie. V. à ce propos : Art. L. 14-10-1 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – art. 70, relative à l'adaptation de la société au vieillissement préc. En outre, la CNSA répond à des missions extrêmement diversifiées. Véritable centre névralgique de l'action contre la dépendance, la CNSA assure aussi bien l'accès aux informations concernant l'offre médico-sociale sur le territoire qu'à l'évolution des référentiels nationaux propres à la perte d'autonomie. En vertu de l'article L. 14-10-4 du même code les produits affectés à la CNSA sont issus des contributions des employeurs, à l'instar des cotisations patronales d'assurance maladie et des contributions des retraités et invalides. V. à ce propos : D. PIVETEAU, « Le vieillissement de la population est-il une menace pour l'assurance maladie ? », *Laennec*, Centre Laennec, 2011/2, t. 59, p. 18-30.*

⁴³⁷ De façon détournée, l'exonération de taxe sur la valeur ajoutée pour les activités de mandataire judiciaire à la protection bénéficie aux majeurs protégés, et aux personnes âgées majeurs protégés. V. L. n° 2010-1658 du 29 décembre 2010, *de finances rectificatives*, publiée au JORF n° 0302 du 30 décembre 2010, p. 2312, texte n° 2.

⁴³⁸ *Mémento pratique*, Ed. Francis LEFEBVRE, Coll. Fiscal, 2011 n° 90640.

⁴³⁹ V. à ce propos B. LEGENDRE, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁴⁰ Sa création en 1991 a largement diversifié les modes de financements de la protection sociale.

⁴⁴¹ Art. L 136-2 §1 al. 1 du Code de la sécurité sociale, tel que modifié par la L. n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 – art. 61 (V) *de finances pour 2017*, publiée au JORF n° 0303 du 30 décembre 2016, texte n° 1 : « I.- La contribution est assise sur le montant brut des traitements, indemnités, émoluments, salaires, allocations, pensions y compris les majorations et bonifications pour enfants, des rentes viagères autres que celles visées au 6 de l'article 158 du code général des impôts et des revenus tirés des activités exercées par les personnes mentionnées aux articles L. 311-2 et L. 311-3. L'assiette de la contribution due par les artistes-auteurs est celle prévue au troisième alinéa de l'article L. 382-3 ».

de la CSG tout au long de la vie, l'extension de l'impôt aux revenus de remplacement revient à imposer les revenus liés à l'activité professionnelle deux fois : Pendant la vie active et durant la retraite. Cet état de fait ne doit certainement pas être étranger au législateur, qui a d'ailleurs opté pour des taux différents pour les retraités et pour un taux unique pour les salariés⁴⁴². La CSG est allégée ou épargnée aux retraités aux revenus modestes⁴⁴³.

II. LA VIEILLESSE, MOYEN DE L'IMPÔT

129. Le revenu des personnes âgées fait l'objet d'une attention toute particulière de la part du législateur. L'impôt sur le revenu pèse sur les pensions de retraites⁴⁴⁴ (A) tandis que la dimension sociale de l'impôt permet d'orienter sa redistribution autour de maux qui touchent certaines personnes âgées, comme la dépendance par exemple (B).

A. L'IMPÔT SUR LE REVENU DES RETRAITÉS

130. Le système fiscal épargne peu les retraités. Si le niveau général des pensions de retraite s'améliore, la part de l'impôt augmente également. « *La part de l'impôt dans le niveau de vie des personnes âgées est passée de 9,4 % en 1996 à 16,9 % en 2012* »⁴⁴⁵. Cela s'explique par la progression de l'assiette, corrélativement à l'augmentation des pensions de retraite. L'extension de la CSG aux pensions de retraites et l'augmentation progressive de son taux y sont également pour quelque chose. Voilà pourquoi la réduction récente de la CSG au profit des foyers de retraités modeste est — et serait — si appréciable.

À l'instar du sort réservé aux actifs, les retraités disposant d'un revenu net global « *inférieur au montant du minimum garanti prévu par L. 3231-12 du Code du travail, soit 6 885€ pour 2010* » ont pu être affranchis de l'impôt sur le revenu⁴⁴⁶. Au-delà de ces exceptions, il transparaît une certaine

⁴⁴² Il s'agit d'une nouvelle œuvre de compromis entre objectif d'égalité devant la charge fiscale et rendement optimal de l'imposition. En effet, la CSG représente une source de revenus plus important pour l'État que le célèbre et redouté impôt sur les revenus.

⁴⁴³ La loi de finances pour 2017 prévoit de relever les seuils d'exonération. L. n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 – préc. ; L. n° 2016-1827 du 23 décembre 2016, de financement de la sécurité sociale pour 2017, publiée au JORF n° 0299 du 24 décembre 2006, texte n° 1 ; V. notamment : l'Art. 20 de la loi, portant modification de l'Art. L. 136-8 du Code de sécurité sociale. V. également à ce propos : < <http://www.silvereco.fr/allegement-de-csg-pour-les-retraites-modestes-premiers-effets-sur-les-retraites/3172515> > [en ligne] [consulté le 30 mars 2017]

⁴⁴⁴ La première ayant été exercée sur les salaires, la seconde est retenue sur les pensions de retraite.

⁴⁴⁵ C. ARNOLD, M. LELIEVRE, *Op. cit.*, p. 70.

⁴⁴⁶ F. DOUET, *Précis de droit fiscal de la famille*, Ed. LITEC, Coll. Litec Fiscal, Paris, 2011, p. 56. De façon moins généralisée, les pensions de vieillesse, de retraite ou d'invalidité, ainsi que les rentes viagères constituées à titre gratuit ont bénéficié d'un abattement de 10% dans le cadre de l'impôt sur le revenu

bienveillance du législateur vis-à-vis des personnes âgées. Par exemple, les pensions alimentaires versées aux parents et alliés dans le besoin peuvent être déductibles de l'assiette de l'impôt sur le revenu du bienfaiteur⁴⁴⁷. Cela se fait sous réserve des dispositions de l'article 208 alinéa 1 du Code civil qui dispose que : « *Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit* »⁴⁴⁸. L'avantage fiscal consenti aux pensions alimentaires versées à un proche est soumis à une condition de cohérence. Il semblerait que la récompense de la générosité trouve rapidement ses limites : Un contribuable qui verse une pension alimentaire à un ascendant admissible à l'Allocation personnalisée d'autonomie, et qui rémunère dans un même temps un employé à domicile au profit du même ascendant, ne peut déduire ces deux formes de soutien. Il doit se résoudre à choisir entre déduire la somme versée au titre de la pension alimentaire et celles dépensées au titre de l'emploi du professionnel⁴⁴⁹. Le législateur ne peut rester sourd aux enjeux liés à la dépendance des personnes âgées, et à ses retombées fiscales.

B. LA FISCALITÉ DE LA DÉPENDANCE

131. La branche sociale de la matière fiscale n'est pas restée insensible à la question de la dépendance, qui touche de nombreuses personnes âgées. Dans ce cadre, des réductions d'impôt sont consenties aux personnes qui engagent des dépenses liées à leur propre dépendance ou à celle d'un proche. Ces mécanismes recouvrent à la fois les prestations d'aides et les dépenses liées à l'hébergement. Elles concernent « *tant le fait d'héberger chez soi une personne dépendante que l'équipement de la résidence principale pour recevoir une personne dépendante : 25 % du montant de ces dépenses peuvent être déduits des impôts* »⁴⁵⁰. Les frais engagés par un actif dans l'aménagement de son domicile en vue d'accueillir un proche âgé dépendant ouvrent donc droit à déduction d'impôt. Les frais d'aménagement engagés directement sur le domicile de la personne dépendante sont également concernés par ce mécanisme, lorsque celle-ci n'envisage pas de vivre chez ses enfants⁴⁵¹. Les dépenses d'hébergement couvrent les frais d'aliment dans une limite annuelle fixée à 10 000 €. La réduction d'impôt maximale de 2 500 € par personne dépendante et par an⁴⁵². La réduction d'impôt double en cas de sollicitation d'un salarié à domicile. Cette réduction d'impôt concerne les dépenses effectivement supportées par le bénéficiaire. C'est-à-dire qu'elles

⁴⁴⁷ F. DOUET, *Op. cit.*, p. 207.

⁴⁴⁸ Art. 208 C. civ, créé par la loi du 17 mars 1803, promulguée le 27 mars 1803, et modifié par la L. n° 72-3 du 3 janvier 1972 – Art. 3, publiée au JORF n° 0003 du 5 janvier 1972, p. 145.

⁴⁴⁹ F. DOUET, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁵⁰ C. LEGENDRE, *Op. cit.*, p. 910.

⁴⁵¹ Ainsi, un enfant peut déduire de son propre impôt les frais qu'il engage sur le logement de son aîné. Si la personne dépendante finance les travaux sur son domicile, la déduction lui revient évidemment de droit.

⁴⁵² Les 25% appliqués.

doivent être déduites du montant des aides sociales perçues. Ces réductions d'impôt concernent également les personnes dépendantes hébergées en établissement⁴⁵³.

132. Même si ces avantages fiscaux sont encore trop timides, ils constituent une action en faveur de l'interdépendance intergénérationnelle. Correctement développés, ils pourraient profondément modifier le rapport à la famille et à la filiation. De nouvelles interactions se créent. Elles sont toujours plus détachées de la question de la vraisemblance, ou de l'existence d'un lien de filiation. La transition démographique peut être l'occasion de consacrer, sinon un nouveau modèle de famille, du moins de reconnaître de nouvelles interactions transgénérationnelles et extrafamiliales. Le législateur se trouve, ou se trouvera rapidement face à un dilemme de taille : La redéfinition des contours de la notion de famille. Les aides fournies indépendamment de l'existence d'un lien de filiation, ou d'une obligation légale doivent être encouragées. Ces interdépendances entre différentes générations sont l'occasion d'œuvrer activement en faveur du renforcement du consentement durant la période de vieillesse.

PARAGRAPHE 2

LA SPÉCIFICITÉ DU PATRIMOINE DE LA PERSONNE ÂGÉE ET DE SA TRANSMISSION

133. La stabilité de l'article 544 du Code civil⁴⁵⁴ sur la propriété — resté inchangé depuis sa consécration en 1804 —, atteste de l'autorité de la définition. La propriété occupe une place centrale dans la préoccupation propre à la transmission du patrimoine. En principe, l'effort de construction du patrimoine durant la vie active, laisse place au souhait d'en faire bénéficier ses enfants ou ayants droits⁴⁵⁵. Au regard du désir de transmission, certains dispositifs d'organisation, de préparation de la transmission, ou de démembrement de la propriété, répondent mieux que d'autres au besoin de compromis entre le respect du principe d'égalité, et celui de l'unicité du patrimoine. Cet élan est particulièrement visible chez la population des personnes âgées. Au fur et à mesure que l'âge augmente, l'enjeu de transmission du patrimoine devient plus important. L'anticipation et

⁴⁵³ Art 199 quindecies CGI, tel que modifié par la L. n° 2011-1978 du 28 décembre 2011 – Art. 59 (V), *loi de finances rectificative pour 2011 (1)*, publiée au JORF n° 0301 du 29 décembre 2011, p. 22510, texte n° 2.

⁴⁵⁴ Art. 544 C. civ., tel que créé par la L. du 27 janvier 1804, promulguée le 6 février 1804.

⁴⁵⁵ Sauf peut-être de LAMARTINE qui préférerait transmettre une tout autre richesse : Extrait du poème *Consolation*, Recueil Nouvelles méditations poétiques, 1823 : « Là je leur laisserai, pour unique héritage, Tout ce qu'à ses petits laisse l'oiseau du ciel, L'eau pure du torrent, un nid sous le feuillage, Les fruits tombés de l'arbre, et ma place au soleil ! ».

Au-delà de ces belles intentions, la transmission du patrimoine répond à l'aspiration de chacun à l'éternité et à l'envie de gratifier d'autres que soi, des efforts fournis en vue de la construction d'un patrimoine.

l'organisation de la transmission du patrimoine sont encouragées par le législateur fiscal. Des solutions sont à la disposition de tous. Le démembrement de propriété qui compte parmi ses rangs le célèbre contrat de vente en viager en fait partie (I). Le phénomène de transmission du patrimoine se modifie substantiellement du fait de l'allongement de l'espérance de vie. Les intérêts liés au transfert de patrimoine d'une génération à une autre, évoluent. La transmission *ante mortem* se développe aux côtés des modes de transmission *ante mortem* (II).

I. LE DÉMEMBREMENT DE LA PROPRIÉTÉ D'UNE PERSONNE ÂGÉE

134. La matière fiscale est au cœur de l'organisation et de la transmission du patrimoine. La propriété confère traditionnellement trois types de prérogatives : *usus*, *fructus*, *abusus*⁴⁵⁶. Il peut arriver que l'une de ces prérogatives soit accordée à une autre personne que son propriétaire. Dans ce cas, la propriété se trouve démembrée. C'est ce qui arrive en cas d'usufruit, d'indivision (B) ou de viager (A).

A. LE LIEN INTRINSÈQUE ENTRE ÂGE ET MÉCANISME DE VIAGER

135. La convergence des thèmes du Droit et de la vieillesse, a ses propres canons contractuels. Le contrat de vente viagère est de ceux-là. Cette forme contractuelle si spécifique a toujours prêté lieu à de nombreux débats⁴⁵⁷. Le viager dérange d'un côté de par sa nature (1), de l'autre par l'effet d'exhérédation qu'il engendre (2).

1. Le contrat de vente en viager

136. Avec le contrat de vente viagère ou vente à charge de rente viagère⁴⁵⁸, le propriétaire originel ou "crédientier" perçoit généralement un "bouquet" — c'est-à-dire une fraction du prix de vente en début d'exécution. Il reçoit ensuite une rente régulière de la part du futur acquéreur, le "débirentier". La rente appelée "arrérage" sera versée périodiquement jusqu'au décès du

⁴⁵⁶ L'*usus*, droit d'user de la chose possédée, *fructus*, droit d'en percevoir les fruits, et l'*abusus*, qui est le droit d'en disposer à loisir.

⁴⁵⁷ F. DROSSO, « Le viager, ou les ambiguïtés du droit de propriété dans les travaux préparatoires du Code civil », *Droit et société*, Éditions juridiques associées, 2001/3, n° 49, p. 896.

⁴⁵⁸ Art. 1968 C. civ., tel que créé par la L. du 10 mars 1804 promulguée le 20 mars 1804 : « La rente viagère peut être constituée à titre onéreux, moyennant une somme d'argent, ou une chose mobilière appréciable, ou un immeuble » ; Art. 1969 C. civ. « Elle peut être aussi constituée, à titre purement gratuit, par donation entre vifs ou par testament. Elle doit alors être revêtue des formes requises par la loi ».

crédirentier. En cela le contrat de vente viagère fait partie des contrats successifs. L'intérêt de ce procédé est de permettre à un propriétaire de bénéficier d'une rente tout en conservant l'usage — l'usufruit — de son bien. Pour l'acquéreur, l'attrait de ce contrat se trouve dans la division du prix de l'immeuble, qui est donc payé petit-à-petit, et également dans l'« espérance » de le payer en deçà du prix du marché classique⁴⁵⁹.

L'originalité du contrat de vente viagère réside en sa nature aléatoire⁴⁶⁰. Le décès du propriétaire est l'inconnue qui fonde cet aléa⁴⁶¹. Cet élément déterminera l'arrêt de versement des arrérages et donc le prix final de la chose vendue. Le décès survient par nature à une date inconnue, tandis que le contrat consiste en le versement d'une rente jusqu'à sa survenance. Ce particularisme a pour conséquence de placer l'aléa à la fois dans la durée du contrat et dans le montant d'acquisition de l'immeuble. Le viager a pu être qualifié d'« aliénation à fonds perdu »⁴⁶² en raison du caractère résolutoire du décès et de l'impact du contrat sur la succession. Le concept rencontre de nombreuses réticences fondées entre autres choses sur le respect du caractère absolu de la propriété. Celui-ci tangue entre sa nature totale, et une limitation contractualisée : « *Un propriétaire censé pouvoir disposer de ses biens mais bridé par l'obligation de transmettre* »⁴⁶³. Le viager présente une forte dimension d'exhérédation. Effectivement, la personne qui consent à vendre son bien immobilier *via* un contrat de vente en viager soustrait ce bien de son patrimoine. Il prive donc ses héritiers du bien vendu.

137. Le législateur fiscal consent certains abattements au profit des montants touchés par le crédirentier. Une fraction seulement des rentes perçues entrent en ligne de compte dans le calcul de l'impôt sur le revenu. Cet élan d'altruisme fiscal vise un impact positif sur l'utilisation du contrat de viager, dont l'utilité n'est pas à prouver en ce qu'il permet de financer la période de vieillesse. Le critère de l'âge est mobilisé pour déterminer la fraction imposable. Plus l'âge du crédirentier

⁴⁵⁹ F. DOUET, *Op. cit.*, p. 423.

⁴⁶⁰ Art. 1108 al. 2 C. civ. tel que créé par l'Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, publiée au JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 26, et entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016.

⁴⁶¹ C'est ainsi que les articles 1974 et 1975 du C. civ., tel que créés par la loi du 10 mars 1804 promulguée le 20 mars 1804, disposent respectivement que : « *Tout contrat de rente viagère, créé sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet* » ; « *Il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat* ». V. également à ce propos : Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2018, n° 16-20.419, publié au bull. : À propos notamment d'une « *demande de résolution du contrat pour inexécution de ses obligations par M. Y... et la demande de nullité de la vente pour vice du consentement tenant à la contrainte morale et fonde sa demande de nullité de l'acte de vente sur le défaut d'aléa tenant à son état de santé et à son âge et son espérance de vie* ».

⁴⁶² F. DROSSO, *Op. cit.*, p. 896.

⁴⁶³ F. DROSSO, *Op. cit.*, p. 895.

augmente, et plus l'assiette d'imposition sur le revenu des rentes perçues diminue. En vertu de l'article 158 du Code général des impôts⁴⁶⁴, l'assiette d'imposition sur le revenu décroît progressivement jusqu'à ne représenter plus que 30% à partir de 69 ans⁴⁶⁵. À l'instar d'un usufruitier le crédirentier supporte la charge de la taxe d'habitation de l'immeuble occupé. Pour une question de sécurisation de la charge fiscale le débirentier doit déclarer aux services fiscaux le montant versé chaque année⁴⁶⁶. À l'instar des niches fiscales visant le financement de la dépendance, cet arrangement fiscal autour du contrat de rente viagère tend à faire face à ce que certains peuvent appeler le "risque de longévité". C'est alors que « *le caractère équitable de ces niches fiscales, ainsi que des dispositifs dérogatoires, mis en place doit ensuite être analysé à la lumière des critères de justice sociale retenus par le législateur* »⁴⁶⁷.

2. Critiques et éloge la vente viagère

138. Le contrat de rente viagère, nécessite à lui seul de mobiliser — pour ou contre lui —, les trois formes classiques de rhétorique — *l'Ethos*, le *Logos* et le *Pathos*. Premièrement, ce contrat trouve un appui dans sa propre ancienneté. La vente viagère n'est pas chose nouvelle⁴⁶⁸, et sa présence constante et répétée dans l'histoire témoigne de sa propre cohérence. Malgré cela, et à l'instar de toute création, qu'elle soit juridique ou non, le viager n'est pas exempt de critiques. La première est inhérente à l'objet et à la nature de ce contrat. C'est traditionnellement ici que le viager se voit opposer son intimité avec la mort et sa vénalité. Cette tendance entre en contradiction avec la dimension morale qui irrigue le principe de transmission successorale. En effet, le viager implique un rapport d'obligations fondé sur la mort de l'un et l'enrichissement potentiel de l'autre. Cette nature est cohérente avec le terme d'ancien français "viage" dont découle l'appellation

⁴⁶⁴ Art. 158, §6 al 1 du CGI, tel que modifié par la L. n° 2016-1918 du 29 décembre 2016 – art. 41, *de finances rectificatives pour 2016*, publiée au JORF n° 0303 du 30 décembre 2016, texte n° 2 : « *Les rentes viagères constituées à titre onéreux ne sont considérées comme un revenu, pour l'application de l'impôt sur le revenu dû par le crédirentier, que pour une fraction de leur montant. Cette fraction, déterminée d'après l'âge du crédirentier lors de l'entrée en jouissance de la rente, est fixée à :*

-70 % si l'intéressé est âgé de moins de 50 ans ; -50 % s'il est âgé de 50 à 59 ans inclus ; -40 % s'il est âgé de 60 à 69 ans inclus ; -30 % s'il est âgé de plus de 69 ans ».

⁴⁶⁵ B. LEGENDRE, *Op. cit.*, p. 910 : « *Lorsque les retraités perçoivent une rente viagère à titre onéreux, celle-ci entre en ligne de compte lors du calcul de l'imposition sur le revenu. Mais l'assiette de ces rentes prise en compte dans le calcul de l'impôt sur le revenu décroît avec l'âge d'entrée en jouissance de son propriétaire. Si son titulaire était âgé de moins de 50 ans lors de la liquidation, alors 70 % du montant de la rente sont imposables. Si son bénéficiaire a attendu d'être âgé de plus de 60 ans, alors la fraction imposable diminue à 30 %* ». En revanche l'abattement de 10% consenti à l'égard des retraites n'est pas applicable à ce type de revenu

⁴⁶⁶ F. DOUET, *Op. cit.*, p. 425.

⁴⁶⁷ B. LEGENDRE, *Op. cit.*, *loc. cit.* : « *On peut considérer que l'existence de ces niches fiscales a pour but de pallier certains risques liés au vieillissement. Les deux grands risques fréquemment cités sont les risques de longévité et de dépendance. La niche fiscale sur les rentes viagères concerne donc le premier risque, tandis que les niches fiscales liées au financement de la dépendance concernent la prise en compte du second* ».

⁴⁶⁸ F. DROSSO, *Op. cit.*, *loc. cit.*

moderne de viager — qui signifie “temps de vie”. La durée d’exécution du contrat dépend bien du temps de vie du crédirentier.

La seconde critique est extérieure au lien contractuel. Un contrat de vente viagère détache les héritiers de leur faculté à hériter du bien objet du contrat. Le viager emporte la privation des héritiers d’une partie du patrimoine successoral. Malgré cela, la gêne occasionnée est souvent plus superficielle qu’il n’y paraît. La confrontation entre l’objet du contrat de vente viagère et le principe de moralité qui irrigue le droit des successions est amoindrie en l’absence d’héritier. Par ailleurs, en l’absence d’héritier, il n’y a plus de manque à gagner dans le patrimoine transmissible et donc pas d’atteinte à la morale par le fait de vouloir profiter de son patrimoine non plus. Cette situation n’est pas l’unique tempérament à la critique sentimentale. Le recours à un tel contrat est avant tout bénéfique et nécessaire au crédirentier. Il s’agit d’une question de subsistance pour le vendeur âgé. La rente dont bénéficie un crédirentier du fait de l’exécution successive du contrat lui permet de vivre sereinement, sans se soucier de l’absence ou de la petitesse de sa pension de retraite. Souscrire un contrat de vente en viager est souvent un acte plus rationnel et mesuré qu’il n’y paraît de prime abord. D’ailleurs, la critique traditionnelle de ce contrat est ambivalente. D’un côté, reprocher sa nature au contrat en viager place le critique dans la situation de celui qui aspire à l’héritage de ses parents. De l’autre, la veste peut rapidement être retournée lorsque l’âge survient, accompagné de problèmes financiers. Dans cette optique, le viager n’apparaît pas si immoral qu’à l’origine, d’autant qu’il fonde l’expression ultime de l’individualisme moderne.

139. Le viager demeure un outil d’une utilité surprenante pour résister à la raréfaction des ressources. Dans le cadre du vieillissement de la population, la portion de personnes susceptibles de “survivre à ses ressources” ou d’en dégager de nouvelles, augmente. Pour le prix Nobel d’économie Kenneth-Joseph ARROW, la possibilité de conclure un contrat de vente en viager, est assimilable à la faculté de convertir une épargne en moyen de prévention du risque de longévité. *« En se constituant une épargne convertible en rente viagère pour couvrir ses besoins en fin de vie, l’individu transfère son risque de longévité au marché, transfère qui peut améliorer le bien-être social et individuel »*⁴⁶⁹. À ce titre, le viager représente une forme archaïque d’assurance vieillesse.

Du côté des potentiels acquéreurs, passer par le biais d’un contrat de vente en viager ouvre un autre chemin d’accès à la propriété. Le prix global du bien est découpé entre le bouquet de base et les rentes successives. De ce fait, le poids de l’investissement du débirentier est réparti sur un temps

⁴⁶⁹ Ch. CHEVALLIER, H. XUAN, F.-X. ALBOUY, « Déterminants de l’inassurabilité du risque de longévité et marché de la rente viagère », *Revue française d’économie*, 2011/4, vol. XXVI, p. 82.

plus long que pour une vente classique. Le mécanisme bénéficie aux deux parties. L'État français n'est pas insensible à cette voie d'accession, comme en témoigne l'extrait suivant issu de la lettre de mission adressée par les ministres de l'économie et de l'équipement et du logement à l'inspection générale des finances : « *Offrir la possibilité de mobiliser une partie de la valeur de son logement, tout en conservant l'usage, pour se procurer des ressources complémentaires, notamment après avoir cessé son activité professionnelle, s'inscrit en cohérence avec le souhait du gouvernement qu'un plus grand nombre de ménages bénéficie des avantages de l'accession à la propriété* »⁴⁷⁰. L'accès à la propriété en vue de la transmission de son patrimoine peut néanmoins emprunter d'autres voies, comme l'indivision ou le démembrement de propriété par exemple.

140. Les risques qui pèsent sur le contrat de vente en viager sont identiques à ceux encourus à l'occasion de n'importe quelle autre relation contractuelle. Ils prennent cependant une ampleur significative, notamment à cause de la gravité du contrat — qui concerne le logement, partie significative de nombreux patrimoines. La protection de ces contrats se fait par le biais de l'autorité prétorienne. Le 29 mars 2018, un arrêt rendu par la Cour de cassation fut l'occasion de traiter de l'abus de faiblesse commis sur une crédièntière âgée et souffrant de dépression. « *En raison du complet déséquilibre des prestations imposées à la crédièntière, contrainte par le mécanisme des clauses contractuelles à quitter son logement à l'âge de 75 ans, en contrepartie d'une rente trop modeste pour lui permettre de subsister décentement* »⁴⁷¹.

B. LA LIEN ENTRE L'ÂGE ET LE DÉMEMBREMENT DE PROPRIÉTÉ

141. L'accès à la propriété, son développement et sa transmission sont des préoccupations légitimes. Alors que les processus d'accès et de développement sont largement le fait des actifs, l'accession au statut de retraité emporte une modification du rapport à la propriété. Les enjeux de maintien et de transmission de la propriété se font plus pressants, au fur et à mesure que l'âge augmente. Certains mécanismes juridiques, parmi lesquels on trouve le recours à l'usufruit (1), à l'indivision (2) ou aux sociétés civiles immobilières (3) tendent à faciliter ce processus.

⁴⁷⁰ Extrait de la lettre de mission adressée par les ministres de l'économie et de l'équipement et du logement à l'inspection générale des finances, 2004, in Avis et Rapports du Conseil économique et social, *Les viagers immobiliers en France*, étude présentée par C. GRIFFOND, 2008, p. 9.

⁴⁷¹ Extrait de : Cass. civ. 3^{ème}, 29 mars 2018, n° 17-13.641 et 17-13.963, non publié au bulletin.

1. L'âge et le recours à l'usufruit

142. L'article 578 de Code civil définit l'usufruit comme : « *Le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance* »⁴⁷². Le procédé consiste pour un propriétaire de faire bénéficier à une autre personne des fruits produits par la chose qu'il possède⁴⁷³. Le propriétaire est alors appelé "nu-propriétaire" et le bénéficiaire est nommé "usufruitier". Dans le cadre de l'organisation du patrimoine et de sa transmission, l'usufruit est apprécié pour ses avantages fiscaux⁴⁷⁴. Il s'agit du démembrement de propriété le plus fréquemment utilisé, notamment pour l'anticipation de la transmission du patrimoine familial. À cette fin, le propriétaire originel transmet par le biais de ce mécanisme, la nue-propriété à son bénéficiaire — son enfant par exemple —, et devient lui-même usufruitier⁴⁷⁵. Le procédé permet une transmission du patrimoine en douceur, puisque le propriétaire originel garde l'usage du bien, et bénéficie des fruits produits par le bien, et le nu-propriétaire pose déjà un pied dans la possession.

143. L'âge de l'usufruitier apparaît comme un véritable déterminant de la valeur du démembrement de propriété. En vertu de l'article 669 du Code général des impôts⁴⁷⁶, plus l'usufruitier est âgé, plus la valeur de l'usufruit diminue et plus la valeur de la nue-propriété augmente. L'âge permet de fixer la valeur de l'usufruit et corrélativement, celle de la nue-propriété,

⁴⁷² Art. 578 C. civ, issu de la loi du 30 janvier 1804, promulguée le 9 février 1804.

⁴⁷³ Pour rappel, les fruits sont des « *Biens de toute sorte (somme d'argent, biens en nature) que fournissent et rapportent périodiquement les biens frugifères (sans que la substance de ceux-ci soit entamée [...])*... ». Les fruits sont traditionnellement opposés aux produits, qui eux entraînent une altération de la substance de la chose. V. G. CORNU, *Op. cit.*, définition de fruits.

⁴⁷⁴ S. MAYER, *Op. cit.*, p. 340 : « *Si une personne âgée de 65 ans souhaite transmettre en ligne directe, avec réserve d'usufruit, des éléments de son patrimoine d'une valeur d'un million d'euros, les droits de donation seront calculés sur la base de six-dixièmes de la valeur de la pleine-propriété, soit 600000 euros. De même, si la personne qui donne la nue-propriété d'un bien a quarante-neuf ans, l'assiette des droits de donation sera égale à 40% de la valeur du bien en pleine-propriété* ».

⁴⁷⁵ L'usufruitier est réputé bénéficiaire des fruits du bien. En conséquence, c'est son patrimoine qui est visé par la matière fiscale. Les revenus imposables produits par un bien immobilier en usufruit entrent dans le calcul de l'impôt sur le revenu de l'usufruitier sauf si ce dernier s'en réserve la jouissance exclusive. Si l'immobilier est laissé vacant, alors il est assujéti à une taxe spécifique due par l'usufruitier. Lorsque l'usufruit concerne une valeur mobilière, les dividendes sont soumis à l'impôt sur le revenu au nom de l'usufruitier. En matière d'impôt de solidarité sur la fortune, l'usufruit fait également l'objet d'une conception ambiguë. Le démembrement de propriété peut n'emporter de conséquence que dans la seule orientation de l'impôt. Le poids n'est alors nullement partagé entre les protagonistes et seul le patrimoine de l'usufruitier est concerné. V. à ce propos : F. DOUET, *Op. cit.*, p. 391-394. V. également : G. BZOWSKI, L'instrumentalisation fiscale du droit de propriété, Thèse de Doctorat de Droit, 2011, p. 149. *Fondements légaux*, V. notamment : Art. 1400, II, CGI, tel que modifié par la L. n° 2017-256 du 28 février 2017 – art. 121 (V), de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, publiée au JORF n° 0051 du 1^{er} mars 2017, texte n° 1 ; Art. 885 G CGI, tel que modifié par la L. n° 2003-1311 du 30 décembre 2003 – art. 19 4°, dite loi de finances pour 2004, publiée au JORF n° 302 du 31 décembre 2003, p. 22530, texte n° 1.

⁴⁷⁶ Art. 669 du Code général des impôts, tel que modifié par la L. n° 2003-1311 préc. – art. 19.

pour « *la liquidation des droits d'enregistrement et de la taxe de publicité foncière* ». Dans ce cadre, la valeur de l'usufruit consenti à un usufruitier de 21 ans correspond à 90% de la valeur totale du bien. La nue-propriété ne vaut que les 10% restants. Ce rapport de force se modifie en fonction de l'âge de l'usufruitier. L'usufruit consenti à un usufruitier de plus de 31 ans correspond à 80% de la valeur totale du bien, là où la nue-propriété représente 20%. À 41 ans, le rapport tombe à 70/30%, à 51 ans, 60/40% et ainsi de suite. Le législateur fiscal a poursuivi ce barème jusqu'à l'âge de 91 ans révolus. « *Les valeurs relatives des droits démembrés varient donc en fonction de l'âge de l'usufruitier. Plus l'usufruitier est jeune, plus la valeur est faible et par conséquent plus les droits de donations réduits* »⁴⁷⁷. L'économie fiscale représentée par l'usufruit est d'autant plus importante que l'usufruitier — donc le donateur souhaitant encore profiter de son bien — est jeune. Ce barème comporte donc une dimension incitative à l'organisation de la propriété.

La distinction fondée sur l'âge ne trouve pas à s'appliquer pour les usufruits constitués pour une durée fixe, qui sont estimés à « *23% de la valeur de la propriété entière pour chaque période de dix ans de la durée de l'usufruit, sans fraction et sans égard à l'âge de l'usufruitier* ». La subtilité opérée se justifie par l'objectif poursuivi par un usufruit assorti d'un terme et de celui accordé sans durée fixe. Ce dernier répond à une volonté de transmission. En revanche, l'usufruit temporaire — et plus particulièrement la donation d'usufruit temporaire⁴⁷⁸ — n'est pas sans avantages, puisqu'il offre une « *optimisation de l'impôt de solidarité sur la fortune en ce qu'il permet au donateur d'exclure le bien de son patrimoine taxable pour une durée déterminée* »⁴⁷⁹.

2. L'âge et le recours à l'indivision

144. L'indivision se définit comme l'état qui caractérise un bien sur lequel plusieurs personnes ont un droit de même nature⁴⁸⁰. Elle consiste donc en la possession partagée d'une chose en dehors

⁴⁷⁷ S. MAYER, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁷⁸ Originellement connu sous le nom d'« abandon d'usufruit », ce dispositif permet le transfert de l'un des éléments de la propriété. Le procédé permet au donateur de se dessaisir de l'usufruit pour une certaine durée. Les fruits du bien dont la propriété est démembrée n'entrent plus dans le calcul de son impôt de solidarité sur la fortune. En revanche ces mêmes fruits bénéficient au tiers bénéficiaire pour la durée de la donation. Afin d'éviter les abus de droit, l'administration fiscale a fixé certaines conditions renforcées en matière de donation à une personne physique. Il faut notamment que la donation ne soit pas uniquement guidée par l'intérêt fiscal de l'optimisation de l'impôt de solidarité sur la fortune. L'intention libérale doit être présente, pour faire échec au risque de l'abus de droit. L'une des jurisprudences fondatrices en la matière fut rendue en décembre 1940. V. à ce propos : Cass. civ. 16 décembre 1940, dit « *TIGNON* », JCP 1941, II, 1655, note P. VOIRIN.

⁴⁷⁹ P. EYSSARTIER, *La gestion de patrimoine privé à l'épreuve de l'abus de droit fiscal*, Thèse de Doctorat de Droit, 2014, p. 308.

⁴⁸⁰ G. CORNU, *Op. cit.*, V. à Indivision.

de personnalité morale propre⁴⁸¹. La doctrine s'accorde à lui reconnaître une certaine autonomie. Concrètement, l'indivision peut permettre d'accéder plus facilement à la propriété. Mobilisée au sein d'une même famille elle contribue à élargir le patrimoine commun.⁴⁸² Au-delà de ce cadre l'indivision présente certaines limites qui justifient qu'on lui préfère parfois la société civile immobilière. En matière d'acquisition d'un bien via l'indivision, chacun des membres est propriétaire de sa propre part investie.

Le droit de l'indivision entre en œuvre en matière de succession. « *Dès lors qu'une personne décède et laisse plusieurs héritiers, ceux-ci ont un même droit sur le patrimoine du défunt, plus précisément sur une masse identifiée de biens. Les articles 815 et suivants du code civil ont vocation à s'appliquer à compter du décès pour déterminer les droits et obligations de chaque indivisaire* »⁴⁸³. Le décès joue ici le rôle d'élément déclencheur de l'indivision, laquelle perdurera jusqu'au partage des biens entre les héritiers. Lorsque la succession comporte un bien immeuble vacant, ce dernier peut être frappé d'une taxe assise sur sa propre valeur locative foncière brute⁴⁸⁴. L'indivision successorale en pareil cas emporte en principe le partage du poids de la taxe entre chaque héritier indivisaire⁴⁸⁵. Afin d'éviter les règles contraignantes de l'indivision⁴⁸⁶, certains se laissent séduire par le « charme discret des sociétés civiles immobilières »⁴⁸⁷.

V. également à ce propos : S. TISSOT, Effectivité des droits des créanciers et protection du patrimoine familial, Thèse de Doctorat de Droit, 2015.

⁴⁸¹ Cass. civ. 3^{ème}, 3 oct. 2007, n° 06-16716, publié au bulletin : « *L'indivision n'est pas une personne morale* ». Le régime de l'indivision peut concerner de nombreuses catégories de biens — corporels, incorporels, mobiliers ou immobiliers. Par principe l'indivision est temporaire — exception faite de l'indivision forcée perpétuelle des caveaux, tombeaux ou sépultures familiaux etc... Principe énoncé par l'Art. 815 C. civ. tel que modifié par la L. n° 2006-728, préc.

⁴⁸² La L. n° 2006-728 du 23 juin 2006, *Portant réforme des successions et libéralités*, publiée au JORF n° 145 du 24 juin 2006, p. 9513, texte n° 1.

⁴⁸³ Ch. ALBIGES, « Indivision, généralités », in E. SAVAUX, et al (dir), *Répertoire de Droit civil*, Dalloz, 2011

⁴⁸⁴ Art. 232 CGI, tel que modifié par la L. n° 2017-256 du 28 février 2017 préc. , – art. 100.

⁴⁸⁵ G. BZOWSKI, *Op. cit.*, loc. cit.

⁴⁸⁶ V. à ce propos : M. SIERACZEK-ABITAN, « Les avantages fiscaux de la société civile immobilière », *Revue française Comptabilité*, 2001, n° 334 ; « *La SCI évite l'indivision entre les associés qui sont détenteurs de parts et non de fractions indivises de l'immeuble. Le passif attaché à la SCI (apports en compte courant des associés ou emprunt bancaire) se déduit de la valeur de l'immeuble, ce qui réduit d'autant la valeur des parts à transmettre* ». V. également à ce propos : R. GAUDET, « La SCI est-elle un instrument de défiscalisation ? », *Les Petites affiches*, Lextenso Édition, 2012, n° 70, p. 6.

⁴⁸⁷ M. COZIAN, « Le charme des sociétés civiles immobilières : charme intact ou charme fané » Conférence association Droit et Commerce, Tribunal de Commerce de Paris, 8 décembre 2003, *Revue de jurisprudence Commerciale*, THOMSON REUTERS transactive, 2004, n° 2.

3. *L'intérêt des sociétés civiles immobilières*

145. La société civile immobilière⁴⁸⁸ porte en elle cet « *effet qualitativement le plus important qu'un contrat puisse développer* »⁴⁸⁹ décrit par Jean-Marc MOUSSERON : la capacité créatrice d'une structure. En cela la société civile immobilière est un instrument « *merveilleux* »⁴⁹⁰ et « *privilegié* »⁴⁹¹ de gestion et de transmission du patrimoine. Les sociétés civiles sont bel et bien légion⁴⁹², comme le veut l'expression doctrinale. Unissant au moins deux associés, la société civile immobilière permet le passage du patrimoine tant personnel (a) que professionnel (b). Cette personnalité morale présente de nombreux avantages en matière de gestion fiscale.

a. *La transmission du patrimoine personnel*

146. La propriété partagée n'est pas uniquement accessible par le biais de l'indivision. Les familles peuvent également opter pour la société civile immobilière — SCI —, qui fait partie des contrats de société de type civil. À ce titre, elle est dotée d'une personnalité morale propre⁴⁹³ et doit donc être soumise à des statuts dont le contenu — le *negotium* — est libre⁴⁹⁴. Grâce à ce mécanisme les membres d'une famille peuvent participer à raison de leurs facultés respectives, à l'acquisition d'un ou de plusieurs biens immeubles au profit de la société⁴⁹⁵. L'entité possède un patrimoine propre, qui se distingue de ceux des membres personnes physiques qui la composent. Il se crée à

⁴⁸⁸ M. COZIAN, *Op. cit.*, p. 1 : « Au premier janvier 2003, ces dernières (les sociétés civiles) étaient au nombre de 700 000, ce qui représente tout de même près du tiers de l'ensemble des sociétés, qu'elles soient civiles ou commerciales. Le plus remarquable — ou le plus inquiétant — c'est que le rythme des créations s'amplifie d'une année sur l'autre. Le nombre des sociétés civiles immobilières a ainsi augmenté de 44% entre 1999 et 2002, ce qui donne une croissance de 10% par an. Les sociétés civiles immobilières sont donc à la mode, trop peut-être. Voilà qui mérite réflexion ».

⁴⁸⁹ P. MOUSSERON *et. al.*, *Technique contractuelle*, Ed. Francis LEFEBVRE, 5^{ème} édition, 2017, p. 450.

⁴⁹⁰ M. COZIAN, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁹¹ M. FOURRIQUES, « Contrôle fiscal des SCI familiales : droit de communication et contrôle sur place », *Les Petites affiches*, Lextenso Édition, 2006, n° 184, p. 3.

⁴⁹² M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Ed. Litec groupe Lexis Nexis, Coll. Manuels juris classeur, 15^{ème} éd., 2002, n° 1493.

⁴⁹³ M. COZIAN, *Op. cit.*, p. 3 : « La société civile immobilière ne doit pas être considérée comme un vulgaire « chiffon de papier » ; la société, même civile, même patrimoniale, est un être unique doté d'une vie autonome. Il faut donc faire vivre cette société et respecter scrupuleusement les rituels de cette vie juridique ».

⁴⁹⁴ K. MEGHRAOUI, « Les enjeux juridiques, comptables et fiscaux de la SCI », *Les Petites Affiches*, Lextenso, 2016, n° 253, p. 14.

⁴⁹⁵ V. Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mars 2002, n° 99-15598, publié au bulletin : « Attendu que pour débouter la caution de sa demande, la cour d'appel a retenu que l'obligation d'information s'applique à des prêts consentis à des entreprises ou à des commerçants à l'exclusion des sociétés immobilières ; Qu'en statuant ainsi, sans relever que la SCI RBK n'avait pas une activité économique propre à caractériser une entreprise au sens du texte susvisé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a également eu l'occasion de se prononcer sur la notion de SCI familiale, dans un arrêt CA Aix-en-Provence, 11 septembre 2007, n° 06/06990, Grandi c/ CRCAM Alpes Provence et autres

partir des apports effectués par les membres de la SCI⁴⁹⁶. Ces derniers doivent s'astreindre à organiser la “vie juridique” de la SCI en nommant un gérant⁴⁹⁷, en organisant des délibérations et en tenant une comptabilité⁴⁹⁸.

Le recours à une société civile immobilière est intéressant⁴⁹⁹ à l'égard de l'assiette des droits de donation. Cet intérêt a maintes fois été reconnu par les juges⁵⁰⁰. Il permet notamment de simplifier le partage d'un patrimoine immobilier entre les descendants. La nature même d'un bien immobilier fait qu'il est difficilement partageable autrement⁵⁰¹. De même, l'existence d'un lot de biens immeubles reste complexe, chacun possédant sa valeur et des revenus différents. La SCI « *permet la préservation des intérêts familiaux en autorisant la composition de lots équilibrés en répartissant, par exemple, les risques locatifs* »⁵⁰². L'utilisation de ce mécanisme est particulièrement attrayant pour les personnes âgées, puisque la vie contribue à les placer dans une situation idéale à la réalisation des objectifs d'une SCI — ils possèdent généralement et le patrimoine et les héritiers. La chambre commerciale de la Cour de cassation⁵⁰³ eu l'occasion de consacrer cet élément comme une composante de la liberté d'optimisation fiscale. Le caractère libéral de la matière fiscale s'exprime ici : le décès d'un associé n'entraîne pas de facto la dissolution de la société⁵⁰⁴. Celle-ci est normalement amenée à survivre au membre défunt, dont les parts sociales sont réparties entre ses héritiers. Ainsi, si la SCI a été créée entre un parent et ses

⁴⁹⁶ Ces apports peuvent être purs et simples, à titre onéreux ou mixtes. À *ce propos* : F. DOUET, *Op. cit.*, p. 346 s.

⁴⁹⁷ Les défauts de précisions quant au pouvoir du gérant ont notamment fait l'objet d'un contentieux en octobre 2013. Les juges de cassation ont ainsi consenti à l'annulation de la vente d'un bien immobilier par la gérante d'une SCI. La sanction du silence des statuts est désormais posée. La réaction prétorienne se justifie à l'égard de la sensibilité qui affecte souvent le patrimoine familial inséré dans une SCI. V. à *ce propos* : Cass. 3^{ème} civ, du 20 octobre 2013, n° 12-22.720.

⁴⁹⁸ K. MEGHRAOUI, *Op. cit.*, *loc. cit.* V. également : Art. 1855 C. civ, tel que créé par la L. n° 78-9 du 4 janvier 1978, publiée au JORF du 5 janvier 1978, p. 179 : « *Les associés ont le droit d'obtenir, au moins une fois par an, communication des livres et des documents sociaux, et de poser par écrit des questions sur la gestion sociale auxquelles il devra être répondu par écrit dans le délai d'un mois* », Art. 1856 C. civ, tel que créé par la L. n° 78-9 du 4 janvier 1978 préc.

⁴⁹⁹ La constitution d'une société civile immobilière n'est soumise à aucun capital social minimum, si bien que le mécanisme est ouvert à toutes les bourses — bien que le fonctionnement de la SCI, et les biens immeubles qui la composent ne sont pas exempts de frais de gestion. La petitesse du capital social d'une SCI bénéficie d'un faible coût fiscal en matière de transmission. En revanche, le risque de réaliser une plus-value est plus important. V. à *ce propos* R. GAUDET, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁰⁰ Cass. com. 4 novembre 2008, n° 07-19.870, F.-D, DGI c/ BENETEAU.

⁵⁰¹ R. GAUDET, *Op. cit.*, *loc. cit.* : « Il est plus facile de transmettre des parts à des enfants par exemple que d'attribuer des lots de nature et de valeur différentes ».

⁵⁰² D. FAUCHER, « Quand les charmes de l'apport en nue-propiété à une société civile immobilière suivi de donation des parts sont définitivement reconnus », *La revue fiscale du patrimoine*, Lexis Nexis édition, n° 12, 2008, comm. 139.

⁵⁰³ Cass. Com. 26 mars 2008, n° 06-21.944.

⁵⁰⁴ Art. 1870 C. civ, tel que créé par la L. n° 78-9 du 4 janvier 1978 préc.

enfants, le décès du parent entraîne le partage de ses parts sociales entre ses enfants et associés⁵⁰⁵. La constitution d'une SCI familiale permet également d'organiser le logement des ascendants, tout en présentant des avantages fiscaux certains. Si ces derniers décident de placer leur logement dans le patrimoine de la SCI, et d'en garder l'usage, le revenu potentiellement tiré d'une location à un tiers n'est pas imposable. La constitution d'une SCI n'est pas uniquement favorable à la transmission du patrimoine personnel. Le patrimoine professionnel n'est pas laissé pour compte.

b. La transmission du patrimoine professionnel

147. Lorsqu'une personne s'emploie à créer une entreprise et à la développer, il est cohérent qu'elle puisse aspirer en faire bénéficier ses héritiers. « *La transmission du patrimoine professionnel est un enjeu essentiel pour tout chef d'entreprise souhaitant assurer la continuité de son exploitation par le biais de ses enfants et ainsi pérenniser le fruit d'une vie de travail* »⁵⁰⁶. Le patrimoine immobilier est composé de l'ensemble des biens immeubles acquis par le prisme de la vie professionnelle du chef d'entreprise. À cet égard, la SCI permet de mettre à disposition de la société commerciale certains biens immobiliers et se place donc dans la peau d'un bailleur bienveillant. La société commerciale devient locataire de l'immeuble⁵⁰⁷. La relation est *a priori* saine puisque l'objectif de réussite est communément partagé par les membres de la société civile et ceux de la société commerciale. La SCI joue le rôle de lien entre le patrimoine personnel et le patrimoine professionnel. La relation juridique entre société civile et société commerciale est simplifiée, et la transmission du patrimoine est facilitée, pour le bien de la famille.

148. L'objectif transversal de gestion du patrimoine existant entre une société commerciale et une société civile doit être poursuivi avec prudence. La proximité des deux entités juridiques ne doit pas constituer un risque trop fort sur l'une ou sur l'autre. Dépôt de bilan, procédure de redressement ou encore procédure de liquidation sont autant de maux qui peuvent affecter ces sociétés. Il est capital pour la préservation du patrimoine familial que ces périls ne rejaillissent pas

⁵⁰⁵ En vertu de l'article 1879-1 du Code civil, les héritiers ou légataires qui ne sont pas associés à la SCI et qui ne souhaitent pas le devenir, se voient versés par la société le montant des parts sociales qui leur sont dévolues. V. Art. 1870-1 C. civ, tel que créé par la L. n° 78-9 du 4 janvier 1978 préc.

⁵⁰⁶ A. GILLET, « Patrimoine professionnel : le recours à la SCI comme méthode de gestion et transmission du patrimoine immobilier », *Les Petites affiches*, Lextenso Édition, 2015, n° 202, p. 6.

⁵⁰⁷ H. BERTHOUD-RIBAUTE, « Le sort de la société civile immobilière dans la procédure collective », *RTD com.* Dalloz édition, 2003, p. 259 « Pour limiter les risques inhérents à toute activité économique, la pratique propose de loger l'immobilier de l'entreprise au sein d'une société civile immobilière qui le loue à une société d'exploitation, propriétaire des équipements professionnels et constituée sous la forme d'une structure sociale organisant la limitation de la responsabilité des associés ».

sur ces sociétés si intimement liées. C'est pour cela que « *le droit des procédures collectives impose une grande rigueur dans l'organisation de leurs relations afin de ne pas mettre en échec la séparation des patrimoines visant à éviter l'extension d'une éventuelle procédure d'une société à l'autre* »⁵⁰⁸. L'activité entièrement consacrée à la propriété de biens immeubles ne permet pas de lui reconnaître un caractère économique à la société civile immobilière. Malgré sa nature juridique une SCI n'est pas susceptible de faire l'objet d'une procédure de redressement direct. Sa qualité de personne morale n'en fait pas pour autant une entreprise au sens d'entité productive. Cependant, cette position ne répond pas à la question de savoir si une SCI peut faire l'objet d'un redressement par le biais de la société commerciale avec laquelle elle entretient des liens étroits⁵⁰⁹. Dans ce cadre de réflexion, les juges adoptent une appréciation *in concreto* ainsi qu'une analyse résolument fonctionnelle de l'entreprise⁵¹⁰.

L'organisation de la transmission revêt de multiples autres formes, et ne se limite pas au démembrement de la propriété ou à la création d'une société civile.

II. LA TRANSMISSION TRADITIONNELLE ANTE ET POST MORTEM

« *C'est parce que la propriété est héréditaire qu'elle peut faire de grandes choses* ».

CARBONNIER⁵¹¹

149. L'augmentation de l'espérance de vie permet aux générations successives de partager des moments de vie plus long. Les rapports de transmission s'en trouvent modifiés. Historiquement, la transmission *post mortem* du patrimoine des parents permettait aux enfants de construire leur propre patrimoine. Ce n'est généralement plus le cas aujourd'hui, car les parents survivent à la période de construction du patrimoine de leurs enfants. Afin de préserver la vocation constructive du patrimoine, la pratique de transmission s'est orientée vers la phase *ante mortem*. Le législateur ne

⁵⁰⁸ A. GILLET, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁰⁹ H. BERTHOUD-RIBAUBE, *Op. cit.*, *loc. cit.* : « *S'il est acquis que la société civile immobilière ne répond pas à la notion d'entreprise susceptible d'être redressée, il faut se poser la question de savoir si son redressement ne peut pas être justifié par celui d'une entreprise, elle-même redressée, dont la société civile immobilière est le support immobilier* ».

⁵¹⁰ Les créanciers d'une société commerciale liée à une SCI peuvent recourir à deux voies d'actions. La première s'emploie à dénoncer la fictivité de la société civile, la seconde s'attache à l'existence de « flux financiers anormaux », soit de la confusion entre les patrimoines des deux sociétés. Sur ce point, la Cour de cassation adopte une position cohérente à l'égard de l'objet social de la SCI. L'identité de la ou des personne(s) physique(s) qui dirige(nt) à la fois une société d'exploitation et une SCI n'implique pas *de facto* que la seconde société soit le résultat d'un montage fictif.

⁵¹¹ J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ édition, 10^{ème} édition, 2001, p. 384.

nie aucunement la possibilité de chacun d'organiser la transmission de son patrimoine. Au contraire, la lettre de l'article 721 du Code civil⁵¹² suggère la vocation subsidiaire de la succession — dans le sens d'une méthode de transmission *in fine* — dans le mécanisme de transmission. Ce positionnement se trouve renforcé du fait de l'allongement de l'espérance de vie et de la modification corrélative de l'utilisation du patrimoine.

Les libéralités permettent de disposer de ses biens de son vivant (A). En conséquence, l'actif successoral se compose de ce qu'il reste du patrimoine au moment du décès du défunt (B).

A. LA TRANSMISSION ANTE MORTEM DU PATRIMOINE

150. Les consonances des deux vocables liberté et libéralité sont si proches, qu'elles ont amené Madame Yvonne FLOUR, à interroger les liens intrinsèques à ces deux concepts. « *Est libéral celui qui aime à donner. Dans un autre sens cependant (qui est d'ailleurs le premier), est libéral ce qui est digne d'un être libre. Le rapprochement est beau, qui suggère que le don est la manifestation la plus haute de la liberté agissante* »⁵¹³. La liberté s'exprime à travers la libéralité sous une forme bienveillante et dans le souci de l'autre. Malgré cette dimension on ne peut plus positive le législateur fait montre d'une certaine hostilité à la libéralité. La crainte principale porte sur la réalité de la liberté du donneur. La seconde, sous-jacente, réside au cœur du rapport de force entre la donation en elle-même et le patrimoine dont elle est extraite. À cet égard, le législateur apparaît plus favorable aux donations réalisées au niveau intrafamilial. Les donations extérieures au cadre "de sang" sont contrôlées et limitées de façon plus stricte que celles évoluant dans le cadre familial. Les deux types entrent d'ailleurs en concurrence, notamment parce que les libéralités extrafamiliales sont perçues comme dépouillant un patrimoine personnel devant, par vocation, revenir aux héritiers⁵¹⁴.

151. Le souhait pour une personne âgée de réaliser des donations au profit de membres de sa famille est relayé par des abattements fiscaux qui varient selon le lien de parenté entre les protagonistes. Les donations effectuées par un grand-parent au profit de ses petits enfants bénéficient d'un abattement pouvant s'élever à 31 865 €. Les donations consenties aux arrières petits-enfants — situation qui est appelée à se développer du fait de l'allongement de la durée de

⁵¹² Art. 721 C. civ. tel que modifié par la L. n° 2001-1135 préc. – art. 18.

⁵¹³ V. à ce propos Y. FLOUR, « Libéralités et libertés. Libéralités et personnes physiques », *Defrénois*, Lextenso Édition, 1995, n° 17, p. 993.

⁵¹⁴ Y. FLOUR, *Op. cit.*, loc. cit.

vie — sont limitées à 5 310 €. Une fois ces abattements déduits, un taux progressif d'imposition est appliqué. Ce taux va de 5 à 55% selon le montant de la donation effectuée et le degré de parenté entre le donneur et le receveur⁵¹⁵. Cette divergence de traitement corrobore la vision nucléaire de la famille, qui est réduite au couple et à ses descendants⁵¹⁶.

152. Les donations ne sont pas l'exclusivité des membres d'une même famille et certains étrangers du lien de sang sont parfois gratifiés de dons. Le législateur a expressément exclu certaines personnes ou plutôt certaines professions de la possibilité de recevoir une donation. C'est le cas des médecins⁵¹⁷, des pharmaciens, des auxiliaires médicaux, et des mandataires judiciaires à la protection des majeurs⁵¹⁸. Cette incapacité à recevoir touche également les ministres du culte⁵¹⁹. En revanche les auxiliaires de vie ne sont pas frappés par cette incapacité à recevoir⁵²⁰. Le contrôle touche particulièrement les donations réalisées par des personnes âgées.

B. LA TRANSMISSION POST MORTEM DU PATRIMOINE ET SON IMPOSITION

153. Le législateur a mis en place des priorités⁵²¹ en matière de succession. Les successions *ab intestat*⁵²² reconnaissent au conjoint survivant⁵²³ une place privilégiée, qui témoigne de la hiérarchie⁵²⁴ imposée par le législateur. À défaut de conjoint survivant, la transmission lignagère

⁵¹⁵ V. Art. 777 CGI, tel que modifié par la L. n° 2014-1655 du 29 décembre 2014 – art. 61, *de finances rectificative pour 2014 (1)*, publiée au JORF n° 0301 du 30 décembre 2014, p. 22898, texte n° 3.

⁵¹⁶ Entre frères et sœurs les donations effectuées sont gratifiées d'un abattement de 15 932 €. En revanche celles qui ont lieu entre les oncles et tantes et leurs neveux et nièces ne bénéficient d'un abattement limité à 7 967 €.

⁵¹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 15 janvier 2014, n° 12-22950, publié au bulletin.

⁵¹⁸ Art. 909 al 1 C. civ, tel que modifié par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 – art. 9, *portant réforme de la protection juridique des majeurs (1)*, publiée au JORF n° 56 du 7 mars 2007, p. 4325, texte n° 12.

⁵¹⁹ C. LACOUR, « La personne âgée vulnérable : entre autonomie et protection », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2009/4, n° 131, p. 197.

⁵²⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 25 septembre 2013, n° 12-25.160, publié au bulletin.

V. à ce propos B. VAREILLE, « L'aide-ménagère n'est pas soumise à l'incapacité légale de recevoir de l'article 909 du Code civil », *Defrénois*, Lextenso édition, 2014, n° 13-14, p. 764 ; V. également E. BOURRIE, « La capacité de recevoir à titre gratuit de l'aide-ménagère à nouveau dans la tourmente », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2013, p. 639.

⁵²¹ Art. 720 C. civ. tel que modifié par la L. n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 - art. 18, publiée au JORF n° 281 du 4 décembre 2001, p. 19279, texte n° 1, et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002.

⁵²² C'est-à-dire que le défunt n'a pas laissé de testament témoignant de sa volonté de transmission. Cette forme de succession correspond à la succession organisée par la loi.

⁵²³ Art. 732 C. civ, tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 - art. 29, *Portant réforme des successions et libéralités*, publiée au JORF n° 145 du 24 juin 2006, p. 9513, texte n° 1, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007 : « Est conjoint successible le conjoint survivant non divorcé ».

⁵²⁴ Art. 734 C. civ, tel que modifié par la L. n° 2001-1135 préc. Cet article est complété et précisé par les articles 735 et s. du même Code : « En l'absence de conjoint successible, les parents sont appelés à succéder ainsi qu'il suit : 1° Les enfants et leurs descendants ; 2° Les père et mère ; les frères et sœurs et les descendants de ces derniers ; 3° Les ascendants autres que les père et mère ; 4° Les collatéraux autres que les frères et sœurs et les

est favorisée⁵²⁵ sans distinction quant au mode d'établissement de la filiation⁵²⁶ ni quant à l'ordre de naissance⁵²⁷. L'article 912 du Code civil⁵²⁸ s'emploie à fixer les contours des notions de réserve héréditaire⁵²⁹, et de quotité disponible. Cette dernière part du patrimoine, laissée à la discrétion du disposant est variable selon le nombre de descendants appelés à la succession.

Les successions *ab intestas* ou par voie testimoniale sont imposables⁵³⁰ de façon identique. L'impôt sur les transmissions familiales est bien plus modeste que celui qui pèse sur la détention du capital⁵³¹. Malgré cela, il pâtit d'une immense impopularité, d'autant que l'acquittement des frais de succession peut parfois contraindre les héritiers à se séparer de tout ou partie du patrimoine légué. Le patrimoine net est réparti entre les héritiers en fonction des dispositions légales ou testimoniales. De la part dévolue à chaque héritier doit être déduit le montant de l'abattement légal. Cet abattement varie en fonction du lien de parenté entre l'héritier et le *de cuius*. Ainsi, la relation filiale ouvre droit à un abattement allant jusqu'à 100 000 €.

154. Depuis la loi TEPA du 21 août 2007, le conjoint survivant est totalement exonéré de frais de succession⁵³². Les avantages fiscaux qui découlent de la répartition ou de l'exonération des frais

descendants de ces derniers. Chacune de ces quatre catégories constitue un ordre d'héritiers qui exclut les suivants ».

⁵²⁵ V. à ce propos P. MURAT, « Les enjeux d'un droit de la filiation. Le droit français et l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Informations sociales*, CNAV, 2006/3, n° 131, p. 6-21.

⁵²⁶ Art. 733 C. civ., tel que modifié par l'Ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 17, publiée au JORF n° 156 du 6 juillet 2005, p. 11159, texte n° 19, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006. Pour rappel, l'égalité entre les enfants légitimes et naturels date de 1972. La discrimination des enfants adultérins a perduré jusqu'à la réforme du 3 décembre 2001 (L. n° 2001-1135 préc.) venue rénover l'art. 733 C. civ. Ces enfants subissaient des restrictions dans leurs droits successoraux. La France avait été condamnée par la CEDH à l'occasion de l'arrêt MAZUREK c. France du 1^{er} février 2000.

⁵²⁷ Art. 735 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2001-1135 préc.

⁵²⁸ Art. 912 C. civ., tel que créé par la L. n° 2006-727 du 23 juin 2006 – préc., art. 9, 11 et 12.

⁵²⁹ Extrait de l'art. 912 C. civ., préc : « *La part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent* »

⁵³⁰ A. MASSON, « Comment justifier une augmentation impopulaire des droits de succession », *Revue de l'OFCE*, OFCE, 2015/3, n° 139, p. 268 : « *En France, les recettes globales des impôts sur le patrimoine des particuliers s'élèvent à quelque 70 milliards d'euros, soit 3,5 % du Produit Intérieur Brut (PIB)* ». Les impôts sur les transmissions familiales, appelés droits de mutation à titre gratuit font partie de ces recettes.

⁵³¹ A. MASSON, *Op. cit.*, loc. cit. : « *L'impôt sur les transmissions familiales rapporte ainsi 6 à 7 fois moins environ que l'impôt sur la détention du patrimoine et de ses fruits. Et le ratio est de l'ordre de 1 à presque 20 si l'on rapporte l'impôt successoral à l'ensemble des taxes sur le capital, incluant outre le patrimoine des particuliers le capital détenu par les entreprises et les sociétés mais aussi par les entrepreneurs individuels (soit 9 à 10 % du PIB au total). Cette forte préférence de la société française pour la taxation de la détention du patrimoine des ménages (ou du capital) plutôt que de sa transmission n'est pas spécifique : elle est plutôt plus marquée dans les autres pays de l'OCDE. En outre, elle a une tendance à s'accroître presque partout au cours des dernières décennies : alors que, rapportées au PIB, les recettes fiscales sur la détention du patrimoine ou du capital présentent un profil plat ou croissant dans la plupart des pays, les droits de succession ont en général diminué quand ils n'ont pas été purement supprimés* ».

⁵³² L. n° 2007-1223 du 21 août 2007, *en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*, publiée au JORF n° 193 du 22 août 2007, p. 13945, texte n° 1.

de succession ne sont pas anodins. De même l'établissement de ces "ordres d'arrivée" dans la vocation successorale témoignent de choix légaux orientés⁵³³. La position de conjoint survivant, dans l'ordre de dévolution successorale a fait l'objet de nombreuses subversions au fil de l'Histoire. Ces changements accompagnent la réduction constante de la notion de famille et de son patrimoine⁵³⁴. La famille est aujourd'hui réduite à un noyau dur⁵³⁵, au sein duquel on trouve : Les parents, les enfants et les petits-enfants⁵³⁶.

155. Les enfants se trouvent favorisés par les règles applicables aux successions *ab intestas*, au détriment des collatéraux. La justification éclaire largement le choix législatif. « *En favorisant la succession testamentaire au profit des enfants, le législateur cherche à transmettre le patrimoine là où il se trouve, c'est-à-dire des seniors à la génération montante* »⁵³⁷. La logique poursuivie est résolument moderne. La quintessence de la succession a évolué. L'objectif n'est plus tant de transmettre un seul et unique patrimoine, mais de permettre à l'ensemble des ayants droits d'être favorisés dans la construction de leur propre vie.

Ces classements préférentiels ne sont pas du seul fait du législateur. En effet, le choix du conjoint ou des descendants reflète la position adoptée par ce dernier — au regard des règles légales — ou par le testateur, — au regard des dispositions présentes dans le testament dérogeant aux règles légales. Ces positions font également l'objet de choix orientés en ce qui concerne les successions testamentaires. Certaines "entorses" à l'égalité entre les enfants sont tolérées lorsque l'enfant favorisé s'est chargé du soin des parents. Dans cette hypothèse, le droit des successions est cohérent

⁵³³ H. BOSSE-PLATIERE, *Op. cit.*, p. 78 : « Il appartient à la Loi successorale de désigner les héritiers susceptibles de venir à une succession. Cette désignation renvoie nécessairement à des choix de société où se reflète une certaine conception de la famille et des liens de famille ».

⁵³⁴ H. BOSSE-PLATIERE, *Op. cit.*, p. 83 : « Le rétrécissement de la famille autour du couple et des enfants, une prétendue distanciation psychologique des individus par rapport à l'idée de patrimoine familial, la plus grande circulation des biens, l'importance accrue des valeurs mobilières sur les valeurs immobilières, traditionnellement davantage porteuses d'affectation familiale, expliquent sans doute ce recul constant du principe de conservation des biens dans les familles. La nouvelle place accordée au conjoint en constitue la preuve la plus éclatante. Si ce dernier avait des droits réduits dans les pays de coutume, c'est justement parce qu'il était une "pièce rapportée", un "avatar" susceptible de venir perturber la transmission du patrimoine de la famille lignagère. Le développement des familles recomposées semble presque sonner le glas de l'affectation familiale des biens ».

⁵³⁵ Malgré cette réduction, les familles se trouvent parfois territorialement éclatées. À cet égard, l'unification du droit international privé des États membres de l'Union européenne apparaît comme une simplification bien venue. V à ce propos R. n° 650/2012, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de succession et à la création d'un certificat successoral européen. V. également V. LEGRAND, « Le nouveau droit international privé des successions », *Les Petites Affiches*, Lextenso Édition, 2015, n° 99, p. 6.

⁵³⁶ S. PIEDELIEVRE, « Réflexions sur la réforme des successions », *La Gazette du Palais*, Lextenso éd., 2002, n° 096, p. 2.

⁵³⁷ H. BOSSE-PLATIERE, *Op. cit.*, p. 86.

avec les soutiens fiscaux accordés aux aidants ou aux personnes investissant au profit de la lutte contre la dépendance d'un proche⁵³⁸. « *Il est admis que l'héritier qui, par ses peines et soins, a dépassé son devoir légal envers ses parents, est en droit de solliciter une indemnité sur la succession* »⁵³⁹. La liberté nouvellement octroyée aux testateurs met en lumière un élan de privatisation du droit des successions⁵⁴⁰.

⁵³⁸ E. SCHIJMAN, « L'héritage des pauvres. Économie et relations affectives en Argentine », *Ethnologie française*, éd. PUF, 2017/1, n° 165, p. 142 : « *Lorsqu'il y a des enfants malades, la volonté des parents est de laisser la maison à celui qui fait preuve d'une plus forte attention envers eux, s'assurant ainsi de leur prise en charge. Le choix de l'héritier naît à l'intérieur de la maisonnée. Ces pratiques s'écartent naturellement du droit des successions qui, en Argentine comme en France, prévoit un partage égalitaire entre les descendants. En France, la jurisprudence valide partiellement cette entorse, notamment lorsque l'un des enfants a consacré plusieurs années de sa vie à prendre soin de son père ou de sa mère, à travers la notion de "enrichissement sans cause"* ».

⁵³⁹ J. HAUSER in E. SCHIJMAN, *Op. cit.*, p. 143.

⁵⁴⁰ H. BOSSE-PLATIERE, *Op. cit.*, p. 92.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

156. À l'heure où les effets de la transition démographique se font ressentir de façon plus pressante, la vieillesse semble toujours répondre à une conception partielle et utilitariste. Le droit social organise le financement de la période post-active, d'un côté avec une emprise commune mise en œuvre par le prisme du système de retraite, de l'autre avec une emprise spéciale à travers les mesures de soutien social. La question du financement est récurrente.

Les personnes âgées font l'objet d'un contrôle social complexe composé de normes prescriptives et spécifiques⁵⁴¹. Les politiques sociales⁵⁴² reposent sur un rapport de droits et d'obligations, — les premiers n'étant accordés qu'en vertu des secondes —, ainsi que sur le principe de solidarité. La population occupe une place centrale, puisqu'elle finance et bénéficie à la fois de la politique sociale. La retraite, à l'instar des autres formes de soutien social en faveur de la vieillesse, est guidée par ce rapport de force entre le financement du système et l'attribution de prestations. L'équilibre fragile est largement mis à mal du fait du changement démographique. Le rapport entre les cotisants et les pensionnés se trouve dénaturé. De son côté, il est apparu que l'action médico-sociale gériatrique, jusqu'alors limitée à la prise en charge de la dépendance, cherche aujourd'hui à prévenir son apparition⁵⁴³. On ne saurait que déplorer une conception trop fonctionnelle de la dépendance ; « *l'approche biomédicale de la vieillesse induit une vision incapacitaire allant à l'encontre de la volonté de promouvoir les ressources de la population vieillissante et de penser sa place et son rôle dans la société* »⁵⁴⁴. La considération de la personne âgée augmente sur certains plans, et régresse sur d'autres. On peut particulièrement regretter le cloisonnement des différentes actions⁵⁴⁵, et ce malgré les objectifs énoncés par la loi de rénovation de l'action sociale et médico-sociale⁵⁴⁶. L'objectif commun y est pourtant clair et mêle l'autonomie, la cohésion sociale et

⁵⁴¹ J.-J. AMYOT, « Vieillesse, contrôle social et idéologie sécuritaire. Entre autonomie et dépendance », *Vie sociale*, ERES, 2012/1, n° 1, p. 127 : « *Les personnes âgées n'échappent pas à l'arsenal des normes sociales prescriptives et elles sont la cible de normes spécifiques de conduite correspondant au collectif d'âge auquel elles appartiennent* ».

⁵⁴² N. QUESTIAUX, « Approche politique du social », *Vie sociale*, ERES, 2011/2, n° 2, p. 19

⁵⁴³ S. ALVAREZ, « Émergence et évolutions de la prévention dans les politiques de la vieillesse », *La Revue de l'Ires*, I.R.E.S., 2016/1, n° 88, p. 53-58 : « *Alors que depuis la fin du XXe siècle l'intervention publique institutionnalisait la dépendance comme un "champ des possibles" de la vieillesse et du processus de vieillissement, elle se penche désormais sur l'amont de la situation de dépendance potentielle, en incitant les personnes vieillissantes à adopter des comportements à même de les faire tendre vers un "vieillissement réussi"* ».

⁵⁴⁴ D. ARGOUD, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁴⁵ Cf. Corinne Grenier, « Introduction au cahier : La personne âgée : de nouvelles frontières pour comprendre et agir », *Management & Avenir* 2009/6, n° 26, p. 127-141.

⁵⁴⁶ L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002, rénovant l'action sociale et médico-sociale, publiée au JORF du 3 janvier 2002, p. 124, texte n° 2.

l'exercice de la citoyenneté. Ainsi l'action sociale « *repose sur une évaluation continue des besoins et des attentes des membres de tous les groupes sociaux, en particulier des personnes handicapées et des personnes âgées...* »⁵⁴⁷.

Un effort particulier semble devoir être mené sur l'information des droits des personnes âgées au profit directement de ces personnes, mais également de leurs proches. Le défaut d'information sape en amont l'effectivité de nombreux droits à vocation sociale⁵⁴⁸. « *Ainsi des dispositifs d'aide comme l'Allocation personnalisée d'autonomie (APA), l'Aide à l'acquisition d'une complémentaire santé (ACS) ou encore des dispositifs de recours comme les "personnes qualifiées" sont peu mobilisés par manque de connaissance* »⁵⁴⁹ déplore l'institution. En outre, celle-ci dénonce ce déficit d'information comme un facteur de risque plaçant potentiellement les personnes âgées « hors de leurs droits »⁵⁵⁰. Une position hautement critiquable et qui met à mal l'effectivité de l'ensemble des droits reconnus aux personnes et en incluant une dimension temporelle néfaste dans le rapport aux droits.

157. De son côté, la discipline fiscale guidée par le principe d'équité, prend particulièrement en compte le critère de l'âge. Les personnes âgées sont à la fois assujetties à la charge fiscale et visées par l'affectation directe de certaines recettes fiscales. À défaut de reconnaître la qualité entière de sujet spécial aux personnes âgées, il existe pourtant bien une fiscalité de la vieillesse. Véritable lien entre ces deux disciplines, la transmission de la propriété se plie au modèle d'un passage d'une génération à une autre ou d'une génération pour une autre. Certains mécanismes classiques d'organisation de la succession bénéficient d'avantages fiscaux non négligeables touchant à la fois le patrimoine privé et le patrimoine professionnel. Il existe également des moyens particulièrement utiles aux personnes âgées souhaitant tirer des bénéfices de leur propre patrimoine.

L'allongement de l'espérance de vie et l'accession du plus grand nombre à des âges toujours plus avancés induit une modification du rapport au patrimoine. Alors que l'héritage traditionnel permettait aux enfants d'accéder eux-mêmes — ou de les y aider — à la propriété, la survivance des parents implique un retardement de la transmission, jusqu'à sauter une génération. Les personnes

⁵⁴⁷ Art. L. 116-1 CASF, tel que modifié par la L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002 préc. – art. 2

⁵⁴⁸ Ce constat fut dressé par la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, qui considère qu'une mauvaise information sur les droits peut engendrer un « non recours » ou « non-respect » des droits, dont les conséquences ne sont aucunement négligeables.

⁵⁴⁹ CNCDH, *Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées*, Assemblée plénière du 27 juin 2013, publiée au JORF n° 0176 du 31 juillet 2013, texte n° 101, p. 7.

⁵⁵⁰ CNCDH, *Op. cit.*, *loc. cit.*

âgées qui aspirent à soutenir leurs proches de leur vivant peuvent le faire pour leurs enfants et petits-enfants. C'est ainsi que de nouvelles voies jouissent aujourd'hui d'un succès renforcé.

La première étape d'un tour d'horizon de l'appréhension juridique, sociale, et politique de la vieillesse révèle certaines limites. L'omniprésence du critère de financement du soutien social, ou de la retraite pourrait être critiquable. Pourtant ce positionnement ne peut que difficilement être remis en cause. Au lieu de subir cette conception purement financière, il semble que la vieillesse contemporaine ait trouvé les premiers éléments de réponse pour aller dans le sens de la vision financière. L'âge impacte le mode de financement de l'existence. Le rapport individuel au patrimoine — à sa gestion ou à sa transmission — est également influencé par l'avancée en âge. Ces effets sont indéniables, et les différentes mesures mises en place par le législateur pour réguler la période post-active corroborent l'existence d'une appréhension juridique de la vieillesse. Le vieillissement est une construction⁵⁵¹ dont la vieillesse marque l'aboutissement d'un point de vue temporel. Elle devrait être pensée comme telle, et non comme une déconstruction de l'être.

⁵⁵¹ J. TRINCAZ, « Personnes âgées : quelles représentations sociales ? Hier et aujourd'hui ». [en ligne] [consulté le 14 mai 2018] < <http://www.ipubli.inserm.fr/bitstream/handle/10608/6807/?sequence=9> >

CHAPITRE II

LA CONSOMMATION ET LA CAPACITÉ CONTRACTUELLE DE LA PERSONNE ÂGÉE

158. Les existences individuelles sont ponctuées par les liens entretenus avec la communauté. Les interactions qui découlent de cet état — c'est-à-dire les rapports entre l'individu et les autres individus, ou entre l'individu et l'État —, n'ont de cesse d'évoluer. Un citoyen voit ses besoins et ses obligations changer au cours de sa vie. Les points de liaisons entre lui et les autres membres de la société, ou entre lui et l'État s'adaptent à ces fluctuations.

Du point de vue étatique, ce phénomène interroge l'équilibre entre l'édiction d'une règle générale, et l'application de procédés dérogatoires. Il s'agit d'un véritable rapport de force, entre l'intérêt d'une règle commune et celui d'une appréhension spécifique à un sujet ou valeur sociale précis. Le législateur est parfois amené à jongler entre une normativité adaptée aux personnes âgées et le respect du principe d'égalité⁵⁵². Certaines règles organisent un effort spécifique de la part de la société et au profit des personnes âgées.

Du point de vue des relations individuelles, l'entrée en âge contribue à modifier de nombreux aspects de la vie quotidienne. La personne âgée est amenée à modifier sa façon de consommer, tant en qualité qu'en quantité et à l'adapter à son niveau et rythme de vie (SECTION I). Au sein du cadre contractuel, le vieillissement participe à placer la personne dans une situation différente de celle d'un cocontractant en pleine force de l'âge (SECTION II). Le législateur tend à s'assurer ponctuellement, avec le concours des juges, de la sécurité contractuelle, particulièrement de certaines populations dont les personnes âgées.

SECTION I LA PERSONNE ÂGÉE : CONSOMMATEUR PARTICULIER

SECTION II LA PERSONNE ÂGÉE : COCONTRACTANT PARTICULIER

⁵⁵² « *L'homme est la mesure de toute chose* ». La pensée de PROTAGORAS soit toujours d'actualité.

SECTION I

LA PERSONNE ÂGÉE : CONSOMMATEUR PARTICULIER

159. Le déroulement de la vie est traditionnellement séquencé en trois étapes⁵⁵³. La première s'étend de la naissance à la fin des études : C'est la période d'apprentissage. Elle se caractérise par une consommation décroissante et indirecte — la consommation est assumée par les parents. La seconde période est celle de la vie active. De prime abord marquée par une forte désépargne — lourd endettement pour la maison —, elle est marquée ensuite par une épargne progressive en vue d'assurer la subsistance et le maintien du niveau de vie dans la troisième et dernière période : celle de la retraite. Pendant longtemps on a attribué à cette dernière étape de vie le stigmate de la désépargne et de la baisse importante de la consommation. La réalité est autre.

Le niveau de vie des retraités, autrefois entaché d'un risque de précarité important leur permet aujourd'hui d'adapter leur consommation et leur épargne à un nouveau rythme et schéma de vie qui a contribué à faire de la vieillesse un véritable point de mutation sociétale (PARAGRAPHE 1). Une véritable “*silver économie*” se forme pour le bien-être des personnes âgées et de l'économie nationale. Le droit de la consommation ne se montre pas hermétique à l'emploi du critère de l'âge (PARAGRAPHE 2), ce qui devrait le placer au front de l'adaptation de la société au vieillissement.

PARAGRAPHE 1

LES EFFETS DE L'ÂGE SUR LA CONSOMMATION

160. Les économistes ont longtemps pensé que la consommation n'allait qu'en diminuant à partir de la fin de la vie active. La réalité a démontré que l'âge entraîne plus une modification qu'une réduction du mode de consommation. *« Le vieillissement démographique a longtemps été perçu comme un frein au développement économique en raison des dépenses publiques engagées pour le financement des retraites et de la perte d'autonomie. Mais ce constat doit être nuancé car le*

⁵⁵³ Comité éditorial, « Politique(s) et vieillissement », *Politix*, De Boeck Supérieur, vol. 18, 2005/4, n° 72, p. 3-7 : « Depuis le XVII^e siècle, la modernisation des pays occidentaux s'est progressivement accompagnée d'une institutionnalisation du cours de la vie dans laquelle âge chronologique et rôles sociaux se sont combinés. La place centrale occupée par le travail a conduit à une partition grossière entre trois principales étapes de la vie : une phase de préparation au travail, une période d'activité et une dernière phase d'inactivité correspondant au repos des travailleurs fatigués. Ce découpage, accentué à la fin du XIX^e siècle sous l'influence du capitalisme industriel, atteint son apogée au cours des Trente Glorieuses ».

vieillesse peut également être un levier de croissance économique en termes de consommation et d'innovation. Les personnes âgées procurent également à la société un riche apport non comptabilisé, en termes de bénévolat, de disponibilité et de participation à la vie associative »⁵⁵⁴.

Les personnes âgées ne sont plus boudées par l'économie, et font l'objet d'un marché aussi dynamique que récent, appelé "*silver économie*" ou économie des seniors. Cette dynamique est la résultante économique de l'accroissement de l'espérance de vie. La consommation durant la vieillesse (I) influence grandement l'économie (II).

I. LES EFFETS DE LA VIEILLESSE SUR LA CONSOMMATION

161. Le mode de consommation évolue avec l'âge. On ne consomme pas autant ou de façon identique lorsque l'on a trente ans, ou lorsque l'on en a cinquante ou quatre-vingt. Contre toute attente, l'entrée en âge n'est pas forcément synonyme de baisse de la consommation mais marque plutôt sa temporisation. La consommation ne baisse pas, mais évolue en s'adaptant aux besoins. Parallèlement à ce phénomène, chaque individu est fortement marqué par l'effet de génération. On consomme en fonction de son âge, mais également en fonction de l'état de l'offre. Les retraités de demain seront plus sensibles à certains marchés — numérique, nouvelles technologies — que ne le sont ou l'ont été les générations précédentes. Le marché adapté devra donc s'adapter à l'ensemble de ces demandes. L'âge n'implique pas obligatoirement une baisse de consommation (A), mais participe à son évolution (B).

A. LES EFFETS D'ÂGE SUR LE MODE DE CONSOMMATION

162. Grâce aux travaux des économistes SAMUELSON, MODIGLIANI et BRUMBERG, on peut apprécier l'influence de l'âge sur la consommation ou la faculté à épargner⁵⁵⁵. Selon le modèle théorique des cycles de vie, une personne consomme de façon accrue à sa naissance par le biais de ses parents, puis, sa consommation décroît progressivement jusqu'à son entrée dans la vie active. Progressivement lorsque les emprunts sont remboursés, le patrimoine s'accumule. La théorie originelle avance que la cessation d'activité ouvre une tendance à la désépargne et donc à la

⁵⁵⁴ COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées*, Assemblée plénière du 27 juin 2013, publiée au JORF n° 0176 du 31 juillet 2013, texte n° 101.

⁵⁵⁵ CONSEIL NATIONAL DU CRÉDIT ET DU TITRE, Rapport, *Les aspects financiers du vieillissement de la population*, 2001, p. 15.

diminution de substance du patrimoine⁵⁵⁶. La réalité est différente. Il existe plusieurs tempéraments à la théorie des cycles de vie. En fait, la consommation change plus que ce qu'elle ne diminue. Si l'on s'intéresse au détail de la consommation des ménages, on s'aperçoit qu'avec l'âge, les habitudes de consommation changent. Les statistiques fournies par l'INSEE permettent d'observer précisément les points de consommation des ménages, en fonction de l'âge de la personne de référence⁵⁵⁷. Par exemple, le budget octroyé à l'habillement baisse de façon significative avec l'âge, alors que le budget de l'alimentaire stagne ou aurait même tendance à augmenter pour certains types d'aliments⁵⁵⁸. La consommation de biens destinés à l'aménagement, à la décoration, et à l'électroménager est quasi identique pour les ménages composés de personnes de 35 à 44 ans que pour ceux de 65 à 74 ans⁵⁵⁹. Les frais liés à la santé se stabilisent également pendant cette période de vie, contrairement à ce que l'on pourrait penser. Finalement, il n'y a guère que l'acquisition de véhicules qui accuse une baisse due à la réduction significative d'achat de motocycles. La génération des “*papy boomers*” et les suivantes semblent avoir déjà révolutionné les comportements de consommation de la catégorie des personnes âgées.

B. LES EFFETS DE GÉNÉRATION SUR LE MODE DE CONSOMMATION

163. L'appartenance à une génération influencerait en partie le mode de consommation. On parle ici d'un profil de consommation spécifique à l'âge. Les conditions économiques et l'offre disponible au moment où chaque génération entre dans la consommation conditionnent très fortement ce profil⁵⁶⁰. Les actuels retraités ont tendance à consommer beaucoup plus que ne le faisaient leurs parents au même âge. Cette dynamique, forte du changement démographique contemporain, va en s'accroissant. En effet, la proportion des plus de 65 ans n'ayant cessé d'augmenter du fait de l'allongement de l'espérance de vie, le marché va forcément s'adapter à cette nouvelle clientèle. De même, les futures générations de seniors, habituées aux nouvelles technologies, vont constituer une demande importante à laquelle le secteur va forcément répondre.

⁵⁵⁶ CONSEIL NATIONAL DU CRÉDIT ET DU TITRE, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁵⁷ INSEE, Enquête Budget de famille en France métropolitaine en 2006 > *Dépenses annuelles moyennes selon l'âge de la personne de référence*, 2009 ; INSEE, Enquête Budget de famille en France métropolitaine en 2011 > *Dépenses annuelles moyennes selon l'âge de la personne de référence*, 2014.

⁵⁵⁸ Th. MATHE, P. HEBEL, M. PERROT et D. ROBINEAU, « Comment consomment les seniors ? », CREDOC, Cahier de recherche, n° 296, 2012, p. 34 s.

⁵⁵⁹ V. à ce propos : les travaux de M. BODIER, « Les effets de l'âge et de génération sur le niveau et la structure de la consommation », *économie et statistique*, n° 324-325, 1999, p. 163-180.

⁵⁶⁰ Th. MATHE, *et al.*, *Op. cit.*, p. 6 : « Dans ces générations, on est réticent à utiliser des crédits à la consommation. Ces générations privilégient nettement plus les dépenses alimentaires au même âge que les générations suivantes. C'est également le cas des dépenses de vêtements et de meubles. Elles consacrent par contre moins d'argent aux loisirs et à la communication, les considérant plus comme des dépenses superflues tant que celles de subsistance ne sont pas assurées ».

On parle d'ores et déjà aujourd'hui de "*silver économie*". Ces nouvelles générations de personnes âgées consomment certes plus, mais elles consomment surtout différemment. Certains points de consommations sont privilégiés par les personnes âgées. De cette façon la santé, le confort, la qualité du logement et les loisirs sont les éléments essentiels de leur consommation. Les nouvelles générations seront familières aux nouvelles technologies et aux outils de communication⁵⁶¹. Ce n'était pas le cas pour les générations précédentes. On peut noter également, que les loisirs et la consommation des loisirs ne se sont développés que dans les années 1950 seulement. L'effet de génération opérant, les personnes nées après ce cap seront plus enclines à ce type de consommation. Les actuels grands parents sont déjà largement "connectés". Le phénomène ira crescendo.

164. L'avancée en âge entraîne une plus grande sollicitation de services. La logique qui s'applique ici est simple : Plus l'âge augmente, plus les besoins liés à la santé ou au bien être à domicile sont importants. La diminution de l'autonomie personnelle explique le recours plus fréquent aux services domestiques⁵⁶². À l'instar de la santé, la qualité du lieu de vie est capitale. La réduction du ménage — départ des enfants, séparation tardive ou veuvage — n'entraîne pas forcément le choix d'un domicile plus petit⁵⁶³. La modification du logement n'est pas exclue, particulièrement lorsqu'elle permet une amélioration du confort⁵⁶⁴ ou de la praticité. Le secteur locatif se compose d'un « *secteur privé où les loyers sont libres (même si leur évolution est réglementée), qui accueille 11 % des ménages de personnes âgées et un secteur social où les loyers sont inférieurs à ceux du marché. Le secteur social, HLM en majorité, en accueille 13 %, soit à peu près autant que le secteur privé* »⁵⁶⁵. Malgré cela, la structure globale du secteur social n'est pas spécifiquement adaptée aux personnes âgées.

L'influence de l'avancée en âge sur le mode de consommation contribue à faire de la personne âgée un consommateur particulier. C'est à ce titre qu'une offre spécifique est amenée à se développer. Ce phénomène appelle un encadrement spécifique de certaines interactions contractuelles et commerciales.

⁵⁶¹ Th. MATHE, *et al.*, *Op. cit.*, p. 7 s.

⁵⁶² M. BODIER, *Op. cit.*, p. 172 : « *C'est donc bien le vieillissement qui explique l'augmentation de ces dépenses : de même que les besoins de santé augmentent avec l'âge, l'autonomie se restreint, et on a besoin d'avoir recours à plus de services domestiques. D'autre part, il est probable que, la retraite venue, on passe au total plus de temps chez soi : les dépenses pour se chauffer augmentent donc d'autant, sans qu'un effet de génération n'intervienne* ».

⁵⁶³ A. LAFERRERE, *Op. cit.*, p. 74 : « *L'emménagement dans des appartements a lieu après 70 ou 75 ans mais il n'est pas de grande ampleur : 58 % de la cohorte née en 1901-1904 (62% pour celle née entre 1909 et 1912) habitaient dans une maison à l'âge de 68 ans ; ils ne sont plus que 52 % (respectivement 55 %) au-delà de 85 ans. Pour ce qui est des plus jeunes générations de personnes âgées, dont une plus forte proportion vit dans des maisons, aucun mouvement n'est encore visible, alors même que certaines entrent dans leur quatre-vingtième année* ».

⁵⁶⁴ Th. MATHE, *et al.*, *Op. cit.*, p. 43-46.

⁵⁶⁵ A. LAFERRERE, *Op. cit.*, *loc. cit.*

II. LES EFFETS DE LA VIEILLESSE SUR L'ÉCONOMIE

165. L'espérance de vie s'allonge et le nombre de personnes âgées augmente. L'équilibre traditionnel entre les âges s'en trouve bouleversé. Les personnes âgées représentent une part toujours plus importante de la population. La demande du consommateur âgé doit être prise en compte et pèse désormais dans la balance économique. Le *silver* marché est en construction et la demande est toujours plus forte. Les personnes âgées ne sont plus seulement friandes de produits d'exception, uniquement utilisables par elles. Leurs besoins sont en réalité extrêmement divers.

L'État et les différents acteurs économiques ont théorisé en réaction la *silver* économie (A), dont l'impact n'est aucunement négligeable. À l'aube d'une mutation sociodémographique sans précédent, la consommation "grise" est plus active que jamais (B).

A. LA PERSONNE ÂGÉE, ACTEUR PRESENTI POUR L'ÉCONOMIE

166. On ne peut que se réjouir de l'existence et du développement d'un mouvement global tel que celui de la *silver* économie. Le terme mobilisé est parlant, l'économie est grise, comme les tempes de nos aînés⁵⁶⁶. Il s'agit d'une filière économique au croisement des besoins d'une industrie en crise et de la demande croissante des services à la personne. La *silver* économie, telle qu'on la connaît aujourd'hui est la concrétisation des conséquences de l'évolution démographique sur l'économie et l'industrie. On en trouve une première trace dans les travaux de Monsieur Jean-Paul TREGUER sur le *marketing des seniors*⁵⁶⁷. Pour autant, l'intérêt économique des personnes âgées n'a été remarqué que plus tard. « Avec la conjonction de la crise économique de 2008 et du passage à la retraite en 2006 de la première cohorte des baby-boomers (plus de 800 000 naissances annuelles à partir de 1946), la cible des consommateurs âgés intéresse acteurs privés et publics, comme en témoigne le lancement de la Silver économie »⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ N. RENGOT, « La Silver économie : un nouveau modèle économique en plein essor », *Géoéconomie* 2015/4 n° 76, p. 44 : « Le terme "Silver" fait référence à la couleur grise des cheveux des personnes âgées. Quant au mot "économie", il n'a pas été choisi au hasard : il s'agissait en effet pour le gouvernement d'insister sur le fait que la Silver Économie porte sur plusieurs marchés et concerne tous les biens et services qui peuvent être conçus dans les différents secteurs d'activité pour couvrir les besoins liés à l'avancée en âge de l'ensemble de la population française ».

⁵⁶⁷ J.-P. TREGUER, *Senior marketing, vendre et communiquer au marché des plus de 50 ans*, Ed. DUNOD, 2000.

⁵⁶⁸ P. HEBEL, « Comprendre le consommateur âgé. Nouveaux enjeux et perspectives », *Retraite et société*, Cnav., 2015/1 n° 70, p. 175-176.

167. On doit la naissance de la *silver économie* à l'impulsion du ministère chargé des personnes âgées, lequel s'était employé, dès 2012, à identifier les obstacles à l'épanouissement d'une filière économique pro-personnes âgées. « *La silver économie constitue une opportunité économique et permet de reconnecter nos aînés avec la société. Elle crée du lien entre les générations* »⁵⁶⁹. Si la *silver économie* parvient à s'imposer en tant que filière industrielle, elle dirigera un marché important et sera ainsi en mesure de favoriser l'essor d'une industrie spécialisée⁵⁷⁰. Le contrat de filière *silver économie* présente l'intérêt d'unir l'action étatique à celle de nombreux acteurs économiques et sociaux autour du thème de l'économie de la personne âgée. De nombreux secteurs, du bâtiment, à l'alimentaire en passant par la communication et les technologies médicales sont ainsi unis dans un but commun⁵⁷¹. Toutes les conditions sont désormais réunies pour permettre l'émergence et le développement d'un marché compétitif entièrement dédié à la personne âgée. Parmi le panel de bonnes intentions relevées par ce contrat, on peut être surpris par l'engagement commun de l'État français et des acteurs privés, qui consiste à “communiquer positivement sur les seniors” auprès du grand public et des distributeurs. Cet engagement fait partie des six axes d'action principaux de la *silver économie*.

168. À présent que l'intérêt économique de la personne âgée est dévoilé, il semblerait que l'on s'inquiète de l'image et de la place de la personne âgée dans notre société. Il ne reste qu'à espérer que la *silver économie* a été autant conçue pour le bien être des personnes âgées que pour celui de la nation. « *Les biens immobiliers détenus par les plus âgés constituent une masse patrimoniale “dormante”* »⁵⁷². Correctement mobilisée, cette manne patrimoniale pourrait donner un essor nouveau à l'économie. Le vieillissement est aujourd'hui considéré comme une véritable opportunité de croissance en France⁵⁷³. Si le développement d'un marché spécialisé est souhaitable, cela ne doit pas se faire au détriment de la sécurité des personnes âgées.

⁵⁶⁹ COMITÉ D'ORIENTATION DE LA FILIÈRE SILVER ÉCONOMIE, *Feuille de route Silver économie*, par P. BOISTARD, Ch. SIRUGUE, 2016, p. 2.

⁵⁷⁰ Contrat de filière Silver économie, 2013 : « *La silver économie [...] serait en mesure de favoriser l'essor d'une industrie française capable de créer de la valeur et de s'imposer sur le plan international* ».

⁵⁷¹ Parmi ces membres, on trouve la Caisse nationale de solidarité et d'autonomie, la Poste, la Caisse nationale d'assurance vieillesse, ASIPAG Syndicat national de la *Silver économie*, La Banque publique d'investissement, la Caisse des dépôts et consignations, le syndicat national des sociétés d'assistance, le syndicat national de l'industrie des technologies médicales, la fédération française du bâtiment, l'union nationale des industries françaises de l'ameublement et bien d'autres.

⁵⁷² A. MASSON, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁷³ Cf. COMMISSARIAT GÉNÉRAL À LA STRATÉGIE ET À LA PROSPECTIVE, *La Silver économie, une opportunité de croissance pour la France*, 2013.

B. LA SILVER ÉCONOMIE, ACTRICE PRESENTIE POUR L'ADAPTATION DE LA SOCIÉTÉ AU VIEILLISSEMENT

169. La *silver économie* est entendue comme le « *développement économique à attendre du vieillissement de la population* »⁵⁷⁴. Le profit issu de cette branche économique bénéficie tant aux personnes âgées, qu'aux actifs. Cette dynamique constitue une véritable occasion d'adapter l'ensemble de la société à son évolution démographique. L'adaptation des infrastructures et la création d'emplois spécialisés aux besoins de la population âgée sont des éléments importants de ce processus, élevés au rang de recommandations du Conseil de l'Europe⁵⁷⁵. « *On estime à 250 000 le nombre d'emplois créés d'ici 2020 dans la Silver économie, des emplois principalement non délocalisables, notamment dans les services. Ce gisement d'emplois est une formidable opportunité à saisir. La silver économie exige en parallèle des produits hautement innovants et de grande qualité* »⁵⁷⁶. L'accompagnement de la personne et la prévention de la dépendance sont les secteurs d'activité qui bénéficient le mieux du dynamisme de la *silver économie*⁵⁷⁷. La dynamique pourrait participer à un aménagement global du territoire⁵⁷⁸. Pour être parfaitement adaptées aux nombreuses et futures personnes âgées, nos villes doivent évoluer.

170. L'innovation n'est pas seule maîtresse dans cette mutation. Un léger retour dans le temps pourrait s'avérer bénéfique — en privilégiant les commerces de proximité, ou en augmentant le nombre de bancs publics et d'espaces verts par exemple. On peut également imaginer l'adaptation de l'environnement et des transports urbains à ces usagers particuliers — rabaissement des marches pieds pour les bus, rallongement des temps des feux de circulation au niveau des passages piétons ou encore installation de bateaux sur les trottoirs par exemple⁵⁷⁹. Le niveau de consommation

⁵⁷⁴ COMMISSARIAT GÉNÉRAL À LA STRATÉGIE ET À LA PROSPECTIVE, *Retours d'enquête sur la filière "Silver économie"*, n° 2013-08, p. 7.

⁵⁷⁵ COMITÉ DES MINISTRES, CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation CM/Rec(2014)2 du Comité des Ministres aux États membres sur la promotion des droits de l'homme des personnes âgées, 19 février 2014, p. 10 : « *Les États membres devraient prendre des mesures pour favoriser la mobilité des personnes âgées et l'accès adéquat aux infrastructures* ».

⁵⁷⁶ COMITÉ D'ORIENTATION DE LA FILIÈRE SILVER ÉCONOMIE, *Op. cit.* p. 3.

⁵⁷⁷ Le service aux aidants ou le domaine de la santé ne sont pas en reste. V. à ce propos : H. BLASQUIET-REVOL *et al.*, « Les retraités : acteurs de la création d'activités », *Gérontologie et société*, Cnav., 2011/3, n° 138, p. 52.

⁵⁷⁸ CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, *Avis du 23 mai 2001*, p. 45 : « *Le vieillissement de la population pose des problèmes spécifiques d'adaptation de l'habitat et de l'urbanisme qui mériteraient en soi une étude détaillée et prospective. D'ores et déjà, se pose pour les ménages et les édiles le problème de la demande grandissante de retour en centre-ville, de proximité des équipements et des services, alors même que bon nombre d'agglomérations se sont étendues dans les années de croissance démographique. Une reconversion des structures urbaines existantes s'impose, tout en évitant les phénomènes de ghettoïsation, sources d'exclusion individuelle et collective* ».

⁵⁷⁹ Pour encourager ce type d'initiatives, l'Organisation Mondiale de la Santé a créé le *Réseau francophone des villes amies des aînés*, affilié au réseau mondial des villes et communautés amies des aînés.

individuelle pourrait également être développé. Il semblerait que la demande ait été minimisée à plusieurs titres⁵⁸⁰. Le marché spécifique reste encore assez réduit et concentré sur la santé des personnes âgées, même si on constate une rapide adaptation du secteur des loisirs. La *silver* économie encourage fortement les géront'innovations⁵⁸¹, dont le champ d'action dépasse celui des "gérotechnologies"⁵⁸². Le potentiel de développement technologique au profit des personnes âgées mais également du "vivre ensemble" semble infini⁵⁸³. La demande s'étend du besoin de faire face à la perte d'autonomie⁵⁸⁴, à la protection de la santé, en passant par l'entretien de la vie sociale⁵⁸⁵. Les nouvelles générations de personnes âgées seront probablement plus sensibles à l'usage des nouvelles technologies.

Au-delà du simple accès aux progrès techniques, et pour reprendre les mots de Monsieur Francis CHARHON⁵⁸⁶ : « *Appréhender la place des "vieux" comme acteurs dans les territoires, c'est ouvrir la voie à une approche renouvelée de la vieillesse, valorisant la participation et la contribution de ce public au développement local et au "vivre ensemble"* »⁵⁸⁷. Le développement d'un *silver* marché ne doit pas se faire au détriment de l'intérêt des personnes âgées.

⁵⁸⁰ T. MATHE *et al.*, « Comment consomment les seniors ? », *Cahier de recherche CREDOC*, n° 296, 2012, p. 5-6 : « *Dans nos sociétés, la vieillesse est, tout comme la mort qu'elle annonce, soumise à une volonté de dissimulation sociale. Elle n'est plus – ou trop rarement – envisagée comme une source de sagesse et d'expérience utiles au présent, porteuse de valeurs positives. Ce sont les valeurs liées à la jeunesse qui sont appréciées, cherchées et mises en valeur. D'un point de vue individuel, vieillir est ressenti comme honteux, comme un processus qu'il faut cacher, minimiser, conjurer en n'en parlant pas* ».

⁵⁸¹ B. LAPERCHÉ *et al.*, *Silver économie et géront'innovations*, Réseau de recherche sur l'innovation, 2014, document de travail n° 42 : « *La mise en œuvre d'un produit (bien ou service ou une combinaison de ceux-ci) ou d'un procédé nouveau ou sensiblement amélioré, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle au profit des personnes âgées fragiles ou dépendantes* ».

⁵⁸² Cf. *Travaux de J. GRAAFMANS*, étude de la technologie et du vieillissement pour l'amélioration de la vie quotidienne des personnes âgées, 1989.

⁵⁸³ A. BRUGIERE, « Des technologies qui infantilisent et isolent ou des technologies créatrices de lien ? », *Gérontologie et société*, Cnav., 2011/3, n° 138, p. 181-193.

⁵⁸⁴ Cf. A. RENOUX, R. ROUSSEL, C. ZAIDMAN, « Le compte de la dépendance en 2011 et à l'horizon 2060 », *Dossiers solidarité et santé*, DREES, 2014 ; V. également : A. FIZZALA, « Dépendance des personnes âgées : qui paie quoi ? L'apport du modèle Autonomix », *Les dossiers de la DREES*, DRESS, mars 2016, n° 1.

⁵⁸⁵ V. à ce propos, F. LACHAL, *Les nouvelles technologies : une réponse aux effets physiologiques du vieillissement et des maladies liées au grand âge*, Thèse de Doctorat de Sciences de la santé, 2015.

⁵⁸⁶ Alors Directeur général de la Fondation de France.

⁵⁸⁷ F. CHARHON, « Genèse du programme "vieillir dans son quartier, dans son village" » in B. DUFOURCQ *et al.*, *Vieillir dans son quartier, dans son village. Des aménagements à inventer ensemble*, Forum national, 12-13 octobre 2004, Fondation de France.

PARAGRAPHE 2

LES EFFETS DE L'ÂGE SUR LE DROIT DE LA CONSOMMATION

*« Vieillir, se l'avouer à soi-même et le dire,
Tout haut, non pas pour voir protester les amis,
Mais pour y conformer ses goûts et s'interdire
Ce que la veille encore on se croyait permis ».*

F. FABIÉ⁵⁸⁸

171. Le droit de la consommation déroge au droit commun des contrats. Il répond à une philosophie qui lui est propre, et qui lui permet d'offrir une protection accrue de certaines relations contractuelles. Monsieur Jean-Louis RESPAUD a très justement soulevé cette orientation classique du droit de la consommation, qui depuis toujours cherche à débusquer les comportements déloyaux⁵⁸⁹. Dans ce cadre, le droit de la consommation est régulièrement amené à mobiliser le critère de l'âge (I). Grâce à lui, ce droit spécial organise l'encadrement et l'interdiction de certaines pratiques commerciales (II). La personne âgée se trouve directement ou indirectement protégée par le droit de la consommation.

I. LA PROTECTION DE L'ÂGE SAISIE PAR LE DROIT DE LA CONSOMMATION

172. La nature originale du droit de la consommation réside en sa propension à la protection d'une partie réputée faible, contre les éventuels excès d'une autre. Dans ce cadre, le législateur opte pour une conception différenciée de la personne (A) et organise une protection particulière de la personne âgée (B).

A. LA PRÉGNANCE DE L'ÂGE EN DROIT DE LA CONSOMMATION

173. L'âge d'une personne est un élément non négligeable dans son rapport aux autres. Cette réalité dépasse les seuls liens privés et peut emporter des conséquences sur les relations contractuelles. Le droit positif distingue principalement les personnes en fonction de l'âge de la majorité. De ce seuil découle la sacro-sainte capacité juridique. Mises à part quelques exceptions ponctuelles, le *corpus* légal ne permet pas d'affiner la distinction, et se borne à l'analyse binaire. La capacité s'acquiert par principe au passage de l'âge de la majorité, et perdure à défaut d'une mesure d'incapacité. Le raisonnement est si bien implanté que lorsque le système français entend

⁵⁸⁸ F. FABIÉ, Extrait du poème *Savoir vieillir*, Recueil *Ronces et lierres*, 1921.

⁵⁸⁹ J.-L. RESPAUD, « éditorial — lieux communs et règles spéciales », *Petites affiches*, 2009, n° 131, p. 3.

protéger les personnes âgées — donc entend mettre en œuvre une protection fondée sur l'âge. En cela, il : « *Met en œuvre une globalité de règles bénéficiant à toutes les personnes ayant les facultés mentales ou corporelles altérées* »⁵⁹⁰.

Le droit de la consommation dénote — fort heureusement — à ce tableau et adopte une logique résolument divergente. En cela, le législateur semble organiser, par le biais du droit de la consommation, une résistance contenue au traitement juridique égalitaire — presque égalitariste — des personnes. L'objet du droit de la consommation est de protéger la partie réputée faible, à savoir, le consommateur. Quoi de plus logique qu'il pousse le “vice” à protéger plus ou moins fortement les personnes en prenant en compte leurs situations ? À ce titre, il déroge au droit civil ainsi qu'au droit commun des contrats.

B. LA PROTECTION DE L'ÂGE PAR LE DROIT DE LA CONSOMMATION

174. Plusieurs raisons justifient le traitement particulier de l'âge par le droit de la consommation. La première d'entre elles, tient au potentiel croissant que représente la population âgée en matière de consommation. Le poids économique ainsi que les enjeux sectoriels portés par la vieillesse et le vieillissement de la population n'ont cessé d'augmenter. La personne âgée est un usager particulier. Elle est également un consommateur particulier⁵⁹¹. De nombreux secteurs économiques sont potentiellement proches de la demande et des besoins émis par cette tranche de la population. Les personnes âgées consomment différemment des actifs. Elles peuvent adopter une attitude divergente quant à la relation contractuelle en elle-même. C'est pour cette raison que, eu égard à la nature protectrice du droit de la consommation, la personne âgée en tant que consommateur, devient un sujet de droit particulier.

Un certain nombre de dispositions prennent en compte l'âge du consommateur. Relativement à la fonction et à la nature du droit de la consommation, — à savoir un droit spécial qui déroge aux règles générales —, le consommateur âgé occupe une place originale au sein du mécanisme de protection. La personne âgée est classée dans la catégorie de consommateurs potentiellement vulnérables. Dans la logique inhérente au droit de la consommation, le consommateur est réputé être vulnérable. « *Le consommateur est-il vulnérable ?* — interrogeait Monsieur Jean-Pascal

⁵⁹⁰ A.-P. ARISTON BARION PERES, T. FOSSIER, « Vulnérabilité et affaiblissement : quel statut civil pour la personne âgée ? Les exemples français et brésilien », *Droit de la famille*, Lexis Nexis édition, n° 10, 2005, étude 20.

⁵⁹¹ V. *ci-dessus* : Partie I, Titre I, Chapitre II, Section I : La personne âgée : consommateur particulier.

CHAZAL à l'occasion d'un colloque sur la vulnérabilité et le droit — *La question semble superfétatoire, car c'est un lieu commun d'affirmer la nécessité de protéger le consommateur* »⁵⁹². L'auteur ajoutait un autre constat : « *Lorsque l'on réfléchit sur la vulnérabilité en droit, il y a au moins deux catégories de personnes dont la vulnérabilité ne fait guère de doute : les incapables et les consommateurs* »⁵⁹³. Dans le contexte de consommation, la personne âgée présente des particularités qui font d'elle un consommateur spécial aux yeux du droit de la consommation. Cela implique qu'elle bénéficie d'une forme de surprotection. Cette attitude presque tutélaire, est entièrement consacrée au bon déroulement des opérations de consommation. La doctrine déplore néanmoins la spécificité de la protection : « *Les mesures protectrices ne sauraient demeurer disséminées dans des matières aussi disparates que le droit de la consommation, de la distribution, du crédit* »⁵⁹⁴. L'existence éclectique de mesures créées à l'égard des personnes âgées contribue à les placer dans une forme de sous-régime de protection ; une forme d'émanation de post-majorité qui souffrirait d'un défaut de conception globale, en dépit des efforts du droit de la consommation.

II. LA PERSONNE ÂGÉE FACE AUX PRATIQUES COMMERCIALES ABUSIVES

175. La relation contractuelle est parfois le théâtre de nombreux abus. Ce phénomène est décuplé lorsque les cocontractants ne sont pas sur un pied d'égalité. L'inégalité peut être d'origine statutaire — un professionnel face à un non-professionnel — ou être le résultat de tempéraments différents de la part des parties. Concernant les personnes âgées, ces dernières peuvent se trouver dans une situation délicate, face à des cocontractants peu scrupuleux.

L'âge avancé d'une personne est un critère régulièrement mobilisé par le législateur afin de protéger les parties les plus vulnérables à l'occasion de leurs relations contractuelles et de consommation. L'attitude normative consiste d'une part, en la prohibition pure et simple de certaines pratiques — l'abus de faiblesse ou d'ignorance par exemple (A), d'autre part, en un contrôle particulier de certaines autres pratiques — comme le démarchage (B).

⁵⁹² J.-P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in Colloque sur la vulnérabilité et le droit, Université P. MENDÈS-FRANCE, Grenoble II, 23 mars 2000.

⁵⁹³ J.-P. CHAZAL, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁹⁴ S. LE GAC-PECH, *Op. cit.*, *loc. cit.*

A. LA PROHIBITION DE L'ABUS DE FAIBLESSE OU D'IGNORANCE D'UNE PERSONNE ÂGÉE

176. L'article L. 121-1 du Code de la consommation⁵⁹⁵ prohibe les pratiques commerciales déloyales. Il est une illustration exemplaire de la prise en compte de l'âge par le droit de la consommation. Son troisième alinéa dispose expressément du critère de l'âge pour établir le caractère déloyal d'une pratique commerciale : « *Le caractère déloyal d'une pratique commerciale visant une catégorie particulière de consommateurs ou un groupe de consommateurs vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité s'apprécie au regard de la capacité moyenne de discernement de la catégorie ou du groupe* »⁵⁹⁶. Cette interdiction s'étend également aux loteries publicitaires, en vertu de l'article L. 121-20 du Code de la consommation⁵⁹⁷. Pourtant, on imagine mal ce qu'entend le législateur en matière de "capacité moyenne de discernement", concernant les pratiques commerciales déloyales visant les consommateurs âgés. L'autorité prétorienne serait bien en peine d'apprécier la capacité moyenne de discernement des consommateurs âgés. Par ailleurs, « *il serait excessif de croire que la vulnérabilité, qui affecte le consommateur, commande l'application d'un régime d'incapacité. Le consommateur n'est pas vulnérable au point d'être un incapable* »⁵⁹⁸.

Si le consommateur quelconque n'est pas suffisamment vulnérable pour être classé dans la catégorie des incapables, qu'en est-il des catégories de consommateurs qui sont spécifiquement reconnus comme étant particulièrement vulnérables ? Si l'on considère en effet, que la philosophie du droit de la consommation contribue à placer le consommateur dans un rôle de quasi vulnérabilité, il est cohérent que les catégories de personnes à la vulnérabilité exacerbée se rapprochent de la frontière entre la capacité et l'incapacité. Cette sensibilité s'efface lorsque la situation est appréciée sous un angle différent. Si l'on souhaite protéger efficacement les personnes âgées dans le cadre de leurs

⁵⁹⁵ Art. L. 121-1 C. conso, tel que créé par l'Ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, relative à la partie législative du code de consommation, publiée au JORF n° 0064 du 16 mars 2016, texte n° 29. « *Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.*

Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service.

Le caractère déloyal d'une pratique commerciale visant une catégorie particulière de consommateurs ou un groupe de consommateurs vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité s'apprécie au regard de la capacité moyenne de discernement de la catégorie ou du groupe ...».

⁵⁹⁶ Art. L. 121-1 al 3 C. conso, préc.

⁵⁹⁷ Art. L. 121-20 C. de conso, tel que créé par l'Ord. n° 2016-301 préc. « *Dès lors qu'elles sont déloyales au sens de l'article L. 121-1, sont interdites les pratiques commerciales mises en œuvre par les professionnels à l'égard des consommateurs, sous la forme d'opérations promotionnelles tendant à l'attribution d'un gain ou d'un avantage de toute nature par la voie d'un tirage au sort, quelles qu'en soient les modalités, ou par l'intervention d'un élément aléatoire* ».

⁵⁹⁸ J.-P. CHAZAL, *Op. cit.*, loc. cit.

relations contractuelles et de consommation, alors l'âge doit être érigé en tant que valeur à protéger en tant que telle et non relativement à une quelconque vulnérabilité.

177. Le législateur offre les outils nécessaires pour sanctionner les atteintes dont peuvent pâtir les personnes âgées sous la notion d'abus de faiblesse ou d'ignorance⁵⁹⁹, au-delà des normes encadrant les pratiques commerciales. La jurisprudence use fréquemment de l'outil de l'âge pour établir l'existence d'un abus de faiblesse⁶⁰⁰. Pourtant, la protection fondée sur l'âge se trouve rapidement limitée. L'âge seul ne suffit pas pour établir une altération de la relation contractuelle. Pour revêtir une efficacité à l'occasion d'un contentieux, le critère de l'âge doit être utilisé avec d'autres éléments. L'ensemble est apprécié *in concreto*. Il est réputé aller de pair avec une altération des facultés soit physiques soit intellectuelles de la personne. Cette nécessité de cumul fait perdre son efficacité au critère de l'âge.

La sanction de l'abus de faiblesse ou d'ignorance est transversale. On la retrouve indépendamment de toute pratique consumériste, au sein du Code pénal⁶⁰¹. L'article 223-15-2 dispose du fait qu'est puni « *l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur ; soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer son jugement...* ». La sanction d'un tel excès⁶⁰² est soit portée jusqu'à trois ans d'emprisonnement et 375 000 € d'amende, soit un pourcentage pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaire moyen annuel du professionnel fautif⁶⁰³.

⁵⁹⁹ Art. L. 121-8 C. de conso, tel que créé par l'Ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, préc. « *Est interdit le fait d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte* ».

⁶⁰⁰ COUR DE CASSATION, *Rapport annuel*, 2009, p. 292.

⁶⁰¹ Art. 223-15-2 CP, tel que modifié par la L. n° 2009-526 – art. 133, *de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (I)*, publiée au JORF n° 0110 du 13 mai 2009, p. 7920, texte n° 1 : « ... *Lorsque l'infraction est commise par le dirigeant de fait ou de droit d'un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende* ». Le mécanisme est complété par les Art. 223-15-3 et 224-15-4 respectivement modifiés par les articles 50 et 124 de la loi préc.

⁶⁰² COUR DE CASSATION, *Rapport annuel*, *Op. cit.*, *loc. cit.* V. également à ce propos : Cass. crim., 23 juin 2009, n° 08-82.411, publié au Bull. crim. 2009, n° 131.

⁶⁰³ Art. L. 132-14 C. de conso, tel que créé par l'Ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, préc. « *Le fait d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne au sens des articles L. 121-8 à L. 121-10 est puni d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 375 000 euros*.

La structure de l'article est révélatrice de son fonctionnement. Selon sa lettre, l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse pèse soit sur un mineur sans condition aucune, soit sur un majeur vulnérable. Plusieurs sources de vulnérabilité sont énumérées, à commencer par l'âge.

Le législateur a choisi d'imposer une condition restrictive à la caractérisation de l'abus. Pour qu'un abus il y ait, l'auteur doit avoir eu connaissance de la vulnérabilité de la victime. Cette condition ne devrait avoir que peu d'impact en matière d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de situation de faiblesse portant sur une personne âgée, puisque l'âge d'une personne est difficilement dissimulable. La loi du 12 mai 2009⁶⁰⁴ a participé à élargir le champ d'application de l'article 223-15-2 en remplaçant le cumul des conditions par une condition alternative. « *Là où le texte mentionnait que cette vulnérabilité devait être apparente "et" connue de l'auteur de l'infraction, l'article 133-II de la loi du 12 mai 2009 mentionne que cette vulnérabilité doit être apparente "ou" connue de cet auteur* »⁶⁰⁵. En remplaçant la conjonction de coordination "et" par "ou", le législateur étend la norme. Par conséquent, l'abus de la particulière vulnérabilité de la victime est conçu comme une notion relative. Il dépend notamment des circonstances, mais également des qualités de l'auteur de l'abus — sa profession par exemple⁶⁰⁶. Pour autant, la jurisprudence ne se montre pas particulièrement encline à la qualification de certains abus, notamment en matière contractuelle. Ainsi, une femme âgée et malade n'est pas parvenue à faire établir les actions dolosives d'une banque l'ayant enjointe à « *clôturer le plan d'épargne logement qui lui rapportait 4, 62 % d'intérêts par an net de prélèvements sociaux, pour lui faire ouvrir le 02 novembre 2006, un nouveau contrat d'assurance vie, investi en fonds euros, qui ne rapportait que 3, 00 % d'intérêts nets et qui ne correspondait pas à ses besoins en matière de gestion de patrimoine* »⁶⁰⁷. Outre le défaut prégnant de l'obligation de conseil attenant à l'activité de gestion patrimoniale, la requérante considérait que les circonstances de l'opération de placement lui avaient été préjudiciables. En

Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits ». V. également à ce propos Art. 223-15-3 C. pénal, tel que modifié par la L. n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 – art. 50, relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie (1), publiée au JORF n° 02273 du 25 novembre 2009, p. 20206, texte n° 2 ; ainsi que l'Art. 223-15-4 C. pénal, tel que modifié par la L. n° 2009-526 préc. – art. 124.

⁶⁰⁴ L. n° 2009-526 du 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (1), publiée au JORF n° 0110 du 13 mai 2009 page 7920, texte n° 1.

⁶⁰⁵ M. VÉRON, « La connaissance de l'état de vulnérabilité de la victime », *Droit pénal*, Dalloz édition, 2010, n° 1, comm. 1.

⁶⁰⁶ M. VÉRON, *Op. cit., loc. cit.* ; V. également : Cass. crim., 7 octobre 2009, n° 09-80.175, non publié au bulletin : « *La preuve de la connaissance par le prévenu de l'état de particulière vulnérabilité de la victime dépendra souvent des connaissances personnelles ou de la profession du prévenu* ».

⁶⁰⁷ CA Lyon, 1^{ère} chambre civile a, audience publique, 17 novembre 2011, RG n° 10/01483.

l'espèce les juges du fond ont fait montre d'un rapprochement entre l'âge et l'expérience, pour démontrer l'absence d'incidence de la pauvreté de l'information qui avait été transmise.

La protection prétorienne fondée sur l'article L. 223-15-2 du Code pénal⁶⁰⁸ est davantage effective lorsque la personne âgée présente un cumul de conditions. Ainsi, les juges de la Cour d'appel ont régulièrement pu condamner sur ce fondement des faits commis à l'encontre de personnes âgées et malades⁶⁰⁹. Au-delà des situations de maladies déclarées, la jurisprudence reste soumise à une expertise médicale. C'est ainsi que les juges de Cassation ont pu estimer la constitution d'un abus selon ces termes : « *Il est reproché à M. X... d'avoir abusé de la faiblesse d'une personne âgée de 82 ans pour lui faire signer plusieurs chèques représentant un montant global de 46.500 € [...] pour le déclarer coupable de ce délit, le tribunal a notamment retenu que la vulnérabilité de la victime était établie par une expertise psychiatrique qui a mis en évidence l'affaiblissement de ses défenses psychiques, lié à son âge et à son caractère impressionnable* »⁶¹⁰. L'âge reste apprécié comme simple élément d'un faisceau d'indices.

178. Dans le cadre de la potentielle reconnaissance d'un statut juridique propre à la personne âgée, la formulation du premier alinéa de l'article 223-15-2 du Code pénal pourrait évoluer ainsi :

“Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne âgée, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables”.

Par le biais de cette évolution, les personnes âgées n'auraient plus à prouver l'existence d'une particulière vulnérabilité due à leur âge. Celle-ci pourrait être présumée à leur unique profit.

⁶⁰⁸ Art. L. 223-15-2 CP – préc.

⁶⁰⁹ CA Douai, Audience publique, 16 janvier 2008, n° 06/0400 ; CA Bordeaux, Audience publique, 14 décembre 2007, n° 07/0258.

⁶¹⁰ Cass. crim., Audience publique, 11 juillet 2017, n° 17-80.421, publié au bull.

B. LE CONTRÔLE DU DÉMARCHAGE DE LA PERSONNE ÂGÉE

179. La pratique du démarchage à domicile ou téléphonique consiste pour le professionnel à “aller chercher” le client directement à la source — c'est-à-dire chez lui. Cette méthode commerciale vise en notamment les personnes âgées. Alors que la vente par correspondance semble également appréciée par les consommateurs toutes tranches d'âge confondues, les consommateurs âgés sont globalement plus enclins à la vente par démarchage à domicile et par voie téléphonique, pour des raisons de praticité évidentes. Le démarchage à domicile présente l'avantage d'éviter le déplacement des clients, et d'offrir une présentation personnalisée des produits vendus — le client dispose de toute l'attention de son vendeur. Cette pratique permet donc un accès simplifié à certains produits pour des personnes qui éprouvent des difficultés pour se déplacer par exemple. La pratique reste malgré cela extrêmement délicate et fait l'objet d'un contrôle strict⁶¹¹. Les contrats conclus à cette occasion sont appelés “contrats souscrits à distance ou hors établissement” depuis la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation⁶¹².

Le démarchage à domicile place le client dans une position sensible. Le contact est plus intimiste que dans la relation commerciale classique. Les codes de la relation professionnel/clientèle sont brouillés. Dans ce cadre, le client se sent parfois “obligé” de consentir à un contrat ou perd son sens critique quant au rapport qualité/prix des produits proposés. Si son consentement n'est pas forcé par des actes positifs, il l'est néanmoins par le contexte de vente. De nombreux consommateurs témoignent d'une “gêne à ne rien acheter” en situation de démarchage. À ce titre, on comprend que cette méthode soit le théâtre de nombreux abus ou de consentements “mal donnés”.

⁶¹¹ La pratique de l'abus de faiblesse est incriminée depuis la L. n° 72-1137 du 22 décembre 1972, *relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile*, publiée au JORF du 23 décembre 1972, p. 13348 ; Art. L. 121-9 C. de conso, tel que créé par l'Ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, préc. « *Est interdit le fait d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour obtenir des engagements :*

1° *Soit à la suite d'un démarchage par téléphone ou télécopie ;*

2° *Soit à la suite d'une sollicitation personnalisée, sans que cette sollicitation soit nécessairement nominative, à se rendre sur un lieu de vente, effectuée à domicile et assortie de l'offre d'avantages particuliers ;*

3° *Soit à l'occasion de réunions ou d'excursions organisées par l'auteur de l'infraction ou à son profit ;*

4° *Soit lorsque la transaction a été faite dans des lieux non destinés à la commercialisation du bien ou du service proposé ou dans le cadre de foires ou de salons ;*

5° *Soit lorsque la transaction a été conclue dans une situation d'urgence ayant mis la victime de l'infraction dans l'impossibilité de consulter un ou plusieurs professionnels qualifiés, tiers au contrat ».*

⁶¹² Art. 9 et s. de la L. n° 2014-344 du 17 mars 2014, *relative à la consommation (1)*, publiée au JORF n° 0065 du 18 mars 2014, p. 5400, texte n° 1.

180. Le domicile n'est pas le seul lieu propice au démarchage. Certains professionnels n'hésitent pas à profiter ou à organiser des excursions pour leurs clients, qui se retrouvent alors pris aux pièges de la journée organisée pour eux. On trouve quelques extraits jurisprudentiels sont particulièrement parlant à cet égard : « *Les déclarations de Madame Z..., personne âgée, établissent qu'elle a réellement été abusée, la journée s'étant passée à être soumise à des démonstrations publicitaires. [...] La société qui commercialise des articles textiles, a organisé une excursion comportant, à l'intention des participants, dans les locaux d'un restaurant, une démonstration publicitaire suivie d'une offre de vente effectuée par un agent commercial pour le compte de la société. À cette occasion, Madame Z... a passé commande de marchandises pour un prix d'environ 8 000 francs et aussitôt payé un acompte, sans bénéficier d'un délai de renonciation* »⁶¹³. Le soin particulier apporté au contrôle de la pratique tant par le législateur que par les autorités prétorienne n'est pas superflu.

181. Le législateur a mis en place un certain nombre de critères — notamment avec la loi dite “SCRIVENER” de 1978⁶¹⁴ — qui jouent le rôle de “garde-fou” à l'égard des pratiques de démarchage. Les juges sont en mesure de soulever d'office la nullité d'un contrat conclu par voie de démarchage à domicile, dans le cas où le professionnel n'a pas honoré son obligation d'information portant sur la faculté de rétractation du consommateur. Ce contrôle vaut pour tous les consommateurs, et non uniquement les consommateurs âgés. Il est consacré au niveau de l'Union européenne⁶¹⁵. Les juges opèrent *in concreto*, et adaptent leur appréciation en fonction de l'acte incriminé et du degré de faiblesse de la victime.

L'âge avancé est un critère régulièrement mobilisé par les juges. La chose était déjà entendue dans les années 1990⁶¹⁶, et est régulièrement réaffirmé⁶¹⁷ depuis. La vieillesse du consommateur justifie une approche stricte. Ce fut le cas dans l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 8 mars 2016, en matière d'abus de faiblesse dans le cadre d'une procédure de

⁶¹³ Extrait de Cass. crim. 1^{er} février 2000, n° 99-84.378, publié au Bull. crim 2000, n° 52, p. 143.

⁶¹⁴ L. dite “SCRIVENER” n° 78-23 du 10 janvier 1978, *sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services*, publiée au JORF du 11 janvier 1978, p. 301.

⁶¹⁵ Dir. n° 85/577/CEE du 20 décembre 1985, *relative aux contrats négociés en dehors des établissements commerciaux*, publiée au JOUE n° 372/31 du 31 décembre 1985 ; Dir. n° 97/7/CE du 20 mai 1997, *concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance*, publiée au JOUE n° L. 144 du 04 juin 1997, p. 0019 – 0027.

⁶¹⁶ P. BOUZAT, « Démarchage à domicile. Démarchage frauduleux, Non-respect du délai de réflexion », *RTD com.* Dalloz édition, 1991, p. 482 : « Dans une affaire qu'elle a jugée le 19 décembre 1990, (inédit), la cour de Rennes appelle l'attention sur ce que la victime étant une personne âgée, les faits étaient particulièrement graves ».

⁶¹⁷ Cass. crim 19 avril 2005, n° 04-83.902, publié au bulletin ; V. à ce propos B. BOULOC, « Protection des consommateurs. Abus de faiblesse », *RTD com.* Dalloz édition, 2005, p. 860 ; Cass. crim. 22 mars 2005, n° 04-81.312, publié au bulletin ; V. à ce propos B. BOULOC, « Démarchage à domicile. Domaine d'application », *RTD com.* Dalloz édition, 2005, p. 620.

démarchage à domicile effectuée auprès de clients âgés. En l'espèce, « *M. X... reconnaissait durant l'enquête comme devant la cour que la majorité des livraisons avaient lieu chez des personnes âgées, choisies en fonction de ce critère lors de l'achat de fichiers clients, et que les prix pouvaient être très élevés puisqu'ils étaient libres* »⁶¹⁸. Avec cet arrêt, la Cour de cassation a considéré que l'abus de faiblesse était constitué, alors même que le démarcheur n'avait opéré qu'une seule visite à ses clients âgés. Les faits d'espèce attestent d'une réalité souvent passée sous silence. Les consommateurs ont tendance à considérer que la prohibition de l'abus en matière de démarchage est suffisante pour décourager les professionnels aux intentions contestables. De telles jurisprudences témoignent de la résistance de certaines attitudes professionnelles.

⁶¹⁸ Cass. crim. 8 mars 2016, n° 14-88.347, publié au bulletin.
V. à ce propos J. GALLOIS, « Infractions à la législation de la consommation : entre caractérisation et cumul », *Dalloz actualité*, Dalloz édition, 2016. V. également : « Abus de faiblesse et démarchage à domicile ; caractérisation et cumul des infractions », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 652.

SECTION II

LA PERSONNE ÂGÉE : COCONTRACTANT PARTICULIER

182. Le passage du temps n'est pas censé avoir d'impact sur la capacité juridique. S'il s'avère qu'il en a bien un, alors les mécanismes de protection doivent être mis en œuvre. La lettre de l'article 1146 du Code civil en atteste : « *Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : les mineurs non émancipés ; les majeurs protégés au sens de l'article 425* »⁶¹⁹. En conclusion, une personne jouit de droits et de la capacité juridique droits indépendamment de son âge et du passage du temps. Malgré l'égalité de principe entre les majeurs capables, les personnes âgées se trouvent au croisement de pouvoirs et de protections. En matière contractuelle, cette inégalité s'exprime de différentes manières. Comme on peut le lire dans l'ouvrage consacré à la technique contractuelle : « *La relation sociale est tissée de mille obligations dont chacune a créancier(s) et débiteur(s)* »⁶²⁰. Parmi cette multitude, la personne âgée peut occuper, tantôt le rôle de créancier, tantôt celui de débiteur. Rien n'indique par contre, qu'elle le fasse de façon exactement semblable, à la manière dont le ferait un cocontractant non âgé. Car, si l'âge avancé est régulièrement évoqué comme une source d'expérience, il peut également placer un cocontractant dans une position vulnérable vis-à-vis de son créancier ou de son débiteur. Par ailleurs, au-delà des interactions entre les parties, la personne âgée peut également se trouver privée de l'accès à certains actes juridiques. Dès lors elle se trouve, en raison de son âge, sur un pied d'inégalité au regard du panel d'offres contractuelles proposées par certains professionnels.

La capacité des personnes âgées est confrontée à un certain nombre d'atteintes. Les rapports juridiques quotidiens sont le théâtre de situations inégalitaires et différenciées. La constance prêtée à la notion de capacité est mise à mal. Cette situation risque de perdurer en l'absence de positionnement légal ferme. Tant que la vieillesse ne bénéficiera pas d'une réflexion juridique propre, la situation discriminatoire perdurera. Au titre d'« *instrument privilégié des relations économiques entre les personnes* »⁶²¹ (PARAGRAPHE 1), le contrat est le fer de lance des liens qui lient quotidiennement les individus entre eux, et par extension, la société (PARAGRAPHE 2).

⁶¹⁹ Art. 1146 C. civ, tel que modifié par l'Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, publiée au JORF n° 0035, du 11 février 2016, texte n° 26.

⁶²⁰ P. MOUSSERON *et al.*, *Technique contractuelle*, Ed. Francis LEFEBVRE, 5^{ème} édition, 2017, p. 19.

⁶²¹ F. LHUILLIER, *Le droit des adultes vulnérables mais capables*, Thèse de Doctorat en Droit, 2005, pt. 130.

PARAGRAPHE 1
DE L’*HOMO CONTRACTUS* AU *SENEX CONTRACTUS*

183. L’âge d’une personne peut-il avoir un impact sur ses relations contractuelles ? S’il en a, c’est à différents niveaux. L’avancée en âge pousse l’individu — en sa qualité de cocontractant — dans des retranchements nouveaux. La personne contracte et consomme en tant que : Personne âgée. Non seulement le nombre et la forme de ses contrats augmente, mais elle se trouve par ailleurs confrontée à un déséquilibre des forces, face à certains cocontractants, ou dans le cadre de certains contrats. L’âge d’une personne participe parfois à la placer dans une position particulière dans le cadre de ses relations contractuelles. Malgré l’omniprésence de ce phénomène, l’âge reste peu mobilisé par le droit commun.

Face au refus du législateur de prendre position face au critère de l’âge, cet élément reçoit différents effets en matière contractuelle. Ce dernier lui refuse une théorisation globale, sous couvert du principe général de non-discrimination (I). La pratique est pourtant bel et bien forcée d’apporter des réponses aux situations concrètes, liées à l’âge avancée d’un contractant (II). Certains types de contrats restent inaccessibles aux personnes âgées, et cela en dépit de l’absence d’une assise légale.

I. L’ÂGE DANS LE DROIT DES CONTRATS

184. Le bon sens du droit des contrats lui commande de ne pas être totalement hermétique à l’application de certains seuils d’âge au sein des relations contractuelles. Cependant, il apparaît qu’en dépit de la récente réforme du droit des contrats (B), le critère de l’âge reste peu pris en compte (A).

A. LE DROIT DES CONTRATS FACE AU CRITÈRE DE L’ÂGE

185. Le droit commun contrats repose sur un postulat d’égalité entre les parties. Il s’agit bien-sûr d’une égalité “abstraite”⁶²², juridiquement projetée sur les cocontractants. Fort de ce principe, les rapports entre les acteurs des obligations⁶²³ contractuelles sont réputés égaux. Ce postulat bénéficie d’une autorité telle, que la réalité concrète du rapport de force entre les cocontractants est délaissée. Monsieur Grégoire LOISEAU a eu l’occasion de relater cette nature “désincarnée” qui est prêtée

⁶²² G. LOISEAU, « La puissance du cocontractant en droit commun des contrats », *AJ Contrat d’affaires – Concurrence - Distribution*, Dalloz édition, 2015, p. 496.

⁶²³ D. MAINGUY, J.-L. RESAUD, *Droit des obligations*, Ellipses édition, Coll. Cours Magistral, 2008.

au rôle de cocontractant : « *Le traitement de l'opération contractuelle est égal que l'une des parties soit en situation de puissance ou/et l'autre en état de faiblesse. Le droit commun des contrats a été conçu en 1804 sur des postulats de liberté et d'égalité, faisant abstraction de la réalité des situations contractuelles et des rapports de force qui leur sont bien souvent inhérents* »⁶²⁴. En dépit de cette structure normative, les rapports humains demeurent inégaux par nature et les rapports de force qui en découlent sont inconstants. Il n'y a aucune raison qu'en matière d'*obligatio* il en soit autrement.

Les personnes âgées sont réputées jouir de la même capacité juridique que tous les autres majeurs capables. De cette manière, leur consentement les oblige de manière somme toute semblable. Cette unité de traitement de la capacité contractuelle se place dans le droit fil du principe de capacité juridique. La discrimination fondée sur l'âge reste un principe directeur en la matière. Cependant, la réalité offre un tableau plus contrasté. Si le droit positif s'emploie à traiter tous les majeurs capables de façon égale, certaines atteintes restent directement orientées contre certaines populations. C'est ainsi que les personnes âgées peuvent subir des torts spécifiques, et notamment à l'occasion de leurs relations contractuelles. Qu'elle porte de sortie offre le droit commun aux engagements regrettables ? La toute-puissance de la liberté contractuelle semble par moment n'être limitée que par la barrière des vices du consentement.

B. LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS FACE AU CRITÈRE DE L'ÂGE

186. La réforme du droit des contrats⁶²⁵ a pris à bras le corps la notion centrale du consentement, de l'expression de sa volonté et donc également de son atteinte éventuelle. L'article 1130 du Code civil dispose que : « *L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné* »⁶²⁶. Cet article présente à lui seul de nombreux traits caractéristiques du droit positif : Les grands principes sont énoncés d'une façon large et générale, alors que le second alinéa retient l'attention en offrant une immense souplesse à l'application réelle de la règle. La réforme fait œuvre d'encadrement.

⁶²⁴ G. LOISEAU, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁶²⁵ V. à ce propos : G. CHANTEPIE, « L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats », *AJ Contrat*, Dalloz édition, 2016, p. 412. Également : O. DESHAYES, « La formation des contrats », *Revue des contrats*, Lextenso édition, 2016, n° hors-série, p. 21.

⁶²⁶ Art. 1130 C. civ, tel que codifié par la L. du 7 février 1804, et modifié par l'Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016, préc. – art. 2.

187. L'ancien article 1109 disposait uniquement du principe de consentement vicié : « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement a été donné par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* »⁶²⁷. Le second alinéa du nouvel article 1130 codifie l'appréciation *in concreto* permettant entre autres choses l'appréhension de l'âge et de ses conséquences sur la caractérisation d'un dol. L'article 1143 du Code civil dispose quant à lui que : « *Lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* »⁶²⁸. La lettre même de l'article impose le cumul de trois éléments. Le premier réside en l'existence d'un état de dépendance caractérisé. Cet élément doit être entendu largement et ne se limite pas à la traditionnelle dépendance économique. Il recouvre au contraire un champ d'action plus large. « *Aucun lien de dépendance n'est écarté, entre personnes morales mais aussi entre personnes physiques, ce qui permet une protection de celles d'entre elles qui sont les plus vulnérables, telles que les personnes âgées, malades, crédules, etc...* »⁶²⁹. Le second élément nécessaire à la concrétisation de la faute est l'existence d'un abus de la part du cocontractant. Le troisième enfin, est celui de "l'avantage manifestement excessif". Ce dernier point technique permet de rendre la notion d'abus plus objective. Ici résidaient certaines craintes de professionnels, largement visés par une telle mesure. Le vice du consentement, réside dans le caractère déterminant du vice au sein du processus de consentement. Cette notion reprend plus largement à son compte la distinction traditionnelle entre dol principal et dol incident, entre le licite *dolus bonus* et l'illicite *dolus malus* connus de la matière contractuelle. Cependant, la doctrine s'interroge quant à savoir si cette nouvelle approche renvoie à la notion de contrat fortement déséquilibré⁶³⁰. L'appréciation est placée entre les mains des juges.

188. La théorie des vices du consentement présente le désavantage d'être nécessairement subordonnée à une action en justice. Ce critère a notamment pour effet néfaste de décourager de potentiels demandeurs. De multiples raisons sont régulièrement invoquées pour justifier le détournement d'une action. « *En dehors de son impossibilité de faire une avance de frais, elle [la personne] se heurte à des difficultés de preuve* »⁶³¹. La présente argumentation n'a pas pour objet

⁶²⁷ Anc. Art. 1109 C. civ., tel que créé par la L. 1804-02-07 du 17 février 1804.

⁶²⁸ Art. 1143 C. civ, tel que modifié par l'Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016, préc. – art. 2. V. également à ce propos : O. DESHAYES, *Op. cit.*

⁶²⁹ F. SAUVAGE, « Principales incidences de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve de l'obligation sur le droit des libéralités », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2016, p. 475.

⁶³⁰ S. PELLET, « L'abus de dépendance est une violence ! », *L'essentiel Droit des contrats*, Lextenso édition, 2016, n° 03, p. 4.

⁶³¹ F. LHUILLIER, *Op. cit.*, pt. 132.

d'avancer que les personnes âgées sont ou seraient faibles et n'auraient ni le courage ni l'idée d'estimer en justice — loin s'en faut. Pourtant, l'action contentieuse est souvent boudée par les populations âgées, parfois pour cause de manque de conviction, souvent parce que “le jeu n'en vaut pas la chandelle”. Une rare exception à cela, étrangère à la matière contractuelle, concerne les actions intentées en vue de défendre un droit de visite des petits-enfants. Malgré cela, la sous-représentation des personnes âgées aux contentieux n'est pas un indicateur fiable quant aux atteintes — contractuelles ou extracontractuelles d'ailleurs — qui leurs sont portées.

Les juges mobilisaient classiquement les notions de “bon père de famille” ou de “consommateur moyen” et se fondaient désormais sur le caractère “raisonnable”⁶³² d'une action pour établir un consentement vicié. En cela « *l'erreur inexcusable ou le dolus bonus ne sont pas pris en considération, [...] la violence n'est appréciée qu'en se référant à un modèle de personne raisonnable* »⁶³³. Ces limites raisonnées à l'établissement d'un vice de consentement semblent on ne peut plus justifiées⁶³⁴. De rares issues de secours sont également répertoriées au creux des articles 414-1 et 1129 du Code civil, relatif à la santé d'esprit. La question de leur efficience reste entière. Tout d'abord, la preuve de l'insanité d'esprit est difficile à établir. De plus, la frontière entre le trouble passager et le nécessaire placement sous régime spécial de protection peut s'amoindrir.

II. LES EFFETS DE L'ÂGE SUR LA RELATION CONTRACTUELLE

189. L'âge d'une personne entre en jeu à un moment ou à un autre de ses relations contractuelles. Les personnes âgées semblent largement préférer une forme contractuelle traditionnelle à celles plus modernes — tels que les contrats électroniques. Au-delà des effets de forme, la mobilisation plus ou moins affirmée de critères d'âge, tend à réguler l'accès à certains contrats. La technique contractuelle n'est pas insensible à ce phénomène. C'est ainsi que l'âge d'une personne fonde certains refus d'avantages contractuels (A) et en justifie d'autres (B). L'insertion d'un droit propre à la personne âgée pourrait apporter certaines modifications en matière contractuelle (C).

⁶³² La notion de « bon père de famille » est fut remplacée par le terme « raisonnablement » par la L. n° 2014-873 du 4 août 2014 – art. 26, *Pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (I)*, publiée au JORF n° 0179 du 5 août 2014, p. 12949, texte n° 4.

⁶³³ F. LHUILLIER, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁶³⁴ Pourtant, elles impliquent d'exclure certains abus, parfois fondés sur la confusion fréquente entre les différentes monnaies pratiquées par les personnes au cours de leur vie. Certaines personnes âgées raisonnent parfois en francs français, et éprouvent des difficultés à se faire une idée des sommes importantes en euros.

A. LES AVANTAGES CONTRACTUELS REFUSÉS À L'ÂGE

190. Des voix s'élèvent pour reprocher sa pauvreté en matière de protection au droit des contrats. Plus que l'absence de dispositions protectrices, c'est le manque d'organisation et de cohérence qui sont reprochées au droit commun : « *Noyées dans un dédale de normes, les dispositions protectrices ne sont pas suffisamment exploitées. Éparpillées dans la théorie générale, les contrats spéciaux et les droits spéciaux du contrat, elles restent en grande partie méconnues* »⁶³⁵. Il semblerait en effet que le législateur contemporain ait converti la célèbre pratique du “dripping”⁶³⁶ que l'on doit au plasticien Jackson POLLOCK, aux besoins de la protection. Cela étant, si l'art législatif est indéniable, cette voie reste trop aléatoire et la protection est devenue pointilliste et illisible. Plus que jamais pourtant, le *corpus* normatif devrait se positionner face au processus de transition démographique qui ne manquera pas de bouleverser le paysage contractuel.

La difficulté qui se présente au législateur n'est pas minime. La voie empruntée jusqu'à ce jour se justifie à de nombreux égards. En effet, un tissu législatif trop dense pourrait avoir pour effet de placer le cocontractant dans une situation analogue à celle d'un incapable. Cette dérive est bien-évidemment à éviter. Ne pas protéger ou protéger ponctuellement, revient une nouvelle fois à consacrer le principe d'égalité contractuelle, et à nier les potentielles faiblesses, temporaires ou casuistiques, qui peuvent toucher les cocontractants, et spécifiquement les cocontractants âgés. Dès lors une question se pose : Quel outil juridique utiliser pour le meilleur compromis entre protection du contractant et respect de sa capacité ?

191. L'âge peut justifier une certaine méfiance à l'égard du lien contractuel — tant de la part d'un cocontractant âgé vis-à-vis d'un plus jeune ; que de la part d'un cocontractant jeune à l'égard d'un âgé. Au-delà de ce seul sentiment, la vieillesse peut causer un déséquilibre concret de la relation contractuelle. Le support contractuel pourrait connaître certaines adaptations favorables aux cocontractants âgés. Dans le cadre d'un contrat à conclure avec une personne âgée, la forme de l'instrumentum pourrait évoluer légèrement afin d'assurer une compréhension optimale de la part du cocontractant. Par exemple, l'obligation de lisibilité imposée par l'article L. 111-1 du Code de la

⁶³⁵ S. LE GAC-PECH, « Bâtir un droit des contractant vulnérables », *RTD civ*, Dalloz édition, 2014, p. 581. Sur la notion de contrats spéciaux, V. D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, Dalloz édition, Série : Cours Dalloz, 10^{ème} édition, 2016.

⁶³⁶ En référence à la technique du “dripping” développée par l'artiste Jackson POLLOCK *expressionniste abstrait* durant les années 1940, et qui consiste à laisser couler des gouttes de peinture sur une toile étendue au sol.

consommation⁶³⁷, pourrait se trouver renforcée en matière de contrats conclus entre un professionnel et un non professionnel âgé. À ce jour, la jurisprudence tend à considérer que la taille de caractère raisonnablement lisible est supérieure à 8⁶³⁸. On peut envisager qu'une taille supérieure à 10 serait plus adéquat aux déficiences visuelles dont souffrent de nombreuses personnes âgées.

B. LES AVANTAGES CONTRACTUELS CONSENTIS À L'ÂGE

192. Il n'existe pas d'obligation générale de réduction tarifaire au profit des personnes âgées. Pourtant la réalité regorge de "tarifs seniors" et de réductions en tout genre, consenties du fait de l'âge avancé. On retrouve ces "tarifs préférentiels" dans de nombreux domaines : *transport*⁶³⁹, *culture etc...* Puisque le législateur n'impose ni le principe ni l'application, il existe une multitude de seuils d'âge et autant de taux de réduction.

Malgré l'absence d'obligation générale de réduction tarifaire, l'action n'est pas l'apanage des entreprises privées. L'État et les collectivités versent eux-mêmes dans l'effort de réduction de prix pour les personnes âgées. De cette façon, de nombreuses communes proposent des cartes de transport urbain à prix réduits en faveur de leurs résidents âgés. De son côté, la SNCF consent une réduction de 25 à 50% pour les bénéficiaires de la carte Senior +⁶⁴⁰. « *En Île-de-France, la RATP propose les cartes Émeraude ou Améthyste, sous conditions de ressources, aux personnes âgées de plus de 65 ans (ou 60 ans si elles sont reconnues inaptes au travail)* »⁶⁴¹. En ce qui concerne les transports aériens, Air France accorde des réductions allant de 50 à 90% pour les vols en France métropolitaine à ses clients seniors. L'effort est remarquable. Toujours en matière de transport, certaines agences de location, comme Avis par exemple, proposent des avantages tarifaires aux plus de 55 ans. La plupart des musées et des cinémas proposent également des prix spéciaux au profit des personnes âgées. De très nombreux théâtres et Opéras proposent des offres seniors. Le domaine de la santé n'est pas non plus laissé pour compte. Le vaccin contre la grippe est gratuit à partir de 65 ans et l'examen de mammographie est pris en charge pour les femmes de plus de 50 ans.

⁶³⁷ Art. L. 111-1 C. consommation, tel que créé par l'Ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, *relative à la partie législative du code de la consommation*, publiée au JORF n° 0064 du 16 mars 2016, texte n° 29.

⁶³⁸ C. Cass., 1^{ère} civ., 6 avril 2016, n° 14-29444, non publié au bulletin.

⁶³⁹ < <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F18537> > [en ligne] [consulté le 28 avril 2017] : « *Les seniors peuvent bénéficier de réductions tarifaires dans les transports collectifs. Toutefois, il ne s'agit pas d'une obligation générale à la charge des organismes de transport. Aucune disposition légale ou réglementaire n'impose d'avantage tarifaire systématique en faveur des seniors, sur la base du seul critère de l'âge* ».

⁶⁴⁰ Il s'agit d'un équivalent à la célèbre carte Vermeil mise en place par la SNCF en 1992.

⁶⁴¹ < <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F18537> > préc.

193. L'absence d'obligation d'origine légale, implique, on l'a vu, l'absence d'un seuil d'âge stable. Dès lors, certains de ces avantages seniors sont accessibles dès 50 ans tandis que d'autres sont plus tardifs — 55, 60 et 65 ans. S'il est on ne peut plus bénéfique pour les quinquagénaires de se voir gratifier de tarifs avantageux, il n'en demeure pas moins que le phénomène participe à l'éclatement de la notion de vieillesse.

C. LES AVANTAGES CONTRACTUELS PRESENTIS AU PROFIT DE L'ÂGE

194. L'objectif de théorisation d'une forme prégnante de juridicité de la vieillesse, conduit de façon assez naturelle à interroger l'influence de l'âge sur les potentielles relations contractuelles. L'élan choisi est celui de l'insertion d'une forme de reconnaissance élargie de l'âge avancé comme une valeur sociale à protéger. La discipline contractuelle se trouvant au cœur des relations individuelles, elle devrait donc apporter des garanties suffisantes pour assurer le respect de la volonté consacrée par voie de contrat, tout au long de l'existence. L'âge d'une personne peut influencer son rapport aux autres, et donc la qualité ou la quantité des contrats auxquels elle consent. Eu égard au phénomène de transition démographique, le législateur devrait offrir des moyens efficaces de sécurisation de la relation contractuelle dont une des parties au moins est une personne âgée. Reste à savoir quel fondement pourrait justifier une sécurisation de position du cocontractant âgé.

195. À bien des égards, la notion de vulnérabilité pourrait apporter une plus grande flexibilité à de nombreuses dispositions préexistantes : « *Bien comprise, la vulnérabilité pourrait devenir le critère d'éligibilité des dispositions protectrices, déjà inscrites dans les divers droits spéciaux* »⁶⁴². L'élaboration d'une vulnérabilité contractuelle conçue comme étant potentiellement causée par l'âge du contractant, permettrait d'imposer l'idée selon laquelle le contractant peut se trouver dans une situation délicate et sensible qui justifie qu'il soit protégé. Ainsi, « *dans certaines circonstances ou à certaines occasions, une partie mérite d'être protégée indépendamment de sa qualité de consommateur ou de professionnel* »⁶⁴³. Il est nécessaire de se préserver des déviances d'une législation trop émotive ou protectionniste. Cela aurait pour effet de rendre instable l'ensemble des relations contractuelles. Néanmoins, l'emploi de la notion de vulnérabilité contractuelle permettrait à la fois souplesse et protection. Ainsi pourrait-on peut être proposer une autre voie de protection.

⁶⁴² S. LE GAC-PECH, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁴³ S. LE GAC-PECH, *Op. cit.*, *loc. cit.*

196. Est-il vraiment nécessaire de fonder une protection spécifique sur une notion aussi instable que la vulnérabilité ? Rien n'est moins sûr, et le législateur a déjà fait œuvre de virtuosité à ce sujet. Un élan protectionniste peut être construit non pas sur la vulnérabilité de l'une des parties du lien contractuel, mais bien sur la possible agressivité ou déviance de l'autre partie.

Si ce changement de point de vue peut apparaître comme un jeu d'éclairage, il permet de dédramatiser la situation de la partie protégée *in fine*, puisque la protection n'est pas imposée en conséquence de sa propre faiblesse ou vulnérabilité, mais bien par l'abus de son état par l'autre partie. On trouve une émanation de cette logique protectrice en matière de contrats d'adhésion. Ce type de contrat a fait l'objet d'une consécration récente opérée par la réforme de 2016⁶⁴⁴ et qui a notamment permis l'insertion de ces contrats dans le Code civil. En vertu de la définition qui en est faite par le second alinéa de l'article 1110 : « *Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* »⁶⁴⁵.

Dans un tel contrat, la partie qui propose le contrat impose ses conditions de façon *quasi* autoritaire à la partie qui consent. La volonté résiduelle de l'autre partie n'existe plus pour ainsi dire, que dans le don de son consentement puisque le contenu du contrat lui échappe⁶⁴⁶. Si cette rigidité des rapports entre les parties du contrat d'adhésion transparait déjà de la lettre de l'article 1110, elle se confirme à la lecture de l'article 1190 suivant⁶⁴⁷. Lorsqu'un doute subsiste concernant le contrat, il fera l'objet d'une interprétation en défaveur de la partie qui a proposé le contrat — celle-là même qui a imposé les conditions générales. Il s'agit là d'un autre indice présument du déséquilibre existant entre les parties, et de la protection qui est accordée à l'une d'entre elle, en compensation. Ce qui est particulièrement intéressant dans ce mécanisme, c'est bien le fait que la protection de la partie réputée "faible" ne soit pas accordée à raison d'une faiblesse qui lui serait intrinsèque, mais bien d'une faiblesse relative qui s'apprécie à l'égard de la position de la partie réputée "forte".

⁶⁴⁴ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016, préc. V. à ce propos : Th. REVET, « Les critères des contrats d'adhésion », *Recueil Dalloz*, Dalloz édition, 2016, n° 30, p. 1771 ; Du même auteur, « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *Recueil Dalloz*, Dalloz édition, 2018, n° 3, p. 124 ; M. MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz édition, mai 2018, n° 17, p. 900 ; D. HOUTCIEFF, « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats de la preuve et du régime des obligations : le droit schizophrène », *Gaz. Pal.*, 7 avril 2018, p. 14 ; D. MAZEAUD, « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *Recueil Dalloz*, Dalloz édition, mai 2018, n° 17, p. 912.

⁶⁴⁵ Art. 1110 al 2 C. civ., tel que modifié par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, préc.

⁶⁴⁶ La notion de conditions générales est définie par l'art. 1119 C. civ., tel que modifié par Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, préc. V. à ce propos : M. MEKKI, « Droit des contrats », *Recueil Dalloz*, Dalloz édition, décembre 2016 - janvier 2018, n° 7, p. 371 ; F. CHÉNEDÉ, « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », *AJ Contrats*, Dalloz édition, 2018, n° 1, p. 25.

⁶⁴⁷ Art. 1190 C. civ., tel que modifié par l'Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, préc.

L'article 1171 de Code civil, dispose notamment à ce sujet que : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* »⁶⁴⁸. Ce raisonnement pourrait s'avérer particulièrement efficace dans le contexte d'une théorisation d'un droit propre à la personne âgée. Si le législateur voulait assurer une protection solide de la personne âgée en matière contractuelle, il pourrait intégrer une logique similaire à celle portée par l'article 1171, en l'étendant à l'ensemble des contrats ou au moins l'une des parties est une personne âgée. Le principe serait alors celui d'une recherche d'équilibre entre les parties d'un contrat, lorsque l'une d'entre elles est âgée. Une telle évolution pourrait être critiquée pour son atteinte au principe de la liberté contractuelle. Elle permettrait néanmoins de sécuriser le rapport au contrat durant l'avancée en âge et de mettre un terme à de trop nombreux abus. La sous-section 3 : Le contenu du contrat⁶⁴⁹, composée des articles 1162 et suivants du Code civil pourrait être enrichie d'une nouvelle disposition. Un article 1171-1 pourrait être inséré in fine à ladite sous-section et pourrait répondre à une forme semblable à celle-ci :

“Toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat conclu avec une personne âgée est réputée non écrite”.

De cette manière, le législateur pourrait lutter efficacement contre les abus contractuels dont pâtissent les personnes âgées.

⁶⁴⁸ Art. 1171 C. civ., tel que modifié par l'Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, préc.

⁶⁴⁹ Code civil, Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Sous-titre I er : Le contrat, Chapitre II : La formation du contrat, Section 2 : La validité du contrat, Sous-section 3 : Le contenu du contrat.

PARAGRAPHE 2

LA CONTRACTUALISATION CROISSANTE DE LA VIEILLESSE

*« J'ai quelque lassitude Est-ce l'heure est-ce l'âge
À faire ce qu'il faut pour être bien compris
Car il ne suffit pas de soigner ses images
Et de serrer de près le sens dans le langage
Il faut compter avec les sourds les ahuris ».*

ARAGON⁶⁵⁰

197. La démultiplication des sources d'obligation dans certains domaines précis conduit la doctrine à parler de “conventionnalisation”⁶⁵¹ ou de “contractualisation”⁶⁵² croissante du droit des personnes et de la famille. La vieillesse n'est pas étrangère à ce phénomène. Dans ce cadre, la personne âgée se trouve être un cocontractant particulier.

L'exécution des contrats ne va pas sans poser certains problèmes. Cela vaut tant pour les contrats généraux conclus avec une partie personne âgée, que pour les contrats spécialisés aux enjeux du vieillissement : L'âge influence parfois l'équilibre d'une relation contractuelle (I). La technique contractuelle s'adapte et se spécialise (II).

I. LA PERSONNE ÂGÉE DANS LA RELATION CONTRACTUELLE

198. Le droit des personnes tout comme le droit de la famille font l'objet d'une contractualisation croissante (B). Cela n'empêche pas l'âge de jouer le rôle de facteur de risque pouvant concourir au déséquilibre de la relation contractuelle (A).

A. L'EXÉCUTION DU CONTRAT ET LES RISQUES LIÉS À L'ÂGE

199. Au-delà de la constitution du délit d'abus de faiblesse, de nombreuses atteintes affectent les droits des personnes âgées. L'âge mûr d'une personne peut représenter un risque à l'égard de cocontractants potentiels (1). Ce risque va justifier l'ajustement de la relation contractuelle de base. De leur côté, les personnes âgées subissent parfois de véritables dérives contractuelles (2).

⁶⁵⁰ ARAGON, Extrait de *Ce qu'il m'a fallu de temps pour comprendre*, Recueil Le roman inachevé, 1956.

⁶⁵¹ J. HAUSER in G. RAOUL-CORMEIL (dir) *et al*, *Nouveau droit des majeurs protégés, difficultés pratiques*, Dalloz édition, Coll. Thèmes Commentaires et Actes, 2012, p. 14.

⁶⁵² V. G. CHANTEPIE, « La contractualisation en droit privé », *RFDA*, Dalloz édition, 2018, p. 10.

1. Le risque pesant sur le cocontractant d'une personne âgée

200. Le refus opiniâtre du législateur de reconnaître une inégalité entre les majeurs capables implique de nombreuses limites aux rapports contractuels entretenus par les personnes âgées. Les deux extrémités du lien d'obligation potentiel sont mises à mal. D'un côté, certains contrats sont inaccessibles aux personnes âgées, du fait de leur âge avancé. De l'autre, diverses activités professionnelles, qui ne sont pas spécialisées dans la clientèle âgée — comme les activités d'assurance ou de banque par exemple —, assument un risque plus important lorsqu'elles proposent une offre à une personne âgée plutôt qu'à une personne plus jeune.

Refuser l'accès à ces contrats est souvent une question de cohérence pour ces entreprises. Du fait du risque accru représenté par une personne âgée — l'aléa de la durée de vie ou de la santé se fait plus présent —, les établissements bancaires soumettent l'accord de certaines offres, à l'appréciation par l'agent de l'état physique et mental de leurs cocontractants. Ces critères ne sont pas officiellement reconnus par les établissements qui ne peuvent justifier une discrimination fondée sur l'âge. Pourtant, le bon sens veut qu'à risque plus important, une personne avisée prenne davantage de précautions. Lorsqu'un cocontractant se trouve face à la sollicitation d'une personne âgée, il peut avoir des raisons de craindre que cette dernière ne survive pas à la transaction, ou ne puisse trouver les ressources suffisantes pour honorer son obligation. Par exemple, la banque voit le risque de ne voir un crédit que difficilement honoré en cas de décès de son client.

201. L'absence de base légale et l'omniprésence du principe d'égalité, justifient le fait, que la prise en compte de l'âge dans la souscription d'un contrat soit perçue comme une discrimination. De plus, l'« omni absence » de l'âge dans la législation rend la discrimination officieuse hautement subjective. Les sociétés qui sont en contact avec les consommateurs âgés se trouvent en porte-à-faux entre les intérêts de leur société et l'interdiction de discrimination fondée sur l'âge. La vieillesse devrait pouvoir être reconnue comme un facteur de risque pour certains contrats. Ainsi, la mobilisation du critère de l'âge pourrait être davantage encadrée.

Il existe d'ores et déjà des contrats spécialement conçus pour la clientèle âgée — par exemple le prêt viager hypothécaire⁶⁵³. Néanmoins, ces contrats ne contiennent pas plus de critère d'âge que les autres. Un constat similaire a été dressé en 2015 par Jacques TOUBON en sa qualité de

⁶⁵³ V. à ce propos A. GOTMAN, « Vers la fin de la transmission ? De l'usage du logement pour assurer ses vieux jours. Le prêt à hypothèque inversée », *Sociologie*, Presses Universitaires de France, 2010/1, vol. 1, p. 141-159.

Défenseur des droits, qui avait désigné les personnes âgées exclues du crédit comme des « *victimes des politiques commerciales d'exclusion de certains publics* »⁶⁵⁴. L'assureur prend nécessairement plus de risque en consentant certains contrats à des personnes âgées. L'âge du souscripteur ou de l'assuré occupe une place importante lors de l'étape permettant à l'assureur d'évaluer le risque à garantir. Certaines conditions générales de ventes prévoient que le souscripteur doit obligatoirement avoir plus de 18 ans et moins de 78 ans au moment de la souscription du contrat ; ou que l'indemnisation des accidents de la vie « *tient compte de la situation de chaque personne accidentée (âge, profession...)* »⁶⁵⁵. Également, certains contrats prévoient indépendamment des conditions générales de vente pratiquées par l'entreprise, une limite d'âge. C'est le cas pour les contrats d'assurance vie par exemple. Certaines conditions d'adhésion, imposent un âge compris entre 40 et 75 ans⁶⁵⁶.

2. Le risque pesant sur la personne âgée dans l'exécution du contrat

202. Les conditions d'adhésion ont pour effet de limiter l'accès aux contrats. Lorsque l'âge fait partie de ces conditions, la conclusion du contrat se retrouve alors assortie d'un terme propre à chaque contractant potentiel. C'est ainsi que l'on trouve dans la jurisprudence, des cas de contrats refusés à des personnes, du fait de leur âge trop avancé : « *Monsieur B... A... et son fils ont sollicité leur adhésion, le 14 octobre 2000, à l'assurance de groupe 'Prêt Standard' qui a été refusée en raison de l'âge de Monsieur B... A... (57 ans alors que l'âge limite pour adhérer à ce contrat était 50 ans)* »⁶⁵⁷. L'âge n'est d'ailleurs pas le seul critère d'exclusion. La discrimination fondée sur l'âge étant interdite, certains contrats excluent les personnes âgées sur le fondement des revenus. « *Les personnes bénéficiant de revenus importants peuvent bénéficier de très bonnes conditions de crédit, en revanche les populations disposant de ressources plus modestes en sont exclues. Il peut s'agir aussi bien des personnes à revenus irréguliers que des personnes âgées, lesquelles éprouvent les pires difficultés à s'assurer* »⁶⁵⁸.

203. Au-delà de l'impossibilité d'accéder à certains contrats, les personnes subissent parfois de graves atteintes dans leurs rapports d'obligation, en raison de leur âge. Des cocontractants mal

⁶⁵⁴ J. TOUBON, « L'avenir du droit de la non-discrimination » in *Colloque 10 ans de droit de la non-discrimination*, 2015, p. 130.

⁶⁵⁵ V. à ce propos les conditions générales de vente, pratiquées par la société AXA assurance.

⁶⁵⁶ Extrait de notice d'information Entour'âge, contrat de prévoyance AXA : « *Pour adhérer au contrat Entour'âge et être assuré par celui-ci, vous devez satisfaire aux conditions cumulatives suivantes : [...] avoir à la date de signature du bulletin d'adhésion, un âge compris entre 40 et 75 ans inclus* ».

⁶⁵⁷ CA Douai, 3^{ème} chambre, 1 avril 2010, n° 09/02450.

⁶⁵⁸ Avis et Rapports du Conseil économique et social, *Op. cit.*, p. 32.

intentionnés exploitent à fond la carte du rapport de force, et placent parfois leur cocontractant âgé dans une situation peu enviable. Malgré cela, le législateur et la jurisprudence refusent toujours d'accorder à l'âge la puissance d'un critère emportant une vulnérabilité *sui generis*. La casuistique rappelle sans cesse les affronts tant humains que contractuels, que subissent certaines personnes âgées. Ces atteintes entachent tant leurs rapports avec des particuliers, qu'avec des professionnels.

Les faits de l'arrêt rendu par la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation, le 22 février 2006 parlent d'eux-mêmes⁶⁵⁹ : « *Mme Y..., âgée de 94 ans, avait subi depuis des années des pressions, des menaces continues, des insultes de la part des dirigeants de la société X, ainsi que des troubles de jouissance* »⁶⁶⁰. Les professions juridiques ne sont pas exemptes de ce phénomène. L'autorité prétorienne se montre particulièrement stricte à leur égard. L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 26 septembre 2012⁶⁶¹ en témoigne. En l'espèce, un notaire fut condamné pour plusieurs agissements tendant à amener une personne âgée de plus de 80 ans à accomplir des actes de disposition sur des biens immobiliers ainsi que des transferts de fonds. Les actes reprochés au professionnel n'avaient pas abouti. Cependant les juges de cassation, à l'instar des juges d'appel n'ont pas jugé nécessaire de tenir compte de la perfection des faits litigieux⁶⁶².

204. Les relations contractuelles indirectes présentent un risque accru pour les personnes⁶⁶³. La présence de groupes de contrats ou de plusieurs intermédiaires, représentent autant de risques d'atteintes pour la personne âgée. La situation dans laquelle se trouve une personne âgée influence grandement la part de risque encourue. Les personnes vivant en institutions spécialisées sont souvent moins écoutées. L'isolement est également un facteur de vulnérabilité. Dans le cadre de l'hébergement spécialisé, le risque de maltraitance est présent. La responsabilité des intervenants est de l'ordre de la responsabilité contractuelle. Néanmoins, une chose est à relever ici. Les

⁶⁵⁹ V. à ce propos : J.-B. SEUBE « Force majeure, sous-contrat et abus de faiblesse », *Revue des contrats*, Lextenso édition, 2006, n° 3, p. 763.

⁶⁶⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 22 février 2006, n° 05-12.032, publié au Bull. 2006, III, n° 46, p. 37.

⁶⁶¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 26 septembre 2012, n° 11-15.263, non publié au bulletin.

⁶⁶² Cass. Civ. 1^{ère}, 26 septembre 2012 – préc. « *Qu'en constatant que dès lors les opérations qui étaient reprochées à M. X... dans l'affaire Z... n'avaient pas abouti et que M. X... n'avait pas passé les actes correspondants, ce dont il s'évinçait que M. X... n'avait pas pu prêter son ministère aux opérations incriminées, la cour d'appel, en prononçant néanmoins la peine de destitution compte tenu des agissements réitérés de M. X..., a violé le texte susvisé, outre le principe de proportionnalité* ». Les arguments du notaire n'ont pas été accueillis.

⁶⁶³ CE, 20 mars 2013, n° 345885, inédit au recueil Lebon ; V. également à ce propos : « Conditions d'intervention des médecins dans les établissements d'hébergement de personnes âgées. Arrêt rendu par la Conseil d'État », *AJDA*, Dalloz édition, 2013, p. 1488.

situations de maltraitements sont d'autant plus présentes, que la situation de dépendance de la personne, est avancée.

205. Un rapport de l'inspection générale des affaires sociales, portant évaluation du dispositif de lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des personnes handicapées mis en œuvre par les services de l'État dans les établissements sociaux et médico-sociaux⁶⁶⁴, témoigne des situations de maltraitance en milieu institutionnel. Ce rapport fait mention d'un outil élaboré par les professionnels intervenant en établissement d'accueil⁶⁶⁵. Il s'agit d'une hiérarchisation des actions en trois catégories distinctes : bientraitance, à risque, maltraitance. À la lecture du procédé il apparaît que le fait pour le professionnel de ne pas tenir compte de la température ambiante pour l'habillement, de laisser la personne en tenue de nuit ou encore d'imposer la tenue portée ou le maquillage, ne font partie que des comportements dits à risque. La maltraitance professionnelle n'est établie qu'en cas de manquement aux procédures d'hygiène élémentaires. Il est insupportable de constater que cet "outil" est considéré comme une avancée dans la protection de la personne âgée et handicapée, et vanté par l'inspection générale des affaires sociales. Toute personne, peu importe son âge ou son handicap, doit voir son consentement respecté, en ce qui concerne, sa santé, son hygiène et son apparence. La bientraitance⁶⁶⁶ devrait être la première obligation contractuelle due par les professionnels envers leurs patients/clients âgés.

206. Dans le contexte de l'hébergement spécialisé, on constate l'existence d'ensembles contractuels complexes. Les personnes vivant au sein des EHPAD par exemple, ont souvent besoin de soins et de médicaments. L'opération de dispensation de médicaments dans une telle structure, induit l'existence de plusieurs contrats. Ces différents actes juridiques s'articulent entre les parties, autour d'une opération économique unique. Le contrat de séjour est conclu d'un côté, entre le résident — ou son représentant légal s'il est placé sous régime spécial de protection — et de l'autre, l'établissement d'accueil. Ensuite, le contrat de fourniture de médicament est conclu entre l'établissement d'accueil et un ou plusieurs pharmaciens d'officine. Enfin, la dispensation par le pharmacien engagé par l'établissement, doit être acceptée par les résidents ou leurs représentants légaux, afin de respecter le libre choix de chacun. Ces contrats « *constituent un ensemble*

⁶⁶⁴ F. BAS-THERON, C. BRANCHU, « Rapport : évaluation du dispositif de lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des personnes handicapées mis en œuvre par les services de l'État dans les établissements sociaux et médico-sociaux », *Inspection générale des Affaires sociales*, n° 2005-179, 2006.

⁶⁶⁵ Colloque, *Prévenir la maltraitance et respecter la dignité des personnes âgées*, DDASS de la Gironde, 2004.

⁶⁶⁶ V. à ce propos : G. LAROQUE, « bientraitance, maltraitance, qu'en est-il en France ? », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2010/2, n° 133, p. 63-68.

contractuel en raison de leur finalité commune »⁶⁶⁷. En revanche, l'intimité de ces contrats, l'unicité de l'action visée, conduit à s'interroger sur la responsabilité de chacune des parties en cas de dommage. Dans cette hypothèse, la multiplicité des liens d'obligations autour d'une cause unique, conduit les éventuels contentieux sur le champ de la responsabilité contractuelle.

B. L'OUTIL CONTRACTUEL AU SERVICE DE LA PROTECTION LIÉE À L'ÂGE

207. En vertu de l'article 425 du Code civil, les dispositions de protection juridique des majeurs répondent aux besoins de toute personne se trouvant dans l'impossibilité de pourvoir à ses intérêts pour cause d'une altération de ses facultés⁶⁶⁸. Parmi le dispositif légal de protection mis en place par la réforme de 2007⁶⁶⁹, l'accompagnement social personnalisé (1) ainsi que le mandat de protection future (2) répondent à la forme contractuelle. Ces mécanismes dérogent pourtant au droit commun des contrats⁶⁷⁰.

1. L'âge et le mécanisme du mandat de protection future⁶⁷¹

208. Le mandat de protection future est un contrat permettant d'organiser à l'avance sa propre protection, ou bien celle de son enfant handicapé⁶⁷². HAUSER a pu rappeler les origines de ce mandat si particulier, déjà mises en avant par DEMOLOMBE, à la fin du XIX^{ème} siècle : « *Dans notre ancienne jurisprudence française on avisait à l'affaiblissement dû au grand âge par des accords entre la personne à laquelle son âge ne permettait plus de conserver le libre-arbitre de son patrimoine et ses parents ou héritiers présomptifs* »⁶⁷³. Ces accords permettaient aux proches de

⁶⁶⁷ N. MILOUDIA, « Réflexion sur la notion de groupe de contrat dans les opérations de dispensation des médicament en EHPAD sans PUI », *Les Petites affiches*, Lextenso édition, 2016, n° 156, p. 6.

⁶⁶⁸ Art. 425 C. Civ, tel que modifié par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 – art. 7, *portant réforme de la protection juridique des majeurs (I)*, publiée au JORF n° 56 du 7 mars 2007, p. 4325, texte n° 12, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009.

⁶⁶⁹ Circ. DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009, application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme de la protection judiciaire des mineurs et des majeurs, publiée au BO justice n° 1 du 28 février 2009 : « *Innovante par la création d'une protection conventionnelle avec le mandat de protection future, elle l'est aussi en instaurant un dispositif d'accompagnement social afin de répondre à ce besoin de protection qui ne nécessite pas une restriction des droits* ».

⁶⁷⁰ L. GATTI, *La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne*, Thèse de Doctorat de Droit, 2015, p. 304 s.

⁶⁷¹ V. à ce propos : L. MICHEL, *De la "régressivité" de la volonté dans la protection des majeurs*, Thèse de Doctorat de droit privé, Université d'Amiens, 2016, notamment p. 49-180.

⁶⁷² Formulaire CERFA n° 13592*02.

⁶⁷³ C. DEMOLOMBE, *Cours de droit civil*, 1854, t. 8, n° 454 spéc. p. 318 in J. HAUSER, *Les mesures judiciaires, solutions subsidiaires au mandat de protection future ?* in G. RAOUL-CORMEIL (dir) *et al*, *Op. cit.*, p. 13.

gérer le patrimoine sans pour autant leur donner la possibilité de l'aliéner. La chose n'est donc pas nouvelle⁶⁷⁴, malgré sa récente institution par la loi du 5 mars 2007⁶⁷⁵.

209. Le mandat de protection future consiste pour un intéressé à désigner : « *Un tiers — le mandataire — qui sera chargé de s'occuper de ses intérêts le jour où il ne pourra plus le faire lui-même en raison de son âge ou de son état de santé* »⁶⁷⁶. Hormis l'hypothèse de conclure un mandat pour un enfant handicapé⁶⁷⁷, le mandat de protection future pour soi-même est globalement orienté autour des personnes âgées. Ce contrat permet de prévoir dans le détail sa propre protection. Ce contrat d'anticipation permet donc d'éviter de futurs placements sous mesures de protections au sens strict, — c'est-à-dire détachées de toute dimension contractuelle. En ce sens, il est fortement plébiscité par la doctrine : « *Il s'agit d'un dispositif qui ne peut qu'être encouragé dans la mesure où il permet d'anticiper des situations souvent douloureuses pour les proches et surtout de s'assurer que ses volontés seront toujours respectées* »⁶⁷⁸. En effet, contrairement aux autres dispositifs de protection, le mandat de protection future organise la gestion du patrimoine d'une personne réputée vulnérable en suivant sa propre volonté antérieurement exprimée.

Le mandat de protection future fait partie des contrats personnels⁶⁷⁹ ayant pour objectif de protéger d'importants enjeux humains. L'objet du contrat n'est pas fondé sur un échange entre les parties, mais bien sur la protection de l'un par l'autre⁶⁸⁰. Le rapport entre les parties diffère d'une relation

⁶⁷⁴ J. HAUSER, « Des incapables aux personnes vulnérables », Droit de la famille, Lexis Nexis édition, 2007, n° 5, étude 14, p. 3 : « *Se posait tout d'abord une question quant au choix de la place du nouveau texte, question qui n'était pas tout à fait anodine : fallait-il le prévoir au titre du mandat ou au titre de la protection des majeurs ? La première solution consistait à mettre l'accent sur la dimension conventionnelle et, en quelque sorte, à banaliser ledit mandat en en faisant simplement une catégorie de mandat parmi d'autres. La seconde permettait au contraire de mettre en évidence la spécificité de ce mandat qui peut comporter tout de même un effet important sur la personne. Le législateur a donc choisi la seconde voie* ».

⁶⁷⁵ J. KLEIN, « Le mandat de protection future enfin opérationnel », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2009, p. 56 ; F. PERROTIN, « Un nouvel outil patrimonial : le mandat de protection future », *Petites affiches*, 2009, n° 232, p. 3. V. également à ce propos : E. DELOUIS, « Le mandat de protection future : le point sur la mise en œuvre d'un contrat très attendu », *Petites affiches*, Lextenso édition, 2010, n° 220, p. 25 ; Dans un même sens : N. PETERKA, « Le mandat de protection future : bilan et perspectives », *Defrénois*, Lextenso édition, 2017, n° 08, p. 497.

⁶⁷⁶ B. DUBREUIL (dir) et al, *La protection des personnes vulnérables*, Ed. Le particulier, Coll. Guide encyclopédique, 2^{ème} édition, 2014, p. 28.

⁶⁷⁷ Le mandat de protection future pour autrui répond à des conditions de forme et de fond plus strictes que le mandat de protection future pour soi-même.

⁶⁷⁸ P. DEVAL (dir) et al, *Guide du droit de la personne âgée*, Ed. Mots composés, Coll. Guide juridique, Paris, 2010, p. 9.

⁶⁷⁹ La nature de ces contrats répond pour partie à la théorie des contrats relationnels développée par le Professeur MACNEIL ; V. à ce propos : I.-R. MACNEIL, « Restatement (second) of contracts and presentation », *Virginia Law Review*, 1974, vol. 60, p. 589 ; « The many futures of contracts » *Southern Californial Law Review*, 1974, vol. 47, personne protégée. 738-741 in C. BOISMAIN, « Présentation des travaux du Professeur Ian R. MACNEIL », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2016/1, vol. 76, p. 51-55.

⁶⁸⁰ L. GATTI, *Op. cit.*, p. 319.

contractuelle classique. En effet, à partir de la prise d'effet du mandat de protection future⁶⁸¹, la personne protégée perd la main quant à l'identité de son mandataire ou à l'exécution saine du mandat⁶⁸².

210. L'exécution du mandat ne peut plus être contrôlée par le mandant, puisque ce dernier est réputé vulnérable à partir du commencement d'exécution du mandat. Pour éviter les abus, le législateur impose au mandataire de rendre compte à un notaire désigné. Ce dernier doit, le cas échéant, communiquer les erreurs commises par le mandataire au juge des tutelles⁶⁸³. Une partie de la doctrine s'interroge quant à l'effectivité du contrôle exercé par le notaire. « *La loi n'indique pas expressément qu'il revient au notaire de contrôler les documents qui lui sont ainsi transmis* »⁶⁸⁴. Effectivement, l'article 491 du Code civil ne prévoit que la conservation des comptes rendus par le mandataire. Le second alinéa dispose de la saisie du juge des tutelles par le notaire, dans l'hypothèse où celui-ci aurait constaté des « *mouvements de fonds et de tout acte non justifiés ou n'apparaissant pas conformes aux stipulations du mandat* ». L'organisation du contrôle et l'instauration de délais d'action imposés aux notaires sont en effet à souhaiter pour assurer l'effectivité du contrôle d'exécution du mandat par le mandataire. Un premier pas vers la sécurisation a été franchi avec l'instauration d'un registre d'inscription spécial, porté par l'article 477-1 du Code civil⁶⁸⁵.

2. L'accompagnement social personnalisé

211. L'accompagnement social personnalisé fait partie des mesures de protection juridique des majeurs qui ne concernent que minoritairement les personnes âgées. Les chiffres du ministère des affaires sociales et de la santé parlent d'eux-mêmes⁶⁸⁶. La grande majorité des contrats d'accompagnement social personnalisé sont conclus entre les départements et des personnes âgées de moins de 60 ans⁶⁸⁷. Cela étant, la nature de cette mesure est suffisamment riche pour être relevée

⁶⁸¹ J. HAUSER, *Op. cit.*, p. 17 : « *Dans la mise en effet du mandat de protection future jusqu'à son exécution ponctuelle, le juge est présent, certes en filigrane ou en statue du commandeur, mais son rôle est essentiel* ».

⁶⁸² L. GATTI, *Op. cit.*, p. 325 : La personne se trouve dans « une impossibilité de fait à rechercher efficacement un partenaire équivalent. Le contractant a perdu l'aptitude à porter un jugement conforme à la défense de ses intérêts. Nécessairement, un tiers doit intervenir en cas de fin de mission du mandataire »

⁶⁸³ Art. 491 C. Civ, tel que modifié par la L. n° 2007-308 – art. 7.

⁶⁸⁴ B. DUBREUIL (dir) *et al*, *Op. cit.*, p. 31.

⁶⁸⁵ Art. 447-1 C. civ., tel que créé par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – art. 35, *relative à l'adaptation de la société au vieillissement*, publiée au JORF n° 0301 du 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1.

⁶⁸⁶ V. données brutes de la DREES < <http://drees.social-sante.gouv.fr/etudes-et-statistiques/open-data/aide-et-action-sociale/les-mesures-d-accompagnement-social-personnalise-masp/article/les-mesures-d-accompagnement-social-personnalise-masp> > [en ligne] [consulté le 17 mai 2017].

⁶⁸⁷ On notera également le contraste du nombre de mesures prononcées selon les départements.

ici. Il s'agit véritablement d'une procédure à la fois administrative et contractuelle, issue de la réforme de la protection juridique des majeurs de 2007.

L'objectif était de répondre à l'un des maux contemporains qu'est l'inadaptation sociale. *« L'accompagnement de la personne en matière sociale et budgétaire répond à un défi particulier de notre temps qui tient pour une part à la complexité de notre société »*⁶⁸⁸. Il s'agit d'une solution moins sclérosante que les régimes spéciaux de protection. Les Professeurs Philippe MALAURIE et Laurent AYNES ont eu l'occasion de relever la nature de l'accompagnement social personnalisé : *« Il ne s'agit plus de protéger une personne mentalement diminuée, mais d'aider celle qui est en détresse sociale ou financière pour l'amener à se "réinsérer" et rétablir son autonomie dans la gestion de ses prestations sociales, sans en faire un incapable »*⁶⁸⁹. À ce titre, l'accompagnement social personnalisé se fait lien entre la protection juridique et la protection commune⁶⁹⁰. La mise en œuvre de cette mesure est confiée aux services sociaux du département et prend la forme d'un contrat d'accompagnement personnalisé. L'objet de l'aide reste assez restreint, puisqu'il s'agit d'un soutien dans la gestion des ressources et des prestations sociales. L'article L. 271-1 al 1 du Code de l'action sociale et des familles dispose de la dimension de cet engagement : *« Toute personne majeure qui perçoit des prestations sociales et dont la santé ou la sécurité est menacée par les difficultés qu'elle éprouve à gérer ses ressources peut bénéficier d'une mesure d'accompagnement social personnalisé qui comporte une aide à la gestion de ses prestations sociales et un accompagnement social individualisé »*⁶⁹¹. Il s'agit d'une aide ponctuelle. La durée du contrat est comprise entre six mois et deux ans, renouvelables pour une durée maximale de quatre ans⁶⁹². Le renouvellement est soumis à une évaluation, visant la pertinence et la nécessité de la mesure.

⁶⁸⁸ J. HAUSER, « Des incapables aux personnes vulnérables », *Droit de la famille*, Lexis Nexis édition, n° 5, mai 2007, étude 14, p. 4 : « ... Entre ceux qui sont sui juris et ceux qui dépendent d'un traitement protecteur s'est développée une frange importante de population qui souffre d'une inadaptation sociale. Le recul de la solidarité familiale, professionnelle, de voisinage, la complexité croissante des relations patrimoniales, la technicité ambiante et envahissante laissent sur le bord du chemin des sujets dont la protection doit être assurée de façon originale ».

⁶⁸⁹ P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, Ed. LGDJ Lextenso, Coll. Droit civil, 8^{ème} édition, 2015, p. 369.

⁶⁹⁰ J. HAUSER, *Op. cit.*, loc. cit.

⁶⁹¹ Art. L. 271-1 al 1 Code de l'action sociale et des familles, tel que modifié par la L. n° 2013-403 du 17 mai 2013 – art. 1 (V), *relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral*, publiée au JORF n° 01114 du 18 mai 2013, p. 8242, texte n° 2.

⁶⁹² Art. L. 271 – 2 al 3 Code de l'action sociale et des familles, tel que créé par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 – art. 13 préc. *« Le contrat est conclu pour une durée de six mois à deux ans et peut être modifié par avenant. Il peut être renouvelé, après avoir fait l'objet d'une évaluation préalable, sans que la durée totale de la mesure d'accompagnement social personnalisé puisse excéder quatre ans »*.

Le contrat d'accompagnement social personnalisé fonde des engagements réciproques entre le majeur et le département⁶⁹³. « *Le bénéficiaire du contrat peut autoriser le département à percevoir et à gérer pour son compte tout ou partie des prestations sociales qu'il perçoit. Ces prestations pourront être affectées en priorité au paiement du loyer et des charges locatives en cours* »⁶⁹⁴. Une partie des prestations sociales perçues par le majeur peut être directement affectée au paiement de son loyer, et ce malgré l'absence d'obligation fixée par le contrat⁶⁹⁵. Cette procédure intervient sur décision du juge d'instance saisi par le président du conseil départemental à la suite de la violation du contrat par le majeur — non-paiement de son loyer par exemple⁶⁹⁶. Cette mesure n'entame pas la capacité du majeur. Du fait de sa nature mixte à mi-chemin entre la mesure et le contrat, l'accompagnement social personnalisé pourrait s'avérer être un outil plus précieux encore pour le législateur⁶⁹⁷.

II. L'ÂGE DANS LA TECHNIQUE CONTRACTUELLE

212. La technique contractuelle offre une gamme toujours plus large de contrats. Ceux-ci permettent non seulement à la personne âgée d'assurer sa propre subsistance actuelle ou future (B), mais également celle d'autrui (A).

A. LES CONTRATS LIÉS À L'ÂGE, L'EXEMPLE DES CONTRATS D'ASSURANCE

213. Le contrat d'assurance vie est réputé être le « *placement préféré des français, notamment en raison de son rendement et de ses avantages fiscaux* »⁶⁹⁸. Le juge occupe un rôle essentiel afin d'éviter les abus (2) pouvant entacher de contrat qui outre sa capacité de rendement, offre un mode de gestion patrimoniale efficace (1).

⁶⁹³ Art. L. 271-1 al 2 Code de l'action sociale et des familles, préc.

B. DUBREUIL (dir) *et al*, *Op. cit.*, p. 42.

⁶⁹⁴ < <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1336> > [en ligne] [consulté le 17 mai 2017].

⁶⁹⁵ Cependant, si la personne bénéficiant de la mesure d'accompagnement social personnalisé ne respecte pas ses obligations ou s'oppose à la mesure, alors une mesure d'accompagnement judiciaire peut lui être imposée.

⁶⁹⁶ Art. L. 271-5 Code de l'action sociale et des familles, tel que modifié par la L. n° 2013-403 du 17 mai 2013 – art. 1 (V) préc.

⁶⁹⁷ Art. L. 271-5 Code de l'action sociale et des familles, préc.

⁶⁹⁸ A. CERMOLACCE, F. DOUET, V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « Ingénierie patrimoniale », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 50, 16 Décembre 2016, p. 1342.

1. L'âge et les contrats d'assurance vie

214. L'avancée en âge emporte avec elle le désir d'organiser sa succession et d'assurer autant que faire se peut la transmission du patrimoine construit durant sa vie active. Le contrat d'assurance vie est considéré comme un moyen idéal de transmission. Cette convention protéiforme permet de couvrir le risque lié à l'aléa de la durée de la vie, et d'assurer à une autre personne que soi, un revenu en cas de réalisation du risque⁶⁹⁹. Le lien intime résidant entre l'aléa du contrat d'assurance vie et la vie du souscripteur ont justifié le fait que cette convention ne puisse être requalifiée en contrat de capitalisation. Cette qualification emporterait de lourdes conséquences, puisqu'elle ferait tomber ce contrat dans le cadre des produits d'épargne financière, et lui ferait donc perdre sa spécificité. Cette précision fut portée par une série d'arrêtés rendu en 2004⁷⁰⁰.

215. Les règles légales qui entourent le contrat d'assurance vie font l'objet d'un dosage savant de la part du législateur : « *L'assurance vie s'inscrit dans un cadre juridique précis, mais qui englobe une grande diversité de formes contractuelles. Elle est passée d'une stricte prestation d'assurance à un produit de placement financier* »⁷⁰¹. La Cour des comptes remet parfois en cause l'équilibre résidant entre l'avantage fiscal et l'effort d'épargne engagé par le souscripteur⁷⁰². L'administration fiscale s'attache alors à contrôler s'il n'y a pas de fraude, d'abus de droit ou de donation indirecte⁷⁰³. Le choix penche souvent en faveur de la donation indirecte, du fait de la lourdeur procédurale de l'abus de droit⁷⁰⁴. La preuve réside alors en la prévisibilité du futur décès du souscripteur, et donc l'absence d'aléa. Dans ce cas la souscription est réputée avoir été faite dans un but fiscal.

216. La co-souscription d'un contrat d'assurance vie offre un accès à la transmission intergénérationnelle. Cela présente un intérêt certain pour les personnes âgées souhaitant désigner un ou plusieurs petits-enfants comme bénéficiaires. Deux personnes apparentant à deux générations

⁶⁹⁹ S. ABRAVANEL-JOLLY, Droit des assurances, Ed. Ellipses, 2^{ème} édition, 2017, p. 375.

⁷⁰⁰ Cass. ch. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13.592, publié au Bull. mixte, 2004, n° 4, p. 9. V. également : Cass. ch. mixte, 23 novembre 2004, n° 02-11.352, publié au Bull. mixte, 2004, n° 4, p. 9 ; ainsi que : Cass. ch. mixte, 23 novembre 2004, n° 03-13.673, publié au Bull. mixte, 2004, n° 4, p. 9.

⁷⁰¹ Cour des Comptes, Rapport public thématique : la politique en faveur de l'assurance vie ; évaluation d'une politique publique, 17 janvier 2012, p. 18 ;

⁷⁰² M. LEROY, « L'art de doser l'avantage fiscal et l'effort d'épargne dans l'assurance vie », *L'essentiel Droit des assurances*, Lextenso édition, 2012, n° 03, p. 7.

⁷⁰³ P. EYSSARTIER, *Op. cit.*, p. 233 s.

⁷⁰⁴ Art. L. 64 du Livre de procédure fiscale, tel que modifié par la L. n° 2008-1443 du 30 décembre 2008 – art. 35 (V), *loi de finances rectificative pour 2008 (1)*, publiée au JORF n° 0304 du 31 décembre 2008, p. 20518, texte n° 1.

distinctes — un grand-père et un père par exemple — souscrivent conjointement un contrat d'assurance vie comportant une clause de report au profit du souscripteur survivant. Le contrat désigne comme bénéficiaire le ou les petits-enfants. Ainsi, comme a pu l'expliquer Monsieur Hervé LÉCUYER : « *Si l'on suit l'ordre normal des décès, celui du premier souscripteur laissera le contrat en place avec le deuxième souscripteur, de la génération suivante. Celui-ci pourra, dans une certaine mesure, exercer le droit de rachat et le contrat jouera ainsi au profit de cette génération-là. Au terme du contrat, ce dernier se dénouera au profit du bénéficiaire, représentant la génération subséquente* »⁷⁰⁵.

2. L'âge et le contentieux de l'assurance vie

217. Le succès de ce contrat laisse à penser que son usage est parfaitement encadré. Il n'en est rien en réalité, et les juges s'emploient à définir les contours techniques de ce contrat⁷⁰⁶ si prisé. Il a ainsi pu être jugé qu'un contrat d'assurance vie conclu par le bénéficiaire dans des circonstances où le décès de la souscriptrice était prévisible, était entaché d'abus de droit — comme en atteste l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Reims le 26 janvier 2006 : « *Ce contrat d'assurance vie a été souscrit, par le bénéficiaire, le 10 mai 1997, soit après l'hospitalisation de Madame X... le 7 mai 1997, et alors qu'elle devait décéder le 30 mai 1997. Attendu qu'il est évident que ce contrat souscrit précipitamment, alors que Madame X... se trouvait hospitalisée depuis plusieurs jours, a été conclu afin de soustraire le montant de la prime des sommes soumises à l'impôt ; Que l'aléa, élément constitutif du contrat d'assurance vie, était inexistant, s'agissant d'une vieille dame âgée de 85 ans, très malade* »⁷⁰⁷. L'âge de la souscriptrice est une nouvelle fois apprécié conjointement au critère de l'état de santé. Ici, la jurisprudence fait œuvre de rationalisme et de cohérence. À l'instar des nombreuses occasions où l'âge est mis en cause devant les prétoires, l'âge n'est apprécié que concomitamment à d'autres critères. Il ne fait pas l'objet d'une reconnaissance autonome. Dès lors, l'accueil de l'âge par les juges est soumis à l'existence d'un contexte global. L'appréciation de la situation de faiblesse d'une personne âgée ne peut encore être justifiée par son seul grand âge. Cette insuffisance du critère de l'âge devrait être remise en cause. Les effets de l'âge sur le corps et l'esprit ne font plus de mystère pour la discipline scientifique, il serait temps qu'il n'en fassent plus pour la

⁷⁰⁵ H. LÉCUYER, « Assurance vie et droit des successions : dyarchie ou symbiose ? », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2007, p. 414.

⁷⁰⁶ Cass. 2^{ème} civ., 19 mai 2016, n° 15-12.767 à propos de la faculté de renonciation des contrats d'assurance vie. *V. à ce propos* : A. CERMOLACCE, F. DOUET, V. PERRUCHOT-TRIBOULET, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁰⁷ CA Reims, 26 janvier 2006, CT0120, n° 04-2478, "affaire LAURENT".

discipline juridique. Celle-ci devrait concéder au critère de l'âge une autonomie conceptuelle suffisante pour ne pas nécessiter l'existence d'autres critères.

218. L'étape de conclusion du contrat d'assurance fait parfois l'objet d'abus. C'est de cette façon qu'a pu être reconnue comme abus d'ignorance et de faiblesse, la conclusion d'un contrat d'assurance vie par une personne âgée souffrant de troubles de la vue et de l'audition. Ces troubles cognitifs étant « *de nature à diminuer son autonomie de jugement par le fait de ne pouvoir, ni par la lecture ni par l'audition, recueillir tous les éléments lui permettant de se forger une opinion sur la proposition qui lui était faite, lesquelles difficultés étaient, ainsi, de nature à amoindrir sa résistance psychologique aux sollicitations commerciales* »⁷⁰⁸. La personne en question était alors âgée de 85 ans.

Les juges de la Cour de cassation ont pu confirmer l'appréciation de l'abus de droit en matière de contrat d'assurance vie, dans un arrêt en date du 21 décembre 2007⁷⁰⁹. Fut reconnue à cette occasion, la possibilité de requalifier un contrat d'assurance vie en donation, sous réserve que les circonstances ayant entouré la désignation du bénéficiaire attestent d'une volonté de la part du souscripteur de se dépouiller de manière irrévocable. Ainsi, c'est à bon droit qu'une Cour d'appel avait procédé à une telle requalification, et assujetti par là même la transaction aux droits de mutation à titre gratuit. En l'espèce, le souscripteur « *se savait, depuis 1993, atteint d'un cancer et avait souscrit en 1994 et 1995 des contrats dont les primes correspondaient à 82 % de son patrimoine, avait désigné, trois jours avant son décès, comme seule bénéficiaire la personne qui était depuis peu sa légataire universelle* »⁷¹⁰. L'enjeu ici était bien évidemment de savoir si le bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie litigieux pouvait être imposé au titre des donations à titre gratuit⁷¹¹.

219. Le législateur a pris soin de renforcer le dispositif de lutte contre les fraudes fiscales. C'est ainsi qu'en 2012⁷¹², les sanctions pesant sur l'obligation déclarative relative aux comptes bancaires

⁷⁰⁸ M.-H. GOZZI, « *Un agent d'assurance abus de la faiblesse d'une personne âgée en lui faisant souscrire un contrat d'assurance vie* », Recueil Dalloz, Dalloz édition, 2002, p. 1804 à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, 9^{ème} ch. A, 2 avril 2001.

⁷⁰⁹ Cass. Ch. Mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12.769, arrêt n° 261.

⁷¹⁰ Cass. Ch. Mixte, 21 décembre 2007, préc.

⁷¹¹ < https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/arret_n_11058.html > [en ligne] [consulté le 31 mars 2007]. Communiqué relatif à l'arrêt n° 261 du 21 décembre 2007.

⁷¹² L. n° 2012-354 du 14 mars 2012, *loi de finances rectificative pour 2012*, publiée au JORF n° 0064 du 15 mars 2012, p. 4690, texte n° 1.

et aux contrats d'assurance vie détenus à l'étranger ont été alourdies⁷¹³. L'article 1648 AA du Code général des impôts a subi une nouvelle évolution l'année suivante. Il est rédigé comme tel en son deuxième alinéa : « *Les versements faits à l'étranger ou en provenance de l'étranger par l'intermédiaire de contrats non déclarés dans les conditions prévues au premier alinéa constituent, sauf preuve contraire, des revenus imposables* »⁷¹⁴. Par le biais de cette présomption simple, le législateur ne laisse aucun doute subsister quant à l'imposition de tous les contrats d'assurance vie, y compris ceux conclus à l'étranger.

B. L'AVÈNEMENT DE NOUVELLES FIGURES CONTRACTUELLES LIÉES À L'ÂGE

220. L'outil contractuel est empreint d'un fort dynamisme ainsi que d'une importante capacité d'adaptation. Il apparaît comme particulièrement utile puisqu'il permet non seulement d'assurer le futur (1) mais également de financer le présent des personnes âgées (2).

1. L'assurance privée dépendance

221. Outre la peine engendrée, la dépendance pèse *ipso facto* sur l'économie. Il arrive fréquemment que les personnes âgées n'aient pas de revenus suffisants pour supporter les frais de leur propre dépendance. L'Allocation personnalisée d'autonomie ne peut parfois couvrir les dépenses nécessaires. « *Les dépenses de prise en charge des personnes âgées dépendantes (soit 1,2 million de personnes) s'établissent, en 2011, à 28,3 milliards d'euros, dont 25 % ne sont pas financées par les allocations ou aides publiques* »⁷¹⁵. La famille apparaît comme le dernier rempart contre ces difficultés. Lorsque sa prodigalité fait défaut, il ne reste guère que l'obligation d'aliment pour assurer la subsistance de la personne dépendante.

Les contrats d'assurance dépendance permettent d'anticiper la survenance d'une dépendance éventuelle et de préserver son autonomie. Le contrat fixe alors le montant des cotisations versées par le souscripteur ainsi que les prestations fournies⁷¹⁶ en cas de réalisation du risque. Malgré la

⁷¹³ V. à ce propos M. LEROY, « L'actualité fiscale de l'assurance vie », *La Gazette du Palais*, Lextenso édition, 2012, n° 203, p. 15.

⁷¹⁴ Art. 1649 AA CGI, tel que modifié par la L. n° 2013-1279 du 29 décembre 2013 – art 10 (V), *de finances rectificative pour 2013*, publiée au JORF n° 0303 du 30 décembre 2013, p. 21910, texte n° 2.

⁷¹⁵ A. FIZZALA, « Dépendance des personnes âgées : qui paie quoi ? L'apport du modèle Autonomix », *Les dossiers de la DREES*, Direction de la Recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques, mars 2016, n° 1.

⁷¹⁶ A.-L. BAGUR, « L'assurance privée face à la dépendance », *Retraite et Société*, La Documentation française, 2003/2, n° 39, p. 38 : « Les prestations classiques sont des rentes viagères, des capitaux “premiers frais” et des services d'assistance ».

réelle utilité de ce contrat⁷¹⁷, il ne connaît un succès que très limité. Il s'agit pourtant de prévoir le financement des personnes et du matériel nécessaires en cas de perte d'autonomie. Le phénomène de sous-assurance dépendance est dû à la fois à la frilosité des assureurs et à la méconnaissance des risques par le grand public. La durée de vie de contrat pose également des problèmes d'ordre technique : « *La dépendance pouvant survenir 30 ans après la souscription du contrat, les prestations peuvent être devenues obsolètes et les sociétés d'assurance et/ou d'assistance peuvent même avoir disparu* »⁷¹⁸. Pour dynamiser l'assurance dépendance, il semble nécessaire d'encadrer la pérennité des contrats et d'imposer l'adaptation constante des prestations.

2. Le contrat de prêt viager hypothécaire

222. La transition sociodémographique emporte des changements contrastés à bien des égards. La technique contractuelle est dès lors amenée à évoluer pour tenter de répondre à l'apparition de nouveaux besoins. Le contrat de prêt viager hypothécaire fait partie de cette veine d'adaptation. L'étude présentée par Madame Corinne GRIFFOND au sein du Conseil économique et social en 2008 intitulée : *Les viagers immobiliers en France*, révèle la nature de cette nouvelle forme contractuelle⁷¹⁹.

Consacré en 2006⁷²⁰, le prêt viager hypothécaire est un contrat par lequel une personne met en gage à titre onéreux un bien immobilier. L'article L. 315-1 dispose de la nature du bien prêté : « *Un bien immobilier de l'emprunteur à usage exclusif d'habitation et dont le remboursement-principal et intérêts capitalisés annuellement ne peut être exigé qu'au décès de l'emprunteur ou lors de l'aliénation ou du démembrement de la propriété de l'immeuble hypothéqué s'ils surviennent avant le décès...* »⁷²¹. Le propriétaire garde à la fois l'usage et la propriété du bien⁷²². Il permet donc : « *D'extraire des liquidités d'un actif résidentiel dont le propriétaire conserve l'usage* »⁷²³. Le bien

⁷¹⁷ L. MORLET-HAÏDARA, « La dépendance : un nouveau défi pour l'assurance », *Gazette du Palais*, Lextenso édition, 2009, n° 15, p. 3.

⁷¹⁸ A.-L. BAGUR, *Op. cit.*, loc. cit.

⁷¹⁹ CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, Avis et Rapports, *Op. cit.*, p. 31 « *Le prêt viager hypothécaire est ainsi censé répondre à des besoins sociaux nouveaux liés à la dépendance, aux frais de soins et aux dépenses d'aménagement résidentiel qui l'accompagnent, puisque bien souvent les personnes âgées placées dans cette situation possèdent un patrimoine important mais peu liquide, estimé par le rapport IGF/CGPC/ANIL sur le prêt viager à 700 milliards d'euros. On comprend que la perspective de mobiliser cet actif soit tentante* ».

⁷²⁰ Ord. n° 206-346 du 23 mars 2006, relative aux sûretés, publié au JORF n° 71 du 24 mars 2006, p. 4475, texte n° 29.

⁷²¹ Art. L. 315-1 tel que créé par l'Ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, relative à la partie législative du code de consommation, publiée au JORF n° 0064 du 16 mars 2016, texte n° 29.

⁷²² A. GOTMAN, *Op. cit.*, p. 148.

⁷²³ Avis et Rapports du Conseil économique et social, *Op. cit.*, loc. cit.

n'est pas vendu. Le Code de la consommation fixe les mentions obligatoires à l'opération de prêt viager hypothécaire⁷²⁴. Le mécanisme brille par sa lisibilité. Contrairement à la plupart des prêts classiques, le prêt viager hypothécaire n'est pas soumis à l'exigence de souscription à un contrat d'assurance décès-invalidité.

223. La nature du contrat de prêt viager hypothécaire n'est pas exempte de critiques. L'emprunteur n'a pas la maîtrise de l'ensemble des éléments qui composent l'obligation⁷²⁵. Nombreux sont ceux qui s'opposent au caractère expropriateur du mécanisme. « *S'il est à souligner que le prêt hypothécaire inversé est bel et bien un prêt et que son détenteur reste propriétaire en titre (contrairement à la vente française en viager, par exemple), il n'en reste pas moins que cette propriété aura été, du début à la fin du cycle de vie, une propriété grevée d'hypothèque, hypothèque destinée non pas à assurer la pérennité du logement familial, mais à faciliter sa conversion mobilière, voire l'expropriation de ses habitants* »⁷²⁶. Le logement devient une source de revenu immédiat, aux antipodes de l'instinct de transmission intergénérationnelle.

⁷²⁴ Art L. 315-9, tel que modifié par la L. n° 2017-203 du 21 février 2017 – art. 9, ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services (1), publiée au JORF, n° 0045 du 22 février 2017, texte n° 1.

⁷²⁵ CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, Avis et Rapports, *Op. cit.*, p. 34 « *Son montant n'est pas maîtrisé par l'emprunteur puisqu'il fait l'objet d'une proposition unilatérale de l'établissement financier, qui en calcule le montant maximum en fonction de différents paramètres : la valeur expertisée du bien immobilier ; l'âge de la personne et son sexe (il est à noter que les femmes sont pénalisées au regard du montant prêté puisque positionnées comme ayant une courbe d'allongement de la durée de vie supérieure aux hommes) ; le coût du financement (le produit est proposé aujourd'hui aux particuliers à un taux de 8,5 %)* ».

⁷²⁶ A. GOTMAN, *Op. cit.*, loc. cit.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

224. L'étude de la consommation et des interactions contractuelles d'une catégorie de population révèle le rapport que celle-ci entretient avec son *corpus* de droits. Contrairement à ce que l'on a pu croire pendant un temps, la vieillesse n'est pas à l'origine d'une réduction significative de la production ou de la participation aux actes juridiques. Si la consommation évolue, c'est dans le sens du changement que de la réduction. Les effets de l'âge sur le contrat modifient la qualité et la quantité, mais peuvent également influencer l'équilibre entre les parties.

225. D'une façon qui lui est propre, la technique contractuelle est régie par le principe d'égalité. Celui-ci devrait en principe œuvrer au profit des personnes âgées, qui ne devraient donc pas subir de discrimination dans le cadre de leur consommation ou de leurs interactions contractuelles. Le caractère abstrait de la notion permet d'encadrer ou d'interdire certaines pratiques, dont certaines, comme l'abus de faiblesse et d'ignorance, ou le démarchage à domicile, touchent particulièrement les personnes âgées. Néanmoins, la réalité reste le nid de nombreux abus devant impérativement être régulés et qui témoignent du manque d'efficacité de la norme — eu égard à la spécificité des atteintes. Les personnes âgées ne sont pas une population friande de contentieux, si bien que l'efficacité de la règle juridique s'en trouve entamée. Cette population présente d'autres particularités.

L'absence d'une prise en compte globale et concrète de l'âge porte atteinte à la santé de toute relation contractuelle comprenant une partie âgée. Certains professionnels restreignent l'accès à leurs offres, tout simplement parce que les personnes âgées ne se trouvent pas dans une situation similaire au reste des majeurs. Inversement certaines formes contractuelles leur sont totalement dédiées. Plutôt que d'essayer une vision sociale inadaptée et sectaire, il est nécessaire d'attirer l'attention de la société sur l'apport et les bénéfices de la transition démographique. À cet égard, l'essor de la *silver* économie est un exemple à suivre. De très nombreux secteurs sont et seront concernées — construction, aménagement, tourisme, médical, santé, social, technologies etc... Si jusqu'alors la vieillesse n'était citée que pour son coût, elle devrait désormais l'être pour son bénéfice. Si le législateur pouvait œuvrer en faveur d'une valorisation des droits de la personne âgée, alors la société prendrait le réel tournant de sa propre transition démographique.

CONCLUSION DU TITRE I

226. La conception contemporaine de l'âge avancé se contente de distinguer très sommairement entre les personnes âgées selon des critères propre à la vie active — énergie, capacité motrice et intellectuelle, état général de santé, mode de consommation etc... Les mécanismes les plus aboutis concernant la vieillesse sont orientés selon l'angle de son financement : La personne âgée est considérée en vertu de son état de personne retraitée, de sa santé ou de son patrimoine. Au-delà du système de retraite et de soutien social, l'appréhension de la vieillesse est limitée. Elle se borne à la reconnaissance ambivalente de la vieillesse. D'un côté se trouve une vieillesse acceptable "qui se cache" derrière des noms divers et variés — retraités actifs, seniors, troisième âge. De l'autre, une vieillesse "que l'on ne peut cacher" qui désigne les âges et états de santé extrêmes — le quatrième âge. En dépit des grands principes fondamentaux censés s'appliquer du début à la fin de vie, cette dernière période de vie semble être envisagée comme une étape particulière de l'existence — tant physique que juridique. Cette réaction conduit à considérer que lorsque le corps ou l'esprit d'une personne âgée lui fait défaut, celle-ci doit automatiquement bénéficier d'une prise en charge normalisée et rationalisée.

La famille reste un relai majeur en cas de défaillance d'un individu. Pourtant, cette faction participe activement aux deux formes d'altérations de l'autodétermination chez la personne âgée. Le rapport au patrimoine subit parfois une véritable distension. Tout choix concernant le patrimoine d'une personne âgée peut être considéré eu égard à son impact sur ce qu'il restera aux générations suivantes. Chaque aspect de la vie peut rapidement se trouver réglé non plus au niveau individuel mais au niveau familial.

227. Comme l'écrivait le magistrat Anne CARON-DÉGLISE : « *Les évolutions démographiques, sociologiques, économiques démontrent de nombreuses incohérences et, plus grave encore, un réel malaise lié tant aux choix posés depuis plusieurs années sur la réorganisation de la santé et sur celle de la justice qu'aux questionnements individuels des acteurs et des citoyens eux-mêmes. Notamment parce que les réponses apportées à des situations souvent délicates sont encore trop souvent inadaptées, trop lentes et sans réelle cohérence* »⁷²⁷. L'autodétermination de la

⁷²⁷ A. CARON-DEGLISE, « Vieillissement et altération des facultés personnelles. Coconstruire un accompagnement responsable, cohérent et respectueux des droits des personnes », *Retraite et société*, La Documentation française, 2014/2, n° 68, p. 25.

personne âgée, c'est-à-dire sa capacité à orienter son existence, est à la fois diminuée mais également transférée pour partie au profit du corps familial ou médico-social. De même au-delà de l'unique perception sociétale de ce qu'est la vieillesse s'ajoute une autre dimension, à moindre échelle mais d'une importance non moindre.

228. L'âge avancé emporte des conséquences dans chacune des dimensions de l'existence individuelle. Les trois piliers du Droit⁷²⁸ désignés par le Doyen CARBONNIER, ne sont pas exempts de ce phénomène. Pourtant la vieillesse résiste toujours à sa juridicité pleine et entière, tout en irriguant immanquablement une partie des normes. En conséquence de cette ambivalence, la personne âgée se trouve au cœur d'une post-majorité qui ne dit pas son nom, et évolue entre protection et ignorance.

⁷²⁸ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10^{ème} édition, 2001.

TITRE II

POUR UNE COHÉRENCE DES DROITS DE LA PERSONNE ÂGÉE

229. Malgré son caractère naturel fondamentalement ancré dans la vie, les conséquences sociales du phénomène du vieillissement ne vont pas de soi et soulèvent de nombreux questionnements. Il va sans dire que ce sont les extrémités du processus de sénescence qui portent les plus grands enjeux. C'est ainsi que « *toute société doit se préoccuper de la répartition du bien-être entre âges et générations et, plus précisément, de satisfaire les besoins spécifiques et de couvrir les risques propres associés aux deux périodes dites de dépendance économique que sont l'enfance (période de formation et d'éducation) et la vieillesse (période de retraite)* »⁷²⁹. Alors que l'enfance est largement reconnue en tant que valeur sociale à protéger, il n'en va pas toujours de même pour le dénouement de la vie. La vieillesse en tant qu'accomplissement du phénomène de vieillissement apparaît toujours comme une notion complexe, à la fois individuelle et abstraite tout en étant fondamentalement commune.

230. En sa qualité d'outil sociétal, la matière juridique est directement concernée par la conception de la vieillesse et ses retombées pratiques. *Comment appréhender le vieillissement ? Faut-il ou non protéger l'individu vieillissant ?* Penser le droit dans sa fonction protectrice permet de replacer l'individu au centre du *continuum* normatif construit par et pour la vie en société. Afin d'organiser la protection des personnes âgées, le législateur a opté pour deux voies résolument

⁷²⁹ A. MASSON, « Trois paradigmes pour penser les rapports entre générations », Regards croisés sur l'économie, La Découverte édition, 2010/1, n° 7, p. 13 : « *Elle le fait en adoptant un agencement ou une hiérarchie particulière des trois « piliers » pourvoyeurs de bien-être que sont, schématiquement, le marché, la famille et l'État* ».

différentes. Chacune d'elles apporte un tempérament au principe d'égalité entre les majeurs. D'une part, la personne âgée est protégée de façon particulière est spécialisée. Pour ce faire, le *corpus* normatif consent à certaines règles spéciales édictées en faveur de la vieillesse en tant que valeur sociale à protéger. D'autre part, la personne âgée est potentiellement protégeable par le truchement des régimes spéciaux de protection des majeurs. Si ce biais-là porte atteinte à l'intégrité de sa capacité juridique, il n'en demeure pas moins la forme la plus aboutie de protection.

Ce schéma protectionniste est-il réellement satisfaisant en ce qui concerne la population des personnes âgées ? « *Au fond, si toutes les personnes protégées sont sans doute vulnérables, le contraire n'est pas vrai* » — écrivait le Doyen HAUSER⁷³⁰. Effectivement, l'enjeu que représente la limite entre la protection et l'absence de protection est de taille. En ce qui concerne les personnes âgées, celles-ci font l'objet de multiples formes d'âgisme qui insultent leur intégrité. Elles ne sont pourtant protégées que par le biais de l'unique alternative laissée par le législateur entre une vulnérabilité de droit commun — mais ne l'étant pas tout à fait — et une protection juridique de droit spécial. L'absence de conception générale⁷³¹ transitoire entre pleine majorité et incapacité, trouve aujourd'hui sa limite. Les personnes âgées sont dans une sorte de post-majorité non théorisée, qui contribue à les placer dans une position ambivalence vis-à-vis de la norme et de la société. Le phénomène s'accroît d'autant plus qu'il dépasse le seul champ de protection juridique. Le panel des dérogations légales ou jurisprudentielles prêche à s'interroger sur l'opportunité d'une consécration législative d'un statut propre à la personne âgée. La multiplication de ces manifestations nuit autant à l'intégrité du régime des incapacités qu'au principe de capacité lui-même (CHAPITRE I). La vieillesse présente des particularités suffisantes pour qu'on lui consacre un raisonnement global. Si cette attitude paraît de prime abord contraire au principe d'égalité entre les majeurs, les deux valeurs ne sont pas incompatibles (CHAPITRE II).

CHAPITRE I LES ATTEINTES À LA PERSONNE ÂGÉE ET LES MODÈLES DE PROTECTION

CHAPITRE II VERS LA RECONNAISSANCE DES DROITS DE LA PERSONNE ÂGÉE : ENTRE SPÉCIFICITÉ ET DIVERSITÉ

⁷³⁰ J. HAUSER, « Vulnérable ou protégeable : deux notions à ne pas confondre », *RTD Civ*, Dalloz édition, 2010, p. 761, à propos de l'arrêt Civ. 1^{ère}, 14 Avril 2010, n° 09-13.851, D. 2010, Dr. Fam. 2010. 135.

⁷³¹ Hors régimes dérogatoires.

CHAPITRE I

LES ATTEINTES À LA PERSONNE ÂGÉE ET LES MODÈLES DE PROTECTION

231. La vieillesse est admise à demi-mot comme une troisième phase de vie. On lui reconnaît la qualité de valeur sociale à protéger. À cet égard, la vieillesse et la jeunesse doivent faire l'objet d'une attention particulière de la part du législateur. La jeunesse est protégée sous le prisme juridique du statut de minorité. Concernant la vieillesse, on préfère encore désigner ses membres selon le dénominatif "retraité", plutôt que selon un vocable faisant directement référence à un *corpus* spécial de droits. Si une terminologie spécifique fait encore défaut à la vieillesse — on lui proposera celui de post-majorité —, cette dernière n'est pas totalement ignorée par la norme juridique.

La discipline juridique est confrontée à l'appréhension de la notion complexe et fluctuante de la vieillesse. L'édiction des normes embrasse nécessairement ces différentes visions. Pourtant, la richesse notionnelle de la vieillesse implique que son appréhension soit par nature plus édulcorée que la réalité. « *On est dans la situation où un objet social, la vieillesse, fait l'objet d'un consensus autour d'une représentation cohérente et solide alors que cette représentation n'a pas de sujet* »⁷³² écrivait Madame Cornelia HUMMEL. Les diverses représentations sociales de la vieillesse ne reflètent effectivement pas le réel — par nature bien plus complexe. Ces visions n'en sont pas pour autant exemptes de conséquences. « *La population dite âgée (quel que soit le seuil d'âge retenu) est une population extrêmement hétérogène et les représentations sociales qui lui sont liées ont tendance à l'homogénéiser avec un regard souvent péjoratif associé au déclin physique et mental et aux problèmes de santé* »⁷³³. De cette façon, une image négative du vieillissement emporte parfois de graves discriminations. Les personnes âgées font parfois l'objet de multiples atteintes, directes ou indirectes.

⁷³² C. HUMMEL, *Images de la vieillesse, représentation de l'altérité*. Mémoire de diplôme d'études supérieures de sociologie, Université de Genève, 1995, cité dans G. COUDIN, B. BEAUFILS, « Les représentations relatives aux personnes âgées. Vieillesse et âge », *actualité et dossier de santé publique*, 1997, n° 21, p. XII.

⁷³³ J. ANKRI, C. BERR *et al.*, « L'âge et santé », in J.-C. HENRARD *et al.*, « Actualité de la Santé Publique », Haut conseil de la santé publique, 2013, n° 85, p. 10.

232. Le législateur n'est pas indifférent aux atteintes que subissent les personnes âgées (SECTION I). Des dispositions permettent, par le prisme de l'autorité prétorienne, de sanctionner certains agissements (SECTION II). Certaines sont directement construites en leur faveur, tant dis que d'autres visent une protection indépendante des questions d'âge. Ces réactions sont toutes marquées par une dimension d'exception et de spécificité. De ce fait, l'effort normatif demeure incomplet. Lorsque la personne âgée dépasse un certain seuil d'affaiblissement, elle quitte l'empire de la protection commune au profit des régimes de protection des majeurs (SECTION III). Au sein de ce *corpus* de protection, la personne âgée n'occupe qu'une place parmi d'autres. En l'état, aucune des deux voies de protection n'est pleinement satisfaisante⁷³⁴. La protection commune de la vieillesse est partielle. La place sociétale de la personne âgée n'est pas pleinement assurée. Il existe même une forme de discrimination qui vise exclusivement les personnes âgées. Sans arriver à de pareilles extrémités, le consentement de nombreuses personnes âgées se trouve entaché par des comportements extérieurs contestables. La gravité de ce phénomène est décuplée lorsque le consentement en question vise des sujets importants de la vie de ces personnes, comme le choix du domicile par exemple.

SECTION I LES ATTEINTES SPÉCIFIQUES
 À LA PERSONNE ÂGÉE

SECTION II LE MODÈLE DE PROTECTION COMMUNE DE LA PERSONNE
 ÂGÉE : L'ÉQUILIBRE RECHERCHÉ ENTRE ÉGALITÉ ET
 PROTECTION

SECTION III LE MODÈLE DE PROTECTION SPÉCIALE DE LA PERSONNE
 ÂGÉE : L'ÉQUILIBRE RECHERCHÉ ENTRE LIBERTÉ ET
 PROTECTION

⁷³⁴ Paradoxalement, la personne âgée est visée d'un côté par une protection commune, qui n'a de commune que le nom ; et de l'autre par une protection spéciale, qui se prône indifférente à sa qualité de personne âgée.

SECTION I

LES ATTEINTES SPÉCIFIQUES À LA PERSONNE ÂGÉE

233. La vieillesse est parfois l'occasion d'un repliement sur soi. Les liens sociaux perdent en intensité et les effets de l'âge contribuent à un affaiblissement de la volonté. Ces conséquences de la sénescence ne s'expriment pas avec la même intensité selon les individus. Pour autant, elles sont suffisamment fréquentes en soi, pour conditionner de nombreux agissements⁷³⁵.

234. À l'instar de la protection des droits de la personne — en général —, l'effectivité des droits de la personne âgée est assurée et sanctionnée par l'autorité prétorienne. Dans ce cadre, la matière pénale est le fer de lance de la protection de la personne âgée : « *Le Code pénal ne protège pas les personnes âgées seulement contre des actes qui portent atteinte à leur intégrité physique ou psychique — la maltraitance, au sens strict du terme —, mais aussi contre les actes qui portent atteinte à leur patrimoine. L'examen de la jurisprudence révèle d'ailleurs que la grande majorité des affaires jugées par les tribunaux correctionnels concerne le cas de personnes isolées, souvent assez fortunées et dépouillées de leurs biens par un entourage avide et sans scrupule* »⁷³⁶. De son côté le Code civil tend à reconnaître des notions qui jouent le rôle de “garde-fou” et qui jalonnent la protection de la personne âgée.

Le contrôle exercé s'étend à la fois à la protection patrimoniale (PARAGRAPHE 1) qu'extra-patrimoniale (PARAGRAPHE 2).

⁷³⁵ L'attitude de chacun dans une situation de conduite sur route ralentie par une personne âgée est un exemple qui semble caricatural, mais qui est avant tout parlant. : Lorsqu'une personne âgée conduit de manière plus souple que le reste des conducteurs, alors deux réactions très nettes se profilent. Certains prennent leur mal en patiente, tandis que d'autres réagissent de façon plus virulente. Une attitude semblable se dégage malheureusement à d'autres niveaux, et les personnes âgées sont parfois directement visées par des actes extrêmement graves.

⁷³⁶ P. DEVAL, *Guide du droit de la personne âgée*. Ed. Mots composés, Coll. Guide juridique, Paris, 2010, p. 37.

PARAGRAPHE 1

LES ATTEINTES AU PATRIMOINE DE LA PERSONNE ÂGÉE

235. Selon un postulat largement admis, le patrimoine s'accroît avec l'âge. C'est ainsi que le patrimoine de la personne âgée fait l'objet de nombreux fantasmes. Ajouté à cela, les attributs de l'âge — affaiblissement physique, intellectuel, cognitif — sont autant de facteurs de risques qui s'ajoutent à l'appât du gain. De part ces circonstances, les personnes âgées se trouvent être des victimes courantes de violences intervenant à l'encontre de leur patrimoine. Ces atteintes prennent parfois corps au sein d'une relation contractuelle, et participent alors à en fausser l'équilibre (I). Toutefois, elles ne se limitent pas au cadre contractuel (II).

I. LES VIOLENCES NÉES D'UNE RELATION CONTRACTUELLE

236. Au-delà des particularités qu'impliquent l'âge au sein des relations contractuelles⁷³⁷, on trouve plusieurs sortes d'atteintes, qui visent directement le patrimoine de la personne âgée. La forme traditionnelle du dol en matière de préjudice contractuel (A) côtoie d'autres formes de violences financières (B).

A. L'ÂGE ET LE DOL

237. Le dol fait traditionnellement partie du triptyque de vices du consentement encadré par le Code civil⁷³⁸. Historiquement, « *les agissements dolosifs furent constitués en “délit” bien avant que l'on ne songe à en souligner l'influence sur le consentement de celui qui en avait été la victime* »⁷³⁹. Ce contexte témoigne de l'assise du dol au sein du contentieux contractuel. La nature même du dol transparaît dans l'article 1130 ainsi que dans l'article 1137. Ce dernier porte la définition basale du dol, à savoir : « *Le dol est le fait pour un cocontractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* »⁷⁴⁰. Les termes de “manœuvres” et “mensonges” laissent une place

⁷³⁷ V. ci-dessus à ce propos : Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II : La personne âgée : cocontractant particulier.

⁷³⁸ Art. 1130 C. civ., tel que modifié par l'Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, publiée au JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 26.

⁷³⁹ P. CHAUVEL, in E. SAVAUX, *et al* (dir), Répertoire de droit civil, édition Dalloz, 2014 (actualisation 2016), Rubrique : Dol.

⁷⁴⁰ Art. 1137 C. civ., tel que modifié par l'Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, préc.

particulièrement grande à l'interprétation prétorienne quant à la nature des actions incriminées. De son côté, l'article 1138 étend le champ d'action du dol à d'autres personnes que celles faisant strictement partie du contrat⁷⁴¹. Enfin, l'article 1144⁷⁴² impose des délais d'actions favorables à la victime⁷⁴³. Le champ d'action du dol est d'autant plus grand que l'article 1130 — norme matricielle des vices du consentement —, lui apporte une dimension subjective et circonstancielle⁷⁴⁴ : « *Leur [erreur, dol, violence] caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné* »⁷⁴⁵. Ainsi, la caractérisation d'un dol est soumise à une appréciation *in concreto* prenant en compte la situation personnelle des parties. Le caractère déterminant des trois vices de consentement s'apprécie non seulement *in concreto* — eu égard aux circonstances — mais surtout *ratione personae* — eu égard aux personnes. Le vice est étudié en fonction de la personne abusée et de son cocontractant. L'âge d'une personne mais également son état physique et psychique, peuvent entrer en ligne de compte et permettre aux juges de conclure sur l'existence du vice de consentement.

238. La caractérisation du dol est teintée de subjectivité. Les situations des parties sont prises en compte. « *La constatation de la faiblesse de la victime incitera le juge à admettre plus facilement le caractère déterminant du dol* »⁷⁴⁶. Est-ce-à-dire que toute défaillance de la victime entraînera de facto la caractérisation du dol ? La jurisprudence est riche de dols perpétrés à l'encontre de personnes âgées. Cependant, il ressort de nombreuses décisions que l'âge avancé d'une personne ne constitue pas un critère suffisant à la reconnaissance et à la caractérisation d'un dol. Si l'âge entre en ligne de compte, c'est principalement associé à un ou plusieurs autre(s) critères asseyant la faiblesse de la personne abusée. Il peut s'agir de situations diverses parmi lesquelles on trouve le veuvage, ou encore la crédulité. L'âge fait donc partie d'un faisceau d'indices de faiblesse assez large. Un élément ou plusieurs peuvent être nécessaires pour établir la faiblesse de la victime.

Alors que le bloc constitué de l'âge avancé et de la situation de veuvage est classiquement admis pour établir la faiblesse de la victime⁷⁴⁷, d'autres associations de critères s'avèrent insuffisantes.

⁷⁴¹ Art. 1144 C. civ., tel que modifié par l'Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art 2 préc. : « *Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant. Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivence* ». Art. 1138 C. civ., tel que modifié par l'Ord. n° 2016-131 – art 2 préc.

⁷⁴² Art. 1144 C. civ., préc.

⁷⁴³ Art. 1144 C. civ., préc. : « *Le délai d'action en nullité ne court, en cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts et, en cas de violence, que du jour où elle a cessé* ».

⁷⁴⁴ Notamment au sein de son second alinéa.

⁷⁴⁵ Art. 1130 C. civ., préc.

⁷⁴⁶ P. CHAUVEL, *Op. cit.*, loc. cit.

⁷⁴⁷ Cass. Req. 13 déc. 1875, DP 1876. 1. 176 citée par P. CHAUVEL, *Op. cit.*, loc. cit.

C'est notamment le cas pour l'association du critère de l'âge et du handicap lié à une vue déficiente. C'est ainsi que l'arrêt rendu le 23 mai 2002 par la 6^{ème} chambre de la Cour d'appel de Paris⁷⁴⁸, qui avait retenu le "grand âge" et le "handicap visuel non contesté" comme des conditions suffisantes pour reconnaître le caractère dolosif d'un contrat de bail, fut cassé par la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation le 28 janvier 2004 — ayant considéré ces motifs « *impropres à caractériser les manœuvres dolosives imputées* »⁷⁴⁹. Cette décision peut sembler extrêmement sévère et peu encline à considérer les difficultés que causent un déficit visuel à de nombreuses personnes âgées. Si le cocontractant ne peut pas prendre connaissance par lui-même et en substance les engagements qu'il prend, ces derniers lui sont malgré tout opposables.

B. L'ÂGE ET LES VIOLENCES FINANCIÈRES

239. L'avancée en âge rend l'individu particulièrement sensible aux atteintes⁷⁵⁰. La doctrine parle de "maltraitance financière des personnes âgées". Les abus pesant sur le patrimoine sont pléthores et prennent de nombreuses formes : « *Détournement de biens matériels ou financiers, de fonds, facturation de services non requis ou non rendus, d'objets non demandés etc...* »⁷⁵¹. Le problème est particulièrement pointu lorsqu'il survient dans le cadre institutionnel. En effet, la maltraitance financière peut directement découler d'une relation contractuelle consentie entre la personne âgée et un établissement d'accueil, social ou médico-social — au sein des conditions contractuelles ou de l'application de tarifs non réglementaires par exemple.

En 2011, le rapport de la Mission sur la maltraitance financière à l'égard des personnes âgées dans les établissements sanitaires, sociaux et médicaux sociaux a été rendu à Jean-Paul DELEVOYE, alors Médiateur de la République⁷⁵². La maltraitance financière y est définie comme : « *Tout acte commis sciemment en vue de l'utilisation ou de l'appropriation de ressources financière de cette dernière [la personne âgée] à son détriment, sans son consentement ou en abusant de sa confiance*

⁷⁴⁸ CA Paris, 6^{ème} chambre section B, 23 mai 2002.

⁷⁴⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 28 janvier 2004, n° 02-18.603, inédit.

⁷⁵⁰ L. BIZZINI, C.-H. RAPIS, « L'âgisme. Une forme de discrimination qui porte préjudice aux personnes âgées et prépare le terrain de la négligence et de la violence », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2007/4, n° 123, p. 172 : « *Le profil de la victime est déterminé par un ensemble de facteurs de risque qu'il faut connaître : l'âge, le fait d'être une femme, la vulnérabilité, la dépendance physique ou psychique, l'isolement. Un âge au-dessus de 75 ans est considéré comme un facteur de risque de maltraitance dans la plupart des études publiées. Être une femme, une fois éliminée le fait que la majorité des personnes âgées sont des femmes, est un facteur de risque quasi incontesté dans la littérature* ».

⁷⁵¹ L. BIZZINI, C.-H. RAPIS, *Op. cit.*, p. 271.

⁷⁵² A. KISKAS, V. DESJARDINS, J.-P. MEDIONI, Rapport de la mission sur la maltraitance financière à l'égard des personnes âgées dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux, 2011.

ou de son état de faiblesse physique ou psychologique »⁷⁵³. Le rapport opte pour une conception étendue qui recouvre plusieurs catégories d'atteintes, dont certaines classiques — vol, abus de faiblesse, escroquerie, captation d'héritage — et d'autres moins — mariages⁷⁵⁴ arrangés, squat affectif... Le constat réalisé est alarmant. Le rapport dénonce une sensibilisation insuffisante à la maltraitance financière des personnes âgées, y compris dans le domaine de formation des magistrats, des mandataires judiciaires et *a fortiori* familiaux, ou encore des médecins agréés.

II. LES VIOLENCES NÉES INDÉPENDAMMENT D'UNE RELATION CONTRACTUELLE

240. Le patrimoine des personnes âgées fascine largement l'imaginaire et l'inconscient collectif. Le vol est un mal classique du patrimoine des personnes âgées. Le délit classique revêt une dimension tripartite originale lorsqu'il touche la population des personnes âgées. Il implique plus souvent qu'en d'autres circonstances la famille ou les proches. Le soupçon de vol s'accroît avec l'âge et remet en question certaines libéralités (A). Diverses manœuvres regroupées sous le terme d'abus (B) tendent également à la captation du patrimoine des personnes âgées. Le mécanisme repose dans son entier sur l'articulation des deux éléments que sont l'abus et la faiblesse. Chacun est apprécié *in concreto* et en fonction de l'autre. « *La tendance à l'admission large du délit d'abus de faiblesse se manifeste dans l'appréciation de ses circonstances constitutives* »⁷⁵⁵.

A. LE VOL D'UNE PERSONNE ÂGÉE

241. Le vol est la « *soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* »⁷⁵⁶. Le phénomène touche l'ensemble de la population tous âges confondus, mais ne le fait pas indifféremment. L'altération des capacités cognitives, physiques et/ou psychiques qui accompagne le vieillissement place les personnes âgées dans une situation délicate vis-à-vis de la préservation de leur patrimoine. Le législateur n'est pas insensible à ce phénomène (1). L'ampleur de la tâche n'en demeure pas moins grande, puisque les personnes âgées pâttissent du vol à la fois dans le cadre familial (2) et extrafamilial (3).

⁷⁵³ A. KISKAS, *et al*, *Op. cit.*, p. 9.

⁷⁵⁴ Sur le mariage d'une personne âgée avec une personne plus jeune, V. CA, Paris, Pôle 1, ch. 1, du 2 décembre 2014, n° 14/20331. À ce propos : D. POLLET, « Où les juges soutiennent le mariage d'un "vieux" avec une "jeune" étrangère », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2015, p. 176.

⁷⁵⁵ F. LHUILLIER, *Op. cit.*, pt. 86.

⁷⁵⁶ Art. 311-1 CP, tel qu'en vigueur depuis le 1^{er} mars 1994.

1. Le vol commis contre une personne âgée

242. Certains contentieux permettent de se rendre compte de l'existence de méthodes de vol spécifiquement contre les personnes âgées. Dans un arrêt rendu le 21 mars 2018⁷⁵⁷, la chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l'occasion de sanctionner de telles pratiques. En l'espèce, les différents éléments relevés ont permis d'établir que les prévenus — récidivistes —, choisissaient leurs victimes dans la rue en se faisant passer pour des anciennes connaissances, anciennes factrices etc... pour s'introduire chez des personnes âgées afin de leur dérober leurs économies ou leurs biens. Dans une attitude protectrice, le législateur prévoit des conséquences particulières lorsque le délit de vol est perpétré à l'encontre de certaines catégories de population. Alors que le vol simple est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende⁷⁵⁸, l'article 311-5 du Code pénal porte une peine supérieure à la peine basale, lorsque le vol concerne une personne rendue vulnérable notamment du fait de son âge. La peine encourue s'élève alors à sept ans d'emprisonnement et 100 000 € d'amende, lorsque le vol a été : « *Facilité par l'état d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur...* »⁷⁵⁹. Néanmoins, la portée de cette disposition n'est que très limitée⁷⁶⁰.

L'article 311-5 du Code pénal vise uniquement les vols "facilités" par l'état de la victime. La protection n'est pas étendue au profit de la qualité de la victime, mais à l'encontre des actions délictuelles simplifiées par l'état de la personne qui a été volée. À titre illustratif, un cambriolage perpétré en l'absence de la personne âgée ne tombera pas sous l'autorité de cette disposition. De plus, l'appréciation souveraine implique une certaine marge de manœuvre qui veut que parfois les peines soient bien plus modestes que celles prévues par le code : « *Pour déclarer les époux Y... coupables de vol, l'arrêt attaqué et le jugement dont il adopte les motifs, retiennent que ces deux prévenus ont abusé de leur autorité à l'égard d'une personne dont les facultés mentales étaient amoindries par l'âge, afin d'obtenir par la crainte la remise de sommes d'argent* » ; « *l'arrêt de la cour d'appel de Caen, chambre correctionnelle, en date du 25 avril 1988 qui, pour vol, les a condamnés chacun à 6 mois d'emprisonnement avec sursis et a prononcé sur les intérêts civils* »⁷⁶¹. L'autorité prétorienne ne peut raisonnablement prendre part à l'idée selon laquelle voler une

⁷⁵⁷ Cass. crim. 21 mars 2018, n° 16-86.974, non publié au bulletin.

⁷⁵⁸ Art. 311-3 CP, tel que modifié par l'Ord. n° 2000-916 du 19 septembre 2000 – art. 3 (V), portant adaptation de la valeur en euro de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, publiée au JORF n° 0220 du 22 septembre 2000, p. 14877, texte n° 23.

⁷⁵⁹ Extrait de l'Art. 311-5 CP – préc.

⁷⁶⁰ F. LHUILLIER, *Op. cit.*, pt. 72.

⁷⁶¹ Cass. crim. 16 mars 1989, n° 88-83.445, publié au Bull. crim. 1989, n° 133, p. 342.

personne âgée est un moindre mal que voler une personne non âgée. Les sanctions prononcées à l'égard de tels agissement devraient au contraire être exemplaires.

2. *Le vol commis contre une personne âgée par un proche*

243. L'article 311-12 du Code pénal⁷⁶² prévoit une immunité sur les vols commis à l'intérieur de l'entité familiale — c'est-à-dire commis par et au détriment des membres d'une même famille. Il semble à la lecture de la disposition que le législateur n'ait pas conscience du phénomène du vol dans le cadre intrafamilial ; soit au contraire qu'il en ait une perception on ne peut plus précise. Dans cette dernière hypothèse, la position de la norme est soit trop permissive, soit totalement dépassée par le procédé. En vertu de cet article, les vols commis « *au préjudice de son ascendant ou de son descendant* » notamment, « *ne peuvent donner lieu à des poursuites pénales* ». En bref, tant que le bien reste dans la famille, la sanction pénale reste hors d'atteinte. Voici un tempérament important apporté à la vocation personnelle du patrimoine⁷⁶³.

La personne âgée n'est qu'un des sujets parmi d'autres de cette disposition. Elle n'est concernée qu'en qualité d'ascendant, de conjoint ou de collatéral. Pourtant, un premier postulat s'impose : Le patrimoine d'une personne a vraisemblablement vocation à s'accroître avec l'âge. Par conséquent le patrimoine de l'ascendant est potentiellement plus concerné par le risque de convoitise. Il ne peut raisonnablement s'agir ici que d'une aberration légale ou d'une conception absolue de la communion familiale. La réalité rattrape bien souvent la théorie juridique. Les esprits s'échauffent et les juges sont fréquemment témoins de familles déchirées autour des enjeux patrimoniaux et notamment sur la question de l'appropriation des biens familiaux. Certains extraits de jurisprudence sont particulièrement parlants : « *M. X..., comparant en personne, a sollicité la désignation d'un tiers en qualité de curateur. Il a fustigé l'attitude de sa sœur, dénonçant tout à la fois ses manœuvres financières malhonnêtes, le délaissement de leur mère, l'intégration forcée de celle-ci en maison de retraite et le vol des meubles meublants de la maison d'habitation de la personne protégée* »⁷⁶⁴.

⁷⁶² Art. 311-12 CP, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – art 36, *relative à l'adaptation de la société au vieillissement (I)*, publiée au JORF n° 0301 du 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1.

⁷⁶³ Cette immunité n'est pas récente puisque portée par l'article 380 de l'ancien Code pénal, depuis sa création par la L. n° 1810-02-12 promulguée le 1^{er} mars 1810, sa modification par la L. n° 1915-05-22 – art 5, publiée au JORF du 23 mai 1915, sa modification par la L. n° 50-892 du 2 août 1950 publiée au JORF du 3 août 1950, p. 8155. « *Ne pourront donner lieu qu'à des réparations civiles les soustractions commises : [...] par des enfants ou autres descendants au préjudice de leurs pères ou pères ou autres ascendants...* ». Cette disposition fut abrogée et son contenu remplacé par les termes actuels de l'article 311-12 CP, par la L. n° 92-1336 du 16 décembre 1992 – art. 372 (V), *relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur*, publiée au JORF n° 0298 du 23 décembre 1992, p. 17568

⁷⁶⁴ CA Rennes, 6^{ème} chambre b, 26 mai 2015, n° 14/00648

244. Nonobstant l'abondance des faits décriés, cet extrait de jurisprudence témoigne d'un autre aspect du vol intrafamilial. En effet, quid du vol commis au sein du lien de protection juridique ? Souvent la protection d'un majeur est assurée par un membre de la famille. Cette situation présente de multiples avantages : La confusion du lien de protection juridique et du lien familial permet normalement de s'assurer de la recherche du bien-être du majeur protégé par son tuteur ou curateur ou mandataire.

L'appréhension liée à la mise en place d'une mesure de protection diminue lorsque la mesure est gérée par un membre de la famille. Néanmoins, l'existence de l'immunité du vol commis par la famille était extrêmement problématique lorsqu'il était commis par le proche responsable. Une limitation fut apportée à l'immunité de l'article 311-12 du Code pénal par le biais de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015⁷⁶⁵, qui dispose que l'immunité ne vaut pas « *lorsque l'auteur des faits est le tuteur, le curateur, le mandataire spécial désigné dans le cadre d'une sauvegarde de justice, la personne habilitée dans le cadre d'une habilitation familiale ou le mandataire exécutant un mandat de protection future de la victime* »⁷⁶⁶. Une précision heureuse, qui porte une promesse de protection du patrimoine des majeurs protégés. Malgré cela, un arrêt rendu par la Cour de cassation le 18 janvier 2017 n'a pu encore donner lieu à des sanctions pénales pour des faits commis antérieurement à la loi du 28 décembre 2015 : « *Attendu [...] que la loi du 28 décembre 2015, qui a écarté l'application du bénéfice de l'immunité lorsque l'auteur des faits a la qualité de mandataire de justice à l'égard de la victime protégée, constitue une loi plus sévère et n'est donc pas applicable aux faits commis antérieurement à son entrée en vigueur* »⁷⁶⁷. Les fruits de cette disposition nouvelle se font attendre du fait du principe de non rétroactivité de la règle pénale plus stricte. Pour pallier plus largement encore ces situations, la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme s'est montrée favorable à la suppression pure et simple de cette immunité⁷⁶⁸, dans son avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées datant du 27 juin 2013.

⁷⁶⁵ L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015, *Relative à l'adaptation de la société au vieillissement*, publiée au JORF n° 0301 du 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1

⁷⁶⁶ Extrait de l'art. 311-12 2° CP préc.

⁷⁶⁷ Cass. crim, 18 janvier 2017, n° 16-80.178, non publié au bulletin

⁷⁶⁸ CNCDH, *Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées*, Assemblée plénière du 27 juin 2013, Publié au JORF n° 0176 du 31 juillet 2013, texte n° 101. *V également* : V. AVENA-ROBARDET, « Trois avis en droit de la famille », *AJ famille*, Dalloz édition, 2013, p. 402 : « *Elle recommande [la CNCDH] de lever l'immunité pénale en cas de vol sur la personne âgée par un membre de sa famille (art. 311-12 CP), la maltraitance financière étant le plus souvent le fait de proches* ».

3. La suspicion de vol affectant le don provenant d'une personne âgée

245. L'âge entre en considération dans le rapport au patrimoine. Cela vaut pour le patrimoine personnel mais également pour le patrimoine d'autrui. En théorie, l'usage du patrimoine est nécessairement censé rester à la discrétion individuelle. Il semble néanmoins que cette connexion exclusive s'étiole avec l'âge. Sous prétexte de protéger le patrimoine des personnes affaiblies par l'âge et ses attributs, de nombreuses actions subissent la suspicion d'abus ou de vol. C'est ce qu'il ressort notamment de l'organisation des incapacités à recevoir pour certaines professions en contact avec les personnes âgées — médecins, mandataires judiciaires à la protection des majeurs etc...

246. Les exclusions ou incapacités à recevoir ne frappent qu'un certain type de personnes et principalement en raison de leur activité professionnelle. Un vaste panel d'actions visant à gratifier une tierce personne est suspecté. Ce contrôle est bien souvent exercé à raison, bien que le phénomène ne soit pas uniquement le fait de professionnels encadrant. Malgré cela, l'existence même d'une régulation des actes passés par les personnes âgées implique une forme de détachement du pouvoir de direction du patrimoine. Au fil de la jurisprudence, on trouve des contentieux mettant en scène des dons réalisés par des personnes âgées à des personnes autres que les membres de leur famille. Certains bénéficiaires sont accusés de « *capter la confiance et l'immense besoin d'affection* » de la personne âgée donataire⁷⁶⁹ ; « *une personne avait habilement acquis la confiance d'une personne âgée et vivant seule, et s'était fait remettre sa carte bancaire, avec son code secret* »⁷⁷⁰. La formule est employée de façon récurrente.

Le contentieux consiste à remettre en cause l'éventuelle contrepartie financière aux besoins physiques ou affectifs de la personne âgée. Il arrive fréquemment que cette contestation ne soit pas initiée par la personne âgée elle-même. « *Les proches de la victime exercent une action qui leur est personnelle, en réparation de leurs propres préjudices, découlant de l'infraction. Ils peuvent, sur ce fondement, agir non seulement par voie d'intervention, mais aussi déclencher le procès pénal, y compris lorsque la victime n'a pas agi* »⁷⁷¹. Le contentieux peut être situé entre la protection réelle et directe de la personne âgée et de son patrimoine, et la protection d'un patrimoine "à succéder".

⁷⁶⁹ P. BOUZAT, « Abus de confiance. Aide-ménagère, Procuration sur compte », *RTD Com*, Dalloz édition, 1991, p. 312.

⁷⁷⁰ B. BOULOC, « Abus de confiance. Cass. Crim. 2 septembre 2015, n° 14-82.651 », *RTD Com*. Dalloz édition, 2015, p. 764.

⁷⁷¹ A. CERF-HOLLENDER, « Le délit d'abus de faiblesse au moyen d'un acte juridique, et plus spécialement d'un testament : grand de sable ou tremblement de terre pour la sécurité juridique ? », *Les Petites affiches*, Lextenso édition, 2015, n° 86, p. 52 ; V. également à ce propos : Cass. Crim. 3 novembre 2009, n° 08-88.438, publié au Bull. crim. 2009, n° 182

La protection opérée par les juges est on ne peut plus délicate. Elle revient à mettre en balance la récompense offerte par la personne âgée en échange d'un lien affectif et personnel et son intérêt à voir son patrimoine préservé. Lorsque les proches se font trop absents, certains tiers se trouvent être une compagnie et une aide précieuse pour de nombreuses personnes âgées. Les donations qui naissent de ces liens tardifs sont parfois dénoncées par les futurs héritiers. Ce contentieux est principalement guidé par la notion matricielle d'abus et sous couvent d'une appréciation *in concreto* de la situation de la personne donataire.

B. L'ABUS DE L'ÂGE ET SES CONSÉQUENCES ANTE ET *POST MORTEM*

247. La notion d'abus irrigue très largement le droit et le contentieux de la personne âgée. Elle connaît de très nombreuses déclinaisons, qui apportent à la complexité de la notion mère. La faiblesse, la vulnérabilité ou la dépendance d'un cocontractant ne créent par l'abus. Elles constituent la condition préalable à la caractérisation de l'infraction⁷⁷². De son côté l'abus d'un cocontractant n'induit pas la faiblesse de l'autre. « *Généralement, cette notion est envisagée comme le dépassement de l'exercice normal d'un droit, d'un pouvoir, d'une fonction ou d'une autorité* »⁷⁷³.

Alors que certains tentent de capter le patrimoine du vivant de la personne âgée (1), d'autres visent le détournement du patrimoine *post mortem* via le testament ou les contrats d'assurance de la personne abusée (2).

1. Les conséquences ante mortem de l'abus

248. Les actes litigieux qui concernent les personnes âgées rivalisent de diversité. La jurisprudence est sans cesse enrichie de nouvelles situations. Parfois, les faits reprochés se limitent classiquement à la captation de sommes d'argent. Certains contentieux font état de comptes en banque vidés progressivement et antérieurement à la période précédant le décès d'une personne âgée. Ce fut notamment le cas dans un arrêt rendu par la chambre criminelle le 17 janvier 2017⁷⁷⁴. Dans d'autres cas, comme dans un arrêt rendu le 29 novembre 2000, les actions s'accumulent et parlent d'elles-mêmes : « *La prévenue a reconnu avoir bénéficié de sommes très importantes de la part de deux personnes âgées de 92 et 87 ans, chez qui elle vivait alternativement, dans l'oisiveté*

⁷⁷² A. CERF-HOLLENDER, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁷³ E. FORTIS, « La lutte contre l'abus de dépendance des personnes âgées », *RDSS*, Dalloz édition, 1992, p. 481

⁷⁷⁴ Cass. crim. 17 janvier 2017, n° 15-87.376, non publié au bulletin.

la plus complète [...] cette dernière les a dépouillées systématiquement et méthodiquement, les conduisant à la ruine financière et à la détresse morale »⁷⁷⁵.

249. De nombreux contentieux concernent des proches ou des personnes dont l'activité justifie un lien avec les personnes âgées victimes : « *Femme de ménage et garde-malade*⁷⁷⁶, [...] *boulangier itinérant apportant le pain à la victime au cours de ses tournées*⁷⁷⁷, *propriétaire louant un appartement à la victime*⁷⁷⁸ » — les exemples sont pléthores⁷⁷⁹. Malgré un contentieux abondant, le dénouement de tout litige reste soumis à l'appréciation de la faiblesse de la victime, et l'âge ne constitue pas un élément suffisant. C'est ainsi que certaines affaires réclament l'accumulation de plusieurs éléments pour caractériser la faiblesse de la victime : « *Mme Y... présente un affaiblissement physique, un affaiblissement visuel, un affaiblissement du jugement, dus à l'âge, dont la combinaison l'empêche de gérer et d'agir conformément à ses intérêts, sa confiance pouvant être d'autant plus abusée qu'elle ne vit pas dans un encadrement protecteur et est dépendante d'autrui pour tout (expertise du docteur A...le 1er août 2005) ; d'autre part, que Mme Y... souffre d'une altération de ses facultés physiques, d'une solitude affective et doit être considérée comme une personne particulièrement vulnérable et suggestible* »⁷⁸⁰. Y compris dans des situations d'une gravité importante, l'affaiblissement lié à l'âge n'est pas considéré comme un élément suffisant, et n'est considéré que comme un critère parmi d'autres. Dans l'exemple jurisprudentiel précédent, force est pourtant de constater que l'âge avancé est la cause des autres afflictions de la victime.

⁷⁷⁵ Cass. crim. 29 novembre 2000, n° 00-80.522, non publié au bulletin. Cette décision, ainsi que l'arrêt CA Paris 9^{ème} chambre du 7 décembre 1999, qui faisait l'objet du pourvoi, fut rendue sous le visa de l'article 313-4 du Code pénal, abrogé depuis par la L. n° 2001-504 du 12 juin 2001 – art. 21 (V), *tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'Homme et aux libertés fondamentales (I)*, publiée au JORF n° 135 du 13 juin 2001, p. 9337, texte n° 2. Le fond de cette disposition est désormais codifié au sein du livre II titre II chapitre III section 6 bis, *de l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse*, et plus précisément de l'article 223-15-2, tel que modifié par la L. n° 2009-526 du 12 mai 2009 – art. 133, – art. 133, *de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (I)*, publiée au JORF n° 0110 du 13 mai 2009, p. 7920, texte n° 1.

⁷⁷⁶ Cass. crim. 14 novembre 2000, n° 00-80.870, non publié au bulletin.

⁷⁷⁷ Cass. crim. 12 décembre 2000, n° 00-82.392, non publié au bulletin.

⁷⁷⁸ Cass. crim. 17 janvier 2001, n° 00-84.466, publiée au Bull. crim., 2001, n° 16, p. 40.

⁷⁷⁹ M. VÉRON, « La vulnérabilité due à l'âge », *Droit pénal*, LexisNexis SA édition, 2011, n° 6, comm. 70, à propos de l'arrêt : Cass. crim. 29 novembre 2000 préc.

⁷⁸⁰ Cass. crim. 8 février 2012, n° 11-81.162, non publié au bulletin ; V. à ce propos : M. VÉRON, « La preuve de la vulnérabilité », *Droit pénal*, LexisNexis SA édition, 2012, n° 5, comm. 65.

2. Les conséquences post mortem de l'abus

250. De même que la suspicion de vol plane sur les dons effectués par une personne âgée au profit d'un tiers, les donations testamentaires ou les dispositions ayant vocation *post mortem* sont également sujettes à controverse. Les modifications testamentaires sont vues d'un mauvais œil, notamment lorsqu'elles surviennent durant la période de la fin de vie. Néanmoins, elles ne sont pas toutes frappées de nullité. Les conséquences juridico-financières des liens extrafamiliaux sont reconnues par la jurisprudence. La question de la validité du legs consenti à une aide-ménagère fut tranchée dans un arrêt rendu le 25 septembre 2013. « *Qu'en jugeant que le testament du janvier 2007 était nul au regard de l'incapacité de Madame Y... de recevoir une quelconque gratification d'Émile X..., dont elle était l'aide-ménagère [...] sans rechercher, comme elle y était invitée, si les legs consentis dans le testament litigieux n'étaient pas la contrepartie du dévouement de Madame Y... et des services qu'elle avait rendus au testateur en le veillant et l'aidant quotidiennement, bien au-delà de ses seules obligations professionnelles, et n'étaient pas mesurés, au regard de l'importance de son patrimoine et du respect de la réserve héréditaire, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale* »⁷⁸¹. Par-là les juges de Cassation font droit aux dernières volontés du *de cujus* et reconnaissent sa marge de manœuvre en dehors de la réserve héréditaire⁷⁸².

251. Quid de la protection de la personne vulnérable en matière de disposition ayant une vocation *post mortem* ? La disposition pénale portant interdiction de l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse suppose en effet « *qu'une personne vulnérable ait été amenée à accomplir un acte ou une abstention "qui lui sont gravement préjudiciables"* »⁷⁸³. La question s'est posée de savoir si une disposition de type assurance vie ayant vocation à produire des effets *post mortem* pouvait tomber sous la coupe de l'article 223-15-2 du Code pénal⁷⁸⁴. La réponse fut apportée par les juges de cassation dans un arrêt en date du 16 décembre 2014⁷⁸⁵ qui a résolument placé le raisonnement dans le champ temporel de la conclusion de l'acte frauduleux et non de celui des éventuelles conséquences ou concrétisations de l'acte conclu.

⁷⁸¹ Cass. 1^{ère} civ. 25 septembre 2013, n° 12-25.160, publié au Bull. 2013, I, n° 193.

⁷⁸² V. à ce propos : M. BRUGGEMAN, « La validité du legs consenti par une personne âgée à son aide-ménagère », *RDSS*, Dalloz édition, 2013, p. 1124.

⁷⁸³ E. DREYER, « Tout abus de faiblesse est gravement préjudiciable », *La Gazette du Palais*, Lextenso édition, 2015, n° 055, p. 34.

⁷⁸⁴ Art. 223-15-2 CP, préc.

⁷⁸⁵ Cass. crim. 16 décembre 2014, n° 13-86.620, publié au Bull. crim. 2014, n° 270.

PARAGRAPHE 2

LES ATTEINTES À LA PERSONNE ÂGÉE

252. La protection extrapatrimoniale est un élément sensible devant être rigoureusement contrôlée, et le cas échéant, sanctionnée. Ces enjeux participent parfois à rapprocher les prétoires de la sphère privée. D'autres fois encore, ils révèlent les limites de la réglementation qui encadre le quotidien des institutions d'accueil ou de soin. En ce domaine encore, le législateur semble hésiter à faire de l'âge une justification de protection se suffisant à elle-même. Pourtant, la richesse du contentieux témoigne de la variété des atteintes. De nombreuses situations peuvent sensiblement porter atteinte à l'intégrité des personnes âgées.

L'âge et ses attributs représentent un facteur de risque à l'égard d'un large panel d'actions (I) ou d'inactions (II) répréhensibles. La particularité de ces outrages réside dans leur diversité. Les caractères classiques n'y sont pas répartis uniformément.

I. LES VIOLENCES CONTRE LA PERSONNE ÂGÉE

253. À l'instar de tous, la personne âgée peut être victime de violences. Certaines porteront atteinte à son intégrité physique, tandis que d'autres produiront des préjudices moraux. Mais contrairement au commun des adultes, la personne âgée peut subir des violences spécifiquement dirigées ou commises en raison de son âge. Trois types de violences peuvent être distinguées. Les premières résultent d'une action positive (A), les seconde d'une omission (B). La troisième forme de violence est une hybridation. Le délit de délaissement (C) est un acte positif d'abandon.

A. LA VIOLENCE PAR ACTION

254. Les violences perpétrées à l'encontre des personnes âgées se trouvent être, d'une certaine manière, dans le prolongement du raisonnement propre au délit de délaissement. Deux sortes de violences concernent spécifiquement la personne âgée : les violences ponctuelles (2) et la maltraitance (1). La fréquence des violences commises à l'encontre des personnes âgées a déjà été dénoncée par la doctrine⁷⁸⁶.

⁷⁸⁶ L. PLAMONDON, « Violence en contexte d'intimité familiale des personnes âgées », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2007/3, vol. 30, n° 122, p. 167 : « Plusieurs études menées ont permis d'estimer la prévalence de la violence à l'endroit des aînés, d'établir la fréquence des différents types d'abus et

1. La violence contre une personne âgée, autre marqueur de la défaillance du système de protection

255. En dehors du cadre familial ou institutionnel, les personnes âgées sont parfois les victimes de violences, ponctuelles ou régulières⁷⁸⁷. Les conséquences psychologiques et physiques liées au choc diffèrent selon l'âge et la constitution de la victime. Les conséquences juridiques prennent en compte l'âge en matière de violence, à la fois pour justifier la protection de la victime, et pour prendre en compte la commission "facilitée" de l'acte de violence. En la matière, la personne âgée est traitée avec des égards comparable à ceux employés pour les plus jeunes. Les violences entraînent une peine plus lourde lorsqu'elles ont été perpétrées à l'encontre d'un mineur de quinze ans ou « *sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur* »⁷⁸⁸. Cette distinction est commune à l'ensemble des violences énumérées par le législateur.

Les violences ayant entraîné la mort sans l'intention de la donner sont punies de vingt ans de réclusion criminelle — soit cinq années de plus⁷⁸⁹ — lorsqu'elles ont été perpétrées à l'encontre de ces victimes particulières⁷⁹⁰. Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de quinze ans de réclusion criminelle⁷⁹¹ au lieu de dix ans⁷⁹². Celles ayant entraîné une incapacité totale de travail⁷⁹³ sont soumises à cette même logique d'aggravation. Cette protection particulière est justifiée eu égard au temps de vie restant à la victime de violence. Pour les plus jeunes, une agression peut laisser de lourdes séquelles et interférer avec le développement personnel. Pour les personnes âgées, il s'agit de prendre en compte les difficultés à "surmonter" les actes de violence. Le Code pénal qui consacre l'aggravation de la peine tend potentiellement à

certaines caractéristiques des victimes et des abuseurs. Les niveaux marquent une certaine constance. [...] le laboratoire d'évaluation médicale de l'Université de Lille 2 (Durocher et al., 2000) a consulté 2 668 dossiers médicaux de personnes de plus de 60 ans prises en charge dans différentes institutions et réseaux de soins et a trouvé que 5,9% d'entre elles avaient été victimes de violence ».

⁷⁸⁷ Art. 222-14 CP, tel que modifié par la L. n° 2010-769 du 9 juillet 2010 - art. 25, relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants (1), publiée au JORF n° 0158 du 10 juillet 2010, p. 12762, texte n° 2.

⁷⁸⁸ Il s'agit d'une formule récurrente.

⁷⁸⁹ Art. 222-7 CP, tel que créé par la L. n° 92-684 du 22 juillet 1992, *portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes*, publiée au JORF n° 169 du 23 juillet 1992, p. 9875.

⁷⁹⁰ Art. 222-8 CP, tel que modifié par la L. n° 2017-86 – préc., – art. 171.

⁷⁹¹ Art. 222-10 CP – préc.

⁷⁹² Art. 222-9 CP – préc.

⁷⁹³ Art. 222-11 et s. du CP.

représenter doublement les personnes âgées, puisqu'il mentionne à la fois la particulière vulnérabilité liée à l'âge et les "ascendants légitimes ou naturels". Cette appréhension spécifique est limitée.

256. L'âge de la victime n'emporte pas toujours les effets souhaités de la protection. C'est ainsi que : « *Prononce par des motifs insuffisants l'arrêt qui, pour mettre en accusation devant la cour d'assises du chef de viol commis sur une personne particulièrement vulnérable, en raison de son âge de 70 ans, apparent ou connu de l'auteur du crime, ne précise pas en quoi un tel âge mettait la victime dans une situation de particulière vulnérabilité* »⁷⁹⁴. L'âge ne suffit pas à emporter la circonstance aggravante pour le viol d'une personne âgée de 70 ans⁷⁹⁵. Cet arrêt témoigne des limites de la protection juridique de l'âge et fait perdre en substance à la notion de particulière vulnérabilité due à l'âge. Non seulement l'âge n'est pas un critère suffisant, mais la particulière vulnérabilité de la victime doit également être appréciée au moment de la réalisation de l'acte préjudiciable⁷⁹⁶. Au regard d'une telle décision, il paraît légitime de se demander à partir de quel âge les juges de la chambre criminelle de la Cour de cassation seraient enclins à reconnaître à la victime d'un viol, sa particulière vulnérabilité ?

257. Chaque année apporte son lot de violences perpétrées contre des personnes âgées : « *Vol commis avec violences à Paris [...] au préjudice d'une personne âgée accompagnée de sa femme de ménage, par deux hommes porteurs de gants et de masques* »⁷⁹⁷. Fréquemment, les violences sont commises au domicile de la personne âgée. C'est ce qu'il ressort de nombreuses jurisprudences : « *La violence de l'agression commise de nuit sur une personne âgée qui a été ligotée et menacée de mort* »⁷⁹⁸. De tels agissements ne vont pas sans provoquer l'émoi de l'autorité prétorienne : « *De tels faits ne peuvent qu'engendrer un traumatisme de nature à gâcher la fin de la vie de cette vieille dame ; [...] il s'agit là d'un type de délinquance gravissime et de nature à semer un véritable sentiment de panique chez les personnes âgées et vivant seules ; que le trouble ainsi causé à l'ordre public est immense* »⁷⁹⁹ ; Ou encore : « *Il perdure en outre un trouble*

⁷⁹⁴ Bull. crim. 2010, n° 102, p. 459-462.

⁷⁹⁵ Cass. crim. 8 juin 2010, n° 10-82.039, publié au Bull. crim. 2010, n° 102 ; V. également à ce propos : M. BOMBLED, « Viol aggravé commis sur une personne particulièrement vulnérable en raison de son âge », *Dalloz actualité*, Dalloz édition, 27 septembre 2010.

⁷⁹⁶ Cass. crim. 26 mai 2009, n° 08-85.601, publié au Bull. crim. 2009, n° 104 ; V. également à ce propos : Y. FAVIER, « Vulnérabilité et fragilité face au vieillissement : l'approche du droit français », *Revista Temática Kairós Gerontologia*, Vol. 15, n° 6, "Vulnerabilidade/Envelhecimento e Velhice : Aspectos Biopsicossociais", 2012, p. 61-68.

⁷⁹⁷ Cass. crim. 29 novembre 2016, n° 16-82650, non publié au bulletin.

⁷⁹⁸ Cass. crim. 18 janvier 2017, n° 15-85.511, non publié au bulletin.

⁷⁹⁹ Cass. crim. 18 janvier 2017, préc.

exceptionnel et persistant à l'ordre public en raison de la gravité des infractions, des circonstances de leur commission et de l'importance du préjudice pour les victimes, "s'agissant d'une agression de deux personnes âgées dans des conditions de violence extrême et accompagnée d'actes de barbarie, commise en pleine nuit dans leur habitation, dernier lieu où chacun doit se sentir en sécurité, par trois individus armés et qui se sont introduits dans la maison entièrement détruite par l'incendie qu'ils ont déclenché" »⁸⁰⁰. L'effort prétorien devrait être soutenu par une évolution normative, qui permettrait d'asseoir et de rendre systématique cette approche protectrice.

2. La maltraitance d'une personne âgée, malfaçon du système de protection

258. La notion de maltraitance est relativement jeune⁸⁰¹ et recouvre un panel d'actions assez large⁸⁰². Ceci explique pour partie le fait qu'il n'existe pas de délit de maltraitance⁸⁰³ au sein du Code pénal. Selon l'Organisation Mondiale de la Santé, elle consiste « *en un acte unique ou répété, ou en l'absence d'intervention appropriée, dans le cadre d'une relation censée être une relation de confiance, qui entraîne des blessures ou une détresse morale pour la personne âgée qui en est victime* »⁸⁰⁴. Il s'agit d'une notion matricielle qui regroupe un nombre non négligeable d'actions tels que les violences physiques, les violences sexuelles, les violences psychologiques etc...⁸⁰⁵. La maltraitance des personnes âgées souffre encore d'un défaut de reconnaissance. « *En dépit de sa*

⁸⁰⁰ Cass. crim. 10 août 2016, n° 16-83.401, non publié au bulletin.

⁸⁰¹ A. TERRASSON DE FOUGERE, « La maltraitance des personnes âgées », RDSS, Dalloz édition, 2003, p. 176 : « *Jusqu'aux initiatives prises dans le dernier quart du 20ème siècle pour lutter contre la violence domestique et la maltraitance des enfants, la maltraitance des personnes âgées était un phénomène confiné dans le domaine privé et soigneusement caché au public. Aujourd'hui on considère de plus en plus qu'il s'agit d'un problème important qui risque de s'accroître, compte tenu du vieillissement rapide de la population dans de nombreux pays* ». Organisation Mondiale de la Santé, « Maltraitance des personnes âgées », 2002 ; « *Tabou que l'on brise, presque en même temps que la pédophilie ; les faiblesses aux extrémités de la vie humaine sont enfin reconnues* ». V. également à ce propos : Rapport de synthèse Évaluation du dispositif de lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des personnes handicapées mis en œuvre par les services de l'État dans les établissements sociaux et médico-sociaux, Inspection générale des affaires sociales, 2006, p. 5 : « *Le mot de maltraitance a une histoire encore récente et le phénomène fait l'objet aux niveaux national et international de nombreuses descriptions et analyses, mais sa définition n'est pas stabilisée, tant il est difficile de rendre compte objectivement des ressentis et des situations de souffrance individuelle, voire intime, de la personne âgée ou handicapée, dépendante d'une autre personne dans les actes de la vie quotidienne* ».

⁸⁰² F. BUSBY, « Les personnes âgées et la maltraitance », AJ Famille, Dalloz édition, 2003, p. 259 : « *La "maltraitance" : une expression nouvelle et désagréable pour évoquer les maux dont certaines vieilles personnes peuvent souffrir. En filigrane, une autre réalité, la violence : « acte ou omission commis par une personne s'il porte atteinte à la vie, à l'intégrité corporelle ou psychique ou à la liberté d'une autre personne ou compromet gravement le développement de sa personnalité et/ou nuit à sa sécurité financière* ».

⁸⁰³ V. à ce propos : M. VÉRON, « Le défaut d'intervention en présence d'un "comportement maltraitant" envers des personnes âgées », *Droit pénal*, Dalloz édition, 2013, n° 12, comm. 166.

⁸⁰⁴ < <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs357/fr/> > [en ligne] [consulté le 17 août 2016] : Organisation Mondiale de la Santé, « Maltraitance des personnes âgées », Aide-mémoire, 2015, n° 357.

⁸⁰⁵ Organisation Mondiale de la Santé, *Op. cit.*, *loc. cit.*

*gravité, elle suscite moins d'intérêt et de compassion que la protection de l'enfance et l'inertie des pouvoirs publics a longtemps répondu à l'indifférence de la société »*⁸⁰⁶.

259. La maltraitance évolue au sein des relations familiales⁸⁰⁷, mais également au sein du cadre institutionnel⁸⁰⁸. « *Sur le banc des “accusés” siègent en majorité des fils, des filles, des conjoints (eux-mêmes âgés) et des professionnels côtoyant les personnes âgées à domicile ou dans un milieu institutionnel* » écrivait à ce propos Madame Françoise BUSBY. Il s'agit d'une forme de violence particulière, infusée dans le quotidien et non toujours volontaire ou en tout cas résultant d'un acte décisionnaire. Voilà le « *long cortège (proche des « mauvais traitements ») des coups et blessures, brutalités, gifles, sévices sexuels... À cela s'ajoutent des maltraitances plus spécifiques au vieillissement et à la médicalisation : privation de sorties, malnutrition, absence ou privation de soins, mauvais soins, excès de médicaments (neuroleptiques), placement abusif en institution* »⁸⁰⁹, sans parler de la liste des maltraitances psychologiques liées à des “menaces d'abandon” ou d'atteintes à la dignité. Le tissu normatif qui régleme le séjour dans les institutions spécialisées implique une sécurisation du lien de responsabilité au profit des personnes prises en charge. Certaines jurisprudences témoignent de l'organisation du système de protection des pensionnaires : « *Le licenciement de M X... était justifié compte tenu des fautes avérées qui lui étaient reprochés caractérisées par une maltraitance active et un défaut de soins des personnes prises en charge dans l'établissement qui doivent être considérées comme particulièrement graves pour un membre du personnel s'occupant de personnes âgées et atteintes de la maladie d'Alzheimer* »⁸¹⁰.

260. La doctrine s'emploie à renforcer la notion de maltraitance, en distinguant entre la maltraitance en institution, qui est un fait individuel ou isolé sanctionné par l'institution⁸¹¹, de la maltraitance institutionnelle, qui consiste pour l'institution à ne pas prendre les mesures qui

⁸⁰⁶ D. ROMAN, « Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne », RDSS, Dalloz édition, 2008, p. 267.

⁸⁰⁷ L. PLAMONDON, *Op. cit.*, p. 166 : « *La violence – physique, psychologique ou matérielle – faite aux aînés se manifeste parfois dans les établissements de soins qui les accueillent. Toutefois, elle s'inscrit pour une très large part à domicile, notamment dans le cadre familial. Elle est toujours le fait de personnes qui profitent de leur pouvoir et de la vulnérabilité d'un être humain pour le déposséder de ses biens, de sa dignité, de son autonomie, le privant ainsi de ses droits les plus fondamentaux* ».

⁸⁰⁸ CONTRÔLEUR GÉNÉRAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTÉ, *Op. cit.*, p. 292 : « *D'une part, ces personnes sont de plus en plus nombreuses et dans un état de santé souvent très délicat, d'autre part les personnels, souvent admirables, qui en ont la charge sont loin d'avoir la qualification de soignants hospitaliers par exemple. La lassitude de la répétition (qu'induit l'état de santé en cause), la fatigue des personnels parfois en nombre insuffisant, l'ingratitude des gestes à accomplir, la difficulté du dialogue sont à la source de dérives possibles* ».

⁸⁰⁹ A. TERRASSON DE FOUGERE, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁸¹⁰ CA Angers, 31 mars 2015, n° de RG 13/01929.

⁸¹¹ V. à ce propos : J. PELLERIN, « De la violence en institutions pour personnes âgées », Laennec, Centre Laennec édition, 2014/1, t. 62, p. 41-53.

s'imposent pour empêcher ou stopper les actes de maltraitance. « *La maltraitance institutionnelle peine à être reconnue et dénoncée tant elle apparaît aux yeux des professionnels comme gravement contraire à la déontologie, comme un mot honteux qui paralyse l'expression. Elle est diffuse, plus difficile à mettre à jour, à dévoiler et à faire cesser que les actes de maltraitance individuelle* »⁸¹².

La maltraitance en institution peut résulter d'un acte unique⁸¹³, ou de comportements répétés.

Les abus sont autrement plus difficiles à percevoir et à dénoncer lorsqu'ils évoluent dans la sphère privée. Une question demeure : « *La société civile est-elle étrangère à ce qui se passe derrière la façade familiale, l'intimité de la prise en charge serait-il un domaine de l'impunité ?* »⁸¹⁴. L'enjeu est d'autant plus important que l'Organisation Mondiale de la Santé a établi que la cohabitation représentant un facteur de risque de maltraitance⁸¹⁵. « *Il est attendu que la famille soit un havre de paix pour ses membres, surtout lorsqu'ils sont en état de faiblesse, mais elle peut aussi constituer un univers aliénant* » écrivait Caroline HELFTER⁸¹⁶. De même que pour le raisonnement propre au délit de délaissement, la maltraitance des personnes âgées est souvent le fruit d'une désinstitutionnalisation et d'un enfermement du soin et de la prise en charge au sein de la cellule familiale.

Tous domaines confondus — domicile ou institution —, plusieurs études démontrent de la réalité et de l'ampleur du phénomène, qui toucherait près de 600 000 personnes âgées en France mais serait également partagé dans de nombreux pays⁸¹⁷. Dans ce contexte, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe recommande⁸¹⁸ une protection globale embrassant tous les lieux de vie des personnes âgées. Le personnel médical entendu au sens large, tout comme les aidants sont désignés comme acteurs principaux dans la détection et la dénonciation de violences contre les personnes âgées⁸¹⁹.

⁸¹² Rapport de synthèse, *Op. cit.*, p. 7.

⁸¹³ CA Versailles, 31 août 2011, n° 10/03526 : « *Considérant que l'employeur établit que l'attitude du salarié à l'égard des personnes âgées auxquelles il devait apporter ses soins à la résidence ORPEA, met en évidence un manquement caractérisé à ses obligations contractuelles, ne permettant pas son maintien pendant la période de préavis ; Qu'en effet, le manque de considération de M. Victor X... à l'égard des résidents résulte notamment du courrier du 17 juin 2008 signé par M. Z..., exprimant son mécontentement concernant le travail et l'attitude de M. Victor X... lors de son coucher le dimanche 15 juin 2008* ».

⁸¹⁴ L. PLAMONDON, *Op. cit.*, p. 163.

⁸¹⁵ Organisation Mondiale de la Santé, *Op. cit.*, loc. cit.

⁸¹⁶ C. HELFTER, « Contrepoint – Grand âge, huis clos et maltraitance », *Informations sociales*, Caisse nationale d'allocations familiales, 2015/2, n° 188, p. 66.

⁸¹⁷ L. PLAMONDON, *Op. cit.*, p. 168.

⁸¹⁸ COMITÉ DES MINISTRES, CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation CM/Rec(2014)2, préc.

⁸¹⁹ COMITÉ DES MINISTRES, CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation CM/Rec(2014)2, préc., IV pt. 18 « *Les États membres devraient prendre des mesures suffisantes pour sensibiliser le personnel médical, les aides-soignants, les aidants ou les autres personnes intervenant auprès des personnes âgées afin de leur permettre de déceler les cas de violence ou d'abus, quel que soit le lieu, les informer sur les mesures à prendre en cas de soupçon qu'un tel acte s'est produit, et, en particulier, les encourager à signaler les abus aux autorités compétentes* ».

B. L'INSUFFISANTE CONSÉCRATION DE L'OMISSION SANCTIONNABLE CONCERNANT UNE PERSONNE ÂGÉE

261. Le panel des atteintes à l'intégrité de la personne âgée est suffisamment large pour recouvrir une dimension indirecte. Interroger la sanction de l'omission implique de se pencher sur les attitudes actives ou passives qui provoquent ou laissent perdurer un risque ou mauvais traitement à l'encontre d'une personne âgée.

Le défaut d'intervention sanctionne le "laisser faire" et ne nécessite pas forcément d'action positive (1), alors que la notion de négligence recouvre toute une gamme d'actions ou d'inactions qui intentionnellement ou non peuvent être à l'origine d'un dommage (2).

1. La sanction du défaut d'intervention

262. Le délit de défaut d'intervention recouvre une dimension indirecte qui permet de sanctionner l'inaction en présence de faits extérieurs et eux-mêmes sanctionnables. Comme le nom l'indique, il s'agit de sanctionner le refus, ou le manque d'intervention, dans une situation où une action était nécessaire. Ce délit incrimine le non-acte. L'article 223-6 du Code pénal dispose d'une sanction de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende à l'encontre de « *quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire...* »⁸²⁰. Une autre disposition sanctionnatrice prend explicitement en compte l'âge de la victime en matière de défaut d'intervention. Il s'agit de l'article 434-3 du même Code, qui dispose que : « *Le fait, pour quiconque ayant eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'agressions ou atteintes sexuelles infligés à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende...* »⁸²¹.

⁸²⁰ Art. 223-6 CP, tel que modifié par l'Ord. n° 2000-916 du 19 septembre 2000 – art. 3 (V), préc. : « ... est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours ».

⁸²¹ Art. 434-3 CP, tel que modifié par la L. n° 2016-297 du 14 mars 2016 – art. 46, relative à la protection de l'enfant (I), publiée au JORF n° 0063 du 15 mars 2016, texte n° 1, laquelle a étendu la disposition initiale à tous les mineurs — la disposition antérieure ne visait que les mineurs de quinze ans. : « ... Sauf lorsque la loi en dispose

263. La jurisprudence a pu manier ces deux dispositions au sein d'un même contentieux. Ce fut notamment le cas dans un arrêt en date du 23 octobre 2013⁸²². Les faits de cette affaire concernaient l'inaction d'un médecin rattaché à un pôle gériatrique, face aux mauvais traitements systématiques et répétés du personnel de soin. L'autorité prétorienne a adopté une conception restreinte des notions de mauvais traitements et de leur dénonciation. Dans un contentieux reprochant des faits semblables à un employeur, la Cour de cassation a pu considérer que : « *Ne caractérise ni un délit ni un mauvais traitement le fait pour un membre du personnel d'une résidence pour personnes âgées de n'avoir ni la compétence ni la vocation nécessaires à l'exercice de ses fonctions ou d'exercer ses fonctions sous l'empire d'un état alcoolique* »⁸²³. Conséquemment, l'employeur ne commet pas de faute en ayant connaissance des défaillances des personnes recrutées, si ces défaillances n'emportent pas de conséquences sur les personnes soignées.

2. La sanction de la négligence

264. En écho aux délits de délaissement, de maltraitance ou de défaut d'intervention, résonne l'enjeu de la négligence. La notion est notamment traitée au sein de l'article 121-3 du Code pénal, de façon assez indifférente et aux côtés d'autres notions — l'imprudence par exemple. Ainsi à défaut d'intention, il peut y avoir commission de crime ou de délit, soit « *en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui* »⁸²⁴, soit « *en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait...* »⁸²⁵. Ce positionnement témoigne d'une conception particulière de la nature et de l'impact de la négligence. « *Les négligences, en tant que telles, ne sont pas prises en*

autrement, sont exceptées des dispositions qui précèdent les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13 ».

⁸²² Cass. crim. 23 octobre 2013, n° 12-80.793, publié au Bull. crim. 2013, n° 204, et rendu suite au renvoi de l'arrêt ; Cass. crim. 27 avril 2011, n° 10-82.200, non publié au bulletin. V. M. VÉRON, *Op. cit.*, loc. cit : « À l'origine, les poursuites avaient été fondées sur l'article 434-3 du Code pénal qui incrimine le fait de ne pas informer les autorités administratives ou judiciaires en ayant connaissance de privations, mauvais traitements ou atteintes sexuelles dont est victime une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une déficience physique ou psychique. Mais, en cours de procédure et à la demande du ministère public, les poursuites furent requalifiées en délit d'omission d'empêcher une infraction, délit défini par l'article 223-6, alinéa 1 du Code pénal ». V. également à ce propos : C. BERLAUD, « Condamnation d'un médecin pour omission d'empêcher la maltraitance de personnes âgées », *La Gazette du Palais*, Lextenso édition, 2013, n° 311.

⁸²³ Cass. crim. 16 mai 2006, n° 05-82.885, non publié au bulletin.

⁸²⁴ Extrait de l'art. 121-3 CP, tel que modifié par la L. n° 2000-647 du 10 juillet 2000 – art. 1, *tendant à préciser la définition des délits non intentionnel (I)*, publiée au JORF n° 159 du 11 juillet 2000, p. 10484, texte n° 7

⁸²⁵ Extrait de l'art. 121-3 CP, préc.

*compte par le droit, notamment pénal, quand elles ne conduisent pas à la réalisation d'un dommage avéré sur la personne de l'ainé(e) ou sur les biens lui appartenant »*⁸²⁶ a pu décrier Monsieur Robert CARIO. En effet, le législateur se cantonne volontairement à la sanction du dommage effectif et réel. Pourtant l'existence et la banalisation d'actes de négligence à l'encontre de la population des personnes âgées reste un véritable problème.

Dans une vision claire et éclairée de la réalité, il précise : « *De telles négligences, pour être concrètement nombreuses, permanentes et variées, soulèvent davantage la question de l'indifférence sociale généralisée aux questions de la vieillesse que celles de l'effectivité et de l'efficacité du droit* »⁸²⁷. Le Droit aura son rôle à jouer en matière de protection contre les négligences, et ce d'autant plus dans un contexte de vieillissement de la population et de l'expansion du phénomène du "vieillir chez soi". Ce ne serait pas chose inédite de voir le législateur à la tête d'une évolution sociétale. Car il ne s'agit pas ici de s'émouvoir d'actes dérisoires et sans conséquences. La négligence est non seulement le stigmate de la mise à l'écart sociétale de la vieillesse, mais est également une forme dissimulée de violence. « *Si la violence peut être définie comme une agression contre l'intégrité physique et/ou psychique d'un individu, de nature à lui ôter la maîtrise de sa vie et/ou de son espace de vie (personnel, familial, social ou culturel principalement), les négligences à l'égard des aîné(e)s sont une forme particulièrement sérieuse de violence* »⁸²⁸ écrivait encore Robert CARIO. Et l'auteur d'ajouter : « *Quelle que soit leur gravité intrinsèque, elles constituent en effet toutes des atteintes à la dignité de la personne humaine, conduisant de surcroît à la perte de l'estime de soi, voire à une dévalorisation personnelle massive* »⁸²⁹.

265. La négligence prend des formes extrêmement variées. Certaines jurisprudences sont particulièrement explicites à ce sujet et témoignent de la diversité des actes commis : « *M. A..., a demandé à Mme Véronique X... de changer ses draps souillés ; que, cela n'ayant pas été fait, ce résident a rappelé de sorte que Mme F... est intervenue et a demandé de l'aide à sa collègue qui a nié que les draps étaient souillés et a pris M. A... à partie en mettant sans ménagement sa parole en doute. Le témoin indique que cette attitude a blessé cette personne âgée qui était psychologiquement et physiquement faible* »⁸³⁰. Comme ici, l'incurie peut être manifeste. Dans

⁸²⁶ R. CARIO, « Les négligences à l'égard des aîné(e)s », *Les Petits affiches*, Lextenso édition, 2004, n° 46, p. 1

⁸²⁷ R. CARIO, *Op. cit.*, Ibid.

⁸²⁸ R. CARIO, *Op. cit.* p. 3

⁸²⁹ R. CARIO, *Op. cit.*, Ibid.

⁸³⁰ CA Angers, 1^{er} mars 2016, n° 13/03330

d'autres cas il est reproché au personnel encadrant une négligence d'attention⁸³¹. Cela étant, il est temps de questionner l'appréhension des actes de négligence au niveau extra-institutionnel. Alors que le droit se désintéresse partiellement de cette notion — en réclamant des actes matériels et la réalisation de dommages — la question de l'encadrement du quotidien des personnes âgées recevant des soins à domicile reste en suspens.

C. LE DÉLAISSEMENT D'UNE PERSONNE ÂGÉE

266. Le délit de délaissement est incriminé⁸³² par l'article 223-3 du Code pénal : « *Le délaissement, en un lieu quelconque, d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* »⁸³³. Il emporte des conséquences alourdies lorsqu'il a entraîné une déficience physique ou le décès de la victime⁸³⁴.

Le législateur ne s'est pas prêté au jeu de la définition, si bien que la doctrine, s'interroge sur l'étendue de la notion de délaissement, largement laissée aux soins de l'autorité prétorienne⁸³⁵ (1). Un champ d'application limité restreint l'ensemble du mécanisme de sanction (2).

⁸³¹ Ont justifié le licenciement d'une salariée d'EHPAD. « *Son état de sommeil pendant son temps de travail en dehors de ses temps de pause dans la nuit du dimanche 8 au lundi 9 février 2009 constaté par Mme B..., infirmière coordinatrice et en conséquence, son défaut de surveillance des personnes âgées dépendantes ; la situation récurrente de cette situation ; l'existence d'une plainte d'un résident et de remarques faites par des familles dénonçant le comportement agressif de Mme Line Y... et son manque de respect à l'égard du membre de leur famille hébergé dans la résidence ; le moindre comportement irrespectueux ou agressif à l'égard des pensionnaires ne peut être accepté* ». CA Versailles, 14 septembre 2011, n° 10/01834

⁸³² COUR DE CASSATION, Rapport annuel, 2009, *Op. cit.*, p. 303 « *Les articles 349 à 353 de l'ancien code pénal réprimaient "ceux qui auront exposé ou fait exposer, délaissé ou fait délaissé, en un lieu solitaire, un enfant ou un incapable, hors d'état de se protéger eux-mêmes, à raison de leur état physique ou mental", manifestant ainsi le souci de ses rédacteurs de lutter contre "l'exposition et délaissement de nouveaux-nés pratiquement tous voués à la mort"* ».

⁸³³ Art. 223-3 CP préc.

⁸³⁴ Art. 223-4 CP, tel que codifié par la L. n° 92-684 du 22 juillet 1992, portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes (1), publiée au JORF n° 169 du 23 juillet 1992, p. 9875 : « *Le délaissement qui a entraîné une mutilation ou une infirmité permanente est puni de quinze ans de réclusion criminelle.*

Le délaissement qui a provoqué la mort est puni de vingt ans de réclusion criminelle ».

⁸³⁵ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le délit de délaissement d'une personne implique un acte matériel positif du prévenu exprimant de sa part la volonté d'abandonner définitivement la victime », *AJ Pénal*, Dalloz édition, 2013, p. 39.

1. L'impact et de l'étendue du délit de délaissement

267. L'interprétation jurisprudentielle subordonne la caractérisation du délaissement à l'existence d'un acte positif⁸³⁶ — ou matériel. Il s'agit donc de l'incrimination d'une commission⁸³⁷, et non, comme on pourrait le penser de prime abord, d'une omission. Cette condition fut rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 13 novembre 2007 : Le délaissement n'est caractérisé que s'il résulte d'un acte positif trahissant une volonté d'abandon définitif de la victime. En l'espèce, la prévenue s'était opposée à la venue d'une aide-ménagère au domicile de sa mère, âgée. Pour les juges, cet acte ne pouvait suffire à caractériser « *la volonté de délaisser définitivement la vieille dame, vivant en couple avec son époux, ni celle d'attenter à sa sécurité, quand un médecin et une infirmière venaient régulièrement lui prodiguer des soins* »⁸³⁸. La doctrine s'est réjouie du cantonnement du délit de décision, relégué « *dans la sphère des actes graves d'abandon caractérisé, c'est-à-dire animé d'une volonté de se désintéresser définitivement de la victime* »⁸³⁹.

L'appréciation prétorienne de la notion de délaissement telle qu'incriminée par l'article 223-3 du Code pénal apparaît encore plus stricte et restreinte dans un arrêt en date du 9 octobre 2012⁸⁴⁰. Dans le cas d'espèce, un fils avait congédié les infirmiers en charge des soins de sa mère, refusé l'attribution d'une auxiliaire de vie, n'avait pas réparé un matériel métallique blessant sa mère dès qu'elle souhaitait se lever, mais avait également « *laissé pendant plusieurs semaines sa mère grabataire* »⁸⁴¹ dans des conditions inhumaines et déplorables. Malgré ce triste cumul sanctionné par les juges du fond ainsi qu'en appel, la Cour de cassation n'a pas estimé que ces éléments caractérisaient un délaissement : « *La gravité évidente des faits relevés en l'espèce, leur auteur n'en semblait pas moins dépourvu de toute volonté d'abandonner sa mère, ce dont témoigne sa décision finale à faire appel à un praticien et à la faire hospitaliser* »⁸⁴². De telles appréciations attestent d'une grave défaillance du délit de délaissement.

⁸³⁶ Y. MAYAUD, « Le délaissement d'une personne hors d'état de se protéger, ou du droit à... rester maître chez soi ! », *RSC*, Dalloz édition, 2008, p. 342.

⁸³⁷ G. ROYER, « Le délit de délaissement suppose un acte positif, exprimant de la part de son auteur la volonté d'abandonner définitivement la victime », *AJ Pénal*, Dalloz édition, 2008, p. 88.

⁸³⁸ Cass. crim. 13 novembre 2007, n° 07-83.621, publié au Bull. crim. 2007, n° 273 ; V. également à ce propos : G. ROYER, *Op. cit.*, loc. cit.

⁸³⁹ Y. MAYAUD, *Op. cit.*, loc. cit.

⁸⁴⁰ Cass. crim. 9 octobre 2012, n° 12-80-412, publiée au Bull. crim. 2012, n° 213 ; V. également à ce propos : M. BOMBLED, « Délaissement : rappel de la nécessité d'un acte positif pour caractériser l'infraction », *Dalloz actualité*, Rubrique droit pénal, Dalloz édition, 2012

⁸⁴¹ Cass. crim. 9 octobre 2012 - préc.

⁸⁴² M. BOMBLED, *Op. cit.*, loc. cit.

2. Les limites d'un champ d'application restreint du délit de délaissement

268. Le champ d'application de l'article 223-3 du Code pénal semble — à la lecture de l'appréciation prétorienne — se limiter à l'abandon définitif, et cela indépendamment des actes participant au mal être de la victime. Malgré cela, l'absence de définition légale implique que cette conception est uniquement jurisprudentielle. Une partie de la doctrine s'interroge sur ce qu'elle considère comme une véritable "mise à l'écart" du délaissement par abstention⁸⁴³. Les juges de Cassation persistent à soumettre la constitution du délit de délaissement à une double condition : L'existence d'un acte constitutif et la volonté d'abandon définitif. Cette conception a pour effet de limiter grandement le champ de protection, et d'augmenter le gouffre existant entre le délit de délaissement et celui d'omission de porter secours.

La conception du délit de délaissement comprend une dimension binaire extrêmement sclérosante. Non seulement la double condition imposée par les juges restreint le champ de protection de la norme, mais elle a également pour effet de rendre la culpabilité exclusive. En effet, il n'est question à aucun moment dans les jurisprudences exposées ou dans la conception globale du délit de délaissement, d'interroger un éventuel transfert de responsabilité ou un partage de la responsabilité.

269. Pour le confort de l'illustration il est intéressant de reprendre les faits des deux espèces précitées. Dans la première, il est reproché à la fille de la victime d'avoir congédié l'aide-ménagère dont les services avaient été reconnus nécessaires par l'Hôpital à la suite d'un séjour de la personne âgée : « *En s'opposant à toute venue sur sa propriété et en interférant directement dans l'aide apportée à sa mère qui avait été estimée nécessaire tant par l'hôpital qui avait constitué le dossier que par l'Organic qui avait accordé son concours, ce qui avait été de nouveau confirmé par deux professionnels, c'est-à-dire l'infirmière et le médecin traitant, Claire X..., épouse Y..., avait manifesté son opposition à toute forme d'aide extérieure pour sa mère sans y suppléer en apportant une quelconque contrepartie* »⁸⁴⁴. Dans la seconde espèce, il ne s'agit plus uniquement de la suppression du ménage, mais bien de soins et de minimum vital. Le cumul des faits parle de lui-même : « *D'avoir congédié successivement les infirmiers de deux cabinets chargés de donner des soins à sa mère pour les plaies qu'elle avait aux jambes, cette volonté d'écarter les soignants étant complétée par la non réalisation de protection minimale du cadre métallique du lit utilisé par sa mère sur lequel elle se blessait en se levant, [...] ; le fait concomitant d'avoir refusé de se faire aider comme pourtant prescrit par le médecin traitant par une auxiliaire de vie, l'ordonnance de*

⁸⁴³ J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁴⁴ Cass. crim. 13 novembre 2007 – préc.

*prescription ayant été trouvée non exécutée et l'infirmier confirmant le refus d'une telle assistance exprimé devant lui par le prévenu ; le fait concomitant d'avoir laissé pendant plusieurs semaines sa mère grabataire, macérer dans ses excréments jusqu'à ce qu'il se résolve à solliciter enfin son médecin traitant »*⁸⁴⁵. Dans ces deux cas et toute proportion gardée, les faits litigieux sont uniquement reprochés aux enfants des victimes. Leurs oppositions aux interventions extérieures ont participé au mal-être de leurs parents. Cela étant, on peut constater deux choses : La première est que la volonté de la personne âgée n'a à aucun moment été recherchée — que ce soit à la mise en place de l'aide, ou lors de son arrêt. Par conséquent le consentement aux soins ou à l'absence de soin a été transféré en la personne des enfants. La seconde, est que la volonté des enfants s'est opposée à l'expertise médicale. De ce fait, le consentement a été doublement déplacé. Il l'a été à l'intérieur de la famille — du parent personne âgée à son enfant — et il a été transféré de l'autorité médicale vers la famille. Pour être exact, il a été stoppé aux portes de la famille. De ce fait, non seulement le consentement a été déplacé, mais il a également été désinstitutionnalisé.

270. À l'époque de l'allongement continu de l'espérance de vie et de la conquête du “vieillir chez soi”, on peut s'étonner de l'esprit qui ressort du délit de délaissement. De plus en plus d'individus souhaiteront rester à leur domicile jusqu'au bout de leur vie. Or, toutes les institutions d'accueil, de soin, ou d'hébergement engagent leur responsabilité pour le bien-être de leurs pensionnés. La lecture de la conception actuelle du délit de délaissement laisse à croire que la responsabilité de la personne d'autrui et âgée cesse dès lors que l'on sort du cadre physique de l'institution. En effet, le consentement des enfants a eu pour conséquence de stopper l'obligation de soin préconisée par l'autorité médicale. Est-ce à dire qu'en dehors du cadre institutionnel, les personnes âgées sont laissées au bon vouloir de leurs familles ? La famille est-elle une si large zone de non-droit ? Pour le moins, il semble que la volonté des enfants ait-ici imposé une limite à l'obligation de soin. Le délit de délaissement devrait bénéficier d'une extension. Le désir d'abandon définitif ne devrait plus être un obstacle à la sanction de l'acte d'abandon. Ainsi le délit de délaissement pourrait être reconnu dès lors que les faits reprochés ont conduit à la mise en danger de la santé et de la vie de la personne âgée abandonnée.

271. Le législateur consent d'ores et déjà à ce que le délit de délaissement réponde à une sanction plus lourde que celle prévue, lorsqu'il concerne une certaine catégorie de victimes. Les articles 223-

⁸⁴⁵ Cass. crim. 9 octobre 2012 – préc.

³⁸⁴⁶ et 223-4 du même Code⁸⁴⁷, prévoient la sanction de base du délit de délaissement. Ainsi, le délit classique contre une personne n'étant pas en mesure de se protéger est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende⁸⁴⁸. Lorsque le délaissement a entraîné une mutilation ou une infirmité permanente de la victime, il est puni de quinze ans de réclusion criminelle⁸⁴⁹. Enfin, lorsqu'il a entraîné la mort, il est puni de vingt ans de réclusion⁸⁵⁰. Il s'agit là du régime commun applicable. Une autre logique de sanction est portée par les articles 227-1 et 227-2 du Code pénal⁸⁵¹. Ceux-ci disposent respectivement de sanctions pénales plus lourdes, lorsque le délit de délaissement a concerné un mineur. Le délaissement d'un mineur de quinze ans est en principe puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende⁸⁵². La logique s'applique également aux hypothèses où le délaissement a entraîné une mutilation ou infirmité permanente — le délaissement est alors puni de vingt ans de réclusion criminelle —, ou lorsque le délaissement a entraîné la mort⁸⁵³. Un même raisonnement pourrait être appliqué aux cas de délaissement d'une personne âgée. Pour ce faire, l'actuelle section consacrée au délaissement du mineur⁸⁵⁴ pourrait embrasser une autre forme et s'intituler : du délaissement d'une personne hors d'état de se protéger en raison de son âge. Les deux articles 227-1 et 227-2 qui composent déjà cette section, pourraient être suivis de deux nouveaux articles répondant au même schéma de construction, ou alors être eux-mêmes enrichis de l'hypothèse du délaissement contre une personne âgée. Dans ce cas, leurs lettres pourraient évoluer vers une forme semblable à celle-ci :

“Le délaissement d'un mineur de quinze ans **ou d'une personne âgée** en un lieu quelconque est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende, sauf si les circonstances du délaissement ont permis d'assurer la santé et la sécurité de celui-ci”

⁸⁴⁶ Art. 223-3 CP, préc.

⁸⁴⁷ Art. 223-4 CP, version en vigueur au 1^{er} mars 1994, codifié par la L. n° 92-684 – préc.

⁸⁴⁸ Art. 223-3 CP, préc.

⁸⁴⁹ Art. 223-4 al 1 CP, préc.

⁸⁵⁰ Art. 223-4 al 2 CP, préc.

⁸⁵¹ Art. 227-1 CP, tel que modifié par l'Ord. n° 2000-916 du 19 septembre 2000 – art. 3 (V), *portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs*, publiée au JORF n° 0220 du 22 septembre 2000, p. 14877, texte n° 23 ; Art. 227-2 CP, version en vigueur au 1^{er} mars 1994, codifié par la L. n° 92-684 du 22 juillet 1992, *portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes*, publiée au JORF n° 169 du 23 juillet 1992, p. 9875.

⁸⁵² Art. 227-1 CP, préc.

⁸⁵³ Art. 227-2 CP, préc.

⁸⁵⁴ Code pénal, Partie législative, Livre II : Des crimes et délits contre les personnes, Titre II : Des atteintes à la personne humaine, Chapitre VII : Des atteintes aux mineurs et à la famille, Section 1 : Du délaissement de mineur.

“Le délaissement d'un mineur de quinze ans **ou d'une personne âgée** qui a entraîné une mutilation ou une infirmité permanente de celui-ci est puni de vingt ans de réclusion criminelle.

Le délaissement d'un mineur de quinze ans **ou d'une personne âgée** suivi de la mort de celui-ci est puni de trente ans de réclusion criminelle”.

Par ailleurs, la constitution du délit de délaissement concernant un mineur de quinze ans ou d'une personne âgée ne devrait plus être subordonnée à l'existence d'une volonté d'abandon définitif.

II. LES ATTEINTES AU MODE DE VIE DE LA PERSONNE ÂGÉE

272. Le déplacement du lieu de vie entre le domicile et institution est particulièrement sensible. Outre le fait qu'il entraîne un bouleversement du quotidien et des habitudes, il ne résulte pas systématiquement d'un choix personnel ou uniquement personnel. L'élément déclencheur du passage d'un lieu à l'autre dépend parfois des aléas de la vie — deuil, maladie, accident, chute. Parfois encore, la prise de décision est externalisée et la personne accepte la proposition émise par ses proches.

Quelle que soit l'origine du choix d'entrée en institution (A), la personne conserve son *corpus* de droits. Pourtant les institutions sont amenées à réguler certains droits et libertés dans le cadre de l'objectif de sécurité des résidents (B).

A. LE CHOIX DE VIVRE EN INSTITUTION

273. Le parcours résidentiel⁸⁵⁵ des personnes âgées est le théâtre d'enjeux considérables au sein desquels le passage de la vie à domicile à la vie en institution constitue un élément particulièrement sensible. Le départ du domicile concrétise la perte d'indépendance et fonde le départ au profit d'une place de “résident”. Enfin, le choix de vie en institution⁸⁵⁶ organise l'extraction de l'individu et son insertion au sein d'un cadre normalisé, sécurisé où le quotidien est pris en charge. En vertu du

⁸⁵⁵ S. RICHELLE, I. LOFFEIER, « Expériences de la vieillesse en établissement à deux siècles d'intervalles : l'humanisation en question », *Genèses*, Belin éditions, 2017/1, n° 106, p. 30-49.

⁸⁵⁶ A.-B. SIMZAC, « Choisir d'habiter en logement-foyer : entre trajectoires individuelles et action publique », *Gérontologie et société*, CNAV, 2017/1, vol. 39, p. 129-141

principe de liberté de choix du domicile, le choix de la vie en institution doit en principe émaner de la personne elle-même. Néanmoins, il ne s'agit pas d'un choix neutre. Le choix de la vie en institution est conditionné par plusieurs éléments qui dépassent le seul cadre du choix personnel.

Alors que l'autonomie de la volonté est centrale dans le cadre de la liberté de choix du domicile en général, il semblerait que le passage d'un domicile classique à une institution spécialisée (1) se retrouve au cœur d'enjeux qui dépassent parfois la seule inclination personnelle (2).

1. L'étendue du choix de vie en institution

274. Le choix de vie en institution (a) émane parfois d'un ensemble décisionnaire — famille, corps médical... — qui dépasse la seule personne concernée (b).

a. Le choix de la vie en institution

275. Face aux multiples proclamations de droits — liberté d'aller et venir, respect du consentement, égalité, choix du domicile — la question de l'efficience trouve à se poser. Au sein de ce contexte de profession de droits manifeste, certaines voix s'élèvent pour dénoncer le sort réservé aux personnes âgées. « *Dans cette permissivité positive, on ne peut être que choqué de voir une partie de la population [...] subir une altération croissante de sa liberté en fonction de sa faiblesse. Il s'agit des personnes âgées, que notre société finit par enfermer au sens propre, comme au sens figuré, dans une indifférence quasi générale* »⁸⁵⁷, écrivait Monsieur Michel CHARLES alors directeur d'un hôpital local et responsable de CLIC, avant d'ajouter : « *Il suffit pour s'en convaincre de considérer les demandes d'admissions dans une structure accueillant des personnes âgées. Ces demandes émanent très rarement de la personne elle-même. Elles sont émises ou par les familles, ou par le médecin hospitalier, ou éventuellement par les aidants à domicile, en substitution d'une famille absente ou inexistante* »⁸⁵⁸. La sanction tombe. Le témoignage d'un professionnel en contact direct avec ces problématiques est suffisamment rare pour être salué.

Face à ces situations, le législateur a mis en place un certain nombre de mesures visant à sécuriser l'expression du consentement à la vie en institution. Les établissements d'hébergement spécialisés

⁸⁵⁷ M. CHARLES, in M. CHARLES *et al.*, *Vieillir libre*, SoPhot, Association Pour Que l'Esprit Vive, Paris, 2008, p. 5.

⁸⁵⁸ M. CHARLES *et al.*, *Op. cit.*, *loc. cit.*

visés à l'article L. 312-1 I 6° du Code de l'action sociale et des familles⁸⁵⁹, ainsi que par l'article L. 342-1⁸⁶⁰ du même Code voient leur offre soumise à une condition de conclusion d'un contrat passé avec la personne âgée ou son représentant légal. « *Ces établissements ne peuvent héberger une personne âgée sans qu'au préalable un contrat écrit ait été passé avec cette personne ou son représentant légal. Pour la signature de ce contrat, la personne ou son représentant légal peut se faire accompagner d'une personne de son choix* »⁸⁶¹. En dépit de ces précautions, il apparaît que « *très rarement, la personne âgée est associée voire informée de la démarche* »⁸⁶². Une question se pose dès lors : Eu égard à l'augmentation du nombre de personnes âgées — et donc du nombre de personnes potentiellement concernées par ce phénomène — comment une telle atteinte est-elle possible ? Il s'agit d'une entorse de masse au principe fondamental qui veut qu'aucune personne ne soit placée en établissement de retraite sans son consentement⁸⁶³.

276. Le principe général et intangible de liberté de choix du domicile, est confronté à une réalité autrement plus contrastée. Ce phénomène témoigne très clairement de la fluctuation de la prise en compte du consentement en fonction de l'âge. Le raisonnement se place ici sous la bannière contractuelle. En matière de contrat civil, aucune personne ne peut être tenue en un lieu sans son consentement⁸⁶⁴. De fait, en l'absence d'incapacité juridique prononcée, il est impensable d'imposer un domicile à un majeur — exception faite de l'obligation liée à un logement de fonction. Certains placements peuvent être justifiés par des motifs légitimes et médicalement constatés. Dans la majeure partie de ces cas, la situation a été juridiquement appréhendée sous l'égide de la protection juridique. L'épine du problème se trouve alors pour les personnes âgées capables juridiquement, mais qui cèdent aux instances d'un entourage trop inquiet ou trop complexé.

277. Un phénomène d'externalisation du consentement transparaît de certains contentieux. La volonté de certaines personnes âgées est transférée au profit des proches. Elle subit une suppléance⁸⁶⁵ plus ou moins imposée par le cercle familial. Dès lors, la volonté des proches prend

⁸⁵⁹ Art. L. 312-1 I 6° CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015, *relative à l'adaptation de la société au vieillissement*, publiée au JORF n° 0301 du 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1.

⁸⁶⁰ Art. L. 342-1 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc.

⁸⁶¹ Art. L. 342-1 al. 2 CASF – préc.

⁸⁶² M. CHARLES *et al.*, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁶³ P. DEVAL *et al.* (dir.), *Guide du droit de la personne âgée*, Ed. Mots composés, Coll. Guide juridique, Paris, 2010, p. 83.

⁸⁶⁴ P. DEVAL *et al.*, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁶⁵ L. MICHEL, *De la "régressivité" de la volonté dans la protection des majeurs*, Thèse de Doctorat de droit privé, Université d'Amiens, 2016, notamment p. 381-430. V. également à ce propos : COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, Assemblée plénière du 16 avril 2015.

progressivement de l'ampleur jusqu'à occulter la volonté de la personne concernée par la décision. Ce phénomène d'externalisation du consentement est extrêmement préoccupant. Il l'est d'autant plus du fait qu'il est très difficile à contrôler — de part de sa nature privée. Différentes études sociologiques avaient pu démontrer l'influence du nombre d'enfants, du sexe des enfants, et de l'aisance financière des enfants sur la probabilité de maintien à domicile ou de placement en établissement⁸⁶⁶. Ces phénomènes peuvent être à l'origine de conflits familiaux importants. Malgré cela, le contentieux ne fait que rarement état de l'imposition du choix du lieux de vie.

278. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Bastia⁸⁶⁷ illustre un certain malaise de l'autorité prétorienne à se prononcer sur la validité d'un contrat d'hébergement conclu par un tiers. En l'espèce, une fille contestait la décision la rendant débitrice d'une obligation d'aliment destinée à financer le placement en EHPAD de sa mère. Le placement avait été décidé et mis en œuvre par le frère de la demanderesse. Celle-ci « *considère que son frère ne pouvait signer le contrat d'hébergement de leur mère à l'EHPAD et en déduit qu'il lui est inopposable. Elle fait observer qu'aucune mesure de protection n'a été mise en place et en déduit que sa mère n'est pas en situation de dépendance. Elle critique le jugement ayant retenu l'état de dépendance au vu des seules déclarations de son frère et considère que les pièces produites en cause d'appel ne prouvent pas la nécessité du placement de sa mère en milieu médicalisé. Elle soutient encore que l'admission de sa mère à l'allocation personnalisée d'autonomie ne justifie pas plus son placement en maison de retraite médicalisée* »⁸⁶⁸. En dépit de la gravité des faits allégués, ni les juges du fond ni les juges d'Appel n'ont estimé avoir à apprécier la validité du contrat d'hébergement contestée.

Le choix du lieu de vie n'est pas uniquement guidé par des contraintes physiques ou intellectuelles. Certaines circonstances matérielles, économiques ou relationnelles, ont une influence⁸⁶⁹. Il n'est pas non plus pertinent de considérer le maintien à domicile comme l'apanage du choix respecté. Le départ du domicile pour l'institution peut se justifier par le biais d'un rapprochement familial, d'un gain en sécurité, pour la proximité des commerces, la quantité et la qualité des services proposés.

⁸⁶⁶ Travaux de D. M. CUTLER et L. SHEINER de 1994 et de J. HEISS de 2003, cités par A. LAFERRÈRE, « Vieillesse et logement : désépargne, adaptation de la consommation et rôle des enfants », *Retraite et société*, La Documentation française, 2006/1, n° 47, p. 83 : « *Empiriquement, CUTLER ET SHEINER (1994) montrent que le nombre d'enfants exerce une influence négative sur la probabilité de vivre en institution. HEISS et al. (2003) mettent en évidence l'impact de la composition par sexe de la fratrie* ».

⁸⁶⁷ CA Bastia, Audience publique, 12 novembre 2014, n° 13/007651.

⁸⁶⁸ CA Bastia – préc.

⁸⁶⁹ LAROQUE, *Op. cit.*, p. 45.

b. Le choix du type d'institution

279. Il existe un panel de modes d'hébergement⁸⁷⁰ pour les personnes âgées. Le choix est orienté par un faisceau de critères parmi lesquels on trouve l'état de santé, la situation familiale et les revenus. Les résidences autonomie (i), EHPAD (ii) et USLD (iii) couvrent une offre d'hébergement où la médicalisation est répartie graduellement.

i. Le choix de vie en résidence autonomie

280. Anciennement dénommées "logements-foyers", les résidences autonomie⁸⁷¹ sont des « ensembles de logements pour les personnes âgées associés à des services collectifs »⁸⁷² ouvert aux personnes autonomes⁸⁷³ à partir de 60 ans⁸⁷⁴. Le choix de vie en résidence autonomie est motivé par un compromis entre l'indépendance, la sécurité, l'accès aux services et le prix du logement. En vertu de l'article L. 313-13 III du Code de l'action sociale et des familles, les résidences autonomie « proposent à leurs résidents des prestations minimales, individuelles ou collectives, qui concourent à la prévention de la perte d'autonomie, définies par décret... » et « facilitent l'accès de leurs résidents à des services d'aide et de soins à domicile »⁸⁷⁵. À ce titre, les résidences autonomies sont soumises à un certain nombre d'obligations réglementaires. Le prix de résidence est relativement modéré pour des raisons de cohérence avec la vocation sociale de la résidence autonomie.

⁸⁷⁰ S. GUENNERY, *L'hébergement de la personne âgée dépendante. Modélisation prospective : exemple de la région Poitou-Charentes*, Thèse de Doctorat en Urbanisme, Environnement et Aménagement du territoire, Conservatoire national des arts et métiers, 2014.

⁸⁷¹ D. n° 2016-96 du 27 mai 2016, relatif aux résidences autonomie et portant diverses dispositions relatives aux établissements sociaux et médico-sociaux pour personnes âgées, publié au JORF n° 0124 du 29 mai 2016, texte n° 16.

⁸⁷² < <http://www.pour-les-personnes-agees.gouv.fr/choisir-un-hebergement/vivre-dans-un-logement-independant-et-beneficier-de-services/les-logements> > [en ligne] [consulté le 13 juin 2017].

⁸⁷³ C'est-à-dire pouvant effectuer des tâches propres à la vie quotidienne. Cf. A.-B. SIMZAC, *Op. cit.*, p. 131.

⁸⁷⁴ Il existe une dérogation pour les personnes handicapées n'ayant pas encore 60 ans : « Dans le cadre d'un projet d'établissement à visée intergénérationnelle, les résidences autonomie peuvent accueillir des personnes handicapées, des étudiants ou des jeunes travailleurs, dans des proportions inférieures à un seuil fixé par décret ». Art. L. 313-12 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – art. 58 (V), préc., et modifié par la L. n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 – art. 89, de financement de la sécurité sociale pour 2017 (1), publiée au JORF n° 0299 du 24 décembre 2016, texte n° 1.

⁸⁷⁵ Art. L. 313-12 CASF, préc.

ii. *Le choix de vie en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes*

281. Institution classique d'accueil des personnes âgées, l'EHPAD ou "maison de retraite médicalisée" propose une structure médicalisée aux personnes âgées de plus de 60 ans « *en situation de perte d'autonomie physique ou psychique* »⁸⁷⁶. Jusqu'à la fin des années 1970, « *les hospices étaient décrits dans la lignée des travaux de GOFFMAN ou de FOUCAULT comme des institutions "totalitaires" ou "disciplinaires"* »⁸⁷⁷. On a en effet, pu leur reprocher une tendance à « *l'uniformisation et l'infantilisation des pensionnaires* »⁸⁷⁸. Aujourd'hui, la maison de retraite souffre toujours de cette réputation. Cette approche négative se justifie à bien des égards, bien qu'elle soit pour majeure partie directement issues par l'état de santé des résidents. Toutefois, l'EHPAD reste le mode le plus abouti de prise en charge physique de la vieillesse. Si l'image de mouvoir lui colle toujours à la peau, on ne peut pas nier les efforts fournis depuis une trentaine d'années. Le défi est certainement un des plus délicats qui soit, et est induit par la nature même de la maison de retraite. La mutualisation de la prise en charge de personnes âgées et dépendantes joue naturellement avec les limites de l'hébergement et du soin médical. L'équilibre nécessaire est le fruit d'un savant mélange entre le besoin de sécurité et de protection d'un côté, et le nécessaire respect des droits et de la volonté des résidents de l'autre.

282. De nombreuses évolutions visent un meilleur respect de l'identité sociale et personnelle de chaque personne âgée vivant en établissement spécialisé. C'est notamment l'objectif soutenu par la mise en place de contrats pluriannuels d'objectifs⁸⁷⁹ qui permettent de fixer pour une durée de cinq ans « *les obligations respectives des parties signataires et prévoit leurs modalités de suivi, notamment sous forme d'indicateurs. Il définit des objectifs en matière d'activité, de qualité de prise en charge, d'accompagnement et d'intervention d'établissements de santé exerçant sous la forme d'hospitalisation à domicile, y compris en matière de soins palliatifs* »⁸⁸⁰. Le fond de ce type de contrats est soumis à un cahier des charges établi par arrêté des ministres chargés des personnes

⁸⁷⁶ < <http://www.ehpad-fr.org/> > [en ligne] [consulté le 14 juin 2017].

⁸⁷⁷ I. MALLON, *Vivre en maison de retraite : le dernier chez soi*, Ed. Presses Universitaires de Rennes, Coll. Le sens social, 2005, p. 15.

⁸⁷⁸ V. CARADEC, *Sociologie de la vieillesse et du vieillissement*, Ed. Armand COLIN, Coll. Domaines et approches, 3ème édition, 2012, p. 81.

⁸⁷⁹ Extrait de l'article L. 313-12 IV A CASF préc. « *La personne physique ou morale qui gère un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes mentionné aux I ou II conclut un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens avec le ou les présidents du conseil départemental et le directeur général de l'agence régionale de santé concernés* ».

⁸⁸⁰ Art. L. 313-12 IV B al 2 CASF préc.

âgées, des collectivités territoriales et de la sécurité sociale⁸⁸¹. Ce même cahier des charges constitue le socle unique sur lequel se fondent les établissements et services sociaux et médico-sociaux pour élaborer leurs projets d'établissement. Il s'agit de définir des objectifs propres, « *notamment en matière de coordination, de coopération et d'évaluation des activités et de la qualité des prestations, ainsi que ses modalités d'organisation et de fonctionnement* »⁸⁸². Ce principe est posé par l'article L. 311-8 du Code de l'action sociale et des familles⁸⁸³.

283. Le choix de l'établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, peut être influencé par le coût de ce type d'hébergement représente. Selon les informations fournies par le gouvernement, le prix médian mensuel pratiqué sur l'ensemble du territoire par les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes est de 1 949 € par mois⁸⁸⁴. Au regard du montant moyen de la pension de droit direct des retraités en France — 1 376 € en 2015 —, l'accès à l'hébergement en EHPAD semble largement inaccessible⁸⁸⁵. Par ailleurs, plus de 50 % des établissements affichent un tarif supérieur à 1 949 € par mois, et 10 % facturent un prix qui dépasse les 2 798 € par mois.

Il est clair que l'installation en EHPAD a une vocation définitive. Il est rare qu'une personne âgée vivant en maison de retraite n'en change ou retourne vivre à son domicile. Malgré cela on peut s'étonner de ne pas trouver de clause relative à la cessation volontaire de résidence dans le règlement intérieur de certains EHPAD⁸⁸⁶, qui n'envisagent expressément que la résiliation pour non-paiement ou la réalisation de contentieux divers comme possibilités de fin de séjour. L'enjeu de la pérennité du consentement n'est que rarement soulevé. Il arrive fréquemment qu'une personne âgée entre en EHPAD pour une période *a priori* limitée — pour faire face à une période de veuvage, d'affaiblissement physique passager ou encore pendant les vacances des proches aidants. Pourtant

⁸⁸¹ Art. L. 313-12 IV B al 4 CASF préc.

⁸⁸² Extrait de l'art. L. 311-8 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – art. 58 (V), préc.

⁸⁸³ Art. L. 311-8 CASF, préc. : « *Pour chaque établissement ou service social ou médico-social, il est élaboré un projet d'établissement ou de service, qui définit ses objectifs [...]. Le cas échéant, ce projet identifie les services de l'établissement ou du service social ou médico-social au sein desquels sont dispensés des soins palliatifs et précise les mesures qui doivent être prises en application des dispositions des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens mentionnés à l'article L. 313-12. Ce projet est établi pour une durée maximale de cinq ans après consultation du conseil de la vie sociale ou, le cas échéant, après mise en oeuvre d'une autre forme de participation* ».

⁸⁸⁴ < <https://www.pour-les-personnes-agees.gouv.fr/actualites/les-prix-2017-des-ehpad-disponibles-sur-le-portail> > [en ligne] [consulté le 28 mars 2018].

⁸⁸⁵ < <http://drees.solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/fiche6-7.pdf> > [en ligne] [consulté le 28 mars 2018].

⁸⁸⁶ Voir à ce propos les règlements intérieurs de l'EHPAD public résidence Dr Paul GACHE aux Angles, Gard ; ou de l'EHPAD privé la maison bleue, Villeneuve, Gard.

il arrive également régulièrement que la personne ne puisse plus quitter l'établissement. Diverses raisons peuvent s'opposer à sa sortie : les enfants pensent leurs parents davantage en sécurité au sein de l'institution ; le logement a été loué ou vendu durant le séjour du résident etc...

iii. *Le choix de vie en unité de soins de longue durée*

284. Les unités de soins de longue durée (USLD) sont « *des structures d'hébergement et de soins dédiées aux personnes âgées de plus de 60 ans* »⁸⁸⁷. Il s'agit du mode d'hébergement proposant les moyens médicaux les plus complets. Véritable structure hospitalière, les USLD s'adressent aux personnes présentant un état de dépendance avancée. La facturation de la résidence en USLD est calquée sur celle de l'EHPAD. Elle comprend un tarif hébergement auquel s'ajoute un tarif dépendance⁸⁸⁸. La personne hébergée peut bénéficier de l'aide sociale à l'hébergement et de l'Allocation personnalisée d'autonomie, en fonction de conditions de ressources des aides au logement⁸⁸⁹. L'article L. 831-1 du Code de la sécurité sociale dispose notamment qu'« *une allocation de logement [...] est versée aux personnes hébergées dans les Unités et centres de long séjour relevant de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970⁸⁹⁰ portant réforme hospitalière* »⁸⁹¹.

2. *Les atteintes au choix de vie*

285. On pourrait aisément penser que les atteintes au choix de vie ne contrarient que les souhaits de maintien au sein d'un logement individuel (a). Il n'en est rien. Les aléas de la relation contractuelle à la base des hébergements en institution peuvent mettre à mal le souhait de rester vivre dans l'institution (b).

⁸⁸⁷ < <http://www.pour-les-personnes-agees.gouv.fr/choisir-un-hebergement/vivre-dans-un-etablissement-medicalise/les-usld-unites-de-soins-de-longue> > [en ligne] [consulté le 13 juin 2017]

⁸⁸⁸ « *Les soins sont pris en charge par l'Assurance maladie et ne sont pas facturés aux résidents* » < <http://www.pour-les-personnes-agees.gouv.fr/choisir-un-hebergement/vivre-dans-un-etablissement-medicalise/les-usld-unites-de-soins-de-longue> > préc.

⁸⁸⁹ L'Allocation de logement sociale est notamment versée sous conditions de ressource aux résidents en établissements d'hébergement pour personnes âgées ainsi que pour les aidants familiaux.

⁸⁹⁰ La L. n° 70-1318 du 31 décembre 1970, *portant réforme hospitalière*, publiée au JORF du 3 janvier 1971, p. 67 est abrogée depuis le 4 janvier 1992.

⁸⁹¹ Art. L. 831-1 CSS, tel que modifié par la L. n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 – art. 140 (v), *de finances pour 2016 (I)*, publiée au JORF n° 0302 du 30 décembre 2015 p. 24614, texte n° 1.

a. Les atteintes au choix de vivre chez soi

286. L'atteinte au choix de vie pose un réel problème lorsqu'il impose le départ du domicile. Cette offense du choix de vie concerne aussi bien la décision de départ du domicile individuel vers un milieu institutionnel, que le choix visant précisément établissement d'hébergement plutôt qu'un autre. Dans le cadre du choix forcé, le contexte familial est important. Les interventions des proches sont multiples. La plupart du temps, cela prend la forme d'un flot constant de conseils visant à déclencher la décision de quitter le domicile. Cette attitude protectrice est fondée sur un élan de bienveillance mais peut revêtir des accents d'acharnement. Les conseils de départ se font alors culpabilisateurs, d'autant plus si la personne âgée en question a commis certains impers au niveau de sa sécurité — une chute par exemple. Alors elle s'expose à un renforcement des injonctions à quitter son domicile. Si la chute a eu lieu au domicile, celui-ci sera pointé du doigt pour son inadaptation et sa dangerosité. Dans d'autres cas, c'est un motif de rapprochement familial qui est invoqué par les proches. Ce fondement doit être considéré comme légitime lorsqu'il émane d'une volonté partagée par la personne âgée. Cependant, d'autres motifs justifient parfois dans la pratique que le choix de la personne soit forcé ou du moins fortement influencé.

L'influence des proches sur le choix de vie d'une personne âgée est un phénomène difficile à appréhender, puisqu'il relève de la sphère privée. Il n'est pas question de soulever un débat dénonciateur et réactionnaire sans fondements. Toutefois, la situation n'est pas à prendre à la légère, bien que la pauvreté de contentieux ne permette pas d'en prouver l'étendue. Le choix qui consiste à quitter son domicile au profit d'un hébergement en institution, ne devrait pas faire totalement obstacle au contrôle du consentement. L'influence exercée par les proches poursuit un but *a priori* désintéressé. Elle n'en demeure pas moins contestable, notamment si la personne âgée hébergée vit mal le changement de son mode de vie. Non seulement, l'affront du placement d'une personne en institution est un acte grave, mais ce n'est qu'un premier pas dans un cercle de mal-être quotidien : « *En amont, un placement contre la volonté des personnes, inadapté à leurs difficultés, participe de la violence institutionnelle* »⁸⁹².

287. Le problème de l'atteinte au choix du lieu de vie ne se pose pas avec la même intensité selon le type d'institution concernée. Les résidences autonomes semblent être les moins touchées par cet enjeu. Le choix de vie en résidence autonomie doit nécessairement revenir au futur résident. Les

⁸⁹² Rapport de synthèse Évaluation du dispositif de lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des personnes handicapées mis en œuvre par les services de l'État dans les établissements sociaux et médico-sociaux, Inspection générale des affaires sociales, 2006, p. 7.

limitations sont ténues étant donné que ce type de logement se destine à un public autonome et indépendant. Les problèmes liés à la prise en compte du consentement se trouvent repoussés en d'autres temps et en d'autres lieux. De leur côté, les USLD font face à un équilibre sensible entre le consentement et le soin. L'impact du choix est réduit à sa plus simple expression en matière d'admission, étant donné que celle-ci fait généralement suite à une hospitalisation classique. Le consentement est guidé impérieusement par l'autorité de la nécessité sanitaire. Il s'agit là « *des situations les plus graves : L'urgence médicale, la nécessité de procurer des soins bien que la personne ne soit pas en risque vital [...] conduisant à des atteintes aux biens et aux personnes* »⁸⁹³ qui nécessitent le déclenchement d'un "arsenal juridique" adapté et proportionné aux enjeux en présence. En dépit de ces deux tempéraments, un format institutionnel d'accueil reste grandement concerné par ces vices de consentement — L'EHPAD. Ces établissements représentent la réponse majeure à l'hébergement des personnes âgées dépendantes. Or, le consentement des personnes hébergées est parfois malmené, et ce malgré le principe de respect du consentement en matière de prise en charge par les établissements et services médico-sociaux énoncé par l'article L. 311-3 du Code de l'action sociale et des familles : « *Une prise en charge et un accompagnement individualisé de qualité [...] respectant son consentement éclairé qui doit systématiquement être recherché lorsque la personne est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. À défaut, le consentement de son représentant légal doit être recherché* »⁸⁹⁴.

288. Madame LAROQUE⁸⁹⁵, alors Présidente de la Fondation Nationale de Gérontologie écrivait à propos de la liberté de choix du domicile : « *On sait que l'épuisement des aidants familiaux ou les difficultés d'organisation suffisante des aides professionnelles sont un facteur essentiel de 'placement'. [...] Certes, de plus en plus, la signature de l'impétrant (volontaire ou non) est sollicitée lors de la demande de place et exigée lors de la conclusion du contrat. Cependant, on sait bien que ces personnes âgées, presque toujours fragilisées d'une manière ou d'une autre, cèdent beaucoup à l' "amicale pression de leur entourage"* »⁸⁹⁶. Le constat est dressé. Les moyens légaux visant à s'assurer de la volonté individuelle à vivre en institution ne font pas le poids face à l'influence des proches. En dépit d'un formalisme individualisé pour tout contrat d'hébergement,

⁸⁹³ P. DEVAL *et al.*, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁹⁴ Art. L. 311-3 3° CASF tel que modifié par la L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002 - art. 4 – art. 7, *renovant l'action sociale et médico-sociale*, publiée au JORF du 3 janvier 2002, p. 124, texte n° 2.

⁸⁹⁵ Madame Geneviève LAROQUE.

⁸⁹⁶ G. LAROQUE, « Le libre choix du lieu de vie : une utopie nécessaire », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2009/4, n° 131, p. 46-47

de nombreuses personnes âgées finissent par répondre aux incitations de leurs proches⁸⁹⁷ en acceptant le contrat de résidence.

289. Le phénomène consistant pour une personne âgée à céder aux conseils de ses proches témoigne de l'affaiblissement de la prise en compte du consentement en fonction de l'âge. La personne « finit par accepter d'être placée en institution ». L'expression d'un tel consentement n'a de consentement que le nom, dans le sens où il ne reflète, ni une quelconque volonté directe — sauf peut-être celle de faire plaisir aux proches — ni une initiative personnelle. La personne accepte que l'on consente pour elle. Malgré ce jeu de langage, l'expression de la volonté se trouve disséquée entre l'intéressé qui consent sans volonté d'un côté et l'entourage qui n'a pas à consentir mais qui impose sa volonté de l'autre. Plusieurs études témoignent de cet état de fait et distinguent plusieurs situations dans lesquelles la personne âgée occupe une place plus ou moins active dans le processus de décision : « *La décision d'entrée en institution est l'objet de négociations familiales entre valeurs auxquelles les membres se réfèrent et les contingences du soutien à domicile. La vieille personne y prend part mais elle n'y tient cependant pas le rôle principal* »⁸⁹⁸ ou encore le cas de « l'alliance famille-professionnels » ou « *l'entrée en maison de retraite 'légitimée'*. Dans ce type de situation, la personne âgée ne tient pas un rôle actif dans le processus de décision »⁸⁹⁹. Le terme d'abdication — de la racine latine *ab* qui signifie « sans » et *dicée* qui signifie parler — n'a jamais été aussi bien porté qu'en ces moments-là.

290. D'un point de vue technique, la situation est celle d'une relation contractuelle, dont le consentement de l'une des parties — le futur résident — est influencé par un tiers au contrat. Le vice du consentement de la personne âgée hébergée relèverait donc d'une forme de violence morale exercée par un tiers au contrat d'hébergement. La spécificité de la situation laisse envisager les difficultés de lutte contre les externalisations de consentement en matière de contrats d'hébergement

⁸⁹⁷ M. BILLÉ, « Vieillir : les paradoxes de l'abdication », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2009/4, n° 131, p. 151 : « *N'est-elle pas là, l'élégance, la beauté du grand vieillard qui effectue ce pas de côté, qui accepte la vie plus qu'il ne la décide ou ne la programme... Il s'est progressivement défait des artifices, tout s'est réduit chez lui, son corps, son poids, sa taille, ses forces, ses performances... Seule reste entière sa liberté d'accepter librement ce qu'il ne peut pas éviter... Comme si, au sommet de sa vie, la seule manière d'atteindre l'absolu était de renoncer au pouvoir. L'entrée en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes s'effectue, reconnaissons-le, bien souvent sur cette base. La personne concernée y a pensé, l'a redouté, l'a refusé, l'a vu venir... Elle a tout fait pour que ça ne se produise pas et, un jour, souvent sous la pression d'un entourage prétendument protecteur et bien traitant, elle cède, elle lâche, elle renonce, elle se soumet... Elle choisit que quelqu'un choisisse pour elle, elle choisit ce qu'elle refuse, elle décide de ne pas décider* ».

⁸⁹⁸ J. MANTOVANI, Ch. ROLLAND, S. ANDRIEU, *Étude sociologique sur les conditions d'entrée en institution des personnes âgées et les limites du maintien à domicile*. Synthèse, Institut national de la santé et de la recherche médicale (Unité de recherche U558), Observatoire régional de la Santé de Midi-Pyrénées, 2007, p. 4-5.

⁸⁹⁹ J. MANTOVANI *Op. cit.*, *loc. cit.*

pour personnes âgées dépendantes. Les solutions envisageables ne sont pas extrêmement nombreuses. Le but recherché est trop spécifique pour pouvoir correspondre aux intérêts traditionnellement recherchés en matière de vice du consentement. L'influence exercée par les proches est *a priori* guidée par le seul intérêt de la personne âgée concernée. Cependant, si la vie en institution présente des garanties certaines en matière de prise en charge des soins et de la sécurité des résidents, elle ne correspond pas forcément aux désirs individuels. Le mode de vie ne devrait pas être imposé à une personne, pour la seule raison qu'elle est affaiblie par son âge.

Face à ce constat, la première approche devrait conduire au renforcement du formalisme qui régit le processus d'entrée en institution. La signature du futur résident, n'est pas suffisante pour garantir son plein consentement. La procédure pourrait évoluer dans le sens des formalités exigées pour certains contrats — en matière de cautionnement par exemple. Par ailleurs, les proches de tout nouveau résident devraient être informés de l'importance du choix individuel en matière de lieu et de mode de vie. Ces évolutions juridiques devraient être relayées par des efforts politiques. Pour prendre le tournant de la transition démographique, le rapport au consentement individuel doit évoluer en faveur d'une stabilisation. La vieillesse ne doit en aucun cas être le théâtre d'un amoindrissement du consentement individuel. La question du choix de vie est laissée à la discrétion de chacun depuis l'âge de la majorité. Il n'y a aucune raison, à ce qu'un majeur capable juridiquement se voit imposer un lieu ou un rythme de vie qui ne lui convient pas.

b. Les atteintes au choix de vivre en EHPAD

291. Le souhait d'un maintien au sein d'une maison de retraite fut exprimé d'une façon pour le moins originale devant la Cour européenne des droits de l'Homme — arrêt WATTS contre Royaume-Uni, 4 mai 2010⁹⁰⁰. La requérante était âgée de 106 ans. Elle résidait depuis plusieurs années dans un établissement d'accueil public qui devait être fermé pour des raisons budgétaires et s'opposait à son transfèrement vers un établissement privé. Selon elle, une telle modification de son quotidien risquait de réduire de 25 % son espérance de vie. Cette argumentation ne fut pas accueillie par le Cour qui a déclaré la requête irrecevable : « *Eu égard aux choix opérationnels auxquels doivent procéder les autorités locales s'agissant de la mise à disposition d'établissements de soins pour les personnes âgées, à la planification rigoureuse et aux mesures prises en l'espèce afin de minimiser tout risque pour la vie de la requérante, la Cour a estimé que les autorités avaient*

⁹⁰⁰ CEDH, Arrêt WATTS c. R.U, 4 mai 2010, requête n° 53586/09.

respecté l'obligation positive leur incombant au titre de l'article 2 (droit à la vie) de la Convention »⁹⁰¹. La volonté d'une personne âgée d'être maintenue au sein de l'établissement qui l'accueille n'est donc pas absolue.

292. Ce contentieux a permis de mettre en lumière une des facettes d'une réalité plus vaste encore. Les personnes hébergées en établissement spécialisé subissent parfois la précarité du lien qui les relie à leur lieu de vie. En effet, de nature contractuelle, le contrat d'hébergement est marqué d'un aléa commun. « *Il est parfois mis fin au contrat d'hébergement dans des conditions très difficiles à vivre, avec une facilité scandaleuse* »⁹⁰². Ces situations sont encore trop peu dénoncées.

B. LE QUOTIDIEN EN INSTITUTION

293. L'étape d'entrée en institution — lorsqu'elle résulte d'une volonté propre du moins — ne supprime aucun des droits et libertés de la personne âgée. Néanmoins, pour les besoins de la vie en communauté, certaines atteintes peuvent survenir dans ce cadre de vie si particulier.

Le législateur a organisé la protection du quotidien des personnes en institution ainsi que le respect de leurs droits (1). Pourtant certaines libertés font l'objet d'un compromis entre les obligations de protection et l'objectif de sécurité pesant sur les établissements (2).

1. Le respect de la personne âgée en institution

294. L'article L. 311-3 du Code de l'action sociale et des familles⁹⁰³, garantit le respect des droits et libertés individuels « *à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux* »⁹⁰⁴. Les principes de respect de la dignité, d'intégrité, de vie privée, d'intimité, de sécurité sont visés, ainsi qu'une « *prise en charge et un accompagnement individualisé de qualité favorisant son développement, son autonomie et son insertion, adaptés à son âge et à ses*

⁹⁰¹ CEDH, fiche thématique : les personnes âgées et la CEDH, [en ligne] [consulté le 7 mai 2018] < https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Elderly_FRA.pdf >.

⁹⁰² A. EVRAD, Fl. FRESNEL, « Droit des personnes âgées. Le retard de la France », *Études*, S.E.R. éditions, 2016/11, p. 44.

⁹⁰³ Tel que modifié par la L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002, préc., ayant notamment porté création de l' Art. L. 116-1 CASF : « *L'action sociale et médico-sociale tend à promouvoir, dans un cadre interministériel, l'autonomie et la protection des personnes, la cohésion sociale, l'exercice de la citoyenneté, à prévenir les exclusions et à en corriger les effets. Elle repose sur une évaluation continue des besoins et des attentes des membres de tous les groupes sociaux, en particulier des personnes handicapées et des personnes âgées...* ».

⁹⁰⁴ Extrait de l'Art. L. 311-3 al 1 CASF tel que modifié par la L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002 préc., - art. 4 et 7.

besoins »⁹⁰⁵. La garantie de l'exercice effectif des droits de l'individu au sein de l'établissement est censée être assurée par la remise d'un livret d'accueil au résident ou à son représentant légal. Ce livret est expressément visé à l'article L. 311-4 du même Code⁹⁰⁶, et doit comporter en annexe un exemplaire de la charte des droits et libertés de la personne accueillie, ainsi que le règlement de fonctionnement de l'établissement. L'article L. 311-5 suivant⁹⁰⁷ tend à assoir davantage l'effectivité des droits en consacrant la faculté de faire appel à une personne qualifiée choisie sur une liste établie par le représentant de l'État à l'échelon départemental. Malgré cela, de nombreuses atteintes sévissent au sein de ces établissements⁹⁰⁸.

295. Des voix s'élèvent à l'encontre du contrôle appliqué à la question de la maltraitance en institution : « *Concernant la maltraitance physique, les nombreuses plaintes font apparaître que le contrôle institutionnel - notamment celui des Agences Régionales de Santé – reste insuffisant et qu'il existe des espaces qui peuvent échapper à la vigilance des responsables* »⁹⁰⁹. Certaines dérives surviennent de façon insidieuse. À l'occasion d'un rapport de synthèse d'évaluation du dispositif de lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des personnes handicapées mis en œuvre par les services de l'État dans les établissements sociaux et médicaux sociaux⁹¹⁰, les membres de l'Inspection générale des affaires sociales retenaient une définition large de la notion de maltraitance en institution : « *La maltraitance individuelle en institution peut viser des actes commis par les usagers entre eux, ou par des professionnels ou par des intervenants extérieurs à l'égard des usagers. La maltraitance est qualifiée d'institutionnelle si l'institution laisse les faits perdurer ou se reproduire...* »⁹¹¹.

Les atteintes découlent pour la plupart de la relation professionnelle existant entre le personnel des établissements ou liés à l'établissement et les résidents. Il s'agit d'un risque lié à la nature propre à tout emploi d'aide à la personne. Ce risque est amplifié par les difficultés soulevées par la

⁹⁰⁵ Extrait de l'Art. L. 311-3 3° CASF – préc.

⁹⁰⁶ L. 311-4 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – art. 27., préc.

⁹⁰⁷ Art. L. 311-5 CASF, tel que modifié par la L. n° 2013-403 du 17 mai 2013 – art. 1 (V), relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral (1), publiée au JORF n° 0114 du 18 mai 2013, p. 8242, texte n° 2.

⁹⁰⁸ A.-L. PISSONDES, « Maltraitance des personnes âgées, un devoir d'intervention », Professions Santé Infirmier Infirmière, EDIMARK, 2001, n° 30, p. 43 : « *Les personnels administratifs, sociaux et soignants sont impliqués dans 19,6 % des cas [de maltraitance]* ».

⁹⁰⁹ CNCDH, Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées, *Op. cit.*, p. 2.

⁹¹⁰ Rapport de synthèse Évaluation du dispositif de lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des personnes handicapées mis en œuvre par les services de l'État dans les établissements sociaux et médico-sociaux, *Op. cit.*, p. 5-10.

⁹¹¹ Rapport de synthèse, *Op. cit.*, p. 6.

dépendance des résidents, ainsi que dans l'hypothèse où l'institution d'hébergement choisie n'est pas adaptée aux besoins du résident. « *L'admission ou le maintien de personnes dépendantes dans un établissement inapte à les recevoir est un facteur important de risque de maltraitance* »⁹¹². Plus encore que l'adéquation entre le type d'établissement et les besoins de la personne, les conditions de travail octroyées aux professionnels sont déterminantes⁹¹³ pour éviter de nombreuses situations de maltraitance. Certains témoignages sont particulièrement éclairants quant au lien entre la maltraitance en institution et les conditions de travail du personnel⁹¹⁴. Le personnel en sous-effectif est régulièrement pointé du doigt. Il est impératif d'organiser un contrôle régulier et efficient de la qualité des soins dispensés au sein des établissements d'accueil des personnes âgées. Certaines pratiques doivent impérativement être éradiquées du milieu professionnel en lien avec les personnes âgées dépendantes — les punitions par exemple⁹¹⁵.

2. La régulation de la liberté d'aller et venir en institution

296. La liberté d'aller et venir « *figure indéniablement au tout premier rang des droits et libertés fondamentaux de la personne* »⁹¹⁶. Les établissements assurant l'hébergement des personnes âgées sont confrontés à un enjeu de taille, à savoir concilier le respect des droits et libertés de leurs résidents et leur sécurité. Le droit à la sécurité et la liberté d'aller et venir s'affrontent au sein du cadre unique de l'établissement d'hébergement. À ce propos la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a eu l'occasion de rappeler l'équilibre entre ces deux valeurs « *l'article L. 311-3 dudit code [Code de*

⁹¹² Rapport de synthèse, *Op. cit.*, p. 7 : « *Le placement inadapté peut également avoir pour conséquence l'accueil de populations hétérogènes dans un établissement et être à l'origine de difficultés de fonctionnement* ».

⁹¹³ Charte des droits et libertés des personnes âgées dépendantes, Fondation nationale de gérontologie, 1987, art. 10 : « *Les soins que requiert une personne âgée dépendante doivent être dispensés par des intervenants formés, en nombre suffisant* ».

⁹¹⁴ M. BAUER, « Le respect de la personne âgée dépendante en institution », VST – Vie sociale et traitement, ERES, 2005/2, n° 86, p. 117 : « *Après le repas de midi, les AS et ASH amenaient les personnes âgées aux toilettes. Ce passage était obligatoire, c'est-à-dire que le personnel ne demandait pas à la personne si elle ressentait le besoin d'aller aux WC [...]. Il y avait alors une dame âgée, je pense de plus de 70 ans, dépendante et démente, dans un fauteuil roulant où elle était attachée par une ceinture abdominale de contention. L'ASH venait de finir de lui donner à manger ; elle avait plus de 20 ans de carrière dans le même établissement. J'ai donc été témoin de cette scène : cette ASH, exerçant donc une fonction d'AS, assied la dame en question sur les toilettes. Elle attend un moment, moins de cinq minutes en tout cas, puis lui dit : "dépêche-toi de pisser la vieille !" La personne âgée n'a pas réagi, n'a pas uriné, et l'ASH lui a remis sa protection et l'a réinstallée sur son fauteuil pour la conduire à la sieste. Ses gestes étaient très rapides, très saccadés aussi* ».

⁹¹⁵ CNC DH, *Op. cit.*, loc. cit. : « *Il est nécessaire de résoudre la question des punitions qui peuvent être prises par le personnel à l'encontre d'un résident car ce phénomène est inacceptable* ».

⁹¹⁶ F. VIALLA, Liberté d'aller et venir in F. VIALLA (dir) et al., Les grandes décisions du droit médical, Ed. LGDJ, 2^{ème} édition, 2014, p. 294-264 : « *Élément essentiel de nos existences, "se mouvoir, stationner et séjourner font partie intégrante de ses — celles de la personne humaine — fonctions vitales". Assurément cette liberté "inhérente à la personne humaine" a des contours juridiques qui demeurent pluriels et son contenu est souvent délicat à cerner* ». V. également : L. FERMAUD, « La garantie des droits des personnes âgées dépendantes », RDF A, Dalloz édition, 2016, p. 720.

l'action sociale et des familles] qui dispose que *l'exercice des droits et libertés individuels est garanti à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux, que lui sont assurés le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité et de sa sécurité. Si ce texte impose à l'établissement une obligation de sécurité, il ne peut s'agir d'une obligation de résultat qui serait inconciliable avec le respect de la liberté d'aller et de venir qui est posé parallèlement ; seule une obligation de vigilance de moyens lui incombe qui doit s'apprécier au regard du comportement antérieur du résident et de la connaissance de ce comportement par l'établissement* »⁹¹⁷. Comme le dit si justement Monsieur François VIALLA : « *La question de l'arbitrage du juste équilibre entre sécurité et autonomie se pose donc avec acuité* »⁹¹⁸. Alors que certaines libertés sont mieux accueillies aujourd'hui — possibilité d'aménager⁹¹⁹ succinctement la chambre —, d'autres en revanche sont toujours au centre du débat.

297. Aux côtés du respect du consentement, la liberté d'aller et venir constitue une charnière sensible entre les droits fondamentaux et l'objectif de protection⁹²⁰. L'enjeu est largement reconnu mais reste difficilement traité. Le décret n° 2016-1743 du 15 décembre 2016⁹²¹ fixe les jalons du respect des libertés de la personne âgée en institution, à travers l'*instrumentum* du contrat de séjour. Le texte vise expressément le public des personnes âgées résidant⁹²² en établissement⁹²³

⁹¹⁷ CA Aix-en-Provence, 10^{ème} chambre, 15 février 2012, n° 09/04252.

⁹¹⁸ F. VIALLA, « Accueil des personnes âgées en EHPAD : entre liberté et sécurité. Ambivalence mais non ambiguïté du discours juridique », *Médecine & Droit*, ELSEVIER MASSON, Rubrique Droit civil, 2014, p. 109-115.

⁹¹⁹ K. CHARRAS, F. CÉRÈSE, « Être « chez-soi » en EHPAD : domestiquer l'institution », *Gérontologie et société*, CNAV, 2017/1, vol. 39, n° 152, p. 169-183.

⁹²⁰ C. LACOUR, L. LECHEVALIER HURARD, « Restreindre la liberté d'aller et venir des personnes âgées ? L'épineuse question de la capacité à consentir des personnes atteintes de troubles cognitifs », *RDSS*, Dalloz édition, 2015, p. 983 : « *La régulation des pratiques contraignantes de soins se fait historiquement sous l'emprise de deux principes juridiques : celui de la liberté d'aller et venir et celui du consentement, consacrés tous deux dès 1789 dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et qui, constitutionnels, constituent une norme juridique de haut rang. Ces deux principes se déclinent progressivement dans les règles administratives et civiles encadrant les pratiques professionnelles en matière de soins, d'hébergement et d'accompagnement sanitaire et médico-social* ».

⁹²¹ D. n° 2016-1743 du 15 décembre 2016 – préc.

⁹²² Le décret a vocation à s'appliquer directement aux contrats de séjours conclus postérieurement au 1^{er} janvier 2017. Ceux conclus antérieurement à cette date ont dû être complétés par mise en œuvre de l'annexe prévue par l'art. L. 311-4-1 CASF.

⁹²³ Établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, établissement d'hébergement pour personnes âgées, petites unités de vie, résidences autonomes. Art. L. 312-1 I, 6° CASF tel que visé par le D. n° 2016-1743 du 15 décembre 2016, préc., – art 5 I, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 47, 48 et 65 ; En outre l'art. R. 311-0-5 CASF complète ce panel en mentionnant les établissements énumérés par l'art. L. 342-1 du même Code. En outre, l'article précise *in fine* que ces établissements ne peuvent procéder à l'hébergement d'une personne âgée sans avoir préalablement conclu avec elle (ou son représentant légal) un contrat écrit. Extraits de l'art. L. 342-1 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 12.

indépendamment⁹²⁴ de leur état de dépendance ou d'autonomie. « *Au cours des dix dernières années, les pouvoirs publics et les professionnels du secteur gérontologique se sont mobilisés dans plusieurs arènes de débat pour discuter de la nécessité d'encadrer les pratiques restrictives de liberté* »⁹²⁵. L'objectif de protection qui est assumé par les établissements d'hébergement est le relai du droit à la sécurité tel que garanti par l'article L. 311-3 I du Code de l'action sociale et des familles. Pourtant, comme le fait remarquer le Contrôleur général des lieux de privation de liberté : « *Il est bien clair que bien des personnes âgées ou très âgées ne sont pas autorisées à sortir de leur hébergement, parce que, sans capacités suffisantes, elles prendraient trop de risques à s'éloigner* »⁹²⁶. L'article L. 311-4-1 du Code de l'action sociale et des familles⁹²⁷ introduit une mesure individuelle pouvant être adjointe⁹²⁸ au contrat de séjour de la personne âgée au sein de l'établissement d'hébergement. Cet acte juridique permet de définir les contours d'exercice de la liberté d'aller et venir, de l'intégrité physique ainsi que de la sécurité du futur résident. Les modalités d'exercice à suivre sont prévues⁹²⁹ en annexe⁹³⁰ au même Code. Cependant, le texte s'oriente assez naturellement — eu égard à son usage à vocation professionnelle — autour de la délimitation des besoins⁹³¹ du résident, plutôt qu'autour de ses désirs. Le soin de l'évaluation est confié au médecin coordinateur ou à défaut du médecin traitant avec le concours de l'équipe médico-sociale de l'établissement.

298. De son côté, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté⁹³² a frappé un grand coup en considérant les EHPAD comme relevant potentiellement de son champ d'étude. « *Une*

⁹²⁴ Le décret vise les personnes âgées en général.

⁹²⁵ C. LACOUR, *et al.*, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁹²⁶ CONTRÔLEUR GÉNÉRAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTÉ, *Rapport annuel d'activité*, 2012, Dalloz édition, p. 293.

⁹²⁷ Art. L. 311-4-1 tel que créé par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – art. 27.

⁹²⁸ Le signataire du contrat de séjour — à savoir la personne âgée elle-même ou son représentant légal — bénéficie d'un droit de rétractation. Ce droit devient caduc lors de la survenance d'un terme fixé à 15 jours suivant soit la signature de l'acte, soit l'admission de la personne au sein de l'établissement. *V. à ce propos* : art. L. 311-4-1 II – préc., à défaut de rétractation, la résiliation du contrat peut être réclamée dans les conditions prévues au III de l'article.

⁹²⁹ Art. R. 311-0-6 CASF, tel que créé par le D. n° 2016-1743 du 15 décembre 2016, *relatif à l'annexe au contrat de séjour dans les établissements d'hébergement sociaux et médico-sociaux pour personnes âgées*, publié au JORF n° 0293 du 17 décembre 2016, texte n° 18.

⁹³⁰ Annexe 3-9-1 CASF, tel que créé par le D. n° 2016-1743 du 15 décembre 2016, préc.

⁹³¹ Annexe 3-9-1 CASF – préc.

⁹³² F. VIALLA, *Op. cit.*, p. 111 : « *En revanche la question de l'opportunité de l'élargissement de la compétence du CGLPL au contrôle des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) n'a pas fait l'objet d'une suite positive. Mais les contacts noués par le contrôle général avec les associations professionnelles oeuvrant dans ce secteur montrent que cette problématique reste toujours d'actualité et devra faire l'objet de réflexions ultérieures* ». *V. également* : CONTRÔLEUR GÉNÉRAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTÉ, *Rapport annuel d'activité 2014*, Dalloz édition, 2014, p. 38 : « *On se rappellera que le Contrôleur Général des lieux Privatifs de Liberté (CGLPL) a considéré que les EHPAD sont de fait sinon de droit, des lieux privatifs de liberté* »

*population importante dont les risques d'atteinte aux droits fondamentaux ne sont pas minces : ce sont les personnes âgées placées en établissements d'hébergement, en particulier les EHPAD »*⁹³³. Néanmoins, la difficulté d'appréhension ainsi que l'ampleur du problème soulevé sont mises en avant. En théorie, il n'y a pas d'interdiction d'aller et venir dans les établissements de personnes âgées⁹³⁴. Le contexte de séjour ajoute à cette situation : « *Certaines y restent d'ailleurs pour des durées de quelques semaines, notamment au moment des vacances »*⁹³⁵. Cette remarque soulève un phénomène concernant un nombre plus conséquent de personnes. En effet, le témoignage de membres du personnel en EHPAD révèle que le nombre d'entrées augmente sans commune mesure durant les vacances — cela témoigne du relâchement du soutien familial durant ces périodes. Contrairement à ce que laisse entendre le rapport, seule une extrême minorité de personnes "rentrent chez elles" après un court séjour⁹³⁶.

299. L'absence d'interdiction officielle tombe parfaitement lorsque le problème est abordé sous l'angle des altérations cognitives dont souffrent certains résidents. « *On constate des restrictions à la liberté d'aller et venir des personnes dont les fonctions cognitives sont jugées altérées, qui se justifient à la condition qu'elles soient consenties par les personnes qui les subissent »*⁹³⁷ — cela vaut notamment pour les personnes atteintes par la maladie d'ALZHEIMER. Les établissements d'hébergement et de soins sont débiteurs d'une obligation de sécurité à l'égard de leurs pensionnaires. Dans un arrêt rendu par la CEDH le 17 janvier 2008, DODOV contre Bulgarie⁹³⁸, la Cour a conclu à la violation de l'article 2 de la convention — relatif au droit à la vie —, par la maison de retraite qui n'avait pas suffisamment pris de précaution pour éviter la fuite d'une pensionnaire. « *Il y avait par ailleurs un lien direct entre le défaut de surveillance de l'intéressée – malgré les instructions selon lesquelles il ne fallait jamais la laisser seule – et sa disparition »*⁹³⁹. Un dernier élément abordé par le rapport annuel d'activité du Contrôleur général des lieux de privation de liberté tient au doute exprimé quant à la réalité de la privation de liberté. Ce doute est fondé sur l'absence proclamée d'obstacles à l'entrée ou à la sortie de l'établissement⁹⁴⁰. Plusieurs précisions sont nécessaires à ce propos. D'abord de nombreux établissements sécurisent leurs accès

⁹³³ CONTRÔLEUR GÉNÉRAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTÉ, *Rapport annuel d'activité 2012*, Dalloz édition, 2012, p. 291.

⁹³⁴ CONTRÔLEUR GÉNÉRAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTÉ, *Op. cit., loc. cit.*

⁹³⁵ CONTRÔLEUR GÉNÉRAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTÉ, *Op. cit.*, p. 292.

⁹³⁶ Les EHPAD ne sont pas des centres de vacances pour personnes âgées dépendantes mais répondent majoritairement à une demande d'hébergement régulier.

⁹³⁷ C. LACOUR *et al.*, *Op. cit., loc. cit.*

⁹³⁸ CEDH, Arrêt DODOV c. Bulgarie, 17 janvier 2008, requête n° 59548/00.

⁹³⁹ CEDH, fiche thématique : les personnes âgées et la CEDH, [en ligne] [consulté le 7 mai 2018] < https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Elderly_FRA.pdf >.

⁹⁴⁰ Rapport annuel d'activité 2012, *Op. cit., loc. cit.* « *Les lieux en cause ne connaissent ni obstacles à l'entrée, ni empêchement à la sortie »*.

pour la sécurité des résidents les plus dépendants. Enfin le réel enjeu n'est peut-être pas celui de pouvoir entrer ou sortir de l'EHPAD mais bien de pouvoir circuler librement au sein de la structure et d'organiser son quotidien à loisir.

SECTION II

LE MODÈLE DE PROTECTION COMMUNE DE LA PERSONNE ÂGÉE : L'ÉQUILIBRE RECHERCHÉ ENTRE ÉGALITÉ ET PROTECTION

300. La protection de l'âge et de ses sujets occupe une place ambivalente au sein de la société et du droit positif. La vieillesse est parfois reconnue comme une justification appelant une protection spécifique, tandis qu'à d'autres moments elle est quasiment niée. Alors l'âge est relégué au rang de critère quelconque parmi d'autres. On parle plus volontiers d'abus de vulnérabilité liée à l'âge que d'abus fondé sur l'âge. « *La période contemporaine semble d'ailleurs favorable à des définitions de l'abus envisagé dans la relation auteur-victime* »⁹⁴¹. C'est là que le bât blesse. L'âge est d'avantage conçu comme un facteur non autonome de risque que comme critère en soi. Il occupe une multitude de places, tant sous la lettre du législateur que sous celle des juges. Le refus de faire de l'âge un critère autonome de protection est placé sur une brèche. Dans de nombreux cas, l'âge avancé est traité sous couvert du même raisonnement que celui qui est tenu au profit des mineurs. Pourtant les personnes âgées ne bénéficient pas d'une protection généralisée comme celle accordée au début de la vie. Cela témoigne de la conception sociétale contemporaine du déroulement de la vie. Celle-ci est conçue comme une dynamique ascendante.

Une protection différenciée des mineurs et des personnes âgées par rapport au reste des adultes impliquerait une dynamique circulaire. La présence clairesmée et spécialisée du critère de l'âge au sein du corpus normatif est complétée au niveau contentieux. Ces moyens mis à disposition pour la protection commune de la personne âgée (PARAGRAPHE 1) sont insuffisants pour lutter efficacement contre les atteintes portées aux personnes âgées (PARAGRAPHE 2).

⁹⁴¹ E. FORTIS, « La lutte contre l'abus de dépendance des personnes âgées », *RDSS*, Dalloz édition, 1992, p. 481.

PARAGRAPHE 1

LES MOYENS DE LA PROTECTION COMMUNE DE LA PERSONNE ÂGÉE

301. La notion d'âge est de nature complexe. En tant que critère biologique objectif il emporte des conséquences juridiques multiples et s'avère utile pour étendre ou restreindre le champ d'application *ratione materiae* des normes qui le justifient. Il s'agit en effet d'identifier *les* âges qui nécessitent une application spécifique de la règle de droit ou bien la création d'une règle de droit spécifique. L'âge représente déjà un fondement de la protection jurisprudentielle (I), permettant de sanctionner certaines des atteintes portées à l'encontre des personnes âgées (II).

I. LE CRITÈRE DE L'ÂGE DANS LA JURISPRUDENCE

302. Juridiquement, l'âge n'est pas cantonné à la nature de critère biologique. Il est mobilisé en tant que curseur et permet de distinguer certaines valeurs sociales à protéger à travers lui (A). Le législateur intervient ponctuellement pour assoir la protection fondée sur l'âge (B) mais reste frileux à une reconnaissance générale et indépendante.

A. LES MANIFESTATIONS DU CRITÈRE DE L'ÂGE DANS LA JURISPRUDENCE

303. La mobilisation du critère de l'âge vise les extrémités de la vie. Alors que la jeunesse bénéficie d'une protection globale, le constat est plus nuancé de l'autre côté de la vie. Si l'existence du critère de l'âge en soi ne fait aucun doute (1), il reste soumis à une approche circonstanciée et relative (2), et est parfois apprécié comme un critère d'aggravation de la peine (3).

1. La présence per se du critère de l'âge

304. La protection de l'âge, en tant que telle, n'existe pas. C'est vrai en matière d'incapacité juridique, ça l'est également en dehors, lorsque la capacité est préservée⁹⁴². La complexité de la réalité soulève de nombreux questionnements qui restent encore sans réponse. « *Est-il imaginable d'envisager des droits spécifiques selon une segmentation par âges, ou s'agit-il tout simplement "d'assurer la protection des plus faibles quelle que soit l'origine de cette faiblesse" ?* » interrogeait Maryvonne LYAZID il y a plus de dix ans⁹⁴³. Une segmentation de l'application de la règle de droit

⁹⁴² V. à ce propos : J. HAUSER, « La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes », *RDSS*, Dalloz édition, 1992, p. 467.

⁹⁴³ M. LYAZID, « Le vieillissement pose-t-il la question du droit ? » *Les Tribunes de la santé*, 2005/2, n° 7, p. 81

par tranche d'âge existe déjà, et est largement admise notamment pour réguler le *corpus* juridique reconnu aux mineurs. Ce consensus n'est pas reconnu pour le reste de l'existence. Le droit civil comme le droit pénal n'envisagent pas l'âge comme un "cause de protection"⁹⁴⁴. La doctrine majoritaire se félicite de cet état de fait. Néanmoins, envisager une prise en compte de l'âge avancé comme cause de protection ne reviendrait pas à placer toutes les personnes âgées sous le sceau de l'incapacité.

305. On trouve malgré tout un certain nombre de seuils d'âge dans de nombreuses disciplines. Ces dérogations sont admises du fait de leur nature modératrice. Elles permettent de restreindre le champ d'application d'une norme, et de l'"adresser" à un public spécifique. De cette façon, la règle de droit se place au plus proche de la valeur sociale qu'elle tend à protéger. L'âge est alors envisagé de manière originale. Il permet parfois de considérer plus gravement une commise ou bien de qualifier de fautif un acte qui ne le serait pas dans d'autres conditions — le démarchage à domicile par exemple.

D'une manière générale, le critère de l'âge n'est pas apprécié seul. Il est considéré en assortiment de l'état de vulnérabilité. Or, celle-ci n'est ni l'apanage de la vieillesse, ni la vieillesse celui de la vulnérabilité. La notion recouvre un ensemble plus large que les seules personnes âgées : Les femmes enceintes, les mineurs, les personnes atteintes de déficiences...⁹⁴⁵. Néanmoins, la personne âgée n'est pas uniquement intégrée dans ces maelstroms de protection. C'est ainsi que l'on trouve également une panoplie pénale pro-personne âgée. Cet arsenal juridique vise la personne âgée en situation de dépendance — alors même que ce sujet n'existe pas⁹⁴⁶, étant donné que la personne âgée dépendante est censée être protégée par le mécanisme de protection des majeurs. La logique suivie par la matière pénale est résolument plus large et protectrice que celle de la matière civile. Au civil, la protection doit nécessairement être déclenchée par la personne ayant subi une atteinte, alors que le processus de protection peut être enclenché par l'initiative d'un tiers au pénal⁹⁴⁷.

⁹⁴⁴ P. DEVAL, *et al* (dir.), *Guide du droit de la personne âgée*, Ed. Mots composés, Coll. Guide juridique, Paris, 2010, p. 37.

⁹⁴⁵ P. DEVAL, *Op. cit.*, *loc. cit.* : « Le code pénal n'envisage pas les personnes âgées comme une catégorie qu'il convient tout particulièrement de protéger. Elles sont intégrées dans un ensemble plus vaste : celui des personnes d'une « particulière vulnérabilité ». Elles y retrouvent les mineurs, les personnes dont la vulnérabilité est due à la maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse ».

⁹⁴⁶ J. HAUSER, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁹⁴⁷ P. DEVAL, *Op. cit.*, *loc. cit.*

2. *L'existence circonstanciée de la protection fondée sur l'âge*

306. La particularité du critère de l'âge avancé en tant que fondement de protection tient au fait que l'idée même de son existence en soi n'est pas établie de façon systématique. Cette situation vaut en matière d'âge mais pas uniquement. En effet, le *corpus* normatif proclame un principe d'égalité dans une dimension désincarnée et globale. Cela a notamment pour conséquence de réduire les distinctions au rang d'exception ou de dérogation. Toute distinction se trouve dès lors frappée d'une suspicion de discrimination. Or, le principe même de discrimination évolue dans un cadre particulier. Chaque forme de discrimination connaît une conception plus ou moins étendue. *« Alors que la discrimination fondée sur le sexe est, depuis un demi-siècle, pourchassée par une norme juridique prohibitive, vigoureusement appliquée par les juges, et généralement acceptée — au point que cette discrimination est sous nos yeux en voie de disparition — celle s'inspirant de l'âge, quoique légalement proscrite par le code du travail, reste monnaie courante parce que sans doute acceptée, voire désirée par l'opinion commune »*⁹⁴⁸. Il est vrai que la notion d'âge occupe une place particulièrement ambivalente, ce qui contribue à la sensibilité qui entoure son appréhension. La notion d'âge et l'encadrement juridique qui en est fait dépassent largement le seul cadre des discriminations.

307. La sanction des atteintes à l'âge n'évolue pas uniquement dans le cadre des discriminations. L'âge n'est pas en soi une valeur à protéger et n'accède qu'en partie au rang de valeur sociable à protéger. Seuls certaines tranches de vie sont susceptibles d'être protégées. Cette nature ne concerne que l'âge dans les extrémités de la vie — les enfants et les personnes âgées. Là encore la protection n'est pas unique. Elle semble fondée sur la nature fragile que l'âge impose à l'individu. C'est sur cette base notamment, que le critère d'âge se voit imposer l'adjonction d'autres critères permettant de justifier une protection, notamment pour les âges élevés. Pourtant l'efficacité de la notion d'âge est bien plus accessible lorsqu'on la considère non pas sous l'angle de la fragilité ou de la vulnérabilité, mais sous celui de sa nature de valeur sociale protégeable. On trouve quelques bribes de cette conception dans certaines dispositions légales, ainsi que dans le raisonnement propre à la protection prétorienne. En effet, au-delà de toute considération propre à une discrimination quelconque, le critère de l'âge avancé justifie parfois qu'un acte soit sanctionné ou sanctionné plus sévèrement.

⁹⁴⁸ G. LYON-CAEN, cité par M.-C. AMAUGER-LATTES, « La discrimination fondée sur l'âge : une notion circonstancielle sous haute surveillance », *Retraite et société*, la Documentation française, 2007/2, n° 51, p. 28.

3. L'âge avancé comme critère d'aggravation de peine

308. Le législateur organise la protection particulière des personnes vulnérables sous couvert des notions d'abus de confiance, de particulière vulnérabilité et de discrimination⁹⁴⁹. Les personnes âgées sont protégées dans le cadre de la catégorie bien plus large des majeurs particulièrement vulnérables. L'âge ne constitue qu'un élément parmi d'autres permettant de caractériser l'état de vulnérabilité d'une personne. Il occupe cependant une place importante à l'égard de certaines infractions — violences⁹⁵⁰, agressions sexuelles⁹⁵¹, vol⁹⁵², délaissement⁹⁵³... L'âge est également utilisé à titre présomptif de vulnérabilité. « *Il représente alors un indice ou plus précisément, une manifestation concrète de la faiblesse existante ou à venir* »⁹⁵⁴. En conséquence, les modalités appelées par la règle de droit sont appréciées à l'égard de ce critère.

309. Les juges du fonds ont un rôle primordial puisqu'ils sont chargés de l'appréciation souveraine de la vulnérabilité des parties⁹⁵⁵. « *Pour renforcer la protection des adultes les plus vulnérables, la jurisprudence interprète de manière extensive la notion de violence qui ne suppose pas nécessairement un contact matériel entre le coupable et la victime* »⁹⁵⁶. Cette interprétation extensive est salvatrice, puisqu'elle permet une protection élargie dépassant largement les frontières classiques. Elle se revêt en même temps d'une large dimension subjective et individualisée⁹⁵⁷ : Un même acte peut être incriminé lorsqu'il est intenté contre une personne vulnérable, alors qu'il passera inaperçu contre une personne quelconque. L'âge est pris en compte par les juges pour établir

⁹⁴⁹ Art. 335-1 CP, tel que modifié par la L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 – art. 86, *de modernisation de la justice du XXI^e siècle (I)*, publiée au JORF n° 0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1.

⁹⁵⁰ Art. 222-9 CP, tel que modifié par l'Ord. n° 2000-916 du 19 septembre 2000, *portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs*, publiée au JORF n° 0220 du 22 septembre 2000, p. 14877, texte n° 23, et Art. 222-10 CP, tel que modifié par la L. n° 2017-86 du 27 janvier 2017, *relative à l'égalité et à la citoyenneté (I)*, publiée au JORF n° 0024 du 28 janvier 2017, texte n° 1.

⁹⁵¹ En vertu de l'article 1^{er} de la L. n° 2012-954 du 6 août 2012, *relative au harcèlement sexuel (I)*, publiée au JORF n° 0182 du 7 août 2012, p. 12921, texte n° 1, fut créé l'article 222-33 CP. Cet article porte définition du harcèlement sexuel et mentionne en son III une peine aggravée lorsque les faits sont commis contre une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge est apparente ou connue de l'auteur.

⁹⁵² Art. 311-5 CP, tel que modifié par la L. n° 2011-267 du 14 mars 2011 – art. 47, *d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (I)*, publiée au JORF n° 0062 du 15 mars 2011, p. 4582, texte n° 2.

⁹⁵³ Art. 223-3 CP, tel que modifié par l'Ord. n° 2000-916 du 19 septembre 2000, préc., – art. (V).

⁹⁵⁴ L. RAZÉ, *L'âge en droit social. Étude en droit européen français et allemand*, Thèse de Doctorat de Droit, 2013, p. 24 s.

⁹⁵⁵ COUR DE CASSATION, Rapport annuel d'activité, 2009 : « *La notion, extensive, de vulnérabilité est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation se bornant à vérifier que leur motivation est exempte d'insuffisance comme de contradiction* ».

⁹⁵⁶ F. LHUILLIER, *Le droit des adultes vulnérables mais capables*, Thèse de Doctorat de Droit, 2005, pt. 770.

⁹⁵⁷ F. LHUILLIER, *Op. cit.*, loc. cit.

l'état de particulière vulnérabilité d'une personne indépendamment de l'existence ou non d'une mesure de protection⁹⁵⁸.

310. On trouve de nombreux arrêts incriminants des faits commis à l'encontre de personnes âgées protégées et de personnes âgées non protégées. Pour les personnes âgées protégées par des mesures juridiques spécifiques, la qualification de personne particulièrement vulnérable se trouve facilitée. La mesure prononcée antérieurement aux faits dénoncés témoigne de l'état de la personne protégée. Le terrain d'appréciation souveraine par les juges de l'état de particulière vulnérabilité se trouve préparé⁹⁵⁹. Ainsi, lorsque les faits litigieux sont commis par le tuteur d'une personne âgée protégée, la vulnérabilité de la personne et la connaissance de cet état par le prévenu sont plus simplement admis. Un tuteur fut récemment condamné pour avoir détourné des procurations et moyens de paiements qu'il détenait sur les comptes bancaires de son majeur protégé — Personne âgée atteinte de la maladie d'ALZHEIMER : « *En utilisant pour son usage personnel (voyages, sorties, dépenses alimentaires quotidiennes, rénovation d'appartement, paiement de prestation en lien avec ses acquisitions immobilières personnelles et plus généralement train de vie sans proportion avec ses ressources propres, gratification de sa compagne etc.), pour un montant total estimé à plus de 367 000 euros...* »⁹⁶⁰. La jurisprudence contient également — et plus curieusement —, des arrêts concluant à l'absence de particulière vulnérabilité de personnes âgées protégées. Ce fut notamment le cas dans un arrêt rendu par la chambre criminelle le 16 novembre 2004⁹⁶¹. Les juges ont refusé de qualifier une personne âgée de personne particulièrement vulnérable, alors que cette dernière était âgée de 78 ans, atteinte d'un cancer et hospitalisée — dont on a évalué le détournement de patrimoine à 120 000 € — et placée sous sauvegarde de justice puis sous curatelle renforcée⁹⁶².

311. L'âge est utilisé lors de l'adaptation de la sanction. L'âge d'une victime peut être considéré comme une circonstance aggravante. « *Protégeant avec exacerbation les plus jeunes et les plus âgées, le législateur a recours au critère de l'âge pour sanctionner plus lourdement les agissements de l'auteur de l'acte incriminé* »⁹⁶³. Dans un autre sens, l'âge de la victime peut justifier une atteinte

⁹⁵⁸ V. à ce propos Cass. crim. 21 février 2006, n° 05-85.865, non publié au bulletin pour des faits commis à l'encontre d'une personne âgée de 86 ans.

⁹⁵⁹ Cass. crim. 15 octobre 2002, n° 01-86.697, inédit.

⁹⁶⁰ Cass. crim. 8 mars 2017, n° 15-84.430, inédit.

⁹⁶¹ Cass. crim., 16 novembre 2004, n° 03-87.968, inédit.

⁹⁶² V. à ce propos : Cour de cassation, *Op. cit.*, p. 293.

⁹⁶³ L. RAZÉ, *Op. cit.*, p. 30

au secret professionnel⁹⁶⁴. L'article 226-14 de Code pénal⁹⁶⁵ prévoit un déliement du secret professionnel au profit de l'information des autorités adéquates.

B. L'ÉVENTAIL DES DROITS SPÉCIAUX LIÉS À L'ÂGE

312. Il n'existe pas de seuil d'âge "jalon" transcendant les divers champs d'action. Malgré cela, la nécessité de protéger cette valeur sociale se fait impérative dans certains domaines. Dans ce contexte, le législateur utilise le critère de l'âge en tant que justification d'une protection accrue. Ses interventions se font avec parcimonie et de façon diffuse. Elles concernent des situations en tout point différentes, comme les accidents de la circulation (1) ou encore en matière de bail d'habitation (2) ou d'incarcération (3).

1. L'âge dans les accidents de la circulation

313. Dans le contexte de prise en compte légale de l'âge, la loi du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation⁹⁶⁶ est particulièrement représentative. À côté de critères de vulnérabilité somme toute classique — incapacité permanente ou invalidité —, elle retient en effet des seuils d'âges précis visant à la fois les plus jeunes et les plus âgés. En cela, le législateur se positionne dans une attitude protectrice particulière à l'égard de deux valeurs sociales distinctes : l'âge et l'invalidité. La valeur sociale de l'âge renvoie à deux sous-catégories, à savoir les enfants et les personnes âgées. L'article 3 al 2 de la loi dispose que : « *Les victimes désignées à l'alinéa précédent, lorsqu'elles sont âgées de moins de seize ans ou de plus de soixante-dix ans, ou lorsque, quel que soit leur âge, elles sont titulaires, au moment de l'accident, d'un titre leur reconnaissant un taux d'incapacité permanente ou d'invalidité au moins égal à 80 p. 100, sont, dans tous les cas,*

⁹⁶⁴ F. BAS-THERON, C. BRANCHU, « Rapport : évaluation du dispositif de lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des personnes handicapées mis en œuvre par les services de l'État dans les établissements sociaux et médico-sociaux », *Inspection générale des Affaires sociales*, n° 2005-179, 2006, p. 1

⁹⁶⁵ Art. 226-14 CP tel que créé par la L. n° 92-684 du 22 juillet 1992, portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, publiée au JORF n° 169 du 23 juillet 1992, p. 9875, et modifié par la L. n° 2015-1402 du 5 novembre 2015, tendant à clarifier la procédure de signalement des situations de maltraitance par les professionnels de santé (1), publiée au JORF n° 0258 du 6 novembre 2015, p. 20706, texte n° 1

⁹⁶⁶ L. n° 85-677 du 5 juillet 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'amélioration des procédures d'indemnisation, publiée au JORF du 6 juillet 1985, p. 7584.

indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subis »⁹⁶⁷. La logique poursuivie par cette protection est on ne peut plus cohérente.

En choisissant de protéger deux valeurs sociales distinctes — les âges extrêmes d'un côté et l'infirmité-incapacité de l'autre —, le législateur opte pour un raisonnement qui frappe encore par sa modernité. Les âges peu avancés et très avancés sont conçus comme un ensemble de valeurs sociales à protéger. Par conséquent et contrairement à l'usage largement répandu, l'âge avancé est ici traité d'une façon autonome des éventuelles affections pouvant survenir durant la vie. Le positionnement est clair. La justification de la protection des âges en-deçà et au-delà de seuils est indépendante des atteintes physiques ou psychiques qui peuvent toucher un individu. En cela le législateur distingue les motifs qui appellent la protection : Les âges du bout de la vie sont à protéger en tant que tels et en dehors de toute considération d'ordre individuel ; le reste de la vie seulement si celui-ci est rendu vulnérable.

2. Le droit des bailleurs et locataires âgés

314. La loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové⁹⁶⁸, dite loi "ALUR" contient elle aussi des dérogations fondées sur le critère d'âge. L'article 8 de la loi porte création d'un titre supplémentaire⁹⁶⁹ à la loi du 6 juillet 1989⁹⁷⁰, au sein duquel l'âge emporte plusieurs conséquences distinctes sur les contrats de baux d'habitation. Dès lors, on trouve une double condition d'âge dont chaque volet est assorti d'une condition de revenus. Le raisonnement se place ici dans le cadre de la sécurisation de la relation entre les parties d'un contrat de bail, lorsque l'une d'elles au moins a un âge avancé. Le législateur intervient afin de réguler les rapports entre les propriétaires et les locataires sous l'empire de l'objectif de protection de l'âge. Le système est dual. Il s'agit de protéger

⁹⁶⁷ Cet article a été inséré dans l'article L. 122-1 du code de la route par l'Ord. n° 2000-930 du 22 septembre 2000 *relative à la partie Législative du code de la route*, publiée au JORF n° 222 du 24 septembre 2000, p. 15056, texte n° 10 ainsi que par la L. n° 2003-495 du 12 juin 2003, *renforçant la lutte contre la violence routière (I)*, publiée au JORF n° 135 du 13 juin 2003, p. 9943, texte n° 1.

⁹⁶⁸ L. n° 2014-366 du 24 mars 2014, *pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (I)*, publiée au JORF n° 0072 du 26 mars 2014, p. 5809, texte n° 1.

⁹⁶⁹ Titre 1^{er} bis ajouté à la L. n° 89-462 du 6 juillet 1989, tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, publiée au JORF du 8 juillet 1989, p. 8541.

⁹⁷⁰ Principe notamment consacré par les articles 1 et 2 de la L. n° 89-462 du 6 juillet 1989 – préc. L'article 1^{er} de la loi fonde notamment le caractère fondamental du droit au logement. « *Le droit au logement est un droit fondamental ; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent. L'exercice de ce droit implique une liberté de choix pour toute personne de son mode d'habitation grâce au maintien et au développement d'un secteur locatif et d'un secteur d'accession à la propriété ouverts à toutes les catégories sociales. Les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés dans leurs relations individuelles comme dans leurs relations collectives* ». Art. 2 al 1 : « les dispositions du présent titre sont d'ordre public... ».

l'âge au sein du contrat de bail d'habitation, et cela des deux côtés du contrat. Cela consiste en une sécurisation du lien contractuel au profit soit du locataire âgé soit du propriétaire âgé souhaitant occuper l'immeuble.

315. Le mécanisme prend la forme d'une double condition d'âge et de revenus. La première concerne la personne qui vit dans le logement — le locataire ou la personne à la charge du locataire et vivant dans le bien⁹⁷¹. Cette disposition fonde une incapacité partielle du bailleur à s'opposer au renouvellement du contrat de bail⁹⁷². Lorsque le locataire — ou bien la personne à la charge du locataire et vivant dans le logement de façon habituelle — répond à la condition d'âge et de ressources, alors le bailleur ne peut dénoncer le contrat qu'à la condition de trouver un autre logement équivalent au locataire. La seconde condition concerne cette fois le propriétaire et dans des conditions quasi-équivalentes : « *Toutefois, les dispositions [précédentes] ne sont pas applicables lorsque le bailleur est une personne âgée de plus de soixante-cinq ans ou si ses ressources annuelles sont inférieures au plafond de ressources...* »⁹⁷³. L'âge et les ressources du bailleur entrent en concurrence avec ceux du locataire et font échec à la disposition immunisant le locataire contre le congé imposé par le propriétaire.

316. Ce critère de l'âge était déjà pris en compte dans la loi du 6 juillet 1989. La chose n'est donc pas nouvelle. Néanmoins, la loi "ALUR" a permis une harmonisation non négligeable. Sous l'emprise de la loi ancienne, la condition d'âge n'était pas fixée au même seuil pour le locataire et pour le bailleur⁹⁷⁴. Ce dernier pouvait prétendre à récupérer l'usage de son logement selon des conditions de revenus identiques, mais à partir de l'âge de soixante ans. De son côté le locataire pouvait voir le renouvellement du contrat lui être refusé jusqu'à l'âge de soixante-dix ans. En 2014, le législateur a donc adopté une position plus égalitaire à l'égard des parties du contrat de bail, en fixant notamment⁹⁷⁵ un seuil d'âge unique à soixante-cinq ans. Cette évolution s'est faite au

⁹⁷¹ Il s'agit d'une évolution apportée par la loi ALUR au mécanisme déjà en place.

⁹⁷² Art. 25-8-II al 1 du titre 1 bis de la L. n° 89-462 du 6 juillet 1989 préc., inséré par l'art. 8 de la L. n° 2014-366 du 24 mars 2014 préc. : « *Le bailleur ne peut s'opposer au renouvellement du contrat en donnant congé dans les conditions définies au I à l'égard de tout locataire âgé de plus de soixante-cinq ans et dont les ressources annuelles sont inférieures à un plafond de ressources en vigueur pour l'attribution des logements locatifs conventionnés fixé par arrêté du ministre chargé du logement, sans qu'un logement correspondant à ses besoins et à ses possibilités lui soit offert dans les limites géographiques prévues à l'article 13 bis de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 précitée. Le présent alinéa est applicable lorsque le locataire a à sa charge une personne vivant habituellement dans le logement et remplissant lesdites conditions* ».

⁹⁷³ Art. 25-8-II al 2 du titre 1 bis de la L. n° 89-462 du 6 juillet 1989 préc., inséré par l'art. 8 de la L. n° 2014-366 du 24 mars 2014 – préc.

⁹⁷⁴ L'article 15 – III al 1 et 2 de la L. n° 89-642 du 6 juillet 1989 préc.

⁹⁷⁵ La condition de ressource a subi également une évolution. Fixée à une fois et demi le montant annuel du salaire minimum, elle est désormais alignée sur un plafond déterminé pour l'attribution des logements locatifs

détriment du bailleur qui était jusqu'alors avantagé par un seuil d'âge plus bas. Le mécanisme fut soumis au contrôle du Conseil constitutionnel⁹⁷⁶, qui a reconnu son caractère attentatoire au droit de propriété mais a considéré le procédé justifié et proportionné à l'égard de l'objectif poursuivi — à savoir la protection des personnes âgées ayant peu de ressources⁹⁷⁷.

317. Les juges de Cassation ont également eu l'occasion de rappeler leur faculté « *d'accorder à la personne expulsée des délais supplémentaires pour la libération des lieux et peut se fonder pour ce faire sur le grand âge de la personne expulsée concernée et la faiblesse de ses revenus* »⁹⁷⁸ — dans un arrêt rendu le 12 avril 2018. En l'espèce, la personne faisant l'objet de la mesure d'expulsion était une personne retraitée et touchant une pension de 752,26 €.

3. La personne âgée en milieu carcéral

318. La question de l'âge avancé en milieu carcéral est traditionnellement reléguée au second plan et se trouve dissimulée derrière des enjeux de grande ampleur — surpopulation, réinsertion etc... Pourtant, l'âge emporte diverses conséquences à la fois sur l'entrée en détention, sa durée et sa fin.

La Convention européenne des droits de l'Homme ne fait pas obstacle aux peines d'enfermement à un âge avancé. Ce principe fut rappelé par la CEDH à l'occasion de l'affaire SAWONIUK c. Royaume-Uni, le 29 mai 2001⁹⁷⁹. L'âge avancé demeure à la fois une cause de réticence — le déroulement chaotique de l'affaire PAPON c. France illustre l'impact de l'âge et de l'état de santé sur le contentieux⁹⁸⁰. Dans une affaire FARBTUHS c. Lettonie⁹⁸¹, il fut décidé que le maintien en détention du requérant âgé de 84 ans et atteint de diverses affections chroniques et incurables, constituait un traitement dégradant. Ce même raisonnement fut suivi dans un second arrêt

conventionnés. À ce propos : CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Commentaire de Décision*, n° 2014-891 DC du 20 mars 2014 : « Il y a actuellement trois types de plafonds (pour les conventions à loyer intermédiaire, pour les conventions à loyer social et pour les conventions à loyer très social). À chaque fois, ces plafonds sont différenciés selon la composition des ménages et selon la zone géographique. Les travaux parlementaires indiquent que le plafond qui devra être retenu sera celui des conventions à loyer social (soit, à Paris, 23 019 euros pour une personne seule et 34 403 euros pour un couple) ».

⁹⁷⁶ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Commentaire de Décision*, préc.

⁹⁷⁷ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Décision* n° 2014-691 DC.

⁹⁷⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 12 avril 2018, n° 17-15.566.

⁹⁷⁹ CEDH, Arrêt SAWONIUK c. R.-U., 29 mai 2001, requête n° 63716/00.

⁹⁸⁰ CEDH, arrêt PAPON c. France, 25 octobre 2002, requête n° 54210/00 ; V. également à ce propos J.-F. RENUCCI, « La détention d'une personne âgée de 90 ans n'est pas un traitement inhumain », *Recueil Dalloz*, Dalloz Édition, 2002, p. 683

⁹⁸¹ CEDH, arrêt FARBTUHS c. Lettonie, 2 décembre 2004, requête n° 4672/02.

CONTRADA c. Italie, rendu le 11 février 2014⁹⁸². L'âge avancé est également la cause de difficultés d'adaptation⁹⁸³.

Plus encore que le principe de détention, la forme et la durée de la détention soulèvent des questionnements. L'application des courtes peines à des personnes âgées fut dénoncée par le Contrôleur général des lieux de privation de libertés dans son rapport d'activité de 2016⁹⁸⁴. Ces dernières représenteraient un risque important de désocialisation et de précarisation des personnes âgées détenues.

319. Le quotidien de la personne âgée incarcérée dénote légèrement du reste de la population carcérale. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a eu l'occasion de se prononcer sur les difficultés spécifiquement rencontrées par les détenus âgés. Ces dernières tiennent à la fois au lieu d'incarcération et aux rapports entre détenus : « *La cellule leur circulation est entravée par l'existence de marches, d'escaliers qui compliquent là, l'accès au parloir, ou ailleurs celui aux salles d'activité* »⁹⁸⁵ ; « *la peur est un mot souvent entendu par les contrôleurs à l'occasion des visites : peur de la confrontation à la violence, peur d'une population qui est majoritairement jeune, peur d'aller en cours de promenade* »⁹⁸⁶. Le quotidien des personnes âgées placées en détention a fait l'objet d'une série de recommandations de la part du Comité des ministres du Conseil de l'Europe en 2014⁹⁸⁷. L'organe s'est prononcé en faveur de la préservation du bien-être et de la dignité des personnes âgées en détention en invitant les États membres à assurer « *des activités sportives, éducatives et de formation, et à des loisirs* » et « *Veiller à la réinsertion sociale des personnes âgées après leur libération* »⁹⁸⁸.

320. En période de fin d'incarcération, il arrive régulièrement que l'âge soit mentionné comme justification désirée de libération anticipée ou de remise de peine. La chose est entendue : « *En*

⁹⁸² CEDH, arrêt CONTRADA n° 2 c. Italie, 11 février 2014, requête n° 7509/08.

⁹⁸³ « *Leur vécu de l'incarcération manifestement plus douloureux que pour des personnes jeunes* ». M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, Ed. Dalloz, coll. Dalloz action, 2016-2017, p. 695 d'après les travaux de E. CRAWLEZ et R. SPARKS, « *Older men in prison : survival, coping and identity* », in A. Liebling and Sh. Maruna (dir.), *The Effects of Imprisonment*, Willan Publishing, 2009, p. 343.

⁹⁸⁴ CONTRÔLEUR GÉNÉRAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTÉ, *Rapport annuel d'activité*, 2016, Dalloz édition, p. 11.

⁹⁸⁵ CONTRÔLEUR GÉNÉRAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTÉ, *Rapport annuel d'activité*, 2012, Dalloz édition, p. 237.

⁹⁸⁶ CONTRÔLEUR GÉNÉRAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTÉ, *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁹⁸⁷ COMITÉ DES MINISTRES, CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation CM/REC(2014)2, du Comité des Ministres aux États membres sur la promotion des droits de l'Homme des personnes âgées, 2014, VII, p. 19-20.

⁹⁸⁸ COMITÉ DES MINISTRES, *Op. cit.*, *ibid.*

France, il n'existe pas de limite d'âge pour l'exécution d'une condamnation. Les détenus âgés ne peuvent donc pas se prévaloir de leur âge pour obtenir une libération »⁹⁸⁹. Cela étant, Madame Martine HERZOG-EVANS rappelle notamment que « si ces détenus ne soulèvent pas de problèmes comportementaux, en revanche leur état de santé est un sujet de préoccupation permanent »⁹⁹⁰. Il est donc davantage question de santé que d'âge en la matière. En l'absence de prise en compte de l'âge dans le déroulement de la peine, l'état de santé semble en effet être la seule voie modérément malléable. Malgré une apparente réticence de prise en compte de l'âge en milieu carcéral, le législateur a mis en place une dérogation bénéficiant aux condamnés âgés de plus de 70 ans. Ces derniers bénéficient de conditions plus favorables à la libération conditionnelle en vertu de l'article 729 du Code de procédure pénale, lorsque le condamné est âgé de plus de 70 ans, la libération conditionnelle peut être accordée dès lors que le condamné ne présente pas de risque grave de renouvellement de l'infraction et que sa libération n'est pas susceptible de troubler gravement l'ordre public⁹⁹¹. En clair : « La loi "pénitentiaire" du 24 novembre 2009 a choisi de supprimer purement et simplement tout temps d'épreuve pour les condamnés de plus de 70 ans »⁹⁹². Certains pays de l'Union européenne ont également opté pour un positionnement plus flexible à l'égard de l'âge des détenus. Le droit espagnol connaît également des règles simplifiées d'accès à la libération conditionnelle pour les détenus âgés de plus de 70 ans⁹⁹³.

II. LES LIMITES DE LA PROTECTION : L'EXEMPLE DE L'INDEMNISATION DU PRÉJUDICE EXTRAPATRIMONIAL

321. L'âge avancé d'une personne ne signifie pas qu'elle bénéficie de droit d'une protection supérieure. Il apparaît au contraire que l'âge peut dans certains cas justifier le fait qu'un même dommage soit plus ou moins indemnisé. C'est notamment le cas en matière d'indemnisation des dommages extrapatrimoniaux. Le panel d'indemnisation de dommages extrapatrimoniaux est large. On y trouve plusieurs branches — souffrances endurées (*pretium doloris*), préjudice esthétique

⁹⁸⁹ SÉNAT, *La libération des détenus âgés*, Document de travail, Série législation comparée, 2001, n° LOC. CIT. 98, p. 1.

⁹⁹⁰ M. HERZOG-EVANS, *Op. cit.*, loc. cit.

⁹⁹¹ Extrait de l'art. 729 CPP, tel que créé par la L. n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, *pénitentiaire (1)*, publiée au JORF n° 0273 du 25 novembre 2009, p. 20192, texte n° 1, et modifié par la L. n° 2014-896 du 15 août 2014 – art. 15 et 51, *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales (1)*, publiée au JORF n° 0189 du 17 août 2014, p. 13647, texte n° 1.

⁹⁹² M. HERZOG-EVANS, *Op. cit.*, loc. cit.

⁹⁹³ SÉNAT, *Op. cit.*, p. 2 : « En Espagne, à partir de soixante-dix ans, les détenus peuvent obtenir leur libération conditionnelle plus facilement que les détenus plus jeunes. En règle générale, l'octroi de la libération conditionnelle est subordonné à trois conditions : bénéficier d'ores et déjà d'un régime de semi-liberté, s'être bien conduit en détention et avoir purgé les trois quarts de sa peine. À partir de soixante-dix ans, il suffit de réunir les deux premières conditions pour obtenir la libération conditionnelle ».

(*pretium pulchritudinis*), préjudice sexuel. L'impact de l'âge sur l'évaluation de l'indemnisation nécessaire à chacune de ces branches est important mais n'intervient pas de façon homogène dans le processus d'indemnisation.

L'évaluation du préjudice est à la fois objective et subjective. Elle est objective puisqu'avant tout fondée sur une expertise médicale. L'âge de la victime n'est pas pris en considération à ce stade. L'expert médical apprécie objectivement l'atteinte physique. L'évaluation se fait par la suite plus subjective puisque soumise par nature à l'appréciation souveraine des juges du fonds. Un barème permettant d'orienter le choix dans la hauteur de l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial est au service de l'autorité prétorienne⁹⁹⁴. Il s'agit d'un barème à la fois progressif et dégressif. Il progresse en fonction d'un pourcentage de déficit fonctionnel subi par la personne⁹⁹⁵. Ensuite l'indemnisation est adaptée selon l'espérance de vie. Elle se réduit proportionnellement à l'augmentation en âge de la victime. Le barème comprend neuf catégories d'âges qui embrassent le parcours de vie⁹⁹⁶.

322. La logique poursuivie pour justifier la dégression d'une indemnisation pour préjudice extrapatrimonial est celle de l'espérance de vie. Ce raisonnement, largement admis induit que l'indemnisation d'une personne âgée soit plus faible que celle d'un jeune ou d'un adulte. En matière de préjudice esthétique, l'aléa porté par l'âge est encore plus présent. « *Avec le préjudice esthétique, nous arrivons à la catégorie des dommages indéterminés où le juge ne peut se fier qu'à son propre discernement* »⁹⁹⁷ écrivaient André TOULEMON et Jean-Gaston MOORE. L'âge est également pris en considération en matière d'indemnisation pour les préjudices sexuels⁹⁹⁸. L'âge avancé n'entre en compte que pour certains d'entre eux — le préjudice d'infertilité est exclu.

⁹⁹⁴ Il fut fixé après décision commune à de nombreux présidents de tribunaux, conseillers aux cours d'appel, et présidents de chambres. [En ligne] [consulté le 28 juin 2017] < http://www.avocat-perigueux-laboetie.fr/sites/avocat-perigueux-laboetie.fr/IMG/pdf/referentiel_ca_indemnisation.pdf >. Indemnisation des dommages corporels, recueil méthodologique commun, 2013 : « *Conçu à l'initiative de la Conférence des premiers présidents de cours d'appel, ce recueil méthodologique a vocation à faciliter le traitement du contentieux de la réparation du préjudice corporel* ».

⁹⁹⁵⁹⁹⁵ De 1 à 5%, de 6 à 10%, de 11 à 15% et ainsi de suite jusqu'à la dernière tranche de 96% et plus.

⁹⁹⁶ De 0 à 10 ans, de 11 à 20 ans, de 21 à 30 ans, de 31 à 40 ans, de 41 à 50 ans, de 51 à 60 ans, de 61 à 70 ans, de 71 ans à 80 ans et une dernière catégorie des 81 ans et plus.

⁹⁹⁷ A. TOULEMON, J.-G. MOORE, *Le préjudice corporel et moral en droit commun*, édition Sirez, 4^{ème} trimestre, 1956, in C. BERNFELD, F. BIBAL, « Pretium pulchritudinis : de la disgrâce du dommage à l'inesthétique du préjudice », *La Gazette du Palais*, Lextenso édition, 2013, n° 173

⁹⁹⁸ V. à ce propos Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 2010, n° 09-15.842, publié au Bull., 2010, II, n° 115, qui porte notamment la définition du préjudice sexuel..

PARAGRAPHE 2

LES LIMITES DE LA PROTECTION COMMUNE DE LA PERSONNE ÂGÉE

323. La distinction d'un âge particulier par rapport à un autre — ou bien d'un âge précis par rapport au reste des âges — a nécessairement une part d'arbitraire. Cela est d'autant plus marqué du fait de la nature linéaire de l'âge. Néanmoins, l'aspect discrétionnaire diminue lorsque la différence est biologiquement justifiée⁹⁹⁹. Les personnes âgées sont directement visées par une forme de discrimination particulière. Celle-ci se fonde sur l'âge, et a été théorisée à travers le concept d'âgisme (A). Dans d'autres situations, la personne âgée se trouve directement impliquée dans l'inefficacité de ses droits (B). C'est notamment le cas en matière de rapport individuel à la santé et au soin. Cette attitude influence et est influencée par une conception ajuridique de la vieillesse. Une conception qui rend instable la place de la personne âgée au sein de la société.

I. L'EXISTENCE D'UNE DISCRIMINATION FONDÉE SUR L'ÂGE

324. La diversité des atteintes aux droits et aux personnes âgées a conduit la doctrine à théoriser progressivement une forme de discrimination visant directement les représentants de la vieillesse. Celle-ci répond au nom d'âgisme. Cet élan de discrimination revêt de multiples formes (A). Son importance mobilise l'attention des autorités prétoriques nationale et communautaire (B).

A. LES MANIFESTATIONS DE LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR L'ÂGE

325. La prise en compte hétérogènes des âges est réduite à sa plus simple expression au niveau légal. Néanmoins le caractère arbitraire de ce critère subsiste en parallèle des fondements légaux. Parallèlement au *corpus* législatif, une forme de discrimination vise directement les personnes âgées dans de multiples aspects¹⁰⁰⁰ de leurs vies (1) et participe à entretenir la mise à l'écart de cette part de la population (2).

⁹⁹⁹ J.-C. HENRARD *et al.*, « Vieillesse et âge », *Actualisé et dossier de santé publique*, Haut Conseil de la Santé Publique, 1997, n° 21, p. 4.

¹⁰⁰⁰ V. notamment : D. VIRIOT-BARRIAL, « Discrimination et des personnes malades » et J.-P. AQUINO, « Avancée en âge et accès aux soins », in Colloque : *La discrimination liée au handicap, à la santé et à l'âge en partenariat avec le défenseur des Droits*, Institut droit de la santé, Mars 2016.

1. Les effets de l'âgisme

326. On doit le terme d'«âgisme» aux travaux menés par le Gêrontologue BUTLER à la fin des années 1970¹⁰⁰¹ sur le malaise et l'aversion éprouvés à l'égard du vieillissement¹⁰⁰². Il s'agit d'un « *type de violence exercée par la société sur les personnes âgées* »¹⁰⁰³. Ces agissements sont dénoncés depuis les années 1980¹⁰⁰⁴ et constituent une véritable atteinte au respect traditionnellement dû aux personnes âgées. L'âgisme est également présent au cœur même des relations de travail¹⁰⁰⁵. La multiplicité des formes de dénigrement concourt à une forme de ségrégation fondée sur l'âge de la personne. La conceptualisation de la discrimination fondée sur l'âge recouvre différentes dimensions.

327. À l'échelon international, les atteintes fondées sur l'âge sont combattues sur le motif principal de l'emploi. L'Organisation Mondiale de la Santé n'ignore pas les atteintes portées aux personnes âgées mais envisage le problème sous l'angle productif : « *Leur marginalisation peut être structurelle, provoquée par exemple par un âge de départ à la retraite obligatoire, ou informelle, parce qu'elles sont considérées comme moins dynamiques et sont moins valorisées par les employeurs potentiels* »¹⁰⁰⁶. Cette approche est cohérente avec la stratégie européenne de l'emploi, laquelle a justifié un engagement général au profit de l'emploi des seniors : « *Cet usage croissant dans les années 2000 de la notion de discrimination par l'âge est [notamment] le fruit de [...] la préoccupation pour le niveau d'emploi des seniors, qui apparaît dans le cadre de la stratégie*

¹⁰⁰¹ < https://cdn.uclouvain.be/public/Exports%20reddot/aisbl-generations/documents/DocPart_Etud_AgismeQuebec.pdf > [en ligne] [consulté le 9 juin 2017] Conseil des aînés du Québec, Avis sur l'âgisme envers les aînés : état de la situation, Québec, 2010, p. 3. « *La recherche sur les stéréotypes et les attitudes envers les personnes âgées débute dans les années 1950 avec, entre autres, les travaux de Tuckman et Lorge (1953). À cette époque, les chercheurs élaborent une échelle pour évaluer les attitudes à l'égard des personnes âgées, ce qui permet d'affirmer que des stéréotypes, majoritairement négatifs, sont présents dans tous les groupes d'âge [...]* Le terme « âgisme » a été utilisé pour la première fois en 1969 dans un article de Robert Butler, publié dans la revue *The Gerontologist* ».

¹⁰⁰² L. BIZZINI, C.-H. RAPIN, « L'âgisme. Une forme de discrimination qui porte préjudice aux personnes âgées et prépare le terrain de la négligence et de la violence », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2007/4, n° 123, p. 264.

¹⁰⁰³ D. NAHMIASH, citée par L. BIZZINI, C.-H. RAPIN, « L'âgisme. Une forme de discrimination qui porte préjudice aux personnes âgées et prépare le terrain de la négligence et de la violence », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2007/4, n° 123, p. 264.

¹⁰⁰⁴ D. NAHMIASH, « Quelques réflexions sur les mauvais traitements et la négligence exercés à l'endroit des personnes âgées », *Service social*, 1995, vol. 44, n° 2, p. 111-128. « *Durant les années 1960, on s'est intéressé de près au phénomène de la violence à l'égard des enfants, alors que dans les années 1970 c'est plutôt la violence conjugale qui a occupé le devant de la scène. Au cours des décennies 1980 et 1990 les mauvais traitements à l'endroit des personnes âgées ont fait l'objet d'une attention croissante* ».

¹⁰⁰⁵ M. MERCAT-BRUNS, « Prévention de la discrimination fondée sur l'âge et diversification des normes juridiques », *Retraite et société*, La Documentation française, 2007/2, n° 51, p. 147-173.

¹⁰⁰⁶ < http://www.who.int/ageing/about/fighting_stereotypes/fr/ > [en ligne] [consulté le 12 juin 2017]. « *Vieillesse et qualité de vie* », OMS.

européenne pour l'emploi et trouve sa traduction dans l'objectif, fixé lors du sommet de Stockholm de 2001 »¹⁰⁰⁷. Pourtant, l'âgisme dépasse largement la seule dimension privative de l'accès et du maintien dans la vie active. La discrimination fondée sur l'âge touche chaque espace du quotidien des personnes concernées. Ainsi, le second aspect de l'anti-âgisme évolue dans le cadre de l'anti-discrimination, telle que portée par « l'article 13 du traité d'Amsterdam et les directives Race (2000/43) et Emploi (2000/78/CE) du Conseil de l'Union européenne »¹⁰⁰⁸.

328. Plusieurs études ont permis d'établir l'étendue des comportements incriminés par le vocable d'âgisme¹⁰⁰⁹, aux premiers rangs desquels on trouve évidemment la violence physique et psychologique. « La violence physique, qui inclut la violence sexuelle et le recours à la douleur physique, aux brûlures, à la rudesse ; la violence psychologique ou émotive, qui comprend la violence verbale, les menaces, l'infantilisation, l'humiliation et l'isolation ou la privation de chaleur humaine ; l'exploitation financière, dont les principaux éléments sont l'utilisation inadéquate de l'argent ou des biens d'une personne et la fraude. La négligence comporte une forme active et une forme passive, selon que l'acte est intentionnel ou non, et implique l'omission de fournir des soins essentiels »¹⁰¹⁰. Chaque moment ou espace de vie d'une personne âgée est potentiellement concerné — à domicile, en établissement d'hébergement, sur le domaine public. Madame Daphné NAHMIASH a eu l'occasion de mettre en exergue la violation de droits comme véritable empêchement d'une personne âgée à prendre ses décisions.

2. La lutte contre l'âgisme

329. L'âgisme est un phénomène difficilement évaluable consistant notamment en la découpe séquentielle¹⁰¹¹ de la vie. Il transparaît de nombreux discours politiques qui exacerbent des opinions parfois maladroites. Comme on pouvait lire dans l'actualité et dossier en santé publique de 1997 : « Ce "monde de vieux" fait peur »¹⁰¹². Pourtant parmi l'ensemble des atteintes, seules les plus graves font l'objet de signalement.

¹⁰⁰⁷ V. CARADEC, *et al.*, « Les deux visages de la lutte contre la discrimination par l'âge », *Mouvements*, La Découverte, 2009/3, n° 59, p. 13.

¹⁰⁰⁸ V. CARADEC, *et al.*, *Op. cit.*, *ibid.*

¹⁰⁰⁹ D. NAHMIASH, *Op. cit.*, p. 113.

¹⁰¹⁰ D. NAHMIASH, *Op. cit.*, p. 112.

¹⁰¹¹ D. FOLSCHIED, « À nouvelle vieillesse, éthique nouvelle ? », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2013/1, vol. 36, n° 144, p. 19-30.

¹⁰¹² P. GUILLET, « Éditorial Santé publique et grand âge », *Actualité et dossier en santé publique*, La Documentation française, 1997 n° 20.

330. Le Défenseur des droits¹⁰¹³ a eu l'occasion de saisir la cause de la lutte contre la discrimination fondée sur l'âge. En vertu de l'article 71-1 de la Constitution, il est chargé de veiller « *au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences* »¹⁰¹⁴. À ce titre, cette autorité administrative indépendante¹⁰¹⁵ est chargée de la promotion et de la défense des droits¹⁰¹⁶.

La discrimination fondée sur l'âge représente 6,9% des motifs de réclamations au Défenseur des droits¹⁰¹⁷ pour l'année 2015¹⁰¹⁸, pour le volet des discriminations¹⁰¹⁹. Ces demandes varient selon les années et accusent une augmentation globale¹⁰²⁰. Il s'agit de la quatrième cause de discrimination justifiant la mobilisation de l'institution, après celles fondées sur l'origine, le handicap et l'état de santé. Il semblerait d'ailleurs, que la santé des personnes âgées représente un sujet à part de discrimination. « *La discrimination dans les soins est décriée* »¹⁰²¹. L'enjeu que représente l'efficacité des droits des personnes âgées n'est pas uniquement important statistiquement pour l'institution du Défenseur des droits. Madame Maryvonne LYAZID alors adjointe au Défenseur des droits et vice-présidente du collège chargée de la lutte contre les

¹⁰¹³ L. constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, préc.

¹⁰¹⁴ Art. 71-1 al 1 de la Constitution, tel que créé par la L. constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, *de modernisation des institutions de la Ve République (1) – art. 41*, publiée au JORF n° 0171 du 24 juillet 2008, p. 11890, texte n° 2.

¹⁰¹⁵ L. organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, relative au Défenseur des droits (1) – art 2, publiée au JORF n° 0075 du 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1 : « *Le Défenseur des droits, autorité administrative indépendante, ne reçoit et ne sollicite, dans l'exercice de ses attributions, aucune instruction.*

Le Défenseur des droits et ses adjoints ne peuvent être poursuivis, recherchés, arrêtés, détenus ou jugés à l'occasion des opinions qu'ils émettent ou des actes qu'ils accomplissent dans l'exercice de leurs fonctions ».

¹⁰¹⁶ < <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/institution/organisation/defenseur> > [en ligne] [consulté le 12 juin 2017]

¹⁰¹⁷ Parmi les autres types de discrimination que sont l'origine, le handicap, l'état de santé, les activités syndicales, l'état de grossesse, la situation de famille, le sexe, les convictions religieuses, la nationalité, l'apparence physique, le lieu de résidence, l'opinion politique, l'orientation sexuelle.

¹⁰¹⁸ Le Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2015*, République française, présenté par J. TOUBON, 2015, p. 75.

¹⁰¹⁹ La discrimination est la cause première des réclamations adressées au Défenseur des droits.

¹⁰²⁰ Ce taux augmente avec les années. Pour l'année 2005, la discrimination fondée sur l'âge représentait 5,5% des réclamations adressées au défenseur des droits dans le cadre du volet sur les discriminations. V. à ce propos Le Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2011*, République française, présenté par D. BAUDIS, 2014, p. 103

Pour l'année 2014, la discrimination fondée sur l'âge représentait 6,5% des réclamations adressées au Défenseur des droits dans le cadre du volet sur les discriminations. V. à ce propos Le Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2014*, République française, présenté par J. TOUBON, 2014, p. 40.

¹⁰²¹ E. MACIA, N. CHAPUIS-LUCCIANI, G. BOËTSCH, « *Séréotypes liés à l'âge, estime de soi et santé perçue* », Sciences sociales et santé, John LIBBEY Eurotext édition, 2007/3, vol. 25, p. 82. V. également à ce propos : Colloque, *La discrimination liée au handicap, à la santé et à l'âge*, Institut droit de la santé, Mars 2016, En partenariat avec le défenseur des Droits.

discriminations et de la promotion de l'égalité a eu l'occasion de témoigner de la spécificité de l'entrée en âge dans l'efficacité des droits : « *Toute personne est citoyenne jusqu'au bout de sa vie*¹⁰²². Par contre, le rôle du Défenseur est plutôt de savoir comment, au travers de l'ensemble de ses missions, il peut avoir une attention particulière, mais spécifiquement dans le cadre du corpus de droit existant »¹⁰²³. Il s'agit plus largement d'œuvrer au profit de la reconnaissance de la victimisation¹⁰²⁴ qui touche la population des personnes âgées.

B. LE TRAITEMENT DE LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR L'ÂGE

331. La notion de discrimination fondée sur l'âge est construite selon une forme étendue¹⁰²⁵. « *En droit communautaire (2) comme en droit interne (1), la discrimination fondée sur l'âge concerne tous les âges* »¹⁰²⁶. Pourtant, si la conception est résolument large, la réalité des discriminations se concentre sur les seuls âges extrêmes — à l'encontre des personnes, trop ou trop peu, âgées.

1. La discrimination fondée sur l'âge en droit interne

332. La norme juridique est partagée entre la volonté de protection contre une discrimination fondée sur l'âge et l'organisation d'une exclusion par le biais de seuils. Au même titre que les autres formes de discrimination, celle fondée sur l'âge constitue une atteinte à la dignité de la personne humaine. Pourtant, elle prête toujours lieu à réflexion pour le législateur et la doctrine français. « *Tant au niveau communautaire qu'au niveau national, le législateur a choisi de situer toutes les discriminations sur un même plan, quel que soit le motif qui les fonde. Celles résultant de l'âge ne font pas exception* »¹⁰²⁷. La discrimination fondée sur l'âge se distingue des autres, notamment du fait de la nature si particulière du critère de l'âge et de son appréhension par la matière juridique. Il

¹⁰²² Malgré ces affirmations de nombreuses atteintes subsistent. « *On n'est plus un citoyen quand on est vieux, on est transparent* ». J.-M. VETEL, responsable du service de gérontologie au CHU du Mans, cité par M. BAUER, « Le respect de la personne âgée dépendante en institution », *VST - Vie sociale et traitements*, ERES, 2005/2, n° 86, p. 120.

¹⁰²³ M. MERCAT-BRUNS, « Entretien avec Maryvonne LYAZID. La défense des droits des personnes âgées : des citoyens comme les autres », *Retraite et société*, La Documentation française, 2014/2, n° 68, p. 143-150.

¹⁰²⁴ R. CARIO, « Victimisation des aîné(e)s et aide aux victimes », *Revue de science criminelle et de droit pénal*, Dalloz édition, 2002, p. 81

¹⁰²⁵ L. n° 2008-496 du 27 mai 2008 – art 1, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (1), publiée au JORF n° 0123 du 28 mai 2008, p. 8801, texte n° 1.

¹⁰²⁶ M.-C. AMAUGER-LATTES, *Op. cit.*, p. 32.

¹⁰²⁷ M.-C. AMAUGER-LATTES, « La discrimination fondée sur l'âge : Une notion circonstancielle sous haute surveillance », *Retraite et société*, Cnav., 2007/2, n° 51, p. 30.

s'agit d'un contentieux extrêmement présent en droit du travail¹⁰²⁸, étant donné que l'âge est un facteur régulateur de l'accès ou du maintien dans la vie professionnelle.

333. Le 16 novembre 2001¹⁰²⁹, le législateur français se dressait contre les discriminations professionnelles directes et indirectes¹⁰³⁰. L'article premier de la loi relative à la lutte contre les discriminations, portant modification des anciens articles L. 122-35 et L. 122-45 du Code du travail, prohibe désormais¹⁰³¹ expressément les sanctions, licenciements ou mesures discriminatoires, en raison de l'âge du salarié. De même, l'article 225-1 du Code pénal¹⁰³² est le premier article concernant les atteintes à la dignité de la personne. Il dispose en son premier alinéa que toute distinction opérée entre les personnes physiques en fonction notamment de leur âge, constitue une discrimination. Dans l'un ou l'autre cas — trop jeune ou trop âgé —, l'âge peut être considéré comme le stigmate d'une productivité non optimale : Soit parce que la personne est trop inexpérimentée, soit parce qu'elle l'est au contraire et prétend donc à percevoir un salaire plus conséquent. Dans ce contexte, l'âge fait partie de la longue liste de critères de discrimination réprimés par le Code du travail¹⁰³³. C'est la période de transition de l'activité vers la retraite qui encoure le risque de la discrimination. Contrairement aux autres types de discrimination, le critère de l'âge touche et touchera possiblement l'ensemble des actifs. À la différence du sexe, de l'orientation sexuelle ou encore de l'ethnie d'une personne qui sont des critères pérennes, l'âge lui, est en permanent avancement. De cette façon, « *le critère de l'âge est devenu un "instrument de mesure" des individus, un indicateur économique et démographique pour les pouvoirs publics, quelle que soit sa pertinence au regard du vieillissement relatif de l'individu* »¹⁰³⁴. Cela étant, le droit positif, s'il est empreint de bonnes intentions, reste peu efficient. En effet, le principe général

¹⁰²⁸ Cass. soc. 30 avril 2009, n° 07-43.935, publié au Bull. 2009, V, n° 118 ; Cass. soc. 9 février 2010, n° 08-45.251, inédit ; V. à ce propos M. MERCAT-BRUNS, « Âge et discrimination indirecte : une jurisprudence en gestation », *RDT*, Dalloz édition, 2011, p. 441.

¹⁰²⁹ L. n° 2001-1066 du 16 novembre 2001, relative à la lutte contre les discriminations, publiée au JORF n° 267 du 17 novembre 2001, p. 18311, texte n° 1.

¹⁰³⁰ Jusqu'à la loi du 16 novembre 2001, seules les discriminations directes étaient implicitement retenues. Il en allait autrement pour le droit communautaire qui donnait déjà une définition explicite à l'art. 2.2 de la directive communautaire 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, publié au JOUE n° L 303 du 2 décembre 2000, p. 0016 – 0022.

¹⁰³¹ L'art. L. 122-45 ancien du Code du travail (antérieur à la loi de 2001) ne donnait pas de définition du terme de discrimination et se contentait d'en exposer des exemples.

¹⁰³² Art. 225-1 CP, modifié par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle (1), n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 – art. 86, publiée au JORF n° 0269, du 19 novembre 2001, texte n° 1.

¹⁰³³ Art. L. 1132-1 C.T. tel que modifié par la L. n° 2017-256 du 28 février 2017 – art. 70, *de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique (1)*, publiée au JORF n° 0051 du 1^{er} mars 2017, texte n° 1.

¹⁰³⁴ M. MERCAT-BRUNS, « Discrimination fondée sur l'âge et fin de carrière », *Retraite et société*, Cnav., 2002/2, n° 36, p. 109-135.

de non-discrimination énoncé à l'article L. 1132-1 du Code du travail¹⁰³⁵ connaît un tempérament conséquent à travers L. 1133-1 et L. 1133-2 du même Code¹⁰³⁶. En vertu de ces deux articles, les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime. L'existence ou non d'une discrimination fondée sur l'âge semble ainsi dépendre du contexte dont elle est issue. De ce fait, le juge apparaît comme le rempart, permettant de placer le curseur entre discrimination et non-discrimination. Madame Marie MERCAT-BRUNS interroge très justement l'existence choix du salarié âgé à qui l'on propose une préretraite progressive assortie d'avantages, là où les plus jeunes jouissent d'un droit à conversion, au détriment de la sécurité d'emploi¹⁰³⁷.

Le Code de commerce aménage une exclusion fondée sur l'âge pour certaines activités, singulièrement pour les activités liées à l'exercice d'une société anonyme. À titre illustratif, l'article L. 225-48¹⁰³⁸ de ce Code, dispose d'une limite d'âge pour l'exercice des fonctions de président du conseil d'administration d'une telle société. La limite est légalement fixée à 65 ans, mais peut être aménagée dans les statuts de la société. Elle constitue le terme de l'activité de président du conseil d'administration. Lorsque le terme survient, le président est réputé démissionnaire d'office. Le président du conseil d'administration de société anonyme ne fait pas seul les frais de son âge. Le directeur général et le directeur général délégué, ainsi que les membres du directoire nommés par le conseil de surveillance subissent la même réserve¹⁰³⁹. L'ensemble des membres de son conseil font l'objet d'une restriction plus sophistiquée encore. En effet, l'article L. 225-19 du Code de commerce impose que les deux tiers des administrateurs en fonction aient moins de 70 ans. La sanction encourue par une disposition contraire à cette règle est la nullité. Il en va de même à l'égard des sociétés commerciales de type société en commandite par actions. Les statuts doivent prévoir une limite d'âge s'appliquant aux membres du conseil de surveillance, soit à un pourcentage de ces membres. À défaut de disposition statutaire expresse, le conseil de surveillance ne peut accueillir plus d'un tiers de membres âgés de plus de 70 ans¹⁰⁴⁰. Ces exemples illustrent une véritable volonté

¹⁰³⁵ Art. L. 1132-1, modifié par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 – préc. – art. 87.

¹⁰³⁶ Art. L. 1133-1 et L. 1133-2, modifiés par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 – art. 6, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, publiée au JORF n° 0123 du 28 mai 2008, p. 8801, texte n° 1.

¹⁰³⁷ M. MERCAT-BRUNS, *Op. cit., ibid.*

¹⁰³⁸ Art. L. 225-48 du Code de commerce, tel que modifié par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 – art. 105, *relative aux nouvelles régulations économiques (I)*, publiée au JORF n° 113 du 16 mai 2001, p. 7776, texte n° 2.

¹⁰³⁹ Art. L. 225-54 et L. 225-60 du Code de commerce, tel que modifié par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 – préc., art. 105.

¹⁰⁴⁰ Art. L. 226-5 du Code de commerce, modifié par la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003 – art. 50 (V), *modifiant le livre VIII du code de commerce (I)*, publiée au JORF du 4 janvier 2003, p. 256, texte n° 2.

de diversification des âges à la tête des entreprises, au détriment des personnes âgées¹⁰⁴¹, dont la présence est volontairement limitée.

334. La répression de la discrimination fondée sur l'âge dépasse la seule activité salariée, et s'étend aux organisations syndicales, ainsi qu'aux travailleurs indépendants¹⁰⁴². Malgré cela, les distinctions perdurent. L'une des causes naturelles, tient au fait que l'âge d'une personne peut difficilement être caché. Les autres critères censés assoir les discriminations fondées sur l'âge — expérimentation, productivité, salaire... — n'ont toutefois pas les mêmes répercussions à l'aube de la vie active ou en fin de carrière.

Une fois l'opulence du contentieux de droit social dépassée, on peut prendre la mesure de la rareté du critère autonome de l'âge avancé en matière de discrimination. Cette quasi exclusivité contentieuse est due au lien inextricable existant entre l'âge et la durée de la vie active. La réglementation, imposant ou recommandant un âge plafond à la vie professionnelle est à la base de toute une série de conséquences qui font de ce critère un élément caractéristique de la personne et de son activité. Un doute subsiste quant à la pertinence de ces efforts légaux. L'action de dénonciation et lutte ouverte contre les discriminations fondées sur l'âge est-elle vraiment productive ? Ou ne risque-t-elle pas plutôt de creuser le fossé entre les générations ?¹⁰⁴³

335. Contrairement au droit anglo-saxon, le droit français semble rencontrer certaines difficultés en matière d'appréhension du critère de discrimination¹⁰⁴⁴. Le Monsieur LYON-CAEN relevait déjà cette ambivalence en 2003. « *Alors que la discrimination fondée sur le sexe est, depuis un demi-siècle, pourchassée par une norme juridique prohibitive, vigoureusement appliquée par les juges, et généralement acceptée - au point que cette discrimination est sous nos yeux, en voie de disparition - celle s'inspirant de l'âge, quoique légalement proscrite par le Code du travail, reste monnaie courante parce que sans doute acceptée, voire désirée par l'opinion commune* »¹⁰⁴⁵. Cette situation est une conséquence d'une position légale ambivalente quant au rôle de l'âge dans l'exclusion du monde professionnel. Sur certains points, l'exclusion fondée sur l'âge est fortement sanctionnée, pour d'autres, elle est favorisée. « *L'âge constitue un critère d'exclusion du monde professionnel, pouvant faire l'objet de sanctions sévères. Concurrément, le législateur adopte en*

¹⁰⁴¹ L. RAZÉ, *Op. cit.*, ibid.

¹⁰⁴² L. n° 2008-496 du 27 mai 2008, préc. — art. 2.

¹⁰⁴³ V. à ce propos : M. MERCAT-BRUNS, « Avant-propos », *Retraite et société*, Cnav., 2007/2, n° 51, p. 4-9.

¹⁰⁴⁴ M- C. AMAUGER-LATTES, ibid.

¹⁰⁴⁵ G. LYON-CAEN, « Différence de traitement ou discrimination selon l'âge », *Droit social*, Dalloz, 2003, n° 12, p. 1047.

parallèle une position toute autre, favorable à l'exclusion des plus âgés »¹⁰⁴⁶. Le législateur devra impérativement se positionner quant à la mobilisation du critère de l'âge, le rapport à la discrimination, et les frontières de la vie active.

2. La discrimination fondée sur l'âge en droit communautaire.

336. La conception communautaire de la discrimination fondée sur l'âge s'est construite de manière progressive et assez discrète. La directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 constitue un fondement de l'appréhension des discriminations fondées sur l'âge¹⁰⁴⁷. Elle a pour objet « *d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement* »¹⁰⁴⁸. Néanmoins, l'article 6 de cette même directive prévoit la possibilité pour les États signataires de mettre en place des distinctions fondées sur l'âge, sous réserve qu'elles soient « *objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires* »¹⁰⁴⁹. L'appréhension de l'âge intervient donc bien après la reconnaissance des discriminations fondées sur le sexe portées par la directive du 9 février 1976¹⁰⁵⁰, ou l'origine ethnique avec la directive du 29 juin 2000¹⁰⁵¹. Elle

¹⁰⁴⁶ L. RAZÉ, *Op. cit.*, p. 94-96.

¹⁰⁴⁷ En France, la Dir. 2000/78/CE a donné lieu à cinq textes de transposition : L. n° 2001-1066 du 16 novembre 2001, *relative à la lutte contre les discriminations*, publiée au JORF n° 267 du 17 novembre 2001, p. 18311, texte n° 1 ; L. n° 2002-73 du 17 janvier 2002, *de modernisation sociale*, publiée au JORF du 18 janvier 2002, p. 1008, texte n° 1 ; L. n° 2005-102 du 11 février 2005, pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (1), publiée au JORF n° 36 du 12 février 2005, p. 2353, texte n° 1 ; L. n° 2005-843, portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, publiée au JORF n° 173 du 27 juillet 2005, p. 12183, texte n° 3 ; L. n° 2008-496 du 27 mai 2008, préc.

¹⁰⁴⁸ Dir. 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, publiée au JOUE n° L. 303 du 2 décembre 2000, p. 16.

¹⁰⁴⁹ Extrait de l'art. 6, Dir. 2000/78/CE, préc.

¹⁰⁵⁰ Dir. 76/207/CEE du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, publiée au JOCE n° L. 039 du 14 février 1976, p. 40-42.

¹⁰⁵¹ Dir. 2000/43/CE du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, publiée au JOUE n° L. 180 du 19 juillet 2000, p. 22-26, ayant donné lieu à six textes de transposition en France : L. n° 2001-1066 du 16 novembre 2001, préc. ; L. n° 2002-73 du 17 janvier 2002, préc. ; L. n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, *portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, publiée au JORF n° 0304 du 31 décembre 2004, p. 22567, texte n° 3 ; D. n° 2005-215 du 4 mars 2005, relatif à la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, publié au JORF n° 55 du 6 mars 2005, p. 3862 ; L. n° 2005-843 du 26 juillet 2005, préc. ; L. n° 2005-496 du 27 mai 2008, préc.

intervient également de façon originale, « *puisque'il est possible de justifier un traitement différencié explicitement basé sur l'âge* »¹⁰⁵² en vertu de l'article 6¹⁰⁵³.

La Cour de justice de l'Union européenne ne s'est prononcée sur le sujet de l'âge¹⁰⁵⁴ qu'à partir de l'arrêt *Werner MANGOLD c/ Rüdiger HELM*, en 2005¹⁰⁵⁵. Cette affaire¹⁰⁵⁶ soulève alors une nouvelle fois le caractère complexe et mouvant de l'âge en matière de discrimination¹⁰⁵⁷. S'ensuivit un contentieux régulier et diversifié, avec les arrêts *Maria-Luise LINDORFER*¹⁰⁵⁸ et *Palacios DE LA VILLA*¹⁰⁵⁹ en 2007, *Brigit BARTSCH c. BSH Altersfürsorge GmbH*¹⁰⁶⁰ en 2008, et *Age concerne England*¹⁰⁶¹ en 2009 à travers lesquels la Cour s'est prononcée sur des cas de discriminations fondées sur l'âge concernant respectivement des ressortissants de nationalité Belge, Espagnole, Allemande et Anglaise. De même dans un arrêt plus récent — Arrêt *PRIGGE et al*¹⁰⁶² —, la Cour s'est prononcée à propos d'une réglementation dérogatoire imposée à certaines professions. Il s'agissait en l'espèce de la profession de pilote aérien réglementée par une institution internationale à laquelle avait adhéré le pays des pilotes requérants. « *La Cour a jugé que l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78 s'oppose à ce qu'une clause d'une convention collective fixe à 60 ans l'âge limite à compter duquel les pilotes sont considérés comme n'ayant plus les capacités physiques pour exercer leur activité professionnelle, alors que les réglementations nationales et internationales fixent cet âge à 65 ans* »¹⁰⁶³.

¹⁰⁵² A. GOSSERIES, « La singularité de l'âge : réflexions sur la jurisprudence communautaire », *Mouvements*, La Découverte, 2009/3, n° 59, p. 42-54.

¹⁰⁵³ Art. 6, Dir. 2000/78/CE – préc.

¹⁰⁵⁴ M. BRISSE, « La jurisprudence européenne sur les discriminations fondées sur l'âge », *Retraite et société*, la Documentation française, 2007/2, n° 51, p. 286-287.

¹⁰⁵⁵ CJCE, W. MANGOLD c. R. HELM, 22 novembre 2005, Affaire C-144/04

¹⁰⁵⁶ M. BRISSE, *Op. cit.*, p. 287 : « *Il est donc assez complexe de déterminer un groupe discriminé tant les groupes peuvent ne pas être homogènes : une personne de 52 ans discriminée à l'embauche est-elle à ranger dans la même catégorie qu'une autre de 62 ans ou même qu'un jeune de 20 ans ?* ».

¹⁰⁵⁷ Dans un arrêt récent, la CJUE s'est prononcée à propos d'une discrimination fondée sur l'âge et visant des personnes âgées de plus de 35 ans. V. à ce propos CJUE, arrêt *SALABERRIA*, 15 novembre 2016, Affaire C-258/15.

¹⁰⁵⁸ CJCE, M.-L. LINDORFER, 11 septembre 2007, Affaire C-227/04 P.

¹⁰⁵⁹ CJCE, F. PALACIOS DE LA VILLA c. CORTEFIEL Servicios SA, 16 octobre 2007, Affaire C-411/05.

¹⁰⁶⁰ CJCE, B. BARTSCH c. BSH Altersfürsorge GmbH, 23 septembre 2008, Affaire C-427/06.

¹⁰⁶¹ CJCE, *The Queen c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, 5 mars 2009, Affaire C-388/07.

¹⁰⁶² CJUE, R. PRIGGE, M. FROMM, V. LAMBACH c. Deutsche Lufthansa AG, 13 septembre 2011, Affaire C-447/09.

¹⁰⁶³ CJUE, rapport annuel pour 2011, p. 55.

II. LE RAPPORT AUX DROITS DE LA PERSONNE ÂGÉE

337. La réalité de la représentation sociale contemporaine de la vieillesse est complexe. D'un côté, le système de protection judiciaire des personnes vulnérables n'a jamais été aussi abouti et sollicité, tandis que de l'autre, les personnes âgées ont tendance à être réduites à leurs pertes de capacités. Ce constat vaut pour les rapports quotidiens mais transparait également du *corpus* normatif en matière d'efficience des droits. L'exemple du rapport aux droits civiques témoigne de cette ambivalence.

Le droit positif refuse encore aujourd'hui d'opérer de trop grandes distinctions parmi les majeurs. La principale subtilité admise s'articule autour de la notion de capacité juridique. Un raisonnement binaire s'épanouit une fois encore dans la seconde période de vie qu'est la majorité. La capacité se déploie sous l'égide de l'égalité. Celle-ci ne pâtit que d'un tempérament — l'incapacité — qui est encadré par les principes de nécessité, de subsidiarité et d'individualité. Malgré l'égalité proclamée des majeurs, les personnes âgées subissent une forme de ségrégation implicite. Largement plébiscitées comme des majeurs quelconques, les personnes âgées ne bénéficient d'aucun statut général permettant une garantie plus minutieuse de l'efficience des droits. « *Si le droit français n'ignore pas la vulnérabilité ou la fragilité en raison de l'âge, c'est comme un rapport social singulier pouvant comporter des conséquences juridiques et non comme un statut* »¹⁰⁶⁴. La Constitution organise les droits reconnus à chaque individu. La prise en compte est résolument abstraite. Il en va de même au sein de la Déclaration des Droits de l'Homme. Cette aridité normative fait défaut au domaine de la protection des personnes âgées.

338. Monsieur Robert MOULIAS dressait lui-même le constat de l'inadaptation du principe d'égalité à la réalité de la vieillesse, dans le cadre de l'ancienne Fondation Nationale de Gérontologie : « *Dans la loi, les vieilles personnes ont les mêmes droits – et devoirs – que toute autre personne. Dans les faits, il faut nuancer. Celles qui sont “dépendantes” ne peuvent s'exprimer [...]. La majorité, celles qui restent parfaitement autonomes et responsables d'elles-mêmes, n'est pas écoutée spontanément* »¹⁰⁶⁵. Cela implique une protection globalement *a posteriori*. La nature jurisprudentielle du contrôle et de la sanction de l'ineffectivité des droits de la personne âgée est

¹⁰⁶⁴ Y. FAVIER, « Vulnérabilité et fragilité face au vieillissement : l'approche du droit français », *Revista Tematica Kairós Gerontologia*, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013, vol. 15, p. 61.

¹⁰⁶⁵ < http://www.fng.fr/html/droit_liberte/charte_pdf/20_ANS_CHARTE_ET_COMMISSION.pdf > [en ligne] [09 mai 2014]. R. MOULIAS, à l'occasion des 20 ans de la Charte des Droits et Libertés de la personne âgée dépendante et dans le cadre de sa présidence de l'ancienne Commission Droits et libertés de la personne âgée.

incomplète. Elle est intrinsèquement soumise au déclenchement d'une action contentieuse et une partie des atteintes échappe *ipso facto* au contrôle des juges.

339. La question de l'effectivité des droits de la personne âgée fut traitée par la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme ¹⁰⁶⁶ sur impulsion de Michèle DELAUNAY¹⁰⁶⁷. L'engagement civique est d'une manière générale très élevé chez les personnes âgées mais semble ne pas résister à l'entrée en institution. La baisse de l'intérêt pour la chose publique ne serait pas tant d'origine naturelle que du fait de facteurs extérieurs. Le contexte institutionnel pourrait être à l'origine du désengagement de la citoyenneté des personnes âgées dépendantes¹⁰⁶⁸. À propos des droits civils et politiques, la Commission a pu principalement déplorer l'absence de disposition spécifique concernant le droit de vote des personnes âgées. L'efficiencia du droit de vote des personnes hébergées en EHPAD est soumise aux initiatives des établissements ou au bon vouloir de leurs proches. « *Dans certaines municipalités et établissements (EHPAD), des initiatives ont été menées pour faciliter le vote des seniors. Certains établissements ont sensibilisé au vote par procuration* »¹⁰⁶⁹. L'instauration d'un centre de vote itinérant pourrait grandement simplifier l'accès au vote pour ces populations.

340. Le législateur peut difficilement gérer certains stigmates de la discrimination fondée sur l'âge. L'enjeu est d'autant plus délicat en matière de discrimination indirecte. Comme le souligne une partie de la doctrine, la discrimination indirecte questionne les garanties d'une qualité de vie offertes aux personnes âgées, à la fois par les normes et par les pratiques individuelles¹⁰⁷⁰. Ces enjeux sont particulièrement prégnants.

¹⁰⁶⁶ CNCDH, *Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées*, Assemblée plénière du 27 juin 2013, publié au JORF n° 0176 du 31 juillet 2013, texte n° 101 ; V. à ce propos V. AVENA-ROBARDET, « Trois avis en droit de la famille », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2013, p. 402.

¹⁰⁶⁷ Saisine opérée le 19 octobre 2012.

¹⁰⁶⁸ B. LUCAS, L. SGIER, « Soutenir la citoyenneté des personnes âgées en institution », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2012/4, vol. 35, n° 143, p. 83-86.

¹⁰⁶⁹ CNCDH, *Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées*, *Op. cit.*, pt. 16.

¹⁰⁷⁰ M. MERCAT-BRUNS, *La personne au prisme des discriminations indirectes*, Dalloz édition, Coll. Recueil Dalloz, 2013, p. 2475.

SECTION III

LE MODÈLE DE PROTECTION SPÉCIALE PAR L'INCAPACITÉ : L'ÉQUILIBRE RECHERCHÉ ENTRE LIBERTÉ ET PROTECTION

« Tout le monde se plaint de sa mémoire, et personne ne se plaint de son jugement ».

La ROCHEFOUCAULD¹⁰⁷¹

341. Lorsque l'individu souffre de défaillances, temporaires ou permanente, il devient parfois vital d'organiser sa protection. La société apparaît comme un véritable relai permettant une prise en charge adaptée. L'édiction des normes relatives à la protection juridique des majeurs, vise un double objectif. Il s'agit d'un côté, de répondre aux défaillances individuelles, et de l'autre, de préserver l'équilibre sociétal. En agissant en faveur de la protection des personnes vulnérables, le législateur comble en un même temps les difficultés individuelles, et s'assure que le lien sociétal soit maintenu. De ce fait, les personnes disposent d'un panel juridique progressif apte à s'adapter à de nombreuses situations. Le droit commun organise une protection ponctuelle, tandis que le droit spécial offre un arsenal plus complet aux situations qui requièrent un soutien plus lourd.

Les différentes mesures de protection juridique des majeurs (PARAGRAPHE 2), répondent à une structure complexe qui appelle l'intervention de plusieurs acteurs différents (PARAGRAPHE 1).

PARAGRAPHE 1

LA CAPACITÉ JURIDIQUE MISE À L'ÉPREUVE DU VIEILLISSEMENT DÉMOGRAPHIQUE

342. En matière de protection juridique et d'encadrement des rapports entre l'individu et autrui, le législateur est venu encadrer un véritable "parcours de protection". À cette occasion, les professionnels du droit et de la médecine s'associent pour trouver la solution la plus adaptée et s'assurer de l'équilibre nécessaire entre protection et préservation. *« La protection judiciaire des majeurs est assurée par le juge des tutelles éclairé par le médecin. Il existe une collaboration constante entre l'un et l'autre [...]. L'altération des facultés doit être établie par un médecin [...] pour que le juge en tire les conséquences : constater l'altération des facultés et soumettre un majeur à une mesure de protection »*¹⁰⁷². Un panel de solutions juridiques protectrices tend à répondre à un

¹⁰⁷¹ La ROCHEFOUCAULD, *Maximes et Réflexions diverses*, Gallimard, coll. Folio classique, n° 89.

¹⁰⁷² P. MALAURIE, L. AYNES, *Les personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, Ed. Defrénois Lextenso éditions, coll. Droit civil, Paris, 5^{ème} édition, 2010, p. 306.

nombre bien plus important encore de situations. La protection juridique des majeurs recouvre aujourd'hui à la fois le volet patrimonial et extra-patrimonial de la personne et répond toujours à une logique individualiste et spécialisée.

Le besoin individuel de protection (I) est au centre d'un contexte multidisciplinaire largement consacré, rendu effectif par le concours de différents acteurs professionnels ou non (II).

I. L'EXISTENCE D'UN BESOIN DE PROTECTION LIÉ À L'ÂGE

343. Les attributs de l'âge participent parfois à placer la personne dans l'impossibilité de pourvoir à ses intérêts comme le ferait une personne quelconque. Le législateur intervient face à ces défaillances et organise un véritable relai juridique organisé, afin de compenser ces hétérogénéités réelles. Le positionnement actuel consiste à gratifier ces personnes d'une protection conçue globalement pour assurer une protection individualisée. Ainsi le raisonnement tenu est le même, qu'il soit tenu pour la protection d'une personne handicapée, d'une personne dans le coma, ou d'une personne présentant des altérations cognitives dues à son âge. Le raisonnement tenu semble se placer volontairement à l'échelle du besoin de protection, plutôt qu'à celle des causes de ce besoin.

L'âge de la personne protégée emporte pourtant un certain nombre de conséquences sur la protection juridique (A) — notamment sur les acteurs familiaux liés à la protection, ou encore sur la présence des personnes âgées parmi la population des majeurs protégés. Une partie de ces facteurs participe à créer un lien aléatoire entre capacité juridique et vieillissement (B).

A. LA PROTECTION JURIDIQUE DU MAJEUR ÂGÉ

344. Le système de protection juridique des majeurs intervient en réaction à l'altération des capacités de l'individu. Il s'agit d'une réponse juridique donnée à un problème soulevé par une incapacité individuelle. La protection est construite pour pallier l'impossibilité dans laquelle se trouve une personne de répondre aux interactions nécessaires à la vie en société.

La protection juridique des majeurs se veut le relai juridico-sociétal des éventuelles défaillances individuelles que connaît parfois la population des personnes âgées (1). La forme qu'on lui connaît aujourd'hui est le fruit d'un long processus de réforme (2).

1. L'élaboration d'un relai juridico-sociétal à la défaillance individuelle

345. Le raisonnement propre à la protection juridique des majeurs questionne plus largement la place de l'État et celle de la famille en matière de prise en charge d'un individu défaillant¹⁰⁷³ (a). À ce titre, il recouvre une grande variété de situations (b).

a. L'élan de protection

346. La norme juridico-sociale est la réponse donnée à une situation dans laquelle l'idéal d'intégration ne peut pas, ou ne peut plus, être atteint. Lorsqu'un individu se trouve dans une condition où il ne correspond plus à l'état général attendu, la norme intervient pour le protéger ou pour rétablir une forme d'équilibre. Il est du rôle du législateur d'envisager et de prévoir l'application de mécanismes adaptés, dans un but de "gestion" des défaillances connues individuellement. La place centralisée et grandissante de l'État au sein du processus de protection des majeurs a pour corollaire la distension de l'implication familiale. On entend par là, que la modification des rapports intrafamiliaux — lien matrimonial instable, création de nouveaux liens para-familiaux, familles recomposées etc... — peut être à l'origine de l'affaiblissement de la prise en charge privée de la vieillesse. Au-delà de ses raisons internes à la famille, s'ajoutent des facteurs extérieurs. La précarité de la croissance économique fait de l'emploi une priorité qui ne saurait être négligée. La conséquence à cela, est que de nombreux actifs renoncent à aménager leur temps de travail pour prendre soin d'un proche âgé et en perte d'autonomie. Le relai familial laisse progressivement place au relai institutionnel et normatif. Avec la dynamique proposée par l'État, la protection prend davantage des allures de gestion. Il devient avant tout question d'apporter une solution à une situation où l'individu ne peut interagir "normalement" — dans le sens de la norme — avec le reste de la société. Malgré ce phénomène, la priorité est toujours traditionnellement donnée à la famille. C'est uniquement à défaut des mécanismes classiques de gestion d'affaire ou de la sollicitation des solidarités matrimoniales ou familiale que la solution de protection juridique est envisagée.

347. La protection juridique des majeurs est protéiforme. Cette nature se conforte à la vue de l'ensemble des conceptions nationales de la protection. Depuis le 13 janvier 2000 la Convention de La Haye la Convention sur la protection internationale des adultes s'applique aux situations

¹⁰⁷³ V. à ce propos : J. HAUSER, « Des incapables aux personnes vulnérables », *Droit de la famille*, Dalloz édition, 2007, n° 5, étude 14, p. 1.

présentant un caractère d'extranéité. La France signera cette Convention le 13 juillet 2001 mais ne procédera à sa ratification que le 28 juillet 2008¹⁰⁷⁴. La publication de la Convention ne sera réalisée que plusieurs mois plus tard¹⁰⁷⁵. Ce texte a vocation à s'appliquer aux situations à caractère international concernant des adultes présentant une altération ou une insuffisance de facultés ne leur permettant pas de pourvoir à leurs intérêts¹⁰⁷⁶. Son champ d'action est étranger à de nombreux domaines d'action¹⁰⁷⁷ — sécurité sociale, matière matrimoniale, obligation alimentaire, succession etc... — afin de préserver les spécificités des règles nationales.

348. En France, la protection juridique des majeurs tend à s'adapter à un maximum de situations individuelles. L'ensemble du mécanisme revêt une forme structurée où chaque mesure répond à des critères arrêtés. Au-delà des jeux d'acteurs intervenant en amont ou courant la protection, le *corpus* légal prévoit une protection tant patrimoniale qu'extra-patrimoniale, répondant à la logique de "protection" imposée. L'objet de ce chapitre est de procéder à une revue globale du mécanisme juridique de protection des majeurs. Il s'agit d'appréhender l'ensemble des logiques et articulations du mécanisme de protection afin de fixer une description fidèle à la réalité de la protection des majeurs et d'en déceler les limites. Pourtant il n'est nullement question ici de prendre part au débat consistant à encenser ou à discréditer la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs¹⁰⁷⁸, mais bien de refléter une réalité dense et complexe. Cette réalité est le fruit de l'interaction de nombreux acteurs à la fois professionnels et non professionnels.

b. Le régime de protection

349. En vertu de l'article 425 du Code civil¹⁰⁷⁹, le fond de la protection juridique des majeurs concerne les adultes subissant une altération — soit de leurs facultés mentales, soit de leurs facultés physiques — qui ne leur permet pas d'exprimer un consentement éclairé. Par le biais des régimes spéciaux de protection des majeurs, le législateur assure un relai juridico-social au profit de personnes ne pouvant pas exprimer leur volonté. Ce faisant, il sécurise le patrimoine et s'assure de

¹⁰⁷⁴ L. n° 2008-737 du 28 juillet 2008, Autorisant la ratification de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (1), publiée au JORF n° 0176 du 30 juillet 2008, p. 12202, texte n° 2.

¹⁰⁷⁵ D. n° 2008-1547 du 30 décembre 2008, Portant publication de la Convention sur la protection internationale des adultes, faite à La Haye le 13 janvier 2000, signée par la France le 13 juillet 2001 (1), publié au JORF n° 0001 du 1^{er} janvier 2009, p. 43, texte n° 29.

¹⁰⁷⁶ Convention de La Haye, 13 janvier 2000, art. 1.

¹⁰⁷⁷ La seule précision faite par la Convention quant au critère de l'âge est celle de l'âge de la majorité.

¹⁰⁷⁸ V. à ce propos : T. VERHEYDE, « Ne tirez plus sur les professionnels de la tutelle ! », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2014, p. 579.

¹⁰⁷⁹ Art. 425 C. Civ., préc.

la préservation de l'intégrité physique de ces personnes. Cependant, cette disposition reste très large. Elle est donc amenée à recouvrir des situations hétéroclites. Démence, handicap mental, maladie dégénérative, coma prolongé sont autant de variations justifiant la mise en place d'une mesure de protection.

350. La réforme de 2007 a participé à restreindre le champ d'application de la protection juridique des majeurs, en excluant une catégorie de personnes. Il s'agit des personnes prodigues. En effet, « *le législateur a considéré que l'oisiveté ou l'intempérance, la prodigalité était une liberté* »¹⁰⁸⁰. Cette évolution est de taille en matière de protection juridique des personnes âgées. Ces dernières sont particulièrement touchées par le reproche de la prodigalité. Ceci est davantage dû au sentiment de pré-possession des futurs héritiers sur le patrimoine de leurs ascendants, que du fait d'un réel élan de largesse de la personne âgée accusée. Là est bien le centre du problème. Les libéralités des personnes âgées font souvent l'objet de suspicions diverses. Le sujet de la donation ne peut donner lieu à de nombreuses interprétations.

351. Pourquoi la prodigalité est davantage suspecte chez une personne âgée que chez une personne jeune ? Avant de proposer un élément de réponse, force est de constater que la prodigalité d'une personne âgée peut représenter un sujet autonome : D'abord, la volonté de partager et transmettre son patrimoine présente peu d'intérêt pour qui ce dernier est encore en construction. Ensuite, le souhait de donner se fait plus pressant chez une personne dont le rythme de vie a peu de risque d'évoluer. Enfin, la personne âgée se trouve par nature confrontée à la question de la transmission de son patrimoine. En cela, elle est facilement amenée à souhaiter dispenser des prodigalités à son entourage. Face à ce constat, la profusion ne devrait être suspectée ou contrôlée qu'avec une certaine mesure — c'est-à-dire lorsqu'elle conduit à mettre en péril l'équilibre financier du prodigue. Pourtant, nombre de personnes âgées furent placées sous protection, à la demande de leurs proches qui souhaitaient mettre un terme à des dons trop fréquents. Le fait est que certains placements constituaient de véritables ingérences dans la vie privée des personnes concernées. Les proches à l'origine du déclenchement de la procédure de protection souhaitaient en réalité protéger un patrimoine sur lequel ils anticipaient leurs prises de droits.

La possibilité de réclamer une curatelle pour un parent un peu trop généreux portait gravement atteinte à la liberté de disposer de son patrimoine. L'article 488 alinéa 3 du Code civil, disposait en

¹⁰⁸⁰ P. MALAURIE, L. AYNES, *Op. cit.*, p. 369, n° 792.

effet que : « *Peut pareillement être protégé le majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales* »¹⁰⁸¹. La loi du 3 janvier 1968¹⁰⁸² ne portait à cette liberté qu'une reconnaissance limitée et relative. Malgré cela, tout acte litigieux peut être annulé si l'insanité d'esprit de l'auteur au moment de la conclusion est prouvée.

352. Le mécanisme de protection juridique des majeurs recouvre — malgré l'exclusion des prodigues — un ensemble largement hétérogène de situations. Cette diversité laisse à penser que le processus est guidé par une qualité commune aux personnes protégées — la vulnérabilité par exemple. Néanmoins, comme le fait remarquer Monsieur Yann FAVIER, la protection des majeurs « *ne définit pas la personne protégée comme vulnérable mais comme relevant d'un ensemble de règles juridiques qui organisent sa représentation ou son assistance, par le contrat ou la décision de justice* »¹⁰⁸³. Pourtant la vulnérabilité reste à la source de la protection juridique. Si ce n'est-elle, ce sera du moins l'impossibilité de pourvoir à ses propres intérêts¹⁰⁸⁴. Cette dernière vision se trouve confirmée par le vocable large et flou employé par le législateur en matière de droit des incapacités.

2. La conjoncture protectionniste et son impact sur la capacité juridique de la personne âgée

353. La protection juridique des majeurs portée par la réforme de 2007¹⁰⁸⁵, est le fruit de la rénovation du mécanisme consacré par la loi du 3 janvier 1968¹⁰⁸⁶, dont l'ambition avait déjà marqué les esprits¹⁰⁸⁷. La loi du 5 mars 2007 ne fut que le point de départ (a) d'une réforme d'envergure concrétisée par voie de décrets d'application (b).

¹⁰⁸¹ Art. 488 anc. Civ, tel que créé par la L. n° 68-5 du 3 janvier 1968 – art. 1, *portant réforme du droit des incapables majeurs*, publiée au JORF du 4 janvier 1968, p. 114, et modifié par la L. n° 74-631 du 5 juillet 1974 – art 1, *fixant à 18 ans l'âge de la majorité*, publiée au JORF du 7 juillet 1974, p. 7099.

¹⁰⁸² L. n° 68-5 du 3 janvier 1968, préc.

¹⁰⁸³ Y. FAVIER, « Vulnérabilité et fragilité face au vieillissement : l'approche du droit français », *Revista Temática Kairós Gerontologia*, Vol. 15, n° 6, "Vulnerabilidade/Envelhecimento e Velhice : Aspectos Biopsicossociais", 2012, p. 62 : « *De façon très révélatrice, on observe dans la partie du code civil relative aux majeurs protégés l'utilisation de périphrases et de notions vagues pour évoquer les personnes protégées ou à protéger telles que celles « d'altération » des facultés personnelles, de personnes « hors état » de manifester sa volonté ou de formulation négative, comme celle de personne qui « ne peut pas » accomplir seul un acte qui lui causerait un « préjudice » (mais cette fois uniquement pour graduer la nullité des actes juridiques) ».*

¹⁰⁸⁴ Art. 425 C. Civ. préc.

¹⁰⁸⁵ L. n° 2007-308 du 5 mars 2007, préc.

¹⁰⁸⁶ L. n° 68-5 du 3 janvier 1968, préc.

¹⁰⁸⁷ L. GATTI, *La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne*, Thèse de Doctorat de Droit, 2015, p. 24 : « *Tout en continuant d'attacher les hommes malades 46 et les hommes vieux 47 pour contenir leur*

a. Les fondations du système actuel de protection : la loi du 5 mars 2007

354. Jusqu'à la première grande réforme de 1968, le système juridique se préoccupait davantage de protéger le patrimoine de la personne que la personne elle-même¹⁰⁸⁸. Depuis lors, le droit tutélaire se plie au triptyque de protection composé de la tutelle, de la curatelle et de la sauvegarde de justice. Nonobstant le vocabulaire protectionniste consacré, « la *“protection” promise par ces trois mesures n'est possible que par les restrictions qu'elles apportent à la capacité d'exercice et – plus exceptionnellement – à la capacité de jouissance de la personne protégée et réciproquement par les pouvoirs qu'elles confèrent à la personne désignée pour exercer soit une mission de représentation, soit une mission de conseil, d'assistance et de contrôle* »¹⁰⁸⁹.

La réforme de 2007 se place volontairement sous l'égide de l'objectif d'adaptation du système de protection des majeurs au vieillissement de la population¹⁰⁹⁰ : « *Malgré sa souplesse, le régime français de protection des majeurs est souvent considéré comme inadapté, en particulier aux besoins d'une population vieillissante. Une réforme est donc envisagée* »¹⁰⁹¹ peut-on lire dans un document de travail du sénat en prévision de la réforme de 2007. L'institution dénonçait des règles désuètes¹⁰⁹², dévoyées¹⁰⁹³ et décalées¹⁰⁹⁴. Il n'en fallait pas davantage pour espérer une réforme. L'action du législateur interne — initiée en 2002 — est largement imprégnée par le droit européen¹⁰⁹⁵. Ce faisant, l'évolution française s'inscrit à la suite d'une série de réformes des divers

agitation, au moyen d'un drap, d'un vêtement, de sangles ou de barrières, le législateur a peu à peu entendu limiter le recours à la contrainte. En 1968, l'intitulé du Titre onzième du Code civil fut changé de manière significative, ce qui marquait une nouvelle approche de la protection. L'interdiction et le conseil judiciaire cédèrent la place aux “majeurs qui sont protégés par la loi”. Ainsi, la médecine avait-elle fini par convaincre le droit des vertus de la participation des personnes vulnérables : la loi de 1968 ouvrait une voie à l'intégration ».

¹⁰⁸⁸ J. HAUSER, *Op. cit.*, p. 2 : « La personne de l'incapable y était peu présente. C'est d'abord et surtout son patrimoine qui est en cause et fait l'objet d'un raffinement de détails par rapport à l'ensemble du corpus juridique ».

¹⁰⁸⁹ S. KASS-DANNO, « La réforme des régimes de protection des majeurs : le regard d'un juge des tutelles », *Vie sociale*, ERES, 2010/3, n° 3, p. 131-149.

¹⁰⁹⁰ Cela même alors que la réforme fera disparaître le terme “d'affaiblissement dû à l'âge” des dispositions légales.

¹⁰⁹¹ SÉNAT, La protection juridique des majeurs, Document de travail, Série législation comparée, 2005, n° LC148 : « ...Elle devrait notamment renforcer les droits des personnes protégées, créer la possibilité d'anticiper l'organisation de sa propre protection et instituer le métier de mandataire de protection juridique des majeurs ».

¹⁰⁹² SÉNAT, *Op. cit.*, p. 17.

¹⁰⁹³ SÉNAT, *Op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁹⁴ SÉNAT, *Op. cit.*, p. 37.

¹⁰⁹⁵ L. GATTI, *Op. cit.*, loc. cit.

régimes de protections — Allemagne en 1990¹⁰⁹⁶, Danemark en 1995¹⁰⁹⁷, Espagne en 2003¹⁰⁹⁸, Italie en 2004¹⁰⁹⁹ etc... Cette métamorphose fut grandement attendue en France. La plupart des dispositions ne sont entrées en vigueur qu'au 1^{er} janvier 2009¹¹⁰⁰. Une partie de la doctrine¹¹⁰¹ fut déçue par le manque d'ambition de la réforme française.

355. Les principes portés par la loi de 1968 — nécessité, subsidiarité et proportionnalité — sont maintenus¹¹⁰². Le duo de protection État/famille ainsi que la protection globale de la personne et de son patrimoine sont consacrés au sein de l'article 415 du Code civil : « *Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre. [...] Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci. Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique* »¹¹⁰³. Enfin, la protection doit être assurée sous l'égide du respect des libertés individuelles¹¹⁰⁴, des droits fondamentaux¹¹⁰⁵ et de la dignité de la personne¹¹⁰⁶. Pour ce faire, le législateur fait peaux-neuve et remplace le vocable “incapable” par celui de “personne protégée”¹¹⁰⁷. La position même de la personne faisant l'objet de la mesure évolue. Elle est gratifiée du « *statut d'usager et dispose de garanties* »¹¹⁰⁸. L'objectif soutenu est celui du respect de la personne protégée et de ses droits ainsi que la professionnalisation des acteurs

¹⁰⁹⁶ Geste zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Plegschaft für Volljährige, Vom. 12 september 1990, Bundesgesetzblatt, Teil I, 1990, n° 48, Vom. 21 september 1990, L. du 12 septembre 1990, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992.

¹⁰⁹⁷ Lov nr 338 af 14 juni 1995, L. n° 388 du 14 juin 1995, *sur la tutelle*, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997.

¹⁰⁹⁸ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, L. 41/2003 du 18 novembre 2003, *portant protection du patrimoine des personnes incapables*, et modifiant la L. 13/1983 du 24 octobre 1983.

¹⁰⁹⁹ Legge 9 gennaio 2004 che modifica il Codice civile, loi n° 6 du 9 janvier 2004, entrée en vigueur le 19 mars 2004.

¹¹⁰⁰ En vertu de l'article 45 de la L. n° 2007-308 : « A l'exception des articles 11, 25 à 28, 31, 33 à 43 et du III de l'article 44 qui sont d'application immédiate, la présente loi entre en vigueur le 1^{er} janvier 2009... ».

¹¹⁰¹ L. DELPRAT, « Réforme des tutelles : premier état des lieux », *Vie sociale*, ERES, 2010/3, n° 3, p. 49-60 : « *Un premier constat s'imposait déjà, lors de sa publication au Journal officiel, la réforme n'est venue que peu ou prou modifier le fond même des régimes tutélaires. Une curatelle reste une curatelle, et une tutelle reste une tutelle. À ce niveau, nous ne pouvons que constater que la montagne a accouché d'une souris* ».

¹¹⁰² Circ. DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009, application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme de la protection judiciaire des mineurs et des majeurs, publiée au BO justice n° 1 du 28 février 2009.

¹¹⁰³ Art. 415 C. Civ. tel que modifié par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 préc.

¹¹⁰⁴ B. FATAH, « La réforme des tutelles renforce le droit des personnes vulnérables », *Journal du droit des jeunes*, Jeunesse et droit, 2007/8, n° 268, p. 32 : « *La loi du 5 mars 2007 en finit avec la stigmatisation et a pour finalité l'intérêt de la personne protégée* ».

¹¹⁰⁵ Circ. DACS n° CIV/01/09/C1 préc. *Ibid.*

¹¹⁰⁶ Art. 415 Civ – préc.

¹¹⁰⁷ L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 préc – art. 3 et art. 7 notamment.

¹¹⁰⁸ M. BAUER, C. MEAR, « La réforme de la protection juridique : quel profit pour les majeurs protégés ? », *Vie sociale*, ERES, 2010/3, n° 3, p. 152.

de la protection juridique des majeurs. La réforme « *enjoint aux tuteurs et curateurs d'adopter une posture inconfortable alliant protection de la personne vulnérable et respect de ses libertés* »¹¹⁰⁹. Tuteurs et curateurs sont désormais désignés sous le terme commun de mandataire judiciaire à la protection des majeurs et leurs professions font l'objet d'un encadrement plus construit¹¹¹⁰.

b. L'application de la loi du 5 mars 2007

356. Plusieurs mois furent nécessaires à l'application de la réforme de 2007. Les décrets se sont succédé afin de fixer les modalités de mise en œuvre. Le décret n° 2007-1702 du 30 novembre 2007 relatif au mandat de protection future¹¹¹¹ a notamment précédé le décret n° 2007-1658 du 23 décembre suivant, à propos des infractions commises par les majeurs faisant l'objet d'une protection¹¹¹². Le 22 décembre 2008, deux autres décrets traitent respectivement des actes de gestion du patrimoine¹¹¹³ et de la tarification des certificats et avis médicaux¹¹¹⁴. Parmi cette longue

¹¹⁰⁹ D. POLLET, « Concilier le respect des libertés du majeur protégé et le devoir de protection », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2001, p. 544.

¹¹¹⁰ M. BAUER, C. MEAR, *Op. cit.*, *loc. cit.* : « *Habilitation et tarification des services mandataires à la protection juridique des majeurs, formation obligatoire, identification individuelle sur la liste préfectorale et prestation de serment devant l'autorité judiciaire, renforcement des contrôles et obligation d'évaluation permanente* ».

¹¹¹¹ D. n° 2007-1702 du 30 novembre 2007, *relatif au modèle de mandat de protection future sous seing privé*, publié au JORF n° 0280 du 2 décembre 2007, p. 19537, texte n° 7, notamment complété par l'arrêté du 23 décembre 2009, *relatif à la notice d'information jointe au modèle de mandat de protection future ou seing privé*, publié au JORF n° 0299 du 26 décembre 2009, p. 22338, texte n° 18.

¹¹¹² D. n° 2007-1658 du 23 décembre 2007, *modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : décrets) et relatif à la poursuite, à l'instruction et au jugement des infractions commises par des majeurs protégés*, publié au JORF n° 274 du 25 novembre 2007, p. 19251, texte n° 8.

¹¹¹³ D. n° 2008-1484 du 22 décembre 2008, *relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil*, publié au JORF n° 0304 du 31 décembre 2008, p. 20631, texte n° 94.

¹¹¹⁴ D. n° 2008-1485 du 22 décembre 2008, *relatif à la tarification des certificats et avis médicaux établis dans le cadre des mesures judiciaires de protection juridique des majeurs*, publié au JORF n° 0304 du 31 décembre 2008, p. 20634, texte n° 95.

série¹¹¹⁵, le décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008¹¹¹⁶ relatif à la protection juridique des mineurs et majeurs était fébrilement attendu¹¹¹⁷ — d'autant plus attendu que la date butoir du 1^{er} janvier 2009 prévue par l'article 45 de la loi de 2007 approchait.

Le décret du 5 décembre 2008 organise la procédure des diverses mesures de protection des majeurs. Il met notamment en place l'application de la nouvelle mesure d'accompagnement judiciaire, laquelle se substitue à la « *tutelle aux prestations sociales adultes, dont le régime relève du code de la sécurité sociale (Art. L. 167-1 à L. 167-5 et R. 167-1 à R. 167-31 CSS)* »¹¹¹⁸. En la matière, peu ou prou de conséquences directes pour les majeurs protégés, la nouvelle mesure tend

¹¹¹⁵ D. n° 2008-1498 du 22 décembre 2008, *fixant les listes de prestations sociales mentionnées aux articles L. 271-8 et L. 361-1 du code de l'action sociale et des familles et à l'article 495-4 du code civil et le plafond de la contribution des bénéficiaires de la mesure d'accompagnement social personnalisé*, publié au JORF n° 0304 du 31 décembre 2008, p. 20651, texte n° 116 ; D. n° 2008-1500 du 30 décembre 2008, *relatif à la réglementation financière et budgétaire des établissements et services sociaux et médico-sociaux*, publié au JORF n° 0304, préc., p. 20652, texte n° 118 ; D. n° 2008-1504, du 30 décembre 2008, *relatif à la prestation de serment mentionnée aux articles L. 471-2 et L. 474-1, à l'autorisation et au règlement de fonctionnement des services mentionnés au 14° du I de l'article L. 312-1 et à l'autorisation des services mentionnés au 15° du I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles*, publié au JORF n° 0304, préc., p. 20656, texte n° 122 ; D. n° 2008-1505 du 30 décembre 2008, *relatif à la déclaration prévue à l'article L. 472-6 du code de l'action sociale et des familles*, publié au JORF n° 0304 préc., p. 20658, texte n° 123 ; D. n° 2008-1506 du 30 décembre 2008, *relatif à la mesure d'accompagnement social personnalisé et à la mesure d'accompagnement judiciaire*, publié au JORF n° 0304 préc., p. 20659, texte n° 124 ; D. n° 2008-1507 du 30 décembre 2008, *relatif à l'information et au soutien des personnes appelées à exercer ou exerçant une mesure de protection juridique des majeurs en application de l'article 449 du code civil*, publié au JORF n° 0304, préc., p. 20660, texte n° 125 ; D. n° 2008-1508 du 30 décembre 2008, *relatif aux conditions d'âge, de formation et d'expérience professionnelle devant être satisfaites par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et par les délégués aux prestations familiales*, publié au JORF n° 0304, préc., p. 20661, texte n° 126 ; D. n° 2008-1511 du 30 décembre 2008, *portant diverses dispositions relatives aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs et aux délégués aux prestations familiales*, publié au JORF n° 0304, préc., p. 20663, p. 129 ; D. n° 2008-1512 du 30 décembre 2008, *fixant les modalités d'inscriptions sur les listes prévues aux articles L. 471-2, L. 471-3, L. 474-1 et L. 474-2 CASF*, publiée au JORF n° 0304 du 31 décembre 2008, p. 20664, texte n° 130 ; D. n° 2008-1553 du 31 décembre 2008, *relatif à l'exercice à titre individuel de l'activité de mandataire judiciaire à la protection des majeurs et de l'activité de délégué aux prestations familiales*, publié au JORF n° 0001 du 1^{er} janvier 2009, p. 88, texte n° 54 ; D. n° 2008-1554 du 31 décembre 2008, *relatif aux modalités de participation des personnes protégées au financement de leur mesure de protection*, publié au JORF n° 0001 du 1^{er} janvier 2009, p. 90, texte n° 55 ; D. n° 2008-1556 du 31 décembre 2008, *relatif aux droits des usagers des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales*, publié au JORF n° 0001, préc., p. 92, texte n° 57 ; Plus tardivement le D. n° 2011-936 du 1^{er} août 2011, *relatif à la rémunération des mandataires de justice et de diverses mesures de simplification en matière de protection juridique des majeurs*, publié au JORF n° 0179 du 4 août 2011, p. 13359, texte n° 49, modifiant le D. n° 2008-1512 du 30 décembre 2008, préc., et 2008-1553 du 31 décembre 2008, préc.

¹¹¹⁶ D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, *relatif à la protection juridique des mineurs et majeurs et modifiant le code de procédure civile*, publié au JORF n° 0285 du 7 décembre 2008, p. 18646, texte n° 7

¹¹¹⁷ V. à ce propos : F. FRESNEL, M. PENINON JAULT, « Protection juridique des majeurs : commentaire du décret du 5 décembre 2008 », *La Gazette du Palais*, Dalloz édition, 2009, n° 29, p. 4 ; V. également à ce propos : J.-C., « Protection juridique des mineurs et des majeurs », *Dalloz actualité*, Dalloz édition, 2009 ; « Réforme des tutelles — Un premier décret sur la procédure », *Juris associations*, Dalloz édition, 2009, n° 391, p. 14 ; « Réforme des tutelles — Accompagnement social et budgétaire : publication des décrets », *Juris associations*, Dalloz édition, 2009, n° 392, p. 7

¹¹¹⁸ L. DARGENT, « Mise en œuvre de la mesure d'accompagnement judiciaire », *Dalloz actualité*, Dalloz édition, 2008.

à « mettre un terme à la pratique des mesures “doublons” qui permettaient au juge des tutelles de prononcer une tutelle aux prestations sociales adultes à côté d'un régime civil de protection des majeurs, afin d'assurer une meilleure rémunération de l'organisme gestionnaire des deux mesures »¹¹¹⁹.

Plus globalement, le décret organise la procédure applicable à l'ensemble du *corpus* de protection juridique des majeurs. Parmi les changements notables, la procédure se réclame plus respectueuse du principe du contradictoire¹¹²⁰. La demande de placement fait l'objet d'un formalisme plus imposant¹¹²¹ malgré cela, le décret reflète une vision héritière de la tradition du “placement” dans la protection judiciaire. L'ensemble de la procédure semble plus adapté à la personne du “requérant” qu'à celle du majeur concerné par la mesure. Cette tendance est extrêmement lisible et découle directement du ton employé par le décret. À titre exemplaire, les deux premiers alinéas de l'article 1226 du Code de procédure civile, issu du même décret sont ainsi rédigés : « À l'audience, le juge entend le requérant à l'ouverture de la mesure de protection, le majeur à protéger, sauf application par le juge des dispositions du second alinéa de l'article 432 du code civil et, le cas échéant, le ministère public. Les avocats des parties, lorsqu'elles en ont constitué un, sont entendus en leurs observations »¹¹²². Cette organisation procédurale est cohérente, et répond à un déroulement d'audience classique. Intervient en premier lieu la personne qui souhaite la protection, puis est entendue la personne à protéger. Pourtant, l'omniprésence du sujet requérant au sein du décret d'application témoigne d'une conception de placement “passif”, c'est-à-dire où la personne à protéger n'est pas à l'initiative de la procédure. De plus, l'avancée de la réforme au profit du principe du contradictoire démontre que le processus de protection se place plus volontiers dans le domaine contentieux alors même qu'il est construit comme relevant de la matière gracieuse.

357. Le majeur concerné par une mesure peut être assisté par un défenseur ou un avocat et la faculté d'accès à certaines pièces du dossier a également été étendue. Les articles 1 et 6 du décret portant notamment création des articles 1222 et suivants du Code de procédure civile, prévoient la possibilité de consultation du dossier dans des conditions particulières. Là encore, on trouve une surreprésentation de la personne du requérant. On apprend de l'article 1222 du Code de procédure civile que le dossier peut être consulté par le requérant jusqu'au prononcé du jugement. « ... *Il peut*

¹¹¹⁹ L. DARGENT, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹¹²⁰ F. FRESNEL, M. PENINON JAULT, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹¹²¹ J.-C. « Réforme des tutelles — un premier décret pour la procédure », *Op. cit.*, *loc. cit.* : « La demande de placement sous un régime de protection est strictement encadrée (certificat médical circonstancié, identité de la personne à protéger, énoncé des faits qui appellent la protection) ».

¹¹²² Art. 1226 al 1 et 2 CPC, tel que créé par le D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, préc. – art. 1.

*être également consulté, sur autorisation du juge des tutelles, par une des personnes énumérées à l'article 430 du Code civil si elle justifie d'un intérêt légitime. Leurs avocats, si elles en ont constitué un, disposent de la même faculté »*¹¹²³.

Un élément reste troublant dans la formulation employée. Le décret semble ici distinguer deux situations : Celle du requérant d'un côté et celle des personnes mentionnées par l'article 430 du Code civil¹¹²⁴ de l'autre. Or, ce dernier dispose des personnes susceptibles d'initier une mesure de protection. Parmi elles, sont citées la personne à protéger — et/ou son mandataire si celle-ci fait déjà l'objet d'une mesure de protection —, ses proches ou tout tiers par le biais du Procureur de la République. Par conséquent, le requérant visé au premier alinéa de l'article 1222 du Code de procédure civile ne devrait pas bénéficier d'un accès particulier au dossier. Néanmoins, la doctrine a lu dans cette formulation l'expression d'un privilège reconnu à la personne du requérant. « *Il s'agit encore d'une sorte de privilège réservé, lorsqu'il n'est pas assorti de conditions, au requérant et à son avocat, le majeur lui-même et son avocat devant, assez curieusement, justifier "d'un intérêt légitime" »*¹¹²⁵. En effet, l'article 1222-1 du même Code engage une procédure différente à l'égard du majeur concerné par la mesure. Alors que le requérant est réputé pouvoir consulter le dossier à tout moment, le majeur quant à lui, peut se voir refuser l'accès à certaines pièces composant son propre dossier : « *Lorsque la demande de consultation du dossier émane du majeur, le juge peut, par ordonnance motivée notifiée à l'intéressé, exclure tout ou partie des pièces de la consultation si celle-ci est susceptible de lui causer un préjudice psychique grave »*¹¹²⁶. Cette différence de traitement apparaît comme une forme de stigmatisation bienpensante supplémentaire, justifiée par le bien-être du majeur protégé. Cela témoigne toutefois de la possibilité de non-information de la personne protégée en cas de crainte de retombées sur sa santé mentale. Quoi qu'il en soit, cette présence explicite apparaît comme une main tendue du législateur au profit d'un requérant impliqué dans le processus de mise sous protection. Il s'agit là d'un reflet de la conception qui incite le législateur à traiter les enjeux liés à la capacité des majeurs dans un raisonnement identique à celui tenu au profit des mineurs.

¹¹²³ Art. 1222 CPC, tel que créé par le D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, préc. – art. 6.

¹¹²⁴ Art. 430 C. civ, tel que créé par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007, préc. – art 7 : « *La demande d'ouverture de la mesure peut être présentée au juge par la personne qu'il y a lieu de protéger ou, selon le cas, par son conjoint, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux, ou par un parent ou un allié, une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables, ou la personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique. Elle peut être également présentée par le procureur de la République soit d'office, soit à la demande d'un tiers ».*

¹¹²⁵ F. FRESNEL, M. PENINON JAULT, *Op. cit.*, loc. cit.

¹¹²⁶ Art. 1222-1 CPC, tel que créé par le D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, préc. - art. 1.

B. LES INTERACTIONS ENTRE L'ÂGE ET PRINCIPE DE PROTECTION

358. L'évolution portée par la réforme de 2007 touche spécifiquement les personnes âgées protégées, non seulement du fait de leur surreprésentation au sein de la population des majeurs protégés (1), mais également du fait de leur sensibilité à certains enjeux présents au cœur de l'équilibre recherché entre la protection et le respect de la liberté comme de l'autonomie de la personne protégée (2).

1. Les impacts qualitatif et quantitatif de l'âge sur la protection juridique

359. L'existence d'un nombre important de majeurs âgés protégés (a) permet de distinguer un impact de l'âge sur le mécanisme de protection (b).

a. L'impact quantitatif de l'âge sur la protection juridique

360. L'ampleur de la réforme de 2007 repose sur la distinction des mesures juridiques de protection classiques — tutelle, curatelle etc... — des mesures d'accompagnement, auxquelles s'ajoute le mandat de protection future. Ces dernières visent à protéger une incapacité "sociale"¹¹²⁷. C'est ainsi que l'article L. 271-1 du Code de l'action sociale et des familles, créé pour l'occasion, prévoit la possibilité de bénéficier d'une mesure d'accompagnement social personnalisé « *toute personne majeure qui perçoit des prestations sociales* »¹¹²⁸.

L'une et l'autre branche de protection — sociale et juridique — concernent potentiellement les personnes âgées. Il s'avère que cette catégorie de la population représente une part importante des majeurs protégés. Les études démographiques démontrent qu'« *un tiers de la sous-population des majeurs protégés a 70 ans ou plus — ce qui est quasiment le double de la proportion observée au sein de la population majeure française* »¹¹²⁹. Ce phénomène est notamment dû à l'altération naturelle des facultés entraînée par le vieillissement et qui justifie la mise en place de mesures de protection. Cependant il apparaît que la proportion des personnes âgées sur le reste des majeurs

¹¹²⁷ E. LUISIN-PAHNOD, M. SOULARD-PECHBERTY, F. DURIEZ, (dir) *et al.*, *Protéger les personnes vulnérables. Regards croisés sur la protection de mandataire judiciaire à la protection des majeurs*, Ed. L'Harmattan, Coll. Savoir et formation, 2014, p. 14 s.

¹¹²⁸ Art. L. 271-1, tel que créé par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 – art. 13, préc. et modifié par la L. n° 2013-403 du 17 mai 2013 – art. 1 (V), *relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux, et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral*, publiée au JORF n° 0114 du 18 mai 2013, p. 8242, texte n° 2.

¹¹²⁹ P. MALHERBE, *Les majeurs protégés en France*, Thèse de Doctorat de Démographie, 2012, p. 313-314.

protégés n'a de cesse d'augmenter. « *Au fil des années, la sous-population des majeurs protégés a augmenté, passant d'environ 9 000 au 31 décembre 1970 à environ 742 000 au 31 décembre 2008, et ce à un rythme supérieur à celui de la population majeure française. Par conséquent, la proportion de majeurs protégés dans la population majeure française a progressivement augmenté, passant d'environ 0,02% fin 1970 à 1,5% fin 2008 ; la barre des 1% ayant été dépassée au cours de l'année 1995* »¹¹³⁰. La densification du nombre de personnes âgées protégées est d'autant plus sensible que l'âge est élevé. C'est ainsi que l'accroissement du nombre de personnes âgées placées sous protection juridique est justifié par l'allongement de l'espérance de vie lui-même. Cette inflation¹¹³¹ n'a pas eu pour effet de remettre en cause d'absence de prise en compte de l'âge dans le raisonnement de protection.

L'Observatoire national des populations majeurs protégées témoigne de cette surreprésentation des personnes âgées parmi les majeurs protégés : « *Année après année, on observe un vieillissement de la population des personnes protégées dont la mesure de protection est prise en charge par une UDAF* »¹¹³². L'organisme fait également état d'un déséquilibre de représentation des âges au sein du mécanisme de protection juridique des majeurs : « *Avant 30 ans, la part des personnes bénéficiant d'une curatelle croît très rapidement avec l'âge. Dans la tranche d'âge 20-75 ans, la majorité bénéficie d'une curatelle [...]. En revanche, dès 70 ans la part des personnes bénéficiant d'une curatelle diminue rapidement ; tandis que celle des personnes en tutelle croît rapidement. La mesure de protection de représentation étant la plus fréquente chez les personnes les plus âgées* »¹¹³³.

b. L'impact qualitatif de l'âge sur la protection juridique

361. Le fondement juridique du système de protection des majeurs est aujourd'hui porté par l'article 425 du Code civil, lequel dispose du fait 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...* »¹¹³⁴. À ce stade, il est d'ores et déjà intéressant de remarquer l'évolution de la lettre de l'article fondateur de la protection juridique des majeurs.

¹¹³⁰ P. MALHERBE, *Op. cit.*, p. 318.

¹¹³¹ F. JOLY, « Le pouvoir des aînés dans les mesures de protection juridique », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2012/4, vol. 35, n° 143, p. 185-188.

¹¹³² Observatoire National des Populations Majeures Protégées par les UDAF, *Rapport annuel 2016*, p. 6.

¹¹³³ Observatoire National des Populations Majeures Protégées par les UDAF, *Rapport annuel 2014*, p 4-5.

¹¹³⁴ Art. 425 C. Civ. tel que modifié par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 – art. 7, *Portant réforme de la protection juridique des majeurs (I)*, publiée au JORF n° 56 du 7 mars 2007, p. 4325, texte n° 12.

L'ancien article 490 du Code civil prévoyait expressément une situation particulière justifiant la mise en place d'un régime de protection : L'affaiblissement dû à l'âge. Pourtant, l'articulation de cette notion avec le reste de la disposition n'allait pas de soi. En effet, l'affaiblissement dû à l'âge peut entraîner alternativement ou cumulativement une altération des facultés mentales ou corporelles. Or, seule l'altération des facultés mentales pouvait justifier la mise en place d'un régime de protection. Une altération des facultés corporelles liée à l'âge n'emportait de conséquences que si elles étaient de nature à empêcher la manifestation de la volonté¹¹³⁵. L'essence de la protection doit rester envisagée comme « *une ressource permettant d'assister ou de représenter la personne* »¹¹³⁶.

2. *L'impact de la protection du majeur âgé*

362. La protection des majeurs se fait sous couvert de la recherche d'un équilibre entre la protection accordée et la préservation d'une certaine liberté et autonomie. Le juge doit à la fois s'assurer via le soutien de l'autorité médicale, de la nécessité de la protection et de la densité de la mesure à prononcer. Son action est relayée par un "protecteur" de préférence familial (b), sur lequel repose l'équilibre tant recherché (a).

a. *La volonté du majeur âgé protégé*

363. Parmi les grands axes de la réforme de 2007, un élément trouve particulièrement à s'épanouir dans le cadre des mesures de protection juridique prononcées au profit de personnes âgées. Il s'agit du principe de liberté de choix du domicile du majeur protégé¹¹³⁷ qui est consacré au sein de l'article 459-2 du Code civil¹¹³⁸. La liberté de choix du lieu de résidence est subordonnée à l'appréciation de la situation du majeur par le mandataire chargé de la protection. Le "protecteur" endosse ici un rôle délicat, situé aux croisements de la liberté et de la protection. Cette situation fut soumise aux critiques de la doctrine. « *Le protecteur serait donc devant cette alternative purement binaire : Soit laisser le protégé se déterminer comme bon lui semble, soit demander au juge de*

¹¹³⁵ V. à ce propos : J. HAUSER, « La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes », *RDSS*, Dalloz édition, 1992, p. 467 ; V. également à ce propos : A. CARON-DEGLISE, « État des lieux de la protection des majeurs en France. Des principes à la réalité », *Informations sociales*, Caisse d'allocations familiales, 2007/2, n° 138, p. 48-61.

¹¹³⁶ F. LE BORGNE-UGEN, « Les protections juridiques pour les personnes du grand âge. Réduire l'incertitude dans des contexte de vulnérabilité, *Retraite et société* », La Doc. Française, 2014/2, n° 68, p. 43.

¹¹³⁷ Dans le cadre d'une mesure de curatelle ou de tutelle.

¹¹³⁸ Art. 459-2, tel que créé par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 – art. 7, préc.

trancher le litige né ; or, une telle demande est un acte lourd et exceptionnel dans le droit de la protection puisque le juge des tutelles agira alors comme juge au contentieux »¹¹³⁹. La limite à apporter ou à ne pas apporter tant à la liberté de choix du lieu de résidence qu'aux fréquentations du majeur apparaît être une véritable épée de Damoclès suspendue au-dessus des principes fondamentaux énoncés.

L'autorité prétorienne s'emploie à garantir autant que faire se peut le respect de la volonté exprimée par le majeur, y compris dans les situations les plus délicates. Certaines jurisprudences sont particulièrement éclairantes à ce sujet. À titre exemplaire, le désir de rester à domicile exprimé par une femme âgée présentant un début d'ALZHEIMER avait été respecté y compris lorsque la maladie s'était étendue au point de l'empêcher d'exprimer plus tard son propre intérêt : *« Le Juge des Tutelles avait, le 17 avril 2009, retenu les arguments en faveur d'un maintien de Mme X... à domicile, à savoir le maintien du cadre de vie auquel elle est habituée, et le respect de la volonté précédemment exprimée tant par elle-même que par son époux décédé le 13 juillet 2007, au prix de la liquidation de son épargne »¹¹⁴⁰.*

La liberté de choix du lieu de résidence et de fréquentation associée aux principes énoncés par les articles 458¹¹⁴¹ et 459¹¹⁴² du Code civil, fonde le droit à l'autonomie du majeur protégé. Ces deux dispositions consacrent une capacité quasi irréductible de la personne pour les actes appelant son seul consentement personnel, ou la concernant uniquement. Cependant et malgré la consécration de l'article 459-2 du Code civil, la liberté du majeur protégé n'apparaît que très relative. *« La prééminence des choix de vie du majeur protégé n'implique pas que le mandataire judiciaire à la protection des majeurs puisse s'estimer illégitime à tenter quoi que ce soit pour remédier aux difficultés dans lesquelles le comportement de la personne protégée l'a entraînée »¹¹⁴³. Nombreux sont ceux qui considèrent que la protection risquerait de perdre de sa substance en l'absence d'un tel tempérament. « Le but de la mesure de protection, c'est de mettre en place les repères*

¹¹³⁹ D. POLLET, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹¹⁴⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 26 janvier 2011, n° 10-10.935, non publié au bulletin.

¹¹⁴¹ Art. 458 C. Civ. tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. : *« Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée. Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant ».*

¹¹⁴² Art. 459 C. Civ. tel que modifié par la L. n° 2009-526 du 12 mai 2009 – art 116, *de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (I)*, publiée au JORF n° 0110 du 13 mai 2009, p. 7920, texte n° 1.

¹¹⁴³ E. LUISIN-PAGNOD, *et al.*, *Op. cit.*, p. 18.

nécessaires pour qu'un majeur protégé puisse vivre comme il l'entend, sans pour autant se mettre en danger »¹¹⁴⁴ écrivait François FONDARD, alors président de l'Union nationale des associations familiales et membre du Conseil économique social et de l'environnement.

b. La famille au sein du processus de mise sous protection

364. La notion de famille recouvre, une double conception en matière de protection juridique des majeurs. « *Restreinte, pour ce qui est de l'exercice de la mesure, à l'époux ou compagnon, aux parents, alliés, et aux personnes résidant avec le majeur et entretenant avec lui des liens étroits et stables*¹¹⁴⁵, elle s'élargit, pour ce qui est des personnes pouvant demander la mise en place d'une mesure de protection »¹¹⁴⁶. Cette distension du nombre de personnes pouvant potentiellement déclencher le processus de mise sous protection¹¹⁴⁷ est construite comme le fer de lance d'une vision protectrice. Pourtant elle contribue à un agrandissement imposé de la notion de famille.

En vertu du bloc composé de l'article 430 du Code civil et des articles 1218¹¹⁴⁸ et 1218-1¹¹⁴⁹ du Code de procédure civile, la requête aux fins d'ouverture d'une mesure de protection d'un majeur peut être initiée par une longue liste de candidats potentiels, au premier rang desquels on trouve le conjoint ou partenaire de vie¹¹⁵⁰, le parent ou allié, le cas échéant le responsable d'une mesure de protection préexistante ou très largement par toute personne « *entretenant avec le majeur des liens étroits et stables* »¹¹⁵¹. En outre, le dernier alinéa de l'article 430 mentionne la faculté reconnue au procureur de la République de déclencher la procédure soit d'office soit sur suggestion faite par un tiers. Comme le relève parfaitement une large partie de la doctrine, « *finalement, ont des droits pour intervenir auprès du juge des tutelles dans l'intérêt du majeur tous ceux pour qui il a une inclination* »¹¹⁵². Il est vrai que la liste énoncée est particulièrement riche. Alors que la notion de

¹¹⁴⁴ E. LUISIN-PAGNOD, *et al.*, *Op. cit.*, p. 9-10.

¹¹⁴⁵ Art. 449 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2009-526 préc. – art. 116.

¹¹⁴⁶ F. FRESNEL, « Le rôle de la famille dans le cadre de la nouvelle loi sur la protection des majeurs », *AJ Famille*, 2009, p. 16.

¹¹⁴⁷ B. DUBREUIL (dir) *et al.*, *La protection des personnes vulnérables*, Ed. Le particulier, Coll. Guide encyclopédique, 2^{ème} édition, 2014, p. 69 : « *Depuis le 1er janvier 2009, le cercle des personnes habilitées à demander l'ouverture d'une mesure de protection a été élargi. En effet, avant 2009, seule la personne à protéger, ses proches parents (conjoint, ascendants, descendants, frères et sœurs), le ministère public et le curateur, s'il était nécessaire de transformer une curatelle en tutelle, pouvaient demander l'ouverture d'une mesure de protection. Les autres parents, alliés, amis, médecin traitant pouvaient simplement procéder à un signalement au juge des tutelles qui avait alors la possibilité de se saisir d'office* ».

¹¹⁴⁸ Art. 1218 CPC, tel que modifié par le D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, préc., - art. 1.

¹¹⁴⁹ Art. 1218 – 1 CPC, tel que créé par le D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, préc., - art. 1.

¹¹⁵⁰ Partenaire d'un Pacte civil de solidarité ou concubin.

¹¹⁵¹ Extrait de l'art. 430 C. civ. préc.

¹¹⁵² F. FRESNEL, *Op. cit.*, *loc. cit.*

conjoint, partenaire ou concubin requiert une forme de continuité dans la relation, la notion de parent ou allié est spécifiquement dense. Elle contribue à étendre la conception de famille, puisque non seulement les ascendants, descendants, collatéraux, oncles et tantes mais également les amis sont potentiellement des acteurs de la mise sous protection.

365. En complément du lien unissant le majeur à la personne initiatrice du processus de mise en protection, le législateur requiert un certain nombre d'informations. L'article 1218 du Code de procédure civile prévoit en sus du certificat médical circonstancié, une description par le requérant de « *l'identité de la personne à protéger et l'énoncé des faits qui appellent cette protection au regard de l'article 428 [du Code civil]* »¹¹⁵³. Ces deux conditions garantissent la nécessité de la protection. Nécessité sans laquelle le juge ne peut prononcer la mesure, en vertu de l'article 428 du Code civil¹¹⁵⁴. En complément à ces dispositions, l'article 1218-1 engage la requérant à faire état de sa connaissance du majeur concerné par la requête, en précisant le nom de son médecin traitant et « *dans la mesure du possible, les éléments concernant la situation familiale, financière et patrimoniale du majeur* »¹¹⁵⁵.

366. La reconnaissance d'une conception étendue de la famille participe à la consécration — que l'on souhaite émergente — de la notion d'entourage. Il est plaisant de lire dans ce processus, une réaction face à la vision nucléaire de la famille qui s'est largement imposée¹¹⁵⁶ depuis le XX^{ème} siècle. Les liens hors-sang sont autant créés par la vie que les liens familiaux traditionnels. Au siècle de la fragilisation du lien matrimonial, la conception d'entourage aura, à notre sens, une vocation naturelle à s'imposer. Un regret persiste du fait de la limite de cette perception de l'entourage au seul processus de mise sous protection. En effet, l'exercice de la protection, et donc l'effectivité de la protection reste largement réservée aux professionnels et aux proches privilégiés. Plus largement, dans le cadre du raisonnement lié au vieillissement de la population, le phénomène est tout autant présent. On trouve d'ailleurs l'une de ces affirmations au sein de la notion d'aidant.

¹¹⁵³ Art. 1218 CPC préc. 2°.

¹¹⁵⁴ Art. 428 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2008-308 préc. — art. 7.

¹¹⁵⁵ Extraits de l'art. 1218-1 CPC préc.

¹¹⁵⁶ J. CARBONNIER, « La sociologie juridique et son emploi en législation : communication de Jean Carbonnier à l'académie des sciences morales et politiques. Communications (23 octobre 1967), Paris, Académie des sciences morales et politiques, 1968, 91-98 », *L'Année sociologique*, Presses Universitaires de France, 2007/2, vol. 57, p. 395 : « *Les observations foisonnaient sur le rétrécissement du groupe familial dans les sociétés industrielles : le passage du lignage au ménage, de la famille étendue à la famille nucléaire, voire de celle-ci à la famille segmentaire, qui n'est que relation entre deux individus, l'enfant et un seul de ses père et mère* ».

II. LES ACTEURS DE LA PROTECTION LIÉE À L'ÂGE

367. Le processus de protection juridique des majeurs nécessite l'intervention de divers acteurs, dont les actions sont réparties selon les différentes phases de la protection — sa mise en place, sa réalisation, son contrôle. En matière de protection du majeur âgé, leur tâche prend un tournant caractéristique. Alors qu'« *il est aisé, au moins pour le profane, de définir rapidement les manifestations mentales de la sénescence comme un affaiblissement des facultés cérébrales et psychiques par l'effet de ce processus physiologique dégénératif qu'est le vieillissement* ». Néanmoins l'appréciation objective et encadrée demeure complexe. « *Il est, en revanche, plus délicat de mener l'analyse juridique théorique et pratique qu'appellent de telles réalités, en vérité très mouvantes* »¹¹⁵⁷. Certains interviennent dans le cadre de la prise de décision à l'origine du placement (A) tandis que d'autres sont chargés de la mise en œuvre de la mesure de protection (B).

A. LES ACTEURS DE LA PRISE DE DÉCISION DE PLACEMENT : L'INTERDÉPENDANCE DES AUTORITÉS MÉDICALES ET JURIDIQUES

368. Le juge des tutelles occupe une place de premier ordre au sein du mécanisme de protection. Il est garant de la correcte mise en œuvre et de l'effectivité de la protection. Cependant, la décision de placement dépend pour partie d'un autre acteur clef : Le médecin. Le cautionnement médical est en effet indispensable au processus de protection des majeurs. L'autorité médicale (1) se fait relai de l'autorité judiciaire (2).

1. Le rôle du médecin dans l'objectivisation du déclenchement de la protection

369. L'intervention de l'autorité médicale se place en amont du processus de protection. Elle prend part à la fois dans l'évaluation autonome des capacités de la personne à l'occasion de "consultations mémoire" (a) et garantit la décision éclairée du juge des tutelles quant à l'altération des capacités de la personne concernée par une mesure (b).

¹¹⁵⁷ J.-P. GRIDEL, « La sénescence mentale et le droit », *La Gazette du Palais*, Lextenso édition, 2001, n° 081, p. 4.

a. La médicalisation progressive de l'appréciation des capacités.

370. L'autorité médicale est chargée de la réalisation du diagnostic de vulnérabilité (i). À ce titre, elle occupe une place déterminante dans le processus de protection. La procédure ne présente pas suffisamment de garanties, et sa réalité varie d'une procédure à une autre (ii).

i. L'opération de diagnostic de vulnérabilité.

371. L'appréciation de l'utilité et de la pertinence de la mesure est subordonnée à l'expertise médicale. Ce positionnement est cohérent avec le principe de nécessité de protection juridique, d'autant plus que l'on se situe ici au carrefour du droit et de la santé puisqu'il prend les mesures¹¹⁵⁸ d'une altération réelle des capacités de la personne. *« Il appartient au médecin de définir la vulnérabilité, pas au juriste ! D'ailleurs, "la mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé", degré d'altération qui ressort des seules constatations médicales »*¹¹⁵⁹.

372. Les articles 425¹¹⁶⁰ et 431 du Code civil¹¹⁶¹ et 1218 du Code de procédure civile¹¹⁶² consacrent le rôle de l'autorité médicale au sein du processus de protection des majeurs. Aussi, une requête aux fins d'ouverture d'une mesure de protection d'un majeur doit impérativement faire état d'une *« altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté »*¹¹⁶³, par le biais d'un certificat circonstancié rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République¹¹⁶⁴. De surcroît, l'article précise que ce médecin *« peut solliciter l'avis du médecin traitant de la personne qu'il y a lieu de protéger »*¹¹⁶⁵. L'autorité médicale peut alors potentiellement être doublement représentée, à travers le médecin habilité et le médecin traitant. Ce dernier occupe une place significative, étant donné qu'il permet une approche à la fois personnelle et professionnelle de la situation de la personne à protéger. Toutefois, la sollicitation du médecin traitant est laissée à

¹¹⁵⁸ Art. 433 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

¹¹⁵⁹ Y. FAVIER, « Vulnérabilité et fragilité face au vieillissement : l'approche du droit français », Revista Temática Kairós Gerontologia, Vol. 15, n° 6, "Vulnerabilidade/Envelhecimento e Velhice : Aspectos Biopsicossociais", 2012, p. 63.

¹¹⁶⁰ Art. 425 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

¹¹⁶¹ Art. 431 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2015-177 du 16 février 2015 – art. 1 (V), relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (1), publié au JORF n° 0040 du 17 février 2015, p. 2961, texte n° 1.

¹¹⁶² Art. 1218 CPC préc.

¹¹⁶³ Extrait de l'art. 425 C. civ., préc.

¹¹⁶⁴ Extrait de l'art. 431 C. civ., préc.

¹¹⁶⁵ Extrait de l'art. 431 C. civ., préc.

la libre appréciation du médecin habilité. L'intervention du médecin traitant se trouve donc subordonnée à la décision du médecin habilité.

373. Il transparaît de la lettre du législateur, une forme de hiérarchisation des rôles au sein de la procédure de mise sous protection. Cette classification se justifie à l'égard du principe d'objectivité, plus sûrement respecté par un médecin habilité que par le médecin traitant, éventuellement influencé par un éventuel passif commun avec le majeur. Néanmoins, on ne peut que souhaiter la systématisation de la consultation du médecin traitant, qui, réalisée en toute intelligence permet de cerner les besoins de la personne concernée par une mesure de mise sous protection. Cette sollicitation peut cependant intervenir plus en aval de la procédure, lorsque le juge des tutelles est amené à statuer sur la pertinence ou l'impertinence d'une mesure. *« Le juge vérifie si la personne a besoin d'aide ou si une mesure de protection est nécessaire et détermine le régime idoine en fonction de la capacité de la personne. Il entend l'intéressé, sauf contre-indication médicale, demande son avis au médecin traitant, s'entoure de l'expertise d'un médecin spécialiste figurant sur une liste établie par le procureur de la République, entend les membres de la famille et les amis ou les consulte par courrier »*¹¹⁶⁶.

ii. *Critique de la phase médicale de la procédure de placement sous protection.*

374. La protection des majeurs a connu une médicalisation croissante¹¹⁶⁷. L'expertise du médecin habilité est un élément central du processus de placement sous protection. L'article 1219 du Code de procédure civile dispose du fait que : *« Le certificat médical circonstancié prévu par l'article 431 du Code civil décrit avec précision l'altération des facultés du majeur à protéger ou protégé ; donne au juge tout élément d'information sur l'évolution prévisible de cette altération ; précise les conséquences de cette altération sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation du majeur dans les actes de la vie civile, tant patrimoniaux qu'à caractère personnel, ainsi que sur l'exercice de son droit de vote »*¹¹⁶⁸. Ces dispositions se bornent néanmoins à énoncer des principes généraux. En réalité, rien ne ressemble moins à un certificat circonstancié qu'un autre certificat

¹¹⁶⁶ SÉNAT, Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale sur le projet de loi, adopté par assemblée nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs, Session ordinaire de 2006-2007, n° 212, présenté par H. RICHEMONT, p. 23.

¹¹⁶⁷ B. EYRAUD, S. BASCOUGNANO, « Évaluer les (in)capacités civiles. Une enquête sur la médicalisation de la protection juridique ». Recherches familiales, UNAF édition, 2013/1, n° 10, p. 149-161.

¹¹⁶⁸ Art. 1219 CPC., tel que modifié par le D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, préc. – art. 1.

circonstancié¹¹⁶⁹. « *En pratique cette rédaction est de qualité inégale d'un médecin à l'autre, tant dans sa motivation que dans sa forme* » dénonçait le Défenseur des droits en 2016¹¹⁷⁰. En l'absence de règles précises, les critères d'appréciation varient en fonction du médecin habilité désigné. L'absence de critères fixes et généraux en matière d'évaluation des capacités d'une personne en vue de son potentiel placement sous protection, est critiquable en soi. La procédure perd en égalité. Par ailleurs, la partie judiciarisée de la procédure souffre nécessairement du laconisme de la procédure médicale placée en amont. Si le certificat médical circonstancié n'est pas suffisamment descriptif, alors la qualification des faits en droit ne peut avoir lieu. Dans ce contexte, l'effort de qualification — c'est-à-dire la transposition juridique des éléments concernés — n'existe plus que partiellement. En effet si le diagnostic médical est trop succins, alors la qualification juridique ne sera qu'un pâle reflet de ce qu'elle devrait être, puisque l'autorité judiciaire ne fera que traduire ou appliquer ce qui a été relevé par l'autorité médicale. Ceci pose donc un problème individuel et collectif. Individuel, car chaque majeur protégé se trouve soumis au bon savoir du médecin habilité ; Collectif, car en l'état cette procédure soumet immanquablement le juridique au médical.

375. Le législateur pourrait envisager, de concert avec une autorité médicale, de fixer les critères nécessaires à l'appréciation de l'état de vulnérabilité d'un majeur. Les conséquences juridiques sont suffisamment importantes pour permettre une telle liberté aux médecins habilités. Par ailleurs, aucune compétence particulière n'est recherchée à l'occasion de l'élaboration de la liste fixée par le procureur de la République. Par conséquent, la distinction entre le médecin traitant et le médecin habilité est uniquement d'ordre administrative. En outre, l'article 431 du Code civil précise que « *le certificat indique si l'audition du majeur est de nature à porter atteinte à sa santé ou si celui-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté* ». Ce principe est complété par l'article 1219 du Code de procédure civile, lequel réaffirme l'absence d'audition systématique du majeur, et précise la confidentialité de ces certificats¹¹⁷¹.

376. Puisque le certificat médical circonstancié est obligatoire à la constitution d'une requête de mise sous protection, refuser de rencontrer le médecin habilité peut potentiellement "courcircuiter" le processus. L'hypothèse n'est pas un cas d'école et s'est déjà présentée à maintes reprises¹¹⁷². Elle

¹¹⁶⁹ A. CARON-DEGLISE, *Op. cit.*, p. 51 : « *En pratique, de trop nombreux certificats médicaux sont encore très laconiques, quand ils ne sont pas la simple reproduction de formules stéréotypées sans aucune individualisation* ».

¹¹⁷⁰ Le Défenseur des droits, Rapport : Protection juridique des majeurs vulnérables, 2016, p. 23.

¹¹⁷¹ Art. 1219 *in fine* CPC – préc.

¹¹⁷² V. notamment : Cass. civ. 1^{ère}, 18 janvier 1972, n° 83-10.653, publié au Bull. civ. I, n° 233 ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 1979, n° 77-10.082, publié au Bull. civ. I, n° 152 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 juillet 1984, n° 70-10.321, publié au Bull. civ. I, n° 21.

le fut assez récemment dans le cadre de la très médiatisée affaire BETTENCOURT¹¹⁷³. La position largement reconnue est la suivante : « *Lorsque le majeur à protéger refuse de se soumettre à l'examen par un médecin habilité par le procureur, le plus souvent, seul est joint à la requête, un certificat médical constatant la carence de l'intéressé* »¹¹⁷⁴.

b. La refonte nécessaire des consultations mémoire

377. Le déclenchement du processus de protection peut suivre la réalisation d'une "consultation mémoire". Cet examen médical est réalisé en vue d'établir l'existence ou l'inexistence de troubles de la mémoire, et éventuellement de poser le diagnostic d'une maladie neurodégénérative — ALZHEIMER notamment¹¹⁷⁵. Ces consultations ont généralement lieu à la demande de la personne âgée prenant conscience de pertes de mémoire par exemple. Elles prennent la forme d'un bilan global, réalisé à la suite d'un grand nombre de questions visant toute dimension de la vie du patient.

378. Ces consultations médicales sont réalisées dans le but d'apprécier l'ensemble des capacités de la personne. L'attitude générale du corps médical envers les personnes âgées est imprégnée d'une vision proche de l'infantilisation. L'examen général porte notamment sur la crédibilité¹¹⁷⁶ de la personne. Le médecin s'attache alors à apprécier le comportement du patient dans des situations hétérogènes et par le biais de tests précis. En réalité, ce terme de crédibilité n'est pas anodin, au regard de la place de la personne âgée dans la société moderne. Dans les faits, cette dernière apparaît discréditée du fait de nombreux comportements dégradants et infantilissants. Monsieur Pascal POCHET, chargé de Recherche du Ministère de l'Équipement spécialisé dans les questions liées à la mobilité des personnes explique que les paramètres de diagnostic des troubles neurodégénératifs sont définis « *par opposition au monde du travail ou des plus jeunes* »¹¹⁷⁷. L'évaluation des compétences cognitives est ancrée sur des critères productivistes, comme mémoire immédiate ou la rapidité, qui peuvent donner lieu à trop de subjectivité. De tels critères semblent particulièrement inadaptés en matière de consultation mémoire. Le patient est évalué selon des critères de performance. Ce positionnement *a contrario* de la logique proactive, dessert en grande partie les

¹¹⁷³ TGI Mont de Marsan, 8 octobre 2009, n° 09/00686 ; V. à ce propos : VERHEYDE, « Mettre sous mesure de protection judiciaire une personne qui refuse de se faire examiner par un médecin habilité ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz édition, 2010, p. 2052.

¹¹⁷⁴ LE DÉFENSEUR DES DROITS, *Op. cit.*, p. 24.

¹¹⁷⁵ B. BROSSARD, « Jouer sa crédibilité en consultation mémoire. Les personnes âgées face à l'évaluation cognitive », *Sociologie*, Presses universitaires de français, 2013/1, Vol. 4, p. 2 : « Les "consultations mémoire" sont des consultations spécifiquement consacrées au diagnostic des démences neurodégénératives liées à l'âge, dont l'enjeu central réside dans le repérage précoce de la maladie d'Alzheimer parmi les personnes âgées ».

¹¹⁷⁶ B. BROSSARD, *Op. cit.*, loc. cit.

¹¹⁷⁷ V. à ce propos : P. POCHET, *Les personnes âgées*, Ed. La découverte, Coll. Repères, Paris, 1999.

personnes âgées. L'absence d'éléments objectifs et adaptés orientant l'appréciation réalisée par le médecin, apparaît ici comme une véritable carence.

Au-delà de l'évaluation de la personne âgée *stricto sensu*, l'entourage prend également part à l'établissement du diagnostic. Pourtant là encore, alors même que le médecin est en lien avec des majeurs en pleine force de l'âge, la tâche reste complexe. Certaines recherches soulèvent de nombreux questionnements quant aux rapports de l'entourage quant à l'état de leur proche diagnostiqué. « *Comment les positions de chacun se construisent-elles ? Pourquoi, au sein d'une même famille, certains jugent-ils qu'il y a défaillance cognitive et d'autres non ? Pourquoi certains recherchent-ils un diagnostic médical et d'autres non ?* »¹¹⁷⁸. Nier l'existence de ces rapports de force reviendrait à nier une grande partie de l'enjeu de la mise sous protection juridique. Une partie de l'explication réside notamment au sein des positionnements sociaux relatifs à l'intérieur de la famille¹¹⁷⁹.

Le diagnostic pose en outre des problèmes pratiques pour le médecin. « *D'une part, si les patients souffrent effectivement de troubles cognitifs, cela peut signifier qu'une partie de ce qu'ils disent ne reflète pas leur situation réelle. D'autre part, imaginons qu'un patient prétende ne pas avoir de problème à gérer sa vie à son domicile alors que ce n'est pas le cas. Le croire aurait potentiellement des conséquences dangereuses. Enfin, l'un des symptômes de démences est l'"anosognosie" terme médical désignant une dysfonction neurologique manifestée par la négation des difficultés* »¹¹⁸⁰. Autrement dit, si une personne âgée nie avoir des troubles cognitifs lors d'une consultation mémoire par exemple, ce peut-être un symptôme propre à ces troubles. Un diagnostic médical révélant l'incapacité d'une personne à rester vivre chez elle emporte de lourdes conséquences. En effet, il peut renforcer la légitimité des proches à prendre des décisions à la place de la personne âgée, ou à initier une mesure de mise sous protection. La personne âgée se retrouve discréditée à l'égard de l'ensemble des professionnels qu'elle sera amenée à rencontrer par la suite — par le biais notamment de son dossier médical, présenté à de nombreuses occasions. Cependant le médecin chargé d'une consultation mémoire peut parfois être à l'origine directe d'une mesure de protection. « *Le plus souvent, la mise sous sauvegarde résulte de la déclaration, même verbale, faite par un médecin au procureur de la République, constatant qu'une personne à laquelle il donne des soins a besoin d'être protégée dans les actes de sa vie civile en raison de l'altération de ses facultés [...]*

¹¹⁷⁸ A. BÉLIARD, « Théories diagnostiques et prise en charge : le recours à une consultation mémoire », *Retraite et société*, La Documentation française, 2008/1, n° 53, p. 149.

¹¹⁷⁹ A. BÉLIARD, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹¹⁸⁰ B. BROSSARD, *Op. cit.*, p. 2.

*afin de limiter l'arbitraire médical, la loi exige l'avis conforme d'un psychiatre »*¹¹⁸¹. Il apparaît que de plus en plus, le médecin tient un rôle de filtre, régulant l'accès à la protection juridique. La doctrine parle de médicalisation de la protection juridique.

2. L'autorité judiciaire dans le déroulement procédural de la protection

379. L'autorité judiciaire est chargée de la mise en place ainsi que du contrôle des restrictions de capacité juridique. Le procureur de la République, le préfet (a) et le juge des tutelles (b) forment un trinôme garant de la saine protection des majeurs. Leur action est relayée par l'avocat (c) qui fait le lien entre l'autorité prétorienne et les personnes concernées par une mesure de protection.

a. L'action complémentaire du procureur de la République et du préfet.

380. Le procureur de la République est chargé d'établir la liste des médecins pouvant émettre les certificats médicaux circonstanciés prévus par l'article 431 du Code civil¹¹⁸². « *Le parquet dispose du pouvoir exclusif de dresser la liste des médecins qui peuvent être choisis pour établir les certificats médicaux nécessaires à l'ouverture des mesures de protection : il n'a plus à consulter le préfet* »¹¹⁸³. Sur un autre plan, le procureur de la République dispose désormais d'une vue d'ensemble sur les requêtes de placement sous protection¹¹⁸⁴. Il peut également initier l'ouverture d'une mesure¹¹⁸⁵.

381. La réforme n'a pas uniquement étendu le champ d'action du parquet. En vertu de l'article L. 471-2 du Code de l'action sociale et des familles, « *les mandataires judiciaires à la protection des majeurs sont inscrits sur une liste dressée et tenue à jour par le représentant de l'État dans le département* »¹¹⁸⁶. Depuis la réforme de 2007, le préfet remplace donc le procureur de la République dans « *la charge de dresser et de tenir à jour la liste des personnes, physiques et morales [...] qui exercent à titre habituel les mesures de protection des majeurs confiées par le juge des tutelles (mandat spécial dans la sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, et mesure d'accompagnement*

¹¹⁸¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Op. cit.*, p. 300.

¹¹⁸² Art. 431 C. civ. préc.

¹¹⁸³ Circ. DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009, préc., p. 2 : « En outre, aucune disposition n'impose désormais l'annulation de la liste : celle-ci peut donc être reconduite ou amendée en considération des candidatures et des besoins, à la libre appréciation du parquet ».

¹¹⁸⁴ Circ. DACS n° CIV/01/09/C1, préc., *loc. cit.*

¹¹⁸⁵ En vertu de l'art. 430 C. civ. préc.

¹¹⁸⁶ Extrait de l'art. L. 471-2 CASF, tel que créé par la L. n° 2007-308 préc. – art. 14.

judiciaire) »¹¹⁸⁷. L'avis conforme du procureur de la République est toujours recherché, sous couvert des articles R. 313-10-1¹¹⁸⁸ et R. 472-3¹¹⁸⁹ du Code de l'action sociale et des familles.

382. Le préfet, le procureur de la République et le juge des tutelles, disposent d'une forme de pouvoir discrétionnaire à l'égard des mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Ce principe est notamment consacré par l'article L. 472-10 du Code de l'action sociale et des familles¹¹⁹⁰. Cet article dispose de l'autorité du représentant de l'État dans le département qui exerce un contrôle de l'activité des mandataires judiciaires à la protection des majeurs. « *En cas de violation par le mandataire judiciaire à la protection des majeurs des lois et règlements ou lorsque la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral de la personne protégée est menacé ou compromis par les conditions d'exercice de la mesure de protection judiciaire, le représentant de l'État dans le département, après avoir entendu l'intéressé, lui adresse, d'office ou à la demande du procureur de la République, une injonction assortie d'un délai circonstancié qu'il fixe* »¹¹⁹¹. En sus de cela, l'article 417 du Code civil, dispose de l'autorité du juge des tutelles à l'endroit de personnes chargées de la protection¹¹⁹². Les actions de chaque entité se croisent, permettant l'assurance d'une gestion cohérente et globalisée de la protection.

b. Le rôle décisionnaire du juge des tutelles

383. L'institution du juge des tutelles occupe une place centrale au sein du mécanisme de protection juridique des majeurs. Cette spécificité n'est pas naturelle et résulte assez récemment — eu égard à son implantation — de la loi de 1964¹¹⁹³. « *Dans ses ‘‘mémoires de légistes’’, le Doyen Carbonnier dévoilait ses lignes directrices, ses sources d'inspiration et les difficultés rencontrées pour substituer au conseil de famille un magistrat du tribunal d'instance dont l'office pouvait se rapprocher du tribunal allemand des tutelles* »¹¹⁹⁴. Les compétences du juge des tutelles se sont

¹¹⁸⁷ Circ. DACS n° CIV/01/09/C1, préc., *loc. cit.*

¹¹⁸⁸ Art. R. 313-10-1 CASF, tel que créé par le D. n° 2008-1504 du 30 décembre 2008 préc. — art. 3.

¹¹⁸⁹ Art. R. 412-3 CASD, tel que créé par le D. n° 2008-1553 du 31 décembre 2008 préc. — art. 1.

¹¹⁹⁰ Art. L. 472-10 CASF, tel que créé par la L. n° 2007-308 préc. — art. 14 et 19.

¹¹⁹¹ Extrait de l'art. L. 472-10 CASF, préc.

¹¹⁹² Extrait de l'art. 427 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. — art. 7.

¹¹⁹³ L. n° 64-1230 du 14 décembre 1964, portant modification des dispositions du code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, publiée au JORF du 15 décembre 1964, p. 11140.

¹¹⁹⁴ G. RAOUL-CORMEIL, « Dossier : ‘‘Majeurs protégés’’ : Nature juridique de la procédure devant le juge des tutelles », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2014, p. 148.

progressivement étendues¹¹⁹⁵ puis ont été restreintes lors de la réforme de 2007. Sa récente incapacité à s'auto-saisir apporte une neutralité renouvelée à la fonction¹¹⁹⁶.

Le juge des tutelles est garant de l'appréciation objective des capacités de la personne en amont (i) de la protection et du contrôle des principes directeurs de la protection juridique des majeurs (ii).

i. Le juge, garant de l'appréciation objective des capacités du majeur

384. Le juge des tutelles¹¹⁹⁷ ne peut prononcer de mise sous protection sans réception d'un certificat médical circonstancié¹¹⁹⁸. Afin d'écarter toute influence éventuelle des proches sur le médecin traitant, le certificat médical circonstancié doit être du fait d'un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République. Depuis les travaux du sociologue Talcott PARSONS¹¹⁹⁹, on considère que « *le statut de personne malade constitue une "dérogation" permettant à l'individu de ne pas assumer les attentes associées à son rôle social* »¹²⁰⁰. Il s'avère que cette conception trouve à s'appliquer au cas des personnes âgées en voie d'être placées sous régime judiciaire de protection. C'est précisément ce statut dérogatoire qui sera, nous le verrons, remis en cause dans le concept de post-majorité. Néanmoins, pour ce qui est du placement sous régime de protection, la perception "personnalisée" de la personne est de rigueur.

Tout est fait pour que l'audition du majeur reste le principe établi. Si elle peut toujours être contournée aujourd'hui, bien que l'absence d'audition du majeur soit désormais très encadrée¹²⁰¹.

¹¹⁹⁵ V. notamment : L. n° 68-5 du 3 janvier 1968 préc., et la L. n° 77-1447 du 28 décembre 1977, *portant réforme du titre IV du livre I du Code civil : Des absents (I)*, publiée au JORF du 29 décembre 1977, p. 6215. Comme la très justement fait remarquer G. RAOUL-CORMEIL, *Op. cit., loc. cit.*, Ces lois « étendirent sa compétence d'attribution à l'ouverture, au fonctionnement et à la mainlevée des mesures d'incapacités des majeurs et à la constatation de la présomption d'absence ».

¹¹⁹⁶ Ainsi qu'une conformité de la fonction au principe consacré par l'article 6§1 CEDH.

¹¹⁹⁷ Le Défenseur des droits préconise une évolution de la dénomination du juge des tutelles au profit de juge de la protection des majeurs, ce qui à notre sens n'est qu'un jeu sur les mots. V. à ce propos : Le Défenseur des droits, *Rapports : protection juridique des majeurs*, 2016.

¹¹⁹⁸ V. à ce propos : L. PECAUT-RIVOLIER, « Fiche pratique : Saisir le juge des tutelles aux fins d'ouverture d'une mesure de protection », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2009, p. 25.

¹¹⁹⁹ Talcott PARSONS (1902-1979) est un sociologue américain. Père du terme de « structuro-fonctionnalisme » via la théorie de l'action étendue à différentes matières ; V. à ce propos : *Structure of Social Action* 1937, *The Social System* 1951, *Societies-Evolutionary and Comparative Perspectives*, 1966.

¹²⁰⁰ B. BROSSARD, *Op. cit., loc. cit.*

¹²⁰¹ La jurisprudence a eu l'occasion de sanctionner le défaut ou le vice d'une audition. V. notamment : Cass. civ. 1^{re}, 23 octobre 2013, n° 11-28.113, non publié au bulletin « *le juge statue sur la mesure de tutelle sollicitée, la personne entendue ou appelée ; qu'en plaçant sous tutelle Madame Joséphine X..., après avoir prononcé l'annulation le jugement du 20 septembre 2010 rendu par le Tribunal d'instance de GRENOBLE au motif que Madame Joséphine X... n'avait pas été auditionnée dans le respect des dispositions des articles 1220-1 et 1226 du Code de procédure civile, et, en particulier, avait été entendue hors la présence de l'avocat qu'elle avait désigné* ».

Ainsi à l'instar du principe consacré par l'article 432 du Code civil¹²⁰², l'article 1220-3 du Code de procédure civile est rédigé comme suit : « *Le juge des tutelles ne peut statuer sur une requête concernant un majeur protégé et relative à la protection de sa personne qu'après avoir entendu ou appelé celui-ci sauf si l'audition est de nature à porter atteinte à la santé de l'intéressé ou si celui-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté* »¹²⁰³. Si la personne âgée ne peut pas se déplacer, la rencontre peut avoir lieu au domicile du majeur ou bien par voie téléphonique. Néanmoins, la personnalité du majeur n'est pas le seul élément à entrer en ligne de compte. En effet, le juge va entendre les arguments de la personne qui demande le placement. Il peut également « *solliciter des renseignements auprès des services sociaux et municipaux, faire effectuer une enquête sociale et recueillir éventuellement des opinions divergentes de la part de l'entourage de l'intéressé* »¹²⁰⁴. La famille représente une source d'information importante pour le juge, et ce malgré les variations d'intérêts présents.

385. Le champ d'action du juge des tutelles fut quelque peu réduit à l'occasion de la loi de 2007, laquelle a notamment réformé la possibilité de saisine d'office¹²⁰⁵. Plus largement, la compétence du juge des tutelle est régulée par des règles de compétence territoriale — *on parle de compétence ratione loci*. En vertu de l'article 1211 du Code de procédure civile, « *le juge des tutelles territorialement compétent est celui de la résidence habituelle de la personne à protéger ou protégée ou celui du domicile du tuteur* ». Cette règle se trouve également consacrée à l'article 108-3 du Code civil¹²⁰⁶.

Le juge se trouve être, au-delà de ces considérations de l'ordre de la compétence, au croisement de multiples intérêts individuels. La réforme de 2007 a donné une impulsion nouvelle à la logique de

pour l'assister, sans avoir entendu cette dernière et son avocat, dans le respect des dispositions légales, la Cour d'appel a violé l'article 432 du Code civil, ensemble les articles 1220-1 et 1226 du Code de procédure civile ».

¹²⁰² Art. 432 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2015-177 du 16 février 2015 préc. – art. 1 (V) : « *Le juge statue, la personne entendue ou appelée. L'intéressé peut être accompagné par un avocat ou, sous réserve de l'accord du juge, par toute autre personne de son choix.*

Le juge peut toutefois, par décision spécialement motivée et sur avis d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 431, décider qu'il n'y a pas lieu de procéder à l'audition de l'intéressé si celle-ci est de nature à porter atteinte à sa santé ou s'il est hors d'état d'exprimer sa volonté ».

¹²⁰³ Art. 1220-3 CPC, tel que créé par le D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 – art. 1.

¹²⁰⁴ L. ARAMA, A. EVY, *La tutelle, mode d'emploi*, guide des familles de retraite plus, 2012, p. 33.

¹²⁰⁵ Circ. DACS n° CIV/01/09/C1, préc., p. 4 : « La réforme ne supprime pas complètement la saisine d'office du juge. Elle l'exclut désormais pour l'ouverture d'une mise sous protection mais la maintient dans de nombreuses autres hypothèses, y compris dans le cadre du fonctionnement du mandat de protection future. En outre, la restriction apportée à la saisine d'office du juge lors de l'ouverture d'une mesure est compensée par l'allongement de la liste des personnes habilitées à le saisir à cette fin ».

¹²⁰⁶ « *Le majeur en tutelle est domicilié chez son tuteur* ». Art. 108-3 C. civ., tel que créé par la L. n° 75-617 du 11 juillet 1975, portant réforme du divorce, publié au JORF n° 0161 du 12 juillet 1975, p. 7171.

mise sous protection des majeurs, qui a pris un tournant contentieux. C'est notamment ce qu'il ressort de l'article 1213 du Code de procédure civile¹²⁰⁷, que sous certaines conditions, le juge peut ordonner l'organisation d'un débat contradictoire. La lettre de cet article, résolument contemporaine, use de très nombreux renvois. Le débat contradictoire peut être initié d'office par le juge, ou bien suite à une demande du conjoint du majeur protégé¹²⁰⁸, du conseil de famille¹²⁰⁹, en cas de manquement du mandataire judiciaire chargé de la mesure à ses obligations¹²¹⁰, ou bien en cas de difficulté quant au choix du lieu de résidence du majeur protégé¹²¹¹. Ce caractère potentiellement contentieux fait diluer l'esprit protectionniste du mécanisme de protection des majeurs mais reste nécessaire pour garantir la saine effectivité des mesures.

386. Le rôle de contrôle d'effectivité de la mesure de protection à travers les principes de nécessité et de subsidiarité de la mesure de protection. La protection juridique des majeurs s'articule autour de trois principes, dont le juge des tutelles est chargé de s'assurer et de mettre en œuvre. Il s'agit des principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité qui sont consacrés par l'article 428 du Code civil¹²¹². Ils irriguent la mise en place de la protection au plus proche des besoins de la personne. Cependant le juge est également le garant de la bonne exécution de la mesure, puisqu'il assure le contrôle de son effectivité.

387. En vertu du principe de nécessité, *« le juge ne doit prononcer une mesure que si elle est vraiment indispensable car celle-ci a un caractère invalidant incontestable et entraîne une limitation voire une privation de droits »*¹²¹³. Du fait du principe de subsidiarité, une mesure de protection juridique ne peut être prononcée qu'à défaut de possibilité de mise en œuvre d'une protection familiale et hors-juridictionnelle¹²¹⁴. En effet, l'article 428 alinéa 1 du Code civil dispose

¹²⁰⁷ Art. 1213 CPC, tel que modifié par le D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 préc. - art. 1.

¹²⁰⁸ Art. 217 C. civ., tel que cité par l'art. 1213 CPC, et tel que modifié par la L. n° 65-570 du 13 juillet 1965 – art. 1, portant réforme des régimes matrimoniaux, publiée au JORF du 14 juillet 1965, p. 6044.

Art. 219 C. civ., tel que cité par l'art. 1213 CPC, et tel que modifié par la L. n° 65-570 préc. – art. 1.

¹²⁰⁹ Art. 397 C. civ., tel que cité par l'article 1213 CPC, et tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 2 et 6.

¹²¹⁰ Art. 417 C. civ., tel que cité par l'art. 1213 CPC, et tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7 ; Art. 459 C. civ., tel que cité par l'art. 1213 CPC, et tel que modifié par la L. n° 2009-526 préc. – art. 116 ; Art. 469 C. civ., tel que cité par l'article 1213 CPC, et tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7 ; Art. 483 C. civ., tel que cité par l'art. 1213 CPC, et tel que créé par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7 ; Art. 484 C. civ., tel que cité par l'art. 1213 CPC, et tel que créé par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

¹²¹¹ Art. 459-2 C. civ., tel que cité par l'article 1213 CPC, et tel que créé par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

¹²¹² Art. 428 C. civ., préc.

¹²¹³ A. CARON-DEGLISE, *Op. cit.*, p. 52.

¹²¹⁴ L. GATTI, *Op. cit.*, p. 28 : « Les règles générales ou spéciales de la représentation ou des régimes matrimoniaux, comme les contrats passés avec l'administration doivent supplanter les régimes judiciaires de protection. Le gouvernement incline à multiplier les expressions du principe de subsidiarité en prévoyant la possibilité d'une habilitation judiciaire au profit de parents de la personne à protéger. Cette habilitation pourrait être accordée à ses enfants, à ses petits-enfants, voire à ses collatéraux ». V. également à ce propos : J. HAUSER,

que « la mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429, par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future conclu par l'intéressé »¹²¹⁵. La concrétisation du principe de subsidiarité réside au sein de l'article 494-1 du Code civil¹²¹⁶ qui prévoit la possibilité pour le juge des tutelles de procéder à l'habilitation de l'un des membres de la famille de la personne hors d'état de manifester sa volonté. L'habilitation familiale intervient elle-même subsidiairement aux règles de droit commun de la représentation et à défaut d'existence d'un mandat de protection future¹²¹⁷. Lorsque la mesure de protection est inévitable, la famille reste associée à sa mise en œuvre à travers l'institution d'un conseil de famille¹²¹⁸. Les membres du conseil sont choisis¹²¹⁹ et présidés par le juge des tutelles¹²²⁰.

388. En vertu du principe de proportionnalité, « la mesure de protection doit traduire une réponse juridique souple et adaptée aux différents degrés d'incapacité et à la variété des situations. Cette mesure doit permettre une préservation maximale de la capacité, ce qui suppose, d'une part, un bon diagnostic de la situation soumise à l'appréciation du juge et, d'autre part, un contrôle et une remise en cause quand les facultés s'améliorent ou reviennent »¹²²¹. Ce dernier principe est consacré par le second alinéa de l'article 428 du Code civil : « La mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé »¹²²². Le choix du juge en faveur d'une mesure de protection parmi le corpus global est entièrement relatif aux besoins de la personne à protéger. « En fonction du degré de gravité de l'altération de ses facultés, le majeur à protéger sera placé par le juge des tutelles sous un régime plutôt qu'un autre : la sauvegarde de justice, si l'altération nécessite une simple protection, une curatelle, si elle commande une assistance, ou bien une tutelle, si le majeur a besoin commande une assistance. Ou

« Réforme des tutelles. Les acteurs de la protection : la famille et l'incapable majeur », AJ Famille, Dalloz édition, 2007, p. 198 : « L'article 428 nouveau du Code civil reprend une disposition essentielle en la détaillant, laquelle établit une hiérarchie entre le rôle de la famille et le rôle des mesures judiciaires de protection ».

¹²¹⁵ Art. 428 al 1 C. civ., préc.

¹²¹⁶ Art. 494-1 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, - art. 111 (V), de modernisation de la justice du XXI^e siècle (1), publiée au JORF n° 0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1

¹²¹⁷ Art. 494-2 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2016-1547, préc.

¹²¹⁸ Art. 398 et s. C. civ., préc.

¹²¹⁹ Art. 399 C. civ., tel que créé par la L. n° 2007-308 préc.— art. 6.

¹²²⁰ Art. 400 C. civ., tel que créé par la L. n° 2007-308 préc.— art. 6.

¹²²¹ A. CARON-DEGLISE, *Op. cit.*, p. 52-53.

¹²²² Art. 428 al 2 C. civ., préc.

bien une tutelle, si le majeur a besoin d'une représentation continue »¹²²³. Le législateur va plus loin dans la conception du principe de proportionnalité en instaurant une véritable graduation des régimes spéciaux de protection. Ainsi, le principe de nécessité trouve à s'appliquer au raisonnement portant sur le principe de protection, puis est relayé par la notion de proportionnalité à l'occasion du choix de la mesure qui sera appliquée. L'article 440 du Code civil témoigne explicitement de ces rapports de force¹²²⁴.

La tutelle qui est la mesure la plus grave, n'est prononcée qu'en dernier recours. Le juge des tutelles est chargé d'établir le curseur au-delà duquel la personne doit être placée sous un régime de protection plus ou moins fort. De même, le principe de proportionnalité résonne lors de l'application de la mesure. En effet, en vertu de l'article 473 alinéa 1 du Code civil, « *sous réserve des cas où la loi ou l'usage autorise la personne en tutelle à agir elle-même, le tuteur la représente dans tous les actes de la vie civile* »¹²²⁵. Cet article fonde une relative souplesse dans les actes pouvant être réalisés à l'initiative du majeur protégé par une mesure de tutelle.

ii. *Le juge, garant du contrôle de l'effectivité de la mesure de protection*

389. Le juge des tutelles se fonde sur une appréciation *in concreto* et *ratione personae* pour mettre en place une mesure de protection juridique. « *En pratique, pour s'assurer du respect de ces principes fondateurs de la loi de 1968, le juge doit s'appuyer sur une instruction rigoureuse et humaine du dossier* »¹²²⁶. Pour ce faire, le législateur a consacré l'audition du majeur et de son entourage.

390. Le juge des tutelles ne se contente pas du diagnostic médical apporté par le médecin habilité, ou à défaut, par un médecin expert. Il procède à la réalisation d'un véritable diagnostic social, fondé sur les proches et l'environnement côtoyés par le majeur. Si la famille du majeur est trop éloignée pour se soumettre à l'audition directe du juge, ce dernier peut solliciter le biais d'une commission rogatoire¹²²⁷. De cette façon, une tutelle est considérée comme justifiée lorsqu'elle est prononcée pour une personne présentant des troubles de la mémoire, des épisodes dépressifs ainsi qu'un affaiblissement intellectuel¹²²⁸. En revanche, elle ne l'est pas lorsque l'altération des facultés

¹²²³ B. DUBREUIL, *Op. cit.*, p. 87.

¹²²⁴ Art. 440 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

¹²²⁵ Art. 473 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc.

¹²²⁶ A., CARON-DEGLISE, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹²²⁷ Art. 730 et s. CPC.

¹²²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 24 septembre 2008, n° 07-16.002, non publié au bulletin.

cognitives et la perte d'autonomie n'est que modérée¹²²⁹. Par surcroît la mesure reste adaptable aux évolutions que connaît la situation du majeur protégé¹²³⁰. Au-delà du seul enjeu d'adaptation de la mesure aux besoins du majeur protégé, le juge intervient en amont de toute décision ne pouvant être prise uniquement avec le concours du tuteur. Il en va comme tel lorsqu'un majeur sous tutelle veut rédiger ou modifier son testament¹²³¹.

c. Le rôle de l'avocat en matière de protection des majeurs

391. Le rôle joué par l'avocat au sein du processus de mise sous protection d'un majeur est prévu par l'article 432 alinéa 1 du Code civil : « *L'intéressé peut être accompagné par un avocat ou, sous réserve de l'accord du juge, par toute autre personne de son choix* »¹²³². Il ne s'agit que d'une faculté¹²³³. Néanmoins la présence de l'avocat évolue à chaque étape du processus de placement, et dès l'ouverture du dossier et de la procédure d'instruction¹²³⁴. À l'instar des personnes concernées par la procédure, l'avocat peut avoir accès au dossier. De surcroît lui seul peut en obtenir une copie en vertu de l'article 1123 du Code de procédure civile : « *L'avocat du majeur à protéger ou protégé, du mineur ou de ses parents peut se faire délivrer copie de tout ou partie des pièces du dossier. Il ne peut communiquer les copies ainsi obtenues ou leur reproduction au majeur à protéger ou protégé, au mineur ou à un tiers* »¹²³⁵. Le rôle de l'avocat est encore spécifiquement visé à l'occasion du mandat de protection future réalisé sous seing privé. « *Le mandat établi sous seing privé est daté et signé de la main du mandant. Il est soit contresigné par un avocat, soit établi selon un modèle défini par décret en Conseil d'État* »¹²³⁶. À ces égards, l'avocat apparaît comme un

¹²²⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2012, n° 11-23.494, non publié au bulletin.

¹²³⁰ CA de Basse-Terre, 2^{ème} chambre civile, 5 novembre 2015, n° 15/00124 : « *Que placée sous tutelle depuis 2010, le jugement déferé a transformé ladite mesure en curatelle renforcée pour prendre en compte les progrès de Mlle Dina X... dans son autonomie et indépendance* ». Dans une même veine : Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 2010, n° 09-65.163, non publié au bulletin : « *Un juge des tutelles a transformé la curatelle de Mme X... en tutelle et maintenu Mme Y..., mandataire judiciaire, pour exercer les fonctions de gérant de tutelle de la personne protégée* ».

¹²³¹ Art. 476 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7 ; V. à ce propos : G. RAOUL-CORMEIL, « Rôle du juge des tutelles qui autorise une personne en tutelle à rédiger son testament », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2017, p. 250 ; À propos de l'arrêt : Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 2017, n° 16-10.340, publié au bulletin.

¹²³² Art. 432 C. civ., préc.

¹²³³ La doctrine a eu l'occasion d'exprimer sa déception en ne voyant pas le rôle de l'avocat consacré sans réserve. Néanmoins cette faculté de recours à l'avocat permet de respecter des considérations d'ordre budgétaire.

¹²³⁴ F. MOUREAU, « La place de l'avocat dans la nouvelle législation sur la protection des majeurs », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2009, p. 12.

¹²³⁵ Art. 1223 CPC, tel que modifié par le D. n° 2016-185 du 23 février 2016 – art. 8, pris pour l'application de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, publié au JORF n° 0047 du 25 février 2016, texte n° 26.

¹²³⁶ Extrait de l'art. 492 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art 7.

interlocuteur privilégié, véritable relai entre l'autorité prétorienne et les familles concernées par une mesure de protection.

B. LES ACTEURS DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION ET LA CONFUSION DES SPHÈRES PRIVÉES ET PROFESSIONNELLES

392. Lorsque la sanction tombe et que la mesure de protection est prononcée au profit d'un majeur, les acteurs institutionnels s'effacent au profit d'autres acteurs, chargés de concrétiser la protection. Le juge nomme alternativement des membres de la famille de la personne protégée, ou un professionnel spécialisé. « *La loi du 5 mars 2007 qui rénove la protection juridique et entre en vigueur au 1er janvier 2009 indique la nécessité, pour le mandataire professionnel et pour le protecteur familial, d'articuler le besoin de protection avec la préservation de l'autonomie de la personne assistée ou protégée* »¹²³⁷.

Le juge confie prioritairement¹²³⁸ la réalité de la mesure à la famille (1). À défaut la mesure est confiée à un professionnel (2). « *La protection des personnes vulnérables, lorsqu'elle n'est ne peut être confiée aux familles, doit relever de personnes qualifiées, compétentes et responsables, la réforme organise et régleme toute l'activité tutélaire* »¹²³⁹.

1. Le rôle de la famille dans l'effectivité de la protection : L'amalgame des rôles

393. La famille se trouve sollicitée doublement. Un membre peut être désigné pour gérer la mesure de protection prononcée (a), tandis que plusieurs membres peuvent être amenés à constituer un conseil de famille (b).

a. La désignation d'un parent comme représentant

394. La place cardinale de la famille au sein du raisonnement propre à la protection des majeurs fut réaffirmée¹²⁴⁰ lors de la réforme de 2007, et ce malgré la place grandissante de l'État. La proclamation de cette dualité d'intérêt a pris corps en l'article 415 du Code civil, qui dispose en son

¹²³⁷ F. LE BORGNE-UGEN, *Op. cit.*, p. 46.

¹²³⁸ V. à ce propos : L. PECAUT-RIVOLIER, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹²³⁹ Circ. DACS n° CIV/01/09/C1 préc.

¹²⁴⁰ M. REBOURG, F. LE BORGNE-UGUEN, « Les régulations de l'entraide familiale par le droit de la protection juridique », *Informations sociales*, CNAF, 2015/2, n° 188, p. 100-106.

quatrième alinéa que cette protection « *est un devoir des familles et de la collectivité publique* »¹²⁴¹. Le droit positif reste néanmoins fidèle à la tradition de la protection familiale. En effet, la *priorité* est donnée aux membres de la famille sur les professionnels de la protection¹²⁴². C'est notamment ce qu'il ressort de la lettre de l'article 450 du même Code : « *Lorsqu'aucun membre de la famille ou aucun proche ne peut assumer la curatelle ou la tutelle, le juge désigne un mandataire judiciaire à la protection des majeurs* »¹²⁴³.

La jurisprudence a également eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises la *priorité* de principe accordée à la famille : « *En présence de membres de la famille, il n'y a pas lieu de confier la tutelle à l'État* »¹²⁴⁴. Malgré cela, la gestion d'une mesure de protection s'avère d'une complexité à la hauteur du patrimoine de la personne protégée et des relations familiales¹²⁴⁵. Les enjeux soulevés sont parfois source de tension au sein des familles. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence a progressivement admis qu'un tiers soit nommé plutôt qu'un proche en cas de conflit familial¹²⁴⁶. Au-delà du cadre de la nomination originelle, il arrive que des mesures protection passent en cours d'application de la charge d'un proche à celle d'un professionnel pour cause de tension ou de marques de mauvaise gestion¹²⁴⁷. La jurisprudence contient de nombreux exemples d'échecs de gestion familiale d'une mesure de protection judiciaire : « *L'arrêt du 19 octobre 2010 de la cour d'appel de Paris [...] énonce que M. André X... (alors tuteur de sa femme) a toujours considéré l'ensemble du patrimoine des époux comme le sien, fait des donations et pris des dispositions testamentaires concernant en particulier un tiers* »¹²⁴⁸ ; « *Attendu que, pour déclarer Mme Marie-Christine X..., épouse Y..., coupable d'un abus de confiance commis, [...] au préjudice de Mme Émilie B..., sa mère, l'arrêt énonce que chargée d'une mission de protection et de gestion strictement définie, elle a abusé de son mandat et disposé des avoirs de la majeure placée sous protection judiciaire* »¹²⁴⁹.

¹²⁴¹ Extrait de l'art. 415 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

¹²⁴² F. FRESNEL, *Op. cit.*, *loc. cit.* : « *La loi nouvelle a maintenu la priorité à la famille pour l'exercice des mesures de protection. Mais elle a élargi considérablement les formes d'exercice, en prévoyant la possibilité de désigner un conseil de famille, un tuteur ou curateur individuel, des cotuteurs ou co-curateurs, un subrogé tuteur ou un subrogé curateur... (art. 447 C. civ). Il est désormais possible, en outre, de désigner de manière anticipée la personne qui sera chargée d'exercer la mesure de protection* ».

¹²⁴³ Extrait de l'art. 450 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

¹²⁴⁴ TGI Bordeaux jurisprudence, 9 octobre 2008, n° 07/08375 ; V. également à ce propos : Cass. civ. 1^{ère}, 10 octobre 1984, n° 83-13.894, publié au Bull. 1984, n° 254.

¹²⁴⁵ CA Rennes, 6^{ème} chambre b, 18 novembre 2014, n° 13/08118.

¹²⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 2005, n° 02-16.992, non publié au bulletin ; V. également à ce propos : Cass. civ. 1^{ère}, 3 janvier 2006, n° 03-16.783, non publié au bulletin.

¹²⁴⁷ CA Rennes, 6^{ème} chambre b, 24 février 2015, n° 13/08906.

¹²⁴⁸ Cass. crim. 11 mai 2017, n° 16-83.625, non publié au bulletin.

¹²⁴⁹ Cass. crim. 18 janvier 2017, n° 16-80.178, non publié au bulletin.

b. La famille au cœur des décisions de protection : le conseil de famille

395. La protection exercée par la famille est conçue comme une émanation du devoir familial. Par conséquent, elle est par principe assurée à titre gratuit. Cependant le législateur a prévu qu'un dédommagement soit accordé au proche chargé de la protection d'un majeur sous certaines conditions¹²⁵⁰. Le législateur a opté pour une sécurisation du conseil de famille. À ce titre, des règles de procédure¹²⁵¹ et de participation¹²⁵² sont imposées à ses membres. Ainsi, les désintéressés sont remerciés et les membres ne peuvent plus être représentés. Ces derniers doivent participer en personne aux réunions du conseil¹²⁵³. Ce changement fut notamment justifié par la fragilisation du lien familial.

396. L'action des membres de la famille peut s'exprimer au sein du conseil de famille. La réforme a modifié la présence du conseil de famille, posée jusqu'alors comme principe obligatoire par la loi de 1968. Désormais, il ne s'agit plus que d'une faculté¹²⁵⁴ subordonnée à la présence cumulative de deux conditions spécifiques¹²⁵⁵. « *Le juge peut organiser la tutelle avec un conseil de famille si les nécessités de la protection de la personne ou la consistance de son patrimoine le*

¹²⁵⁰ Art. 419 al 1 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7 : « *Les personnes autres que le mandataire judiciaire à la protection des majeurs exercent à titre gratuit les mesures judiciaires de protection. Toutefois, le juge des tutelles ou le conseil de famille s'il a été constitué peut autoriser, selon l'importance des biens gérés ou la difficulté d'exercer la mesure, le versement d'une indemnité à la personne chargée de la protection. Il en fixe le montant. Cette indemnité est à la charge de la personne protégée* ».

¹²⁵¹ Art. 1234-1 CPC, tel que modifié par le D. n° 2008-1276 préc. – art. 1 : « *La convocation est adressée huit jours au moins avant la date de la réunion* » ; Art. 1234-6 CPC, tel que modifié par le D. n° 2008-1276 préc. – art. 1 : « *Les réunions du conseil de famille ne sont pas publiques. Les membres du conseil de famille sont tenus à l'obligation de secret à l'égard des tiers* » ; Art. 1235 CPC, tel que modifié par le D. n° 2008-1276 préc. – art. 1 : « *La délibération du conseil de famille est motivée. Toutes les fois qu'elle n'est pas prise à l'unanimité, l'avis de chacun de ses membres est mentionné dans le procès-verbal* ».

¹²⁵² Art. 1234-3 CPC, tel que modifié par le D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, préc. – art. 1 : « *Le conseil de famille ne peut délibérer que si la moitié au moins de ses membres est présente. Si ce nombre n'est pas atteint, le juge peut soit ajourner la réunion, soit prendre lui-même la décision en cas d'urgence* ».

¹²⁵³ Art. 1234-2 CPC, tel que modifié par le D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, préc. – art. 1 : « *Les membres du conseil de famille sont tenus de se rendre en personne à la réunion. Ceux qui, sans excuse légitime, ne s'y présenteraient pas peuvent voir leur charge tutélaire retirée par application des dispositions de l'article 396 du code civil* ».

¹²⁵⁴ Circ. DACS n° CIV/01/09/C1, préc., p. 8 : « *La loi du 5 mars 2007 a inversé le principe posé par la loi de 1968 qui faisait de la constitution du conseil de famille la règle en matière d'organisation de la tutelle des majeurs* ».

¹²⁵⁵ Circ. DACS n° CIV/01/09/C1, préc., loc. cit. : « *L'article 456 du Code civil subordonne l'institution d'un conseil de famille à deux conditions cumulatives : "si les nécessités de la protection de la personne ou la consistance de son patrimoine le justifient et si la composition de sa famille ou de son entourage le permet". La loi donne au juge un très large pouvoir d'appréciation de l'opportunité d'organiser ou non un conseil de famille, quelles que soient les demandes ou velléités de l'entourage de la personne protégée. Cette modalité, si la famille du majeur n'est pas trop dispersée, présente l'avantage de constituer une instance délibérative collégiale, au sein de laquelle le juge joue un rôle d'influence plus que de décision* ».

justifient et si la composition de sa famille et de son entourage le permet »¹²⁵⁶. Les membres du conseil de famille sont désignés par le juge¹²⁵⁷. Parmi ses responsabilités, le conseil de famille se charge de désigner « *le tuteur, le subrogé tuteur et, le cas échéant, le tuteur ad hoc* »¹²⁵⁸. Cette charge n'intervient qu'à défaut d'une désignation anticipée réalisée par le majeur lui-même, prévue par l'article 448 alinéa 1 du Code civil¹²⁵⁹ et 1255 du Code de procédure civile¹²⁶⁰. La présence d'une désignation s'impose à la fois au juge des tutelles et au conseil de famille.

Le conseil de famille est convoqué par le juge des tutelles, et peut se réunir de droit à la demande de deux de ses membres, du tuteur ou subrogé tuteur ou encore à la demande du majeur faisant l'objet de la protection¹²⁶¹. Il peut également se réunir en l'absence du juge en vertu des articles 1237 du Code de procédure civile¹²⁶² et 457 du Code civil. Ce dernier dispose que : « *Le juge peut autoriser le conseil de famille à se réunir et délibérer hors de sa présence lorsque ce dernier a désigné un mandataire judiciaire à la protection des majeurs comme tuteur ou subrogé tuteur* »¹²⁶³. Cette mesure d'administration judiciaire¹²⁶⁴ reste très encadrée¹²⁶⁵.

2. Le rôle du mandataire judiciaire à la protection des majeurs : l'intrusion du professionnel dans la sphère privée

397. Les obligations du mandataire judiciaire à la protection des personnes (a) font l'objet d'un contrôle (b).

a. Les obligations du mandataire judiciaire à la protection des majeurs

398. Lorsque la mesure de protection ne peut être exercée par un parent ou un proche, le juge désigne un mandataire judiciaire à la protection des majeurs. En vertu de l'article L. 471-1 du Code

¹²⁵⁶ Extrait de l'art. 456 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

¹²⁵⁷ Extrait de l'art. 456 C. civ., préc.

¹²⁵⁸ Extrait de l'art. 456 C. civ., préc.

¹²⁵⁹ Art. 448 al 1 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

¹²⁶⁰ Art. 1255 CPC, tel que modifié par le D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, préc. – art. 1 : « *La désignation anticipée du curateur ou du tuteur prévue par l'article 448 du code civil ne peut être faite que par une déclaration devant notaire ou par un acte écrit en entier, daté et signé de la main du majeur concerné* ».

¹²⁶¹ Art. 1234 CPC, tel que modifié par le D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, préc. – art. 1

¹²⁶² Art. 1237 CPC, tel que modifié par le D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, préc. – art. 1.

¹²⁶³ Le juge des tutelles garde néanmoins de l'intérêt pour la réunion réalisée. Art. 457 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

¹²⁶⁴ Art. 1237 CPC, préc.

¹²⁶⁵ Art. 1237-1 s. CPC.

de l'action sociale et des familles, ces derniers exercent « à titre habituel les mesures de protection des majeurs que le juge des tutelles leur confie au titre du mandat spécial auquel il peut être recouru dans le cadre de la sauvegarde de justice ou au titre de la curatelle, de la tutelle ou de la mesure d'accompagnement judiciaire »¹²⁶⁶. La réforme de 2007 s'était employée à réguler et encadrer l'exercice de cette profession¹²⁶⁷.

La multitude d'acteurs préexistants¹²⁶⁸ fut regroupée sous la bannière de l'unique profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs, désormais règlementée¹²⁶⁹. Son accès fit également l'objet d'une régulation¹²⁷⁰. En vertu de l'arrêté du 2 janvier 2009¹²⁷¹, tout mandataire doit accuser un certain niveau de formation¹²⁷² et obtenir une habilitation¹²⁷³. Le défaut d'habilitation est sanctionnable d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende¹²⁷⁴.

399. Malgré une apparente homogénéisation, la profession reste régie par des règles spécifiques selon si elle est exercée dans le cadre d'une institution ou en dehors¹²⁷⁵. Les établissements d'hébergement pour personnes adultes handicapées ou pour personnes âgées présentant un nombre de résidents supérieur à celui fixé par décret « sont tenus de désigner un ou plusieurs agents comme mandataires judiciaires à la protection des majeurs pour exercer les mesures ordonnées par l'autorité judiciaire au titre du mandat spécial auquel il peut être recouru dans le cadre de la sauvegarde de justice ou au titre de la curatelle, de la tutelle ou de la mesure d'accompagnement

¹²⁶⁶ Art. L. 471-1 CASF, tel que créé par la L. n° 2007-308 préc. – art. 14.

¹²⁶⁷ M. BAUER, « Réforme de la protection des majeurs : les nouveaux professionnels », AJ Famille, Dalloz édition, 2009, p. 61. V. également à ce propos : A. BAUDRY-MERLY, L. HARDY, « Entre autonomie et contraintes. Dépasser des injonctions contradictoires », Le sociographe, Champ social, 2015/2, n° 50, p. 73-85.

¹²⁶⁸ Services de tutelle gérés par des associations, gérants de tutelle privés, préposés aux établissements médico-sociaux et de santé.

¹²⁶⁹ Art. L. 471-1 CASF, tel que créé par la L. n° 2007-308 préc. – art. 14.

¹²⁷⁰ La possibilité de nommer un bénévole a été supprimée par la réforme.

¹²⁷¹ Arrêté du 2 janvier 2009, relatif à la formation complémentaire préparant aux certificats nationaux de compétence de mandataire judiciaire à la protection des majeurs et de délégué aux prestations familiales, publiée au JORF n° 0012 du 15 janvier 2009, p. 820, texte n° 27

¹²⁷² Art. D. 471-3 CASF, tel que modifié par le D. n° 2011-936 du 1er août 2011 - art. 5, relatif à la rémunération des mandataires judiciaires et à diverses mesures de simplification en matière de protection juridique des majeurs, publié au JORF n° 0179 du 4 août 2011, p. 13359, texte n° 49. V. également l'art. L. 471-4 CASF, tel que créé par la L. n° 2007-308 préc. - art. 14. V. également à ce propos : M. BAUER, *Op. cit.*, *loc. cit.* V. également à ce propos : A. CARON-DEGLISE, « La formation des mandataires judiciaires de protection », *Informations sociales*, Caisse nationale d'allocations familiales, 2007/2, n° 138, p. 54 à 55.

¹²⁷³ Art. L. 313-3 CASF, tel que modifié par la loi n° 2015-1702 du 21 décembre 2015 – art. 89 (v), publiée au JORF du 22 décembre 2015, n° 0296, p. 23635, texte n° 1 « Les montants de l'allocation définie à l'article L. 815-1 et des plafonds de ressources prévus pour son attribution sont revalorisés au 1^{er} avril de chaque année par application du coefficient mentionné à l'article L. 161-25 ».

¹²⁷⁴ Art. L. 473-1 CASF, tel que créé par la L. n° 2007-308 préc. – art. 14 et art. 20.

¹²⁷⁵ G. RAOUL-CORMEIL, « Atouts et faiblesses du statut professionnel de mandataire judiciaire à la protection des majeurs », *Droit de la famille*, LexisNexis SA édition, 2012, n° 12, dossier 13.

judiciaire »¹²⁷⁶. Les mandataires désignés dans ce cadre doivent satisfaire aux conditions respectivement prévues par les articles L. 471-4¹²⁷⁷ et L. 472-6¹²⁷⁸ du Code de l'action sociale et des familles — notamment des conditions d'âge, de moralité, de formation et d'expérience professionnelle. Lorsque la profession est exercée à titre individuel, le mandataire doit présenter la garantie suffisante de son activité¹²⁷⁹.

b. Le contrôle des activités de mandataire judiciaire à la protection des majeurs

400. L'objet fondamental de l'activité du mandataire est de protéger le majeur dont il a charge de protection. Toutefois cet objectif ne va pas de soi, puisqu'il se trouve au croisement de la liberté et de besoin de protection. Certaines voix dénoncent « *des difficultés des mandataires judiciaires à la protection des majeurs à accepter la marge de liberté du majeur protégé dans le cadre de la mesure. Leur tendance naturelle, [...] à ne pas exploiter cette marge. Ou alors insuffisamment. S'ils le font, ils ont l'impression de ne pas le protéger* »¹²⁸⁰. En effet, l'appréciation de l'équilibre à donner à ces enjeux fondamentaux est laissée à la discrétion du mandataire. Pourtant, son rôle se trouve davantage dans la recherche et l'assurance de cet équilibre que dans la seule protection. L'intérêt est également d'apporter du sens à la protection¹²⁸¹, et non uniquement de l'effectivité. Le mandataire judiciaire qui constate un abus dans les droits du majeur placé sous sa protection initie le contentieux. C'est ainsi que de nombreux faits litigieux sont mis au jour grâce au concours de mandataires judiciaire. Récemment la Cour de cassation a pu répondre à l'initiative d'une tutrice et confirmer la sanction d'abus de faiblesse et de vulnérabilité perpétrés contre une personne âgée de 74 ans¹²⁸².

401. L'activité du mandataire judiciaire à la protection des majeurs fait l'objet d'un contrôle à deux vitesses. L'article 421 du Code civil dispose assez laconiquement que : « *Tous les organes de la mesure de protection judiciaire sont responsables du dommage résultant d'une faute quelconque qu'ils commettent dans l'exercice de leur fonction* ». Cependant le législateur a pris soin de préciser que « *toutefois, sauf cas de curatelle renforcée, le curateur et le subrogé curateur*

¹²⁷⁶ Extrait de l'art. L. 472-5 CASF, tel que créé par la L. 2007-308 préc. – art. 14 et art. 19.

¹²⁷⁷ Art. L. 471-4 CASF préc.

¹²⁷⁸ Art. L. 472-6 CASF, tel que créé par la L. 2007-308 préc. – art. 14 et art. 19.

¹²⁷⁹ Art. L. 472-2 CASF, tel que créé par la L. 2007-308 préc. – art. 14 et art. 19 : « *Le bénéficiaire de l'agrément doit justifier de garanties des conséquences pécuniaires de sa responsabilité civile en raison des dommages subis par les personnes qu'il prend en charge* ».

¹²⁸⁰ C. CHEMINET, in E. LUISIN-PAGNOD et al., *Op. cit.*, p. 77.

¹²⁸¹ C. CHEMINET, *Op. cit.*, loc. cit.

¹²⁸² Cass. crim. 8 février 2017, n° 16-81.194, non publié au bulletin.

n'engagent leur responsabilité, du fait des actes accomplis avec leur assistance, qu'en cas de dol ou de faute lourde »¹²⁸³. En outre, cette responsabilité peut être transférée à l'État qui dispose d'une action récursoire, lorsque « *la faute à l'origine du dommage a été commise dans l'organisation et le fonctionnement de la mesure de protection* »¹²⁸⁴. Le juge reste relativement libre dans l'appréciation des fautes commises¹²⁸⁵. Il dispose néanmoins d'indications quant au rôle devant être tenu par le mandataire judiciaire à la protection des majeurs. On trouve certaines d'entre elles au sein de l'article 496 du Code civil, qui impose une gestion patrimoniale prudente, diligente et avisée et nécessairement orientée à l'unique intérêt du majeur protégé¹²⁸⁶. L'article 497 de même code précise le rôle du subrogé tuteur, lequel doit attester auprès du juge de la saine exécution de la mesure par le tuteur¹²⁸⁷. L'absence de travail effectif du mandataire peut être sanctionnée, comme en témoigne l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 11 janvier 2017 : « *Si la rémunération des mandataires judiciaires à la protection des majeurs est déterminée de manière forfaitaire et calculée sur la base d'un barème fixé par arrêté, l'absence de toute diligence fait obstacle à cette rémunération* »¹²⁸⁸. Il s'agit d'une récente exception au principe consacré par l'autorité prétorienne trois ans auparavant¹²⁸⁹, interdisant au juge de diminuer la rémunération due au professionnel lorsque son travail s'avère insuffisant.

402. En complément du principe général de responsabilité pour faute de l'ensemble des organes de protection judiciaire¹²⁹⁰, l'effectivité de la mesure de protection juridique fait également l'objet d'un contrôle régulier. C'est notamment à cette occasion que les éventuelles erreurs ou fautes commises sont révélées. Il arrive que les ayants droit du majeur protégé déclenchent un processus contentieux. Leur action se fonde notamment sur 499 du Code civil, qui pose le principe d'intervention des tiers « *des actes ou omissions du tuteur qui leur paraissent de nature à porter préjudice aux intérêts de la personne protégée* »¹²⁹¹. Certaines jurisprudences sont particulièrement parlantes à ce sujet : « *Mme X..., n'avait pas reçu paiement de la totalité des loyers qui avaient été*

¹²⁸³ Art. 421 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

¹²⁸⁴ Extrait de l'art 422 al 1 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2016-1547 préc. – art. 16.

¹²⁸⁵ V. à ce propos : I. MARIA, « Responsabilité des associations tutélaires : étude critique de la réforme », *Juris association*, Dalloz édition, 2013, n° 490, p. 28.

¹²⁸⁶ Art. 496 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 8.

¹²⁸⁷ Art. 497 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 8.

¹²⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 11 janvier 2017, n° 15-27.784, publié au Bulletin ; V. également à ce propos : G. RAOUL-CORMEIL, « La rémunération du mandataire judiciaire à la protection des majeurs est subordonnée à un travail effectif ! », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2017, p. 145.

¹²⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2014, n° 13-18.550, non publié au bulletin ; V. à ce propos : VERHEYDE, « La rémunération des MJPM a un caractère forfaitaire dont le montant ne peut être diminué par le juge des tutelles », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2014, p. 564.

¹²⁹⁰ Art. 421 C. civ., préc.

¹²⁹¹ Extrait de l'art. 499 al 1 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 8.

réglés par la locataire du 1er juin 1992 au 31 juillet 1995 à l'UDAF du Var, laquelle avait été désignée par le juge des tutelles »¹²⁹². Pour pallier le risque de dérive, un inventaire des biens constituant le patrimoine du majeur¹²⁹³, ainsi qu'un suivi annuel des comptes¹²⁹⁴ sont réalisés. La profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs est de plus en plus encadrée. On trouve un récent témoignage de cette tendance à travers la loi du 26 janvier 2016¹²⁹⁵, laquelle inclue désormais les mandataires judiciaires à la protection des majeurs parmi la liste des professions tenues de respecter le droit au respect de la vie privée tout comme le droit au secret des informations¹²⁹⁶.

PARAGRAPHE 2

LA CONTINGENCE DE L'INCAPACITÉ DANS LA PROTECTION JURIDIQUE

403. Le *corpus* juridique de la protection des majeurs vise la prise en charge d'un plus grand nombre de besoins. Sa structure organisée et progressive permet une protection graduée normalisant les besoins des personnes protégées. Ce faisant les conséquences juridiques sur le majeur répondent à cette même échelle de gravité. En cela la préservation de la capacité permet d'appréhender l'étendue de la protection ainsi que sa rationalisation vis-à-vis de l'atteinte consentie à l'autonomie de la personne.

La sensibilité du mécanisme se trouve décuplée du fait de la consécration de son étendue au volet extra-patrimonial de la protection. Aux vues des conséquences présentes et futures de la mutation démographique, l'évolution amorcée par le droit positif traduit une volonté de préserver le caractère spécial et dérogatoire de la protection. En effet, la norme juridique ne pouvait conserver une vision large et éthérée de la cause de protection qui lui promettait un trop grand succès. Afin de préserver la nature singulière et exceptionnelle de la protection, le législateur a opté pour une rationalisation ainsi qu'une spécialisation de la cause justifiant le placement. La suppression des mesures de

¹²⁹² Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 2014, n° 13-18.555, non publié au bulletin.

¹²⁹³ Art. 1253 CPC, tel que modifié par le D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, préc. – art. 1.

¹²⁹⁴ Art. 1254 CPC, tel que modifié par le D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, préc. – art. 1.

¹²⁹⁵ L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016, *De modernisation de notre système de santé (I)*, publiée au JORF n° 0022 du 27 janvier 2016, texte n° 1.

¹²⁹⁶ Art. L. 1110-4 CSP, tel que modifié par l'Ord. n° 2017-31 du 12 janvier 2017 – art. 5, de mise en cohérence des textes au regard des dispositions de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, publiée au JORF n° 0011 du 13 janvier 2017, texte n° 25.

Art. L. 312-1 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – art. 47 (M), art. 48 et art. 65, *relative à l'adaptation de la société au vieillissement*, publiée au JORF n° 0301 du 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1.

V. également à ce propos : I. MARIA, « Le MJPM désormais tenu au secret professionnel ? », *Droit de la famille*, LexisNexis édition, 2016, n° 7-8, comm. 159.

protection pour oisiveté ou prodigalité en témoigne. De même l'effacement de l'affaiblissement dû à l'âge comme justifiant une protection juridique corrobore le phénomène de médicalisation de la cause de protection.

Le droit positif de protection juridique des majeurs permet d'apporter une réponse construite (II) à un large panel de situations (I). Toutefois le développement de la médicalisation du processus de placement, tout comme la modification du rôle de la famille trouve sa limite en matière de protection des personnes âgées (III).

I. LE PANEL DE PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS

404. L'objet de ce premier paragraphe est de réaliser une revue de l'ensemble des mécanismes prévus par le droit positif en matière de protection juridique des majeurs. Ce dernier offre un éventail de solutions variées aux altérations des facultés connues au niveau de l'individu. De cette façon, « *la sauvegarde de justice, avec ou sans mandataire spécial, la curatelle simple ou renforcée, et la tutelle constituent un éventail de mesures standards et graduées* »¹²⁹⁷.

Les premières strates de protection emportent peu de conséquences sur la capacité de la personne protégée (A) tandis que les strates de protection renforcée emportent des conséquences bien plus marquées (B).

A. LES PREMIÈRES STRATES DE PROTECTION JURIDIQUE

405. Le *corpus* de protection juridique des majeurs est construit selon une structure progressive. L'objectif est bien évidemment d'apporter une réponse ajustée à un maximum de situations précaires. Cependant l'incapacité n'est pas la réponse obligée aux enjeux liés à la protection.

Les premières strates de protection peuvent être entendues assez largement comme embrassant également des mécanismes ne présentant pas de caractère incapacitaire : la mesure d'accompagnement judiciaire (1) ou en contenant une variation : la sauvegarde de justice (2).

¹²⁹⁷ G. RAOUL-CORMEIL, « Qu'est ce qu'être protégé ? Le regard d'un juriste », *Le sociographe*, Champ social, 2015/2, n° 50, p. 15.

1. La mesure d'accompagnement judiciaire

406. À l'occasion de la réforme de 2007¹²⁹⁸, le législateur a fait le choix d'ajouter un nouveau chapitre intitulé *De la mesure d'accompagnement judiciaire*, au onzième titre *in fine* du premier livre du Code civil. Cette nouvelle mesure a pour objet le soutien à la gestion des prestations sociales mais revêt également une dimension de lutte contre certaines pratiques néfastes.

La mesure d'accompagnement judiciaire fut créée dans l'objectif de suppléer le mécanisme de tutelle aux prestations sociales adultes, dont on trouve le vestige à l'article L. 167-3 du Code de la sécurité sociale¹²⁹⁹. « *L'idée de cette nouvelle institution juridique est de mettre un terme à la pratique des mesures "doublons" qui permettaient au juge des tutelles de prononcer une tutelle aux prestations sociales adultes à côté d'un régime civil de protection des majeurs, afin d'assurer une meilleure rémunération de l'organisme gestionnaire des deux mesures* »¹³⁰⁰. Par conséquent, l'application d'une mesure d'accompagnement judiciaire accuse un caractère subsidiaire important et imposé par le législateur. Le mécanisme n'intervient qu'à défaut des règles du droit commun de la représentation. En outre, le Code civil prévoit qu'une telle mesure ne puisse être prononcée concernant une personne mariée¹³⁰¹. La mesure d'accompagnement judiciaire intervient donc à défaut des liens de représentation et du devoir d'assistance existant entre époux. La mesure ne peut pas non plus être prononcée à l'égard d'une personne bénéficiant déjà d'une mesure de protection juridique classique¹³⁰². Dans ce cadre le juge des tutelles est débiteur d'une obligation d'information à l'égard du mandataire judiciaire lorsqu'il prononce une mesure de protection juridique à l'égard d'une personne bénéficiaire d'une mesure d'accompagnement judiciaire¹³⁰³. Ladite mesure prend d'ailleurs fin de plein droit à cette occasion¹³⁰⁴.

¹²⁹⁸ L. n° 2007-308 du 5 mars 2007, *Portant réforme de la protection juridique des majeurs (1)*, publiée au JORF n° 56 du 7 mars 2007, p. 4325, texte n° 12.

¹²⁹⁹ Art. L. 167-3 CSS, tel que modifié par la L. n° 2015-994 du 17 août 2015 – art. 59, *relative au dialogue social et à l'emploi*, publiée au JORF n° 0189 du 18 août 2015, p. 14346, texte n° 3.

¹³⁰⁰ V. à ce propos : L. DARGENT, « Mise en œuvre de la mesure d'accompagnement judiciaire », *Dalloz actualité*, Dalloz édition, 2008.

¹³⁰¹ Art. 495 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007, préc. – art. 7.

¹³⁰² Art. 495-1 al 1 C. civ., tel que créé par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007, préc. – art. 7.

¹³⁰³ Art. 1262-8 CPC, tel que créé par le D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 – art. 2, *relatif à la protection juridique des mineurs et majeurs et modifiant le code de procédure civile*, publiée au JORF n° 0285 du 7 décembre 2008, p. 18646, texte n° 7.

¹³⁰⁴ Art. 495-1 al 2 C. civ. préc.

407. L'initiative d'une mesure d'accompagnement judiciaire est confiée au procureur de la République¹³⁰⁵. Cette exclusivité se justifie « *pour éviter la pratique actuelle de la saisine d'office du juge des tutelles à la suite d'un simple signalement des services sociaux* »¹³⁰⁶. Toutefois, cette règle est grandement critiquée par la doctrine pour son effet réducteur.

La mesure d'accompagnement judiciaire se démarque du reste des mesures de protection. Cette dernière n'entraîne pas d'incapacité¹³⁰⁷. Elle concerne les majeurs bénéficiant de prestations sociales, et « *connaissant des difficultés passagères, mais dont les facultés (mentales ou physiques) ne sont pas altérées* »¹³⁰⁸. Il s'agit de replacer le majeur dans une position autonome de bonne gestion de ses ressources. La dimension éducative de la mesure est assumée¹³⁰⁹. La mesure d'accompagnement judiciaire relève toutefois du champ d'action du mandataire judiciaire à la protection des majeurs, en vertu de l'article 495-6 du Code civil : « *Seul un mandataire judiciaire à la protection des majeurs inscrit sur la liste prévue à l'article L. 471-2 du code de l'action sociale et des familles peut être désigné par le juge pour exercer la mesure d'accompagnement judiciaire* »¹³¹⁰. Ce nouveau mécanisme offre une nouvelle solution, avant le passage critique vers l'incapacité. Comme l'écrit si clairement Monsieur Jean HAUSER, « il faut bien tracer, à un moment ou à un autre, une ligne au-delà de laquelle on est obligé de toucher à la capacité », ¹³¹¹. La mesure d'accompagnement judiciaire porte ainsi une réponse préservatrice de la capacité à des situations de « *marginalité financière que l'on traitait souvent à coup de curatelles renforcées, faisant ainsi du droit des incapacités un remède inadapté et souvent abusif aux situations de surendettement chronique ou d'incompétence budgétaire* »¹³¹². Dans ce cadre, la création de la mesure d'accompagnement judiciaire est contextualisée. Elle compense en effet la suppression de la protection juridique pour cause de prodigalité.

¹³⁰⁵ Art. 1262-2 CPC, tel que créé par le D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, préc. – art. 2.

¹³⁰⁶ L. DARGENT, *Op. cit.*, loc. cit.

¹³⁰⁷ Art. 495-3 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007, préc. – art. 7 : « Sous réserve des dispositions de l'article 495-7, la mesure d'accompagnement judiciaire n'entraîne aucune incapacité ».

¹³⁰⁸ B. DUBREUIL (dir) et al, *La protection des personnes vulnérables*, Ed. Le particulier, Coll. Guide encyclopédique, 2^{ème} édition, 2014, p. 45.

¹³⁰⁹ Art. 495-7 al 3 C. civ., tel que créé par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007, préc. – art. 7.

V. à ce propos : Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, Ed. LGDJ, Lextenso édition, Coll. Droit civil, 8^{ème} édition, 2015, p. 371.

¹³¹⁰ Art. 495-6 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

¹³¹¹ J. HAUSER, « Vulnérable ou protégéable, deux notions à ne pas confondre », *RTD Civ*, Dalloz édition, 2010, p. 761. V. également à ce propos : Cass. civ. 1^{ère}, 14 avril 2010, n° 09-13.851, non publié au bulletin.

¹³¹² J. HAUSER, *Op. cit.*, loc. cit.

408. La mesure d'accompagnement judiciaire présente cependant une limite qui a pour effet de diminuer de façon significative sa portée. Outre le fait qu'elle ne puisse être prononcée qu'à la suite d'une initiative du procureur de la République, la mesure d'accompagnement judiciaire reste cantonnée aux majeurs bénéficiaires de prestations sociales. Le Défenseur des droits a récemment eu l'occasion de se dresser contre cette condition : « *Ce critère exclut de facto de ces dispositifs les majeurs dont le niveau d'altération des facultés n'est pas suffisant pour prononcer une mesure de protection juridique, mais qui rencontrent de grandes difficultés dans la gestion de leurs ressources, constituées d'éléments autres que des prestations sociales* »¹³¹³. En effet, le phénomène restrictif est important. Par ailleurs, un nombre non négligeable de mesures de protection juridique est prononcé sur le fondement officieux d'une mauvaise gestion par le majeur de son patrimoine. Cette dernière remarque participe d'ailleurs activement à l'image sclérosante qui affecte le mécanisme de tutelle.

L'accompagnement judiciaire devrait être étranger à la condition de la perception des prestations sociales. Tout au moins, cette condition ne devrait pas s'appliquer aux personnes âgées qui en solliciterait l'usage. Ces dernières pourraient réclamer d'elles-mêmes le bénéfice d'une telle mesure. Elles bénéficieraient ainsi d'un soutien et de conseils concernant la gestion de leurs ressources. Cela pourrait prendre la forme d'un bilan patrimonial. La requérante pourrait par la suite être redirigé vers des entreprises de gestion de patrimoine.

409. Dans le cadre d'une mesure d'accompagnement judiciaire, le mandataire judiciaire à la protection des majeurs est chargé de « *percevoir les prestations sociales désignées par le juge des tutelles sur un compte ouvert au nom du majeur protégé auprès d'un établissement bancaire* »¹³¹⁴. En sus de la création de la mesure d'accompagnement judiciaire, le législateur de 2007 a frappé un grand coup sur la pratique dite des "comptes pivots". Cette pratique assez répandue dans le domaine des associations tutélaires consistait « *à gérer les dépenses et les recettes du majeur depuis un compte unique au nom de l'association* »¹³¹⁵. Cette définition, — on ne peut plus éthérée —, masque l'ampleur du phénomène. En réalité, la pratique des comptes pivots consiste « *pour les associations tutélaires ou gérant de tutelles à regrouper sur un compte unique l'ensemble des opérations réalisées au nom de chaque majeur protégé et à s'approprier les intérêts produits par*

¹³¹³ Le Défenseur des droits, Rapport : Protection juridique des majeurs vulnérables, 2016, p. 24.

¹³¹⁴ B. DUBREUIL, *Op. cit.*, p. 48.

¹³¹⁵ B. DUBREUIL, *Op. cit.*, p. 79.

l'excédent déposé sur un compte rémunéré »¹³¹⁶. Le risque de confusion entre les patrimoines des différents majeurs est effectivement très grand¹³¹⁷. En outre parfois encore, lesdits profits bénéficiaient évidemment à l'association et non pas aux propriétaires du patrimoine originel.

Pour mettre un frein à cette pratique doublement contestable, le législateur a choisi de consacrer une immutabilité relative¹³¹⁸ des comptes notamment par le biais de l'article 427 du Code civil¹³¹⁹. Il s'agissait de stopper une déviance visant une finalité uniquement patrimoniale et injustifiée vis-à-vis des règles de financement des mesures de protection juridique. C'est ainsi que chaque alinéa composant l'article 427 vient un peu plus encadrer et sécuriser le patrimoine placé sur les comptes bancaire du majeur. Les alinéas combinés formulent la réponse explicite du législateur à propos de la pratique des comptes pivots. Ainsi on apprend précisément que « *la personne chargée de la mesure de protection ne peut procéder ni à la modification des comptes ou livrets ouverts au nom de la personne protégée, ni à l'ouverture d'un autre compte ou livret auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds du public* »¹³²⁰. L'immutabilité des comptes est établie et par là même la reconnaissance d'une résurgence de capacité du majeur en matière de comptes bancaires. En outre, le sixième alinéa précise que « *les fruits, produits et plus-values générés par les fonds et les valeurs appartenant à la personne protégée lui reviennent exclusivement* »¹³²¹. La chose est on ne peut plus claire. Cependant les professionnels de la charge tutélaire ont fait montre d'adresse quant à la lettre du second alinéa de l'article, qui insère d'un tempérament important au principe énoncé¹³²². En effet, le juge des tutelles ou le conseil de famille peut autoriser le tuteur à réaliser des modifications sur les comptes et livrets du majeur « *si l'intérêt de la personne protégée le commande* »¹³²³. Par conséquent, les modifications peuvent être demandées sous couvert de la caractérisation de l'intérêt réel de la personne protégée.

L'article 427 n'est toutefois pas l'unique disposition de lutte contre la pratique des comptes pivots. On retrouve de nombreux indices au sein de la lettre des articles 496 et 497 du Code civil, en vertu

¹³¹⁶ C. HOUIN-BRESSAND, « Le changement de compte du majeur protégé », *La Gazette du Palais*, Lextenso édition, 2015, n° 216, p. 8.

¹³¹⁷ B. DUBREUIL, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹³¹⁸ V. à ce propos : G. RAOUL-CORMEIL, « Premier arrêt de la Cour de cassation rendu au visa de l'article 427 du Code civil », *L'essentiel du droit de la famille et des personnes*, Lextenso édition, 2015, n° 3, p. 3.

¹³¹⁹ Art. 427 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

¹³²⁰ Art. 427 al 1 C. civ., préc.

¹³²¹ Art. 427 al 6 C. civ., préc.

¹³²² G. RAOUL-CORMEIL, *Op. cit.*, *loc. cit.* : « En combinant les alinéas 1er et 2ème de l'article 427 du Code civil, cités au visa, l'ouverture d'un nouveau compte bancaire, comme la modification des comptes en cours de fonctionnement, est subordonnée à une décision du juge des tutelles ».

¹³²³ Extrait de l'art. 427 al 2 C. civ., préc.

desquels le tuteur est chargé d'une gestion correcte et prudente tournée dans l'unique intérêt du majeur protégé et que son action peut le cas échéant être contrôlée par un subrogé tuteur. De même, le sixième alinéa de l'article 427 trouve une résonnance au sein de l'article 498, qui dispose notamment que « *les capitaux revenant à la personne protégée sont versés directement sur un compte ouvert à son seul nom et mentionnant la mesure de tutelle, auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds du public* »¹³²⁴. Également, l'article 500 du même code encadre les actions ouvertes au tuteur en fonction de la difficulté d'exécution de la mesure de protection¹³²⁵.

2. La sauvegarde de justice de la personne âgée

410. La sauvegarde de justice est une mesure de protection immédiate et souple. Créée en 1968¹³²⁶, elle permet de protéger sans délai une personne déficiente, par le biais d'une ordonnance du juge des tutelles faisant parfois suite à une déclaration provenant du corps médical. La sauvegarde de justice constitue le premier échelon de protection juridique des majeurs et entraîne une altération légère de la capacité.

411. La plume commune de Monsieur Philippe MALAURIE et Monsieur Laurent AYNES définit les rapports de force entre chaque mesure de protection. « *Le “sauvegardé” n'est ni un incapable — comme l'est le majeur sous tutelle —, ni un semi-capable — comme l'est le majeur sous curatelle. Il est capable diminué* »¹³²⁷. La sauvegarde de justice apporte une nouvelle nuance au tableau progressif de protection des majeurs. À ce titre elle est révélatrice du positionnement législatif au profit d'une protection adaptée et personnalisable au plus proche des besoins. En cela, la sauvegarde de justice se définit comme « *un état intermédiaire entre l'inorganisation totale de la condition patrimoniale des majeurs qui ne sont pas spécialement protégés, et la protection organisée que réalise la curatelle ou la tutelle* »¹³²⁸. La logique inhérente à la sauvegarde de justice s'apparente à la réflexion portant sur la post-majorité. Toutes deux partagent une volonté de distinguer entre le majeur capable et incapable. Néanmoins, la comparaison s'arrête là. En effet, la

¹³²⁴ Art. 498 al 1 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 8.

¹³²⁵ Art. 500 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2015-177 du 16 février 2015 – art. 1 (V), relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (1), publié au JORF n° 0040 du 17 février 2015, p. 2961, texte n° 1.

¹³²⁶ L. n° 68-5 du 3 janvier 1968, *Portant réforme du droit des incapables majeurs*, publiée au JORF du 4 janvier 1968, p. 114.

¹³²⁷ P. MALAURIE, L. AYNES, *Op. cit.*, p. 299.

¹³²⁸ P. MALAURIE, L. AYNES, *Op. cit.*, *loc. cit.*

conception de post-majorité s'inscrit davantage dans une approche plus générale de l'état de la personne. Il ne s'agit pas de créer une nouvelle strate parmi les régimes spéciaux de protection.

412. La sauvegarde de justice « *est destinée à défendre une personne malade ou handicapée, sans toutefois la priver de sa capacité à agir par elle-même* »¹³²⁹. Elle s'adresse aux mêmes personnes que les autres mesures de protection juridique des majeurs¹³³⁰, et répond donc à une altération des facultés mentales ou corporelles ayant pour conséquence d'empêcher l'expression d'une volonté éclairée¹³³¹.

La sauvegarde de justice semble globalement ignorer l'âge, dans le sens où elle concerne potentiellement tous les majeurs répondant aux critères de santé. Pourtant dans les faits, on constate une surreprésentation des majeurs âgés au sein du processus de sauvegarde de justice : « *Les personnes bénéficiant d'une sauvegarde de justice sont les plus âgées (66,7 ans en moyenne), suivies de celles en tutelle (63,6 ans)* »¹³³². Néanmoins cette proportion est à prendre avec précaution. La moyenne d'âge des personnes placées sous sauvegarde de justice est certes élevée, mais il n'en demeure pas moins qu'un nombre plus important de personnes âgées est concerné par les mesures plus graves. En effet la sauvegarde de justice ne représente qu'un faible pourcentage des mesures de protection juridique¹³³³.

413. L'initiative de l'ouverture d'une sauvegarde peut être laissée au médecin. En effet, l'article L. 3211-6 du Code de la santé publique dispose que : « *Le médecin qui constate que la personne à laquelle il donne ses soins a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425 du code civil, d'être protégée dans les actes de la vie civile peut en faire la déclaration au procureur de la République du lieu de traitement. Cette déclaration a pour effet de placer le malade sous sauvegarde de justice si elle est accompagnée de l'avis conforme d'un psychiatre* »¹³³⁴. Il en va de même pour le médecin intervenant en établissement social ou médico-social. À défaut, l'initiative

¹³²⁹ B. DUBREUIL, *Op. cit.*, p. 52.

¹³³⁰ Art. 433 C. civ. préc.

¹³³¹ Art. 425 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

¹³³² Observatoire National des Populations Majeures Protégées par les UDAF, *Rapport annuel 2016*, p. 7.

¹³³³ Selon l'Observatoire National des Populations Majeures Protégées, *Op. cit.*, p. 5 : 1047 personnes sont concernées par une sauvegarde de justice sur les 101764 mesures de protection pour l'année 2014.

¹³³⁴ L. 3211-6 CSP, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – art. 37, *Relative à l'adaptation de la société au vieillissement*, publiée au JORF n° 0301 du 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1.

d'un placement sous sauvegarde de justice est laissée au juge des tutelles, sur avis conforme d'un médecin.

L'amorce du processus de protection laissé à la discrétion du médecin va de pair avec le caractère temporaire¹³³⁵ de la sauvegarde de justice. En effet cette dernière intervient pour partir lorsqu'une personne est temporairement incapable de gérer ses intérêts — du fait d'une maladie ou d'un accident par exemple. La sauvegarde de justice est prononcée pour une durée maximale d'un an renouvelable une fois¹³³⁶, mais peut également être réduite au temps nécessaire à une procédure de curatelle ou de tutelle¹³³⁷, ou être stoppée par le juge si besoin de protection n'existe plus¹³³⁸ et prend fin de plein droit au jour d'ouverture d'une autre mesure de protection juridique¹³³⁹. Le caractère temporaire de la sauvegarde de justice s'efface lorsqu'elle est prononcée durant une instance de placement sous protection juridique de type tutelle ou curatelle. L'intérêt est d'amorcer la protection et d'anticiper sur la mesure future. Dans cette hypothèse, l'état de la personne protégée n'a pas vocation à s'améliorer rapidement. Toutefois, la procédure fait montre d'une certaine rigueur. L'article 1249 du Code de procédure civile consacre le caractère directement exécutoire d'une mesure de sauvegarde de justice¹³⁴⁰. La décision du juge n'est susceptible d'aucun recours. Par ailleurs, « *elle est exécutoire dès son prononcé, c'est-à-dire qu'elle prend effet immédiatement même si elle n'a pas été notifiée à l'intéressé* »¹³⁴¹. C'est en effet ce qu'il ressort d'un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 29 juin 2011¹³⁴². En l'espèce, les juges avaient répondu par la négative à l'insistance d'une dame âgée de 91 ans¹³⁴³, qui souhaitait que son placement sous sauvegarde de justice soit révoqué : « *Ayant retenu que le placement sous sauvegarde de justice ne pouvait, en application de l'article 1249 du code de procédure civile, faire l'objet d'aucun recours et avait une fonction de protection du majeur concerné, c'est, à bon droit, que la Cour d'appel a décidé que cette décision, qui ne pouvait faire grief à Mme X..., était exécutoire de droit dès son prononcé nonobstant son absence de notification* ».

¹³³⁵ Art. 433 al 1 et 2 C. civ., préc.

¹³³⁶ Art. 439 al 1 C. civ. tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. — art. 7.

Le formulaire cerfa n° 14919*01, *demande de réexamen*, permet d'inciter au renouvellement de la mesure initiale.

¹³³⁷ Art. 433 al 2 C. civ., préc.

¹³³⁸ Art. 439 al 2 et 3 C. civ., préc.

¹³³⁹ Art. 439 al 4 C. civ., préc.

¹³⁴⁰ Art. 1249 CPC, tel que modifié par le D. n° 2008-1276 préc. — art. 1 : « *La décision par laquelle le juge des tutelles place un majeur sous sauvegarde de justice en application de l'article 433 du code civil est notifiée au requérant et au majeur protégé et est transmise au procureur de la République. Celui-ci en avise, le cas échéant, le procureur de la République du lieu de la résidence habituelle de l'intéressé ou du lieu de traitement. Ce placement ne peut faire l'objet d'aucun recours* ».

¹³⁴¹ B. DUBREUIL, *Op. cit.*, p. 54

¹³⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, n° 10-18.960, publié au Bull. 2011, I, n° 134

¹³⁴³ L'arrêt indique que la requérante est née en 1920.

414. L'impact de la sauvegarde de justice sur la capacité de la personne est nuancé. « *La personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits. Toutefois, elle ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire spécial a été désigné* »¹³⁴⁴. Bien que la sauvegarde de justice n'emporte pas d'incapacité générale d'exercice, elle induit certaines conséquences particulières. « *Alors que la lésion n'est pas un vice du consentement, elle le devient en cas de sauvegarde de justice* »¹³⁴⁵. En effet, l'article 435 du Code civil dispose du principe de précarité des actes passés par la personne majeure durant son placement sous sauvegarde de justice. Ainsi : « *Les actes qu'elle a passés et les engagements qu'elle a contractés pendant la durée de la mesure peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1* »¹³⁴⁶. Il est vrai que l'article 414-1 a vocation naturelle à s'appliquer aux actes litigieux passés par un majeur sous sauvegarde de justice¹³⁴⁷. Cependant, le bien-fondé de l'action en rescision pour lésion¹³⁴⁸ est apprécié *in concreto* et relativement au patrimoine du majeur et à l'opération litigieuse. D'autre part, l'article 435 in fine pose pour principe que l'action en rescision n'est ouverte qu'au majeur protégé ou à ses héritiers s'il est décédé. On peut regretter le manque d'implication du mandataire judiciaire à la protection des majeurs dans ce domaine. L'action en rescision pourrait être ouverte aux mandataires, afin qu'ils assurent totalement la protection patrimoniale des majeurs placés.

B. LES STRATES RENFORCÉES DE LA PROTECTION JURIDIQUE

415. L'article 440 du Code civil¹³⁴⁹ rappelle le principe de subsidiarité et de proportionnalité des mesures de protection juridique des majeurs et se plie également au jeu de la définition en établissant les rapports de force entre les deux mesures phare de la protection : la curatelle et la tutelle. En effet non content de se placer sous l'égide de l'article 425 du même Code et donc de l'altération

¹³⁴⁴ Extrait de l'art. 435 al 1 C. civ., tel que modifié par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 5, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, publiée au JORF n° 0035, du 11 février 2016, texte n° 26

¹³⁴⁵ G. RAOUL-CORMEIL, « La sauvegarde de justice et la rescision pour lésion d'une vente immobilière », *L'essentiel du droit de la famille et des personnes*, Lextenso édition, 2014, n° 01, p. 2 : « *Mais contrairement à l'erreur, au dol et à la contrainte morale, la lésion s'apprécie dans le seul ordre économique. La partie lésée a le choix entre demander la nullité du contrat ou demander le maintien du contrat avec réduction de son engagement* ». V. également à ce propos : Cass. civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, n° 13-10.533, non publié au bulletin

¹³⁴⁶ Extrait de l'art. 435 al 2 C. civ., tel que modifié par l'ord. n° 2016-131 préc. – art. 5

¹³⁴⁷ Art. 414-1 C. civ., tel que créé par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7 : « *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* ».

¹³⁴⁸ G. CHANTEPIE, « La lésion, entre désir et déni », *AJ Contrat*, Dalloz édition, 2018, p. 104.

¹³⁴⁹ Art. 440 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

médicalement constatée des facultés, l'article 440 expose de façon somme toute pédagogique l'ordre des mécanismes de protection. Ainsi la mesure de curatelle ne peut être prononcée « *que s'il est établi que la sauvegarde de justice ne peut assurer une protection suffisante* »¹³⁵⁰, alors que la tutelle intervient « *que s'il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante* »¹³⁵¹.

En complément de fond à ces conditions, l'article dispose d'emblée d'une gradation dans les effets respectifs des “charges personnelles”¹³⁵² que sont la curatelle (1) et la tutelle (2), complétée par l'ensemble du *corpus* juridique traitant de la protection juridique des majeurs.

1. La personne âgée sous curatelle

416. Au-delà de l'énonciation du principe de subsidiarité de la mesure de curatelle vis-à-vis de la sauvegarde de justice, l'article 440 du Code civil fixe une raison d'être à la curatelle. Répondant volontairement à une logique de flexibilité et d'adaptabilité, la curatelle se décline en fonction des besoins du majeur protégé.

En sus de fonder l'essence de la mesure sur les situations énoncées par l'article 425, l'article 440 permet de fixer la particularité de la mesure de curatelle, et ainsi de poser une première distinction par rapport au reste du bloc juridique de protection. Ainsi la personne répondant sous une limite élégamment décrite — sans être hors d'état d'agir elle-même —, aux caractéristiques posées par l'article 425, et présentant le besoin d'être « *assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile* », peut « *être placée en curatelle* »¹³⁵³. Concernant l'état de la personne, le tempérament imposé par le législateur est nécessaire à la hiérarchisation des mesures de protection juridique. Ainsi, l'amorce est lancée et les situations les plus critiques sont laissées aux mesures plus graves. Le vocable employé est également caractéristique, et ce, à plusieurs égards. La curatelle assiste et contrôle, là où la tutelle “représente de manière continue”. On constate néanmoins que l'effort de reformulation tendant à désigner préférentiellement un majeur protégé plutôt qu'un incapable majeur, ne fut pas un effort global. La personne “est placée”. On

¹³⁵⁰ Art. 440 al 2 C. civ., préc.

¹³⁵¹ Art. 440 al 4 C. civ., préc.

¹³⁵² Art. 452 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

¹³⁵³ Extraits de l'art. 440 al 1 et 2 C. civ., préc.

aurait pu croire que la réforme de 2007 eut également remplacé ces formules qui placent le majeur dans une situation passive.

417. L'amont du processus de placement sous curatelle est particulièrement intéressant. Il l'est d'autant plus lorsque la potentielle mesure concerne une personne âgée, notamment en matière d'appréciation des capacités par le corps médical. En effet puisque la curatelle est placée à mi-chemin sur l'échelle de gravité, elle est logiquement prononcée à l'égard de personnes en situation médiane. C'est précisément là que résident les plus grands enjeux en matière de rapport de force entre l'altération réelle des facultés et l'altération perçue des facultés.

Les témoignages de médecins habilités à dresser des certificats circonstanciés renseignent de façon significative quant à la place de l'attitude de la personne au sein du processus d'appréciation des facultés : « *Incapacité à gérer son argent au quotidien, cache son porte-monnaie par crainte de son voisin (craintes injustifiées) et ne se souvient plus de ses cachettes [...] La curatelle renforcée paraît le plus adaptée car elle doit être aidée pour la gestion de ses actes administratifs (factures) et la gestion de ses ressources (elle est incapable de préciser ses revenus et comptes actuels)* »¹³⁵⁴. Le corps médical ne devrait pas avoir à se prononcer sur les considérations d'ordre juridique. Par ailleurs, force est de constater qu'ici il n'est nullement question d'altérations des capacités physiques ou intellectuelles de la personne, mais plutôt d'une inadaptation sociale. À l'heure où une personne âgée n'a *a priori* plus à être inquiétée si elle ouvre un peu trop son porte-monnaie — du fait de la suppression de la curatelle pour prodigalité —, il semble visiblement que celle qui préfère au contraire le cacher puisse être dénoncée dans un certificat médical circonstancié. Au-delà de ces remarques résiduelles, il apparaît pourtant que le respect des conditions posées par les articles 425 et 440 du Code civil soit désincarné. En matière de curatelle plus qu'ailleurs, l'appréciation objective des capacités repose sur une échelle d'activités de la vie courante¹³⁵⁵ et non sur une échelle de facultés en absolu.

418. Une fois le processus de placement effectué, la mesure de curatelle offre une protection relativement respectueuse de la liberté et de l'autonomie de la personne protégée. La lettre utilisée en matière de contrôle des actes du majeurs revêt une formulation négative récurrente. De cette manière, la définition de la mesure de curatelle se construit comme une pellicule négative : l'article

¹³⁵⁴ F. LE BORGNE-UGUEN, « Les protections juridiques pour les personnes du grand âge », *Retraite et société*, La Documentation française, 2014/2, n° 68, p. 5.

¹³⁵⁵ F. LE BORGNE-UGUEN, *Op. cit.*, p. 55.

467 du Code civil dispose assez laconiquement que « *la personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille* »¹³⁵⁶. Dans un même sens, l'article 470 prévoit que le curatelaire ne peut consentir à une donation sans l'assistance de son curateur¹³⁵⁷. Le *corpus* légal contient cependant un certain nombre de caractéristiques propres. Elles ne vont pas toutes de soi néanmoins. En effet, le même article 470 dispose que « *la personne en curatelle peut librement tester sous réserve des dispositions de l'article 901* ». Ce dernier article consacre le principe selon lequel une libéralité valable est une libéralité consentie par une personne saine d'esprit¹³⁵⁸. Or, cette notion entre partiellement en conflit avec les conditions d'altération des facultés posées comme principe fondateur à la protection juridique. En outre, la jurisprudence est venue préciser certaines distinctions entre les actes d'administration — accessibles au majeur sous curatelle — et les actes de gestion¹³⁵⁹. La spécificité de la mesure de curatelle réside sans doute dans l'autonomie reconnue au binôme composé du curateur et du majeur protégé. Cette caractéristique lui confère une certaine souplesse. Puisque la protection est réputée effective de par la relation entre le curateur et le majeur, le juge reste en retrait. « *Dans le régime de la curatelle, le juge des tutelles n'intervient quasiment jamais. La curatelle repose sur l'accord entre le majeur et le curateur* »¹³⁶⁰. Le juge n'est sollicité qu'à défaut de décision commune entre les protagonistes.

Le régime de la curatelle simple permet au majeur protégé de continuer à prendre seul les actes d'administration, c'est-à-dire visant la gestion courante de son patrimoine. Une liste de ces actes est dressée par voie de décret¹³⁶¹. L'article 467 du Code civil¹³⁶² consacre en négatif le principe d'autonomie du majeur dans ses actes d'administration. Effectivement, puisque le majeur sous curatelle ne peut réaliser seul les actes qui requièrent l'intervention d'un tuteur à l'occasion d'une mesure de tutelle, cela signifie que le même majeur peut réaliser seul les actes qui n'appellent pas l'action du tuteur sous une telle mesure. En bref, le majeur sous tutelle peut réaliser seul tous les actes de gestion courante. Pour le reste, il est soutenu par le curateur. Par surcroît le législateur a

¹³⁵⁶ Art. 467 al 1 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

¹³⁵⁷ Art. 470 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

¹³⁵⁸ Art. 901 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – at. 9 et 10, *Portant réforme des successions et des libéralités (1)*, publiée au JORF n° 145 du 24 juin 2006, p. 9513, texte n° 1.

¹³⁵⁹ CA Versailles, 1^{ère} chambre B, 28 mai 1999, n° 1997-5385 à propos de la capacité à conclure un bail sans l'aide du curateur.

¹³⁶⁰ E. LUISIN-PAGNOD, M. SOULARD-PECHBERTY, F. DURIEZ, Protéger les personnes vulnérables, regards croisés sur la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs, Ed. L'Harmattan, Coll. Savoir et formation, 2014, p. 80.

¹³⁶¹ D. 2008-1484 du 22 décembre 2008, relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil, publié au JORF n° 0304 du 31 décembre 2008, p. 20631, texte n° 94.

¹³⁶² Art. 467 C. civ. préc.

pris soin de préciser la forme probatoire de l'accompagnement du curateur. En effet le même article dispose que « *lors de la conclusion d'un acte écrit, l'assistance du curateur se manifeste par l'apposition de sa signature à côté de celle de la personne protégée* ».

419. Afin de répondre plus encore aux principes directeurs de la protection juridique des majeurs, la mesure de tutelle peut être déclinée selon les besoins de chaque dossier. Le juge peut opter pour l'aménagement de la mesure ou bien de son aggravation — *on parle alors de curatelle renforcée*. Le principe d'aménagement de la curatelle est prévu par l'article 471 du Code civil. En vertu de cette disposition, le juge des tutelles peut le cas échéant « *énumérer certains actes que la personne en curatelle a la capacité de faire seule ou, à l'inverse, ajouter d'autres actes à ceux pour lesquels l'assistance du curateur est exigée* »¹³⁶³. Lorsque l'aménagement de la mesure n'est pas suffisant, le juge peut prononcer une curatelle renforcée, selon les modalités prévues par l'article 472 du même Code.

L'équilibre entre les actions du majeurs et le soutien du curateur est largement remis en cause. L'évolution de la mesure porte principalement sur l'aspect patrimonial de la protection. « *Dans ce cas, le curateur perçoit seul les revenus de la personne en curatelle sur un compte ouvert au nom de cette dernière. Il assure lui-même le règlement des dépenses auprès des tiers...* »¹³⁶⁴. Cependant, le curateur reste investi d'une mission d'« assistance » et de « contrôle » et non pas de « représentation ». C'est ce qu'il ressort de la définition distinctive de la curatelle, par opposition à la tutelle. C'est également rappelé explicitement par l'article 469 du Code civil, qui interdit au curateur de « *se substituer à la personne en curatelle pour agir en son nom* »¹³⁶⁵. La disposition relative à la curatelle renforcée se place expressément sous l'égide des articles 503 et 510 à 515 du Code civil qui sont eux, relatifs à la tutelle.

Il n'en faut pas moins pour porter confusion entre les effets de la curatelle renforcée et tutelle. La pratique n'aide pas particulièrement en la matière, car bon nombre de curatelles renforcées étaient prononcées justement du fait de cette nature voisine. « *Elle donne quasiment les mêmes droits de représentation au curateur qu'au tuteur, tout en permettant de conserver le droit de vote du majeur* »¹³⁶⁶. Malgré cette proximité scientifique apparente, on trouve d'autres manifestations de la spécificité de la curatelle renforcée. On peut également lire par transparence une autre manifestation

¹³⁶³ Art. 471 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

¹³⁶⁴ Extrait de l'art. 472 al 1 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

¹³⁶⁵ Extrait de l'art. 469 al 1 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7.

¹³⁶⁶ M. MERCAT-BRUNS, « La réforme des incapacités : un premier pas », *Retraite et société*, La Documentation française, 2007/3, n° 52, p. 160.

de la particularité du rôle du curateur, — y compris dans le cadre d'une curatelle renforcée — dans la liberté reconnue au majeur de disposer de l'excédent de ses revenus. En effet, l'article 472 qui définit et encadre la mesure de curatelle renforcée précise le rôle du curateur en pareille situation. Ce dernier est tenu d'une obligation limitée quant à l'attribution des ressources du majeur.

Laurence PECAUT-RIVOLIER, magistrat auprès de la Cour de cassation pose la distinction portée par le renforcement d'une mesure de curatelle : « *Le majeur sous curatelle [renforcée] ne peut plus gérer ses revenus courants et assurer le paiement de ses factures. Ces missions sont prises en charge par le curateur, sous réserve d'en rendre compte annuellement au juge des tutelles* »¹³⁶⁷. Une fois cette attribution effectuée et toujours en vertu de l'article 472, le curateur « *dépose l'excédent sur un compte laissé à la disposition de l'intéressé ou le verse entre ses mains* »¹³⁶⁸. Cette précision constitue l'ultime résurgence de la liberté relative laissée au majeur dans la gestion de ses ressources.

2. La personne âgée sous tutelle

420. Selon une rédaction linéaire et on ne peut plus pédagogue, l'article 440 complète l'énonciation du panel de protection juridique des majeurs en amorçant la logique inhérente au mécanisme sans doute le plus représentatif — la tutelle. Véritable summum et mesure phare de la protection juridique des majeurs, la tutelle prend le relai des situations individuelles les plus délicates. Elle concerne les fortes altérations des facultés — telles que les personnes en état pauci-relationnel.

Contrairement à la description engagée en amont pour la curatelle, l'article 440 du Code civil entérine la tutelle comme réponse la plus absolue aux situations décrites par l'article 425 : « *La personne qui, pour l'une des causes prévues à l'article 425, doit être représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile, peut être placée en tutelle* »¹³⁶⁹. S'ensuit *in fine* un rappel du caractère subsidiaire de la mesure : « *La tutelle n'est prononcée que s'il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante* »¹³⁷⁰. Cette

¹³⁶⁷ L. PECAUT-RIVOLIER, « Être curateur : gérer les biens d'un majeur sous curatelle », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2009, p. 66.

¹³⁶⁸ Extrait de l'art. 472 préc.

¹³⁶⁹ Art. 440 al 3 C. civ., préc.

¹³⁷⁰ Art. 440 al 4 C. civ., préc.

réitération du principe de subsidiarité n'est aucunement superflue au regard de la nature de la mesure concernée.

La tutelle est la mesure la plus grave du *corpus* de protection juridique des majeurs. Elle se place sous l'égide du principe de représentation. En effet selon la formule de l'article 496 du Code civil¹³⁷¹, le tuteur représente son protégé dans les actes "nécessaires à la gestion de son patrimoine". À ce titre dans le cadre d'une mesure de tutelle, « *la personne désignée agit à la place du majeur pour les actes de gestion, d'administration, et de disposition — avec l'autorisation du juge pour ces derniers* »¹³⁷². Le tuteur est amené à réaliser l'ensemble des actes de gestion courante¹³⁷³. Dans ce cadre il procède au paiement des loyers et factures, gère les revenus courants, s'occupe d'organiser la réalisation des travaux d'entretien¹³⁷⁴. Concernant les actes de disposition, le tuteur doit obtenir l'autorisation préalable du juge des tutelles. La répartition entre les actes d'administration et de gestion est exposée par le décret du 22 décembre 2008¹³⁷⁵ et est indépendante de la nature de la mesure prononcée.

421. Eu égard à l'importance de la tâche confiée au tuteur, ce dernier se trouve responsable de la saine exécution et effectivité de la mesure. « *Lorsque la faute à l'origine du dommage a été commise par le mandataire judiciaire à la protection des majeurs, l'action en responsabilité peut être dirigée contre celui-ci ou contre l'État qui dispose d'une action récursoire* »¹³⁷⁶. Cette double garantie apparaît essentielle dans le cadre de la protection juridique et *a fortiori* en cas de tutelle, car la gestion réelle d'une mesure est parfois difficilement appréciable au moment de son exécution.

La fin de la mesure où le changement de tuteur sont des instants opportuns pour mettre au jour des fautes ou des comportements litigieux. Un arrêt rendu le 21 septembre 2004 par la Cour d'appel de Paris illustre le système de partage de responsabilité établi entre un premier tuteur négligeant et un second tuteur non-réparateur de torts. Les tuteurs consécutifs furent considérés responsables à part virile concernant l'exécution de la mesure. L'arrêt va d'ailleurs au-delà de la seule question de répartition des responsabilités en rappelant que le tuteur avait commis « *une faute dans*

¹³⁷¹ Art. 496 C. civ. préc.

¹³⁷² J. JEAN, A. JEAN, *tutelle et curatelle : organisation et acteurs*, Ed Vuibert, Coll. Lire agir, Paris, 2007, p. 37

¹³⁷³ L. PECAUT-RIVOLIER, « Être tuteur : gérer les biens d'un majeur sous tutelle », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2009, p. 67

¹³⁷⁴ L. PECAUT-RIVOLIER, *Op. cit.*, loc. cit.

¹³⁷⁵ D. n° 2008-1484 du 22 décembre 2008, préc.

¹³⁷⁶ Art. 422 al 2 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2016-1547, du 18 novembre 2016, - art. 16, *De modernisation de la justice du XXI^e siècle (I)*, publiée au JORF n° 0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1.

l'accomplissement de sa mission pour n'avoir pas examiné la situation de Mme X afin de s'assurer que celle-ci percevait toutes les prestations auxquelles elle avait droit, le gérant de tutelle devant administrer les biens de la personne protégée en bon père de famille, notamment percevoir les revenus et les appliquer à l'entretien et au traitement de celle-ci, saisir le juge si d'autres actes deviennent nécessaires, ce qui suppose de les identifier préalablement, et répondre des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise »¹³⁷⁷. Ainsi, est exprimé en des termes que l'on considère — malheureusement — aujourd'hui comme désuets¹³⁷⁸, l'étendue de la mission confiée au tuteur. Celui-ci doit exercer la gestion du patrimoine de la personne protégée en apportant « *des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée* »¹³⁷⁹. L'action en responsabilité peut également être dirigée contre l'État¹³⁸⁰ et l'orientation de la responsabilité fait l'objet d'un contentieux réel¹³⁸¹.

422. Le législateur précise la répartition des rôles à l'occasion de certains actes déterminants dans la vie du majeur protégé. À titre exemplaire, l'article 462¹³⁸² prévoit que le majeur sous tutelle qui aspire à la conclusion d'un pacte civil de solidarité doit obtenir préalablement l'accord du juge. Il pourra¹³⁸³ être assisté par son tuteur lors de la situation de l'acte. Le majeur peut cependant rompre seul un pacte civil de solidarité. Le tuteur n'interviendra alors qu'à l'occasion de la signification de la rupture auprès de l'autre partenaire et du greffe du tribunal d'enregistrement ou du notaire instrumentaire ayant procédé à l'enregistrement¹³⁸⁴. D'autre part, le majeur placé sous tutelle ne

¹³⁷⁷ CA Paris, 21 septembre 2004, n° 2001/21493 ; V. également à ce propos : L. ATTUEL-MENDES, « Responsabilité partagée des gérants de tutelle successifs », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2005, p. 26.

¹³⁷⁸ La notion de « bon père de famille » est systématiquement remplacée par le terme « raisonnablement » depuis la L. n° 2014-873 du 4 août 2014 – art. 26, *Pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (I)*, publiée au JORF n° 0179 du 5 août 2014, p. 12949, texte n° 4 ; Pourtant l'adverbe « raisonnablement » peut tant renvoyer à une vision médiane de l'action qu'à une vision dirigée par la raison ou le bon sens. Lesquelles notions résonnent — *comme l'avait si justement démontré DESCARTES* —, d'une façon originale à chaque individu. On peut se féliciter que le législateur ait plutôt opté pour une définition pour le rôle du tuteur autrement composée que ce le vocable porté par la loi de 2014 sur l'égalité homme/femme.

¹³⁷⁹ Extrait de l'art. 496 al 2 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007, préc. – art. 8.

¹³⁸⁰ Art. 422 al 2 C. civ., préc. Également : Art. L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire, tel que modifié par la L. n° 2016-1547 préc. – art. 1 : « *L'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice.* »

Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice ».

¹³⁸¹ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juillet 2006, n° 04-20.269, publié au Bull. 2006, I, n° 348, p. 299 ; V. également à ce propos : L. PECAUT-RIVOLIER, « Responsabilité de l'État pour faute dans le fonctionnement de la tutelle », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2006, p. 328

¹³⁸² Art. 462 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2011-331 du 28 mars 2011 – art. 12, *de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées (I)*, publiée au JORF n° 0074 du 29 mars 2011, p. 5447, texte n° 1

¹³⁸³ Cass. civ. 1^{ère}, 15 novembre 2017, n° 16-24.832, publié au bull. ; V. également à ce propos : D. MAZEAUD, « Le majeur en tutelle peut conclure un PACS pour peu que, comme pour tout contrat, son consentement soit libre et lucide », *RTD Civ.*, Dalloz édition, 2018, p. 78.

¹³⁸⁴ Art. 515-7 C. civ., tel que créé par la L. n° 2011-331 préc. – art. 12

peut plus rédiger seul son testament. Cette interdiction fait figure d'exception parmi l'ensemble du *corpus* de protection juridique des majeurs.

L'article 476 du Code civil dispose qu'une personne majeure sous tutelle « *ne peut faire seule son testament après l'ouverture de la tutelle qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, à peine de nullité de l'acte. Le tuteur ne peut ni l'assister ni la représenter à cette occasion* »¹³⁸⁵. L'intervention du juge des tutelles est impérative et exclusive pour qu'une personne sous tutelle puisse tester¹³⁸⁶. Toutefois, cette dernière « *peut seule révoquer le testament fait avant ou après l'ouverture de la tutelle* »¹³⁸⁷. Ces dispositions témoignent de la nature particulière du testament, qui fait partie de la catégorie « *des actes purement personnels qui ne souffrent ni assistance ni représentation* »¹³⁸⁸. Il en va de même en matière d'adoption par un majeur protégé¹³⁸⁹.

423. En vertu l'article 509 du Code civil¹³⁹⁰, le tuteur ne peut réaliser d'aliénation des biens ou des droits de la personne protégée à titre gratuit — hors cas de donation — ni procéder à leur transfert dans un patrimoine fiduciaire. Il est précisé en outre que le tuteur ne peut ni acheter ni louer les biens de la personne qu'il protège, ni acquérir un droit ou une créance qu'un tiers détiendrait sur cette dernière. Ce principe se trouve également consacré au sein de l'article 1595 du même Code : « *Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées : les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle* »¹³⁹¹. Le législateur consacre également une incapacité pour le tuteur à exercer le commerce ou la profession libérale au nom de la personne protégée. Malgré cela les liens préexistants ou existants entre le majeur protégé et son tuteur, qu'il soit familial ou professionnel ne sont pas niés. Dans ce cadre, la question du devenir des libéralités consenties par la personne protégée au profit de son protecteur se pose. L'enjeu est d'ailleurs double puisqu'il englobe à la fois les donations *ante* et *post mortem*. Il est

¹³⁸⁵ Art. 476 al 2 C. civ., préc.

¹³⁸⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 2017, n° 16-10.340, publié au bulletin ; V. également à ce propos : G. RAOUL-CORMEIL, « Rôle du juge des tutelles qui autorise une personne en tutelle à rédiger son testament », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2017, p. 250

¹³⁸⁷ Extrait de l'art. 476 al 3 C. civ., préc.

¹³⁸⁸ D. AZINCOURT, « Conditions de validité et d'efficacité des donations », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2014, p. 593.

¹³⁸⁹ L. PECAUT-RIVOLIER, « L'adoption par un majeur sous tutelle nécessite le constat par le juge des tutelles de sa capacité à ester en justice à cette fin », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2007, p. 355.

À propos de : Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2007, n° 05-20.243, publié au Bull. 2007, I, n° 218.

¹³⁹⁰ Art. 509 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2008-776 du 4 août 2008 – art. 18 (V), *De modernisation de l'économie (I)*, publiée au JORF n° 0181 du 5 août 2008, p. 12471, texte n° 1.

¹³⁹¹ Extrait de l'art. 1596 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-211 du 19 février 2007 – art. 17, *Instituant la fiducie (I)*, publiée au JORF n° 44 du 21 février 2007, p. 3052, texte n° 3.

établi que l'enfant mineur ne peut réaliser de libéralité au profit de son tuteur. Une telle interdiction n'existe pas pour les majeurs protégés¹³⁹².

L'article 509 qui limite l'action tutélaire ne consacre pas d'interdiction générale de recevoir pour le tuteur. Le 5 octobre 2012, la Cour d'appel de DOUAI a pris soin de rappeler le principe. « *Aucune disposition légale ne prohibe par principe une donation au profit du tuteur* »¹³⁹³. Dans un même sens, l'article 893 du Code civil¹³⁹⁴, qui consacre la définition de la libéralité n'entre pas dans le champ des questionnements propres à la capacité. Le soin de la précision est laissé à l'article 902. Celui-ci dispose assez laconiquement que « *toutes personnes peuvent disposer et recevoir soit par donation entre vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables* »¹³⁹⁵. Cela étant, l'enjeu propre à la capacité de recevoir du tuteur se place en aval de celui régi par cet article. L'incapacité prononcée du majeur sous tutelle à réaliser seul une libéralité est uniquement relative. Elle est soumise à l'encadrement du tuteur, ou à celui du juge des tutelles en matière testamentaire. Une autre disposition permet de préciser l'étendue de l'incapacité à recevoir. L'article 909 du Code civil dispose notamment que « *les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions ne peuvent pareillement profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires que les personnes dont ils assurent la protection auraient faites en leur faveur quelle que soit la date de la libéralité* »¹³⁹⁶. Cette incapacité à recevoir ne concerne bien évidemment que les mandataires judiciaires à la protection des majeurs, et non les tuteurs faisant partie de la famille du majeur protégé. L'article précise plus loin que sont exemptées de l'incapacité à recevoir « *les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe ; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même du nombre de ces héritiers* »¹³⁹⁷.

¹³⁹² Art. 907 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 préc. – art. 9.

¹³⁹³ CA Douai, chambre de la protection juridique, 5 octobre 2012, n° 12/03322.

¹³⁹⁴ Art. 893 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 préc. – art. 9 et 10.

¹³⁹⁵ Art. 902 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 préc. – art. 9.

¹³⁹⁶ Extrait de l'art. 909 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 9.

¹³⁹⁷ Art 909 C. civ., préc.

II. L'ÉTENDUE DE LA PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS

424. Le second alinéa de l'article 425 du Code civil dispose du principe de protection globale de la personne : « *S'il n'en est disposé autrement, la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions* »¹³⁹⁸. Le rôle de mandataire judiciaire à la protection des majeurs¹³⁹⁹ en charge de la mesure de protection vise à la fois la protection de la personne du majeur (A) et celle de son patrimoine (B). Il s'agit d'ailleurs d'une particularité propre au droit des incapacités¹⁴⁰⁰. Cependant lorsque la situation l'induit, le juge peut distinguer entre l'un et l'autre volet de protection, ou les confier respectivement à des responsables distincts¹⁴⁰¹.

A. LA PROTECTION EXTRA-PATRIMONIALE DU MAJEUR

425. Le protégé et son tuteur sont amenés à se rencontrer généralement à raison d'une fois par mois. En vertu du principe de protection individualisée, chaque relation est particulière, et les rendez-vous seront adaptés en fonction des besoins du majeur : « *Maintien à domicile, recherche d'un lieu de résidence mieux en adéquation avec les possibilités et les souhaits du majeur protégé, maintien des droits, recherches de ressources complémentaires, médiateur entre le majeur et un environnement parfois hostile* »¹⁴⁰². La conception de la protection doit être entièrement tournée « *dans l'intérêt du majeur protégé, pour restaurer ses droits ; pour veiller à ce qu'il bénéficie de tous ses droits ; non pas pour essayer de lui faire intégrer une norme sociale ou nos propres valeurs* »¹⁴⁰³. Dans le cadre d'une curatelle, le mandataire tient un rôle d'assistance auprès du majeur. Toutes les décisions sont prises avec le majeur, puisque le curateur joue essentiellement le rôle de conseiller. Dans le cadre d'une tutelle en revanche, le mandataire est le représentant du

¹³⁹⁸ Art. 425 al 2 C. Civ. préc.

¹³⁹⁹ L'activité de mandataire judiciaire à la protection des majeurs a fait l'objet de deux décrets récents n° 2016-1896 et 2016-1898 du 27 décembre 2016, *portant diverses dispositions relatives aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs*, publié au JORF n° 0302 du 29 décembre 2016, textes n° 30 et n° 32, sur l'application de la L. n° 2015-1776 préc.

¹⁴⁰⁰ J. HAUSER, *Op. cit.*, *loc. cit.* : « Celui qui s'intéresse à ce droit sait qu'il [le droit des incapacités] présente aussi une particularité par rapport aux autres matières du droit civil c'est qu'il réunit impérativement la personne et les biens ».

¹⁴⁰¹ Art. 447 al 3 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 7 : « Le juge peut diviser la mesure de protection entre un curateur ou un tuteur chargé de la protection de la personne et un curateur ou un tuteur chargé de la gestion patrimoniale. Il peut confier la gestion de certains biens à un curateur ou à un tuteur adjoint ».

¹⁴⁰² E. LUISIN-PAGNOD *et al.*, *Op. cit.*, p. 9-10.

¹⁴⁰³ E. LUISIN-PAGNOD *et al.*, *Op. cit.*, *loc. cit.*

majeur. Cette flexibilité dans le régime spécial de protection tient au respect des principes de nécessité et proportionnalité.

Le volet extra-patrimonial de la protection reçut une consécration nouvelle avec la réforme de 2007. L'extension de la protection à la personne elle-même et non plus de son seul patrimoine implique que l'action du mandataire judiciaire puisse être amenée à évoluer et à traiter d'enjeux médicaux ou sociaux. La vie intime du majeur entre également dans le champ de protection extra-patrimoniale. Dans ce cadre, le rôle du mandataire judiciaire est orienté par les principes consacrés par l'article 459-2 du Code civil¹⁴⁰⁴. La densité du soutien dépend avant tout du caractère de la mesure prononcée. C'est alors qu'à défaut d'autorisation expresse du juge des tutelles, le curateur ne peut agir au nom du curatelaire¹⁴⁰⁵. En revanche, cette règle ne vaut pas en cas d'urgence¹⁴⁰⁶ ou de danger¹⁴⁰⁷ : « *Sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée* »¹⁴⁰⁸.

426. La protection de la personne du majeur protégé trouve particulièrement à s'exprimer en matière de santé. En matière d'intervention médicale et de soins, le principe général est celui de l'information du patient concerné, consacré par l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique. Il précise notamment que les majeurs sous tutelle sont informés de leur état de santé. « *Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée [...] à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle* »¹⁴⁰⁹. Certaines dispositions spécifiques¹⁴¹⁰ régissent le cas précis des soins

¹⁴⁰⁴ Art. 459-2 C. civ. préc.

¹⁴⁰⁵ Art. 469 C. civ., tel que modifié par L. n° 2007-308 préc. – art. 7 ; V. également à ce propos : F. FRESNEL, « La protection de la personne : nouvelle mission des associations tutélaires », *Juris associations*, Dalloz édition, 2013, n° 490, p. 24.

¹⁴⁰⁶ TI Nice, 4 février 2009, n° 01/00602 ; V. à ce propos : VERHEYDE, « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », *Recueil Dalloz*, Dalloz édition, 2009, p. 1397.

¹⁴⁰⁷ F. FRESNEL, *Op. cit.*, loc. cit.

¹⁴⁰⁸ Extrait de l'art. 459 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2009-526 préc. – art. 116.

¹⁴⁰⁹ Art. L. 1111-2 CSP, tel que modifié par la L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 – art. 7 et art. 175, *de modernisation de notre système de santé (1)*, publiée au JORF n° 0022 du 27 janvier 2016, texte n° 1.

¹⁴¹⁰ L. n° 2013-869 du 27 septembre 2013, modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, publiée au JORF n° 0228 du 1^{er} octobre 2013, p. 16265, texte n° 1.

Également : Art. L. 3211-1 CSP, tel que modifié par la L. n° 2011-803 du 5 juillet 2011 – art. 1, relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge (1), publiée au JORF n° 0155 du 6 juillet 2011, p. 11705, texte n° 1.

psychiatriques¹⁴¹¹. Les majeurs placés sous protection ne peuvent faire l'objet de recherches biomédicales que sous deux conditions alternatives imposées par le législateur¹⁴¹². De même, les prélèvements d'éléments du corps humain ou la collecte de ses produits effectués sur des majeurs protégés sont régis de façon spécifique¹⁴¹³. Le législateur a pris soin de préciser qu'« *aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale* »¹⁴¹⁴. Cette interdiction vaut également pour tous les prélèvements de tout produit du corps humain¹⁴¹⁵. Il existe des exceptions à la prohibition de prélèvement des produits du corps humain. Ces exceptions sont accessibles sous certaines conditions. D'abord, le contexte thérapeutique ne doit permettre aucune autre solution que le prélèvement de produits du corps humain — tissus ou cellules hématopoïétiques¹⁴¹⁶, embryonnaires ou fœtaux¹⁴¹⁷. Ensuite, le prélèvement ne peut être réalité au bénéfice de certaines personnes seulement — frères ou sœurs du donneur protégé, ou cousins et cousines germains à titre exceptionnel. Enfin et surtout, le consentement du majeur doit être recueilli et appuyé par qui de droit — à savoir le juge des tutelles. Ce dernier se prononce sur avis du tuteur et d'un comité d'experts.

B. LA PROTECTION PATRIMONIALE DU MAJEUR

427. Le tuteur est chargé du patrimoine du majeur placé sous sa protection. Le principe est porté par l'article 496 du Code civil, lequel fonde également la distinction binaire entre les actes d'administration et les actes de disposition. « *La liste des actes qui sont regardés, pour l'application du présent titre, comme des actes d'administration relatifs à la gestion courante du patrimoine et*

¹⁴¹¹ F. FRESNEL, *Op. cit.*, *loc. cit.* : « *Des règles spécifiques encadrent les soins contraints psychiatriques car ils sont attentatoires à la liberté d'aller et de venir et au droit au refus de soins. Le protecteur intervient dans le cadre de l'hospitalisation psychiatrique sans consentement en excipant de sa qualité* ».

¹⁴¹² Art. L. 1121-8 CSP, tel que modifié par la L. n° 2012-300 du 5 mars 2012 – art. 1, *relative aux recherches impliquant la personne humaine (1)*, publiée au JORF n° 0056 du 6 mars 2012, p. 4138, texte n° 1.

¹⁴¹³ Art. L. 1211-2 CSP, tel que modifié par la L. n° 2004-800 du 6 août 2004 – art. 7, *relative à la bioéthique*, publiée au JORF n° 182 du 7 août 2004, p. 14040, texte n° 1.

¹⁴¹⁴ Art. L. 1231-1 CSP, tel que codifié par l'Ord. n° 2000-548 du 15 juin 2000, *relative à la partie législative du Code de la santé publique*, publiée au JORF n° 143 du 22 juin 2000, p. 9337, texte n° 8.

¹⁴¹⁵ Art. L. 1241-2 CSP, tel que modifié par la L. n° 2004-800 préc. – art. 12.

¹⁴¹⁶ Art. L. 1241-3 CSP, tel que modifié par la L. n° 2011-814, du 7 juillet 2011 – art. 17, *relative à la bioéthique*, publiée au JORF n° 0157 du 8 juillet 2011, p. 11826, texte n° 1 ; Art. L. 1241-4 CSP, tel que modifié par la L. n° 2011-814 du 7 juillet 2011 – art. 17, préc.

¹⁴¹⁷ Art. L. 1241-5 CSP, tel que créé par la L. n° 2004-800 préc. – art. 27.

*comme des actes de disposition qui engagent celui-ci de manière durable et substantielle est fixée par décret en Conseil d'État »*¹⁴¹⁸.

Le décret du 22 décembre 2008¹⁴¹⁹ opère les distinctions nécessaires ainsi que leur répartition¹⁴²⁰. Il définit les actes d'administration comme des « *actes d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée dénués de risque anormal* »¹⁴²¹. Alors le bornage amiable d'une propriété, la réalisation de travaux d'amélioration, de réparation ou d'aménagement utile d'un bien immobilier, ou encore la vente, location, donation ou acquisition d'un bien meuble de faible valeur sont considérés comme des actes d'administration. De leur côté, les actes de dispositions sont définis comme les « *actes qui engagent le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire* »¹⁴²². Par conséquent, sont considérés comme des actes de disposition, la majeure partie des droits relatifs au logement du majeur protégé, la constitution de droits réels — principaux et accessoires —, mais également la plupart des actes de gestion des biens meubles corporels et incorporels, la conclusion d'un contrat de gestion de valeurs mobilières et instruments financiers, ainsi que les donations.

La répartition des actes entre les différentes catégories n'est pas figée. À titre exemplaire, la loi du 17 décembre 2007¹⁴²³, a ouvert la souscription ou le rachat d'un contrat d'assurance vie, ainsi que les modifications quant à la désignation du bénéficiaire aux majeurs protégés, en portant création de l'article L. 132-4-1 du Code des assurances¹⁴²⁴. À ce titre, le majeur faisant l'objet d'une tutelle doit préalablement obtenir l'autorisation du juge des tutelles. « *L'acte, signé par le tuteur, est considéré comme un acte de disposition* »¹⁴²⁵. De son côté le majeur sous curatelle doit simplement recevoir l'assistance de son curateur. En revanche le même article *in fine* implique une certaine fragilité du contrat d'assurance sur la vie conclue avant la mise sous protection, en prévoyant sa

¹⁴¹⁸ Art. 496 al 3 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. — art. 8.

¹⁴¹⁹ D. n° 2008-1484 du 22 décembre 2008, préc.

¹⁴²⁰ V. à ce propos : T. FOSSIER, « Patrimoine et intérêts juridiques, tradition et nouveauté », *AJ Famille*, Dalloz édition, p. 52.

¹⁴²¹ D. n° 2008-1484 du 22 décembre 2008, préc. — art. 1 al 1.

¹⁴²² D. n° 2008-1484 du 22 décembre 2008, préc. — art. 2 al 1.

¹⁴²³ L. n° 2007-1775 du 17 décembre 2007, permettant la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance sur la vie non réclamés et garantissant les droits des assurés (1), publiée au JORF n° 0293 du 18 décembre 2007, p. 20358, texte n° 3.

¹⁴²⁴ Art. L. 132-4-1 du Code des assurances, tel que créé par la L. n° 2007-1775 préc. — art. 9.

¹⁴²⁵ L. PECAUT-RIVOLIER, « Fiche pratique : Assurance vie et majeur protégé », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2009, p. 26.

possible annulation sur preuve d'incapacité notoire et connue du cocontractant lors de la conclusion du contrat¹⁴²⁶.

428. Lorsqu'un acte ne peut être uniquement accompli par le majeur suppléé par son tuteur, l'autorisation est attendue de la part du conseil de famille ou du juge¹⁴²⁷. Le sujet des actes ouverts ou non au majeur protégé n'est pas l'unique objet de la protection opérée par le mandataire judiciaire. Aussi le législateur a pris soin de donner certains moyens de défense aux majeurs protégés en situation délicates. De cette façon, l'article L. 311-8 du Code des procédures civiles d'exécutions¹⁴²⁸ dispose de règles favorables au majeur protégé opposé à un créancier en matière de saisie immobilière. « *Les immeubles d'un mineur, même émancipé, ou d'un majeur en curatelle ou en tutelle ne peuvent être saisis avant la discussion de leurs meubles* »¹⁴²⁹. Le majeur protégé bénéficie d'un droit à discussion sur les meubles préalable à l'exécution de droit d'une saisie immobilière. En d'autres termes, le créancier d'un majeur protégé devra accepter prioritairement la saisie des meubles de son débiteur pour éteindre la créance. Ce n'est qu'à défaut d'extinction de la créance une fois les meubles saisis que le créancier pourra prétendre à la saisie immobilière. Cette règle ne concerne que les procédures ouvertes postérieurement à la mise sous protection du majeur. Toutefois le bénéfice de cette exception n'est pas reconnu lorsque le bien faisant l'objet immeuble faisant l'objet de la procédure de suivi est détenu en indivision avec un majeur capable et si la dette leur est commune.

¹⁴²⁶ Art. L. 132-4-1 al 3 du Code des assurance, préc. : « *L'acceptation du bénéfice d'un contrat d'assurance sur la vie conclu moins de deux ans avant la publicité du jugement d'ouverture de la curatelle ou de la tutelle du stipulant peut être annulée sur la seule preuve que l'incapacité était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés* ».

¹⁴²⁷ Art. 502 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 8 : « *Le conseil de famille ou, à défaut, le juge statue sur les autorisations que le tuteur sollicite pour les actes qu'il ne peut accomplir seul. Toutefois, les autorisations du conseil de famille peuvent être suppléées par celles du juge si les actes portent sur des biens dont la valeur en capital n'excède pas une somme fixée par décret* ».

¹⁴²⁸ Art. L. 311-8 Code des procédures civiles d'exécution, tel que créé par l'Ord. n° 2011-1895 du 19 décembre 2011, *Relative à la partie législative du code des procédures civiles d'exécution*, publiée au JORF n° 0294 du 20 décembre 2001, p. 21464, texte n° 15.

¹⁴²⁹ Extrait de l'art. L. 311-8 Code des procédures civiles d'exécution, préc.

III. L'INCOMPLÉTUDE DE RÉGIMES DÉROGATOIRES MULTIPLES

429. Le droit positif de la protection juridique des majeurs assure l'organisation de la prise la charge institutionnelle de l'individu défaillant. Malgré l'ampleur de ce volet au sein de l'ensemble du droit positif, ce droit spécial pâtit d'une image mitigée dans l'inconscient collectif. L'idée générale de la protection ne reflète pas exactement la réalité du mécanisme de protection. Les abus liés à l'exercice de la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs sont largement décriés par la doctrine et l'entourage des usagers de la protection. Cette impopularité semble davantage due à la frilosité de chacun quant à la limitation des droits plutôt qu'à la qualité réelle des représentants de la profession. Ce paradoxe est d'autant plus marquant qu'un autre phénomène imposé par la réforme de 2007 emporte de plus grandes conséquences. La médicalisation de la protection juridique recueille l'essentiel des limites pouvant être reprochées au mécanisme.

Malgré les évolutions engagées sous l'égide de la réforme de 2007, la protection juridique des majeurs n'est pas exempte de limites à la fois théoriques (A) et pratiques (B).

A. LES LIMITES THÉORIQUES DE LA PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS

430. Véritable consécration du rôle du corps médical en matière de protection juridique des majeurs, la procédure imposée par le droit positif corrobore une vision prosaïque, résolument terre à terre de ce qui peut donner lieu à protection¹⁴³⁰. Le médecin participe activement tant à l'établissement du besoin de soutien et de préservation, que de la décision de placement. Cette centralité se trouve d'autant plus légitime depuis le sacre du volet de protection extra-patrimoniale du majeur. La conception antérieure, essentiellement centrée sur la protection patrimoniale, laissait peu de place à la justification du rôle du médecin en tant qu'initiateur de la procédure.

Les fondements de la protection juridique sont en eux-mêmes contestables, à l'instar de toute forme de décision pour autrui (1). En outre, le système de protection demeure étranger aux causes qui justifient sa mise en œuvre. Le placement est indifférent à l'altération protégée (2). Par conséquent la procédure s'avère parfois inadaptée aux besoins spécifiques d'une protection venant pallier un affaiblissement lié à l'âge (3).

¹⁴³⁰ L'effacement de l'affaiblissement dû à l'âge parmi les causes de mise sous protection atteste d'une volonté d'évolution de l'éthique de la protection juridique des majeurs. Cela a eu pour conséquence de rendre implicite le placement pour cause d'affaiblissement lié à la sénescence, tout en médicalisant l'origine de la protection.

1. Critique de la décision pour autrui

431. À l'instar du processus de placement qui pourrait donner lieu à certains changements tournés vers le bien-être et l'information de la personne protégée, l'effectivité et la réalité de la procédure connaissent également leurs limites. Outre leur coût¹⁴³¹ qui est placé en ligne de mire des détracteurs, les limites de l'efficacité du système de protection juridique sont de deux ordres.

Certaines formulations des règles de droits concernant la protection témoignent d'une extériorisation du processus de décision pour soi, y compris au sein des premières strates de protection juridique (b). D'autre part, l'esprit de certaines dispositions protectrices participent à la distension du phénomène de décision pour autrui (a).

a. La décision pour autrui d'origine légale

432. L'élargissement du nombre de personnes susceptibles d'initier la procédure de placement emporte des conséquences particulièrement importantes à l'égard des personnes âgées. En effet, si l'on regarde l'ensemble des causes de protection juridique, on constate qu'elles diffèrent en fonction de l'âge des personnes à protéger. L'altération des facultés intellectuelles pour cause de handicap se constate généralement dès la naissance. La protection s'enclenche donc quasi automatiquement à la majorité. La capacité d'un adulte en pleine force de l'âge et sans handicap originel n'est que très rarement remise en question — malgré le fait que nul ne soit à l'abri d'une dégradation subite de ses facultés corporelles ou intellectuelles. Lorsque c'est le cas, la constatation de cette dégradation s'impose généralement à tout un chacun et est difficilement contestable. Plus globalement encore, la capacité trouve une large assise à travers le principe général du lien entre capacité et majorité. Cette stabilité s'est trouvée renforcée par la suppression des curatelles et tutelles pour cause d'oisiveté ou de prodigalité. Elle est cependant mise à mal lorsque l'âge survient. Il ressort de l'inconscient collectif et de la pratique sociétale une forte tendance à l'évaluation des facultés de la personne âgée. Cette inclination semble proportionnelle à l'âge. Par-là, elle s'intensifie au fur et à mesure que l'âge augmente.

¹⁴³¹ A. CARON-DEGLISE, « Vieillesse et altération des facultés personnelles. Coconstruire un accompagnement responsable, cohérent et respectueux des droits des personnes », *Retraite et société*, La Documentation française, 2014/2, n° 68, p. 27 : « La disparition des tutelles aux prestations sociales (TPSA), coûteuses, et la mise en place des mesures d'accompagnement social (MASP), réputées moins onéreuses, devaient entraîner des économies immédiates. Mais en dépit des efforts de rationalisation et de mutualisation menés par les départements, le coût des MASP se révèle bien supérieur aux 150 €, par mois et par mesure, prévus au moment du vote de la loi, et pourrait se rapprocher de 500 € ».

433. Les règles de droit relaient assez largement la conception sociétale voulant que pour le bien d'une personne vulnérable — malgré l'exclusion de l'affaiblissement dû à l'âge de la lettre de l'article 425 du Code civil — il soit possible de la protéger en décidant pour elle. La longueur de la liste des personnes pouvant initier directement ou par le biais du procureur de la République une procédure de placement en atteste largement. On trouve un autre témoignage de la consécration de la décision pour autrui en matière de sauvegarde de justice. L'article 436 *in fine* du Code civil prévoit une application élargie de ce principe : « *Ceux qui ont qualité pour demander l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle sont tenus d'accomplir les actes conservatoires indispensables à la préservation du patrimoine de la personne protégée dès lors qu'ils ont connaissance tant de leur urgence que de l'ouverture de la mesure de sauvegarde. Les mêmes dispositions sont applicables à la personne ou à l'établissement qui héberge la personne placée sous sauvegarde* »¹⁴³². Sont ainsi désignés comme ayant vocation à accomplir des actes de préservation du patrimoine d'une personne sous sauvegarde de justice toutes les personnes mentionnées par l'article 430 du même Code¹⁴³³, à savoir son concubin, partenaire de pacte civil de solidarité, conjoint, un membre de sa famille ou de ses proches. Les initiatives reconnues à l'ensemble de ces acteurs potentiels sont limitées aux “actes conservatoires indispensables à la préservation du patrimoine de la personne protégée”. Il n'en demeure pas moins que cette disposition est une véritable porte ouverte à la décision pour autrui.

b. La pratique de la décision pour autrui

434. Au-delà des enjeux portés par les normes juridiques applicables en cas d'altération des facultés individuelles apparaissent plus largement les questionnements relatifs à la nature même de la protection. À partir de quand décider pour autrui est-il envisageable ? Et dans quelles proportions ? Dans le cadre du postulat largement consacré du majeur capable, les atteintes à la capacité inhérente lors de la mise sous protection sont problématiques. « *Plus de 900 000 personnes, en France, font l'objet d'une mesure juridique de protection (tutelle, curatelle), mais bien plus encore voient, momentanément ou durablement, leur capacité à décider pour elles-mêmes disqualifiée, et d'autres être amenées à décider pour elles, qu'il s'agisse de proches ou de professionnels* »¹⁴³⁴. Malgré les efforts d'encadrement fournis par le législateur, certains pans procéduraux restent flous.

¹⁴³² Art. 436 al 3 C. civ., préc.

¹⁴³³ Art. 430 C. civ., tel que créé par la L. n° 2007-308 préc. – art 7.

¹⁴³⁴ A. BELIARD, A. DEMAMME, J.-S. EIDELIMAN, D. MOREAU, « « C'est pour son bien ». La décision pour autrui comme enjeu micro-politique », *Sciences sociales et santé*, John Libbey Eurotext, 2015/3, vol. 33, p. 6.

La décision pour autrui est tolérée sous couvert du principe de protection de la personne à protéger ou protégée. « *Ces processus de décision pour autrui peuvent avoir reçu une formalisation juridique forte (majeurs protégés, personnes hospitalisées en psychiatrie sans leur consentement) ou rester dans des cadres où la loi n'a que peu de prises ou n'est pas mobilisée (malades, personnes âgées ou en situation de handicap, enfants)* »¹⁴³⁵. Ce phénomène existe également en dehors de la protection juridique des majeurs, et touche particulièrement les personnes âgées. « *Elles peuvent concerner des décisions majeures, comme l'entrée en maison de retraite, le choix d'un traitement médical, ou bien se loger dans des moments ordinaires — mais pas nécessairement moins importants — de la vie quotidienne (gestion de l'argent, organisation domestique, relations affectives et sexuelles)* »¹⁴³⁶. Dans les faits, cette tendance se traduit de multiples façons.

À l'heure de l'ingérence massive de la norme légale dans de nombreux domaines, on peut s'étonner que la protection juridique des majeurs reste soumise à la conception de chacun de ses acteurs. Le législateur prend assez largement le parti du libéralisme, dans le sens où il laisse le soin aux intervenants de la protection d'agir selon leur propre conception. De ce fait le contenu du certificat circonstancié varie grandement d'un médecin à un autre malgré leur habilitation commune et la gestion de dossier change d'un mandataire judiciaire à un autre, et même le contrôle juridictionnel des comptes de gestion connaît de nombreuses variations. Chacun doit questionner son propre rôle ou plus largement les principes mobilisés à l'occasion d'une mesure de protection — liberté, protection, autonomie, accompagnement etc...

La décision pour autrui ne se borne pas à l'imposition autoritaire d'un choix. Elle revêt des formes plus banales ou insidieuses. Mentionner ces pratiques sans tomber dans l'argumentation pathétique est délicat, et le législateur ne s'est à ce jour pas risqué à les encadrer. Chaque élément du quotidien d'une personne âgée peut rapidement devenir source à avis de l'ensemble des proches plus jeunes. La décision d'arrêter de conduire, de changer de logement au profit d'un autre plus adapté, de passer en hébergement spécialisé pour les personnes âgées, sont autant d'exemples de décisions initiées par des conseils avisés de proches bien-pensants. Pourtant dans les faits, l'entrée en établissement spécialisé est rarement dû au vœu unique de la personne âgée concernée. Il s'agit de l'illustration certainement la plus représentative du choix imposé à une personne en raison de son âge et sous couvert de sa sécurité. Une intervention législative en la matière serait certainement perçue — certainement à juste titre — comme une marque d'ingérence. Dans ce cadre le législateur se borne

¹⁴³⁵ A. BELIARD, *et al.*, *Op. cit.*, p. 6

¹⁴³⁶ A. BELIARD, *et al.*, *Op. cit.*, *loc. cit.*

à la consécration de principes généraux, comme le principe de capacité, de liberté d'aller et venir ou de la liberté de choix du domicile¹⁴³⁷. Chacune de ces proclamations de droits connaît des tempéraments. Ils sont justifiés à la fois par la pratique et par l'objectif de sécurité et de protection. En matière de maintien à domicile, « *le maintien du cadre de vie habituel constitué par le domicile du majeur protégé constitue une priorité instaurée par le législateur qui ne peut céder qu'en cas d'inadaptation de ce lieu de vie à des impératifs d'ordre médical ou liés à son état de santé ou d'ordre financier* »¹⁴³⁸. La Cour de cassation confirme ici l'état d'esprit général.

Pour autant faut-il voir dans ces éléments une tolérance de la pratique de décision pour un autrui âgé ? La tendance à l'imposition de choix d'un majeur se concentre principalement sur la population des personnes âgées. Cela est dû pour partie à la propension de cette population à accepter le choix imposé. On connaît peu d'adeptes des sports extrêmes arrêter à la suite de l'injonction d'un ou de plusieurs proches. Le cas d'un grand-père ou d'une grand-mère "placé" en maison de retraite ou sous tutelle est une hypothèse autrement plus fréquente. L'un va parfois d'ailleurs de pair avec l'autre. Les établissements de santé et de retraite conseillent régulièrement aux familles le placement de leur parent sous tutelle. Cette réalité, loin d'être décriée, est régulièrement justifiée par l'objectif de protection de la personne. Cependant cet exemple permet de rendre compte d'un cercle — vicieux ou vertueux c'est à voir — où l'âge induit la décision pour autrui, menant parfois à la protection juridique et donc à l'incapacité.

Le débat récent concernant la procédure de placement sous protection juridique dans une situation de fin de vie soulève des interrogations quant à l'étendue du rôle et du pouvoir du tuteur. L'envergure du rôle tutélaire n'a pas encore montré ses limites. Les dernières tournures de l'affaire LAMBERT¹⁴³⁹ témoignent de cette mouvance. Le juge des tutelles a la lourde charge du choix du tuteur et de ses éventuelles conséquences. Dans le cadre où une mesure de protection est prononcée au bénéfice d'un majeur en fin de vie, chaque élément de décision devient extrêmement sensible. « *Après avoir rappelé que le tuteur ne saurait se substituer à la procédure définie par le code de la santé publique, qui relève de la collégialité des médecins chargés du suivi du patient, ni remettre*

¹⁴³⁷ S. MOISDON-CHATAIGNER, « Aller et venir en toute liberté pour le majeur protégé. Le respect de ses choix pour son lieu de vie et ses déplacements », *Le sociographe*, Champ social, 2015/2, n° 50, p. 51-61.

¹⁴³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 26 janvier 2011, n° 10-10.935, non publié au bulletin ; V. également dans ce sens : L. TALARICO, « Réforme de 2007 : enjeux et bilan cinq ans après », *Juris associations*, Dalloz édition, 2013, n° 490, p. 19.

¹⁴³⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 2015, n° 14-14.904, publié au Bull. 2015, I, n° 110.

Cass. civ. 1^{ère}, 8 décembre 2016, n° 16-20.298, publié au Bull. ; V. également à ce propos : G. RAOUL-CORMEIL, « Les conditions d'ouverture d'une tutelle au profit d'une personne en fin de vie », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2017, p. 68.

en cause les décisions de justice passées en force de chose jugée, l'arrêt constate [...] que [l'épouse] n'a jamais fait de demande d'arrêt des soins mais ne s'y est pas opposée lorsque le processus a été engagé, M. Vincent L... ayant exprimé le souhait de ne pas continuer à vivre dans un état de grande dépendance ; que de ces constatations, dont il ressort que la cessation de la vie commune n'était pas liée à des circonstances imputables à l'épouse, la Cour d'appel a souverainement déduit qu'en dépit du conflit familial, il n'y avait pas lieu d'écarter [l'épouse] de l'exercice de la mesure de protection »¹⁴⁴⁰. La préférence donnée au conjoint, ou à un proche, ou encore à un professionnel n'est pas sans conséquence.

Confier la responsabilité de la mesure de protection à un membre de la famille est régulièrement source de conflits. L'ambiguïté du rôle, et l'accès aux ressources de la personne protégée fondent de nombreux soupçons qui mettent à mal tant l'exercice de protection que les relations interfamiliales. D'un autre côté, la charge de protection confiée à un professionnel s'avère être régulièrement décevante. De nombreux regroupements de mandataires pâtissent d'une surcharge de travail qui conduit à un traitement superficiel des dossiers de chacun des protégés.

2. Le constat de l'altération des capacités

435. La médicalisation de la protection juridique des majeurs implique que le constat médical justifie à lui seul le besoin de protection. Il s'ensuit une relative négation de la cause de l'altération des facultés, ce qui corrobore une procédure peu encline à l'adaptation (a). L'altération des capacités liée à l'âge n'est pas reconnue (b).

a. La logique de protection étrangère à la cause de l'altération des capacités

436. À l'instar de l'ensemble du *corpus* de protection juridique des majeurs, la mesure de tutelle est prononcée sous couvert de l'existence d'une affection des capacités physiques ou psychiques empêchant l'expression d'une volonté éclairée. Cette définition permet *a priori* de distinguer entre les personnes ayant besoin d'être protégées de celles qui n'en ont pas besoin. Le cumul des principes de subsidiarité, de nécessité et de proportionnalité permet d'aller plus loin dans le positionnement éthique et théorique. Malgré cette "échelle de gravité" à laquelle répond une

¹⁴⁴⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 8 décembre 2016 - préc.

“échelle de protection juridique”, le système ne se risque pas sur le chemin de la distinction entre les types de défaillances dont sont atteintes les personnes protégées.

Le raisonnement protectionniste connaît une limite en amont. Celle-ci se situe au confluent de la demande de protection et de la constatation de l’altération des facultés. La source du raisonnement reste étrangère à l’application concrète de la protection. Dans le cadre de la mesure de tutelle, force est de constater que le panel visé est extrêmement large. Le seul point commun entre les personnes protégées par cette mesure est leur incapacité à exprimer une volonté permettant de gérer leurs intérêts. Cette abondance de situations est partagée par l’ensemble de la protection juridique des majeurs. « *Un père inquiet pour son fils influençable, un homme âgé qui souffre de perte de mémoire, une femme sous tutelle qui souhaite quitter l’hôpital...Telle est la diversité de cas d’ouverture et d’exercice de la protection qui sont soumis au juge* »¹⁴⁴¹. Au-delà du seul questionnement relatif à l’acte de placement sous protection, les mesures n’évoluent pas de la même manière. Elles n’emportent pas les mêmes effets selon si elles sont prononcées à l’égard d’une personne présentant une altération complète ou partielle de ses facultés. Une mesure identique peut être prononcée à l’égard d’une personne handicapée mentale ou présentant des altérations dues à son âge ; d’une personne dans le coma ou en état pauci-relationnel et d’une autre présentant des troubles psychiques. Les conséquences de la mesure diffèrent puisqu’elles restent soumises à un facteur humain important. « *La tutelle complète retire quasiment tous les droits civils de la personne : cette privation est destinée à la protéger. Mais dans la situation de la personne en état végétatif chronique, la tutelle fournit non seulement une protection à cette personne, mais surtout, indirectement, à la famille de cette personne, qui verra de cette manière mieux sauvegardé son patrimoine* »¹⁴⁴².

437. L’enjeu représenté par la hiérarchisation objective des incapacités se fait d’autant plus pressant qu’il est lié de manière au phénomène d’allongement de l’espérance de vie. De nombreuses études¹⁴⁴³ démontrent l’existence d’un ratio différent entre les gains de temps de vie et les gains de temps de vie sans incapacité — au sens médical et non juridique cette fois ci. L’espérance de vie à

¹⁴⁴¹ M. ROBERT-NICOUD, A. CARON-DEGLISE, « La pratique du juge des tutelles. Études de cas », *Informations sociales*, CNAF, 2007/2, n° 138, p. 62.

¹⁴⁴² L. RAVILLON, « Le statut juridique de la personne en état végétatif chronique », *RDSS*, Dalloz édition, 1999, p. 191 : « Ainsi, l’objet de la tutelle est double : si la fonction de protection de la personne visée est classique et conforme au droit des incapacités, en revanche, sa fonction de protection familiale est hétérodoxe ».

¹⁴⁴³ V. à ce propos : A. BERARD, « L’évolution de la politique de santé face à l’enjeu du vieillissement de la population », *Vie sociale*, ERES, 2016/3, n° 15, p. 131-147.

la naissance progresse « *avec une espérance de vie sans incapacité qui stagne voire diminue* »¹⁴⁴⁴. Alors que plusieurs études menées dans les années 1970 considéraient l'espérance de vie comme étant arrivée à son paroxysme¹⁴⁴⁵, un revirement de situation s'est déroulé dans les années 1980¹⁴⁴⁶. Les prévisions d'alors se confirment aujourd'hui. De récentes études¹⁴⁴⁷ prévoient à moyen terme que : « *Les français vivront plus longtemps mais aussi plus longtemps avec une dépendance et/ou une maladie chronique, sur la dernière partie de la vie* »¹⁴⁴⁸.

Ces constatations médicales ont inéluctablement des répercussions sur la protection juridique. Plus d'incapacités physiologiques appellent nécessairement à de plus nombreuses incapacités juridiques. Cependant le système actuel de protection ne possède pas les moyens adéquats pour résister à une telle vague de besoins. Les limites d'ores et déjà dénoncées sur systèmes — engorgement des tribunaux, contrôle succinct des comptes annuels de gestion — risquent de s'amplifier. En outre si le nombre des mesures de protection juridique augmente, l'actuelle profession des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, ne pourra en l'état honorer la demande. La protection pourrait redevenir une affaire de famille et tendra donc à être plus encadrée.

b. La négation du lien entre protection et affaiblissement dû à l'âge

438. L'opportunité de mise en place d'une mesure de protection juridique était définie comme tel par l'ancien article 490 du Code civil : « *Lorsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge, il est pourvu aux intérêts de la personne par l'un des régimes de protection prévus aux chapitres suivants. [...] L'altération des facultés mentales ou corporelles doit être médicalement établie* ». La prise en compte de l'affaiblissement dû à l'âge posait certainement problème du fait de son incompatibilité avec la nature exceptionnelle des régimes “spéciaux” de protection. Le vieillissement de masse connu par les sociétés contemporaines induit qu'une quantité toujours plus importante de personnes soit sujette à un affaiblissement de capacités. On perçoit rapidement les limites de ces régimes de protections, censés rester du domaine de l'exception. Toutefois, une certaine dérive était déjà à déplorer sous l'empire

¹⁴⁴⁴ A. BERARD, *Op. cit.*, p. 139-140.

¹⁴⁴⁵ A. COLVEZ, J.-M. ROBINE, « L'espérance de vie sans incapacité en France en 1982 », *Population*, Persée, 1986, n° 6, p. 1025.

¹⁴⁴⁶ A. COLVEZ, J.-M. ROBINE, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴⁴⁷ V. à ce propos : A. BERARD, *Op. cit.* ; V. également à ce propos : E. CAMBOIS, J.-M. ROBINE, « Les espérances de vie sans incapacité : un outil de prospective en santé publique », *Informations sociales*, CNAF, 2014/3, n° 183, p. 106-114.

¹⁴⁴⁸ A. BERARD, *Op. cit.*, *Ibid.*

de la loi ancienne. « *Sous l'influence d'une évolution socioéconomique marquée par le vieillissement de la population et l'importance des phénomènes de précarité et d'exclusion, de nombreuses mesures sont prononcées pour des raisons plus sociales que juridiques* »¹⁴⁴⁹ exposait Pascal CLEMENT à l'occasion de la présentation à l'Assemblée nationale du projet de réforme de protection juridique des majeurs. La loi de 2007 avait pour vocation de répondre aux problèmes posés par la protection juridique des majeurs. « *Celle-ci réaffirme la frontière entre problèmes sociaux (renvoyés à des mesures de protection administrative) et problèmes médicaux (justifiant les mesures juridiques)* »¹⁴⁵⁰. Les différentes solutions prévues, si elles restent cantonnées au rang de “régime spécial” permettent d’offrir une prise en charge plus adaptée.

439. La sous-population des personnes âgées est largement représentée parmi la population des majeurs protégés. « *Le taux de protection des personnes âgées par le droit des incapacités croît rapidement à partir de 70 ans, [...]. Malgré cette application pratique non négligeable, le droit des incapacités ne mentionne pas à titre autonome la situation des personnes âgées* »¹⁴⁵¹. En effet, alors que la lettre de l'article 490 mentionnait expressément “l'affaiblissement dû à l'âge” comme une cause de mise sous protection, ce n'est plus le cas aujourd'hui. Du reste, déjà sous l'empire de la loi ancienne, l'âge n'était qu'« *une cause parmi d'autres d'ouverture d'un régime de protection* »¹⁴⁵². Le fond de l'article 490 du code civil¹⁴⁵³ fut entièrement remanié par la réforme de la protection juridique des majeurs de 2007. L'âge n'est depuis plus répertorié en tant que cause de déclenchement du mécanisme de protection. On constate donc un recul de l'âge en tant que critère théorique de mise sous protection. Il est toutefois incohérent de nier le rôle de l'âge dans le processus de protection, ne serait-ce qu'eu égard à la surreprésentation des personnes âgées parmi les personnes protégées.

440. L'affaiblissement dû à l'âge demeure une cause inavouée de mise sous protection. D'ailleurs, comme le faisait très justement remarquer Maryvonne LYAZID, la question de la mise

¹⁴⁴⁹ Assemblée nationale, Projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs, 28 novembre 2006, n° 3462, p. 4.

¹⁴⁵⁰ A. BELIARD, *et al.*, *Op. cit.*, p. 5-6.

¹⁴⁵¹ J. HAUSER, « La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes », *RDSS*, Dalloz édition, 1992, p. 467.

¹⁴⁵² J. HAUSER, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴⁵³ Art. 490 al 1 C. civ. tel que créé par la L. n° 68-5 du 3 janvier 1968, portant réforme du droit des incapables majeurs, publiée au JORF du 4 janvier 1968, p. 114 : « *Lorsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge, il est pourvu aux intérêts de la personne par l'un des régimes de protection prévus...* ». L'article 490 concerne depuis sa modification par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 – art 7. Portant réforme du droit des incapables majeurs, publiée au JORF n° 56 du 7 mars 2007, p. 4325, texte 12 ; le mandat de protection future par voie de mandat notarié.

sous protection évolue — spécifiquement pour les personnes âgées — dans le domaine juridique certes, mais également éthique¹⁴⁵⁴. Certains représentants du corps médical ne cachent pas les enjeux soulevés « *En gériatrie, plus que dans d'autres champs de la médecine, la question du consentement aux soins, de la capacité de discernement ou de décision sont déterminantes dans la conduite du traitement médical ou de la prise en charge médicosociale. La nécessité de mesure de protection de la personne et pas uniquement de ses biens paraît une évidence* »¹⁴⁵⁵. À ce propos, l'ancienne adjointe du Défenseur des droits ajoute : « *De plus, la crainte des procès incite les acteurs du champ sanitaire et médicosocial à encourager les mises sous tutelle lorsque le discernement des personnes est altéré. De ce fait, le tuteur devient le tiers aidant dans la prise de décision et déchargeant 'potentiellement de la responsabilité'* »¹⁴⁵⁶. La notion de tiers aidant n'est pas ici à prendre pour le reflet parfait de la récente notion homonyme. Elle témoigne au contraire du rôle du tuteur en tant qu'interlocuteur privilégié du corps médical, possiblement plus enclin aux concessions que la personne âgée faisant l'objet des soins. Cependant, l'idée de préférence du tuteur comme interlocuteur plutôt que de s'adresser directement à la personne âgée semble incohérente vis-à-vis de la sous-représentation des personnes âgées au contentieux. Elle semble plutôt attester d'une forme d'âgisme mal venu. De plus la pratique décrite contrarie largement l'objectif de subsidiarité des mesures de protections, puisqu'il s'agit ici de saper le jeu des solidarités familiales de droit commun au profit du droit spécial de protection juridique.

441. La protection juridique des majeurs âgés peut intervenir pour pallier différentes formes de démence sénile, qui ne sont autre chose que de la sénescence mentale¹⁴⁵⁷. Or ces figures d'altération des capacités questionnent particulièrement le rapport juridique de la protection. « *Les plus éminents aliénistes et géronto-psychiatres observent que, en démence sénile, même si l'intelligence et la mémoire conceptuelles ont disparu, demeurent plus ou moins, avec la conscience d'être, des intelligences et mémoires affectives, ainsi que des expressions comportementales significatives de souhaits personnels qui parfois, peuvent parfaitement être satisfaits, et entretenir ainsi ce qui demeure de personnalité* »¹⁴⁵⁸. Ce constat devrait fonder une réflexion renouvelée de la protection des majeurs âgés. La recherche d'une volonté résiduelle devrait systématiquement être recherchée durant l'entière durée de la mesure.

¹⁴⁵⁴ M. LYAZID, « Le vieillissement pose-t-il la question du droit ? » *Les Tribunes de la santé*, 2005/2, n° 7, p. 83.

¹⁴⁵⁵ P. FRÉMONT, in : Neurologie, psychiatrie, gériatrie, 2004, n° 4, in M. LYAZID, *Op. cit.*, loc. cit. .

¹⁴⁵⁶ M. LYAZID, *Op. cit.*, ibid.

¹⁴⁵⁷ J.-P. GRIDEL, « La sénescence mentale et le droit », *Gazette du Palais*, Lextenso édition, 2001, n° 081, p. 4.

¹⁴⁵⁸ J.-P. GRIDEL, *Op. cit.*, loc. cit.

3. *L'inadaptation de la protection de la personne âgée*

442. L'origine médicale des procédures de protection juridique ne sert pas la représentation sociale de la vieillesse. La tutelle reste largement associée à la protection juridique de la personne âgée — plus que de tout autre majeur. Pourtant, cette proximité entre l'âge et la protection n'est pas le point central des reproches pouvant affecter l'ensemble du système. Le mécanisme de protection juridique est loin d'être contestable dans son ensemble. Au contraire, il semble que l'amont du processus recueille l'essentiel des reproches pouvant être faits à l'encontre de la protection juridique des majeurs.

La mise en place de la protection est un élément spécifiquement sensible — à l'instar de tout changement d'état — et particulièrement lorsque la protection est prononcée à l'égard d'une personne âgée. « *Dans le cadre de l'instruction d'une mesure de protection, le majeur à protéger puis protégé se perçoit toujours comme l'accusé, et le condamné d'une sentence qu'il ne comprend pas* »¹⁴⁵⁹. De même, lorsque la mise sous protection résulte d'une initiative médicale, la personne protégée se place dans une dynamique de défaillance généralisée et perçoit la mesure comme la consécration de ses affections. Les témoignages de mandataires judiciaires à la protection des majeurs posent des mots sur la perception qu'ont certains majeurs âgés de leur placement sous protection : « *J'ai le souvenir [...] d'avoir accompagné une dame d'un âge certain à son audience chez le juge. Pendant le trajet, elle nous a demandé si le juge allait la mettre en prison* »¹⁴⁶⁰. Le mandataire interrogé conclut « *À l'effort d'adaptation d'une nouvelle vie en institution s'ajoute la peur d'une punition* »¹⁴⁶¹. Cette unique intervention est révélatrice d'un double phénomène frappant à la fois par son ampleur et par sa gravité. Il s'agit d'un côté de la désinformation de la personne âgée faisant l'objet d'une mesure de protection, et de l'autre de l'image renvoyée par l'institution d'hébergement des personnes âgées — le placement sous tutelle est régulièrement suivi d'un placement en établissement d'hébergement pour les personnes âgées.

443. La désinformation de la personne âgée quant à la mise en place, l'effectivité ou la transformation de sa protection témoignent de l'absence totale d'approche idoine, ou tout simplement humaine. La réforme de 2007 a certes consacré un principe général d'information du majeur, mais qui reçoit une application plus nuancée en pratique. Le législateur doit intégrer une

¹⁴⁵⁹ F. FRESNEL, M. PENINON-JAULT, « Protection juridique des majeurs : commentaire du décret du 5 décembre 2008 », *La Gazette du Palais*, Lextenso édition, 2009, n° 29, p. 4.

¹⁴⁶⁰ A. BAUDRY-MERLY, L. HARDY, « Entre autonomie et contraintes. Dépasser des injonctions contradictoires », *Le sociographe*, Champ social, 2015/2, n° 50, p. 78.

¹⁴⁶¹ A. BAUDRY-MERLY, L. HARDY, *Op. cit.*, *ibid.*

véritable pédagogie de la protection juridique. Le devoir d'information et de participation du majeur sont essentiels. Le protégé doit être acteur de sa protection, et se percevoir comme tel.

B. LES LIMITES PRATIQUES DE LA PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS

444. La protection des majeurs est résolument conçue pour panser et parer les conséquences des altérations des facultés individuelles. À ce titre, l'incapacité juridique remédie aux actes ou omissions pouvant possiblement porter atteinte à la personne. Malgré son utilité, l'incapacité emporte des conséquences importantes qui justifient qu'elle soit limitée. « *L'incapacité fait partie de la grosse artillerie juridique et ne doit être utilisée, sous son nom ou sous un autre, que dans le strict domaine où elle est nécessaire* »¹⁴⁶². Ce positionnement doctrinal semble redouter les limites intrinsèques à la protection juridique des majeurs (1), ainsi que d'autres tempéraments apportés par la pratique (2).

1. Critique de la mise sous protection juridique des majeurs

445. Pour percevoir les limites pratiques du principe d'information du majeur dans le processus de protection juridique, il est nécessaire de repenser les étapes de placement. L'initiative de la protection juridique d'un majeur peut être faite par l'ensemble des proches — partenaire de vie, parent, allié — mais également par les tiers sous réserve qu'ils saisissent à cette fin le procureur de la République¹⁴⁶³. Le bienfondé de leur action est apprécié par le juge des tutelles sous couvert du certificat médical circonstancié produit à cette fin.

Aux personnes amenées à vouloir protéger s'ajoutent celles pouvant participer activement à la protection (b). La richesse des intervenants n'est cependant d'aucune garantie concernant le respect des droits de la personne protégée (a).

¹⁴⁶² J. HAUSER, « La notion d'incapacité », *Les Petites affiches*, Lextenso édition, n° 164, du 17 août 2000, pp. 3 et s., spécialement p. 8.

¹⁴⁶³ V. *ci-dessus* à ce propos : Partie I, Titre II, Chapitre I, Section III, Paragraphe 1, II : Les acteurs de la protection liée à l'âge.

a. L'amélioration souhaitée de la procédure de placement

446. Dans les faits très peu de mesures de protection juridique sont prononcées à la demande exclusive de la personne à protéger. Du reste, les articles 432 al 2 du Code civil¹⁴⁶⁴, 1219¹⁴⁶⁵ et 1220-3 du Code de procédure civile¹⁴⁶⁶ prévoient la possibilité de passer outre l'audition du majeur. Le juge des tutelles peut en effet décider avec le concours du médecin ayant produit le certificat médical circonstancié, de ne pas procéder à l'audition du majeur. Dans cette situation l'article 1220-2 du Code de procédure civile¹⁴⁶⁷ dispose de modalités d'information. Le requérant, l'avocat du majeur et si possible du majeur lui-même sont alors informés du fait que la décision de mise sous protection interviendra sans qu'il ne soit procédé à l'audition du majeur. Cela étant, malgré la mention du majeur à protéger comme bénéficiaire de l'obligation d'information, on imagine mal que celui-ci soit réellement informé. Le second alinéa de l'article 1220-2 est rédigé comme suit : « *Le juge ordonne qu'il soit donné connaissance de la procédure engagée au majeur selon des modalités appropriées à son état* »¹⁴⁶⁸. En effet, dans le cas où le médecin estime que l'altération des facultés du majeur fait qu'il ne peut être entendu par le juge, comment pourrait-il être informé de l'instruction d'une mesure de protection juridique à son encontre ? En outre la présence de cette exception d'audition démontre l'importance du rôle du médecin présent sur la liste du procureur de la République. Ceci est sans nul doute le rouage le plus significatif du mécanisme, puisque la décision de placement qui revient au juge se trouve entièrement fondée sur son appréciation, à l'instar de la suite de la procédure.

Au-delà de l'intervention strictement médicale, le défaut d'audition du majeur peut emporter des conséquences non-négligeables, notamment en matière de sauvegarde de justice puisque la décision concernant une telle mesure n'est susceptible d'aucun recours¹⁴⁶⁹. Ce principe fut régulièrement rappelé par la jurisprudence : « *Qu'en affirmant que le non-respect constaté par le juge des tutelles de l'obligation d'entendre Mme X..., avant son placement sous le régime de la sauvegarde de justice, ne constituerait qu'une nullité de forme non sanctionnée, la Cour d'appel a violé, ensemble, les*

¹⁴⁶⁴ Art. 432 al 2 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2015-177 du 16 février 2015 – art. 1 (V), Relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (1), publiée au JORF n° 0040 du 17 février 2015, p. 2961, texte n° 1 : « *Le juge peut toutefois, par décision spécialement motivée et sur avis d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 431, décider qu'il n'y a pas lieu de procéder à l'audition de l'intéressé si celle-ci est de nature à porter atteinte à sa santé ou s'il est hors d'état d'exprimer sa volonté* ».

¹⁴⁶⁵ Art. 1219 CPC, tel que modifié par le D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, préc. – art. 1.

¹⁴⁶⁶ Art. 1220-3 CPC, tel que créé par le D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, préc. – art. 1.

¹⁴⁶⁷ Art. 1220-2 CPC, tel que créé par le D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, préc. – art. 1.

¹⁴⁶⁸ Extrait de l'art. 1220-2 al 2 CPC, préc.

¹⁴⁶⁹ Art. 1249 CPC, préc.

articles 432 et 433 du Code civil et 117 du Code de procédure civile »¹⁴⁷⁰. Plus récemment, la Cour de cassation a, par un effet de dominos, contredit la Cour d'appel de Toulouse qui avait elle-même annulé un jugement tout en réitérant sa solution de placement¹⁴⁷¹. L'objet de ce contentieux était de sanctionner le placement sous sauvegarde de justice pour défaut d'audition. Cette sanction est inopérante du fait de l'article 1249 du Code de procédure civile et de l'impossibilité de recours contre une telle mesure.

447. Le rôle tenu par le médecin se trouve ainsi à la fois en amont et au cœur même de la décision de placement. Dans un certain sens, la réduction de la protection juridique des majeurs aux seules altérations médicales des facultés d'une personne induit cette situation originale où la médecine saisit le droit. En effet, sous l'empire de la loi ancienne, l'appel au médecin était limité aux altérations médicales qui ne représentaient qu'une partie seulement des justifications pouvant mener à la protection juridique. Les curatelles pour prodigalité ou oisiveté n'appelaient pas à l'expertise médicale. Ces mesures supprimées, la protection juridique des majeurs se trouve désormais limitée aux altérations d'origine pathologique ou accidentelle, mais en tout cas médicales. L'absence d'encadrement de la profession — dans le cadre de son exercice auprès du juge des tutelles — induit un certain flottement. Certains témoignages recueillis de la part de médecins habilités sont particulièrement éclairants sur la situation : *« À l'examen, le contact est bon et elle a encore une capacité de compréhension et d'expression mais son âge génère que ses fonctions supérieures s'abrasent et qu'elle en a une forte conscience. Elle accuse des troubles mnésiques, alors que son orientation dans le temps et dans l'espace est encore correcte »*¹⁴⁷². Après avoir relevé que la patiente se sent dépassée par la gestion de documents administratifs courant, le médecin ajoute *« En somme, à sa demande, il convient d'envisager une mise sous curatelle, ce qui lui permettrait d'avoir une personne, nommée officiellement, à qui elle pourrait référer de manière à être moins paniquée par les papiers car elle est très seule »*. Le médecin anticipe donc sur le rôle du juge.

b. Le réglage des mécanismes existants

448. L'essentiel des critiques pouvant être faites à l'égard du système juridique de protection des majeurs, tient au fait que cette protection est imposée aux personnes protégées. Le mécanisme de placement répond largement au modèle de l'initiative extérieure à la personne concernée. S'ensuit

¹⁴⁷⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 2011, n° 10-21.036, non publié au bulletin.

¹⁴⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 10 février 2016, n° 15-13.019, non publié au bulletin. V. également à ce propos : I. MARIA, « Rappel de l'impossible recours contre la décision plaçant sous sauvegarde de justice », *Droit de la famille*, LexisNexis édition, 2016, n° 4, comm. 95.

¹⁴⁷² F. LE BORGNE-UGUEN, *Op. cit.*, p. 55.

un sentiment d'infériorité et de culpabilité, inhérent au terme même d'«incapable majeur», et ce, malgré les efforts faits afin de gommer la dichotomie du majeur capable/incapable, *via* l'instauration de régimes de protection amoindris. Le statut juridique du majeur protégé comporte une dimension sociale décadente qui place l'individu dans une catégorie à part, tant au niveau juridique que social. On place une «étiquette juridique» sur la défaillance d'une personne. Dans certains cas, l'incapacité est prononcée pour la protection de la personne dans ses comportements sociaux, cette étiquette ne fait alors que confirmer l'état dans lequel se trouve l'individu. Pour d'autres cas plus nuancés, le placement sous protection est parfois largement perçu comme une punition, ou «la fin de quelque chose». Bien sûr, les outils proposés par les mesures de protection ont pour unique but le bien être des personnes concernées.

449. Le risque que comporte le placement sous protection juridique d'une personne âgée se situe au confluent de l'intérêt et de la perception de la dignité au niveau individuel et au niveau collectif. Une personne peut avoir une conception personnelle de ce qui est son intérêt et sa dignité, de même qu'une personne capable doit pouvoir opter pour le mode de vie qui lui convient le mieux. Cependant, les choix opérés en matière de conditions de vie sont parfois pris en considérations pour justifier le placement d'une personne âgée sous protection juridique. Dès lors, le processus de placement n'est plus fondé sur l'insanité d'esprit ou l'incapacité à formuler une volonté éclairée ; mais sur les conséquences de choix de vie de la personne concernée. Pour des questions de cohérence, les conditions de vie contestées de la personne visée par la procédure sont mises en avant pour justifier de son insanité d'esprit. La Cour européenne des droits de l'Homme a eu l'occasion de valider un tel raisonnement à l'occasion du contentieux H. M. contre Suisse traité le 26 février 2002¹⁴⁷³. Dans cette affaire, la requérante, personne âgée, avait été placée dans un foyer médicalisé « *parce qu'elle se trouvait dans un état d'abandon* », dénonçait l'illégalité de sa privation de liberté au sens de l'article 5 § 1 e de la CEDH. Finalement, l'ordre de placement dans l'intérêt de la requérante afin « *de lui procurer les soins médicaux nécessaires et des conditions de vie et d'hygiène satisfaisantes* »¹⁴⁷⁴ a conduit la Cour à conclure « *que le placement de la requérante ne s'analysait pas en une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1, mais constituait une mesure responsable prise par les autorités compétentes dans le propre intérêt de la requérante* »¹⁴⁷⁵.

¹⁴⁷³ CEDH, Arrêt H. M. c. Suisse, 26 février 2002 requête n° 39187/98.

¹⁴⁷⁴ V. *à ce propos* : D. ROMAN, « Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne », *RDSS*, Dalloz édition, 2008, p. 267 > la reconnaissance d'un droit de la personne âgée à l'autodétermination.

¹⁴⁷⁵ D. ROMAN, *Op. cit.*, *loc. cit.*

450. Madame Judith ROCHEFELD a eu l'occasion de relever très justement le lien intime, que chaque individu voue à son propre *corpus* de droits. « *Un majeur protégé ne doit pas avoir moins de droits qu'une personne non protégée. Et pas moins de devoirs. Le but de la mesure de protection, c'est de mettre en place les repères nécessaires pour qu'un majeur protégé puisse vivre comme il l'entend, sans pour autant se mettre en danger* »¹⁴⁷⁶. Eu égard à l'attachement naturel de chacun à ses droits, l'affirmation des mesures de protection comme étant non intrusives et non castratrice ne saurait être suffisante. De nombreux majeurs protégés pâtissent de la rigueur de mesures non adaptées ou tout simplement mal présentées et donc mal accueillies. L'approche des mesures de protection juridique constitue un réel frein à leur correcte mise en œuvre. Au-delà de l'origine souvent extérieure de la décision et même de la scène de rencontre entre le mandataire et le protégé, c'est la présentation même des mesures qui crie leur caractère extrinsèque et impératif.

L'effectivité d'une mesure de protection juridique ne devrait souffrir d'aucune concession quant aux droits de la personne protégée. Pourtant « *le déni de la capacité juridique aux personnes placées sous régime de protection a pour conséquence, dans de nombreux pays, de les priver de leurs droits fondamentaux. Bien que le régime de protection des majeurs ait fait l'objet, ces dernières années, de profondes évolutions législatives, la France n'échappe pas à ce constat* »¹⁴⁷⁷. Le Défenseur des droits déplore une liste conséquente et variée d'atteintes aux droits de personnes protégées détenues contre leur gré dans un service hospitalier ou d'un suivi médiocre de la part des professionnels encadrants. Les enjeux sanitaires doublés d'un lourd débat sur la fin de vie participent à la création d'une situation générale où l'avis médical prime sur les orientations personnelles de vie.

2. Les limites du contrôle des mesures de protection juridique

451. La bonne exécution d'une mesure de protection juridique repose sur le mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Cependant l'action du "responsable" diligenté se cantonne souvent — et malgré les évolutions initiées par la réforme de 2007 — à la protection du patrimoine.

Eu égard au caractère sensible de la protection patrimoniale, le législateur impose un contrôle régulier des comptes du majeur protégé. L'effectivité de la mesure est jaugée à l'occasion du contrôle des comptes (a), dont les résultats doivent normalement être transmis au majeur faisant l'objet de la protection (b).

¹⁴⁷⁶ F. FONDARD, in E. LUISIN-PAGNOD, *et al.*, *Op. cit.*, p. 10.

¹⁴⁷⁷ LE DÉFENSEUR DES DROITS, *Op. cit.*, p. 40.

a. Le contrôle des comptes du majeur protégé

452. Le montant alloué aux dépenses du majeur protégé est déterminé en fonction de l'ensemble de ses revenus et de son patrimoine¹⁴⁷⁸. Le juge charge le mandataire de la gestion des charges du majeur sous protection en fonction de la mesure envisagée. Un bilan exhaustif est réalisé à l'occasion de la mise sous protection. Ce bilan peut être appuyé par un huissier ou par des témoins du majeur. Quoi qu'il en soit, ces mécanismes, associés à celui imposant un bilan annuel du patrimoine du majeur, permettent de prévenir les atteintes éventuellement portées aux biens de la personne protégée. Les atteintes peuvent venir du majeur lui-même, ou d'autrui. À ce titre, les articles 510 et suivants du Code civil fixent l'obligation pour le tuteur de transmettre au directeur des services du greffe judiciaire du tribunal d'instance compétent¹⁴⁷⁹, un compte de gestion et ainsi de soumettre son activité à un contrôle. « *Le tuteur établit chaque année un compte de sa gestion auquel sont annexées toutes les pièces justificatives utiles* »¹⁴⁸⁰. Cependant, cette obligation peut être écartée par le juge des tutelles lorsque la mesure n'est pas assurée par un mandataire judiciaire à la protection des majeurs professionnel mais par un membre de la famille du majeur protégé¹⁴⁸¹. Cette exception est justifiée par la difficulté de la tâche confiée. Elle l'est également à la vue de l'engorgement des services judiciaires affectés au contrôle des comptes.

453. Le décret n° 2011-1470 du 8 novembre 2011 permet au greffier en chef d'être assisté dans sa tâche de vérification des comptes de tutelles par un huissier de justice¹⁴⁸². Depuis lors, fut inséré un article 1254-1 au sein du Code de procédure civile¹⁴⁸³, qui dispose notamment que : « *Lorsque les ressources de la personne protégée le permettent et que le greffier en chef l'estime utile, ce dernier peut solliciter, aux frais de la personne protégée, l'assistance d'un huissier de justice dans sa mission de vérification des comptes* »¹⁴⁸⁴. L'article précise également l'obligation d'informer le

¹⁴⁷⁸ V. à ce propos : G. RAOUL-CORMEIL, « Le financement de la protection judiciaire des majeurs : une question épineuse », *Juris associations*, Dalloz édition, 2013, n° 490, p. 31.

¹⁴⁷⁹ Art. 511 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 – art. 16, publiée au JORF n° 0269, du 19 novembre 2016, texte n° 1.

¹⁴⁸⁰ Art. 510 al. 1 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. – art. 8.

¹⁴⁸¹ Art. 512 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2016-1547 préc. – art. 16 : « *Lorsque la tutelle n'a pas été confiée à un mandataire judiciaire à la protection des majeurs, le juge peut, par dérogation aux articles 510 et 511 et en considération de la modicité des revenus et du patrimoine de la personne protégée, dispenser le tuteur d'établir le compte de gestion et de soumettre celui-ci à l'approbation du directeur des services de greffe judiciaires* ».

¹⁴⁸² D. n° 2011-1470 du 8 novembre 2011, relatif à l'assistance du greffier en chef en matière de vérification des comptes de tutelle par un huissier de justice, publiée au JORF n° 0261 du 10 novembre 2011, p. 18892, texte n° 23. V. à ce propos : Th. VERHEYDE, « Vérification des comptes de tutelle : assistance du greffier en chef par un huissier de justice », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2012, p. 100.

¹⁴⁸³ Art. 1254-1 CPC, tel que modifié par le D. n° 2017-892 du 6 mai 2017 – art. 68, *portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile*, publiée au JORF n° 0109 du 10 mai 2017, texte n° 114.

¹⁴⁸⁴ Extrait de l'art. 1254-1 CPC, préc.

majeur protégé concerné par la mesure, et la capacité de ce dernier à contester cette décision. « *La personne protégée et la personne désignée pour exercer la mesure de protection en sont informées par tout moyen ; ceux-ci peuvent déférer cette décision au juge des tutelles, qui statue sur la requête par une ordonnance non susceptible de recours* »¹⁴⁸⁵. L'huissier de justice sollicite à alors accès aux informations nécessaires pour apprécier la tenue des comptes. « *L'huissier de justice peut consulter l'ensemble des pièces relatives aux comptes figurant dans le dossier de la personne protégée, au greffe de la juridiction qui le détient, sans autre restriction que les nécessités du service, et en conserver les copies nécessaires à l'exécution de sa mission, mais ne peut les communiquer à un tiers* »¹⁴⁸⁶.

454. Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs accusent un taux de protection très élevé. L'accroissement constant du nombre de protégés gérés par mandataire induit une modification substantielle de l'activité. Un mandataire chargé de la protection de trente personnes consacre nécessairement plus de temps à chaque protégé qu'un mandataire chargé de plus de cinquante dossiers. La pratique s'avère très éloignée des règles imposées. Il arrive fréquemment que les bilans patrimoniaux à réaliser dans les trois mois de l'ouverture d'une mesure soient réalisés de façon antidatée. Il en va de même pour le contrôle annuel des comptes. De leur côté, les services judiciaires affectés au contrôle des comptes ne disposent pas d'effectifs suffisants pour réaliser un contrôle sérieux et régulier. C'est pourquoi la procédure fait l'objet de critiques régulières¹⁴⁸⁷. L'exception de présentation des comptes octroyée aux tuteurs non professionnel a pour effet de réduire de façon significative le rôle de contrôle du greffe judiciaire, mais laisse quasi libre accès aux erreurs ou abus.

Dans le cadre de réflexion visant à interroger l'intérêt d'un statut juridique propre à la personne âgée, et eu égard à la représentation de cette population parmi les majeurs protégés, il est impératif de s'assurer de l'effectivité des mesures de contrôle. Si la mission confiée aux greffiers en chef est trop lourde pour être réalisée dans de bonnes conditions, il est nécessaire d'en tirer les conséquences. Le recours aux huissiers de justice pourrait représenter une décharge importante pour l'administration judiciaire. L'action de contrôle des comptes pourrait par exemple leur être déléguée de façon automatique dès que les ressources du majeur protégé le permettent. Un article 1254-1-1 pourrait être intégré au Code de procédure civile :

¹⁴⁸⁵ Extrait de l'art. 1254-1 CPC, préc.

¹⁴⁸⁶ Extrait de l'art. 1254-1 CPC, préc.

¹⁴⁸⁷ V. à ce propos : T. FOSSIER, *Op. cit.*, loc. cit.

“Pour l'application de l'article 511 du code civil, lorsque les ressources de la personne protégée le permettent le directeur de greffe sollicite, aux frais de la personne protégée, l'expertise d'un huissier de justice pour mission de vérification des comptes. La personne protégée et la personne désignée pour exercer la mesure de protection en sont informées par tout moyen ; ceux-ci peuvent déférer cette décision au juge des tutelles, qui statue sur la requête par une ordonnance non susceptible de recours. L'huissier de justice peut consulter l'ensemble des pièces relatives aux comptes figurant dans le dossier de la personne protégée, au greffe de la juridiction qui le détient, sans autre restriction que les nécessités du service, et en conserver les copies nécessaires à l'exécution de sa mission, mais ne peut les communiquer à un tiers”.

Une autre option de forme pourrait consister en l'ajout d'un second alinéa à l'article 1254-1. Celui-ci pourrait alors prévoir les différentes hypothèses de réalisation du contrôle des comptes, selon les ressources du majeur protégé. En effet, la collaboration du greffier en chef et de l'huissier de justice pourrait être réservée aux situations où le greffier de justice ressent le besoin d'être soutenu dans son travail de contrôle. En cas d'incapacité à tenir les délais de contrôle des comptes, le greffier de justice pourrait faire appel à un huissier de justice pour les dossiers où les ressources du majeur protégé ne le permettent pas. Le financement d'un tel soutien pourrait être pris en charge par l'État. Cet effort de financement peut être considéré comme nécessaire à l'exécution complète de l'obligation de contrôle des comptes. Dans cette hypothèse, la lettre de l'article 1254-1 du Code de procédure civile pourrait subir une modification.

L'article 1254-1 du Code de procédure civile pourrait ainsi prévoir la faculté pour le greffier en chef, de solliciter l'assistance d'un huissier de justice dans sa mission de vérification des comptes. Cette hypothèse serait réservée aux dossiers de majeurs protégés aux ressources modestes, et les frais engagés devraient être pris en charge. Enfin, un nouvel article 1254-1-1 ou bien l'insertion d'un second alinéa à l'article 1254-1 modifié, pourrait prévoir une seconde hypothèse. Lorsque les ressources du majeur protégé le permettent, et que le greffier de justice en ressent le besoin, la mission de vérification des comptes pourrait être soit menée en commun avec un huissier de justice — comme c'est actuellement prévu —, soit être entièrement menée par un huissier de justice désigné. Dans ce cas, l'effet recherché est de permettre la délégation de l'exercice de contrôle des comptes, afin de s'assurer d'une plus grande effectivité. Pour finir, l'article 1254-1 pourrait prendre une forme proche de celle-ci :

“Pour l'application de l'article 511 du code civil, lorsque les ressources de la personne protégée le permettent et que le directeur de greffe l'estime utile, ce dernier peut solliciter, aux frais de la personne protégée, l'assistance d'un huissier de justice dans sa mission de vérification des comptes.

Le directeur de greffe l'estime utile, il peut déléguer la mission de vérification des comptes à un huissier de justice, aux frais de la personne protégée.

Les frais occasionnés peuvent être pris en charge si les ressources de la personne protégée ne permettent pas de solliciter le concours d'un huissier de justice.

La personne protégée et la personne désignée pour exercer la mesure de protection en sont informées par tout moyen ; ceux-ci peuvent déférer cette décision au juge des tutelles, qui statue sur la requête par une ordonnance non susceptible de recours.

L'huissier de justice peut consulter l'ensemble des pièces relatives aux comptes figurant dans le dossier de la personne protégée, au greffe de la juridiction qui le détient, sans autre restriction que les nécessités du service, et en conserver les copies nécessaires à l'exécution de sa mission, mais ne peut les communiquer à un tiers”.

b. La transmission des informations au majeur protégé

455. L'article 510 impose également au tuteur de transmettre une copie du compte et des pièces justificatives à la personne protégée âgée de plus de 16 ans¹⁴⁸⁸. La plume de Diégo POLLET spécialiste du droit de la protection des majeurs vulnérables, met en lumière l'effectivité très nuancée en pratique de l'obligation de transmission du compte annuel de gestion : « *En réalité, elle est très diversement appliquée. On constate aux deux extrêmes des pratiques, d'un côté, une “notification” par courrier recommandé avec avis de réception incluant “toutes les pièces*

¹⁴⁸⁸ Art. 510 al 3 C. civ., préc.

*justificatives utiles'' et, de l'autre, l'absence de toute communication, pratique clairement illégale et pas rare néanmoins »*¹⁴⁸⁹.

Les arguments des détracteurs de l'obligation de transmission des comptes de gestion s'appuient sur la lettre même de l'article. Ils considèrent que la méthode d'envoi postal des documents ne répond ni à l'objectif de confidentialité, ni à l'obligation de "remise" qui impliquerait une transmission en main propre. Cela étant, dans l'un et l'autre cas — remise postale avec accusé de réception, ou absence de remise — on comprend mal le défaut d'obligation de transmission des comptes de gestion au majeur, d'autant plus dans le cadre d'une relation "protecteur-protégé" qui appelle à une rencontre physique régulière. De même, et pour revenir à la limite de l'obligation de réalisation de compte de gestion au profit du tuteur non professionnel, il apparaît que cette configuration échappe également au bilan final devant être dressé lorsque la mesure est assurée par un professionnel. En effet, l'article 514 du Code civil¹⁴⁹⁰ impose au mandataire judiciaire en fin de mission de faire état des opérations intervenues entre le dernier compte rendu au greffe et la fin de mission. Il doit également remettre « *une copie des cinq derniers comptes de gestion et du compte mentionné au premier alinéa du présent article, selon le cas, à la personne devenue capable si elle n'en a pas déjà été destinataire, à la personne nouvellement chargée de la mesure de gestion ou aux héritiers de la personne protégée* »¹⁴⁹¹ dans les trois mois suivants la fin de sa mission. Néanmoins le législateur prend soin de préciser que ces obligations ne s'appliquent pas aux tuteurs non professionnels¹⁴⁹². Le législateur enjoint au tuteur professionnel ou non de remettre aux héritiers de la personne protégée si elle est décédée ou à la personne nouvellement chargée de la mesure toute les pièces « *nécessaires pour continuer la gestion ou assurer la liquidation de la succession, ainsi que l'inventaire initial et les actualisations auxquelles il a donné lieu* »¹⁴⁹³.

¹⁴⁸⁹ D. POLLET, « L'obligation de remise annuelle du compte de gestion au majeur protégé », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2014, p. 362.

¹⁴⁹⁰ Art. 514 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 préc. — art. 8.

¹⁴⁹¹ Extrait de l'art. 514 al 2 C. civ. préc.

¹⁴⁹² Art. 514 al 3 C. civ. préc.

¹⁴⁹³ Art. 514 al 4 C. civ. préc.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

456. L'existence d'un droit de la personne âgée est controversée. Les différents thèmes abordés traversent de plusieurs étapes générales de la vie d'une personne âgée. À leur fil, se tisse une protection fondée sur l'âge avancé seulement à demi-admise. Le critère de l'âge voit son effectivité subordonnée à l'adjonction de notions satellites, qui ne sont pas pour autant plus objectives. Parfois évidente, la protection de la vieillesse souffre néanmoins d'un manque de systématisation et de généralité. Ce constat vaut pour l'existence du droit, mais se vérifie d'autant plus dans le besoin de droit. Les atteintes affectant la personne et le patrimoine de la population des personnes âgées sont extrêmement variées. Privation des droits civiques, heurt à la liberté de choix du domicile, régulation de la liberté d'aller et venir, atteinte à la dignité, violences diverses sont autant de maux qui touchent particulièrement les personnes âgées. À cet égard, aucun milieu n'est épargné : *« L'univers de l'EHPAD est celui du silence qui ne se rompt que si le scandale éclate. Le domicile est encore plus opaque et peut devenir lui aussi un lieu de maltraitance »*¹⁴⁹⁴ — constatait la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme.

457. L'âge présente de nombreux avantages à être mobilisé en tant que critère. Il régule sans concurrence l'accès et le maintien dans le travail, et touche l'ensemble du système de retraite. Il permet ponctuellement d'assurer une protection accrue et spécifique. C'est le cas en matière d'accidents de la circulation, ça l'est également en matière de baux d'habitation. Néanmoins, le critère existe à défaut de prise de position légale expresse. Il pâtit et est à la fois porté par la représentation sociale de la vieillesse. Sa subsistance ne dépend que partiellement de l'impulsion donnée par le législateur. Ainsi il irrigue un grand nombre de situations sous couvert de son association à d'autres concepts, plus ou moins définis et plus ou moins rigides — faiblesse, vulnérabilité, dépendance. Ces associations forment à la fois le fond du mécanisme de protection, et sa limite. L'enjeu du sujet est décuplé en matière de maintien à domicile. Lorsque les normes s'arrêtent aux portes des institutions d'accueil et de la sphère privée, la question du bien-être de personnes toujours plus nombreuses se pose.

458. La dimension privative des mesures de protection juridique des majeurs prend parfois le pas sur leurs bienfaits. Le placement sous protection judiciaire a substantiellement augmenté. On est

¹⁴⁹⁴ CNCDH, Avis sur le consentement des personnes vulnérables, Assemblée plénière du 16 avril 2015.

passé « *de 8 955 placements sous tutelle et curatelle à 65 418 de 1970 à 2004* »¹⁴⁹⁵. Par ailleurs, les tutelles aux prestations sociales adultes ont été « *démultipliées par trois entre 1988 et 2003. Certes le nombre de majeur protégé âgé de plus de 70 ans a-t-il augmenté de 25,1% entre 1990 et 2004* »¹⁴⁹⁶. La protection juridique des majeurs n'a jamais connu de si grands succès. Aucun phénomène pathologique ne peut justifier une telle augmentation des mesures sous protection judiciaire. En outre, la perte de capacités n'est pas l'apanage de ces dernières décennies. Le vieillissement de masse que l'on connaît aujourd'hui témoigne de l'amélioration de la qualité de vie et des soins. Si l'esprit ne se soigne pas encore aussi bien que le corps, il n'en demeure pas moins, que le recul de l'âge moyen de décès est également signe d'une meilleure vieillesse. Or, les chiffres cités, illustrent bien une « *inflation de plus en plus importante du nombre de majeurs placés sous protection* »¹⁴⁹⁷. L'auteur confirme par ailleurs, qu'une part non négligeable des personnes placées sous protection ne relèverait que des dispositifs sociaux. Ainsi il se dresse résolument contre l'équation voulant que grand âge rime avec mise sous protection juridique.

459. L'ensemble du mécanisme de protection juridique des majeurs est conçu pour répondre à l'altération des facultés physiques ou intellectuelles pouvant placer une personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts. Le raisonnement se construit autour d'intervenants dont les rôles peuvent connaître des variations. Le majeur est la finalité de la protection, et potentiellement — bien que rarement dans les faits — l'initiateur. Dans la grande majorité des cas, la requête de placement émane d'une autre personne. Sous réserve que la demande réponde à une impulsion désintéressée, l'intervention du requérant est caractérisée par sa nature altruiste. Cet intervenant expressément cité par le législateur se place résolument dans la peau d'un initiateur bien-pensant.

En aval du processus de placement, les autorités médicale et prétorienne forment un duo garantissant l'existence et la mesure du besoin de protection. Les régimes dérogatoires qui découlent du processus de protection sanctionnent une incapacité réelle. Dans ce cadre le médecin habilité est le garant de l'existence du besoin. La procédure tend à la consécration de son rôle. Le juge des tutelles est chargé de l'assurance de l'ensemble du processus et de la traduction juridique des effets appelés par l'altération des facultés physiques et intellectuelle de la personne. Enfin, le dernier rôle est assuré par le protecteur, professionnel ou non professionnel. Dans ce dernier cas, la

¹⁴⁹⁵ J. FAVARD sous la direction de J.-R. BINET, *Droit et vieillissement de la personne*, LITEC Lexis Nexis, Coll. Colloques et Débats, Paris, 2008, p. 7.

¹⁴⁹⁶ J. FAVARD *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴⁹⁷ J. FAVARD, *Op. cit.*, *loc. cit.*

personne du protecteur peut se confondre avec celle du requérant. Les natures combinées de ces cinq entités permettent de fixer la nature et l'étendue de la protection — choix de la mesure, durée etc...

460. L'évolution significative de la protection juridique des majeurs depuis la réforme de 2007 a profondément marqué le paysage protectionniste. La possibilité d'atteinte à la capacité du majeur est désormais conditionnée à l'existence d'une altération "médicalement constatée" des facultés corporelles ou intellectuelles de la personne. La situation du majeur concerné revêt une dimension spéciale, emprunte de la dimension concrète d'une réalité médicale. Du fait de la suppression de la protection pour cause d'affaiblissement dû à l'âge, la suppression de l'altérité des causes de placement a concerné spécifiquement les personnes âgées. *A priori* cette variation devait leur être bénéfique, puisque la procédure est dorénavant moins encline à protéger uniquement du fait des attributs de l'âge. Toutefois la pratique témoigne des limites de cette nouvelle définition. Des personnes âgées continuent à être placées sous régimes incapacitaires en dehors d'une grave altération de leurs facultés. Cette réalité révèle une tendance plus large encore, qui consiste en la diminution et corrélativement en la migration de l'autodétermination au fur et à mesure que l'âge augmente.

CHAPITRE II

VERS LA RECONNAISSANCE DES DROITS DE LA PERSONNE ÂGÉE : ENTRE SPÉCIFICITÉ ET DIVERSITÉ

461. L'ethnologue et anthropologue de renom Marc AUGÉ a récemment eu l'occasion de se positionner vis-à-vis de la place sociétale réservée à la personne âgée : « *Je suis sensible au phénomène d'infantilisation des vieillards* »¹⁴⁹⁸. Son analyse fait montre d'une finesse rarement exprimée : « *L'allongement de l'espérance de vie porte une angoisse : on craint la dépendance, la maladie. Il y a donc ce paradoxe : on vit plus vieux, c'est une chance, mais c'est présenté comme un inconvénient pour la société* »¹⁴⁹⁹. À l'instar des représentations de la vieillesse partagées entre les deux figures du senior et de la personne âgée dépendante, la question des comportements résidentiels révèle deux¹⁵⁰⁰. Cette représentation sociale de la vieillesse est caricaturale. Pourtant, il est objectivement impossible de nier que les pertes de capacités causées par le vieillissement entraînent des besoins dérogeant à ceux éprouvés par n'importe quel majeur en pleine force de l'âge.

L'enjeu central vis-à-vis de la protection globale de la vieillesse semble résider entre le juste équilibre entre la protection de la perte naturelle des capacités, et les altérations accidentelles ou pathologiques qui réclament la protection dérogatoire classique. La vieillesse présente des caractéristiques (SECTION I) suffisantes à l'existence de prises en comptes (SECTION II).

SECTION I LES PARTICULARISMES DE LA VIEILLESSE EMBRASSÉS PAR LE DROIT

SECTION II LES SOLUTIONS PRÉEXISTANTES DE PRISE EN COMPTE DE LA VIEILLESSE

¹⁴⁹⁸ M. AUGÉ, propos recueillis par Ch. PELLE-DOUËL à l'occasion de la promotion de son essai : une ethnologie de soi, le temps sans âge, *Psychologie magazine*, Avril 2014 n° 339, p. 124-125.

¹⁴⁹⁹ M. AUGÉ, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵⁰⁰ V. CARADEC, Les comportements résidentiels des retraités. Quelques enseignements du programme de recherche « vieillissement de la population et habitat », Ed. Université des Sciences et Technologie de Lille, Coll. espace populations société, < <http://eps.revues.org/3897> > [en ligne] [28 février 2014] 2010/1 : facettes : « *D'un côté celle de jeunes retraités qui profitent de l'arrêt de leur activité professionnelles pour migrer vers des régions ensoleillées [...] et, de l'autre, celle des personnes âgées dépendantes "institutionnalisées" ou appelées à vivre prochainement en institution* ».

SECTION I

LES PARTICULARISMES DE LA VIEILLESSE EMBRASSÉS PAR LE DROIT

462. Le passage de l'état de majeur quelconque à celui de majeur âgé se fait de façon naturelle, suivant le phénomène global de sénescence. Lorsque ce glissement appelle une protection particulière, le droit se charge d'organiser et d'encadrer la prise en charge. Cependant, la réponse présentée à l'affaiblissement dû à l'âge d'une personne est identique à celle potentiellement offerte à toute autre altération des facultés. De nombreuses situations se trouvent ainsi gérées selon un même mode de protection. Toutefois le vieillissement, en tant que résultat du passage de la vie aspire à une prise en charge divergente de celle uniquement portée par les raisons médicales. Si certaines affections accompagnent l'entrée en âge, ce n'est pas une règle générale. Néanmoins le défaut de pathologie rend caduque la cause de la protection.

Le raisonnement propre à la protection juridique des majeurs reste ancré dans une vision médicale qui ne répond pas à la totalité des enjeux portés par le vieillissement. La vieillesse présente des caractéristiques suffisantes pour la considérer la personne âgée comme un sujet spécial du droit (PARAGRAPHE 1). Ce fait établi, la personne âgée pourrait prétendre à des solutions spécifiques et adaptées à ses besoins (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1

LA PERSONNE ÂGÉE COMME SUJET SPÉCIAL DE DROITS

463. Fort du constat des dispositions du droit positif portant sur la personne âgée, et avant d'envisager l'objet même de notre réflexion, — à s'avoir d'interroger la pertinence d'instaurer un régime propre aux personnes âgées capables juridiquement —, il est nécessaire d'envisager les caractéristiques propres à l'état de vieillesse.

Ces caractéristiques, doivent impérativement être prises en considération avant tout questionnement portant sur l'instauration d'un tel régime juridique (I). Elles permettront notamment de dégager les principaux enjeux d'une telle démarche, tels que l'accès et l'effectivité des droits (II).

I. DES RUPTURES NATURELLES À RAPPROCHER

464. Dans le cadre d'une forme de normalisation de la décision pour autrui — du fait de son âge avancé —, le nombre de mesures de placement sous protection juridique augmente. L'ensemble de la procédure semble quasi spécialisé. En vertu de la lettre de l'article 425 du Code civil¹⁵⁰¹, le mécanisme protecteur vise à la fois les personnes en état pauci-relationnel, handicapées, ou dont l'âge entraîne une altération des capacités cognitives. Un paradoxe se dessine. Au regard de la suppression de la cause d'«affaiblissement dû à l'âge», la protection est désormais indifférente à l'origine de l'altération des facultés. Toutefois si l'affaiblissement lié aux attributs de l'âge ne suffit plus pour déclencher le processus, les personnes âgées restent malgré tout sur-représentées parmi les mesures prononcées.

Reste à savoir si vieillesse et altération de facultés vont de pair (A) ou si la protection de cette population se justifie à l'égard d'altérations accidentelles, comme c'est le cas pour le reste des majeurs protégés (B).

A. LA PERTE DE CAPACITÉS ENTRAÎNÉE PAR LE VIEILLISSEMENT

465. Le processus naturel du vieillissement touche l'ensemble des individus et l'ensemble de l'individu puisqu'il affecte les cellules, le tissu conjonctif, les systèmes nerveux et immunitaires etc... Par-là la sénescence entraîne de multiples changements macro-anatomiques et comportementaux¹⁵⁰². Le processus fascine les scientifiques et les philosophes¹⁵⁰³. L'art juridique n'est pas hermétique à cet intérêt, puisque le vieillissement et l'âge connaissent de nombreuses transcriptions normatives. Au-delà, c'est l'ensemble du tissu sociétal qui se modifie. L'analyse apportée par le sociologue Vincent CARADEC illustre parfaitement ce phénomène : « *Jamais encore aucune société n'a amené une fraction aussi importante des individus qui la composent*

¹⁵⁰¹ Art. 425 al 1 C. Civ, tel que modifié par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 – art. 7, *Portant réforme de la protection juridique des majeurs (I)*, publiée au JORF n° 56 du 7 mars 2007, p. 4325, texte n° 12, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009.

¹⁵⁰² Ch. DE JAEGER, *La gérontologie*, PUF, Collection Que sais-je ? 2008, 3^{ème} édition, p. 24-33.

¹⁵⁰³ Ch. DE JAEGER, *Op. cit.*, p. 1 : « *Le vieillissement a toujours été partie intégrante de la condition humaine. Dès le début de la pensée humaine des philosophes, des naturalistes et enfin des médecins ont essayé d'expliquer le vieillissement [...] Le gérontologue russe Zhores Medvedev, en a dénombré environ 300 en 1990. Leur nombre ne cesse de croître* ». V. également à ce propos : Ch. DE JAEGER, P. CHERIN, « Les théories du vieillissement », *Médecine & longévité*, ELSEVIER MASSON, 2011, vol. 4, p. 155-174 : « *Il existe de nombreuses théories explicatives de ce phénomène de vieillissement au niveau cellulaire et moléculaire à travers différentes hypothèses génétiques ou non génétiques, notamment oxydatives et de glycation. Aucun processus biologique unique qui expliquerait l'origine et les conséquences du vieillissement n'a été décrit à ce jour* ».

*jusqu'à un stade aussi avancé de leur existence, ne leur a octroyé une telle période de temps à gérer par eux-mêmes dans la dernière partie de leur vie, ni ne les a confrontés de manière aussi massive et marquée au grand âge et à la tension entre "éloignement du monde" et "maintien dans le monde" »*¹⁵⁰⁴. En ce qui concerne la vie sociale et juridique, la perte d'une capacité n'équivaut pas à la perte d'une autre. L'intérêt juridique se porte expressément sur la perte de capacité ayant pour effet d'entraîner une impossibilité à s'exprimer et à pourvoir seul à ses propres intérêts. La protection juridique traditionnelle n'a que peu d'intérêt en matière de perte de la plupart des capacités motrices et tend vraisemblablement à pallier les altérations des capacités cognitives et intellectuelles.

466. L'expression du consentement demeure un élément sensible lorsqu'il concerne certaines personnes âgées, et ce, malgré le fait que l'avancée en âge ne préjuge pas d'un trouble mental. L'article 901 du Code civil dispose assez laconiquement que « *pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit. La libéralité est nulle lorsque le consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence* ». Deux éléments interviennent corrélativement. Il s'agit de la santé d'esprit et de l'absence d'altération du consentement. Aucune précision n'est donnée quant à la définition de l'insanité d'esprit.

Il revient au juge d'apprécier souverainement la qualité de l'esprit mis en cause. Madame Clémence LACOUR, auteur de l'ouvrage *Vieillesse et Vulnérabilité*, fait très justement remarquer que « *la jurisprudence demeure extrêmement réservée quant à l'admission de l'insanité d'esprit en présence des personnes âgées* »¹⁵⁰⁵. Ce constat ne doit pas avoir pour effet de masquer la technicité qui s'impose : « *Le degré de l'altération des facultés mentales liées au vieillissement est, en outre, extrêmement difficile à appréhender et variable d'un individu à l'autre* »¹⁵⁰⁶. La notion d'insanité d'esprit n'est pas une composante de l'âge avancé d'une personne. C'est une notion autonome qui ne se confond pas avec la vieillesse. Monsieur Jean PATARIN a ainsi pu constater que : « *D'un côté l'article 901 du code civil maintient, pour la validité du testament, l'exigence précise mais forte d'une volonté "consciente et éclairée", au moment de la confection du testament, comme il convient à un acte grave, tandis que les régimes de protection des majeurs, instituant des incapacités, couvrent des troubles beaucoup plus divers, inégalement invalidants, nécessitant une protection*

¹⁵⁰⁴ V. CARADEC, « L'épreuve du grand âge », *Retraite et société*, La Documentation française, 2007/3, n° 52, p. 13.

¹⁵⁰⁵ C. LACOUR, *Vieillesse et Vulnérabilité*, Ed. Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Centre Pierre KAYSER, Aix en Provence, 2007, p. 70-71

¹⁵⁰⁶ C. LACOUR, *Op. cit.*, *loc. cit.*

durable modulée selon que l'intéressé est plus ou moins en état d'agir lui-même »¹⁵⁰⁷. Le principe d'insanité d'esprit évolue à défaut de protection juridique valable.

467. Mentionner l'insanité d'esprit en abordant l'altération des capacités liée à l'âge n'est pas le fruit d'un raccourci grossier. La situation ne concerne qu'une mineure partie des personnes âgées. Toutefois, la question de la diminution des facultés intellectuelles évolue plus largement et ne se limite pas aux seules répercussions juridiques de l'insanité d'esprit. Elle est généralement prônée par les proches bien-pensants souhaitant organiser la protection de leur proche âgé. On retrouve d'ailleurs ce même enjeu au cœur du processus de placement sous protection. Une partie de la doctrine se dresse contre une pratique — que l'on espère minoritaire — et qui consiste à imposer la protection sans chercher à préserver une forme d'autonomie chez la personne âgée protégée : « *Le majeur qui se trouve dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts en raison de sa vulnérabilité n'en demeure pas moins un homme à part entière qui doit être traité comme tel et non comme un sous-homme, un grabataire, un vieillard sénile ou un débile profond* »¹⁵⁰⁸.

B. LES ALTÉRATIONS PATHOLOGIQUES OU ACCIDENTELLES LIÉES AU VIEILLISSEMENT

468. Le vieillissement et ses attributs rendent l'individu particulièrement sensible à certaines pathologies ainsi qu'au cumul de pathologies. « *La prévalence de la fragilité s'accroît fortement avec l'âge, avec plus de 10 % des hommes de 65 ans et plus considérés comme fragiles. Ce chiffre est deux fois plus important pour les femmes de la même classe d'âge* »¹⁵⁰⁹. Selon plusieurs théories élaborées au cours des siècles, la sensibilité du sujet est due à la diminution au fil des ans d'un capital donné à la naissance — notion antique de “chaleur innée” à laquelle on a préféré celle d’“énergie vitale” au XVIII^{ème} siècle¹⁵¹⁰. Il s'agirait d'une dégradation progressive de la substance du métabolisme basal, ou bien de son altération due à l'accumulation de toxines. De nombreuses raisons ont successivement été données à ce phénomène sans parvenir à l'expliquer dans sa totalité. La vieillesse se trouve également être un terrain fertile tant pour les pathologies chroniques¹⁵¹¹ que

¹⁵⁰⁷ J. PATARIN, le caractère autonome de la notion et de la charge de la preuve de l'insanité d'esprit du disposant, RTD civ, Dalloz édition, 1996, p. 685

¹⁵⁰⁸ F. VASSEUR-LAMBRY, « Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'Homme », *Droit de la famille*, LexisNexis SA édition, 2011, n° 2, dossier 3.

¹⁵⁰⁹ N. SIRVEN, « Mesurer la fragilité des personnes âgées en population générale : une comparaison entre ESPS et SHARE », in N. CÉLANT, S. GUILLAUME, TH. ROCHEREAU, *Enquête sur la santé et la protection sociale*, IRDES, 2012.

¹⁵¹⁰ Ch. DE JAEGER, *Op. cit.*, p. 2-3.

¹⁵¹¹ A. BERARD, « L'évolution de la politique de santé face à l'enjeu du vieillissement de la population », *Vie sociale*, ERES, 2016/3, n° 15, p. 132 : « Une autre représentation sociale négative du vieillissement assimile la

pour les polypathologies¹⁵¹². Ces affections ne sont pas anodines. Si certaines d'entre elles touchent indistinctement l'ensemble de la population, leur développement prend un tournant particulier, lorsqu'elles concernent une personne âgée. « *En sus du vieillissement physiologique, les pathologies apparaissant avec le vieillissement ont pour caractéristique fondamentale de ne pas pouvoir être guéries : elles peuvent être soignées mais il faut vivre avec elles, jusqu'au bout* »¹⁵¹³. Différentes études menées par l'Institut de veille sanitaire ont démontré que le cancer ou les maladies cardiovasculaires sont plus fréquents avec l'âge. Les altérations accidentelles ou pathologiques peuvent causer une accélération du processus de vieillissement. « *Toutes les maladies graves et/ou traumatismes physiques ou affectifs sérieux peuvent entraîner une accélération du vieillissement, surtout passé la soixantaine* »¹⁵¹⁴. Ce phénomène est suffisamment important pour être à l'origine d'une part non négligeable de placements sous protection juridique. Au-delà du seul enjeu de placement, la survenance des chutes¹⁵¹⁵ ou de maladies ayant pour conséquence l'affaiblissement de la personne âgée ont pour effet de stimuler activement la tendance de décision pour autrui. Des chutes répétées sont régulièrement invoquées pour justifier le placement en établissement d'hébergement pour personnes âgées.

L'état de santé d'une personne n'est qu'un indicateur parmi d'autres en matière d'établissement de critères distinctifs. Il s'agit d'un facteur biologique de distinction, qui peut attester d'une autre caractéristique, celle du non recours aux droits de la population des personnes âgées.

présence des maladies chroniques aux âges élevés à une dépense de santé augmentée. Ainsi, la personne âgée n'est plus vue comme un acteur/facteur de production mais comme un générateur de dépenses ».

¹⁵¹² Elle est en revanche moins sujette aux épisodes dépressifs que le reste de la population. T. MORIN, « Facteurs de risque des épisodes dépressifs en population générale », in Colloque "État de santé de la population, apports, limites et perspectives de l'Enquête décennale Santé" (4 décembre 2007). Présentation et résumés des interventions, Revue française des affaires sociales 2008/1, n° 1, p. 118-119. « *L'âge semble avoir un impact sur ces risques, les 60-75 ans présentant une "dépressivité"...* ». Malgré cela, les épisodes dépressifs chez les personnes âgées sont souvent sous-estimés. V. à ce propos L. BIZZINI, C.-H. RAPIN, « L'âgisme, une forme de discrimination qui porte préjudice aux personnes âgées et prépare le terrain de la négligence et de la violence », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2007/4, n° 123, p. 267-269.

¹⁵¹³ M. BERTHEL, M.-C. PETER-BOSQUILLON, « Impact des évolutions démographiques sur les organisations sanitaires. Acteurs et métiers du soin », *Gérontologie et société*, Fondation nationale de gérontologie, 2012/3, n° 142, p. 16 ;

¹⁵¹⁴ Ch. DE JAEGER, *Op. cit.*, p. 21 ;

¹⁵¹⁵ V. à ce propos : R. TISSERAND, Mécanismes du rattrapage de l'équilibre et évaluation du risque de chute chez une population âgée autonome, Thèse de Doctorat de Biomécanique, 2015, Lyon 1 ; V. également à ce propos : F. EL MIR EL AYOUBI, Peur de chuter, contrôle supraspinal de la marche et personne âgée : quelle relation ? Thèse de Doctorat de Santé publique, 2015.

II. DES RUPTURES JURIDIQUES À PRENDRE EN COMPTE

469. Malgré l'effort de simplification du droit engagé par le législateur, la profusion de normes a conduit à une sorte de dépassement de la connaissance et de la compréhension du droit pour tout un chacun. Une distension du rapport général au droit s'est installée, et l'adage *nemo censetur ignorare legem* semble plus que jamais éloigné de la réalité. Plus encore que la connaissance des droits, la technicité de leur application a également évolué. « *Le mécanisme du ciblage des droits [...] a abouti à une complexification croissante des conditions d'accès aux droits, mais aussi et surtout du nombre des prestations, de leur interaction et de la diversification des modalités de l'accès aux droits* »¹⁵¹⁶. En effet, le ciblage des droits s'est progressivement fait plus précis. Il vise les types de population, les situations individuelles, d'évènements particuliers ou de différents objets — logement etc... Cependant cette évolution, à l'instar de l'ensemble du droit positif, passe globalement outre une distinction fondée sur l'âge avancé¹⁵¹⁷.

L'âge d'une personne a une influence sur son rapport à ses propres droits. Pour les personnes âgées le phénomène est relativement visible notamment en matière d'accès aux soins (A) ou en matière de renoncement aux droits sociaux (B).

A. LA PERSONNE ÂGÉE ET DU RENONCEMENT AUX SOINS

470. Les personnes âgées « *sont estimées représenter 30% de la population européenne d'ici 2050, alors qu'elles sont les principales consommatrices de médicaments* »¹⁵¹⁸. L'avancée en âge peut influencer le rapport individuel au corps et à sa santé (1). Par ailleurs, elle peut également être l'occasion, vis la manifestation de facteurs extérieurs, à un processus de renoncement aux soins (2). La personne âgée se trouve directement concernée par les deux émanations de la vulnérabilité en matière médicale : La vulnérabilité physique et mentale et la vulnérabilité décisionnelle¹⁵¹⁹.

¹⁵¹⁶ J.-L. HAURIE in Colloque "L'accès aux droits : construire l'égalité", organisé par le Défenseur des droits, Décembre 2013.

¹⁵¹⁷ J.-L. HAURIE, *Op. cit., loc. cit.* : « *Ces mécanismes de ciblage traduisent la raréfaction des ressources publiques à consacrer à ces prestations, les difficultés spécifiques à certaines situations, mais aussi, parfois, la suspicion vis-à-vis de telle ou telle population ou de telle ou telle situation, notamment lorsque ces prestations sont des prestations subsidiaires à d'autres droits* ».

¹⁵¹⁸ É. GENNET, W. KRESSIG, « Chapitre 7. Les personnes âgées vulnérables dans les recherches biomédicales : quelles réponses du droit européen ? » *Journal International de Bioéthique*, ESKA, 2016/3, vol. n° 27, p. 118.

¹⁵¹⁹ É. GENNET, W. KRESSIG, *Op. cit.*, p. 119.

1. Vieillesse et rapport à la santé et aux soins

471. La proposition de soins adaptés dépend avant tout de la capacité de diagnostic, or celui-ci dépend en grande partie de l'initiative d'une demande. En cela, la perception individuelle des besoins est importante. Le vieillissement entraîne une modification du rapport à la santé. L'état réel de la santé n'est pas toujours perçu à sa juste dimension : « *État et perception de santé connaissent tous deux une détérioration dans la grande vieillesse* »¹⁵²⁰ (a). Ce phénomène implique d'interroger juridiquement l'obligation de moyens qui incombe au personnel médical ainsi que le mécanisme afférant à l'information et au consentement du patient âgé (b).

a. La perception de la santé de la personne âgée et ses répercussions juridiques

472. L'analyse individuelle — auto-évaluation — de l'état de santé évolue structurellement, si bien qu'elle en modifie la perception générale. De nombreuses études ont démontré le fait que plus une personne est âgée, plus elle va avoir tendance à apprécier son état de santé en fonction d'une situation globale adéquate. « *Ils n'évaluent pas leur santé dans l'absolu, mais [ils] le font au regard de ce qu'ils peuvent raisonnablement attendre compte tenu de leur situation et de leur âge* »¹⁵²¹. Puisque toute perception est intrinsèquement subjective, il semblerait que la perception de l'état de santé le soit plus encore avec l'âge. En appréciant sa santé à l'égard d'une santé relative et non d'une santé réelle et objective, les personnes âgées auraient donc tendance à surestimer leur propre état de santé¹⁵²². Le phénomène de comparaison sociale — entre autres¹⁵²³ — semble également avoir un rôle à jouer dans l'auto-perception de la santé¹⁵²⁴.

¹⁵²⁰ K. HENCHOZ, S. CABALLI, M. GIRARDIN, « Perception de la santé et comparaison sociale dans le grand âge », *Sciences sociales et santé*, John LIBBEY Eurotext, 2008/3, vol. 26, p. 48 : « *La perception de la santé n'apparaît pas comme l'expression mécanique, sur le plan subjectif, de l'état de santé des vieillards et de son évolution. Le lien entre état et perception de santé tend, en effet, à s'affaiblir avec l'avance en âge (N. HOEYMANS et al., 1999 ; J. RODIN et G. MCAVAY, 1992)* ».

¹⁵²¹ K. HENCHOZ, et al., *Op. cit.*, loc. cit.

¹⁵²² K. HENCHOZ, et al., *Op. cit.*, p. 55-57.

¹⁵²³ L'estime de soi entre également en ligne de compte dans le processus d'auto-perception de l'état de santé. Or une étude américaine a démontré une variation de l'estime de soi chez les personnes âgées. À ce propos : D. ALAPHILIPPE, « Self-esteem in the elderly », *Revue thématique, Psychol NeuroPsychiatr Vieil*, 2008, vol. 6, n° 3, p. 172-173 ; V. également à ce propos E. MACIA, et al., *Op. cit.*, p. 79-106. « *Une étude transversale a été menée sur un très vaste échantillon de 326 641 sujets nord-américains de tous âges [...] (Robins et al., 2002) Les résultats ont montré une diminution de l'estime de soi de 9 à 20 ans, une légère hausse jusqu'à 25 ans, suivie d'une période de stabilité jusqu'à 49 ans. Au-delà se manifeste une augmentation régulière jusqu'à l'âge de 69 ans, suivie par une diminution jusqu'à 90 ans* ».

¹⁵²⁴ K. HENCHOZ, et al., *Op. cit.*, p. 50-51. « *Bien connue en psychologie sociale (L. FESTINGER, 1954), la comparaison sociale consiste à se mesurer (en termes d'opinions, d'aptitudes, de résultats, etc.) à d'autres personnes se trouvant dans une situation analogue* » ; « *la comparaison sociale exerce en outre une fonction*

473. L'auto-évaluation de santé dépend également de la qualité de la vie menée par la personne et de son rapport au corps. Ces derniers éléments apportent une dimension très large à la question de la pénibilité du travail et de ses conséquences sur le vieillissement. Une étude menée par Madame Emmanuelle CAMBOIS, Madame Caroline LABORDE et Monsieur Jean-Marie ROBINE, démontre l'incidence de l'emploi exercé sur la durée de vie ainsi que sur la survenance d'incapacités¹⁵²⁵. L'espérance de vie varie selon les différentes catégories professionnelles. L'étude citée permet la comparaison de « *l'espérance de vie brute et l'espérance de vie sans incapacité chez les dirigeants et cadres supérieurs d'un côté et des travailleurs manuels de l'autre* »¹⁵²⁶. Il ressort de ces résultats que « *les premiers, une fois qu'ils ont atteint l'âge de trente-cinq ans, peuvent espérer vivre encore 47 ans, et les seconds seulement 41 ans. Parmi les dirigeants et cadres, 13 de ces 47 années seront grevées d'au moins une incapacité ; pour les travailleurs manuels, ces années se montent à 17* »¹⁵²⁷. Une double peine¹⁵²⁸ affecte donc les personnes ayant exercé une profession pénible physiquement, puisqu'ils pâtissent d'une espérance de vie plus réduite et plus affectée. S'ajoute à ce phénomène celui bien connu de l'espérance de vie féminine supérieure à celle des hommes. La même étude démontre cependant que l'écart d'espérance de vie en fonction de la catégorie socioprofessionnelle est bien moins important chez les femmes que chez les hommes. Les femmes seraient donc moins affectées par la rudesse de l'emploi. Cela étant les femmes accusent à chaque fois un temps de vie avec incapacité plus long¹⁵²⁹. Les inégalités parmi les personnes âgées dans le rapport à la santé sont légion et cela complexifie l'approche de l'obligation présente dans le rapport de soin.

b. Le soin de la personne âgée et ses répercussions juridiques

474. L'auto-perception de l'état de santé varie en fonction de l'âge et du milieu socioprofessionnel fréquenté. On retrouve un corollaire immédiat au niveau du déclenchement du

régulatrice en agissant favorablement sur l'estime de soi, et cela indépendamment du degré d'exactitude de l'appréciation qui est portée (J. HECKHAUSEN et O.-G. BRIM, 1997 ; J. SULS et L. WHEELER, 2000) ».

¹⁵²⁵ E. CAMBOIS, C. LABORDE, J.-M. ROBINE, « La "double peine" des ouvriers : plus d'années d'incapacité au sein d'une vie plus courte », *Population et sociétés*, Bulletin mensuel d'information de l'institut d'études démographiques, 2008, n° 441.

¹⁵²⁶ C. LALIVE D'EPINAY, S. CAVALLI, *Le quatrième âge ou la dernière étape de la vie*, Éd. Presses polytechniques et universitaires romandes, Coll. Le savoir suisse, Lausanne, 2013, p. 55-57.

¹⁵²⁷ C. LALIVE D'EPINAY, *et al.*, *Op. cit.*, *ibid.*

¹⁵²⁸ E. CAMBOIS, *et al.*, *Op. cit. loc. cit.*

¹⁵²⁹ E. CAMBOIS, *et al.*, *Op. cit.*, p. 2-3. Calculs fondés sur les données de l'Échantillon démographique permanent (décès survenus entre 1999 et 2003) et de l'enquête de l'Insee sur la santé et les soins médicaux de 2002-2003.

processus de soin¹⁵³⁰. En effet, une surestime de l'état de santé peut concourir au retardement de la prise en charge médicale. Le risque porté par le facteur temporel s'en trouve densifié — le temps d'action est d'autant plus réduit que la prise en considération du besoin est retardée. Conséquemment le poids de l'obligation de soin évolue, puisque l'obligation de moyen incombant au professionnel de santé est soumise à un temps d'action modifié.

En matière de soin devant être réalisés en urgence, les personnes âgées représentent une patientèle particulière¹⁵³¹ : « *Leurs conditions de vie et les affections liées à l'âge entraînent une fragilité supplémentaire chez ces patients. Leur prise en charge comporte un nombre d'actes plus élevé, une hospitalisation plus fréquente en unité d'hospitalisation de courte durée (UHCD), et se caractérise par une durée de passage plus longue que celle des patients plus jeunes* »¹⁵³². Deux caractères principaux entrent donc en jeu. Les personnes âgées ont davantage recours aux urgences, et elles y restent plus longtemps¹⁵³³. Certains établissements hospitaliers ont mis en place, au sein de leurs services d'urgence, des circuits d'accès particuliers et réservés aux personnes âgées — afin de « *mieux prendre en compte la vulnérabilité des personnes âgées mais ces dispositifs ne sont encore que peu mis en place* »¹⁵³⁴. Ces procédures adaptées reposent entièrement sur des initiatives localisées. Elles devraient être encouragées en vue d'être rendues systématiques sur l'ensemble du territoire.

475. Afin de tirer les conséquences de cette spécificité, la Cour des comptes avait eu l'occasion de réclamer — en 2003 — la mise en place d'une filière spécialisée dans le soin en urgence des personnes âgées ainsi qu'un renforcement du corps médical. L'objectif était de faciliter la prise en charge. « *La gestion des soins non programmés devrait, en premier lieu, s'inscrire dans le cadre*

¹⁵³⁰ Toutefois ces inégalités s'estompent pour le panel d'étude des plus de 80 ans. V. à ce propos : C. LALIVE D'ESPINAY, *et al.*, *Op. cit.*, *ibid.* : « *au très grand âge s'observerait un effacement des inégalités de classe devant la santé et les conditions de fin de vie* » ; « *Certains chercheurs ont avancé l'hypothèse suivante : pendant leur vie active, la mort frappe plus durement les travailleurs manuels que les employés et les cadres, opérant ainsi parmi eux une sorte de sélection naturelle ; n'y échapperaient pour atteindre le grand âge que les plus solides. Dès lors, au vu de la robustesse de ces survivants, on pourrait s'attendre que leur vie se poursuive dans les mêmes conditions que connaissent les vieillards des groupes sociaux plus favorisés* ».

¹⁵³¹ G. BOISGUERIN, L. MAURO, « Les personnes âgées aux urgences : une patientèle au profil particulier », *Études et résultats*, DREES, 2017, n° 1007, p. 1-6.

¹⁵³² G. BOISGUERIN, L. MAURO, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵³³ G. BOISGUERIN, L. MAURO, *Op. cit.*, *loc. cit.* : « *Le nombre d'examen complémentaires, plus important pour les patients âgés, et les délais nécessaires à leur réalisation contribuent à augmenter la durée de passage aux urgences. À cela s'ajoutent les modalités d'hospitalisation éventuelle en aval des urgences : le délai pour obtenir un lit est plus important pour les personnes âgées* ».

¹⁵³⁴ COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis sur l'effectivité des droits sur les personnes âgées*, Assemblée plénière du 27 juin 2013, p. 4, n° 21.

d'une filière de soins gériatriques »¹⁵³⁵. Dans son rapport public annuel de 2012, la Cour dresse un bilan nuancé de la prise en charge médicale des personnes âgées¹⁵³⁶ : « *S'il n'est pas anormal que le recours aux urgences augmente avec la complexité de difficultés de santé qui, elles-mêmes, s'accroissent avec le grand âge, la surreprésentation persistante des personnes âgées aux urgences hospitalières continue d'attester que la prise en charge en amont reste insuffisamment adaptée* »¹⁵³⁷. Le rapport déplore notamment la rareté des services d'urgence disposant d'une filière gériatrique : 13% des 645 services d'urgences soit 83 postes d'accueil spécialisé dans les soins en gériatrie¹⁵³⁸.

2. Vieillesse, état de santé et renoncement aux droits.

476. Aux côtés de la dégradation de la connaissance du droit, la possibilité d'y avoir accès est également mise à mal. L'aspect financier du droit constitue un véritable frein à son usage. En ce qui concerne la population des personnes âgées, cela se joue notamment en matière d'accès aux soins¹⁵³⁹. Les frais liés à la santé augmentent de manière significative¹⁵⁴⁰ à partir de 50 ans. L'enquête sur la santé et la protection sociale menée par l'institution de recherche et documentation sur l'économie de la santé¹⁵⁴¹ a révélé que sur un échantillon de plus de 8 000 personnes tous âges confondus, la catégorie des plus de 65 ans était relativement sensible au phénomène de renoncement aux soins. Il ressort des chiffres de cette étude, que 280 personnes âgées avaient renoncé au moins une fois dans l'année à des soins dentaires, 172 à des soins d'optique, 44 à une consultation de médecin généraliste, et 59 à d'autres soins divers. Cela étant, le questionnaire soumis aux personnes interrogées ne permet de comptabiliser que les personnes ayant renoncé au moins une fois en douze mois à un soin quelconque. Ces chiffres témoignent donc de l'étendue du phénomène de renoncement au soin, mais pas de sa densité.

Parmi les personnes ayant considéré avoir renoncé à un soin, certaines ont certainement dû renoncer à plusieurs soins, ou au même soin de façon récurrente. La prudence est de mise face à de tels

¹⁵³⁵ COUR DES COMPTES, Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale (RALFSS) pour 2003, Chapitre XII, Santé et couverture maladie des personnes âgées, p. 361-403.

¹⁵³⁶ COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2012*, Cour des comptes, 2012, La prise en charge des personnes âgées dans le système de soins : des progrès trop lents, p. 179-209.

¹⁵³⁷ COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2012*, *Op. cit.*, p. 188.

¹⁵³⁸ COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2012*, *Op. cit.*, p. 189.

¹⁵³⁹ V. à ce propos : D. VIRIOT-BARRIAL, « Les nouvelles obligations de la médecine libérale dans l'exercice de leur profession », *RDSS*, Dalloz édition, 2011, p. 73.

¹⁵⁴⁰ M. TENAND, « Vieillesse démographique : la fausse des dépenses de santé est-elle inexorable ? », *Informations sociales*, CNAF, 2014/3, n° 183, p. 74-82.

¹⁵⁴¹ *Enquête sur la santé et la protection sociale 2012*, Institut de recherche et documentation sur l'économie de la santé, 2014.

supports d'analyse. Cependant il ressort assez nettement que la population des personnes âgées renonce moins aux soins que la catégorie des 40-64 ans. L'enjeu du renoncement au soins médicaux toucherait donc que relativement les personnes âgées. Ce constat doit être relativisé et précisé quant à l'objet du renoncement. Certains frais médicaux — dentaires notamment — grèvent de façon caractéristique les budgets modestes et moins modestes. Le renoncement s'apparente à un abandon de droit pouvant être permanent, temporaire, global ou limité.

B. LE MÉCANISME DE RÉCUPÉRATION SUR SUCCESSION ET LE RENONCEMENT AUX DROITS SOCIAUX

477. Le renoncement aux droits sociaux est particulièrement visible en matière d'Allocation de solidarité pour les personnes âgées, dont le fonctionnement est assorti du mécanisme de récupération sur succession (1). Pour préserver leur patrimoine successible, de nombreuses personnes âgées dans le dénuement renoncent à percevoir ce soutien social (2).

1. Fonctionnement du mécanisme de récupération sur succession

478. La récupération¹⁵⁴² consiste pour l'État à récupérer une partie des sommes versées aux bénéficiaires d'aides sociales lors de leur décès. La qualité "récupérable" d'une aide sociale change la nature profonde de l'aide. Certes, l'allocation reste profondément ancrée sur les notions de solidarité et de soutien, qui sont indispensables à la cohésion nationale ; toutefois, l'aide récupérable revêt une structure différente. Il s'agit d'une forme de prêt, que l'État consent à ceux de ses nationaux qui en éprouvent le besoin. Pour les bénéficiaires, cela implique de mettre en gage tout ou partie de leur patrimoine. Cette nature n'est pas nouvelle : « *Ce sont les lois du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale et du 14 juillet 1905 relative à l'assistance aux vieillards, aux infirmes et aux incurables qui, les premières, l'affirment expressément* »¹⁵⁴³.

479. La perception de l'Allocation de Solidarité aux personnes âgées est soumise à des conditions d'âge, mais également à des conditions de ressources qui apparaissent bien légitimes. Cependant

¹⁵⁴² M. THOMAS-MAROTEL, « Les aides sociales deviennent récupérables sur le capital décès d'assurance vie », *L'essentiel Droit des assurances*, Lextenso édition, 2016, n° 01, p. 6 : « Au décès de ces derniers, les organismes sociaux concernés font valoir leurs droits auprès du notaire chargé de la succession afin de récupérer leurs créances, les aides n'étant jamais que des avances ».

¹⁵⁴³ P. BERTHET, « La récupération des prestations d'aide sociale », *Journal du droit des jeunes*, 2002/2, n° 212, p. 8-19 : « Le principe selon lequel l'aide apportée par la collectivité n'est qu'une avance remboursable ne date véritablement que du début du siècle [...] Il faut attendre le décret-loi du 29 novembre 1953, fondateur de l'aide sociale moderne, pour que les recours soient systématisés et leur champ d'application élargi ».

elle fait partie des aides récupérables après le décès du bénéficiaire. En vertu de l'article L. 815-13 du Code de la sécurité sociale, « *les sommes servies au titre de l'allocation sont récupérées après le décès du bénéficiaire dans la limite d'un montant fixé par décret et revalorisé dans les mêmes conditions que celles prévues à l'article L. 816-2. Toutefois, la récupération n'est opérée que sur la fraction de l'actif net qui excède un seuil dont le montant est fixé par décret...* »¹⁵⁴⁴. Pour un actif successoral net supérieur à 39 000 €, l'organisme ayant versé l'allocation, sera chargé du recouvrement de près de 6 000 € par an pour une personne seule, et près de 8 000 € par an pour un couple¹⁵⁴⁵. L'Allocation de Solidarité aux personnes âgées, tend à assurer un niveau minimum de ressources aux personnes âgées. Cet intérêt n'est pas discutable. Un tel soutien coûte cependant cher à l'État¹⁵⁴⁶, et l'on comprend aisément que l'idée de récupérer une partie des sommes versées soit séduisante. Le mécanisme de recouvrement sur succession apparaît comme la bonne idée. Il reste critiquable : Une majorité de personnes souhaite transmettre un patrimoine le plus confortable possible à ses enfants. Face à ce désir légitime, le mécanisme de récupération sur succession qui accompagne l'Allocation de Solidarité pour les personnes âgées apparaît alors comme un frein. Le potentiel bénéficiaire de l'aide se trouve confronté à un dilemme de taille. S'il réclame l'allocation, alors il privera ses héritiers de tout ou partie de son patrimoine transmissible ; s'il l'a refuse, il souffrira du dénuement.

480. La règle de récupération sur la succession, si elle est justifiée, reste contraire à un raisonnement intergénérationnel efficace. L'existence d'un seuil d'actif successoral net est salvatrice. Le mécanisme n'est pas mis en œuvre pour les actifs successoraux nets inférieurs à la somme de 39 000 €. Les héritiers n'ont donc pas à rembourser les allocations touchées par leurs parents. Malgré cela, le mécanisme en lui-même reste critiquable. D'autant que les montants versés aux héritiers au titre d'un contrat d'assurance vie conclu par le bénéficiaire de l'aide, entrent dans le calcul de l'actif successoral. C'est notamment ce qu'il est survenu dans un arrêt rendu le 7 février 2018¹⁵⁴⁷. En l'espèce, une personne âgée protégée avait souscrit un contrat d'assurance sur la vie au profit de ses enfants. Ayant bénéficié d'une allocation de solidarité aux personnes âgées depuis 1987, à son décès la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail s'est retournée contre l'un

¹⁵⁴⁴ Modifié par L. n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 - art. 92 (V), *portant réforme des retraites*, publiée au JORF n° 0261 du 10 novembre 2010, p. 20034, texte n° 1.

¹⁵⁴⁵ Sommes fixées par décret.

¹⁵⁴⁶ 3,1 milliards d'euros en 2014, selon le rapport d'information n° 624 produit par le Sénat à l'occasion d'une session extraordinaire du 15 juillet 2015.

¹⁵⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 7 février 2018, n° 17-10.818, publié au bull.

des héritiers. Ce dernier fut enjoint à rembourser plus de 10 000 € alors que lui-même était bénéficiaire du revenu de solidarité active (RSA).

481. L'attribution d'un tel mécanisme aux soutiens sociaux visant les personnes âgées est contestable. Puisque l'aide concerne des personnes âgées, la récupération du soutien financé devrait normalement prendre moins de temps que s'elle concernait des personnes plus jeunes. Sans doute que cet élément est entré en ligne de compte lors de l'élaboration du minimum vieillesse. Appliquer l'idée d'un recouvrement *a posteriori* des aides, pourrait toutefois se révéler efficace en d'autres lieux. Réserver le mécanisme de récupération sur succession aux allocations perçues par des personnes âgées n'est pas cohérent. Ces dernières ne sont précisément plus en possession de leur capacité productive. Les personnes âgées sont exclues de la vie professionnelle. Leur patrimoine est *grosso modo* fixé. En effet, un retraité dispose d'un panel d'action plus réduit qu'un actif pour tenter d'élargir son patrimoine. Ce mécanisme de récupération serait certainement plus efficace s'il s'adressait à des personnes dont la capacité productive n'est pas entamée. La spécificité du mécanisme de récupération au moment de la succession porte des effets néfastes. Cette allocation permet d'assurer à toutes les personnes âgées un minimum de ressources. Elle bénéficie donc aux personnes dont les revenus sont les moins importants. Nombreux sont ceux qui refusent en pleine conscience cette allocation pour préserver un maximum de leur patrimoine, dans le seul bénéfice de leurs enfants et héritiers. Par ailleurs, il y a tout lieu de s'inquiéter de la tendance actuelle, qui consiste en l'élargissement de la qualité de récupération. La loi d'adaptation de la société au vieillissement a suivi cette inclination, en agrandissant le champ d'action *ratione materiae* de la récupération¹⁵⁴⁸ aux contrats d'assurance vie¹⁵⁴⁹.

2. Conséquences du mécanismes de récupération sur succession

482. Le mécanisme de récupération sur succession entache grandement le lien de transmission entre générations en transformant la nature de l'aide sociale en prêt. Une question s'impose quant à la pertinence de ce mécanisme. En effet, l'obligation de récupération sur succession présente une dimension sanctionnatrice très large. Le Conseil d'État a eu l'occasion de considérer l'étendue du

¹⁵⁴⁸ Art. L. 132-8 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc. – art. 83, enrichi d'un quatrième alinéa rédigé comme suit : « À titre subsidiaire, contre le bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie souscrit par le bénéficiaire de l'aide sociale, à concurrence de la fraction des primes versées après l'âge de soixante-dix ans. Quand la récupération concerne plusieurs bénéficiaires, celle-ci s'effectue au prorata des sommes versées à chacun de ceux-ci ».

¹⁵⁴⁹ M. THOMAS-MAROTEL, *Op. cit.*, loc. cit. : « Sur les contrats d'assurance vie, à hauteur des primes versées après les 70 ans du souscripteur ».

patrimoine récupérable, en visant les contrats d'assurance vie¹⁵⁵⁰. Peu d'allocations sont récupérables sur succession. L'Allocation de solidarité pour les personnes âgées fait office d'exception. Dès lors, sans remettre en cause l'efficacité de ce mécanisme vis-à-vis de la soutenabilité financière de l'aide, on peut néanmoins se poser la question de la pertinence de l'ensemble de l'allocation. L'idée même de soutien aux personnes âgées s'inscrit « *comme un des éléments de la lutte contre la pauvreté, plus spécifiquement dans le volet de la lutte contre la pauvreté involontaire (par opposition à la "mauvaise pauvreté", celle des "mendiants professionnels", des paresseux et de tous ceux qui, aptes au travail, n'en préfèrent pas moins une existence perçue comme parasitaire et assurée seulement par la charité publique ou privée)* »¹⁵⁵¹. En l'état, l'Allocation de solidarité pour les personnes âgées comporte une dimension salvatrice empreinte d'immédiateté, et une dimension de sanction indirecte *a posteriori*. Non contente de priver certaines personnes âgées d'y avoir recours pour protéger leur patrimoine transmissible, elle prive les héritiers des bénéficiaires d'une partie du patrimoine de leurs parents. De ce fait, la politique sociale a si bien remplacé les solidarités familiales naturelles, qu'elle participe aujourd'hui à les écarter. De plus, le mécanisme actuel ne permet pas de distinguer les individus qui sont dans le besoin malgré eux, des oisifs.

483. Soulever ces points de critique ne va pas sans poser de difficultés. Eu égard aux objectifs d'ordre budgétaires de soutenabilité du soutien social, le mécanisme de récupération de l'Allocation de solidarité pour les personnes âgées se trouve largement justifié. Puisque le bénéfice de cette allocation est soumis à des conditions de ressources, il n'a par conséquent vocation qu'à gratifier les personnes âgées se trouvant dans une situation on ne peut plus humble. La logique assumée du mécanisme de récupération remonte en amont du processus conduisant à l'attribution de l'allocation. De fait, la situation d'une personne âgée ne présentant que peu de ressources est réputée être le résultat d'une vie active aléatoire n'ayant pas permis à la personne de cotiser suffisamment pour sa retraite. Le principe de récupération sur succession est assis sur une autre dimension que celle portée par les objectifs financiers. Il s'agit de sanctionner le soutien social apporté à la personne tout au long de sa vie. En d'autres termes, puisque la personne arrivée au paroxysme de son existence a besoin d'un soutien social, c'est qu'elle en a certainement bénéficié tout au long de sa vie. Par conséquent, la société cherche à récupérer une partie de l'aide apportée. La morale

¹⁵⁵⁰ CE, 1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies, 6 février 2006, n° 259385, *Département de Dordogne*, publié au recueil Lebon. *V. à ce propos* : D. EVERAERT-DUMONT, « Aide sociale : récupération sur le bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie », *Petites affiches*, Lextenso édition, 2006, n° 240, p. 12. *Dans le même sens* : CE, 1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies, 6 février 2006, n° 262312, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

¹⁵⁵¹ J. BOURDIEU, L. KESZTENBAUM, « Comment vivre vieux dans un monde vieillissant ? Les personnes âgées en France, 1820-1940 », *Population*, INED, 2007/2, Vol. 62, p. 243-245.

sociale semble hermétique à l'option de perte de droit et lui préfère largement l'idée du crédit de droit. Le mécanisme de récupération apparaît donc comme idéal puisqu'il permet de gratifier d'une aide prêtée, dont la récupération n'affecte pas directement le bénéficiaire. Le patrimoine est finalement dégrevé d'une partie des aides reçues sans placer le bénéficiaire dans le besoin dans une situation de privation de droit. Le mécanisme présente donc une utilité d'ordre pratique et moral. La praticité réside dans le bénéfice apporté par la récupération d'une partie des aides fournies. L'utilité morale est double. Elle réside en la dimension sanctionnatrice de l'état d'oisiveté ainsi que dans l'absence de sanction directe. En effet le bénéficiaire de l'Allocation de solidarité ne pâtit pas directement de la récupération puisque celle-ci présente un caractère *post mortem*. Le poids de la sanction pèse sur les héritiers puisque ces derniers se trouvent privés d'une partie du patrimoine prélevé par l'État. Cela étant cette position se trouve universellement partagée à l'occasion de l'acquittement des frais de succession. Le sentiment de dépossession doit être assez largement partagé toute situation de succession confondue.

484. La critique portant sur l'existence du mécanisme de récupération sur succession fait partie d'un champ de réflexion bien plus grand et dépassant largement le seul thème de la personne âgée. Le raisonnement tenant à justifier ce procédé par une dimension sanctionnatrice est incohérent. La sanction de l'oisiveté n'intervient actuellement que lorsque la situation ne peut plus être rectifiée. En effet, la punition est appliquée à la personne lorsqu'elle ne se trouve plus — en raison de son âge — en situation de pouvoir rétablir les choses. Plus largement, la logique même du soutien social ne devrait pas présenter un caractère homogène selon les âges et les situations. Une personne âgée ou en situation de handicap ne peut pas être placée dans une conception analogue à celle d'une personne en pleine possession de ces capacités physiques et intellectuelles et ne présentant qu'une tendance à l'oisiveté. Les premières ne possèdent pas ou plus les capacités pour rétablir ou assurer leur pérennité pécuniaire. Ce n'est pas le cas pour les oisifs. Bien évidemment il s'agit ici d'un débat autrement plus large. Cependant, la sanction d'un devoir de travailler¹⁵⁵² — si tant est qu'elle existe — doit nécessairement être marquée de caducité. Le devoir de travailler est effectivement intrinsèquement lié à la capacité à travailler. Cela étant ce caractère n'enlève rien à la conception actuelle, qui tend de plus en plus à faire peser le poids du financement de l'État sur les personnes âgées, alors qu'il s'agit, aux côtés des mineurs et des majeurs handicapés de la population intrinsèquement incapable de réagir face à une nouvelle charge.

¹⁵⁵² Extrait du cinquième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ».

PARAGRAPHE 2

LA PERSONNE ÂGÉE ET LE BESOIN DE DROIT ADAPTÉ

485. À ce jour, il n'existe qu'une alternative principale : protéger ou ne pas protéger. Par conséquent, la personne âgée se trouve par principe assimilée à n'importe quel majeur, ce qui a pour effet de gommer artificiellement les effets de son vieillissement. Par exception, la personne âgée est placée sous le régime de protection des majeurs. Là encore, elle n'est pas protégée en fonction de son âge, et se trouve intégrer à un raisonnement protectionniste étranger aux propres causes de sa mise en place. Cette situation témoigne du fait, que le législateur se refuse à consacrer une appréhension spécifique de la vieillesse.

Systématiser la protection juridique des majeurs n'est pas envisageable. Un risque d'instrumentalisation de l'incapacité peut conduire à une protection inadéquate (I). Pourtant le maintien en pleine capacité n'est pas non plus totalement satisfaisant. L'âge peut conduire une personne à ne pas, ou à moins solliciter l'application de leurs droits (II). Ainsi le rapport aux droits évolue en fonction de l'âge de la personne.

I. LA PRÉSERVATION DE L'INSTRUMENTALISATION DE L'INCAPACITÉ

486. La revue du droit positif renseigne quant à l'appréhension de l'évolution démographique. L'accession du plus grand nombre à la vieillesse est analysée du point de vue productiviste. On cherche davantage de moyens pour "financer" la vieillesse sans mettre en péril la croissance. Cet état des lieux permet également de prendre conscience de l'absence de droit propre à la personne âgée (B). Lorsque la situation d'une personne âgée appelle à sa protection, celle-ci est mise en œuvre indépendamment des considérations liées à l'âge (A).

A. LA PROTECTION INADÉQUATE DE LA PERSONNE ÂGÉE

487. L'existence d'un statut embryonnaire de protection de la vieillesse est visible à travers de nombreuses manifestations. Une protection spécifique indépendante des régimes spéciaux de protection peine à voir le jour. La vieillesse demeure ajuridique (1) et le *corpus* de droits reconnus à la personne persiste dans l'indifférence du vieillissement (2).

1. Une vieillesse ajuridique

488. L'ensemble du problème vieillesse semble avoir partiellement raté l'échelon législatif. Néanmoins il serait faux de croire que parce qu'il n'existe pas (encore) de statut juridique de la personne âgée, cette dernière est totalement laissée pour compte par la société. De nombreuses actions prennent corps à travers les aides sociales et le développement de nouveaux modes d'hébergement et de consommation. L'action politique tient à cœur de soulever les différents questionnements liés à la prise en compte de la vieillesse. Pourtant, l'ensemble de la société continue à adopter une attitude protectrice et infantilisante à l'égard de cette partie de la population. Le langage politiquement correct préférant parler de sénior plutôt que de personne âgée n'est que l'un des stigmates d'un comportement généralisé. Il règne une fausse déférence à l'égard des personnes âgées. Leur libre arbitre fait l'objet de jugements divers. Toute manifestation excessive de choix de la part d'une personne âgée est rapidement dénoncée. « *La vieillesse n'est autre chose que la privation de folie* » écrivait STENDHAL¹⁵⁵³. Cette opinion semble être devenu une réalité. À travers les principes de dignité et de consentement des personnes âgées, de nombreuses atteintes sont quotidiennement portées en leurs droits.

489. L'augmentation de la proportion des personnes âgées sur le reste de la population implique la cohabitation et l'interaction entre les générations. Cette promiscuité ne se déroule pas toujours sans accroc¹⁵⁵⁴. Il existe un certain nombre d'actions engagées pour pallier les incompréhensions intergénérationnelles. L'enjeu fut d'ailleurs repris par le Plan national du bien vieillir. L'objectif est affirmé. « *La solidarité entre les générations doit devenir un élément structurant du lien social* »¹⁵⁵⁵. L'existence de conflits intergénérationnels ne fait pourtant aucun doute. Cela est en partie lié au positionnement de la personne âgée au sein de la société et de ses rapports aux autres.

490. À certains égards, la place sociétale de cette partie grandissante de la population se fait plus pratique que théorique. Elle est partiellement déterminée par des composantes vénales. Le contexte des années 1970 « *introduit un changement dans la façon de poser la question des générations : Il ne s'agit plus tant de réfléchir à la succession qu'à la coexistence des générations* »¹⁵⁵⁶. Monsieur André MASSON a eu l'occasion de mettre en exergue les conséquences économiques et

¹⁵⁵³ Larousse des citations françaises et étrangères, édition Librairie LAROUSSE, Paris, 1980, p. 542.

¹⁵⁵⁴ C. HUMMEL, V. HUGENTOBLE, « La construction sociale du « problème » intergénérationnel », *Gérontologie et société*, Fondation nationale de gérontologie, 2007/4, n° 123, p. 72.

¹⁵⁵⁵ J.-P. AQUINO, « Le plan national « Bien vieillir », *Retraite et société*, 2007/3, n° 52, p. 155.

¹⁵⁵⁶ C. HUMMEL, V. HUGENTOBLE, *Op. cit.*, *loc. cit.*

sociologiques de cette réalité à travers les flux *inter vivos*¹⁵⁵⁷. L'engouement pour cette voie anticipée de transmission est une réponse directe à l'évolution sociodémographique. L'allongement de l'espérance de vie a proportionnellement reculé l'âge moyen d'accession à l'héritage. Or la transmission patrimoniale a toujours joué un rôle important en matière d'accession à la propriété. La transmission trop tardive d'un patrimoine implique que l'ensemble successoral vienne "grossir" un patrimoine déjà construit. Lorsque la transmission patrimoniale intergénérationnelle est retardée, la réception du patrimoine par le bénéficiaire ne lui permet plus d'accéder à la propriété mais vient seulement agrandir son patrimoine. La transmission, en qualité de déclencheur de l'accès à la première propriété s'amenuise. Pour rétablir cette dimension importante, la pratique se tourne aujourd'hui vers les donations *ante mortem*.

Le phénomène dépasse la simple question de transmission du patrimoine et interroge assez largement le rôle de l'État dans la redistribution des richesses au profit des jeunes ou des personnes âgées. Il s'agit pour une partie de la doctrine de mettre en valeur le soutien aux personnes âgées en considérant qu'une partie de ce soutien sera finalement transmis aux jeunes générations. Les économistes Martin KOHLI and Harald KÜNEMUND ont pu mettre en avant les avantages du transfert intergénérationnel — à savoir le renforcement des liens familiaux, du rôle de la personne âgée dans la famille et de sa capacité d'influencer les choix liés à l'usage du don par la jeune génération¹⁵⁵⁸. L'idée qui chemine tend à replacer la personne âgée dans le rôle de l'acteur de sa propre existence. Cela est appuyé par un autre phénomène. On observe en effet une véritable révolution quant à la place de la personne âgée dans la société lorsque cette dernière se trouve mise à mal par les crises économiques notamment. Les familles fragilisées font plus fréquemment appel aux grands-parents pour subsister. L'aide prend alors plusieurs formes. La personne âgée peut consentir au don d'une partie de ses revenus, les accueillir ou encore s'installer chez eux afin de leur apporter une aide matérielle — la garde des enfants est d'un grand soutien pour les actifs. Au-delà de la seule dimension économique, cette approche apparaît idéale sur bien des points. Au siècle de la banalisation du divorce, le lien de couple se trouve distendu. La famille se concentre autour de la parentalité. La réinsertion des personnes âgées au cœur de l'unité familiale réinjecte une continuité et une stabilité dans une famille moderne dont l'équilibre est plus que jamais précaire.

¹⁵⁵⁷ « Les flux *inter vivos* d'aides et de donations (3,5 %), versés quand les enfants en ont le plus besoin, dépassent désormais les héritages (3 %), reçus aujourd'hui « trop tard », en moyenne à 50 ans, quand la vie est déjà faite ». A. MASSON, *Op. cit.*, p. 18

¹⁵⁵⁸ M. KOHLI, H. KÜNEMUND, « Intergenerational transfers in the Family : What motivates Giving ? in V.-L. BENGTSON, A. LOWENSTEINE, *Global Aging and Challenges to Families*, A. DE GRUYTER édition, New York, 2003, p. 123-142

2. *Un unique corpus de droit étranger aux effets du vieillissement*

491. Le majeur dispose d'un seul et unique *corpus* de droits. Il en va ainsi jusqu'à son décès ou à défaut, jusqu'à ce que son incapacité soit déclarée. Les éventuelles défaillances de moindre ampleur qui ne justifient pas le déclenchement des mesures de protection classiques sont partiellement laissées pour compte. Elles sont notamment traitées *a posteriori* au contentieux par le biais de différentes notions — insanité d'esprit, particulière vulnérabilité etc... Le législateur n'est pas totalement hermétique à une vision étendue de la protection. La mise en place de mesures à vocation sociale exclusivement, tel que l'accompagnement social personnalisé en témoigne. Toutefois, ces nouvelles formules de protection ne font pas l'unanimité. Nombreux sont les professionnels de protection qui déplorent l'inutilisation de certains arsenaux juridiques. Le mandat de protection future fait l'objet de nombreuses doléances. Plus largement¹⁵⁵⁹, les mesures qualifiées par la doctrine de "para-incapacités sociales", n'auraient pas dû dépendre du droit des incapacités¹⁵⁶⁰. L'usage de la forme contractuelle en matière de protection n'est pas totalement accueilli. « *Cette utilisation inédite du contrat dans un domaine qui lui était jusque-là hostile lui donne une nouvelle dimension qui déforme sa conception mais peut aussi renouveler et enrichir sa théorie générale* »¹⁵⁶¹. L'attrait contractuel fait ses preuves, notamment à l'occasion de l'organisation individuelle de la protection. Pourtant, il semble que le législateur se refuse toujours à établir un ordre de priorité dans le soutien. Alors que la mesure d'accompagnement présente de nombreux avantages pour l'ensemble sociétal, elle reste peu utilisée. Le mandat de protection future ne jouit encore que d'un succès très limité.

Un changement de positionnement permettrait de décupler l'ampleur du mécanisme protectionniste. La prise en charge des incapacités sociales à travers des mesures de gestion des aides sociales fait état d'une triste réalité : Celle du nombre de bénéficiaires d'aide sociale qui en font une mauvaise gestion. Une lutte efficace et de grande ampleur contre ce phénomène permettrait de réserver le soutien individualisé aux personnes dont l'âge constitue un véritable affaiblissement. Il faut en effet garder à l'esprit que ces mesures sociales ne concernent que très minoritairement des personnes présentant un affaiblissement intrinsèque. Elles sont prononcées indépendamment d'une altération réelle des capacités et ne concernent donc que des personnes dont le comportement relève de l'incapacité sociale.

¹⁵⁵⁹ L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 – préc.

¹⁵⁶⁰ J. HAUSER, « Des incapables aux personnes vulnérables », *Droit de la famille*, Lexis Nexis édition, n° 5, mai 2007, étude 14, p. 2.

¹⁵⁶¹ L. GATTI, La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne, Thèse de Doctorat de Droit, 2015, p. 29.

B. LES RAPPORTS ENTRE PROTECTION SPÉCIALE ET PROTECTION GÉNÉRALE

492. La revue du droit positif permet de prendre conscience de l'absence de droits propres à la personne âgée. La protection dérogatoire au droit commun s'applique aux majeurs dont la situation le réclame, indépendamment de leur âge (1). Les situations où la nécessité de protection spéciale se fait plus ambiguë sont pour partie laissées pour compte (2).

1. *Le spécial opposé au général*

493. Hormis quelques exceptions ponctuelles, la personne ne bénéficie pas de droits particuliers en vertu de son âge. « *Si l'on excepte les dispositions traditionnelles du droit de la protection sociale, force est de constater que notre législation n'accorde aucun statut particulier à ces personnes. Il n'existe pas de minorité "inversée", de statut de la vieillesse conférant des droits ou imposant des devoirs particuliers* »¹⁵⁶². La disposition dérogatoire classique se fait pas le biais du système de protection juridique des majeurs. Pourtant là encore, la personne âgée n'est pas censée bénéficier ou pâtir d'une procédure spécifique. Elle doit répondre, à l'instar de n'importe quel autre majeur, à des conditions d'altération des facultés. On peut malgré tout opérer une distinction parmi les altérations des facultés mentales ou corporelles nécessaires au déclenchement de la protection juridique d'un majeur. Dans le cadre du raisonnement propre à la protection juridique d'une personne âgée, il n'est pas nécessaire de prendre en compte les altérations qui affectent une personne dès sa naissance ou son plus jeune âge.

La question du placement ne se pose plus fondamentalement lorsque l'individu atteint un âge avancé, puisqu'il aura bénéficié d'une protection tout au long de sa vie. En revanche, on peut identifier plusieurs situations distinctes parmi les causes de placement sous protection juridique. Deux catégories principales peuvent être reconnues. La première est accidentelle — accident ou maladie. La seconde est naturelle — affaiblissement dû à l'âge. Cette distinction permet d'aller plus loin dans l'analyse de la cause de la protection. L'altération accidentelle des facultés est liée aux aléas de la vie. Elle n'est donc pas systématique et ne concerne pas l'ensemble des personnes. En revanche, le vieillissement entraîne par nature un affaiblissement. Il concerne donc l'ensemble des personnes ayant vocation à atteindre un âge avancé — *a priori* un très grand nombre de personnes. D'une certaine manière, l'altération des capacités corporelles et mentales non liées à l'âge représente une exception. Ce caractère correspond parfaitement à la nature subsidiaire et dérogatoire

¹⁵⁶² E. DREYER in J.-R. BINET, *Droit et vieillissement de la personne*, Ed. Litec LexisNexis, Coll. Colloques & débats, Paris, 2008 p. 31.

de la protection juridique des majeurs. Cependant, le vieillissement et ses attributs ne sont pas censés — hormis pathologie avérée — contribuer à un placement. Dans les faits une grande partie des régimes judiciaires de protection visent des personnes âgées. Dans ce cas, la protection se fait sous couvert d'une altération aléatoire ou pathologique, ou bien d'une altération naturelle, c'est-à-dire liée au vieillissement.

Cette analyse des causes va à l'encontre de la conception admise actuellement. La distinction entre les origines de placement fut volontairement effacée à l'occasion de la médicalisation de la protection juridique des majeurs. La suppression de l'affaiblissement dû à l'âge comme cause reconnue de placement sous protection témoigne de la volonté d'effacer les causes non médicales de protection. Cela se justifie eu égard au caractère exceptionnel de la protection juridique. Par-là se justifie également le besoin d'une protection générale, uniquement fondée cette fois sur le vieillissement. La limite de l'ensemble de la protection juridique des majeurs explique dans un même syllogisme la limite de l'absence de droit spécifique à la personne âgée. La prémisse majeure est que la protection juridique doit entièrement être justifiée médicalement. La mineure est que le vieillissement n'est pas forcément accompagné de pathologies mais cause néanmoins un affaiblissement. Par conséquent, le vieillissement non pathologique ne peut donner lieu à une protection juridique. L'impossible accession à la protection juridique en dehors d'une affection médicalement constatée ne signifie pas pour autant que l'affaiblissement dû à l'âge n'existe pas ou est négligeable.

2. Le général opposé au spécial

494. La protection du vieillissement ne peut pas se faire uniquement via les régimes spéciaux de protection. La première justification à cela, se trouve dans le caractère spécial et dérogatoire du droit commun propre à ces régimes. Cette nature singulière est rendue possible par des moyens techniques et humains. Or, ces ressources sont limitées. La seconde justification à l'impossible protection spéciale élargie de la vieillesse est que l'affaiblissement lié à l'âge n'est pas systématiquement dû à une pathologie ou à une cause accidentelle. Par conséquent, le vieillissement ne peut donner lieu à une protection spéciale subordonnée à l'existence d'une altération médicalement constatée. L'assise médicale représente un véritable frein à la protection juridique spéciale élargie du vieillissement. Elle en préserve la spécificité. Pourtant, la question de la prise en considération de l'affaiblissement lié à l'âge reste entière. Certaines mesures de protection juridique sont prononcées sur un fond d'affaiblissement lié à l'âge qui est justifié par l'argumentaire médical.

D'un autre côté d'autres personnes ne sont pas protégées et ne relèvent que de l'application du droit commun, au même titre que n'importe quel autre majeur capable.

Depuis quelques années, la doctrine commence à s'insurger contre l'absence de considération que notre ordre juridique oppose à la vieillesse. Dans cette voie, Monsieur Emmanuel DREYER dresse le constat suivant : « *Il n'existe pas de minorité "inversée", de statut de la vieillesse Conférant des droits ou imposant des devoirs particuliers. Aucun seuil auquel se raccrocher* »¹⁵⁶³. La vieillesse est envisagée en tant qu'exception à la normalité. La place des régimes spéciaux de protection au sein de l'ordre juridique corrobore cette position. Ils forment une dérogation au droit commun. Néanmoins, la vieillesse n'est que le résultat du déroulement normal de la vie. Ainsi, les désavantages du phénomène biologique ne sont que l'ensemble des conséquences de l'âge sur le corps et le psychique d'une personne. « *Ce qui fait la personne âgée, c'est la diminution de la personne par l'effet de l'âge et la vulnérabilité qui en découle. Le besoin de protection n'est pas dû à l'âge, mais à la fragilisation de la personne qui peut intervenir plus ou moins vite pour chacun* »¹⁵⁶⁴. Eu égard à l'ensemble des éléments qui composent à la fois le vieillissement et son appréhension, le droit positif dresse un rempart qui se voudrait imparable : le principe d'égalité.

II. LES LEURRES DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

495. Lors de sa Recommandation sur la promotion des Droits de l'Homme des Personnes Âgées¹⁵⁶⁵, le Conseil de l'Europe a reconnu que « *si les normes internationales de protection des droits de l'homme s'appliquent à tous les stades de la vie et constituent un cadre normatif adéquat pour la protection des droits de l'homme des personnes âgées, des efforts supplémentaires devraient être entrepris pour évaluer les déficits de protection résultant des insuffisances dans la mise en œuvre de ces normes, l'information concernant ces dernières et le contrôle des normes existantes à l'égard des personnes âgées* »¹⁵⁶⁶. La reconnaissance de l'inefficacité des principes fondamentaux lorsqu'il s'agit des personnes âgées ouvre la porte à une perception adaptée à cette population. Ceci implique nécessairement de repenser le principe d'égalité (A) en vue d'une conception protectrice et spécifique aux personnes âgées (B).

¹⁵⁶³ E. DREYER sous la direction de J.-R BINET *Op. cit.*, p. 31.

¹⁵⁶⁴ E. DREYER, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵⁶⁵ CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation, *Op. cit.*

¹⁵⁶⁶ CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation, *Op. cit.*, p. 2

A. LA NÉCESSITÉ DE REPENSER L'ÉGALITÉ

496. La Recommandation du Conseil de l'Europe sur la promotion des droits de l'homme des personnes âgées n'échappe pas au modèle de proclamation de droits. « *Les personnes âgées jouissent pleinement des droits garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par ses protocoles, par la Charte sociale européenne [...] et par d'autres instruments internationaux pertinents relatifs aux droits de l'Homme, dans la mesure où les États membres sont liés par ces textes* »¹⁵⁶⁷. Les personnes âgées bénéficient des droits reconnus à l'ensemble de la communauté. Le syllogisme est assez évident ici. Le rappel effectué tient donc plus de la procédure que de la réelle consécration de droits. Cependant l'attestation d'une jouissance unique des droits établis indépendamment des questions liées à l'âge révèle en filigrane une autre réalité. Il s'agit des inégalités naturelles. Dans ce cadre, l'âge est un élément significatif puisqu'il contribue à échelonner l'égalité. Le vieillissement constitue un processus plaçant les individus dans des strates d'une égalité hétérogène. Ces subtilités participent à moduler l'effectivité réelle des droits reconnus. Il s'ensuit une forme de temporalité du rapport aux droits.

497. Pour percevoir la logique inhérente à la structure du droit positif il est intéressant de revenir à ses fondements. Lors de son discours préparatoire à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, l'abbé SIEYÈS exposait : « *Il existe, il est vrai, de grandes inégalités de moyens parmi les hommes. La nature fait des forts et des faibles ; elle répartit aux uns une intelligence qu'elle refuse aux autres. Il suit qu'il y aura entre eux inégalité de travail, inégalité de produit, inégalité de consommation ou de jouissance ; mais il ne suit pas qu'il puisse y avoir inégalité de droits* »¹⁵⁶⁸. L'existence d'inégalités naturelles entre les majeurs ne fait aucun doute. Ces inégalités intrinsèques positionnent les individus dans une situation d'inégalité réelle. Une unité du droit, — ou “en droits” comme le veut la formule — ne signifie pas que l'égalité réelle soit ou puisse être atteinte. Au contraire, l'unicité juridique passe outre les inégalités naturelles.

Donner une seule règle à des individus inégaux ne contribue pas à leur égalité réelle mais uniquement à une égalité formelle. Par conséquent, ne reconnaître qu'un seul droit, ne gomme pas les inégalités mais seulement l'image de ces inégalités. Le raisonnement de l'abbé SIEYÈS reste néanmoins largement admis, comme en témoigne l'intervention de Monsieur Bernard LOUVEL en sa qualité de Premier Président de la Cour de cassation lors d'un colloque sur la discrimination :

¹⁵⁶⁷ CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation, *Op. cit.*, p. 3, pt. I, 3

¹⁵⁶⁸ Extrait de : SIEYES, *Discours préparatoire à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* cité par B. LOUVEL in Colloque : 10 ans de droit de la non-discrimination, 2015, p. 6.

« Il n'est pas indifférent que la loi contemporaine envisage comme des discriminations les comportements sociaux qui procèdent encore de l'archaïsme du rapport de force naturel : la discrimination fondée sur le sexe qui procède de la domination de l'homme sur la femme à l'état de nature ; la discrimination fondée sur la race, la nationalité ou la religion qui réclame la protection des minorités confrontées à la force du groupe majoritaire, tribal ou national... »¹⁵⁶⁹.

Si la lutte contre les discriminations apparaît comme grandement salutaire, l'unicité de droit l'est certainement plus partiellement. L'âge est une forme d'inégalité naturelle. Il s'agit d'une inégalité naturelle relative, puisque chacun est normalement amené à passer d'un âge à un autre. La persistance en un droit unique pour tous les majeurs ne permet pas de reconnaître une réelle protection au profit d'une catégorie naturellement affaiblie par rapport au reste de la population. De ce fait cet état de droit est discriminant eu égard à l'inégalité naturelle causée par l'âge.

B. LA NÉCESSITÉ D'UN DROIT DE LA PERSONNE ÂGÉE COMME ÉMANATION RENFORCÉE D'UN DROIT RECONNU À TOUS

498. Dans le cadre de sa Recommandation sur la promotion des droits de l'homme des personnes âgées, le Conseil de l'Europe énonce que « *les personnes âgées devraient être consultées de manière appropriée [...] en amont de l'adoption de mesures ayant un impact sur la jouissance de leurs droits de l'Homme* »¹⁵⁷⁰. Au-delà de l'effort de protection, cette considération prévoit la possibilité de moduler la jouissance des droits. L'adaptation des droits de l'Homme de la personne âgée est ainsi reconnue. Cependant, tout effort de protection est subordonné à la désignation des personnes âgées comme une population spécifique. On peut lire ici une reconnaissance implicite de l'âge, — un embryon de consécration —, en tant que valeur sociale à protéger. Le raisonnement qui pourrait suivre serait alors résolument opposé à celui qui s'impose aujourd'hui et qui subordonne la protection à l'existence de critères multiples comme la vulnérabilité ou la fragilité.

Parler des personnes âgées, c'est les reconnaître comme une population identifiable parmi le reste des adultes — et pourquoi pas leur penser des droits spécifiques. Si l'on en n'est pas encore là, on peut néanmoins y trouver les fondations d'une action spécialisée et décomplexée du principe d'égalité. Reconnaître une sous population grâce au critère de l'âge, c'est permettre de prendre en compte les particularités du parcours de vie. Proclamer les droits d'une population en particulier implique la reconnaissance d'une inégalité naturelle, et c'est celle-là même qui justifie la mise en

¹⁵⁶⁹ B. LOUVEL in Colloque, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵⁷⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation, *Op. cit.*, p. 4, pt. I, 5.

place d'une protection spécifique. Il s'agit à partir de là de repenser le principe d'égalité et de prendre désormais en compte la structure de l'inégalité naturelle. Le courant portant cette spécialisation du droit n'est pas nouveau. Il s'agit de se placer dans la droite ligne de la tendance législative du ciblage des droits depuis les années 1970¹⁵⁷¹. Le phénomène fut très clairement décrit à l'occasion du Colloque *Construire l'égalité* organisé par le Défenseur des droits. « *Le ciblage des prestations, c'est d'abord un ciblage sur des populations : populations isolées, chômeurs, inactifs. C'est aussi un ciblage sur des situations : situation de handicap, situation d'isolement. C'est un ciblage sur des objets : le logement. C'est un ciblage sur des ressources : augmentation du nombre de prestations sous condition de ressources. C'est un ciblage sur des événements : une rupture, la rentrée scolaire, etc...* »¹⁵⁷². Concernant l'objet qui nous intéresse, il s'agit seulement d'enrichir le ciblage d'une nouvelle catégorie. L'enjeu fut parfaitement exposé par le Docteur Ana Paula ARISTON BARION PÉRÈS et Monsieur Thierry FOSSIER. « *On doit admettre l'urgence et l'importance d'une politique législative propre aux droits du troisième âge, à cause du vieillissement de la population mondiale et de l'augmentation considérable de la longévité humaine, à cause aussi de la recherche de valeurs qui traverse avec angoisse nos sociétés* »¹⁵⁷³. Si le corpus de droit ne peut être profondément modifié à cause du principe d'égalité, l'efficacité des droits pourrait tout au moins être renforcée au profit des personnes âgées.

¹⁵⁷¹ J.-L. HAURIE in Colloque "L'accès aux droits : construire l'égalité", organisé par le Défenseur des droits, Décembre 2013 : « *Des années cinquante à soixante-dix, l'accès aux droits était très simple. Nul n'est censé ignorer la loi. La loi est la même pour tous. L'accessibilité était alors relativement simple. La question évolue très fortement à partir du milieu des années soixante-dix, notamment lorsque les mécanismes du ciblage des droits se généralisent* ».

¹⁵⁷² J.-L. HAURIE, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵⁷³ A.-P. ARISTON BARION PÉRÈS, Th. FOSSIER, *Op. cit.*, *loc. cit.*

SECTION II

LES SOLUTIONS PRÉEXISTANTES DE PRISE EN COMPTE DE LA VIEILLESSE

499. La nature universelle de la sénescence n'implique pas une uniformité de l'évolution démographique. Malgré tout, le phénomène d'allongement de l'espérance de vie tend à s'imposer et de plus en plus de pays connaissent ou sont amenés à connaître ce que l'on peut appeler un vieillissement de masse. Non pas que le vieillissement s'accélère, mais qu'une quantité toujours plus importante de personne atteint ou atteindra un âge avancé. Il s'agit d'une accession des masses à la vieillesse. Cela emporte nécessairement nombre de conséquences sur les structures nationales. *« Il n'est pas étonnant, [...], que les sociétés occidentales, caractérisées par l'affirmation incessante de droits au profit des individus et des groupes, consacrent également la catégorie des personnes âgées comme titulaire de droits spécifiques. Car il en va désormais du grand âge comme des femmes, des enfants, des minorités : Ses droits sont proclamés, et ce d'autant plus généreusement que la fin de vie implique souvent vulnérabilité et fragilité, situations contre lesquelles des protections sont nécessaires »*¹⁵⁷⁴. L'heure est à la recherche de solutions au niveau européen et communautaire.

Alors que la France pense s'adapter au vieillissement démographique, le continent européen s'est engagé dans la voie de la lutte contre l'affaiblissement du taux d'actifs par le biais de mesures favorisant l'immigration et le taux d'emploi (PARAGRAPHE 1). Ce positionnement ne fait pas l'unanimité et d'autres régions du monde optent pour une autre position vis-à-vis de l'âge de sa population (PARAGRAPHE 2).

¹⁵⁷⁴ D. ROMAN, « Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne », *RDSS*, Dalloz édition, 2008, p. 267.

PARAGRAPHE 1
L'ÉLAN D'ADAPTATION DE LA SOCIÉTÉ AU VIEILLISSEMENT EN FRANCE
ET DANS L'UNION EUROPÉENNE

500. Le phénomène démographique à l'origine de l'augmentation de la durée moyenne de vie contribue à faire de la vieillesse une partie toujours plus grande de la population. Ces évolutions fragilisent la structure sociétale traditionnelle, ce qui a pour effet de positionner l'allongement de l'espérance de vie comme un défi majeur plutôt que comme une chance. La réaction au vieillissement démographique suit deux chemins distincts au niveau national et supranational. Ce n'est qu'en œuvrant de concert avec ces deux dynamiques que la post-majorité pourra espérer s'imposer. En France, les principales évolutions ont été portées par la loi du 28 décembre 2015¹⁵⁷⁵ relative à d'adaptation de la société au vieillissement (I). À l'échelle de l'Union européenne, la voie choisie mobilise des critères productivistes pour faire face aux défis démographiques (II).

I. L'ADAPTATION DE LA SOCIÉTÉ FRANÇAISE AU VIEILLISSEMENT

501. Le projet de loi¹⁵⁷⁶ d'adaptation de la société au vieillissement, puis la loi concrétisée par les décrets d'application qui ont suivi, sont le fruit d'une réflexion d'envergure¹⁵⁷⁷ qui n'a pas fait défaut au caractère transversal¹⁵⁷⁸ du vieillissement. L'objectif est entendu : « *Concevoir la place et le rôle des âgés dans la société et affirmer leurs droits* »¹⁵⁷⁹. Telle fut la plume du législateur annexée à la loi d'adaptation de la société au vieillissement. Celle-ci révèle une conscience certaine de l'ampleur de la tâche. La réaction législative s'est pourtant largement fait attendre. L'augmentation des discriminations liées à l'âge est un phénomène dénoncé par le Défenseur des droits depuis plus de dix ans. Si l'effort de repositionnement est manifeste et ne saurait être que salué (A), le chemin de l'adaptation est encore long (B).

¹⁵⁷⁵ L. n° 2015-1775 du 28 décembre 2015, *relative à l'adaptation de la société au vieillissement*, publié au JORF n° 0230 du 2 octobre 2016, texte n° 31.

¹⁵⁷⁶ Le premier projet de la loi d'adaptation de la société au vieillissement fut entamé en 2013. Le processus législatif s'est échelonné dans le temps du fait de la complexité de l'objet étudié.

¹⁵⁷⁷ La mesure fut largement attendue et la doctrine a pu montrer des signes d'impatience. Cf. « Publication de la loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement », *Flash Defrénois*, Lextenso édition, 2016, n° 02, p. 13. V. à ce propos : C. HÉRIN, « Le renforcement des droits des personnes âgées », *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie*, 2014, n° 4, p. 10 ; V. également à ce propos : C. PHILIPPE « Un droit pour les seniors ? », *Gérontologie et société*, Fondation nationale de gérontologie, 2012, p. 143. V. dans un même sens : D. VIRIOT-BARRIAL (dir) et al., *Une nouvelle politique sociale du vieillissement : historique et prospective d'un défi*, PUAM, Coll. Droit social, 2016.

¹⁵⁷⁸ A.-L. CHABAS-SERLOOTEN, *Op. cit.*, loc. cit.

¹⁵⁷⁹ L. n° 2015-1775 du 28 décembre 2015, préc.

A. L'ADAPTATION DE LA SOCIÉTÉ AU VIEILLISSEMENT : UN PROJET D'ENVERGURE

502. Le visage de la société change, et appelle à de nombreux questionnements. Comment faire face à une densification des besoins liés à l'âge ? La réalité des situations humaines n'a de cesse de témoigner d'un besoin d'évolution (1). La concrétisation d'un projet faisant œuvre de cohérence et de cohésion entre les sphères privées et publiques est le fruit d'une adaptation mesurée (2).

1. *La nécessité d'adaptation sociétale au vieillissement*

503. La loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement est le fruit d'un projet amorcé par l'installation du Comité "avancée en âge" en octobre 2012¹⁵⁸⁰. Le rapport¹⁵⁸¹ ayant suivi constate la transition démographique et épidémiologique. L'intérêt premier est celui de la dynamique extrapatrimoniale qui dépasse largement le champ d'action traditionnel de la protection juridique des majeurs. En outre l'objet d'étude — à savoir le vieillissement de la population — est résolument plus grand que celui de la protection des majeurs ou des majeurs âgés. De nombreux volets de la vie des personnes âgées sont alors abordés, spécifiquement la santé et la perte d'autonomie, indépendamment de leur capacité ou protection. Le Comité a pris soin de recommander certaines voies d'action axées sur la prévention. La philosophie de l'adaptation de la société au vieillissement est également discutée à cette occasion. « *Un vieillissement harmonieux ne résulte-t-il pas finalement d'un dialogue constructif entre la personne, son environnement et les pouvoirs publics ?* »¹⁵⁸². La question est soulevée.

504. En dépit de son titre, ce premier travail d'envergure ne parle que très peu de droits, et préfère le secteur de la santé. Au-delà des références spécifiques aux droits de la santé, les rares mentions faites aux droits des personnes âgées concernent la représentation sociale de la vieillesse. Ainsi on peut y lire : « *Pour que les personnes âgées soient considérées comme des citoyens à part entière, la société se doit changer le regard qu'elle porte sur l'avancée en âge pour permettre un exercice des droits des personnes* »¹⁵⁸³. Les rédacteurs considèrent comme essentiel le fait que la personne soit maintenue effectivement et subjectivement — dans son ressenti personnel —, comme un sujet de droit¹⁵⁸⁴. En cela, ils redoutent le fait qu'une personne puisse en raison de son âge, se considérer

¹⁵⁸⁰ Le Comité "avancée en âge" fut lancé par Michèle DELAUNAY le 8 octobre 2012.

¹⁵⁸¹ Comité avancée en âge prévention et qualité de vie, Rapport : anticiper pour une autonomie préservée : un enjeu de société, février 2013.

¹⁵⁸² COMITÉ AVANCÉE EN ÂGE PRÉVENTION ET QUALITÉ DE VIE, *Op. cit.*, p. 3.

¹⁵⁸³ COMITÉ AVANCÉE EN ÂGE PRÉVENTION ET QUALITÉ DE VIE, *Op. cit.*, p. 11.

¹⁵⁸⁴ COMITÉ AVANCÉE EN ÂGE PRÉVENTION ET QUALITÉ DE VIE, *Op. cit.*, p. 40.

comme à part¹⁵⁸⁵. Cet élément semble malheureusement apporter un frein au raisonnement propre aux droits de la personne âgée. En effet, la crainte d'une catégorisation sociétale pourrait potentiellement se dresser contre l'édiction de droits propres à la personne âgée. Une telle barrière théorique dessert considérablement la cause des personnes âgées.

La négation de droits propres, prétextée par une catégorisation redoutée, laisse un vide considérable. Face à une représentation sociale de la vieillesse dépassée, le refus de normativité place la personne âgée dans une situation ambiguë entre égalité proclamée et inégalités factuelles. Il faut malgré tout reconnaître l'apport considérable des travaux du Comité avancée en âge, qui a su déterminer une action élargie en matière de santé, et prenant à bras le corps la protection de l'autonomie. Par la suite, Monsieur Jean-Marc AYRAULT alors Premier ministre avait lancé sous la direction¹⁵⁸⁶ de Madame Marisol TOURAINE¹⁵⁸⁷ et Madame Michèle DELAUNAY¹⁵⁸⁸, une Concertation préparatoire en vue d'une loi d'orientation et de programmation pour l'adaptation de la société au vieillissement. Plusieurs rapports furent respectivement réalisés par Monsieur Luc BROUSSY¹⁵⁸⁹, Docteur Jean-Pierre AQUINO¹⁵⁹⁰ et Madame Martine PINVILLE¹⁵⁹¹. Après plusieurs mois de débats et la production d'un avis par le Conseil économique, social et environnemental¹⁵⁹² débutera la navette parlementaire¹⁵⁹³. La loi d'adaptation de la société au vieillissement sera définitivement adoptée le 28 décembre 2015 et paraîtra au journal officiel du 29 décembre. Le premier article du texte adopté sera à la mesure de l'ampleur médiatique du projet et de son déroulement. L'adaptation de la société au vieillissement est consacrée au rang d'impératif national prioritaire. Le Gouvernement aura l'occasion de se féliciter de l'avancée de la justice sociale et de la protection

¹⁵⁸⁵ Ibid.

¹⁵⁸⁶ Le projet fut également porté par le concours de Pascale BOISTARD en sa qualité de secrétaire d'État chargée des Personnes âgées et de l'Autonomie et de Laurence ROSSIGNOL en sa qualité de secrétaire d'État chargée de la famille, des personnes âgées, de l'autonomie et de l'enfance auprès de la ministre des affaires sociales et de la santé.

¹⁵⁸⁷ En sa qualité de Ministre des affaires sociales et de la santé.

¹⁵⁸⁸ En sa qualité de Ministre déléguée aux Personnes âgées et à l'Autonomie.

¹⁵⁸⁹ Mission interministérielle sur l'adaptation de la société française au vieillissement de sa population, *L'adaptation de la société au vieillissement de sa population : France année zéro !*, rapport présenté par L. BROUSSY à M. DELAUNAY, janvier 2013.

¹⁵⁹⁰ Le Dr. J.-P. AQUINO coordonnera également le Plan national d'action de prévention de la perte d'autonomie, qui sera remis à L. ROSSIGNOL en septembre 2015 soit quelques semaines avant la promulgation de la loi d'adaptation de la société au vieillissement.

¹⁵⁹¹ Assemblée nationale, Rapport au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement, Rapport n° 2155, 17 juillet 2014, présenté par M. PINVILLE.

¹⁵⁹² CESE, Avis, projet de loi d'orientation et de programmation pour l'adaptation de la société au vieillissement de la société au vieillissement, présenté par M. BOUTRAND et D. PRADA, 26 mars 2014, publié au JORF du 21 avril 2014.

¹⁵⁹³ A.-L. CHABAS-SERLOOTEN, *Op. cit.*, *loc. cit.*

aux personnes âgées. Par la suite, de nombreux décrets¹⁵⁹⁴ seront pris en vue de l'application de la loi. Certains seront consacrés à la mise en œuvre des mesures¹⁵⁹⁵, d'autres directement à l'autonomie¹⁵⁹⁶ ou encore à l'accès aux droits patrimoniaux¹⁵⁹⁷.

¹⁵⁹⁴ D. n° 2015-1868 du 30 décembre 2015 *relatif à la liste des prestations minimales d'hébergement délivrées par les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes*, publié au JORF n° 0303 du 31 décembre 2015, p. 25332, texte n° 118 ; D. n° 2015-1873 du 30 décembre 2015 *définissant le taux maximal d'évolution annuelle des prix des prestations relatives à l'hébergement de certains établissements accueillant des personnes âgées*, publié au JORF n° 0303 du 31 décembre 2015, p. 25339, texte n° 123 ; D. n° 2016-209 du 26 février 2016 *relatif à la conférence des financeurs de la prévention de la perte d'autonomie des personnes âgées*, publié au JORF n° 0050 du 28 février 2016, texte n° 2 ; D. n° 2016-210 du 26 février 2016 *relatif à la revalorisation et à l'amélioration de l'allocation personnalisée d'autonomie et simplifiant l'attribution des cartes d'invalidité et de stationnement pour leurs bénéficiaires*, publié au JORF n° 0050 – préc., texte n° 3 ; D. n° 2016-212 du 26 février 2016 *relatif à certains concours versés aux départements par la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie*, publié au JORF n° 0050 – préc., texte n° 5 ; D. n° 2016-502 du 22 avril 2016, *relatif au cahier des charges national des services d'aide et d'accompagnement à domicile et modifiant le code de l'action sociale et des familles*, publié au JORF n° 0097 du 24 avril 2016, texte n° 8 ; V. à ce propos : J. COUARD, « Parution du décret sur les services d'aide et d'accompagnement à domicile », *Droit de la famille*, LexisNexis SA édition, 2016, n° 6, alerte 53 ; D. n° 2016-696 du 27 mai 2016 *relatif aux résidences autonomie et portant diverses dispositions relatives aux établissements sociaux et médico-sociaux pour personnes âgées*, publié au JORF n° 0124 du 29 mai 2016, texte n° 16 ; D. n° 2016-750 du 6 juin 2016 *relatif à la liste des activités de services à la personne soumises à agrément ou à autorisation dans le cadre du régime commun de la déclaration*, publié au JORF n° 0132 du 8 juin 2016, texte n° 13 ; D. n° 2016-801 du 15 juin 2016 *modifiant la procédure d'appel à projets et d'autorisation mentionnée à l'article L. 313-1-1 CASF*, publié au JORF n° 0140 du 17 juin 2016, texte n° 20 ; D. n° 2016-872 du 29 juin 2016 *relatif aux modalités de réception et d'instruction des déclarations de nationalité souscrites en application des articles 21-2, 21-13-1 ou 21-13-2 du code civil*, publié au JORF n° 0151 du 30 juin 2016, texte n° 38 ; D. n° 2016-1164 du 26 août 2016 *relatif aux conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes*, publié au JORF n° 0200 du 28 août 2016, texte n° 10 ; D. n° 2016-1206 du 7 septembre 2016 *relatif au conseil départemental de la citoyenneté et de l'autonomie*, publié au JORF n° 0210 du 9 septembre 2016, texte n° 15 ; D. n° 2016-1282 du 29 septembre 2016 *relatif aux travaux d'adaptation du logement aux personnes en situation de handicap ou de perte d'autonomie réalisés aux frais du locataire*, publié au JORF n° 0228 du 30 septembre 2016, texte n° 48 ; D. n° 2016-1299 du 30 septembre 2016, portant application du II de l'article 80-1 de la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 créé par l'article 67 de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 *relative à l'adaptation de la société au vieillissement*, publié au JORF n° 0230 du 2 octobre 2016, texte n° 31 ; D. n° 2016-1395 du 18 octobre 2016 *fixant les conditions dans lesquelles est donnée l'information sur le droit de désigner la personne de confiance mentionnée à l'article L. 311-5-1 du code de l'action sociale et des familles*, publié au JORF n° 0245 du 20 octobre 2016, texte n° 25 ; D. n° 2016-1416 du 20 octobre 2016 *relatif à la composition du conseil de la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie*, publié au JORF n° 0247 du 22 octobre 2016, texte n° 12 ; D. n° 2016-1441 du 25 octobre 2016 *relatif à la composition et au fonctionnement du Haut Conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge*, publié au JORF n° 0251 du 27 octobre 2016, texte n° 52 ; D. n° 2016-1446 du 26 octobre 2016 *relatif aux résidences-services en copropriété*, publié au JORF n° 0252 du 28 octobre 2016, texte n° 22 ; D. n° 2016-1454 du 28 octobre 2016 *portant adaptation aux départements d'outre-mer et à des collectivités d'outre-mer des dispositions relatives à l'allocation personnalisée d'autonomie et à la conférence des financeurs de la prévention de la perte d'autonomie des personnes âgées*, publié au JORF n° 0254 du 30 octobre 2016, texte n° 9 ; D. n° 2016-1554 du 18 novembre 2016 *relatif au congé de proche aidant*, publié au JORF n° 0269 du 19 novembre 2016, texte n° 29 ; D. n° 2016-1737 du 14 décembre 2016, *déterminant les catégories de services spécifiques non individualisables pouvant bénéficier aux occupants des résidences-services prévue à l'article L. 631-13 du code de la construction et de l'habitation*, publié au JORF n° 0292 du 16 décembre 2016, texte n° 94 ; D. n° 2016-1743 du 15 décembre 2016, *relatif à l'annexe au contrat de séjour dans les établissements d'hébergement sociaux et médico-sociaux pour personnes âgées*, publié au JORF n° 0293 du 17 décembre 2016, texte n° 18 ; D. n° 2016-1759 du 16 décembre 2016 *relatif à la transmission d'actes d'autorisation du président du conseil départemental en matière sociale*, publié au JORF n° 0294 du 18 décembre 2016, texte n° 35 ; D. n° 2016-1785 du 19 décembre 2016 *relatif à l'agrément des accueillants familiaux*, publié au JORF n° 0296 du 21 décembre 2016, texte n° 42 ; D. n° 2016-1813 du 21 décembre 2016 *relatif à l'obligation de signalement des structures sociales et médico-sociales*, publiée au JORF n° 0298 du 23 décembre 2016, texte n° 27 ; D. n° 2016-1814 du 21 décembre 2016 *relatif aux principes généraux de la tarification, au forfait global*

de soins, au forfait global dépendance et aux tarifs journaliers des établissements hébergeant des personnes âgées dépendantes relevant du I et du II de l'article L. 313-12 CASF, publié au JORF n° 0298 – préc., texte n° 28 ; D. n° 2016-1815 du 21 décembre 2016 modifiant les dispositions financières applicables aux établissements et services sociaux et médico-sociaux mentionnés au I de l'article L. 312-1 CASF, publié au JORF n° 0298 – préc., texte n° 29 ; D. n° 2016-1873 du 26 décembre 2016 fixant le cahier des charges et la procédure de labellisation des maisons départementales de l'autonomie, publié au JORF n° 0301 du 28 décembre 2016, texte n° 35 ; D. n° 2016-1896 du 27 décembre 2016 portant diverses dispositions relatives aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs, publié au JORF n° 0302 du 29 décembre 2016, texte n° 30 ; D. n° 2016-1898 du 27 décembre 2016 portant diverses dispositions relatives aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs, publié au JORF n° 0302 – préc., texte n° 32 ; D. n° 2016-1895 du 28 décembre 2016 relatif aux activités de services à la personne, publié au JORF n° 0302 du 29 décembre 2016, texte n° 23. D. n° 2017-334 du 14 mars 2017 relatif aux traitements de données à caractère personnel pour la mise en œuvre des échanges d'informations entre organismes de sécurité sociale en vue de prévenir la perte d'autonomie des personnes âgées, publié au JORF n° 0064 du 16 mars 2017, texte n° 13 ; D. n° 2017-344 du 16 mars 2017 relatif aux transmissions de données sur l'allocation personnalisée d'autonomie et l'aide sociale à l'hébergement, publié au JORF n° 0066 du 18 mars 2017, texte n° 13 ; D. n° 2017-552 du 14 avril 2017 relatif à la formation des accueillants familiaux, publié au JORF n° 0091 du 16 avril 2017, texte n° 14 ; D. n° 2017-705 du 2 mai 2017 relatif aux évaluations des activités et de la qualité des services d'aide et d'accompagnement à domicile relevant du 6°, 7° ou 16° du I de l'article L. 312-1 du CASF, publié au JORF n° 0105 du 4 mai 2017, texte n° 39 ; D. n° 2017-760 du 3 mai 2017, pris pour application de l'article 20 de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement et portant diverses dispositions relatives aux modalités d'instruction des demandes de décision favorable pour le financement de logements sociaux, publié au JORF n° 0106 du 5 mai 2017, texte n° 115 ; D. n° 2017-879 du 9 mai 2017 modifiant les dispositions concernant le système d'information des maisons départementales des personnes handicapées et le système national d'information statistique mis en œuvre par la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie, publié au JORF n° 0109 du 10 mai 2017, texte n° 79 ; D. n° 2017-880 du 9 mai 2017 autorisant les traitements de données à caractère personnel destinés à la mise en œuvre de l'allocation personnalisée d'autonomie et de l'aide sociale à l'hébergement, publié au JORF n° 0109, préc., texte n° 80 ; D. n° 2017-882 du 9 mai 2017 portant diverses mesures relatives aux aides et concours financiers versés par la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie, au financement et aux procédures d'autorisation des services d'aide et d'accompagnement à domicile et au conseil départemental de la citoyenneté et de l'autonomie, publié au JORF n° 0109, préc., texte n° 82 ; D. n° 2017-1337 du 13 septembre 2017 modifiant le décret n° 2016-212 du 26 février 2016 relatif à certains concours versés aux départements par la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie pour 2016 et 2017, publié au JORF n° 0215 du 14 septembre 2017, texte n° 14.

¹⁵⁹⁵ Arrêté du 27 janvier 2016, portant nomination (administration centrale), publié au JORF n° 0024 du 29 janvier 2016, texte n° 101 ; Arrêté du 5 avril 2016, fixant le montant des concours alloués aux départements au titre de la conférence des financeurs pour 2016, pris en application du a du V de l'article L. 14-10-5 du code de l'action sociale et des familles, publié au JORF n° 0084 du 9 avril 2016, texte n° 15 ; Arrêté du 5 décembre 2016, fixant le référentiel d'évaluation multidimensionnelle de la situation et des besoins des personnes âgées et de leurs proches aidants, prévu par l'article L. 232-6 CASF, publié au JORF n° 0288 du 11 décembre 2016, texte n° 27 ; Arrêté du 27 décembre 2016, fixant les modèles de documents mentionnés aux articles R. 314-211, R. 314-216, R. 314-217, R. 314-219, R. 314-223, R. 314-224, R. 314-225, R. 314-232, R. 314-233, R. 314-240 et R. 314-242 CASF, publié au JORF n° 0303 du 30 décembre 2016, texte n° 82 ; Arrêté du 27 décembre 2016, fixant les modèles de documents transitoires mentionnés à l'article 9 du décret n° 2016-1815 du 21 décembre 2016 modifiant les dispositions financières applicables aux établissements et services sociaux et médico-sociaux mentionnés au I de l'article L. 312-1 CASF, publié au JORF n° 0303 du 30 décembre 2016, texte n° 83 ; Arrêté du 3 mars 2017, fixant le contenu du cahier des charges du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens prévu au IV ter de l'article L. 313-12 CASF, publié au JORF n° 0059 du 10 mars 2017, texte n° 22 ; Arrêté du 9 mars 2017, fixant le montant des concours alloués aux départements au titre de la conférence des financeurs pour 2017, pris en application du a du V de l'article L. 14-10-5 CASF, publié au JORF n° 0083 du 7 avril 2017, texte n° 36 ; Arrêté du 4 mai 2017, fixant pour l'année 2017 le taux de revalorisation des produits de la tarification reconductibles afférents aux soins, publiée au JORF n° 0107 du 6 mai 2017, texte n° 32.

¹⁵⁹⁶ Arrêté du 30 décembre 2015, fixant le cahier des charges des expérimentations relatives aux services polyvalents d'aide et de soins à domicile prévues à l'article 49 de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015, publié au JORF n° 0303 du 31 décembre 2015, p. 25361, texte n° 137.

¹⁵⁹⁷ Arrêté du 25 février 2016, portant modification de l'arrêté du 28 décembre 2005 modifié fixant les tarifs de l'élément de la prestation de compensation mentionné au 1° de l'article L. 245-3 du code de l'action sociale et des familles, publié au JORF n° 0052 du 2 mars 2016, texte n° 22.

2. Les fondations d'une réponse législative à l'enjeu du vieillissement démographique

505. La particulière sensibilité de la transition démographique n'a d'égal que l'amplitude des enjeux et disciplines concernés par le vieillissement et son appréhension juridique. Dans le cadre de la loi d'adaptation de la société au vieillissement, la principale difficulté était de devoir répondre de manière structurelle aux attentes et de rompre avec la traditionnelle approche sectorielle en matière de vieillissement. Les aspirations n'étaient pas celles d'une discipline, ni même celles uniquement des seules personnes âgées mais bien de l'ensemble de la société, à propos de la totalité des répercussions impactées par le vieillissement de la population. Il s'agissait de travailler à une société pour tous les âges et de ne pas rater le coche¹⁵⁹⁸ de la transition démographique. La sensibilité du projet était de rompre avec la tradition de l'approche sectorielle de la vieillesse tout en tenant compte du construit. L'objectif est bien évidemment d'apporter une vision globale, multisectorielle¹⁵⁹⁹, dépassant les clivages établis. Cet angle de travail était déjà représenté lors du rapport originel du Comité avancée en âge. « *La promotion d'une recherche pluridisciplinaire est un objectif prioritaire. Ses efforts doivent porter sur le rapprochement de deux mondes trop souvent distants : celui porté par les sciences médicales et celui porté par les sciences humaines et sociales* »¹⁶⁰⁰. Et l'auteur d'ajouter : « *Le croisement des disciplines, les interfaces qui en résultent sont source d'un enrichissement qu'il faut savoir saisir* »¹⁶⁰¹.

À travers le texte de loi d'adaptation de la société au vieillissement, le législateur a fait le choix d'appréhender le critère de l'âge de concert avec celui de l'autonomie. C'est ainsi que la loi insère systématiquement ce second critère à la suite du premier. Il s'agit d'un positionnement en cohérence avec le droit construit.

¹⁵⁹⁸ Cf. S. ZELENEV, « Vers une société pour tous les âges : saurons-nous relever le défi ou allons-nous manquer le coche ? », *Revue internationale des sciences sociales*, ERES, 2006, p. 649 s. V. également à ce propos : Nations Unies, *Deuxième assemblée mondiale sur le vieillissement, une société pour tous les âges*, Madrid, Espagne, 8-12 avril 2002 in « Déclaration politique et Plan d'action international de Madrid sur le vieillissement, 2002 », *Revue internationale des sciences sociales*, ERES, 2006/4, n° 190, p. 683-719.

¹⁵⁹⁹ COMITÉ AVANCÉE EN ÂGE PRÉVENTION ET QUALITÉ DE VIE, *Op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁰⁰ COMITÉ AVANCÉE EN ÂGE PRÉVENTION ET QUALITÉ DE VIE *Op. cit.*, p. 4.

¹⁶⁰¹ COMITÉ AVANCÉE EN ÂGE PRÉVENTION ET QUALITÉ DE VIE, *Op. cit.*, loc. cit.

B. L'ADAPTATION DE LA SOCIÉTÉ AU VIEILLISSEMENT : UN PREMIER BILAN MITIGÉ

506. Attendue avec impatience, la loi d'adaptation de la société au vieillissement a été l'objet de toute l'attention de la doctrine et des praticiens lors de sa promulgation. Le texte devait marquer un tournant juridico-sociétal permettant à la société de participer activement au vieillissement de ses membres. L'*instrumentum*, ne comportant pas moins de 101 articles, témoigne du sérieux de l'engagement pris par le législateur.

Si l'apport de la loi d'adaptation de la société au vieillissement est indéniable (1), un doute plane quant à la réelle appréhension de la transition démographique (2). L'irrespect systématique des articles portant prévision des différents rapports d'application témoigne d'un résultat encore en flottement.

1. L'apport de la loi d'adaptation de la société au vieillissement

507. L'apport théorique de la loi d'adaptation de la société au vieillissement (a) n'a rien à envier à ses apports pratiques (b). Les moyens concrets mis en œuvre bénéficient désormais, sinon d'un statut juridique propre à la personne âgée, du moins à l'appréhension progressive de la personne âgée comme sujet spécial de droits.

a. La portée théorique de l'adaptation de la société au vieillissement

508. Le projet de loi et sa concrétisation furent assez pédagogiquement orientés autour de trois axes d'action dénommés les trois A — anticiper, adapter et accompagner¹⁶⁰². Ces objectifs sont consacrés à l'occasion de trois premiers titres de la loi d'adaptation de la société au vieillissement, respectivement appelés : anticipation de la perte d'autonomie¹⁶⁰³, adaptation de la société au vieillissement¹⁶⁰⁴ et accompagnement de la perte d'autonomie¹⁶⁰⁵. Suit un quatrième titre concernant la gouvernance des politiques de l'autonomie consacré à la mise en œuvre et à la technique d'application des principes énoncés. L'application de la loi en outre-mer ainsi que les dispositions transitoires sont traitées par deux derniers titres.

¹⁶⁰² A.-L. CHABAS-SERLOOTEN, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶⁰³ Titre Ier de la loi.

¹⁶⁰⁴ Titre II de la loi.

¹⁶⁰⁵ Titre III de la loi.

509. L'esprit de la loi d'adaptation de la société au vieillissement témoigne d'un certain élan de reconnaissance de la personne âgée comme sujet spécial de droits. Du moins, la reconnaissance des besoins spécifiques à cette population est engagée. Cette dynamique n'est pas encore affirmée de manière éclatante. Pourtant on peut lire du texte de loi une volonté d'identification d'un enjeu sociétal, à travers la personne âgée. Le législateur use de ce terme de façon générique à travers de nombreuses formules. Ainsi on peut lire dans la première annexe de la loi que : « *La personne âgée et sa famille sont au cœur de chacun de ces volets et de chacune des dispositions de la présente loi : leurs attentes, leurs projets, leurs besoins, leur participation aussi, avec l'enjeu déterminant d'une meilleure prise en compte de la parole et de la place des âgés dans l'élaboration des politiques publiques* »¹⁶⁰⁶. Nonobstant la détermination des contours d'un sujet de droit, l'usage du vocable "personne âgée" révèle une volonté d'objectivisation et d'unicité. Dans cette même voie, on peut relever que l'article 9 de la loi fonde la disparition du terme "senior" de l'article L. 120-17 du Code du service national¹⁶⁰⁷ et de l'ensemble des normes codifiées¹⁶⁰⁸. Pourtant, malgré cette apparente stabilité structurelle, le législateur ne s'est que très peu frotté à l'enjeu de délimitation de la vieillesse.

Le texte de loi en lui-même ne mentionne qu'avec parcimonie la question de l'âge. Les rares références sont cantonnées à des champs d'action et de réflexion. Elles embrassent le seuil traditionnel de soixante ans, soixante-cinq ans ou soixante-quinze ans. En outre, seul le premier de ces seuils est représenté au sein même de la loi entendue strictement. Les autres sont mentionnés en annexe et se contentent de désigner différentes populations en étant dépourvus d'autorité quelconque. Les seuils d'âges ne concernent donc pas directement les sujets. Par ailleurs, même le seuil de soixante ans — articles 3 et 5 de la loi — se borne à délimiter le champ d'action de la nouvelle conférence des financeurs de la prévention de la perte d'autonomie¹⁶⁰⁹. Le législateur ne s'est donc pas encore engagé sur le chemin de la définition de la vieillesse et du vieillissement. L'association récurrente du critère de l'âge indéfini — sous entendant un âge élevé — à celui du handicap atteste d'une vision interdépendante du vieillissement.

¹⁶⁰⁶ L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., annexe 1.

¹⁶⁰⁷ Art. L. 120-17 Code du service national, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 9.

¹⁶⁰⁸ Le terme de "senior" n'est plus présent dans plus aucune norme codifiée.

¹⁶⁰⁹ Art. L. 233-1 et s. CASF.

b. La portée pratique de l'adaptation de la société au vieillissement

510. La consécration du statut d'aidant et l'instauration de principes directeurs constituent les apports majeurs de la loi d'adaptation de la société au vieillissement. L'admission et l'encadrement d'un droit au répit apporte toute son ampleur à l'adaptation de la société au vieillissement. La loi offre une reconnaissance aux aidants familiaux¹⁶¹⁰. À ce titre, elle fut largement encensée par la doctrine et les nombreux praticiens. « *Même si les aspects patrimoniaux de la protection accordée aux personnes âgées foisonnent dans la nouvelle réforme opérée par la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, l'un de ses objectifs majeurs tient à l'accompagnement personnel de tous ceux qui sont rendus plus fragiles et plus vulnérables avec le temps. Affaiblis, les sujets âgés sont nécessairement plus vulnérables* »¹⁶¹¹. L'autonomie semble progressivement s'imposer comme le pendant juridique du phénomène biologique du vieillissement. Du moins l'autonomie représente-t-elle le principal fer de lance de l'action menée au profit du vieillissement. Ainsi l'une des mesures phares de la loi consiste en la création¹⁶¹² au niveau départemental de la conférence des financeurs de la prévention de la perte d'autonomie des personnes âgées. Il s'agit d'une instance de coordination institutionnelle¹⁶¹³ ayant vocation à définir un programme de financement des actions de prévention d'initiative individuelle ou collective, en

¹⁶¹⁰ V. Art. L. 113-1-3 CASF, tel que créé par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 51.

¹⁶¹¹ I. CORPART, « Les droits et libertés des personnes âgées et vulnérables renforcés par la loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement », *Revue juridique personnes et famille*, Wolters Kluwer – Lamy édition, 2016, n° 6.

¹⁶¹² Art. L. 233-1 CASF, tel que créé par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 3 : « *Dans chaque département, une conférence des financeurs de la prévention de la perte d'autonomie des personnes âgées établit un diagnostic des besoins des personnes âgées de soixante ans et plus résidant sur le territoire départemental, recense les initiatives locales et définit un programme coordonné de financement des actions individuelles et collectives de prévention. Les financements alloués interviennent en complément des prestations légales ou réglementaires. Le diagnostic est établi à partir des besoins recensés, notamment, par le schéma départemental relatif aux personnes en perte d'autonomie mentionné à l'article L. 312-5 du présent code et par le projet régional de santé mentionné à l'article L. 1434-2 du code de la santé publique.*

Le programme défini par la conférence porte sur :

1° L'amélioration de l'accès aux équipements et aux aides techniques individuelles favorisant le soutien à domicile, notamment par la promotion de modes innovants d'achat et de mise à disposition et par la prise en compte de l'évaluation prévue au 5° du I de l'article L. 14-10-1 du présent code ;

2° L'attribution du forfait autonomie mentionné au III de l'article L. 313-12 du présent code ;

3° La coordination et l'appui des actions de prévention mises en œuvre par les services d'aide et d'accompagnement à domicile intervenant auprès des personnes âgées ;

4° La coordination et l'appui des actions de prévention mises en œuvre par les services polyvalents d'aide et de soins à domicile mentionnés à l'article 49 de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, intervenant auprès des personnes âgées ;

5° Le soutien aux actions d'accompagnement des proches aidants des personnes âgées en perte d'autonomie

6° Le développement d'autres actions collectives de prévention ».

¹⁶¹³ Cf. CNSA, Conférence des financeurs de la prévention de la perte d'autonomie, Les cahiers pédagogiques de la CNSA, avril 2017.

complément des prestations prévues par le législateur¹⁶¹⁴. « Elle fédère les acteurs du secteur sur des stratégies partagées et des actions au service de la construction de réponses plus lisibles et cohérentes pour les personnes »¹⁶¹⁵.

511. Le législateur a veillé à la revalorisation de l'allocation personnalisée d'autonomie à domicile¹⁶¹⁶. Il s'agit véritablement du point névralgique de la loi d'adaptation de la société au vieillissement¹⁶¹⁷. La revalorisation et l'amélioration de l'allocation font l'objet d'une attention particulière¹⁶¹⁸ depuis sa refonte. Le nombre d'heures de soutien effectif est augmenté au profit des personnes en situation de grande dépendance. L'aspect financier n'est pas laissé de côté. Les tarifs fixés par voie réglementaire, tels que mentionnés par l'article L. 232-2 du Code de l'action sociale et des familles¹⁶¹⁹ ont été revalorisés et font l'objet d'une revalorisation annuelle¹⁶²⁰. Le financement personnel est réduit pour l'ensemble des bénéficiaires. Les plus modestes sont désormais totalement exonérés. Par ailleurs, l'article 52 de la loi d'adaptation de la société au vieillissement, offre la possibilité d'un dépassement ponctuel du plafond d'aide. Ce soutien supplémentaire est codifié à l'article L. 232-3-3 du Code de l'action sociale et des familles¹⁶²¹. La mise en œuvre de l'Allocation personnalisée d'autonomie reste à la charge des départements¹⁶²².

¹⁶¹⁴ La loi lui prévoit un champ d'action embrassant six axes distincts, à savoir l'accès aux équipements et aides techniques individuelles, le forfait autonomie, la prévention par les services d'aide et d'accompagnement à domicile, la prévention par les services polyvalents d'aide et de soins à domicile (incluant les services de soins infirmiers à domicile), le soutien aux proches aidants et enfin les actions collectives de prévention.

¹⁶¹⁵ CNSA, *Op. cit.*, p. 8.

¹⁶¹⁶ L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 41 s.

¹⁶¹⁷ < <http://www.gouvernement.fr/action/l-adaptation-de-la-societe-au-vieillessement> > [en ligne] [consulté le 30 juillet 2017] : « Dans un contexte budgétaire contraint, ce sont 700 millions d'euros par an qui seront alloués à l'accompagnement de l'autonomie des personnes âgées ». V. également à ce propos : S. ZOUAG, « Loi "vieillessement" », *Juris associations*, Dalloz édition, 2016, n° 531, p. 9.

¹⁶¹⁸ D. n° 2016-210 du 26 février 2016, relatif à la revalorisation et à l'amélioration de l'allocation personnalisée d'autonomie et simplifiant l'attribution des cartes d'invalidité et de stationnement pour leurs bénéficiaires, publié au JORF n° 0050 du 28 février 2016, texte n° 3.

¹⁶¹⁹ Art. L. 232-2 CASF, tel que modifié par la L. n° 2007-290 du 5 mars 2007 – art. 51 (V), *instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale*, publiée au JORF n° 55 du 6 mars 2007, p. 4190, texte n° 4.

¹⁶²⁰ Art. L. 232-3-1 CASF, tel que créé par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 41 : « Le montant du plan d'aide ne peut dépasser un plafond défini par décret en fonction du degré de perte d'autonomie déterminé à l'aide de la grille nationale mentionnée à l'article L. 232-2 du présent code et revalorisé chaque année au 1er janvier conformément à l'évolution de la majoration pour aide constante d'une tierce personne mentionnée à l'article L. 355-1 du code de la sécurité sociale ».

¹⁶²¹ Art. L. 232-3-3 CASF, tel que créé par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 52.

¹⁶²² I. RAYNAUD, « Loi vieillissement : maintenant il va falloir l'appliquer ! », *La Gazette des communes*, < <http://www.lagazettedescommunes.com/424447/loi-vieillessement-maintenant-il-va-falloir-lappliquer/> > [en ligne] [consulté le 8 novembre 2017].

512. La loi d'adaptation de la société au vieillissement a concouru à une nouvelle mue de l'institution du Haut Conseil. Anciennement Haut Conseil de la population et de la famille¹⁶²³, puis plus simplement Haut Conseil de la famille¹⁶²⁴, le nouveau Haut Conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge, fait œuvre de cohérence. Il a pour mission « *d'animer le débat public et d'apporter aux pouvoirs publics une expertise prospective et transversale sur les questions liées à la famille et à l'enfance, à l'avancée en âge, à l'adaptation de la société au vieillissement et à la bientraitance, dans une approche intergénérationnelle* »¹⁶²⁵. En vertu de l'article D. 141-1 du Code de l'action sociale et des familles¹⁶²⁶, l'institution est expressément dotée d'une formation spécialisée dans le champ de l'âge, qui évolue aux côtés des émanations propres à la famille, ainsi qu'à l'enfance et à l'adolescence. L'article D. 141-6¹⁶²⁷ suivant, prévoit les interactions avec les administrations de l'État et les établissements publics ou avec divers organismes. L'ensemble des actions sont relayées au niveau départemental par le truchement du Conseil départemental de la citoyenneté et de l'autonomie¹⁶²⁸.

2. L'adaptation de la société au vieillissement, un tournant à prendre

513. La loi d'adaptation de la société au vieillissement était grandement réclamée et attendue. Pourtant, sa teneur et son application n'ont reçu qu'un succès mitigé (a). Si la montagne n'a tout de même pas accouché d'une souris, il semble néanmoins que le tournant de l'adaptation de la société au vieillissement n'est pas encore tout à fait franchi (b).

a. Les limites de la loi d'adaptation de la société au vieillissement

514. L'*instrumentum* de la loi d'adaptation de la société au vieillissement revêt un apport essentiellement économique. Ce caractère limite immanquablement le champ d'action de l'adaptation souhaitée même s'il n'enlève rien à l'efficacité de certaines évolutions — notamment à la reconnaissance d'un statut de l'aidant. Les différents thèmes traités par la loi d'adaptation de la société au vieillissement occupent des places substantiellement différentes. « *Si un bilan devait être*

¹⁶²³ D. n° 2004-1136 du 21 octobre 2004, *relatif au code de l'action sociale et des familles (partie réglementaire)*, publié au JORF n° 250 du 26 octobre 2004, p. 18047, texte n° 26.

¹⁶²⁴ D. n° 2008-1112 du 30 octobre 2008, *créant un Haut Conseil de la famille*, publiée au JORF n° 0255 du 31 octobre 2008, p. 16594, texte n° 30 ; Cette appellation a perduré y compris après le D. n° 2013-115 du 4 février 2013 – art. 1, *relatif au Haut Conseil de la famille*, publié au JORF n° 0030 du 5 février 2013, p. 2105, texte n° 1.

¹⁶²⁵ Art. L. 142-1 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – art. 69.

¹⁶²⁶ Art. D. 141-1 CASF, tel que modifié par le D. n° 2016-1441 du 25 octobre 2016, préc., art. 1.

¹⁶²⁷ Art. D. 141-6 CASF, tel que modifié par le D. n° 2016-1441 du 25 octobre 2016, préc., art. 1.

¹⁶²⁸ Art. L. 149-1 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – art. 81.

*dressé, il ferait apparaître le triple intérêt de ce texte portant adaptation de la société au vieillissement : Juridique, économique et social »*¹⁶²⁹. Si ce constat est aisément vérifiable et que les ordres d'action précités sont bien présents dans la loi, leur représentation n'est toutefois pas égale. L'apport est pour majeure partie de nature économique. Cette omniprésence se lit dès l'amorce du texte et se confirme par la suite. De nombreuses dispositions comportent une dimension économique forte, relayée par les décrets d'application correspondants qui ont suivi¹⁶³⁰. Ce caractère découle du positionnement adopté vis-à-vis de l'objet d'étude — la vieillesse — et se situe dans la droite ligne des normes antérieures. La protection juridique est cantonnée aux altérations disposant d'une explication médicale. Le vieillissement n'est globalement pris en compte qu'en matière de perte d'autonomie et de dépendance. Ces deux concepts sont juridiquement appréhendés selon leurs répercussions financières.

515. La conférence des financeurs constitue l'une des mesures phares de la loi. Pourtant au-delà de sa dénomination témoignant d'un objet résolument économique, le mécanisme pâtit d'ores et déjà de l'absence de représentation systématique d'un ou plusieurs représentants de la population des personnes âgées. Cette absence est considérée palliée par l'action du Conseil départemental de la citoyenneté et de l'autonomie¹⁶³¹. Cela étant, cette même institution intervient en remplacement du Conseil départemental des retraités et des personnes âgées¹⁶³² consécutivement placée auprès du Ministre chargé des personnes âgées, du Conseil général¹⁶³³ puis du Président du conseil départemental¹⁶³⁴. L'objet des deux institutions n'est cependant pas identique. Alors que le Conseil départemental des retraités et des personnes âgées ne concernait — comme le nom l'indique — que les retraités et les personnes âgées, le récent Conseil départemental de la citoyenneté et de l'autonomie « assure la participation des personnes âgées et des personnes handicapées à

¹⁶²⁹ A.-L. CHABAS-SERLOOTEN, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶³⁰ *Notamment* : D. n° 2015-1873 du 30 décembre 2015, préc. ; D. n° 2006-209, n° 2016-210 et n° 2016-212 du 26 février 2016, préc. ; D. n° 2016-1814 et n° 2016-1815 du 21 décembre 2016, préc. ; D. n° 2016-1873 du 26 décembre 2016, préc. ; D. n° 2017-882 du 9 mai 2017 ; D. n° 2017-1337 du 13 septembre 2017, préc.

¹⁶³¹ Art. L. 149-1 CSAF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 81 ; Le CODERPA avait été créé par la L. n° 2004-809 du 13 août 2004 – art. 57, *relative aux libertés et responsabilités locales (I)*, publiée au JORF n° 190 du 17 août 2004, p. 14545, texte n° 1.

¹⁶³² Le Comité national des retraités et des personnes âgées fut instauré par le D. n° 82-697 du 4 août 1982, *instituant un comité national et des comités départementaux des retraités et des personnes âgées*, publié au JORF du 7 août 1982, p. 2538, abrogé par le D. n° 2004-1136 du 21 octobre 2004, *relatif au code de l'action sociale et des familles (partie réglementaire)*. La partie réglementaire du code de l'action sociale et des familles fait l'objet d'une publication spéciale annexée au Journal officiel de ce jour, publié au JORF n° 250 du 26 octobre 2004, p. 18047, texte n° 26. Son existence est désormais codifiée aux articles L. 149-1 et D. 149-1 CASF sous l'appellation de Conseil départemental de la citoyenneté et de l'autonomie.

¹⁶³³ Version en vigueur du 17 août 2004 au 22 mars 2015.

¹⁶³⁴ Version en vigueur du 22 mars 2015 au 30 décembre 2015

l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques de l'autonomie dans le département »¹⁶³⁵. Par conséquent les personnes âgées ne représentent plus l'unique préoccupation de cet organe consultatif¹⁶³⁶. En outre, l'absence d'association du Conseil départemental de la citoyenneté et de l'autonomie aux décisions de la Conférence des financeurs de la prévention de la perte d'autonomie des personnes âgées prête un goût amer au dispositif.

516. Au-delà des préoccupations économiques et financières liées au vieillissement, on peut déplorer le manque de voies d'actions novatrices. Bien-sûr, la consécration du statut d'aidant ne saurait qu'être saluée. Pourtant la loi d'adaptation de la société au vieillissement ne présente finalement que peu de nouveautés. C'est le cas pour le Conseil départemental de la citoyenneté et de l'autonomie. C'est également celui de l'habitat intergénérationnel¹⁶³⁷ ou encore des résidences autonomes qui ne sont autre qu'une nouvelle version des logements-foyers¹⁶³⁸. *« Les résidences autonomie proposent à leurs résidents des prestations minimales, individuelles ou collectives, qui concourent à la prévention de la perte d'autonomie, définies par décret. Ces prestations, qui peuvent être mutualisées et externalisées, peuvent également être proposées à des non-résidents »*¹⁶³⁹. Dans une même veine, la loi a procédé à une régulation du vocabulaire codifié. C'est ainsi que l'article 24 de la loi¹⁶⁴⁰ prévoit le remplacement systématique du terme de "placement" par celui "d'accueil". Si la variation du vocable normatif peut apparaître comme une moindre chose, il n'en est rien en réalité. Le choix d'un terme au détriment d'un ou plusieurs autres peut révéler une intention législative propre à influencer sur l'ensemble du Droit positif. En l'espèce, il était grand temps de révoquer le mot placement. Celui-ci revêt une dimension subjective et subliminale très lourde, participant à la réification de son sujet. On place un objet, mais l'on ne place pas une personne¹⁶⁴¹. Il est question de reconnaître, à travers le vocabulaire utilisé une certaine autonomie, ou du moins une dynamique propre à l'être humain. Même si le consentement ne peut plus être

¹⁶³⁵ Extrait de l'art. L. 149-1 al 1 CASF – préc.

¹⁶³⁶ Art. R. 233-2 CASF tel que créé par le D. n° 2016-209 du 26 février 2016, préc., art. 1 ; Art. R. 233-19 CASF tel que créé par le D. n° 2016-209 du 26 février 2016, préc., art. 1.

¹⁶³⁷ Le projet Ensemble2générations API- n° 175 a été lancé conjointement par le Ministère de l'éducation nationale jeunesse vie associative et le fonds d'expérimentation pour la jeunesse en avril 2009. L'expérimentation fut menée sur la période allant de janvier 2010 à décembre 2011. Le rapport d'évaluation fut remis en mars 2012. < http://www.expérimentation.jeunes.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_final_EVAL_ASDO_API_175.pdf > [en ligne] [consulté le 21 septembre 2017]

¹⁶³⁸ Art. 10 s. de la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 préc.

¹⁶³⁹ Extrait de l'art. L. 313-12 III CASF, tel que modifié par l'Ord. n° 2016-1729 du 15 décembre 2016 – art. 2., *relative aux pharmacies à usage intérieur*, publiée au JORF n° 0292 du 16 décembre 2016, texte n° 32.

¹⁶⁴⁰ Extrait de l'art. 24 de la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc. : « *Le chapitre III du titre Ier du livre Ier du code de l'action sociale et des familles est ainsi modifié : 1° Au premier alinéa de l'article L. 113-1, le mot : « placement » est remplacé par le mot : « accueil »* ».

¹⁶⁴¹ Il s'agit ici de la même distinction opérée entre les verbes emmener et apporter. On apporte un objet, on emmène une personne.

recherché pour cause médicale, — ce qui est le cas pour de nombreuses personnes âgées vivant en établissement spécialisé —, l'appartenance à l'humanité implique une nécessité de prise en compte de l'intérêt de l'individu dans le processus d'entrée en établissement. On trouve ici une forme de rémanence de l'acte de volition individuel.

L'humanité persiste au-delà de la capacité à exprimer un consentement. Dès lors, en situation d'incapacité à consentir, le départ vers un établissement ne peut que révéler un effet translatif de la volonté. Le choix n'est plus opéré par la personne elle-même, mais il demeure néanmoins, à travers sa recherche par qui de droit. En outre la personne chargée de la prise de décision est toujours réputée être en recherche d'une situation acceptable pour la personne concernée. L'effet translatif crée un rapport d'obligation *sui generis* entre un créancier ne possédant plus sa capacité à consentir, et un débiteur chargé d'exprimer un choix objectif et rationalisé. Y compris dans ces situations extrêmes on observe donc la réminiscence d'un consentement transféré. La présence du terme de placement n'était par conséquent plus acceptable. Le législateur fait le choix de le remplacer par celui d'« accueil ». Ce dernier présente une charge subliminale moindre et est résolument davantage positif. Cependant, il place toujours la personne âgée dans une situation de passivité. À cet égard, le terme d'« entrée » aurait permis de rendre le sujet véritablement acteur de son séjour en établissement.

517. Dans un tout autre sens, la doctrine a eu l'occasion de s'émouvoir¹⁶⁴² sur les nouvelles incapacités à recevoir prévues par la loi et notamment par le nouvel article L. 116-4 du Code de l'action sociale et des familles en vertu duquel : « *Les personnes physiques propriétaires, gestionnaires, administrateurs ou employés d'un établissement ou service soumis à autorisation ou à déclaration en application du présent code ou d'un service soumis à agrément ou à déclaration mentionné au 2° de l'article L. 7231-1 du code du travail, ainsi que les bénévoles ou les volontaires qui agissent en leur sein ou y exercent une responsabilité, ne peuvent profiter de dispositions à titre gratuit entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur par les personnes prises en charge par l'établissement ou le service pendant la durée de cette prise en charge, sous réserve des exceptions prévues aux 1° et 2° de l'article 909 du code civil. L'article 911 du même code est applicable aux libéralités en cause* »¹⁶⁴³. Par ailleurs cet article concerne également le concubin, partenaire d'un

¹⁶⁴² D. POLLET, « Une loi liberticide et discriminante pour les personnes dépendantes », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2015, p. 247.

¹⁶⁴³ Art. L. 116-4 I al 1 CASF tel que modifié par l'Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 6, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, publiée au JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 26.

pacte civil de solidarité, le conjoint, l'accueillant familial ou encore les ascendants ou descendants en ligne directe¹⁶⁴⁴.

518. Les déséquilibres ne sont pas l'apanage du seul sujet du vieillissement. Ils sont toutefois révélateurs du fonctionnement sociétal contemporain où le législateur cherche davantage à organiser le financement d'un risque social qu'à engager un tournant sociétal de fond. Alors que le rôle de l'aidant bénéficie désormais d'un statut propre et d'une reconnaissance concrète, la vieillesse, elle, n'est toujours pas définie. L'approche transdisciplinaire tend à rapprocher l'adaptation de la société au vieillissement de l'adaptation de la société au handicap. La loi mentionne de façon récurrente l'association de l'âge et du handicap. En outre, plusieurs mesures souffrent d'un défaut de substance. Les logements-foyers deviennent résidences autonomie¹⁶⁴⁵. À l'instar des anciens logements-foyers, les résidences autonomie « *proposent à leurs résidents des prestations minimales, individuelles ou collectives, qui concourent à la prévention de la perte d'autonomie, définies par décret. Ces prestations, qui peuvent être mutualisées et externalisées, peuvent également être proposées à des non-résidents* »¹⁶⁴⁶. Plus qu'une évolution de fond, il s'agit proprement d'une adaptation de forme. La référence du terme de "foyer" aux objectifs économiques — loyers modérés — est remplacée par le leitmotiv qu'est l'autonomie. La diversification de l'accueil, au profit des jeunes ou des personnes handicapées est mise en place¹⁶⁴⁷. « *Dans le cadre d'un projet d'établissement à visée intergénérationnelle, les résidences autonomie peuvent accueillir des personnes handicapées, des étudiants ou des jeunes travailleurs, dans des proportions inférieures à un seuil fixé par décret* »¹⁶⁴⁸.

519. La loi d'adaptation de la société au vieillissement ne bénéficie pas d'une application totale. Le texte souffre d'un défaut d'application conséquent. La loi prévoyait la réalisation de quatre rapports spéciaux, de deux évaluations et d'un rapport de mise en œuvre globale en deux volets. La

¹⁶⁴⁴ Art. L. 116-4 I al 2 CASF – préc.

¹⁶⁴⁵ Art. 10 4° de la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015, codifié à l'art. L. 313-12 III CASF : « Sont dénommés résidences autonomie les établissements qui relèvent de façon combinée du 6° du I de l'article L. 312-1 du présent code et de l'article L. 633-1 du code de la construction et de l'habitation et qui accueillent des personnes âgées dépendantes dans des proportions inférieures aux seuils mentionnés au I du présent article ».

¹⁶⁴⁶ Art. 10 4° de la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015, codifié à l'art. L. 312-1 I III CASF.

¹⁶⁴⁷ Art. 10 4° de la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 préc.

¹⁶⁴⁸ Extrait de l'art. L. 313-12 III CASF, tel que modifié par l'Ord. n° 2016-1729 du 15 décembre 2016, *relative aux pharmacies à usage intérieur*, publiée au JORF n° 0292 du 16 décembre 2016 du texte n° 32.

majorité de ces études n'a pas été rendue dans les délais¹⁶⁴⁹. Ainsi, les articles 17¹⁶⁵⁰ et 101¹⁶⁵¹ de la loi, imposant la remise de rapports concernant respectivement le logement en cohabitation intergénérationnelle, et les recours à l'allocation de solidarité pour les personnes âgées auprès de l'Assemblée nationale avec le 28 décembre 2016 n'ont pas été respectés. Dans une même veine, le Sénat aurait dû recevoir à cette même date, le rapport prévu par l'article 50 de la loi¹⁶⁵², sur le sujet de la monnaie complémentaire pour l'autonomie. Enfin l'article 86¹⁶⁵³ imposant qu'un premier volet d'analyse de la mise en œuvre de la loi soit remis au Gouvernement avant le 28 juin 2017 n'a pas connu de plus grande réussite.

b. L'adaptation complète souhaitée de l'adaptation de la société au vieillissement

520. Le législateur n'a pas hésité à qualifier de "révolution de l'âge"¹⁶⁵⁴ l'ensemble du phénomène démographique. Eu égard à l'ampleur du processus et à son dynamisme, le *corpus* légal sera prochainement amené à évoluer de nouveau. L'adaptation de la société au vieillissement ne peut résolument prendre la forme d'une étape unique. Pour être efficiente, elle doit évoluer en mouvement constant. Par ailleurs, la loi de 2015 ainsi que ses décrets d'application montrent d'ores et déjà quelques signes de faiblesse. *« L'espérance de vie en bonne santé ou sans incapacité handicapante progresse parallèlement, néanmoins l'âge et le grand âge ont leurs défis propres. Des exigences spécifiques justifient que soient anticipées les difficultés que ce public connaîtra dans un avenir relativement proche et que le dispositif actuel soit mieux adapté au vieillissement de la*

¹⁶⁴⁹ < http://www.senat.fr/rap/r16-396/r16-39622.html#_Toc474487811 > [en ligne] [consulté le 17 novembre 2017].

¹⁶⁵⁰ Extrait de l'art. 17 de la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 préc. : « Le Gouvernement remet au Parlement, dans les douze mois suivant la promulgation de la présente loi, un rapport relatif au logement en cohabitation intergénérationnelle afin de sécuriser et de favoriser les pratiques existantes ».

¹⁶⁵¹ Extrait de l'art. 101 de la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 préc. : « Dans un délai d'un an à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement remet un rapport au Parlement sur les moyens visant à faciliter le recours à l'allocation de solidarité aux personnes âgées par les personnes qui en remplissent les critères d'éligibilité ».

¹⁶⁵² Extrait de l'art. 50 de la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc. : « Le Gouvernement remet au Parlement, dans les douze mois suivant la promulgation de la présente loi, un rapport relatif à l'émission d'une ou de plusieurs monnaies complémentaires pour l'autonomie. Le rapport fait le bilan des différentes monnaies sectorielles qui ont été mises en place dans les autres pays du monde ».

¹⁶⁵³ Art. 86 de la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc. : « Le Gouvernement remet au Parlement, au plus tard dix-huit mois après la promulgation de la présente loi, un rapport sur l'évaluation de sa mise en œuvre. Il remet un nouveau rapport ayant le même objet, au plus tard trente-six mois après la promulgation de la présente loi. Ces deux rapports sont établis à l'issue d'une analyse conjointe de l'État et des départements et proposent, le cas échéant, des évolutions de la présente loi et de ses mesures d'application ».

¹⁶⁵⁴ L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., annexe.

population »¹⁶⁵⁵. À la lumière de la nature du vieillissement de la population, la société et le Droit devront évoluer constamment. Par conséquent, l'autorité normative devrait apporter une réponse matricielle à ce défi sociétal. À cet égard, une régulation à droit constant — sans modification de l'ordre juridique¹⁶⁵⁶ — pourrait pérenniser l'approche juridique.

521. La loi d'adaptation de la société au vieillissement bénéficie d'une assise conséquente, renforcée par l'attente qui l'avait précédée. Malgré cela, le texte est marqué par une forte inégalité. La majeure partie des dispositions font montre d'une dimension pratique importante. Mais « *des actions complémentaires permettraient de corriger les faiblesses rémanentes du système actuel : défauts de régulation, de transparence, de diversité et de concurrence pour l'offre, manque d'attractivité pour les métiers du secteur, incohérences dans les aides publiques* »¹⁶⁵⁷. La limite est d'ordre théorique. En dépit de ce que déplore le législateur, l'idée sociétale du vieillissement reste inchangée. « *La question de l'image se pose également fortement, alors que l'âge est trop souvent associé à une ou plusieurs maladies* »¹⁶⁵⁸. Pourtant la loi ne s'est pas risquée sur le chemin de la proclamation de principes généraux. Le tableau n'est pas totalement noir cependant. La consécration du statut d'aidant, ainsi que d'un droit au répit se distinguent des autres évolutions. Outre leur dimension pratique incontestable, ces deux entités juridiques ont permis de mettre des mots sur une réalité latente mais dynamique. Le contenant du statut d'aidant est aussi important que son contenu puisqu'il apporte son concours à la théorisation de l'adaptation de la société au vieillissement. La prochaine étape souhaitée devrait permettre un droit solide et structuré. « *Un droit construit et interprété qui respecte l'être humain dans son être le plus profond – à la fois biologique, mental, social et spirituel – peut y contribuer, en parallèle avec toutes les démarches aimantes qui trouvent dans la caritas la seule vraie loi* »¹⁶⁵⁹.

522. La mise en place d'un statut juridique global apporterait une dimension tout autre aux actions concrètes dessinées par la loi de 2015. Cela permettrait en outre de repenser plus largement

¹⁶⁵⁵ I. CORPART, « Les droits et libertés des personnes âgées et vulnérables renforcés par la loi relative à l'adaptation au vieillissement », *Revue juridique personnes et famille*, Wolters Kluwer, Lamy édition, 2016, n° 6

¹⁶⁵⁶ Réponse du Ministère de la justice, publiée dans le JO Sénat du 24 août 2002, p. 2217, à la Question écrite n° 16368 de F. HENNERON, publiée dans le JO Sénat du 10 mars 2005, p. 654 : « L'expression « à droit constant » signifie « sans modification de l'ordre juridique » : par exemple, à la différence des textes législatifs ou réglementaires, qui créent, modifient ou abrogent des dispositions ayant des effets en droit, les circulaires ministérielles, qui précisent la mise en oeuvre de ces normes ne se conçoivent qu'à droit constant ».

¹⁶⁵⁷ A. BOZIO, A. GRAMAIN, C. MARTIN, « Quelles politiques publiques pour la dépendance ? », *Notes du Conseil d'analyse économique*, Conseil d'analyse économique, 2016/8, n° 35.

¹⁶⁵⁸ L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., annexe.

¹⁶⁵⁹ A. EVRARD, F. FRESNEL, « Droits des personnes âgées. Le retard de la France », *Études*, S.E.R. édition, 2016/11, p. 41-52.

l'ensemble des dispositions engagées. À titre illustratif, la loi d'adaptation de la société au vieillissement n'aborde que très succinctement les difficultés par les personnes âgées pour accéder au crédit bancaire. Le texte ne le mentionne d'ailleurs que pour certaines d'entre elles, alors que ce problème touche l'ensemble de la population. « *Pour celles et ceux qui ont difficilement accès au crédit bancaire et dont le reste à charge demeurerait excessif compte tenu des aides existantes de l'ANAH ou de la CNAV, un dispositif de micro-crédit sera mis en œuvre pour que le reste à charge non financé par ces aides ne soit pas un frein à l'adaptation de leur logement* »¹⁶⁶⁰. Loin de saisir la totalité des inégalités contractuelles, la prévision concerne un champ d'action restreint. L'instauration de principes généraux par le prisme d'un statut juridique solide permettrait de prendre à bras le corps chaque enjeu concernant la population des personnes âgées.

II. LA CONSÉCRATION DE DROITS AU NIVEAU SUPRANATIONAL

523. Le vieillissement soulève de nombreux enjeux au sein des nations. La généralisation de l'évolution démographique a placé de nombreux pays dans une disposition telle que des solutions sont recherchées au niveau international. « *Jusque dans les années 60, ce sont les politiques nationales de protection des personnes âgées qui ont prévalu. Mais au début des années 1990, des inquiétudes sont apparues en Europe concernant le vieillissement de la population et les institutions européennes ont pris conscience de la nécessité d'une action coordonnée d'envergure* »¹⁶⁶¹. En réalité, on retrouve bon nombre d'initiatives dès les années 1980 au niveau européen (A) dont le concours a participé au positionnement actuel (B).

A. LES FONDATIONS EUROPÉENNES DE LA PROTECTION DE LA PERSONNE ÂGÉE

524. Les années 1980 furent le berceau d'une prise en compte de la population des personnes âgées. Le phénomène prend racine dans l'apaisement relatif des relations internationales qui permet dès lors aux populations de nombreux pays d'atteindre la vieillesse. Les enfants nés à la fin de la seconde guerre mondiale atteignent la soixantaine et les premiers enjeux liés au vieillissement de masse se dessinent. Le 18 février 1982 le Parlement européen dressait déjà le constat de la situation des personnes âgées sur le territoire de la Communauté européenne¹⁶⁶². De même, en 1986 deux

¹⁶⁶⁰ L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., annexe.

¹⁶⁶¹ A. MEYER-HEINE, « La solidarité à l'égard des personnes âgées en droit de l'Union européenne », *Revue de l'Union européenne*, 2016, p. 6.

¹⁶⁶² Résolution du Parlement européen, *sur la situation et les problèmes des personnes âgées dans la Communauté européenne*, 18 février 1982, publiée au JO n° C 66 du 15 mars 1982, p. 71. Plus largement, V. E. MUIR, « L'âge saisi par le droit communautaire », *Mouvements*, La Découverte, 2009/3, n° 59, p. 34-41.

nouvelles résolutions visaient les aides aux personnes âgées¹⁶⁶³ et l'action communautaire dirigée vers les personnes âgées¹⁶⁶⁴. Le 9 décembre 1989 la Charte des droits sociaux des travailleurs adoptée par la Commission des communautés européennes consacrait le droit pour toute personne âgée de bénéficier de ressources nécessaires à sa survie¹⁶⁶⁵, ainsi que le droit de tout travailleur de la Communauté européenne de bénéficier de ressources suffisantes lors de sa retraite¹⁶⁶⁶. Quelques mois plus tard, la Commission publiait une proposition de décision du Conseil quant aux actions communautaires à mener en faveur des personnes âgées¹⁶⁶⁷. Cette communication s'ouvre sur le constat de la transition démographique vis-à-vis du *corpus* normatif européen déjà en place. « *Depuis la signature en 1957, du traité de Rome instituant la Communauté européenne, le tissu social et la composition démographique de la société se sont profondément modifiés en Europe* »¹⁶⁶⁸. En outre le texte dénonçait déjà l'impact néfaste de l'individualisme dans le cadre d'un vieillissement massif de la population¹⁶⁶⁹.

Le 26 novembre 1990, le Conseil de l'Europe rendait une décision concernant certaines actions communautaires menées en faveur des personnes âgées¹⁶⁷⁰. Ces actions avaient pour objectif¹⁶⁷¹ de « *contribuer, par le transfert de connaissance, des idées et des expériences* » afin d'établir une stratégie préventive destinée « *à répondre aux défis socio-économiques du vieillissement de la population, y compris les problèmes de la dépendance et de la santé des personnes âgées* », de favoriser la solidarité intergénérationnelle et enfin de « *valoriser la contribution positive des personnes âgées à la société* »¹⁶⁷². À cette occasion, le Conseil proclama l'année 1993 placée sous

¹⁶⁶³ Résolution du Parlement européen, *sur les aides aux personnes âgées*, publiée au JOCE n° C 88 du 14 avril 1986, p. 17.

¹⁶⁶⁴ Résolution du Parlement européen, sur une action communautaire visant à améliorer la situation des personnes âgées dans les États membres de la communauté, publiée au JOCE n° C 148 du 16 juin 1986, p. 61.

¹⁶⁶⁵ Paragraphe 25 de la Charte – préc. : « *Toute personne ayant atteint l'âge de la retraite, mais qui se verrait exclue du droit à la pension, et qui n'aurait pas d'autres moyens de subsistance, doit pouvoir bénéficier de ressources suffisantes et d'une assistance sociale et médicale adaptée à ses besoins spécifiques* ».

¹⁶⁶⁶ Paragraphe 24 de la Charte – préc. : « *Tout travailleur de la Communauté européenne doit pouvoir bénéficier, au moment de la retraite, de ressources lui assurant un niveau de vie décent* ».

¹⁶⁶⁷ COMMUNICATION DE LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Relative aux personnes âgées*, COM(90) 80 final, 24 avril 1990.

¹⁶⁶⁸ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Communication, *Op. cit.*, p. 2.

¹⁶⁶⁹ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Communication, *Op. cit.*, *loc. cit.* « *Le changement de la répartition de la population par classes d'âge et la montée de l'individualisme dans nos sociétés posent avec insistance la question des relations entre groupes d'âge et générations, d'une part, et de l'intégration et de la cohésion de la société, de l'autre* ».

¹⁶⁷⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, Décision, *relative à des actions communautaires en faveur des personnes âgées*, n° 91/49/CEE du 26 novembre 1990, publiée au JOCE L 28 du 2 février 1991.

¹⁶⁷¹ Pour la période allant de janvier 1991 à décembre 1993 ; V. CONSEIL DE L'EUROPE, Décision n° 91/49/CEE – préc., art. 1.

¹⁶⁷² Extraits de l'art. 2 de la décision n° 91/49/CEE – préc.

le label d'année européenne des personnes âgées et de la solidarité entre les générations¹⁶⁷³. Entre temps il rendit une autre décision¹⁶⁷⁴ par laquelle il institue auprès de la Commission des communautés européennes un "groupe de liaison¹⁶⁷⁵ des personnes âgées"¹⁶⁷⁶. Ce groupe sera chargé de promouvoir le dialogue entre les organisations représentatives des personnes âgées au niveau européen.

525. À la fin de la première année européenne consacrée aux personnes âgées et à la solidarité entre les générations, l'heure était au bilan. Le Conseil de l'Union européenne et le Conseil des ministres des affaires sociales réunis publient alors une déclaration de principe le 6 décembre 1993¹⁶⁷⁷. Une profusion de bonnes intentions est reconnue à cette occasion. Les États membres affirment reconnaître la citoyenneté à part entière des personnes âgées¹⁶⁷⁸ et s'engagent dans la promotion de leur intégration¹⁶⁷⁹ et de la solidarité intergénérationnelle¹⁶⁸⁰. De même les gouvernements sont déclarés vouloir « *mener une politique fondée sur les principes essentiels de la solidarité entre les générations et au sein de celles-ci, afin [...] d'encourager le respect de l'individualité de la personne âgée, son droit à la vie privée et à son intégrité physique, et de promouvoir la possibilité que la personne âgée prenne ses responsabilités* »¹⁶⁸¹. La même année, l'enquête Eurobaromètre¹⁶⁸² mentionne une "révolution silencieuse des structures d'âge" en Europe¹⁶⁸³. La manière d'envisager une protection spécifique reste encore assez flottante à ce stade.

¹⁶⁷³ CONSEIL DE L'EUROPE, décision n° 91/49/CEE – préc., art. 8 ; V. également à ce propos : CONSEIL DE L'EUROPE, Décision, relative à l'organisation de l'année européenne des personnes âgées et de la solidarité entre les générations, n° 92/440/CEE, publiée au JOCE L 245 du 26 août 1992 ; V. également à ce propos : M.-J. S. « Année européenne des personnes âgées », *Actualité et dossier en santé publique*, 1993, n° 2, p. 5 ; L'année 2012 sera également désignée sous ce même label suite à la décision n° 940/2011/UE du parlement européen et du conseil du 14 septembre 2011.

¹⁶⁷⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, décision n° 91/544/CEE du 17 octobre 1991, relative au groupe de liaison des personnes âgées, publiée au JOCE n° L 296/42 du 26 octobre 1991, p. 42 s.

¹⁶⁷⁵ Le groupe se compose d'une vingtaine de membres nommés par la Commission des communautés européennes sur proposition des organisations des personnes âgées établies parmi les États membres. V. à ce propos les articles 3 et s. de la décision n° 91/544/CEE – préc.

¹⁶⁷⁶ CONSEIL DE L'EUROPE, décision n° 91/544/CEE – préc., art. 1.

¹⁶⁷⁷ CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration de principe du Conseil de l'Union européenne et des ministres des affaires sociales réunis au sein du Conseil, 6 décembre 1993, publiée au JOCE n° C 343/1 du 21 décembre 1993.

¹⁶⁷⁸ CONSEIL DE L'EUROPE, déclaration, de principe du Conseil de l'Union européenne et des ministres des affaires sociales réunis au sein du Conseil, préc., art. 9 I.

¹⁶⁷⁹ CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration de principe du Conseil de l'Union européenne et des ministres des affaires sociales réunis au sein du Conseil, préc., art. 9 II et 10 I.

¹⁶⁸⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration de principe du Conseil de l'Union européenne et des ministres des affaires sociales réunis au sein du Conseil, préc., art. 10 I.

¹⁶⁸¹ CONSEIL DE L'EUROPE, Déclaration de principe du Conseil de l'Union européenne et des ministres des affaires sociales réunis au sein du Conseil, préc., art. 10 *ab initio* et 10 II.

¹⁶⁸² COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Les attitudes face au vieillissement*, Enquête Eurobaromètre, 1993

¹⁶⁸³ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Les attitudes face au vieillissement*, *Op. cit.*, p. 3.

En 1994 la Commission des communautés européennes publie un Livre blanc dans lequel sont posées les premières bribes de raisonnement et où la participation des personnes âgées au fonctionnement de la société¹⁶⁸⁴ est encouragée. « *La politique sociale va au-delà de l'emploi et affecte l'individu lorsqu'il travaille mais également lorsqu'il ne travaille pas — la vie de famille, la santé et la vieillesse* »¹⁶⁸⁵.

Un premier tournant conceptuel transparait d'une recommandation du Comité des ministres aux États membres, le 10 octobre 1994¹⁶⁸⁶. À cette occasion, la question de la définition de la vieillesse et de l'imposition d'un éventuel seuil d'âge est éludée. À l'effort descriptif, l'institution préfère une position relevant volontairement du champ de l'anticipation et de la prévention. « *Le vieillissement est un processus : Être vieux dépend du vécu de l'individu et de son environnement, les handicaps fonctionnels relatifs à l'âge apparaissant graduellement. Il est donc vain de définir précisément à quel moment commence la vieillesse. Il importe par contre de se préparer à bien vieillir* »¹⁶⁸⁷. La prise en compte se mènera désormais en amont de la vieillesse. Afin de remédier à la situation et pour sauver le système de retraite français, le Conseil de l'Europe a pu recommander en 2013 de relever une nouvelle fois l'âge minimal de départ à la retraite, de relever la durée de cotisation nécessaire à l'obtention d'une retraite à taux plein ou encore de réduire les dérogations au régime général. L'organe a en revanche mis en garde l'État français contre l'effet néfaste d'une éventuelle augmentation des niveaux de cotisation de la sécurité sociale qui aurait « *une incidence négative sur le coût du travail et devrait dès lors être évitée* »¹⁶⁸⁸.

526. En 2015, le Conseil constate les limites des réformes engagées. « *Le déficit du système de retraite pourrait continuer à se creuser dans les années à venir et les réformes des retraites menées précédemment ne suffiront pas à le combler* »¹⁶⁸⁹. En réaction, le Conseil recommande à la France pour la période actuelle, de prendre de nouvelles mesures supplémentaires pour restaurer l'équilibre du système de retraite et d'attacher un soin particulier à la viabilité financière des régimes

¹⁶⁸⁴ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre blanc, Politique sociale européenne – une voie à suivre pour l'Union*, Com(94)333 final, 27 juillet 1994, p. 35.

¹⁶⁸⁵ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre blanc*, *Op. cit.*, p. 1.

¹⁶⁸⁶ CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation n° R(94)9 du comité des ministres aux États membres concernant les personnes âgées, 10 octobre 1994.

¹⁶⁸⁷ CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶⁸⁸ CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation, concernant le programme national de réforme de la France, COM(2013) 360 final, 29 mai 2013 : « Compte tenu de la situation budgétaire difficile en France, il est essentiel que les mesures budgétaires aillent de pair avec des efforts accrus en faveur de réformes structurelles pour soutenir et accroître le potentiel de croissance à long terme de l'économie française ».

¹⁶⁸⁹ CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation, concernant le programme national de réforme de la France pour 2015 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la France, 2015.

complémentaires. Des dispositifs — comme le mécanisme de surcote permettant la majoration des pensions de retraites des personnes travaillant au-delà de l'âge légal de départ — ont été mis en place afin de favoriser les emplois seniors¹⁶⁹⁰. Toutes les institutions internationales ne prônent pas un recul incessant de l'âge de départ à la retraite. L'organisation Internationale du Travail¹⁶⁹¹, tend à considérer l'âge de 65 ans comme étant l'âge maximal de la vie active¹⁶⁹², même si elle ne l'impose pas formellement « *L'âge prescrit ne devra pas dépasser soixante-cinq ans. Toutefois, un âge supérieur pourra être fixé par les autorités compétentes, eu égard à la capacité de travail des personnes âgées dans le pays dont il s'agit* »¹⁶⁹³. Du côté interne, le Conseil d'orientation des retraites, dans ses projections les plus favorables, prévoit ou espère un retour à l'équilibre au prix d'une dégradation du montant des pensions.

527. L'étude du système de retraite, de son fonctionnement, des réactions légales face aux défis sociodémographiques qui l'affectent, révèle des dysfonctionnements structurels et conjoncturels qui menacent aujourd'hui la pérennité du système en son entier. Certes, de nombreuses réformes ont vu le jour, mais c'est encore insuffisant pour enrayer la situation. L'enjeu est chaque jour plus grand. Malgré cela, parmi la myriade de propositions que l'on trouve dans les réformes au niveau national ou dans les recommandations du Conseil de l'Europe, on constate que le panel de solutions est en réalité bien limité. On a pendant un temps exhorté au soutien de la natalité ou à l'immigration, afin de rétablir le ratio entre le nombre de cotisants et le nombre de pensionnés. Pourtant, comme le dit si bien le sociologue et démographe François HÉRAN, « *Ce n'est pas en gonflant artificiellement le bas de la pyramide des âges qu'on pourra l'empêcher de s'exhausser à l'autre extrémité* »¹⁶⁹⁴. Le dénouement semble être le recul perpétuel de l'âge légal de départ à la retraite, et l'allongement corrélatif de la période de cotisation nécessaire à l'obtention d'une pension de retraite complète.

¹⁶⁹⁰ S. MAYER, Étude des obstacles à l'équité et à l'efficacité du système fiscal français, Thèse de Doctorat en droit, Paris II Panthéon-assas, 2016, p. 119 : « Les entreprises qui remplissent les conditions requises peuvent bénéficier d'une aide pouvant atteindre 8000 euros, à condition de maintenir dans l'emploi un salarié ayant 57 ans ou plus, ou de recruter une personne âgée de 55 ans ou plus ».

¹⁶⁹¹ La France a ratifié les parties II et IV à IX de la Convention, laquelle est entrée en vigueur en France le 14 juin 1974. La partie III non ratifiée concerne les articles 13 à 18 de la Convention, sur les indemnités de maladie.

¹⁶⁹² L. BIZZINI, C.-H. RAPIN, « L'âgisme, une forme de discrimination qui porte préjudice aux personnes âgées et prépare le terrain de la négligence et de la violence », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2007/4, n° 123, p. 265.

¹⁶⁹³ Convention OIT n° 102, partie V, art. 26 – 2.

¹⁶⁹⁴ F. HÉRAN, « L'inexorable privilège du vieillissement », Alternatives économiques, Hors-série, n° 85, 2011 : « *Du coup, ni le soutien à la natalité ni l'appel à une immigration jeune ne peuvent contrer ou stopper le vieillissement inexorable des populations européennes* ».

528. Pour fonctionner, il faut nécessairement accompagner ce type de mesure de dispositifs efficaces permettant de valoriser et de favoriser l'emploi des personnes âgées. Assurément, le maintien dans l'emploi est un objectif devant nécessairement être apprécié au regard du facteur de l'efficacité. À ce propos, une partie de la doctrine exhorte les entreprises souhaitant maintenir en activité des salariés âgés de « *repérer les conditions dans lesquelles les performances de ces travailleurs peuvent se maintenir et se développer* »¹⁶⁹⁵. On comprend aisément que le défi que représente l'allongement de l'espérance de vie pour le système de retraite donne naissance à ce type de solution. Puisque la durée moyenne de vie augmente, il devient difficile de financer une trop longue période de retraite avec le même nombre d'années de cotisation. En réalité la pérennité du système de retraite dans le contexte démographique actuel et futur ne se trouve confronté qu'à trois voies d'actions possibles¹⁶⁹⁶.

Dans l'hypothèse d'un taux d'actifs relativement stable, soit le législateur procède à une hausse des cotisations, soit il retarde l'âge de la retraite, soit il prévoit une baisse des pensions de retraites. Allonger la tranche de vie active semble donc être une solution cohérente du point de vue du financement. Un élément capital semble ne pas avoir été soulevé par les législateurs contemporains. Ce n'est pas parce que l'on meurt plus vieux, que l'on est capable de travailler plus longtemps. L'augmentation de la durée moyenne de la vie n'a pas pour effet de retarder strictement les phénomènes physiologiques du vieillissement. Certes, les générations d'aujourd'hui et de demain vivent et vivront plus longtemps que les générations précédentes, mais cela ne signifie pas que ces générations seront concrètement capables de rester actives jusqu'à 65 ou 70 ans. Cette allégation est déjà confirmée aujourd'hui par le taux d'emploi des 55 – 64 ans qui est déjà fortement mitigé. De ce constat, on peut tirer de premières conséquences. Si la majorité des travailleurs ne se trouve pas en capacité d'aller jusqu'au bout de sa période de cotisation, elle ne pourra donc pas accéder à des pensions de retraite à taux plein. En conséquence, le niveau de vie des retraités va diminuer. Or, nous le verrons, cette catégorie de la population est économiquement très active¹⁶⁹⁷. De nombreux secteurs — le secteur touristique ou associatif — pourraient être gravement affectés.

529. Garder les actifs plus longtemps sur le marché du travail est un pari coûteux pour les entreprises comme pour la nation. Cela pèse sur les entreprises, car un salarié à la carrière avancée

¹⁶⁹⁵ CFES, « Analyse critiques. Notes de lecture de : Vieillir en santé : résultats d'une étude qualitative sur les codes de communication des 60-85 ans : discussion et propositions pour l'action », Retraite et société, la Documentation française, 2001/3, n° 34, p. 197.

¹⁶⁹⁶ D. BLANCHET, *Op. cit.*, p. 129-130.

¹⁶⁹⁷ On parle de "Silver-économie".

bénéficie d'un salaire plus élevé qu'un débutant. Ceci se justifie par l'octroi de primes d'ancienneté — sorte de récompense pour la loyauté à l'entreprise ¹⁶⁹⁸ — ainsi que par l'augmentation des connaissances, de la technicité et de la spécialisation qui ne s'acquièrent qu'avec l'expérience. Ce phénomène est connu sous le nom d'« effet de Noria ». Sans aller jusqu'à proposer de remplacer les partants par des débutants, il s'agirait de faire évoluer les personnes qui sont aux postes intermédiaires ou de permettre effectivement à des jeunes d'être directement formés par le futur retraité. Cette solution trouve à s'exprimer à travers les contrats de générations, qui ne connaissent pas le succès escompté. La généralisation de cette solution permettrait d'assurer une plus grande fluidité lors des départs à la retraite. Enfin, retarder l'âge de départ à la retraite et la durée de cotisation est coûteux pour la nation, car les places que continuent d'occuper les personnes en fin de carrière sont autant de places nouvelles auxquelles ne peuvent accéder les plus jeunes. Sur un autre plan, plus le départ à la retraite est retardé et moins les retraités seront amenés à consommer. D'ailleurs, dans une société littéralement engluée par les arrêts maladie en tout genre, qui affectent le fonctionnement et la fluidité de tous les secteurs d'activité, le législateur doit avoir conscience que retarder l'âge de départ en retraite ne peut qu'aggraver la situation.

530. L'abaissement de l'âge légal de départ en retrait à 60 ans ¹⁶⁹⁹ en 1982 ¹⁷⁰⁰ s'est accompagné de la création du mécanisme de cumul emploi-retraite ¹⁷⁰¹. La réforme de 2003 fut initiatrice d'un ensemble de mesures destinées à prolonger l'activité professionnelle, et donc à favoriser l'emploi des seniors. *« Des incitations financières ont été mises en place, et progressivement renforcées, avec le dispositif de la surcote, et le dispositif du cumul emploi-retraite a été assoupli. Le dispositif de la surcote incite l'assuré à prolonger son activité avant de passer à la retraite, même s'il dispose des conditions nécessaires pour percevoir une pension à taux plein, alors que la logique de cumul emploi-retraite est de permettre aux retraités de reprendre une activité professionnelle après leur passage à la retraite »* ¹⁷⁰². Depuis 1^{er} janvier 2015, la possibilité de cumuler une pension de retraite et une activité rémunérée a été renforcée ¹⁷⁰³. Pour prendre soin de ne pas modifier l'équilibre du

¹⁶⁹⁸ Au-delà de cela, la relative pérennité des salariés dans une entreprise permet de concrétiser la vie de cette entreprise. Les salariés de longue date assurent l'identité et la cohérence de l'entreprise. Ils permettent de créer un véritable lien entre l'impulsion souhaitée par les créateurs de l'entreprise et sa réalisation à moyen ou long terme.

¹⁶⁹⁹ F. PETIT, *Op. cit.*, loc.cit. : « La politique d'abaissement de l'âge de départ à la retraite à 60 ans (1982) n'a pu qu'être source de difficultés de financement pour le régime d'assurance vieillesse ».

¹⁷⁰⁰ Ordonnance n° 82-270 du 26 mars 1982, relative à l'abaissement de l'âge de la retraite des assurés du régime général et du régime des assurances sociales agricoles, publiée au JORF du 28 mars 1982, p. 951.

¹⁷⁰¹ Pour les salariés du secteur privé.

¹⁷⁰² I. BRIDENNE, C. METTE, « Le cumul emploi-retraite des salariés : constats et enjeux », *Revue française des affaires sociales*, 2012/4, n° 4, p. 136-159.

¹⁷⁰³ Décret n° 2014-1713 du 30 décembre 2014, relatif au cumul d'une activité rémunérée et d'une pension de vieillesse, JORF n° 0302 du 31 décembre 2014, p. 23416, texte n° 90, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015.

marché du travail, le législateur a assorti cette faculté de limites qui réduisent significativement l'ampleur de ce projet. Le cumul intégral des revenus est par exemple réservé aux personnes bénéficiant d'une pension de retraite à taux plein. Par conséquent, les personnes considérées comme à risque, c'est-à-dire ayant peu cotisé resteront les plus fragiles. À l'usage, on constate que la majorité des cumuls emploi/retraite prennent la forme d'inscriptions dans des agences d'intérim — donc des situations précaires. La chose n'est pas également répartie. Il apparaît que : « *Ce sont surtout des femmes qui dans leur parcours professionnel étaient dans des emplois peu qualifiés, avec des bas salaires, à temps partiel, etc. ; c'est donc plutôt un public qui se trouve de facto à un niveau de retraite faible, même s'il y a des systèmes de compensation (minima contributifs notamment ou le minimum garanti pour les fonctionnaires)* »¹⁷⁰⁴. On peut s'interroger sur l'intérêt des limitations de cumul emploi retraite, alors que la tendance est au recul constant de l'âge de départ de la vie active. On a cessé de garder les actifs, en retardant leur départ en retraite, mais on limite leur retour à l'activité. L'enjeu est bien évidemment financier. Mais on ne peut valablement accueillir la justification de l'équilibre du marché du travail pour les limitations du mécanisme de cumul emploi/retraite.

B. LA CONSOLIDATION DE LA PROTECTION DE LA PERSONNE ÂGÉE EN EUROPE ET DANS L'UNION EUROPÉENNE

531. Plusieurs positionnements sont mis en avant au niveau européen et de l'Union européenne, dans le but d'embrasser la transition démographique. Le premier consiste à compenser le vieillissement par la natalité (1), le second, de le compenser en le réduisant artificiellement — grâce à l'allongement de la durée de travail (2). Le troisième enfin, prend corps à travers des proclamations de droits (3).

1. Lutter contre le vieillissement démographique par le maintien d'un taux compétitif de natalité

532. Une véritable action de fond fait jour à partir des années 2000. La prohibition de la discrimination fondée sur l'âge — grande oubliée de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁷⁰⁵ — est expressément consacrée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁷⁰⁶. Au-delà du champ de la seule déclaration de droits, les conséquences de l'évolution

¹⁷⁰⁴ J. OGG, C. CORDIER, « Précarité des retraités en France et en Europe », *Retraite et société*, 2015/1, n° 70, p. 133.

¹⁷⁰⁵ CONSEIL DE L'EUROPE, Convention européenne des droits de l'Homme, 4 novembre 1950.

¹⁷⁰⁶ CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, art. 21.

démographique commencent à se faire sentir. Un vieillissement de masse est désormais entraperçu. Les institutions européennes cherchent à anticiper ces changements afin de préserver la croissance. Le positionnement face à ces défis se fixe progressivement et revêt une nature particulière. L'appréhension de l'évolution démographique se fait "à l'envers". Les solutions recherchées ne visent pas directement les personnes âgées mais bien le reste de la société. En réalité on cherche à pallier l'absence d'un nombre toujours plus important d'actifs et à rétablir l'équilibre nécessaire aux objectifs de production.

Le 16 mars 2005¹⁷⁰⁷, la Commission des communautés européennes publie un Livre vert intitulé *face aux changements démographiques, une nouvelle solidarité entre générations*. Le texte prend résolument le ton productiviste et dénonce la "gravité" du changement démographique. Les craintes se portent notamment sur la réduction de la croissance que provoquent à la fois l'allongement de l'espérance de vie et la baisse du nombre de naissances. L'institution fait part de l'ampleur économique du phénomène démographique. « *Le vieillissement pourrait faire passer la "croissance potentielle" annuelle du produit national brut en Europe de 2-2,25 % aujourd'hui, à 1,25 % en 2040. L'esprit d'entreprise et le goût de notre société pour l'initiative en seraient aussi affectés* »¹⁷⁰⁸. Le positionnement de l'institution européenne est clair. Plutôt que de passer le cap de la "géron-économie", on préfère chercher à rétablir un équilibre perdu. La solution prônée face à la proportion toujours plus grande du nombre de personnes âgées parmi la population totale est d'augmenter le taux de natalité. « *Si l'Europe veut renverser la tendance au déclin démographique, les familles devraient être davantage encouragées par des politiques publiques permettant aux femmes et aux hommes de concilier vie familiale et vie professionnelle* »¹⁷⁰⁹.

533. L'idée selon laquelle un taux de natalité en hausse pourrait répondre aux nécessités liées à l'allongement de l'espérance de vie et au vieillissement de masse est encore ancrée aujourd'hui. Ce raisonnement n'est pas viable à long terme. La principale limite est celle du risque de surpopulation qui est déjà bien présent, et qui cause notamment problème vis-à-vis de l'épuisement des ressources naturelles. C'est pourtant cela qui est envisagé depuis lors à l'échelle internationale. Des solutions sont d'ailleurs avancées pour remédier à la lenteur de la stimulation des naissances. Ainsi le Livre vert considère l'immigration comme une manne économique d'envergure. « *Le choix de recourir plus largement à l'immigration pour répondre au vieillissement démographique doit faire l'objet*

¹⁷⁰⁷ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Livre vert, Face aux changements démographiques, une nouvelle solidarité entre les générations, COM(2005) 94, 16 mars 2005.

¹⁷⁰⁸ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Livre vert, *Op. cit.*, p. 2.

¹⁷⁰⁹ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Livre vert, *Op. cit.*, loc. cit.

*d'un débat au niveau national et européen, ainsi qu'avec les pays d'origine »*¹⁷¹⁰. Ce parti pris avait déjà été formulé près de deux ans auparavant à l'occasion du Conseil européen de Thessalonique. « *Une politique de l'Union européenne en matière d'intégration [de l'immigration de pays tiers] devrait contribuer aussi efficacement que possible à relever les nouveaux défis démographiques et économiques auxquels l'Union européenne est actuellement confrontée »*¹⁷¹¹. Le ton est donné.

2. La compensation du poids économique du vieillissement démographique par le rallongement de la vie active

534. Le 12 octobre 2006¹⁷¹² la Commission des communautés européennes publie une communication dont le titre, *l'avenir démographique en Europe, transformer un défi en opportunité*, est-on ne peut plus ambitieux. Là encore, l'enjeu de la natalité est mis en avant. La stimulation de la natalité est assez laconiquement justifiée par la mention de sondages¹⁷¹³ attestant que les européens souhaitent avoir plus d'enfants mais ne sont pas placés dans des conditions leur permettant de réaliser ce désir. L'objectif économique et de croissance invite les institutions européennes à rechercher des solutions de remplacement. Le débat semble rapidement tourner en rond. Stimuler les naissances implique de renoncer à un taux optimal d'emploi de femmes. Le sacrifice à court terme est important pour les résultats attendus à moyen terme — l'emploi des nouveaux adultes. À long terme — lorsque les naissances stimulées arrivent à l'âge de la retraite — l'aboutissement de l'initiative n'est pas assuré. Les conséquences des actions politiques menées en faveur de la natalité se font attendre. L'objectif de renforcement du taux d'actif reste vif. L'usage du flot d'immigration pour combler le besoin d'actifs est de nouveau consacré¹⁷¹⁴.

535. Une nouvelle solution émerge progressivement. Il s'agit de l'emploi des personnes âgées. La "méthode ouverte de coordination" mise en place par l'Union européenne tend à promouvoir les meilleures pratiques afin d'amener les politiques nationales vers une convergence allant dans le sens des objectifs communautaires. L'union européenne a fait sienne l'idée selon laquelle, la solution pour financer les retraites et freiner l'augmentation exponentielle du nombre de retraités

¹⁷¹⁰ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Livre vert, *Op. cit.*, p. 6.

¹⁷¹¹ CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Conseil européen de Thessalonique, 19 et 20 juin 2003*, n° 11638/03, 1^{er} octobre 2003, p. 9.

¹⁷¹² COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Communication, *L'avenir démographique de l'Europe, transformer un défi en opportunité*, COM(2006) 571 final, 12 octobre 2006.

¹⁷¹³ La Communication se contente de mentionner l'existence de ces sondages mais ne les cite pas expressément.

¹⁷¹⁴ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Communication, *Op. cit.*, p. 11 : « *Il faut être clair : Au cours des 15 à 20 prochaines années, l'Europe continuera à recevoir une immigration nette importante. Celle-ci viendra d'abord combler les besoins du marché du travail européen qui devra attirer une main-d'œuvre extérieure qualifiée. Les besoins extérieurs en main-d'œuvre non qualifiée resteront également très importants »*.

est de reculer l'âge de départ à la retraite et de stimuler l'emploi des cinquante-cinq / soixante-quatre ans. Concrètement, pour sauver les retraites, la réponse apportée au niveau communautaire est celle de l'emploi des seniors. Le raisonnement semble en effet imparable : si on maintient des personnes en activité, on réduit corrélativement le nombre de pensionnés.

La notion de vieillissement actif est mise en avant. « *La politique de vieillissement actif relève d'une logique d'activation : elle vise l'augmentation du nombre de travailleurs âgés sur le marché de l'emploi et la diminution des charges en matière de protection sociale en activant les travailleurs âgés* »¹⁷¹⁵. Les objectifs sont doux à l'oreille « *Au-delà de l'emploi et de la retraite, il s'agit de promouvoir un modèle social ouvert à tous et à tout âge, favorable à la participation et à l'intégration des personnes âgées, femmes et hommes* »¹⁷¹⁶. On constate ici que l'union européenne utilise l'argument quasi magique qu'est l'égalité sous toutes ses déclinaisons — égalité homme femme, intégration des personnes âgées. Ces solutions portent directement atteinte à l'organisation du parcours de vie. Les existences individuelles se trouvent bouleversées. « *Le vieillissement démographique invite cependant à accorder une importance stratégique à l'augmentation du taux de participation des femmes et hommes de plus de 55 ans* »¹⁷¹⁷. Le ton donné est encore une fois productiviste. Dans le but de trouver une réponse globale au défi démographique, chaque matière est mise à contribution. Le raisonnement est simple. Pour que la période d'activité s'allonge, et donc pour maintenir plus longtemps les adultes en activité de façon significative, il faut préserver la santé des actifs. « *Si travailler, passé la soixantaine, ne doit plus être comme aujourd'hui l'apanage des hauts revenus et des hauts diplômés, il faut réduire les écarts d'espérance de vie qui constituent aujourd'hui l'une des inégalités sociales les plus marquantes en fonction du revenu et du niveau d'éducation* »¹⁷¹⁸. La notion de discrimination fondée sur l'âge tend dès cette période à être renforcée puisqu'elle constitue un manque à gagner en matière d'emploi.

¹⁷¹⁵ A. TOURNIAIRE-KASHARI, « Les enjeux du vieillissement actif et de la solidarité entre les générations dans l'Union européenne », *Informations sociales*, CNAF, 2014/3, n° 183, p. 116-124 : « *La notion de vieillissement actif apparaît pour la première fois en 2002 puis en 2004 comme une des trois priorités de l'Union dans le cadre de la nouvelle SEE. En 2010, le vieillissement actif devient une composante essentielle de la nouvelle stratégie de l'UE pour la décennie à venir, la stratégie Europe 2020* ».

¹⁷¹⁶ N. KERSCHEN, *Op. cit.*, p. 90 : « *À travers la stratégie coordonnée pour l'emploi et la « méthode ouverte de coordination » des pensions, l'Union européenne poursuit un double objectif : porter à 50% le taux d'emploi moyen de l'Union européenne pour la catégorie d'âge, hommes et femmes, de 55 à 64 ans 3 et augmenter progressivement d'environ 5 ans l'âge effectif moyen auquel cesse, dans l'Union européenne, l'activité professionnelle* ».

¹⁷¹⁷ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, COMMUNICATION, *Op. cit.*, p. 9.

¹⁷¹⁸ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, COMMUNICATION, *Op. cit.*, p. 10.

536. La transition démographique prend une ampleur largement relatée par différentes études. Les scénarii se succèdent. « *D'ici 2030, on estime qu'environ 25% de la population européenne aura plus de 60 ans, et que 7% d'Européens auront plus de 80 ans. [...] Cela signifie que l'Union européenne passera de quatre à seulement deux personnes en âge de travailler pour chaque citoyen âgé de 65 et plus* »¹⁷¹⁹. En 2012, le Livre blanc de la Commission européenne renforce le positionnement consistant à prôner l'allongement de la durée de la vie active. « *Le vieillissement de la population fait peser une menace importante sur les systèmes de retraite dans tous les États membres. À moins que les femmes et les hommes, qui vivent plus longtemps, travaillent également plus longtemps et épargnent davantage pour leur retraite, l'adéquation des pensions ne pourra plus être garantie, car l'accroissement des dépenses que cela impliquerait serait intenable* »¹⁷²⁰. La solution présente de nombreux avantages au niveau économique. Si la période d'activité s'allonge plus rapidement que ne le fait l'espérance de vie, l'individu produit plus longtemps et reste donc moins de temps en période d'inactivité. L'action sera désormais menée en faveur de l'emploi des femmes et des travailleurs âgés, sans toutefois aménager le rapport général à l'emploi. Le financement de la retraite via une complémentaire privée est encouragé.

Au niveau sanitaire, s'il est avéré que l'activité professionnelle stimule le corps et l'esprit, il n'en demeure pas moins que le vieillissement participe à un affaiblissement global. Par ailleurs, l'allongement de l'espérance de vie ne signifie pas un élargissement de la fenêtre d'aptitude au travail. Pour ces raisons, le travail des personnes âgées devrait impérativement rester cantonné au volontariat et aux initiatives personnelles.

3. L'adaptation au vieillissement par la proclamation de droits.

537. Une Recommandation du Comité des ministres aux États membres sur la promotion des droits de l'homme des personnes âgées¹⁷²¹ fait figure d'exception parmi l'actualité juridique de ces dernières années. Le positionnement classique semble désormais — et fort heureusement — vaciller : « *L'allongement significatif de l'espérance de vie intervenu au cours du siècle dernier ne devrait pas être perçu comme un fardeau pour la société, mais plutôt comme une tendance*

¹⁷¹⁹ P. HENRY, *et al.*, « Vieillesse active et solidarité intergénérationnelle : constats, enjeux et perspectives », Think tank européen pour la solidarité, Coll. Working paper, 2010.

¹⁷²⁰ Commission européenne, Livre blanc, Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables, COM(2012) 55 final, 16 février 2012, p. 2-3.

¹⁷²¹ CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation CM/Rec(2014)2, du Comité des Ministres aux États membres sur la promotion des droits de l'Homme des personnes âgées, 19 février 2014.

positive »¹⁷²². La situation spécifique de la population des personnes âgées est reconnue dès les considérations de l'ordre du champ d'application de la Recommandation. « *La présente recommandation s'applique aux personnes dont l'âge constitue, seul ou combiné avec d'autres facteurs, y compris les perceptions et les attitudes, un obstacle à la pleine jouissance de leurs droits de l'homme et libertés fondamentales, et à leur pleine et effective participation à la société dans des conditions d'égalité* »¹⁷²³. Il en va de même pour l'existence des seuils d'âge eu sein des législations nationales¹⁷²⁴. Cependant, le texte use à outrance du conditionnel et ne dépasse que très légèrement la consécration des principes et l'exemplarité de certaines pratiques. Dans le même ordre d'idée, il existe un projet de Convention internationale relative aux droits des adultes âgés¹⁷²⁵. Néanmoins, la concrétisation de cette proclamation de droits, portée par la fédération internationale des associations de personnes âgées n'est toujours pas accomplie.

PARAGRAPHE 2

LA CONSÉCRATION DE DROITS AU NIVEAU NATIONAL : L'ABOUTISSEMENT DU *ESTATUTO DO IDOSO* STATUT NATIONAL DE LA PERSONNE ÂGÉE AU BRÉSIL

538. Chaque pays dispose de son propre ordre juridique et le traitement d'une même cause diffère selon les époques, les régimes, et les conceptions admises. Cette nature fonde certainement l'attrait du droit international privé. La prise en compte de la personne âgée ne fait pas exception à cette variété, et répond à des perceptions divergentes selon les pays, à la fois dans sa forme et dans sa substance. L'Allemagne par exemple semble quasiment hermétique au critère de l'âge. Hormis les prestations nécessairement liées à l'âge du bénéficiaire — la retraite notamment — la prise en compte sociale de l'âge ou du handicap est réalisée indépendamment d'un seuil d'âge¹⁷²⁶. Le vieillissement démographique a été volontiers présenté comme l'apanage des seuls pays dits développés¹⁷²⁷. La réalité est tout autre. Par ailleurs, la réaction face à la mutation démographique n'est pas répartie uniformément (I). C'est ainsi que la considération de la personne âgée connaît sa forme la plus aboutie au Brésil (II).

¹⁷²² CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation, *Op. cit.*, p. 2.

¹⁷²³ CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation, *Op. cit.*, p. 3.

¹⁷²⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁷²⁵ FIAPA, Convention relative aux droits des adultes âgés et protocole facultatif (version 6), 29 décembre 2012.

¹⁷²⁶ O. KAUFMANN, « La prise en charge des personnes âgées dépendantes ou handicapées en droit allemand », *RDSS*, Dalloz édition, 2015, p. 786.

¹⁷²⁷ C. TERENCE SEIXAS, *Histoire de vieux. Un regard sur le quotidien des personnes âgées au Brésil*, Thèse de Doctorat de Sociologie, 2012, Paris.

I. LA CRÉATION DU STATUT DE LA PERSONNE ÂGÉE AU BRÉSIL

539. La consécration du statut de la personne âgée dans le droit brésilien (B) est le fruit d'un effort politique et juridique couronné par sa présence au sein de la Constitution (A).

A. LA PERSONNE ÂGÉE COMME SUJET DE DROITS

540. Le Brésil reconnaît un statut juridique propre à la personne âgée depuis 2003. Ce positionnement politico-juridique est le fruit d'une démarche engagée depuis plusieurs décennies. L'état du droit positif brésilien est le résultat d'une impulsion remontant aux années 1970. Une seconde vague protectionniste¹⁷²⁸ en 1994 a mis en place la *Política Nacional do Idoso* — une politique nationale des personnes âgées. C'est à cette occasion que fut créé le Conseil national pour les personnes âgées¹⁷²⁹.

541. La Constitution du Brésil s'emploie à distinguer expressément la personne âgée du reste de la population¹⁷³⁰. Au-delà de cet effort, elle organise une protection spécifique de la vieillesse. Son 230^{ème} article se traduit ainsi : « *La famille, la société et l'État ont le devoir de protéger les personnes âgées en assurant leur participation à la collectivité, en défendant leur dignité et leur bien-être et en leur garantissant le droit à la vie* »¹⁷³¹. Grâce à cette disposition, la personne âgée devient l'objet d'un large élan de protection. Le principe général protection est décliné dans les trois échelles sociétales que sont la famille, la société et l'État. De cette façon, le législateur brésilien s'assure du respect et de l'amplitude du principe de protection de la personne âgée. Par ailleurs,

¹⁷²⁸ E. CHAUTARD, as políticas sociais atuais permitem a manutenção e apoio aos idosos no domicílio ? Complementaridade do paio cotidiano de idosos no domicílio na França e a assistência multiprofissional ao idoso no Brasil. Mestrado e membro serviço social, São Paulo, 2015, p. 43 < <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/17763/1/Eva%20Chautard.pdf> > [en ligne] [consulté le 11 août 2017] : « *En premier lieu, la naissance d'une protection sociale de l'État très arbitraire entre 1930 et 1964 où seule une minorité de brésiliens était couverte. Ensuite, jusqu'en 1985, on assiste à la consolidation institutionnelle et une expansion massive des droits qui dessinent un système de protection publique. Puis, une période de restructuration jusqu'à la Constitution de 1988, qui distingue trois grandes branches de protection sociale : la prévoyance relative au travail, la santé et l'assistance non contributive, sous forme de minima sociaux* ».

¹⁷²⁹ Lei n° 8.842 de 4 de janeiro de 1994, Dispõe sobre a política nacional do idoso e cria o Conselho Nacional do Idoso, L. n° 8.842 du 4 janvier 1994, prévoyant la politique nationale des personnes âgées et créant le Conseil national pour les personnes âgées.

¹⁷³⁰ Constitution adoptée le 5 octobre 1988.

¹⁷³¹ O artigo 230 da Constituição Brasileira ; Art. 230 de la Constitution du Brésil. Ce principe est également exposé dans l'article 3 de la loi n° 10.741 préc. Texte original : « *A família, a sociedade eo Estado têm o dever de proteger os idosos, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo o direito à vida.*

Programas de assistência para os idosos são executados preferencialmente em suas próprias casas. O transporte urbano gratuito é garantido para pessoas com mais de 65 anos ».

l'article ne se borne pas à désigner les acteurs de l'obligation de protection. Il en précise également la teneur. La personne âgée est assurée de sa participation à la vie sociétale. Son intégrité est consacrée à travers l'énonciation des principes de dignité et de droit à la vie.

L'article 230 de la Constitution brésilienne est complété par deux autres paragraphes. Ceux-ci disposent que : « *Les programmes d'assistance aux personnes âgées sont exécutés de préférence dans leurs propres foyers* » ; ainsi que : « *La gratuité des transports en commun urbains est garantie aux personnes âgées de plus de 65 ans* »¹⁷³². Les contours du statut juridique de la personne âgée se font plus précis. On peut valablement s'étonner de la précision de ces informations — notamment en matière de transports urbains. Au-delà de cela, ces éléments permettent d'assoir la volonté du législateur brésilien de consolider la place sociétale de la personne âgée dans le pays. Avec la *priorisation* du domicile, le message envoyé est celui du maintien de l'individu dans son environnement, quel que soit son âge. Sa place est assurée, y compris lorsque son état requiert un soutien matériel et humain. La référence aux transports en commun consacre plus largement la reconnaissance d'avantages financiers uniquement fondés sur un critère d'âge.

Le principe d'égalité des citoyens devant la loi est également consacré à l'article 5 de la Constitution¹⁷³³. La reconnaissance de droits spécifiques aux personnes âgées n'est pas considérée comme portant atteinte à l'égalité des citoyens. Ce raisonnement pourrait être transposé en droit français.

B. LA CONSOLIDATION DU STATUT DE LA PERSONNE ÂGÉE AU BRÉSIL

542. Le statut de la personne âgée fut entériné le 1^{er} octobre 2003, journée internationale des personnes âgées¹⁷³⁴. Le statut est conçu comme une réponse à un enjeu sociétal important. Madame Gisela MARIA BESTER a eu l'occasion d'exposer le contexte de sa création : « *En dépit de nombreuses prévisions normatives créées sur XX^{ème} et XXI^{ème} siècles afin d'assurer une des conditions dignes et équitables pour personnes âgées, la réalité objective à laquelle ce segment de*

¹⁷³² Extractos do artigo 230 da Constituição Brasileira ; Art. 230 de la Constitution du Brésil préc.

¹⁷³³ V. à ce propos : F. AZEVEDO DOS SANTOS, *Écoutes du vieillissement : la personne âgée dans la postmodernité*, Thèse de Doctorat de Sociologie, 2013, Université Montpellier III, pt. 3.2.

¹⁷³⁴ De son côté le contexte français de l'époque est limité au bilan des effets dévastateurs de la canicule de 2003, durant laquelle le taux de mortalité chez les personnes âgées a augmenté de manière significative.

personnes sont soumises démontre la précarité de la situation dans laquelle ils vivent »¹⁷³⁵. L'enjeu sociétal était grand.

543. Le statut organise la répartition des rôles et responsabilités de chacun dans le bien-être de la population des personnes âgées. C'est ainsi que le troisième article de la loi de 2003 consacre notamment le principe suivant : « *La famille, la communauté, la société et le gouvernement ont pour obligation d'assurer aux personnes âgées, avec une priorité absolue, la réalisation du droit à la vie, la santé, l'alimentation, l'éducation, la culture, les sports, les loisirs, le travail, la citoyenneté, la liberté, la dignité, le respect et la vie familiale et communautaire* »¹⁷³⁶. À l'occasion d'une étude de législation comparée, le Docteur Ana Paula ARISTON BARION PÉRÈS et Monsieur Thierry FOSSIER exposent la nature de ce statut original. « *Le statut, de manière détaillée, élucide le rôle de la famille dans la prise en charge des obligations légalement imposées.* »¹⁷³⁷. L'envergure du statut est notable¹⁷³⁸. Il consacre une garantie de priorité au bénéfice¹⁷³⁹ des personnes âgées. Cette garantie s'étend à de nombreuses facettes de la vie d'une personne. Elle implique l'ensemble de la société. Le législateur est lui-même débiteur de cette garantie de priorité puisque les politiques sociales publiques relatives aux personnes âgées doivent être formulées de façon à être comprises des personnes âgées¹⁷⁴⁰. Il doit également privilégier les formes alternatives de participation à la vie

¹⁷³⁵ G. MARIA BESTER, V. PONTAROLA MAITO, inclusão democrática de passageiros idosos no brasil a Partir da lei nº 10.741/2003 e efetividade do novo direito Fundamental ao transporte interestadual, < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_gisela_bester_e_vanessa_maito.pdf > [en ligne] [consulté le 11 août 2017]. Texte original : « *Não obstante as inúmeras previsões normativas criadas ao longo dos Séculos XX e XXI a fim de garantir uma condição digna e igualitária para os idosos, a realidade fática à qual este segmento de pessoas está submetido demonstra a precariedade da situação em que vivem* ».

¹⁷³⁶ Extrait du texte original « *É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária* ». Lei nº 10.741 artigo 3 conforme alterada pela lei nº 13.466 do 12 de julho de 2017 – art. 2 ; extrait de l'art. 3 de la loi nº 10.741 – préc., tel que modifié par la loi nº 13.466 du 12 juillet 2017 – art. 2.

¹⁷³⁷ A.-P. ARISTON BARION PÉRÈS, Th. FOSSIER, « Vulnérabilité ou affaiblissement : quel statut civil pour la personne âgée ? Les exemples français et brésilien », *Droit de la famille*, LexisNexis édition, 2005, n° 10, étude 20, p. 2.

¹⁷³⁸ Dans le cadre du statut, le législateur brésilien est allé dans le détail en régulant jusqu'aux places réservées aux personnes âgées dans les transports en commun. Lei nº 10.741 artigo 40 – supra ; Art. 40 de la loi nº 10.741 – préc. Texte original : « *No sistema de transporte coletivo interestadual observar-se-á, nos termos da legislação específica : a reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos;desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos. Parágrafo único. Caberá aos órgãos competentes definir os mecanismos e os critérios para o exercício dos direitos previstos nos incisos I e II* ».

¹⁷³⁹ Lei nº 10.741 artigo 3 § 1° - supra ; art. 3 §1 de la loi nº 10.741 préc.

¹⁷⁴⁰ Lei nº 10.741 artigo 3 § 1° II - supra ; art. 3 §1 II de la loi nº 10.741, préc. Texte original : « *[a garantia de prioridade compreende] preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas* » ; Traduction : « *[la garantie de priorité comprend] de préférence dans la formulation et l'application des politiques sociales publiques spécifiques* ».

publique au profit des personnes âgées¹⁷⁴¹ et assurer une large publicité à vocation pédagogique sur le vieillissement¹⁷⁴². L'accès aux services sociaux et de santé fait également partie de cette proclamation de droits¹⁷⁴³. De leurs côtés, les acteurs privés doivent offrir un service spécialisé aux personnes âgées¹⁷⁴⁴.

La structure sociétale du pays s'est grandement adaptée à l'évolution démographique. L'ensemble de la société brésilienne semble avoir embrassé la cause du vieillissement. Par-là les impulsions données par le statut national des personnes âgées se trouvent largement relayées par la pratique. Les changements sont concrets. Les professionnels sont formés au contact et à la gestion de la clientèle âgée. Les grands corps de métiers proposent des services spécifiques. L'accueil est également spécialisé — les établissements bancaires proposent un guichet d'accueil réservé pour les personnes âgées. L'architecture des villes est adaptée¹⁷⁴⁵, ainsi que le service des transports urbains et périurbains¹⁷⁴⁶. Ces dynamiques privées reflètent une vision spécifique du soutien social.

544. L'effectivité des droits reconnus est assurée par le biais de la sanction. Ce principe est entre autres¹⁷⁴⁷ consacré à l'article 4 de la loi. « *Toute forme de négligence, de discrimination, la violence, la cruauté ou l'oppression, et toute violation de leurs droits, par acte ou omission, sera puni*

¹⁷⁴¹ Lei n° 10.741 artigo 3 § 1° III – supra ; art. 3 §1 III de la loi n° 10.741 – préc. Texte original : « *[a garantia de prioridade compreende] destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso* ». Traduction : « *[la garantie de priorité comprend la] faisabilité des formes alternatives de participation, la profession et la vie des personnes âgées avec les autres générations* ».

¹⁷⁴² Lei n° 10.741 artigo 3 § 1° VII – supra ; art. 3 §1 VII de la loi n° 10.741 préc. Texte original : « *[a garantia de prioridade compreende] estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento* ». Traduction : « *[la garantie de priorité comprend le fait d'] établir des mécanismes pour promouvoir la diffusion des informations de base de l'éducation dans les aspects biopsychosociaux du vieillissement* ». V. également : le Titre II Chapitre V de la loi est entièrement consacré à ce thème.

¹⁷⁴³ Lei n° 10.741 artigo 3 § 1° VIII – supra ; art. 3 §1 VIII de la loi n° 10.741, préc. Texte original : « *[a garantia de prioridade compreende] garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais* ». Traduction : « *[la garantie de priorité comprend l'] assurance d'accès au réseau des services de santé et l'assistance sociale locale* ».

¹⁷⁴⁴ Lei n° 10.741 artigo 3 § 1° I – supra ; art. 3 §1 I de la loi n° 10.741, préc. : Texte original : « *[a garantia de prioridade compreende] atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população* ». Traduction « *[la garantie de priorité comprend un] service préférentiel immédiat et personnalisé avec la population des organismes publics et privés aux fournisseurs de services* ».

¹⁷⁴⁵ L'article 38 II et III de la loi prévoit l'adaptation de l'architecture urbaine.

¹⁷⁴⁶ L'article 39 de la loi prévoit la gratuité des transports urbains et périurbains pour les personnes âgées de plus de 65 ans. L'article 40 aménage le transport entre les transports en commun à plus large échelle.

¹⁷⁴⁷ Le Titre VI de la loi est entièrement consacré aux crimes possiblement commis à l'encontre d'une personne âgée. Il est composé de deux chapitres dont le premier dispose de dispositions générales et le second des crimes et de leurs sanctions. De nombreux actes interdits sont énumérés — *atteintes diverses à la dignité à l'article 96, défaut d'assistance à l'article 97, abandon de personne âgée à l'article 98, mise en danger à l'article 99, discrimination à l'article 100 etc...*

conformément à la loi »¹⁷⁴⁸. Par ailleurs, un décret en date du 7 juillet 2004¹⁷⁴⁹ instaure « *de sévères pénalités judiciaires en cas de discrimination contre la personne âgée ou pour ceux qui enfreindraient les droits assurés aux personnes âgées — droit à des réductions pour faciliter l'accès aux loisirs et à la culture, gratuité des transports publics, droit au service préférentiel dans les services publics, prohibition pour les assurances privées de santé d'augmenter leurs tarifs selon le critère d'âge, etc...* »¹⁷⁵⁰.

II. L'ÉTENDUE DU STATUT NATIONAL DE LA PERSONNE ÂGÉE AU BRÉSIL

545. Le statut national de la personne âgée existe depuis près de quinze ans au Brésil. Sa structure est particulièrement intéressante. Il vise les personnes âgées directement à travers l'attribution d'allocations, de tarifs préférentiels imposés, de structure sociétale adaptée. Son envergure ne s'arrête pas là, puisqu'il organise également la régulation des responsabilités entre l'État et la famille. Il use clairement du critère de l'âge et s'adresse aux personnes de plus de 60 ans¹⁷⁵¹.

Le statut national des personnes âgées consacre également depuis une loi en date du 12 juillet 2017¹⁷⁵² une protection renforcée au profit des personnes de plus de 80 ans. « *Parmi les personnes âgées, les besoins des personnes âgées de plus de 80 ans sont toujours privilégiés* »¹⁷⁵³. Le statut brésilien de la personne âgée tend à se densifier. Il couvre à la fois le volet patrimonial (A) et extra-patrimonial (B).

A. LE VOLET PATRIMONIAL DU STATUT DE LA PERSONNE ÂGÉE AU BRÉSIL

546. Le soutien social aux personnes âgées prend la forme d'un transfert de ressources. « *Son extension sous un nouveau format – comme droit constitutionnel, avec allocation d'un montant égal*

¹⁷⁴⁸ Lei n° 10.741 artigo 4 – supra ; art. 4 de la loi n° 10.741 – préc. Texte original : « Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei ».

¹⁷⁴⁹ Decreto n° 5130, de 07 de julho de 2004. Regulamenta a Lei n. 10741, de 01 de outubro de 2003, que aprova o Estatuto do idoso e dá outras providências ; D. n° 5130 du 7 juillet 2004, *Règlementant la loi n° 10.741 du 1^{er} octobre 2003 qui approuve le statut des personnes âgées*.

¹⁷⁵⁰ C. TERENCE SEIXA, *Op. cit.*, p. 55-56.

¹⁷⁵¹ Lei n° 10.741 artigo 1 – supra ; Art. 1^{er} de la loi n° 10.741, préc.

¹⁷⁵² Lei n° 13.466, 12 julho 2017 – artigo 2 ; loi n° 13.466 du 12 juillet 2017 – art. 2 modifiant la loi n° 10.741 – préc. – art. 3.

¹⁷⁵³ Lei n° 10.741 artigo 3 § 2 – supra ; art. 3 § 2 de la loi n° 10.741 préc. : « *Dentre os idosos, é assegurada prioridade especial aos maiores de oitenta anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação aos demais idosos* ».

au salaire minimum – est intervenue à partir de 1996 »¹⁷⁵⁴. Ces prestations permettent aux personnes âgées et aux personnes handicapées de bénéficier d'un minimum vital. Enfin, une ordonnance de 1999¹⁷⁵⁵ créant la Política Nacional de Saude de Idoso — politique nationale de santé des personnes âgées — parfait le mécanisme. Avec la loi du 1^{er} octobre 2003¹⁷⁵⁶ le gouvernement brésilien met en place la Bolsa Família. Il s'agit d'une allocation de soutien offerte aux familles les plus pauvres par le biais de transferts d'assistance¹⁷⁵⁷. Ce programme s'inscrit dans le droit fil d'un autre programme mis en place par le Mexique un an plus tôt — dénommé successivement *Progres*a, *Oportunidades* puis *Prospera* —, et qui faisait suite à une initiative de 1997. L'actuel système d'insertion sociale Mexicain¹⁷⁵⁸ se consacre prioritairement à l'éducation des enfants et aux soins. L'allocation Brésilienne diffère dans son objet puisqu'elle seule contient un si grand volet visant les personnes âgées et les personnes handicapées.

Madame Sonia ROCHA a su parfaitement exposer la logique de protection sociale brésilienne : « Bien que la solution pour la réduction de la pauvreté réside dans l'insertion adéquate sur le marché du travail avec des niveaux croissants de productivité, les transferts d'assistance constituent aujourd'hui un mécanisme inévitable de sauvegarde permettant de protéger les personnes et les ménages dont les désavantages structurels ne peuvent être corrigés à court ou à moyen terme »¹⁷⁵⁹. La protection fondée sur l'âge ou l'état de handicap se justifie par l'impossibilité de modifier spontanément leur situation. L'équilibre proposé est celui de l'incitation au travail pour les personnes possédant les capacités physiques et intellectuelles de participer à la vie active, et de la protection de celles qui ne le possèdent pas ou plus ces capacités¹⁷⁶⁰. Une obligation générale

¹⁷⁵⁴ Le soutien prend la forme de « ‘prestations continues de l'assistance sociale aux personnes âgées et aux handicapés’ » (*Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social – BPC-LOAS, loi organique pour l'assistance sociale*). Le BPC-LOAS est une prestation dans le cadre du Système unique de l'Assistance sociale (SUAS), financée par le gouvernement fédéral, et versée par l'Institut national de l'assurance sociale – INSS (*Instituto Nacional do Seguro Social*) ». S. ROCHA, *Op. cit.*, p. 195.

¹⁷⁵⁵ Portaria n° 1395 de 10 de dezembro de 1999. Aprova a Política Nacional de Saúde do Idoso e dá outras providências. Brasília ; Ord. n° 1395 du 10 décembre 1999 approuvant la politique nationale de santé des personnes âgées.

¹⁷⁵⁶ Lei n° 10.741 de 1° outubro de 2003, *Estatuto do idoso*, L. n° 10.741 du 1^{er} octobre 2003, portant création du statut de la personne âgée.

¹⁷⁵⁷ S. ROCHA, *Op. cit.*, p. 192.

¹⁷⁵⁸ V. à ce propos : < <https://www.gob.mx/> > et plus précisément < <https://www.gob.mx/prospera> > [en ligne] [consultés le 11 août 2017].

¹⁷⁵⁹ S. ROCHA, *Op. cit.*, p. 193.

¹⁷⁶⁰ V. à ce propos : K. LARA SILVA, *et al.*, « Internação domiciliar no Sistema único de saúde », *Saúde Pública*, 2005 < <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v39n3/24792.pdf> > [en ligne] [consulté le 11 août 2017].

d'aliment est à la charge de la famille¹⁷⁶¹. Cependant lorsque les proches ne peuvent assurer seuls les frais de bouche d'une personne âgée, c'est à l'État d'assurer sa subsistance¹⁷⁶².

B. LE VOLET EXTRAPATRIMONIAL DU STATUT DE LA PERSONNE ÂGÉE AU BRÉSIL

547. Le statut national de la personne âgée régit les droits privés et sociaux des personnes de plus de 60 ans¹⁷⁶³. Des normes spécifiques « assurent un traitement prioritaire à la population âgée en rendant effectif “le droit à la vie, à la santé, à l'alimentation, à l'éducation, à la culture, au sport, au loisir, au travail, à la citoyenneté, à la liberté, à la dignité, au respect et à la convivialité familiale et communautaire” »¹⁷⁶⁴. Le statut instaure également « une priorité de l'accueil de la personne âgée par sa famille plutôt qu'un placement dans une maison de retraite »¹⁷⁶⁵. Cette structure parfait un système bienveillant qui prend en compte la vieillesse en tant que valeur sociale à protéger.

Le second article de la loi du 1^{er} octobre 2003 reconnaît que la personne âgée bénéficie de l'ensemble des droits reconnus à la personne humaine et bénéficie à la fois d'une conception particulière, dérogeant par sa nature davantage protectrice. « La personne âgée jouit de tous les droits fondamentaux inhérents à la personne humaine, sans préjudice de la pleine protection de cette loi, lui assurant par la loi ou par d'autres moyens, toutes les possibilités et les installations de conservation leur santé physique et mentale et de leur liberté et de dignité morale, intellectuelle, spirituelle et sociale »¹⁷⁶⁶. De par sa rédaction volontairement riche, la personne âgée est réputée bénéficier de la totalité des droits reconnus à la personne humaine. Le *corpus* de droits ne subit pas d'altération de substance au cours de l'existence de l'individu. Toutefois la personne âgée bénéficie d'une conception bienveillante et spécifiquement orientée. En cela elle bénéficie d'une protection

¹⁷⁶¹ Lei n° 10.741 – supra, artigo 11 ; Loi n° 10.741 – préc., art. 11 : Texte original : « Os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil » ; Traduction : « la nourriture sera fournie aux personnes âgées sous la forme du droit civil ».

¹⁷⁶² Lei n° 10.741 – supra, artigo 14 ; Loi n° 10.741 – préc., art. 14 : Texte original : « Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social ». Traduction : « Si les personnes âgées ou leurs proches ne disposent pas des conditions économiques pour assurer leur gagne - pain, il doit être au gouvernement, cette disposition dans le cadre de l'aide sociale ». V. également à ce propos : l'article 34 de la loi consacrée à ce même thème.

¹⁷⁶³ Lei n° 10.741 – supra, artigo 1 ; Loi n° 10.741, préc., art. 1.

¹⁷⁶⁴ A.-P. ARISTON BARION PÉRÈS, Th. FOSSIER, *Op. cit. loc. cit.*

¹⁷⁶⁵ A.-P. ARISTON BARION PÉRÈS, Th. FOSSIER, *Op. cit., loc. cit.*

¹⁷⁶⁶ Lei n° 10.741 – supra, artigo 2 ; Loi n° 10.741, préc., art. 2 : « O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade ».

particulière et adaptée. Le statut passe outre une distinction fondamentale entre les personnes. La personne âgée reste bénéficiaire de l'ensemble des droits reconnus à l'individu, et bénéficie en sus des principes consacrés par la loi.

548. Parmi les droits spécialement reconnus à la personne âgée, les articles 9 et 10 de la même loi consacrent une obligation de garantie de protection de la vie, de la santé, de la liberté et de la dignité des personnes âgées à travers ses politiques sociales publiques¹⁷⁶⁷. La notion de respect fait également l'objet d'un soin de définition particulier. L'énumération des facettes entrant dans le cadre du respect dû à la personne âgée est intéressante. En outre la consécration de l'inviolabilité physique, mentale et morale de la personne, ainsi que de l'ensemble classique des droits de l'individu — image, croyance, idées etc... —, le législateur brésilien a tenu à rappeler que le respect touche également l'autonomie de la personne¹⁷⁶⁸. Dans une autre mesure la dignité de la personne âgée n'est pas conçue comme une conception individuelle mais au contraire comme un concept devant être assuré à chaque personne âgée par la société dans son ensemble ainsi que par l'État. « *Il est du devoir de tous d'assurer la dignité des personnes âgées* »¹⁷⁶⁹.

549. Le Brésil a trouvé la voie de sa propre adaptation au vieillissement. La consécration d'un statut national de la personne âgée permet d'assurer une protection spécifique, sans contrarier le principe d'égalité des citoyens. Il s'agit d'un exemple abouti de l'équilibre entre intégrité de la capacité, et protection spécifique.

¹⁷⁶⁷ « *É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade* » ; « L'État a l'obligation de garantir aux personnes âgées la protection de la vie et de la santé grâce à la mise en œuvre efficace des politiques sociales publiques qui permettent un vieillissement en santé et dans la dignité ». Lei n° 10.741 – supra, artigo 9 ; Loi n° 10.741 – préc. - art. 9 : « *É obrigação do Estado e da sociedade, para garantir a liberdade das pessoas idosas, respeito e dignidade como pessoa humana e o objeto dos direitos civis, políticos, sociais e individuais, garantido pela Constituição e leis* » ; « L'État et la société ont pour obligation d'assurer la liberté des personnes âgées, le respect et la dignité en tant que personne humaine et l'objet de droits civils, politiques, individuel et social, garanti par la Constitution et les lois ». Lei n° 10.741 – supra, artigo 10 ; Loi n° 10.741 – préc., art. 10.

¹⁷⁶⁸ Lei n° 10.741 – supra, artigo 10 § 2 ; Loi n° 10.741 – préc., art. 10 § 2.

¹⁷⁶⁹ L. n° 10.741 – supra, extrato do artigo 10 § 3 ; Loi n° 10.741 – préc., extrait de l'art. 10 § 3 : « *É dever de todos zelar pela dignidade do idoso* ».

CONCLUSION DU CHAPITRE II

550. Les évolutions sociales et démographiques offrent au plus grand nombre une voie d'accès élargie à la vieillesse. Cependant, comme l'écrivait LA ROCHEFOUCAULD, « *les défauts de l'esprit augmentent en vieillissant comme ceux du visage* »¹⁷⁷⁰ — et le nombre de ces affections croît proportionnellement. La réalité juridique ne va pas à l'encontre de l'affirmation du célèbre moraliste. En effet, il s'avère que le nombre de mesures de protection juridique concernant des personnes âgées est en constante augmentation.

Face à ce phénomène complexe et d'envergure, le droit positif de la protection des majeurs a pris le tournant de la médicalisation. Cette dynamique semble *a posteriori* avoir été conçue pour éviter un succès trop fulgurant et qui irait à l'encontre de l'équilibre sensible de la capacité et de l'incapacité. En théorie, le vieillissement de masse devrait donc être étranger à l'étendue de la protection juridique des majeurs. Il n'en est rien. Au-delà même du cadre restreint de la protection juridique, le vieillissement présente un certain nombre de caractéristiques justifiant une appréhension juridique propre. L'égalité en droits dont la consécration est constante cache une inégalité factuelle croissante. Devant ce constat le besoin d'une discrimination positive en faveur des personnes âgées se fait plus pressant. Un positionnement exemplaire assure une protection bienveillante et généralisée des personnes âgées au Brésil. L'ensemble de la société répond ainsi d'une même voix aux enjeux du vieillissement démographique. Malgré cet aboutissement, les solutions tardent à venir en Europe et se contentent de chercher à maintenir le niveau global de croissance. Le vieillissement continue d'être pensé comme un défi à la productivité.

551. La vieillesse ne devrait pas être pensée comme une entité autonome, mais bien comme une phase faisant partie intégrante de la vie, et de la vie du majeur. Ce point de vue global, ne doit cependant pas conduire à une négation des effets de l'âge sur le corps et l'esprit, comme c'est actuellement le cas. Au contraire, les effets du vieillissement devraient fait l'objet de toute l'attention de législateur. Ce n'est qu'en consacrant le critère de l'âge que l'on parviendra à protéger efficacement la vieillesse, sans passer par les régimes spéciaux de protection.

¹⁷⁷⁰ LA ROCHEFOUCAULD, *Réflexions ou Sentences et Maximes morales*, Ed. Gallimard, Coll. Folio classique, présentée et établie par Jean LAFOND, 2^{ème} édition, 1976, *réflexion morale n° 112*.

CONCLUSION DU TITRE II

552. Ce second titre s'est engagé dans la démonstration de la spécificité de la vieillesse et de l'inadéquation des mécanismes juridiques de protection qui sont largement étrangers à la notion d'affaiblissement lié à l'âge. Il est indéniable que l'influence de l'âge sur le corps et l'esprit conditionne les rapports humains et juridiques. La vieillesse place l'individu dans une position particulière vis-à-vis du reste de la société. Une sorte d'émanation de post-majorité qui ne devrait pas pour autant justifier l'exclusion de la vieillesse. Néanmoins ces particularités ne devraient pas non plus être niées. L'intérêt porté à la protection accordée à la personne âgée en France, révèle une attitude normative et sociétale à deux vitesses. D'une part, l'égalité des majeurs fait l'objet d'une proclamation qui ne laisse que peu de place à la consécration d'une protection spécifique. La médicalisation de la protection juridique des majeurs témoigne de la volonté du législateur à rendre le mécanisme de protection étranger aux effets de l'âges. Si la sénescence contribue à appeler une protection spécifique, ce sera par le biais d'une altération médicalement constatée des facultés. Ce concept fait obstacle à l'idée de protection liée à l'âge. D'autre part, eu sein même du *corpus* normatif applicable à l'ensemble des majeurs capables, certaines règles organisent clairement la protection des personnes âgées. Le respect de ces dispositions protectrices est normalement assuré par l'autorité prétorienne. On retrouve cette ambivalence au cœur même des relations individuelles.

553. L'âge avancé emporte parfois une altération de la capacité à imposer une volonté. Non seulement le processus d'expression de la volonté — c'est-à-dire de prise de décision et de l'expression de cette décision — peut prendre davantage de temps, mais c'est surtout la réception de la volonté extériorisée qui pose problème. C'est l'ensemble du processus d'autodétermination qui se trouve menacé. L'autodétermination doit être perçue comme un ensemble comprenant le cheminement de la volonté depuis son expression jusqu'à sa réalisation : l'identification intérieure de la volonté, la formulation de la volonté, son expression, la réception de la volonté exprimée — le cas échéant, l'échange de consentement —, puis le respect de la volonté. Cette autodétermination est censée être l'apanage de tous les majeurs, mais se frotte aux affres de la vieillesse. En effet, la volonté de la personne âgée peut entrer en conflit avec la volonté de ses proches. Si le phénomène est courant tout au long de l'existence, il revêt une dimension particulière durant la vieillesse. Le poids de la volonté des tiers augmente, au fur et à mesure que l'argument moral infuse les questions relatives au mode de vie de la personne. Plus l'âge d'une personne augmente, et plus son entourage va se sentir concerné par ses choix de vie. L'autodétermination devient exo-détermination. Alors que le processus de suppléance de la volonté fait l'objet d'une régulation salvatrice en matière de régimes spéciaux de protection des majeurs, il ne fait l'objet que de peu d'intérêt dans le domaine

de la pleine capacité. C'est notamment en cela que les concepts de majorité et de capacité trouvent leur limite. Si la vieillesse peut être l'occasion d'une déprise ou d'un désengagement¹⁷⁷¹ de la volonté, cela ne justifie pas pour autant de placer la personne sous un régime incapacitaire. Au contraire, il serait plus productif, eu égard à l'ampleur de la transition démographique, de mettre en place une protection diffuse et non sclérosante.

¹⁷⁷¹ V. CARADEC, *Définition et illustration de la déprise*, cité par C. PHILIPPE, « Un droit pour les seniors ? », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2012/4, vol. 35, n° 143, p. 143-171.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

554. Les droits de la personne humaine sont indifférents à la notion d'âge *stricto sensu*. Ce positionnement normatif contribue à placer la notion d'égalité sur un véritable piédestal. À cet égard, l'idée d'un droit propre à la vieillesse aurait bien des peines à s'imposer. Pourtant, la protection particulière d'une partie de la population demeure un fait acquis. C'est dans cet élan que les législateurs successifs ont organisé la protection des personnes vulnérables, des enfants, des femmes enceintes, ou des personnes âgées. Mais loin de connaître la ferveur que déclenche la notion d'intérêt de l'enfant, la protection de la vieillesse apparaît en demi-teinte.

555. Y-a-t-il une juridicité de la vieillesse ? Alors que la première réaction est de nier l'existence de droits consacrés à l'âge avancé, il apparaît que non seulement il existe des droits de la personne âgée, mais qu'ils sont de surcroît nombreux et variés. La vieillesse fait partie intégrante des objectifs de protection sociale. Le système de retraite est entièrement dévoué à sa survie financière, tout comme plusieurs dispositifs de soutien social. La vieillesse existe donc certainement à travers des critères productivistes qui dirigent notre société. Constaté l'existence de droits propres à la personne âgée ne pouvait suffire à la démonstration entreprise. Il était nécessaire de soulever d'autres questionnements, avant d'envisager une évolution.

556. La vieillesse doit-elle être protégée ? La question devrait avant tout être : La vieillesse a-t-elle besoin d'être protégée ? Le nombre de personnes âgées protégées, c'est-à-dire, bénéficiant d'un régime juridique de protection des majeurs, suggère un certain besoin de protection. Au-delà de ces enjeux capacitaires, les personnes âgées sont également les cibles de certaines pratiques commerciales contestables, notamment en matière de contrats conclus hors établissement. D'autres éléments de la vie d'une personne, lorsqu'elle atteint un grand âge, corroborent l'existence d'un phénomène d'externalisation du consentement. Lorsque la volonté se fait plus timide, ou peine à être exprimée, elle se trouve parfois confrontée à la volonté des proches, des autorités médicales ou juridiques. De nombreux exemples permettent de prendre la mesure de la suppléance que subit la volonté durant la vieillesse. Lorsque la volonté est exprimée, sa mue en consentement échangé à l'occasion d'une relation contractuelle ou commerciale peut placer la personne âgée dans une position délicate. En dépit d'une absence de protection *lato sensu* de la vieillesse, l'âge avancé demeure un critère de protection — ou du moins d'aggravation de la sanction. L'autorité prétorienne

manie le critère de l'âge d'une façon particulière. Puisqu'il ne se suffit pas à lui-même, l'âge est apprécié de concert avec d'autres critères sensés assoir la vulnérabilité de la personne âgée.

557. La question ne devrait plus être : La vieillesse a-t-elle besoin d'être protégée ? — les limites du droit positif le suggèrent largement —, mais bien : La vieillesse veut-elle être protégée ? Eu égard aux réponses normatives historiquement engagées dans ce but, les personnes âgées pourraient bien désirer s'en préserver. Certains exemples permettent cependant de présumer d'un avenir plus clément pour les droits de la personne âgée. Le droit brésilien démontre de la possibilité de conjuguer une protection de la vieillesse et le dynamisme global de la nation. Sous la plume de Madame Florence FRESNEL et Monsieur Albert EVRAD, de nouvelles questions se formulent : *« Comment se matérialisera ce droit des âgés ? Sera-t-il un appendice du droit de la famille, le pendant du droit de la jeunesse, un domaine sui generis – c'est-à-dire non intégrable ou réductible à une catégorie existante –, ou une ligne de pensée transversale à toutes les branches du droit indiquant une attention spéciale aux situations vécues par les aînés s'agrégeant en matière ? »*¹⁷⁷². Le développements qui suivent, proposent modestement quelques éléments de réponse.

¹⁷⁷² A. EVRAD, F. FRESNEL, « Droits des personnes âgées. Le retard de la France », *Études*, S.E.R., 2016/11, p. 41-52.

SECONDE PARTIE

LE DROIT DE LA PERSONNE ÂGÉE : THÉORISATION DE LA POST-MAJORITÉ

« La vieillesse est noble, lorsqu'elle se défend elle-même, garde ses droits, ne se vend à personne, et jusqu'au dernier souffle domine sur les siens ».

CICÉRON¹⁷⁷³

558. L'augmentation de l'espérance de vie mise en corrélation avec un certain nombre de facteurs sociodémographiques cause un accroissement de la proportion des personnes âgées sur le reste de la population. Ce contexte contribue à faire des variations de l'effectivité des droits au cours de l'existence — et notamment durant la période de vieillesse — une question centrale. La maîtrise des droits n'est censée souffrir d'aucune modification au cours de la vie d'un majeur, en dehors des situations particulières appelant une protection juridique spécifique. Pourtant cette stabilité n'est pas aussi étendue qu'elle en a l'air. Au cœur même du droit positif se trouvent une multitude de prises en compte de la personne âgée. Celle-ci se trouve au confluent d'intérêts à la fois individuels et sociétaux. Par ailleurs, l'âge d'une personne influence grandement les rapports sociaux et contractuels, ce qui place la personne âgée dans une situation factuelle dérogeant à celle caractérisant le reste des majeurs capables. La personne âgée se trouve dans une situation de post-majorité ou de para-majorité ne faisant l'objet que d'une faible protection. À défaut d'évolution, non seulement le droit manquera le tournant démographique, mais les limites et défaillances d'effectivité seront amenées à augmenter — à la fois en nombre et intensité — de façon corrélative au vieillissement de la population. Ce constat n'est que la première étape visant à interroger plus largement l'existence de droits de la personne âgée et d'envisager leur renforcement.

559. Les limites de l'appréhension juridique contemporaine de la vieillesse se font ressentir. Puisque le droit commun ne protège que partiellement les personnes âgées, ce rôle est dévolu aux différents régimes de protections. L'alternative offerte aux personnes âgées est celle d'une quasi-assimilation au reste des majeurs capables, ou d'un placement sous protection spécifique. Aucun concept ne s'est à ce jour risqué à proposer une vision bienveillante et souple, de peur d'aller à l'encontre des principes d'égalité et d'autonomie de la volonté. Cependant, la vieillesse mérite certainement de bénéficier d'une telle conception. À moins que toute morale et valeur culturelle se soit définitivement éteinte.

¹⁷⁷³ CICÉRON, Extrait de : *Caton l'Ancien ou De la vieillesse*, 44 av. JC.

560. L'âge place l'individu dans une situation particulière, que les droits de la personne âgée ne suffisent pas à enrayer. La personne âgée se trouve aujourd'hui dans un état de post-majorité ou de para-majorité qui ne fait l'objet d'aucune théorisation. Il est nécessaire de démontrer en quoi l'idée d'une théorisation d'un droit de la personne âgée est une solution adéquate. L'intérêt de la création d'un statut juridique propre à la personne âgée — une véritable post-majorité —, est de concilier les besoins objectifs liés au vieillissement de la population ; et dans un même temps, d'apporter un cadre juridique aux nouveaux rapports subjectifs qui découlent de ce processus. Si l'allongement de l'espérance de vie et le vieillissement de la population ne créent pas *stricto sensu* de nouveaux rapports humains, il participe sans conteste à leur densification et leur complexification. Ce constat vaut tant pour les interactions de la sphère privée que pour l'action publique.

La théorisation d'une post-majorité prend corps à travers la construction d'un contenant, statut juridique propre à la personne âgée (TITRE I) et d'un contenu de droits propres à la personne âgée (TITRE II).

TITRE I	LA POST-MAJORITÉ AU SERVICE DE LA CONVERGENCE DES DROITS DE LA PERSONNE ÂGÉE
TITRE II	UNE POST-MAJORITÉ AU SERVICE DU RENFORCEMENT DE L'AUTODÉTERMINATION DURANT LA VIEILLESSE

TITRE I

UNE POST-MAJORITÉ AU SERVICE DE LA CONVERGENCE DES DROITS DE LA PERSONNE ÂGÉE

561. La personne âgée occupe une place sociétale singulière et ambivalente. Cette position est en partie due à la difficulté à saisir le processus de vieillissement. Malgré l'universalité de ce phénomène biologique, la vieillesse reste considérée, en tant qu'étape finale de l'existence, comme une période de vie particulière et détachée du reste. Elle n'en demeure pas moins intrinsèquement liée à l'ensemble du processus de vie. En dépit de cette omniprésence, les normes sociales, relayées par les normes juridiques participent partiellement à une certaine forme de méprise. La vieillesse n'est pas traitée comme le sont d'autres valeurs sociales sensibles.

L'enfance fait l'objet de règles particulières, puis l'âge adulte donne accès à l'épanouissement juridique. La mise en place d'un statut juridique propre à la personne âgée devrait permettre d'offrir à l'autorité légale les moyens nécessaires à la protection de la vieillesse non seulement en tant que valeur sociale à protéger en soi, mais surtout comme un effort d'adaptation à la transition démographique. La négation du vieillissement comme régulateur des droits et des devoirs est fondée sur le principe d'égalité. C'est au nom de l'égalité entre les individus que l'on ne peut se permettre de fonder de trop grandes distinctions techniques. Il ne s'agit pas d'une règle absolue. L'égalité n'est pas considérée comme bafouée durant la période de minorité par exemple. Dès lors pourquoi le serait-elle en période de post-majorité ?

562. La sensibilité du sujet réside davantage dans la rupture d'égalité entre les majeurs, plutôt que celle entre l'ensemble des personnes physiques. La protection et l'incapacité des mineurs sont largement ancrées dans le paysage juridique. La pertinence créatrice d'un statut juridique propre à la personne âgée implique que son objet appelle et reçoive une attention spécifique. Les personnes âgées doivent représenter un groupe de population sinon homogène, du moins partageant des caractéristiques irréductibles.

Ces différents éléments déterminés ouvrent la voie à la réorganisation du construit pour permettre l'insertion du statut et ainsi d'un nouveau temps général de vie : la post-majorité (CHAPITRE I). Par ailleurs, l'ajout de nouveaux droits axés sur le renforcement de l'effectivité du *corpus* normatif traditionnel est envisagé (CHAPITRE II).

CHAPITRE I	PRÉSENTATION D'UNE POST-MAJORITÉ CONSOLIDÉE

CHAPITRE II	LA POST-MAJORITÉ : CONFLUENCE DES INTERDÉPENDANCES INTERGÉNÉRATIONNELLES

CHAPITRE I

PRÉSENTATION D'UNE POST-MAJORITÉ CONSOLIDÉE

563. Un positionnement juridique clair peine à s'imposer et les personnes âgées font tantôt l'objet d'une protection assumée, tantôt d'une assimilation au reste des majeurs quelconques. Les normes concernant directement ou indirectement les personnes âgées semblent peu adaptées à l'évolution démographique qui touche la société. L'existence d'une population de personnes âgées laisse peu de place au doute — en dépit d'une certaine difficulté à en établir la limite d'âge plancher. Pour autant, la pertinence d'une appréhension juridique dérogeant au droit commun ne s'impose pas de soi. Le principe d'égalité est un fondement majeur de notre ordre juridique. L'article premier de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dispose *ab initio* du principe selon lequel les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Mais cette consécration n'est pas absolue. Le même article *in fine* prévoit également la possibilité d'une distinction entre les personnes. « *Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* »¹⁷⁷⁴. Le bloc de constitutionnalité contient les éléments qui permettent d'opérer des distinctions sociales fondées sur l'utilité commune. Par ailleurs, le législateur vise d'ores et déjà, et régulièrement les personnes âgées.

On peut d'ores et déjà déduire de l'existence de multiples éléments l'existence d'un statut embryonnaire de la personne âgée comme sujet spécial de droit. Cela est notamment visible à travers de multiples interventions ponctuelles de la part du législateur, relayées par un certain effort jurisprudentiel. Plusieurs solutions sont envisageables pour construire un droit de la personne âgée (SECTION I). Celle retenue répond au concept post-majorité (SECTION II).

SECTION I

LE CHOIX D'UNE POST-MAJORITÉ

SECTION II

LE RÉGIME D'UNE POST-MAJORITÉ

¹⁷⁷⁴ Art. 1^{er} de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789

SECTION I

LE CHOIX D'UNE POST-MAJORITÉ

564. Face aux limites de l'appréhension juridique de la vieillesse, plusieurs solutions semblent envisageables. L'objectif de renforcement des droits durant la période de vieillesse pourrait être poursuivi de différentes manières. La juridicité de la vieillesse pourrait par exemple prendre le chemin d'une protection spécifique et embrasser la logique des mécanismes de protection des majeurs. Le renforcement des droits passerait ainsi par le biais de la protection individualisée. Cette évolution montre rapidement ses limites humaines et techniques. Mais d'autres formes pourraient transcender ces difficultés. Ainsi l'élan de renforcement des droits pourrait embrasser la logique qui anime d'ores et déjà l'ordre juridique actuel. L'évolution consisterait alors en quelques ajustement normatifs mineurs — comme l'élargissement du champ d'application de la notion de vulnérabilité liée à l'âge par exemple.

Parmi les différentes formes envisageables (PARAGRAPHE 1), celle de l'insertion d'une post-majorité apparaît comme la plus apte à répondre à la fois aux besoins de protection, tout en respectant l'autonomie et la capacité des personnes âgées (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1

LES SOLUTIONS DE DROIT ENVISAGEABLES

565. L'identification de certaines limites du droit positif à l'égard du processus de vieillissement de la population est insatisfaisante. Elle laisse place à des questionnements nouveaux : comment adapter le droit à la transition démographique ? Comment assurer une stabilité dans l'efficacité des droits reconnus à la personne tout au long de son existence ? Faut-il créer un *corpus* de droits spécifiques à la personne âgée, ou appliquer de manière spéciale la règle générale ? Enfin et surtout : quelle structure donner à cet élan géronto-juridique ? Le terme de structure renvoie au sens latin *structilis* : qui sert à la construction. Il s'agit de trouver la forme qui permettrait l'édiction d'un droit propre à la personne âgée. Plusieurs formes conceptuelles se font jour. La première relève du raisonnement établi par la méthode de protection juridique des majeurs. Elle consiste en une appréhension spéciale et dérogatoire au droit commun. La seconde solution, plus éthérée

consisterait à encadrer le positionnement actuel tendant à appliquer de façon spécifique une règle à vocation générale.

Pour établir un droit protectionniste spécialisé, il pourrait suffire de mettre en place une nouvelle strate de protection (I) ou de persévérer dans l'application particulière de la règle générale (II).

I. LA PROTECTION DE LA VIEILLESSE PAR LA CRÉATION D'UN NOUVEAU RÉGIME SPÉCIAL

566. La médicalisation progressive de la protection juridique des majeurs a conduit à la suppression de l'affaiblissement lié à l'âge comme cause de déclenchement du mécanisme tutélaire. Par voie de conséquence, les attributs de l'âge — affaiblissement général de l'être — ne peuvent justifier une protection que par le biais de la constatation médicale. Cela revient à exclure un grand nombre de personnes du champ de protection juridique. « *L'étude de l'incapacité juridique révèle un hiatus entre les conditions légales d'application des régimes de protection prévus par le Code civil et la situation réelle des personnes âgées* »¹⁷⁷⁵. Par ailleurs, on peut constater dans de nombreux domaines une certaine vanité affectant l'effectivité des droits reconnus aux individus. Il s'agit de l'expression de la vision sociétale de la vieillesse. Cette conception confère une temporalité dans l'effectivité des droits — dans le sens où le déroulement de la vie influencerait le rapport aux droits et à leur effectivité.

Dans le but de pallier ces différentes insuffisances, l'adjonction d'une nouvelle mesure de protection juridique des majeurs construite pour le public âgé exclusivement (A), pourrait apparaître comme une solution adéquate (B).

¹⁷⁷⁵ C. LACOUR, *Vieillesse et Vulnérabilité*, Ed. Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Centre Pierre KAYSER, Aix en Provence, 2007, p. 30.

**A. LE PRINCIPE DE CRÉATION D'UNE NOUVELLE STRATE SPÉCIALISÉE DE PROTECTION :
UN RÉGIME SPÉCIAL DE PROTECTION JURIDIQUE DU MAJEUR ÂGÉ**

567. Un choix en faveur d'une nouvelle strate de protection tendrait à pallier l'absence du critère d'affaiblissement dû à l'âge au sein de la protection juridique des majeurs. Il viserait également à assurer une plus grande effectivité des droits tout au long de l'existence. Par-là il serait question d'atténuer la césure qui existe entre les cas envisagés par le législateur (2), et la situation réelle des personnes placées sous ces régimes spéciaux de protections (1).

1. L'hypothèse d'une extension de protection spéciale : de la protection du majeur à la protection du majeur âgé

568. Le besoin de droit ne peut raisonnablement être envisagé indépendamment de la logique de protection sociale. L'efficacité des mécanismes sociaux est aujourd'hui relayée par les régimes spéciaux de protection. La situation actuelle a trouvé un équilibre fragile entre la protection par la voie de l'incapacité, et le soutien social. À mi-chemin, la mesure d'accompagnement social personnalisé est le fruit d'une hybridation subtile. Néanmoins, ces régimes, s'ils sont de plus en plus fréquents, ne touchent qu'une minorité de personnes âgées.

Dans ce cadre précis, la mise en place d'une mesure de protection juridique propre aux personnes âgées permettrait de mieux respecter les particularités de la population des personnes âgées. Le raisonnement propre à leur protection serait ainsi clairement séparé de celui voué à la protection de l'ensemble des majeurs protégés. En créant une mesure de protection spécifique aux personnes âgées, ces dernières deviennent des majeurs protégés particuliers. Cette position permet d'apporter des solutions spécifiques et plus adaptées. Monsieur Philippe MALAURIE et Monsieur Laurent AYNES ont pu parler à ce propos du "peuple des majeurs protégés". Cet ensemble est caractérisé par son éclectisme. « *Le peuple des majeurs protégés est nombreux et pitoyable : les fous, furieux ou paisibles (l'idiot du village), les dépressifs, les névrosés, les schizophrènes, les psychotiques, les autistes, les prodiges, les faibles d'esprit, les exaltés (de la procédure, de la science, de la politique, de la religion*¹⁷⁷⁶, *les fanatiques, les drogués, les alcooliques, les handicapés (physiques ou mentaux), les victimes d'accidents (par exemple de la route) lorsqu'elles sont diminuées mentalement, les grabataires, les comateux, et surtout, les vieillards, de plus en plus nombreux et*

¹⁷⁷⁶ J.-M. FLORAND, « La protection des intérêts civils de l'adepte d'une secte et sa famille », JCP G. LexisNexis édition, 1986, I, pt. 3240, cité par Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, Ed. Defrénois Lextenso éditions, coll. Droit civil, Paris, 8^{ème} édition, 2015, p. 316, pt. 684.

âgés, affaiblis, diminués ou complètement gâteux »¹⁷⁷⁷. L'ensemble des majeurs protégés est extrêmement varié.

Le mécanisme de protection juridique des majeurs, tel qu'il est conçu aujourd'hui, n'apporte qu'une réponse graduelle à ces différentes situations. Le choix en faveur d'une sauvegarde de justice, d'une curatelle simple ou renforcée, ou encore pour une tutelle, semble davantage relever d'une échelle de gravité que d'une réponse appropriée et individualisée. Certes, la prise en charge personnelle est par la suite assurée par les différents acteurs de la protection — mandataire judiciaire, conseil de famille etc... Pourtant, l'unicité procédurale ne permet pas d'atteindre l'image d'une protection individuelle et sur mesure. Parmi toutes les situations dénombrées par les auteurs, les personnes âgées ne semblent pas à leur place. La folie, les maladies neuropsychiques, les divers handicaps ou addictions, répondent tous à un critère d'exception. L'affaiblissement dû à l'âge n'est quant à lui que la résultante du déroulement de la vie. Cette particularité devrait justifier une approche spécifique. Par ailleurs, la litanie citée ne perdrait pas de sa densité si l'on décidait d'y ôter certains de ses récipiendaires. Les personnes âgées "affaiblies" ou "diminuées" auraient beaucoup à gagner de cette éviction puisqu'elles pourraient dès lors bénéficier d'une procédure adaptée à leurs besoins.

2. La pratique projetée d'une protection juridique spécialisée dans la protection de la personne âgée

569. Une mesure de protection juridique consacrée aux personnes âgées pourrait se greffer à l'ensemble de protection juridique traditionnel. Il s'agirait là d'une strate de protection faible et de moindre gravité que les mesures phares de protection. Sa construction reposerait à la fois sur sa cohérence avec l'ensemble établi, et sur une spécificité d'objet et de structure. Un certain nombre d'éléments constitutifs relatifs à sa mise en place (a) et son effectivité (b) sont nécessaires à la conception.

¹⁷⁷⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Op. cit.*, *loc. cit.*

a. Les critères de mise en place d'une mesure de protection juridique fondée sur l'âge avancé

570. L'enjeu de la création d'une mesure de protection juridique fondée sur l'âge se cristallise autour du processus de placement. Les règles relatives au déclenchement d'une telle mesure, doivent à la fois asseoir l'identité du mécanisme, et refléter une certaine cohérence vis-à-vis des règles déjà en place. Une nouvelle mesure de protection juridique des majeurs, consacrée aux seuls majeurs âgés doit embrasser la nature de "régime spécial", communément partagée par l'ensemble des mesures de protection des majeurs. Ce caractère est dérogatoire du droit commun et engage une approche individualisée. Pour rester cohérent vis-à-vis du corps protectionniste le régime d'entrée — c'est-à-dire de placement sous protection — devrait être rationnellement régulé. D'autre part, afin de répondre au tempérament subsidiaire et exceptionnel qui caractérise la protection juridique des majeurs, la mesure ne pourrait donc présenter un caractère automatique.

571. Le critère de l'âge plancher semble naturellement s'imposer à la procédure d'une mesure de protection juridique consacrée aux personnes âgées. Toutefois, le défaut d'automaticité nécessaire au caractère subsidiaire et dérogatoire d'une telle mesure implique que l'âge ne puisse justifier à lui seul le déclenchement de la procédure. Dans ces conditions s'impose un autre critère : Celui de l'existence d'une requête spontanée — dans le sens de l'initiative du seul potentiel bénéficiaire et non pas d'un éventuel tiers requérant. Afin d'asseoir l'autonomie de la volonté au sein d'un tel mécanisme, il semble utile de réserver l'exclusivité de l'initiative à la personne potentiellement bénéficiaire. Il existerait une unicité d'identité pour le requérant et le bénéficiaire. *A contrario*, les requêtes de placement à l'initiative d'un tiers ne seraient pas recevables. Ce nouveau caractère permettrait d'asseoir un autre trait de spécificité de la mesure vis-à-vis du reste du *corpus* de protection.

572. Par souci de cohésion tout comme pour assurer la particularité de la mesure, la question du constat médical ne serait pas laissée pour compte. L'insertion d'une nouvelle mesure de protection devrait se plier à la nécessité d'un certificat médical circonstancié des facultés de la personne concernée. L'examen médical répondrait aux mêmes conditions que celui mené en vue d'une mesure de curatelle ou de tutelle mais poursuivrait un objet différent. Il ne serait pas question d'établir la présence mais bien l'absence d'altération des facultés physiques et intellectuelles. Dans ce cas, le médecin habilité ne serait pas placé face à une seule alternative. Il serait au contraire chargé de constater ou non un affaiblissement lié à l'âge — qui, le cas échéant, permettrait de déclencher la mesure spécifique ou de maintenir la personne en pleine capacité. La troisième solution ouverte au médecin, serait de constater l'altération des facultés est indéniable, si cela

s'avère nécessaire. Dans ce cas la procédure pourrait basculer vers les régimes de protection juridique classiques.

b. L'effectivité d'une mesure de protection juridique fondée sur l'âge avancé

573. Les effets d'une mesure de protection fondée sur l'âge pourraient prendre corps à travers l'attribution d'une présomption de vulnérabilité (i) ainsi que d'un accompagnement social personnalisé (ii).

i. Mise en place d'une présomption de vulnérabilité

574. Les effets d'une mesure de protection juridique consacrée aux personnes âgées seraient nécessairement de moindre envergure que ceux assurés par une mesure traditionnelle plus grave comme la curatelle ou la tutelle. L'atout principal de la création d'un mécanisme spécifique, pourrait prendre corps à travers l'octroi d'une présomption de vulnérabilité.

La protection juridique du majeur âgé pourrait avoir pour effet de placer les personnes âgées protégées sous l'égide d'une présomption de vulnérabilité. Le majeur âgé pourrait ainsi bénéficier de l'ensemble des règles relatives à l'état de vulnérabilité. Cela présenterait notamment un intérêt en matière contentieuse. Cette possibilité présomptive peut être justifiée à l'égard du cumul des critères de l'âge avancé et de l'initiative antérieure de la protection. Le sentiment du besoin de protection qui justifierait la requête à l'origine de la mesure permettrait à titre probatoire de témoigner de la vulnérabilité de la personne. Il s'agirait là d'un pas nouveau en matière de vulnérabilité liée à l'âge et il s'en suivrait une multitude de possibilités.

ii. Octroi d'un accompagnement social personnalisé.

575. Au-delà des répercussions contentieuses, l'édiction d'une mesure de protection juridique des majeurs âgés pourrait donner accès à un accompagnement social personnalisé. Le mécanisme prendrait alors une dimension plus large que celle actuellement prévue par la mesure d'accompagnement social personnalisé. Aujourd'hui, la mesure d'accompagnement social personnalisé ne concerne que les personnes bénéficiant d'allocations sociales et présentant de difficultés de gestion. La mesure de protection juridique propre à la personne âgée pourrait proposer ce service aux personnes présentant des difficultés de gestion y compris lorsqu'elles ne bénéficient pas d'une quelconque allocation. La mise en place d'une mesure de protection juridique consacrée aux personnes âgées, telle qu'envisagée ici, impliquerait la création d'une branche spécialisée de

mandataires judiciaires à la protection des majeurs dont le rôle serait plus léger que celui confié à leurs confrères, et circonscrit à une mission d'aiguillage, d'accompagnement et de conseil.

B. LES LIMITES DE LA CRÉATION D'UN NOUVEAU RÉGIME DE PROTECTION JURIDIQUE PRO-VIEILLESSE

576. L'organisation des réponses juridiques relatives aux problèmes rencontrés par la vieillesse soulève de nombreuses difficultés. Les diverses expressions de l'inégalité face au vieillissement rendent complexe l'appréhension d'une éventuelle prise en charge globale. Néanmoins, les régimes spéciaux ne peuvent apporter toutes les réponses à ce besoin de droit, puisqu'ils ne peuvent s'appliquer à tous. Au-delà des enjeux techniques, l'idée même d'un régime spécial entre en confrontation avec ce besoin général de droit. La première limite qui vient freiner la possibilité de créer une mesure de protection juridique consacrée à la personne âgée, tient à l'impossibilité technique d'attribuer un traitement particulier à un nombre trop grand de personnes. Malgré une consécration effective et bénéfique de l'âge en tant que valeur sociale à protéger, il est peu envisageable d'élargir les régimes spéciaux existants, ou d'en créer un nouvel échelon aussi étendu. Le mécanisme établi ne possède pas les moyens humains et techniques pour offrir un suivi individualisé efficace.

577. La spécificité des régimes spéciaux de protection tient tant à leur statut dérogatoire qu'à leur mode intrinsèque de fonctionnement. Le majeur sous tutelle est placé sous la protection d'un mandataire judiciaire qui est chargé de son dossier. Le greffier compétent assure le contrôle des comptes rendus chaque année par les mandataires. Le juge des tutelles ne peut voir son prétoire plus engorgé qu'il ne l'est déjà. L'une et l'autre de ces branches professionnelles seraient dans l'impossibilité d'assurer leur tâche pour un plus grand nombre de cas. À défaut du développement significatif du nombre de juges de tutelles, de personnel de greffe et de la création d'une nouvelle branche de mandataires judiciaires à la protection des majeurs, la distension du domaine de compétence de ces professions pourrait faire pâtir l'ensemble du mécanisme protectionniste.

Le législateur a largement fait part de sa volonté de ne pas céder à l'équation qui voudrait que le vieillissement altère la capacité juridique. Cette position est fort heureuse, puisqu'il n'est ni souhaitable ni nécessaire de lier l'incapacité et vieillesse. L'âge n'entraîne pas automatiquement de diminution ou une suppression de la capacité juridique. Comme l'avait écrit Monsieur Gérard

CORNU à l'occasion des *Mélanges* en l'honneur du Professeur Paul ROUBIER : « *La pleine capacité n'a pas d'âge extrême* »¹⁷⁷⁸.

II. L'APPLICATION PARTICULIÈRE DE LA RÈGLE GÉNÉRALE AU PROFIT DES PERSONNES ÂGÉES

578. La règle de droit est par nature générale. Ce caractère n'empêche nullement le législateur d'établir une norme visant une certaine population. Toutefois plusieurs principes majeurs entravent partiellement la dynamique d'orientation de la norme.

Dans le cadre d'une aspiration au renforcement des droits d'une catégorie sociale plutôt qu'une autre est possible par le biais d'une application particulière de la règle générale (A). L'efficacité de cette méthode présente cependant certaines limites intrinsèques (B).

A. LA POSSIBLE EXTENSION DE LA PRATIQUE D'APPLICATION PARTICULIÈRE DE LA RÈGLE GÉNÉRALE

579. L'application spéciale d'un corpus normatif préexistant : La mobilisation du droit positif en faveur d'une nouvelle appréhension de la vieillesse. Le choix d'étendre la pratique consistant en l'application particulière de la règle générale ne paraît pas totalement incongru. Cette orientation est d'ores et déjà partiellement orchestrée par l'autorité prétorienne. En outre, elle présente plusieurs avantages, au-devant desquels on trouve la stabilité normative. Si le législateur décidait de s'engager dans cette voie, il n'aurait nul besoin de procéder à une réformation de masse du *corpus* légal. Il s'agirait au contraire d'effectuer un certain nombre d'adaptations mineures, et globalement de poursuivre dans la droite ligne du droit positif. L'objet d'une telle modification, serait restreint à la consécration d'un ajustement de la règle s'adressant à l'ensemble des majeurs, au profit des personnes âgées ou de certaines personnes âgées — du moins celles reconnues comme étant vulnérables. Au sein de l'état du droit, « *la condition juridique de la personne âgée vulnérable se caractérise par une absence de statut juridique particulier* »¹⁷⁷⁹. Il serait dès lors question de développer et de sécuriser l'appréhension juridique de la nature vulnérable pouvant être attribuée à ces personnes.

¹⁷⁷⁸ G. CORNU, *L'âge civil*, Mélanges P. ROUBIER, Dalloz, 1961, Tome II, p. 9.

¹⁷⁷⁹ C. LACOUR, *Op. cit.*, p. 45.

580. La portée d'une utilisation particulière de la règle générale tend à reposer essentiellement sur les épaules de l'acteur particulier qu'est le juge. La situation décrite correspond à peu de choses près à l'ordre actuellement établi. L'autorité prétorienne présente une inclination naturelle à surprotéger les personnes âgées, bien que le terme de "surprotection" soit trop fort pour dépeindre fidèlement la réalité. La jurisprudence s'adonne déjà à une appréciation globalement bienfaitrice du droit au profit des personnes âgées. Son action trouve une assise sur un panel de dispositions légales qui consacrent une approche encline à la protection fondée sur l'âge avancé.

La lettre de l'article 223-15-2 du Code pénal témoigne exemplairement de cette position. La disposition sanctionne « *l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur ; soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique [...], est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement...* »¹⁷⁸⁰. Ces fondements permettent d'ores et déjà aux juges de fonder une application extensive de certaines notions juridiques telles que la vulnérabilité ou l'état de faiblesse par exemple.

B. LES LIMITES DU PRINCIPE D'APPLICATION PARTICULIÈRE DE LA RÈGLE GÉNÉRALE

581. Le principe d'application particulière de la règle de droit général présente des limites techniques (1) et humaines (2).

1. Les limites techniques à l'application particulière de la règle de droit général

582. La généralisation de l'application particulière d'une norme conçue pour l'ensemble sociétal présente des limites structurelles. Dans la même veine de raisonnement qui conduit à considérer que la protection prétorienne est trop répandue aujourd'hui — non pas en substance mais plutôt en ce qu'elle ne connaît pas d'*alter ego* efficace —, une telle extension du droit reviendrait à confier le sort des droits des personnes âgées dans les mains des juges. Une évolution de cet ordre ne serait aucunement considérée comme une hérésie juridique. La population des personnes âgées présente la caractéristique d'être généralement peu encline à la pratique du litige. Même si les actions en

¹⁷⁸⁰ Extraits de l'art. 223-15-2 CP, tel que modifié par la L. n° 2009-526 – art. 133, *de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (1)*, publiée au JORF n° 0110 du 13 mai 2009, p. 7920, texte n° 1.

justice des personnes âgées étaient stimulées par un quelconque mécanisme, les conséquences sur la sécurité judiciaire seraient importantes.

2. Les limites humaines à l'application particulière de la règle de droit général

583. La tendance qui conduit une partie des personnes âgées à boudier l'action contentieuse pourrait théoriquement être enrayerée par l'adaptation de l'aide juridique¹⁷⁸¹. L'aide juridictionnelle¹⁷⁸² ainsi que l'aide à l'accès aux droits¹⁷⁸³ pourraient faire l'objet d'une transformation notable en faveur des personnes âgées, principalement par le biais de plafonds de ressources plus favorables. Le mécanisme d'aide juridictionnelle n'est d'ores et déjà pas totalement hermétique au soutien des personnes âgées. En effet, les personnes âgées bénéficiant de l'allocation de solidarité aux personnes âgées sont notamment exemptées de la charge probatoire portant sur leurs ressources¹⁷⁸⁴. Elles sont donc directement admises à l'octroi de l'aide juridictionnelle.

Il ne s'agit pourtant ici que d'une simplification procédurale et non d'une aide substantielle aux personnes âgées. Cependant, ces solutions reviennent à prêter une règle spécifique aux personnes âgées et non une application spéciale de la règle applicable à tous. Par conséquent elles ne peuvent être prises en compte ici, d'autant plus que cela ne résout aucunement le problème de l'efficience indirecte des droits des personnes âgées. L'application particulière du droit commun au profit des personnes âgées emporte des conséquences au niveau contentieux. Cela impliquerait de favoriser les juges dans la voie de l'appréciation *ratione personae* de toute situation comportant une partie âgée. Toujours est-il que par cette voie — dont la protection se fait résolument *a posteriori* — l'efficacité réelle ne serait pas assurée. L'assurance d'une effectivité des droits reposant exclusivement sur l'autorité prétorienne revient à consacrer une temporalisation de l'efficience des droits.

¹⁷⁸¹ L'aide juridique fut consacrée par la L. n° 91-647 du 10 juillet 1991, *Relative à l'aide juridique*, publiée au JORF n° 0162 du 13 juillet 1991, p. 9170.

¹⁷⁸² Art. 1^{er} al 2 de la L. n° 91-647 – préc., tel que modifié par la L. n° 2014-1654 du 29 décembre 2014 – art. 35, *De finances pour 2015 (I)*, publiée au JORF n° 0301 du 30 décembre 2014, p. 22828, texte n° 2 : « L'aide juridique comprend l'aide juridictionnelle, l'aide à l'accès au droit et l'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles ».

¹⁷⁸³ L'aide à l'accès au droit est définie par la L. n° 91-647 – préc., *Deuxième partie*.

¹⁷⁸⁴ Art. 4 al 4 de la L. n° 91-647 – préc., tel que modifié par la L. n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 – art. 42 (V), *De finances pour 2016 (I)*, publiée au JORF n° 0302 du 30 décembre 2015, p. 24614, texte n° 1.

PARAGRAPHE 2

LA SOLUTION ENVISAGÉE D'UNE POST-MAJORITÉ

584. La densification de la sous population des personnes âgées donne un élan nouveau à certains enjeux juridiques. Le vieillissement est l'occasion d'une évolution de la façon de penser, de s'exprimer, de consommer, de contracter etc... Le législateur ne peut perdurer dans la voie consistant à nier les effets du vieillissement sur le rapport aux droits. Au-delà de ces effets intrinsèques, le vieillissement individuel confronte l'individu à une évolutions des attitudes extérieures. L'âge influence non seulement notre propre façon d'agir, mais conditionne également les interactions avec autrui. À travers la théorisation du concept¹⁷⁸⁵ de post-majorité, l'objectif est de projeter la construction d'un ensemble structuré qui devrait répondre au mieux aux besoins de l'individu durant la période de vieillesse. Il s'agit de raisonner à partir de la situation réelle de cette population et de l'appréhension de cette situation par les catégories juridiques préexistantes. De ce point de vue, « *la personne âgée vulnérable occupe une situation intermédiaire par rapport aux catégories du droit civil* »¹⁷⁸⁶, ce qui ne manque pas de poser un « *problème de protection car si le droit reconnaît la démence, il est peu sensible aux stades qui la précèdent* »¹⁷⁸⁷. L'étendue du concept de post-majorité ne se limite pas à la catégorie de vulnérabilité qui néanmoins expose parfaitement l'emplacement du raisonnement.

L'abandon d'une nature conceptuelle au profit d'une réalité statutaire est nécessaire à ce stade. Produit d'une interrogation de l'effectivité des droits, la nature conceptuelle de la post-majorité appelle la création d'un statut juridique (I) pouvant lui apporter la matérialité nécessaire à son accomplissement (II).

I. QU'EST-CE QUE LA POST-MAJORITÉ ?

585. La plaidoirie en faveur de l'adaptation du droit aux enjeux sinon individuels, du moins sociétaux, liés au vieillissement ne peut être exclusivement fondée sur le seul argument de l'âge. À l'instar de nombreux éléments qui constituent et accompagnent le vieillissement, l'âge emporte des conséquences hétérogènes. Cela étant, la sénescence présente certaines particularités qui sont

¹⁷⁸⁵ Selon la définition classique, un concept est une « *représentation mentale générale et abstraite d'un objet* ». Extrait de : G. CORNU, *L'âge civil*, Mélanges P. ROUBIER, Dalloz, 1961, Tome II, p. 9.

¹⁷⁸⁶ C. LACOUR, « La personne âgée vulnérable : entre autonomie et protection », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2009/4, vol. 32, n° 131, p. 188.

¹⁷⁸⁷ C. LACOUR, *Op. cit.*, *loc. cit.*

largement partagées. Elle induit par exemple, un désengagement naturel qui se traduit à la fois par le changement d'activité — passage de l'état d'actif à celui de retraité — ou son adaptation. Le rapport à la santé ou aux droits et à leur efficacité fait également l'objet des effets du vieillissement. Dès lors pourquoi persister dans l'indifférence d'une distinction s'imposant d'elle-même et dans les faits ? La démonstration de la prise en compte de l'état général d'un individu est réalisée chaque jour et concerne de nombreux aspects du quotidien. L'avancement dans l'âge entraîne une adaptation de l'attitude de l'ensemble de la société à l'égard de la personne âgée.

La post-majorité se présente comme l'aspiration créatrice d'un statut juridique propre à la personne âgée. Un ensemble statutaire (A) consacré à la promotion et à la défense de l'effectivité des droits d'une catégorie sociale définie (B).

A. L'HYBRIDATION CONCEPTUELLE DU PRINCIPE DE MAJORITÉ ET DES RÉGIMES SPÉCIAUX DE PROTECTION

586. La post-majorité désigne le concept visant la création d'un statut juridique général au sein de l'ordre juridique (1) propre à la personne âgée et occupant une place particulière (2).

1. La nature théorique de la post-majorité

587. La post-majorité n'aspire pas tant à la création de nouveaux droits qu'à l'assurance de l'effectivité des droits existants. L'intérêt n'est pas d'instaurer une incapacité qui s'appliquerait d'office passé un certain âge, ou de créer une néo-incapacité liée à l'âge. Il est au contraire question de trouver les outils juridiques adéquats afin de sécuriser le parcours de vie. L'enjeu concerne spécifiquement la vieillesse, mais n'est pas étranger à une analyse plus globale. En effet, penser les effets de l'âge sur le rapport aux droits n'est pas exclusif à la période de vieillesse. Il s'agit de prendre conscience que la place de l'âge dans le rapport aux droits est résolument plus large que celle qui lui est attribuée aujourd'hui par l'ordre juridique. *« Si l'âge est une condition de la citoyenneté politique, ce n'est qu'à minima, pour déterminer la majorité civique. En d'autres termes, si un trop jeune âge éloigne des urnes, un trop grand âge, de jure, ne remet pas en cause la capacité civique. Mais, de facto, l'âge, en ce qu'il est parfois facteur d'infirmités et d'handicaps, peut rendre difficile l'exercice du droit de vote et entraîner, indirectement, une déchéance des droits civiques »*¹⁷⁸⁸. La post-majorité se construit comme un moyen de lutter contre le phénomène de

¹⁷⁸⁸ D. ROMAN, « Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne ».

temporalisation des droits reconnus à l'individu. Pour ce faire, elle doit répondre à la forme de statut, soit un « *ensemble cohérent de règles applicables à une catégorie de personnes qui en déterminent, pour l'essentiel, la condition et le régime juridique* »¹⁷⁸⁹. Ce statut servirait de contenant à un *corpus* de droits reconnus à la personne âgée. Cette nature avait été envisagée par Madame Catherine PHILIPPE, qui s'interrogeait sur l'opportunité de création d'un droit pour les seniors : « *Il importe de bien préciser ce qui est envisagé. Un droit et non des droits, cela signifie un statut juridique complet, spécifique et original destiné aux seniors et non des prérogatives concernant certains aspects de la situation de la personne âgée* »¹⁷⁹⁰. On ne souhaite pas prendre part ici à l'imposition de termes autres que “personne âgée” pour désigner ce qui n'a pas à être stigmatisé. Cependant, l'objectif recherché est bien celui-ci.

588. La post-majorité doit répondre à un besoin d'organisation du droit, en vue d'une meilleure effectivité au profit des personnes âgées. Le concept ne vise pas dans l'absolue la création automatique de droits exclusifs. Il s'agit plutôt de répondre au besoin de stabilité dans l'effectivité des droits reconnus à tous les majeurs. L'étude du droit positif a révélé l'existence d'un régime tacite, sinon de post-majorité, du moins de protection de l'âge. Cette reconnaissance diffuse présente déjà une certaine effectivité malgré un manque de systématisation. L'objet principal de la post-majorité est de participer à l'élargissement à la structuration des droits des personnes âgées en un droit de la personne âgée. La démarche éthique se place sous l'égide d'un devoir de moralisation du droit et penche assurément vers l'instauration d'une déférence vis-à-vis des personnes âgées. Le positionnement se veut radicalement différent de celui propre à la protection juridique des majeurs — logique de prise en charge — et souhaite un fonctionnement autre — logique de respect et de soutien.

2. La place envisagée de la post-majorité au sein de l'ordre juridique

589. Où se situerait la post-majorité dans le construit normatif ? Plusieurs remarques s'imposent. Tout d'abord, il apparaît clairement que la post-majorité ne peut pas prendre place parmi les régimes spéciaux de protection. Non seulement cela serait contraire au raisonnement de fond, mais cela n'aurait que pour effet d'ajouter un strate supplémentaire au panel de protection juridique

RDSS, Dalloz édition, 2008, p. 267.

¹⁷⁸⁹ G. CORNU, *Vocabulaire*, Ed. PUF, 2014.

¹⁷⁹⁰ C. PHILIPPE, « Un droit pour les seniors ? », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2012/4, vol. 35, n° 143, p. 146.

préexistant. Par ailleurs, il est évidemment hors de propos d'imaginer un terme automatisé fondé sur l'âge, ni à la majorité ni à la pleine capacité telles qu'on les conçoit.

La post-majorité ne prétend pas non plus remplacer la protection juridique des majeurs qui a maintes fois prouvé son utilité et dont l'objet est résolument éloigné. La forme d'un nouveau régime spécial qui viendrait s'ajouter à l'arsenal protectionniste n'est pas envisagée. Un traitement individualisé n'est vraisemblablement pas concevable au niveau de la pratique¹⁷⁹¹.

590. Si ce n'est pas l'incapacité, est-ce toujours pour autant la capacité ? Le fonctionnement foncièrement binaire de la pensée juridique jette le doute sur la possibilité de trouver un compromis. La place de principe qu'occupe le binôme majorité-capacité ne connaît à ce jour que la seule limite incapacitaire. Dès lors peut-on réellement penser un ensemble cohérent de normes s'appliquant à une population sociale définie sans toucher à cet équilibre ? L'idée d'une post-majorité s'y prête. Elle tend d'abord à s'imposer comme la suite théorisée au parcours de vie traditionnelle. Le diptyque minorité/majorité deviendrait alors un triptyque minorité/majorité/post-majorité. Selon cette hypothèse, le terme de séniorité, rejeté jusque-là, trouverait une place cohérente. On parlerait donc de minorité, de majorité puis de séniorité. Pourtant l'idée d'un statut juridique de la personne âgée se conçoit différemment. C'est au niveau du régime juridique que ces deux conceptions diffèrent. La vision d'une post-majorité conçue comme un troisième temps autonome de vie juridique subodore la création d'un régime juridique propre qui serait différent de ceux qui existent déjà — à savoir l'incapacité pour la minorité, et de la capacité pour la majorité. En réalité, la version choisie de la post-majorité se présente davantage comme une subdivision de la majorité. Le diptyque minorité/majorité reste intact, tandis que la majorité comprend désormais deux volets : Une majorité *ab initio* et une majorité *in fine*, la post-majorité. L'une et l'autre partageront le régime juridique basal qu'est la capacité, à la différence près que cette capacité serait renforcée durant la post-majorité. Ainsi, la post-majorité formerait un état différent de la majorité, et interdépendant du concept de capacité. Si l'incapacité lui est *lato sensu* étrangère, rien n'empêcherait cependant pas la capacité de la post-majorité de connaître les mêmes exceptions que connaît la capacité durant la majorité. L'incapacité pourrait donc affecter la période de post-majorité, de la même manière qu'elle le fait déjà aujourd'hui durant la majorité — c'est-à-dire de manière exceptionnelle, nécessaire et individualisée.

¹⁷⁹¹ Pour les mêmes raisons qui ont conduit à écarter la forme d'un nouveau régime spécial de protection. V. à ce propos : Partie II, Titre I, Chapitre I, Section 2, §1, I.

591. Quand faire commencer la post-majorité ? La survenance d'un seuil fixé légalement régit l'entrée dans la majorité. L'âge de 18 ans révolu, la majorité s'impose à comme une réalité affranchie du facteur temps. Elle s'étire avec l'âge de la personne et jusqu'à sa fin. Il n'existe pas de seuil plafond au-delà duquel s'ouvrirait un autre état. Actuellement, en l'absence de seuil plafond à la majorité, la distinction entre les majeurs n'est permise qu'à travers le seul prisme de la capacité juridique. Dans le cadre de l'insertion d'une post-majorité, il ne serait pas impératif de mettre un terme à cette conception.

La théorisation de la post-majorité se trouve face à une alternative qui en réalité n'a qu'une importance philosophique. L'alternative est identique à ce qui était évoqué précédemment : Soit la post-majorité est conçue comme un troisième temps de vie autonome ; soit elle est conçue comme une *summa divisio* de la majorité. La première hypothèse présente l'avantage de la clarté. L'idée d'une post-majorité indépendante s'impose facilement. En dépit de cela, cette image porte atteinte de façon flagrante à la binarité chère à la matière juridique, ce qui est moins le cas dans la seconde hypothèse. Par ailleurs, la post-majorité n'a pas à être entendue comme un après majorité mais plutôt comme la dernière partie — *l'ultima parte* — de la majorité. La majorité considérée *in fine*. Dans ce cas, la post-majorité ne se situe pas tout à fait après la majorité, mais constitue un état particulier venant s'ajouter le moment venu à l'état basique de la majorité. À ce titre elle s'étendra depuis un point donné jusqu'au terme de la vie du majeur. Là où les régimes spéciaux ont une nature temporaire, la post-majorité a une vocation permanente. Par ailleurs, la nature générale de la post-majorité permet de l'envisager comme une véritable étape de vie. Par conséquent rien n'empêcherait un post-majeur d'être également protégé par une mesure de protection. Il s'agirait d'un post-majeur protégé. La post-majorité est donc le fruit d'une *summa divisio* de la majorité et intervient indépendamment du principe de capacité.



Séquences du cycle de vie juridique

592. Du point de vue éthique, l'adjonction d'un statut supplémentaire sur la partie haute de la majorité — c'est-à-dire sur les dernières années d'un cycle de vie classique —, est moins problématique qu'une division pure et dure de la majorité en deux états juridiques distincts. Par ailleurs, cette conception rigide ferait obstacle à l'idée principale de la post-majorité. À savoir que la personne conserve le *corpus* de droits reconnus aux majeurs, mais qu'il bénéficie de surcroît d'une conception favorable. La post-majorité se conçoit dès lors comme une pellicule de droits reconnus aux personnes âgées en plus du *corpus* reconnu à tout majeur. L'omniprésence du principe de capacité ne serait pas non plus nécessairement remise en cause, mais simplement adaptée à la nouvelle configuration. Ainsi les régimes spéciaux de protection des majeurs pourraient affecter le temps de post-majorité d'une égale manière qu'ils affectent déjà ponctuellement le temps de majorité. Cela étant l'existence d'une post-majorité permettrait d'octroyer à l'ensemble du mécanisme de protection juridique des majeurs une souplesse nouvelle, en permettant de distinguer les mesures prononcées pour des raisons pathologiques ou accidentelles, de celles prononcées pour pallier un affaiblissement dû à l'âge, ou un état en lien direct avec la sénescence — pour lesquelles la temporalité de la mesure pourrait alors être écartée.



**Séquences du cycle de vie juridique
et protections spécifiques potentielles**

593. Hormis les répercussions sur l'équilibre théorique entre la majorité, la capacité et l'incapacité, la post-majorité permettrait de considérer les personnes âgées comme des majeurs particuliers : Des post-majeurs — des majeurs personnes âgées — ou tout simplement comme des personnes âgées. À ce titre ils bénéficieraient d'un statut juridique propre leur assurant l'effectivité des droits reconnus à tous les majeurs, ainsi que l'existence et l'effcience de droits spécifiques ou renforcés.

B. L'OBJET DE LA POST-MAJORITÉ

594. Par la consécration d'un statut propre à la personne âgée (1), la post-majorité tend à renforcer l'effectivité des droits existant, ainsi qu'à son organisation (2).

1. Les objectifs poursuivis par la post-majorité

595. La post-majorité déroge (pour partie) au principe commun qu'est la majorité. Cela ne contribue pas pour autant à lui donner une dimension sanctionnatrice ou sclérosante. Au contraire, se situant au juste milieu des régimes spéciaux incapacitaires et de la pleine majorité peu protectrice, la post-majorité apporte une solution de compromis dévouée à l'efficiencia des droits des personnes âgées. Il ne s'agit pas d'ôter certains droits ou de dispenser de certains devoirs à partir du franchissement d'un seuil fondé sur l'âge, mais au contraire de permettre une protection spécifique et décomplexée par rapport à celle proposée par les régimes spéciaux de protection. L'envergure du concept dépasse largement celle de la protection juridique des majeurs — puisqu'elle s'étend à l'ensemble des personnes âgées non protégées. Les régimes spéciaux garderaient l'exclusivité d'une protection individualisée. L'objectif est de tirer les conséquences du constat de l'inadaptation de notre droit, à l'état des personnes âgées voir très âgées, en perte d'autonomie. Sans répondre prématurément à la question de savoir : À partir de quand serait-t-on post-majeur ?, on peut néanmoins dès à présent avancer que la post-majorité a pour principal objectif d'organiser juridiquement une situation factuelle établie. Car, si ce régime juridique se place à la fois parallèlement et concomitamment à la majorité, c'est pour être au plus proche des besoins inhérents à la vieillesse.

596. La post-majorité n'entend pas priver les personnes d'une quelconque part de liberté ou de capacité juridique. La démarche vise à éviter l'image qui affuble les régimes juridiques de protection. Un grand nombre de personnes âgées placées — le terme parle de lui-même —, expriment un sentiment d'humiliation, d'inutilité et de dépendance. La post-majorité vise la promotion de la personne âgée, afin de ne plus faire de l'âge un critère implicite d'exclusion. Il s'agit de se réappropriier et de prolonger la volonté du législateur qui s'était attaché, en 2007, à replacer l'individu au centre de la mesure de protection. La post-majorité est une nouvelle tentative d'éviter les « *périls identifiés par le Doyen Carbonnier* : « *la loi protège les aliénés, mais*

immanquablement les aliènes” »¹⁷⁹². Il est indéniable qu’une quelconque forme de discrimination positive induit de manière sous-jacente à considérer la différence entre la catégorie de personne visée par la discrimination qui constitue une minorité par rapport au reste de la population¹⁷⁹³. Mais ne pourrait-on pas considérer que les effets bénéfiques d’une telle distinction puissent prendre le pas sur la dangerosité que certains prêtent à l’identification des personnes âgées comme une catégorie sociale spécifique ? Dans cet ordre d’idées, la post-majorité a pour objectif de contribuer à la préservation des droits et de la volonté de la personne, même lorsque cette dernière ne remplit pas les critères d’entrée sous régime spécial de protection. L’intérêt se trouverait à la fois dans le régime normal de post-majorité mais également en matière de protection juridique des majeurs — ou des post-majeurs. En effet, si la post-majorité offre une protection diffuse et générale, alors la certaines mesures de protection juridique pourraient être évitées. La protection ainsi renouvelée se ferait alors plus pointilleuse que celle actuellement reconnue aux majeurs. La post-majorité propose simplement d’organiser un régime juridique flexible, dans un juste équilibre entre liberté et protection de la personne âgée capable.

2. La dualité des objectifs de la post-majorité

597. La multiplicité des effets de la vieillesse représente un enjeu crucial en matière de construction d’une post-majorité. C’est justement cette nature complexe et hautement diversifiée qui justifie encore l’absence de distinction normative générale entre les personnes en pleine force de l’âge et les personnes âgées. La dualité du droit contemporain s’exprime par l’absence de considération particulière due à l’âge avancé d’une personne — la personne âgée est alors considérée comme n’importe quel autre majeur —, ou de sa qualification de “personne âgée vulnérable”, et dont l’état appelle une protection particulière. La post-majorité tend à offrir un statut juridique encadré non pas aux seules personnes âgées vulnérables, mais à l’ensemble des personnes âgées, et cela sans aucune forme de compromis que la liberté consentirait directement à la protection.

598. La post-majorité comprendrait deux volets distincts. Le premier consisterait en une réorganisation des droits de la personne âgée, tandis que le second permettrait la création éventuelle de nouveaux droits, le renforcement des droits existants. Dans ce cadre, il sera nécessaire d’apporter un soin particulier aux thèmes de l’information et de la connaissance des droits. L’information des

¹⁷⁹² J.-R BINET (dir.) *et al.*, *Droit et vieillissement de la personne*, Ed. LITEC Lexis Nexis, Coll. Colloques & Débats, Paris, 2008, p. 92.

¹⁷⁹³ C. PHILIPPE, *Op. cit.*, p. 164 s.

droits fait aujourd'hui l'objet de critiques. Le constat fut notamment dressé par la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme à l'occasion de son avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées. « *Les personnes âgées et leurs familles font face à un problème d'accès aux droits du fait principalement d'un manque d'information sur leurs droits. Ces obstacles conduisent à un risque de non recours et de non-respect des droits, plus particulièrement lorsque la personne est en situation de vulnérabilité* »¹⁷⁹⁴. Le Conseil des Ministres de l'Union européenne a également émis le vœux pieu d'une évolution positive de la conscience individuelle des droits. « *Les personnes âgées devraient avoir accès à des informations suffisantes concernant leurs droits* »¹⁷⁹⁵. Pour faire face à ces limites restrictives qui affectent l'information des droits, les institutions préconisent respectivement une amélioration de la qualité de l'information et une densité de sa diffusion — sans pour autant donner de plus amples précisions.

599. La post-majorité peut volontiers se concevoir comme l'expression d'un droit à compensation, à l'instar de l'expression reconnue au profit des personnes handicapées par la loi du 11 février 2005¹⁷⁹⁶. Non pas que le vieillissement doive-t-être considéré comme un handicap latent et intrinsèque, mais plutôt dans le sens premier et neutre de l'expression. La loi de 2005 comporte un chapitre consacré au thème de la compensation des conséquences du handicap¹⁷⁹⁷, lequel contribua notamment à la création¹⁷⁹⁸ de l'article L. 114-1-1 du Code de l'action sociale et des familles consacrant la compensation du handicap « *quels que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie* »¹⁷⁹⁹. La comparaison s'arrête ici, étant donné que la post-majorité ne répond pas à une nature financière. La notion de compensation s'entend plutôt dans une dynamique de déférence au profit de la population des personnes âgées, et d'une tentative de sécuriser l'efficacité des droits durant le parcours de vie. Le terme de privilège juridique n'est pas loin. Toutefois s'il devait être reçu avec réticence, il n'en resterait pas moins l'expression d'un juste

¹⁷⁹⁴ CNCDH, *Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées*, Assemblée plénière du 27 juin 2013, publiée au JORF n° 0176 du 31 juillet 2013, texte n° 101, p. 7.

¹⁷⁹⁵ CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation CM/Rec(2014)2, du Comité des Ministres aux États membres sur la promotion des droits de l'Homme des personnes âgées, 19 février 2014, p. 3.

¹⁷⁹⁶ L. n° 2005-102 du 11 février 2005, Pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (1), publiée au JORF n° 36 du 12 février 2005, p. 2353, texte n° 1.

¹⁷⁹⁷ L. n° 2005-102 – préc., Titre III Compensation et ressources, Chapitre 1 Compensation des conséquences du handicap.

¹⁷⁹⁸ L. n° 2005-102 – préc., art. 11.

¹⁷⁹⁹ CASF, art. L. 114-1-1 al 1, tel que créé par la L. n° 2005-102 – préc., et tel que modifié par la L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 – art. 89, *De modernisation de notre système de santé (1)*, publiée au JORF n° 0022 du 27 janvier 2016, texte n° 1.

retour des choses au regard de l'écoulement de la vie d'un majeur ayant la plupart du temps participé activement à la vie sociale.

II. QUI SONT LES POST-MAJEURS ?

600. Qui sont, ou plutôt qui seraient les post-majeurs ? Eu égard aux difficultés que soulèvent d'ores et déjà le critère de l'âge et son appréhension juridique, la question mérite d'être posée. Le terme de post-majeur n'est pas nouveau dans l'absolue. Le psychosociologue et directeur de l'Office aquitain de recherche, d'étude, d'information et de liaison sur les problèmes des personnes âgées Jean-Jacques AMYOT, a déjà eu l'occasion de l'employer¹⁸⁰⁰. Selon lui, le terme de post-majeur désigne l'ensemble des personnes âgées dépendantes et placées sous une mesure de protection juridique¹⁸⁰¹. Vu la mutation spécifique de ces mesures lorsqu'elles sont prononcées au bénéfice d'une personne âgée — un étalement temporel quasi généralisé —, ces dernières forment bien déjà une post-majorité. Pourtant cette post-majorité factuelle est couplée au régime d'incapacité. La similarité s'arrête donc ici. Les frontières supérieures à la post-majorité ont été fixées de manière identique à celles de la majorité. Elles se confondent donc aux limites de la vie. En cela elles sont relativement simples à identifier puisqu'elles conduisent la post-majorité à avoir le décès pour unique terme. Les frontières inférieures sont autrement problématiques puisqu'elles induisent à manier le critère de l'âge (A) concurremment à d'autres critères (B).

A. LES SUJETS NATURELS DE LA POST-MAJORITÉ

601. L'avancée en âge, n'est pas le risque social le plus aléatoire qu'il soit. Il suffit de relire *Le vieillard et les trois jeunes hommes*¹⁸⁰² pour s'en persuader. Les risques sociaux listés par l'Organisation internationale du travail à l'occasion de sa convention sur la sécurité sociale de 1952¹⁸⁰³, n'ont pas d'âge¹⁸⁰⁴. Cependant une partie de la doctrine commence à accepter l'idée qu'il

¹⁸⁰⁰ J.-J. AMYOT, « Vieillesse, contrôle social et idéologie sécuritaire. Entre autonomie et dépendance », *Vie sociale*, ERES, 2012/1, n° 1, p. 127.

¹⁸⁰¹ J.-J. AMYOT, *Op. cit.*, *loc. cit.* : « Toute la pensée gérontologique est aujourd'hui centrée sur la dépendance, entendue comme une incapacité intrinsèquement liée au processus de vieillissement. Ces incapables post-majeurs nécessitent des aides, des soutiens, des étayages dont le but affiché est de leur permettre de poursuivre leur existence dans les meilleures conditions, mais leur vie finit par en être conditionnée ».

¹⁸⁰² J. DE LA FONTAINE, *Fables*, Le Livre de poche, 2002, Fable VIII, Livre onzième, p. 340-341.

¹⁸⁰³ Organisation Internationale du travail, Convention C102, n° 102, *concernant la norme minimum de la sécurité sociale*, Genève, 28 juin 1952 entrée en vigueur le 27 avril 1955.

¹⁸⁰⁴ Certes certains d'entre eux ont une période d'existence limitée techniquement — chômage — ou biologiquement — maternité. Il n'existe d'âge ni pour le décès, ni pour la maladie ou l'invalidité.

y aurait sinon un âge pour la vieillesse¹⁸⁰⁵, du moins un âge de la dépendance¹⁸⁰⁶. Pour autant, cette conception apparaît réductrice et comporte de nombreux risques éthiques. Si un âge d'entrée en vieillesse peine encore à être consacré¹⁸⁰⁷, du moins existe-t-il factuellement.

L'absence de dimension incapacitaire du concept facilite réellement à la fois sa théorisation et sa délimitation. Cela n'enlève rien à la densité de l'enjeu (2) consistant à fixer un âge plancher à la post-majorité (1).

1. *L'approche transversale de la notion d'âge*

602. Fidèle à la célèbre description énigmatique faite à Œdipe par le Sphinx dans la mythologie Grecque, « *A l'aurore, il se traîne sur quatre pieds ; à midi, il marche sur deux ; le soir, c'est sur trois qu'il avance en chancelant. Quel est cet être, jamais le même et cependant jamais plusieurs, mais un seul ?* »¹⁸⁰⁸, le corps de l'Homme est appelé à se modifier avec le temps. Cette règle est naturelle et immuable, si bien que la norme sociale s'y adapte spontanément. C'est en vertu de ce fondement, que la vie se déroule sur trois étapes de l'apprentissage, de la vie active, et de la retraite. Le sociologue Pierre BOURDIEU, considérait que certains critères, — le sexe d'une personne, sa circoncision ou non ou encore son âge —, constituaient de véritables actes d'institution, des rituels de passage, permettant de ponctuer le déroulement de la vie sociale. Tout rite d'institution, tend naturellement vers la consécration légitime d'une limite arbitraire¹⁸⁰⁹. Il s'agirait donc de l'officialisation d'un état, en ce que cet état se distingue d'états antérieurs ou dissemblables. « *L'institution est un acte de magie sociale qui peut créer la différence ex nihilo ou bien, et c'est le cas le plus fréquent, exploiter en quelque sorte des différences préexistantes, comme les différences biologiques entre les sexes ou, [...] les différences entre les âges* »¹⁸¹⁰. Peu importe en réalité que

¹⁸⁰⁵ A.-L. CHABAS-SERLOOTEN, « Vieillissement de la population : le point sur la réforme », AJ Famille, Dalloz édition, 2016, p. 90 : « Mais qu'est-ce que le vieillissement ? Pourrait-on se risquer à en donner une définition objective ? S'agit-il d'un âge précis à l'image des tables de mortalité pratiquées par l'INSEE ou encore de celles retenues pour le calcul des rentes viagères ? Assurément, la négative s'impose ».

¹⁸⁰⁶ S. FERRÉ-ANDRÉ, « Introduction au "droit gérontologique" », *Defrénois*, Lextenso édition, 2009, n° 2, p. 121.

¹⁸⁰⁷ Néanmoins ce positionnement s'oppose à celui tenu par le Comité des Ministres de l'Union européenne. V. à ce propos : Exposé des motifs de la Recommandation CM/Rec(2014)2 du Comité des Ministres aux États membres sur la promotion des droits de l'homme des personnes âgées.

¹⁸⁰⁸ E.-F. BUCKLEY, *Légendes de la Grèce antique*, Librairie Payot et Cie, 1931, p. 23.

¹⁸⁰⁹ P. BOURDIEU, *Op. cit.*, p. 58-63 : « Parler de rite d'institution, c'est indiquer que tout rite tend à consacrer ou à légitimer, c'est-à-dire à faire méconnaître en tant qu'arbitraire et reconnaître en tant que légitime, naturelle, une limite arbitraire ; ou, ce qui revient au même, à opérer solennellement, c'est-à-dire de manière licite et extraordinaire, une transgression des limites constitutives de l'ordre social et de l'ordre mental qu'il s'agit de sauvegarder à tout prix ».

¹⁸¹⁰ P. BOURDIEU, *Op. cit.*, loc. cit. .

le passage soit lié au rite lui-même, ou à la consécration symbolique d'une situation. L'importance du rite reste la même. Ces travaux ont tout leur place dans le raisonnement portant l'insertion d'un statut de la personne âgée. Le lien forcé entre un tel statut et le critère de l'âge est délicat et en a déjà effrayé plus d'un. « *Un régime juridique différent mais complet (donc ne concernant pas seulement le registre des prestations sociales et de retraite) serait sans doute fort mal accueilli par des personnes âgées ayant atteint la soixantaine qui ne souffrent d'aucune pathologie et dont l'espérance de vie est d'une vingtaine d'années voire davantage* »¹⁸¹¹. En réalité, tout dépend de la nature et des objectifs poursuivis par le régime juridique en question. S'il est exclusivement conçu au bénéfice de l'intérêt de ses sujets, et qu'il n'entraîne aucune altération de leurs capacités, alors il n'y a aucune raison qu'il soit rejeté. La mobilisation du critère de l'âge pour réguler l'entrée en post-majorité n'en demeure pas moins intéressante.

603. L'âge, — ou certains âges tout au moins — est parfois considéré par le droit, comme l'élément déclencheur permettant de consacrer le passage d'un état à un autre. L'âge le plus célèbre en matière de rite licite de passage est bien-sûr celui qui permet de passer de la minorité à la majorité. Cet âge a évolué, ce qui démontre que l'élément déclencheur de tout rite de passage est une norme arbitraire et socialement arrêtée. On trouve quelques manifestations de l'utilisation de l'âge comme critère de protection ou de responsabilité juridique¹⁸¹². Le deuxième âge de cette "magie sociale" est celui de l'accès à la retraite. Lui aussi a souvent varié et dépend parfois de critères cumulatifs, ce qui démontre encore une fois un caractère arbitraire. Il se distingue, à l'instar de l'âge de la majorité, par l'ampleur et l'orientation de ses effets. Quel plus grand exemple d'accès d'un état à un autre que celui de l'arrivée de la retraite ? On citerait volontiers prioritairement le passage de la minorité à la majorité. Néanmoins l'étalement dans le temps des effets concrets de ce passage participent pourtant à en faire un élément moins révolutionnaire. Le passage de la vie active à la retraite bouleverse conséquemment le quotidien. Ces rituels apportent leur concours à l'ensemble de l'organisation et de la cohérence sociale. « *L'acte d'institution est un acte de communication mais d'une espèce particulière : il signifie à quelqu'un son identité, mais au sens à la fois où il la lui exprime et la lui impose en l'exprimant à la face de tous [...] et en lui notifiant ainsi avec autorité ce qu'il est et ce qu'il a à être* »¹⁸¹³.

¹⁸¹¹ C. PHILIPPE, *Op. cit.*, p. 153.

¹⁸¹² Par exemple, les moins de 16 ans et les plus de 70 ans sont différenciés du reste de la population par la loi Badinter, L. n° 85-677, du 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, publiée au JORF du 6 juillet 1985, p. 7584.

¹⁸¹³ P. BOURDIEU, « Les rites comme acte d'institution », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1982, n° 43, p. 60.

604. La notion d'âge est une notion complexe qui revêt à la fois une dimension objective et subjective. « *La notion d'âge revêt également d'autres dimensions, physiologique, psychologique et culturelle. L'ensemble de ces aspects est soumis à une appréciation subjective* »¹⁸¹⁴. La subjectivité de l'âge ne constitue pas une écrasante majorité de la conception. La notion biomédicale de la fragilité utilise régulièrement le critère de l'âge pour rationaliser de manière objective l'état général de santé¹⁸¹⁵. La perception juridique de l'âge — âge de la majorité, âge de la retraite ou autres — est également de nature objective.

L'âge est utilisé pour participer à identifier les individus. Il correspond à la mesure du temps écoulé depuis la naissance jusqu'à un instant T. C'est cette définition chronologique qui permet au législateur de définir la limite sociale et temporelle d'un état à un autre. « *Ce curseur permet de graduer à la fois le degré de capacité et de maturité de l'individu dans ses interactions au sein de l'organisation sociale* »¹⁸¹⁶. De cette perception découlent deux dimensions spécifiques. Au niveau macro juridique, le critère de l'âge, participe à l'organisation et à l'institutionnalisation du cours de la vie¹⁸¹⁷. Les âges utilisés par le droit social pour réguler l'accès à la vie active normalisent le parcours de vie de chaque individu, et par là, de l'ensemble de la société. Le curseur de l'âge permet d'apporter une véritable dimension à la norme juridique, puisqu'il contribue à identifier la loi applicable à une situation donnée. L'âge peut ainsi étendre ou restreindre une norme juridique¹⁸¹⁸. Malgré cela le droit n'ignore pas totalement la dimension subjective de l'âge.

605. L'âge peut ne pas être fixé mais laissé à l'appréciation souveraine des juges. C'est le cas par exemple dans l'article 276 du Code civil, qui dispose qu'« *à titre exceptionnel, le juge peut, par décision spécialement motivée, lorsque l'âge ou l'état de santé du créancier ne lui permet pas de*

¹⁸¹⁴ L. RAZÉ, *L'âge en droit social*, thèse de Doctorat de droit, 2013, p. 11.

¹⁸¹⁵ H. MICHEL, « La notion de fragilité des personnes âgées : apports, limites et enjeux d'une démarche préventive », *Retraite et société*, La Documentation française, 2012/1, n° 62, p. 174 : « *La fragilité des personnes âgées est une notion biomédicale développée en Amérique du Nord (Hogan et al., 2003) puis reprise dans les autres pays industrialisés. Principalement fondés sur des recherches en épidémiologie (clinique et sociale), les travaux sur la fragilité commencent à fournir des instruments qui pourraient permettre de poser un diagnostic clinique de la fragilité* ».

¹⁸¹⁶ L. RAZÉ, *Op. cit.*, p. 91.

¹⁸¹⁷ Cf. M. KOHLI, « The World we forgot : an Historical review of the lif course », in V. W. Marshall (dir.), *Later Life : the Social Psychology of Aging*, Sage, Beverly Hills (États-Unis), 1986, p. 271-303.

¹⁸¹⁸ Par exemple, Art. 21-24-1 du Code civil, tel que créé par la L. n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 – art. 69, *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité (I)*, publiée au JORF n° 274 du 27 novembre 2003, p. 20136, texte n° 1 ; Cet article apporte un tempérament à l'Art. 21-24 du même Code. Un réfugié politique résidant régulièrement en France depuis plus de 15 ans et âgé de plus de 70 ans est exonéré de la condition de connaissance de la langue française.

subvenir à ses besoins, fixer la prestation compensatoire sous forme de rente viagère »¹⁸¹⁹. On trouve une autre manifestation de la dimension subjective de l'âge dans le droit, dans le fait pour le législateur de justifier une restriction à une norme juridique fondée sur l'âge avancé¹⁸²⁰. Puisque le droit utilise déjà l'âge comme un outil de distinction entre les personnes. De plus, il ne méconnaît pas totalement la dimension subjective de cette notion. Pourquoi persister alors dans la reconnaissance de deux limites d'âge établies, et de quelques exceptions éparses ? L'âge constitue un critère relatif de distinction entre les personnes. Chacun a normalement vocation à vieillir, et se trouvera donc dans une situation similaire au fil des âges traversés. Cela vaut déjà pour la majorité ou la retraite. Dès lors peu de raisons s'opposent à ce que ce ne soit pas le cas pour un régime général parallèle à la partie ultime de la majorité. D'autant plus qu'il s'agit d'un critère sinon objectif du moins rationnel.

2. Les difficultés liées au critère de l'âge

606. Les difficultés liées au principe de distinction fondée sur l'âge (a) se cristallisent autour de l'enjeu de fixation d'un seuil précis, qui délimiterait la majorité de la post-majourité (b).

a. Le principe de distinction fondé sur l'âge

607. Dans le cadre de raisonnement portant sur l'instauration d'une post-majourité, le maniement du critère de l'âge ne va pas sans soulever un certain nombre de difficultés. La fixation du seuil au-delà duquel le passage de l'état de majeur quelconque à celui de post-majeur présente une particulière sensibilité. En effet, alors que ce concept vise précisément à respecter la multiplicité de la vieillesse, comment pourrait-il imposer arbitrairement un âge d'entrée ? La première question qui se pose est de savoir s'il existe d'ores et déjà un âge — fixé expressément ou tacitement reconnu —, de la vieillesse.

608. Les tentatives de détermination d'un seuil de la vieillesse se sont révélées vaines. « *À ce jour, il n'existe pas de définition juridique consensuelle des 'personnes âgées'* »¹⁸²¹ affirmait le Comité des Ministres à l'occasion de l'exposé des motifs de la Recommandation de 2014. Pour

¹⁸¹⁹ Art. 276, modifié par la L. n° 2004-439 du 26 mai 2004 - art. 18, publiée au JORF du 27 mai 2004 en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005.

¹⁸²⁰ V. *à ce propos* : Art. 812-1-1 du Code civil.

¹⁸²¹ Exposé des motifs de la Recommandation CM/Rec(2014)2 du Comité des Ministres aux États membres sur la promotion des droits de l'homme des personnes âgées.

appuyer ses propos, l'institution citait les travaux du Bureau du Haut-Commissaire aux Droits de l'Homme, lesquels concluaient que « *les personnes âgées ne forment pas un groupe homogène* »¹⁸²². Il serait donc illusoire de définir le point de départ de la vieillesse¹⁸²³, et pourtant l'*instrumentum* portant ces acceptions porte pourtant bien le nom de : *Promotion des droits de l'homme des personnes âgées*. L'enjeu de définition de la vieillesse semble donc pouvoir être dépassé. La vanité de l'effort de délimitation n'aurait qu'une portée relative et formelle. D'ailleurs il existe déjà un certain nombre de seuils d'âges en diverses matières qui corroborent l'existence d'une qualification factuelle et pratique de la vieillesse.

b. L'enjeu de la fixation d'un seuil d'âge

609. La post-majorité à quel âge ? En dépit du caractère jusqu'alors jugé arbitraire de la distinction entre les âges, le législateur et les pouvoirs publics ont été amenés à déterminer certains seuils. L'âge charnière le plus répandu est celui de 60 ans. Cet ancrage classique ne s'oppose pas à l'existence d'autres délimitations. Certaines sont inférieures, d'autres sont supérieures, et toutes évoluent dans diverses matières. C'est ainsi que les programmes nationaux de nutrition et santé visent une sensibilisation du public à partir de 55 ans. Le plan d'aide au maintien à domicile consenti par l'État à ses agents retraités s'ouvre également à partir de cet âge. « *L'aide au maintien à domicile peut être accordée aux personnes âgées d'au moins 55 ans dont l'état de santé peut être assimilé aux groupes iso-ressources 5 ou 6 et qui relèvent à titre principal du régime des pensions civiles de l'État ou du régime des pensions des ouvriers des établissements industriels de l'État* »¹⁸²⁴. Au contraire, la loi BADINTER de 1985 protège notamment les personnes âgées de plus de 70 ans¹⁸²⁵. De même, l'article 21-24-1 du Code civil exempte de l'obligation de connaissance de la langue française les réfugiés politiques résidant régulièrement en France depuis plus de quinze ans et âgés

¹⁸²² Normative standards *in* international human rights law to older persons, Analytical Outcome Paper, Bureau du Haut-Commissaire aux Droits de l'homme des Nations Unies, 2012, p. 7.

¹⁸²³ COMITÉ DES MINISTRES, CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation CM/Rec(2014)2 du Comité des Ministres aux États membres sur la promotion des droits de l'homme des personnes âgées, 19 février 2014.

¹⁸²⁴ Art. 6 al. 1 du D. n° 2012-920 du 27 juillet 2012, *relatif à l'introduction d'une aide au maintien à domicile pour les retraités de l'État*, publié au JORF n° 0174 du 28 juillet 2012, texte n° 22, modifié par le D. n° 2013-938 du 18 octobre 2013, *portant application de la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral*, publié au JORF n° 0245 du 20 octobre 2013, p. 17273, texte n° 14, et par le D. n° 2013-938 du 18 octobre 2013, *portant application de la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral*, publié au JORF n° 0245 du 20 octobre 2013, p. 17273, texte n° 14, ainsi que par le D. n° 2015-1814 du 28 décembre 2015, *modifiant le décret n° 2012-920 du 27 juillet 2012 relatif à l'introduction d'une aide au maintien à domicile pour les retraités de l'État*, publié au JORF n° 0302 du 30 décembre 2015, texte n° 145.

¹⁸²⁵ L. n° 85-677 du 5 juillet 1985, *Tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, publiée au JORF du 6 juillet 1985, p. 7584.

de plus de 70 ans souhaitant être naturalisés¹⁸²⁶. Certaines lignes directrices internationales spécialisées en gériatrie considèrent la personne comme personne âgée à partir de 65 ans. Ce fut notamment le cas à l'occasion de la Conférence internationale pour l'harmonisation des techniques relatives à l'enregistrement des produits pharmaceutiques de 1993¹⁸²⁷. « *La population gériatrique est arbitrairement définie aux fins de la présente ligne directrice, comme comprenant les patients âgés de 65 ans ou plus* »¹⁸²⁸.

610. La loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement¹⁸²⁹, mentionne elle-même différents seuils d'âges. Le premier est celui de 60 ans. Il est prévu par le troisième article de la loi¹⁸³⁰ et fut codifié à l'article L. 233-1 du Code de l'action sociale et des familles¹⁸³¹, concernant la population — des plus de 60 ans donc, — dont les besoins sont étudiés annuellement au niveau du département. L'article 38 de la loi¹⁸³² insère un nouvel article au Code civil¹⁸³³, concernant l'acquisition de la nationalité française¹⁸³⁴ pour les personnes âgées de plus de 65 ans. Enfin l'article 83 de la loi enrichi l'article L. 132-8 du Code de l'action sociale et des familles¹⁸³⁵ d'une disposition concernant le fonctionnement des contrats d'assurance vie et comportant un seuil d'âge de 70 ans¹⁸³⁶. L'absence d'uniformisation des seuils d'âge, y compris au sein même de la loi d'adaptation de la société au vieillissement, témoigne dans un sens de la volonté d'embrasser une population plus large au profit de certaines actions. C'est le cas en ce qui concerne l'établissement d'objectifs et de besoins de la population des personnes âgées à

¹⁸²⁶ Art. 21-24-1 du Code civil, tel que créé par la L. n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 – art. 69, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité (1), publiée au JORF n° 274 du 27 novembre 2003, p. 20136, texte n° 1.

¹⁸²⁷ < http://www.ich.org/fileadmin/Public_Web_Site/ICH_Products/Guidelines/Efficacy/E7/Step4/E7_Guideline.pdf > [en ligne] [consulté le 7 septembre 2017]. International conference on harmonisation of technical Requirements for registration of pharmaceuticals for human, *ICH Harmonised Tripartite Guideline, Studies IN support of sepcial populations : geriatrics E7, 24 June 1993* ; Conférence internationale sur l'harmonisation des techniques relatives à l'enregistrement des produits pharmaceutiques destinés à l'Homme, ICH ligne tripartite harmonisée, études à l'appui de populations spéciales : gériatie E7, 24 juin 1993

¹⁸²⁸ Texte original : « The geriatric population in arbitrarily defined, for the purpose of this guideline, as comprising patients aged 65 years or older ».

¹⁸²⁹ La loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015, *relative à l'adaptation de la société au vieillissement*, publiée au JORF n° 0301 du 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1.

¹⁸³⁰ L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 3.

¹⁸³¹ Art. L. 233-1 CASF, tel que créé par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 préc., – art. 3.

¹⁸³² L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 38.

¹⁸³³ Art. 21-13-1 Civ., tel que créé par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 38.

¹⁸³⁴ Cf. A. DIONISI-PEYRUSSE, « Vieillesse de la population : le point sur la réforme – l'acquisition de la nationalité française en faveur des immigrés âgés », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2016, p. 96.

¹⁸³⁵ Extrait de l'art. L. 132-8 4° CASF, tel que créé par la L. n° 2016-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 83 : « 4° A titre subsidiaire, contre le bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie souscrit par le bénéficiaire de l'aide sociale, à concurrence de la fraction des primes versées après l'âge de soixante-dix ans. Quand la récupération concerne plusieurs bénéficiaires, celle-ci s'effectue au prorata des sommes versées à chacun de ceux-ci ».

¹⁸³⁶ L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 83.

l'échelon départemental. Cependant la présence de multiples seuils stigmatise grandement l'orientation du droit positif. La vieillesse n'est toujours pas définie.

611. L'imposition générale des seuils de 60 et 65 ans ainsi que l'allongement de l'espérance de vie, contribuent à un remplacement progressif au profit d'une barrière plus haute. Le retardement du mécanisme de mise à la retraite d'office illustre parfaitement cette tendance. « *L'âge de mise à la retraite d'office est l'âge à partir duquel un employeur peut, s'il le désire, se séparer d'un salarié — sans avoir à le licencier — même si ce dernier ne souhaite pas partir à la retraite. Cet âge était fixé à 65 ans jusqu'au 1er janvier 2009, et il est désormais fixé à 70 ans* »¹⁸³⁷. L'article 1237-5 *in fine* du Code du travail¹⁸³⁸ consacre ce principe.

612. Les seuils d'âge existent et concernent de nombreux aspects de la vie juridique. La défiance longtemps exprimée face à l'effort de qualification de la vieillesse n'est pas pertinente en soi. Elle l'est certainement du point de vue des risques d'abus potentiellement engendrés par une distinction trop importante. Cela d'autant plus que l'âge permet — à l'instar d'autres critères biologiques —, de procéder à une segmentation rationnelle de nombreuses normes. Il revêt par là une dimension pratique importante. Les Professeurs Martin KOLHI et Harald KÜNEMUND se sont adonnés à définir l'utilité de l'âge. « *Les limites d'âge se réfèrent à la classification de la société en phases de vie. Cette classification est l'une des dimensions possibles de la naturalisation de la société. On entend par naturalisation le fait que les ordres sociaux conçus par les hommes se présentent comme étant naturels, en d'autres termes que leur évidence trouve son fondement dans le biologique* »¹⁸³⁹ expliquent-ils. En cela, l'âge présente une utilité similaire — mais non substantiellement identique — à celle du critère du sexe ou du lien de parenté¹⁸⁴⁰. Chacun de ces éléments sont appréhendés d'une manière spécifique. Ainsi, la parenté peut emporter des conséquences juridiques importantes sans que celle-ci réponde à une réalité biologique. De son côté, le critère du sexe est manié avec méfiance et presque toujours sous l'égide du principe de non-discrimination. Face à la volonté de détermination d'un seuil plancher à la vieillesse, les arguments détracteurs font état de son manque

¹⁸³⁷ P. AUBERT, « Les âges de sortie d'activité », *Revue française des affaires sociales*, 2012/4, n° 4, p. 79-83 : « Dans la fonction publique, la limite d'âge est l'âge auquel le fonctionnaire est mis à la retraite d'office ; fixée à 65 ans, elle sera portée progressivement à 67 ans par la réforme de 2010 ». Dans ce domaine la position française — largement partagée en Europe — se trouve en parfaite opposition avec la législation Américaine, laquelle considère la mise à la retraite d'office comme anticonstitutionnelle. *V. à ce propos* : M. KOHLI, H. KÜNEMUND, « La fin de carrière et la transition vers la retraite. Les limites d'âge chronologiques sont-elles un anachronisme ? », *Retraite et société*, La Documentation française, 2002/2, n° 36, p. 81-107.

¹⁸³⁸ Art. 1237-5 du Code du travail, tel que modifié par la L. n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 – art. 27, *Portant réforme des retraites*, publiée au JORF n° 0261 du 10 novembre 2010, p. 20034, texte n° 1.

¹⁸³⁹ M. KOHLI, H. KÜNEMUND, *Op. cit.*, p. 85.

¹⁸⁴⁰ M. KOHLI, H. KÜNEMUND, *Op. cit.*, *loc. cit.*

d'homogénéité. Cependant ce défaut est communément partagé par tous les critères distinctifs — y compris par le critère de l'âge tant que seuil plancher de la majorité.

613. La post-majorité devrait intégrer les critères classiques de distinction fondée sur l'âge tout en prenant en considération le phénomène d'allongement de l'espérance de vie. À ces doubles égards, l'âge de soixante-dix ans s'impose naturellement comme un seuil plancher adéquat. Il échappe globalement aux débats et pérégrinations concernant l'âge de début de la vieillesse. Toutefois si cet âge pourrait potentiellement justifier l'entrée automatique en post-majorité, la question de l'existence de seuils complémentaires se pose. On peut envisager que la post-majorité puisse exceptionnellement s'ouvrir dès l'âge de soixante-cinq ans, sous réserve que certains critères — la vulnérabilité par exemple —, soient remplis.

B. L'EXCLUSION DES CRITÈRES CONCURRENTIELS CLASSIQUES

614. Certaines populations présentent — du fait de leurs états — une sensibilité induisant une proximité théorique vis-à-vis de la post-majorité. Cette promiscuité d'appréhension juridique est le fruit du positionnement légal actuel. Cependant la spécificité à laquelle aspire la post-majorité tend à une délimitation précise de son champ d'application. Eu égard au positionnement du droit positif, l'encadrement de l'objet de la post-majorité est nécessaire. Ainsi certaines exclusions doivent être formulées.

Trois situations majeures doivent être écartées du champ d'action de la post-majorité. Il s'agit des personnes non âgées et vulnérables (1), des personnes non âgées et handicapées (2), et des personnes non âgées et protégées (3).

1. L'inapplication de la post-majorité aux personnes non âgées et vulnérables

615. L'inapplication de la post-majorité aux personnes non âgées et vulnérables tient à la nature de la conception juridique de ces deux notions. La post-majorité est partiellement étrangère à la notion de vulnérabilité, en ce qu'elle ne la conçoit différemment de l'acception classique. La vulnérabilité entendue sous l'égide de la post-majorité revêt une nature à la fois intrinsèque et temporalisée. Du fait du lien indéfectible qui l'unit au vieillissement, la vulnérabilité liée à l'âge fait partie intégrante de l'individu. Elle est liée au parcours de vie. Toutefois sa nature intrinsèque est délimitée — toujours par la sénescence — par sa temporalité. La temporalité de la vulnérabilité s'exprime à travers son caractère discontinu. Elle s'efface durant une partie du parcours de vie, réapparaît parfois ponctuellement jusqu'à s'installer définitivement lorsque l'âge survient. Le droit

n'ignore pas cette spécificité. Il organise d'ores et déjà une protection spécifique et à deux vitesses. La première forme d'encadrement de l'état de vulnérabilité se trouve dans la période de la minorité. Elle est générale et ne souffre que du tempérament ponctuel de l'émancipation. Pour le reste du parcours de vie, le législateur a pris soin de mettre en place certaines règles "garde-fou", permettant la prise en compte d'un état de vulnérabilité toujours conçu comme une exception et dont la notion est mobilisée au stade contentieux principalement. Enfin les situations les plus conséquentes sont prises en charge selon le mécanisme de protection juridique des majeurs.

616. La conception de la vulnérabilité diffère en matière de post-majorité. Il n'est pas question de remettre en cause la définition traditionnelle, mais seulement d'y discerner une composante — et de lui prêter des effets particuliers. On distingue donc la vulnérabilité liée à l'âge, de l'ensemble des expressions de la vulnérabilité. La temporalité de vulnérabilité ne peut être évoquée ici, car parmi les causes traditionnelles, la vulnérabilité liée à l'âge n'est pas l'unique source de vulnérabilité à caractère permanent — une infirmité ou une déficience physique ou psychique pouvant présenter la même caractéristique temporelle qu'une vulnérabilité liée à l'âge. La distinction de la vulnérabilité liée à l'âge se fonde sur une autre caractéristique structurelle : son universalité. Contrairement aux autres sources de vulnérabilité classiquement reconnues par le droit, l'affaiblissement lié à l'âge — que l'on conçoit ici comme la source de la vulnérabilité liée à l'âge —, a vocation à être communément partagé par tous.

Tout individu atteignant un âge avancé connaît un affaiblissement de son être. La résultante de cette distinction permet de reconnaître et de consacrer une vulnérabilité propre, qui se distingue des autres sources de vulnérabilités. Elle est directement liée à l'affaiblissement dû à l'âge et en constitue la traduction juridique. Cette particularité souhaitée implique une exclusion des autres causes traditionnelles de vulnérabilité — état de grossesse, maladie etc... — dont le législateur organise déjà la protection.

2. L'inapplication de la post-majorité aux personnes non âgées et handicapées

617. Si la post-majorité n'a pas vocation à concerner l'ensemble des majeurs vulnérables, son champ d'application ne recouvre pas non plus celui propre aux personnes handicapées. La post-majorité est conçue comme une pellicule juridique s'ajoutant au *corpus* de droits des majeurs sur la partie haute de l'existence. Par-là, la post-majorité embrasse également le droit propre aux personnes handicapées mais uniquement lorsque ces dernières répondent aux critères d'entrée fixés. Elles seraient alors reconnues sous deux catégories juridiques distinctes visant les conséquences du handicap et du vieillissement. L'application de la post-majorité aux personnes âgées et handicapées

n'aurait pas pour effet de supprimer l'accès aux règles propres aux handicaps. Elle évoluerait donc indistinctement du handicap et assurant le seul respect des droits reconnus à la personne en sa qualité de post-majeur.

3. L'extériorité relative de la post-majorité aux enjeux classiques de protection juridique des majeurs

618. La post-majorité se conçoit dans une indifférence relative vis-à-vis de la protection juridique des majeurs. Le placement sous protection n'aurait donc aucune incidence sur l'entrée en post-majorité — celle-ci étant étrangère à l'appréhension de la capacité ou de l'incapacité juridique. De même, l'état de post-majeur ne saurait être considéré comme un frein au placement sous régime spécial de protection lorsque ce placement s'avère nécessaire. Un post-majeur pourrait donc également faire l'objet d'une mesure de protection. Le statut étant fondé sur une protection de l'âge avancé, il emporterait néanmoins certaines conséquences sur l'organisation de la protection juridique des majeurs. Ainsi la structure du mécanisme tutélaire pourrait évoluer au profit d'une adaptation au nouveau découpage de la vie juridique.

SECTION II

CONTEXTUALISATION DU CONCEPT DE POST-MAJORITÉ

619. Les personnes âgées de plus de 65 ans représenteront près de 30% de la population européenne à partir de 2050¹⁸⁴¹. L’omniprésence croissante du vieillissement conduit à stimuler certains concepts juridiques. La construction souhaitée d’une post-majorité, ou du moins d’un statut juridique propre à la personne âgée et consacrant ainsi sa place sociétale, ne peut être réalisée sans l’assise de principes construits. Dans l’objectif de doter la post-majorité de fondations solides, ces principes doivent non seulement être identifiés mais également faire état d’une autorité établie, consacrée et incontestée. Une sélection permet de les distinguer, selon leur capacité à irriguer à la fois le droit et la vie de chacun des membres de la société de façon patente et affirmée, ou selon leur forme latente et orientée. Dans l’un et l’autre cas, l’importance substantielle de ces concepts ne saurait être négligée.

Tour à tour, les principes d’égalité et de dignité seront confrontés à l’idée d’un statut juridique propre à la personne âgée. La corrélation entre ces principes majeurs de l’ordre juridique et la théorisation d’un troisième temps général de vie — ou d’un second temps général de majorité — doit être démontrée (PARAGRAPHE 1). Pour cela, il est important que cette *summa divisio* de la majorité adopte un positionnement sinon identique du moins semblable, à l’égard de certains mécanismes juridiques (PARAGRAPHE 2). Dans le cas de la protection des majeurs, cette modalité est de premier ordre. Les interactions entre les mesures de protection et la post-majorité doivent être envisagées dans le cadre de la modélisation prospective de la post-majorité.

¹⁸⁴¹ < http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/People_in_the_EU_%E2%80%93_statistics_on_demographic_changes > [en ligne] [consulté le 7 septembre 2017] Eurostat, Statistics Explained, fichier : structure de la population selon les principaux groupes d’âge.

PARAGRAPHE 1

LES INTERACTIONS DE LA POST-MAJORITÉ ET DES PRINCIPES DE DROIT POSITIF

620. La structure du droit positif est animée par la mise en œuvre de principes qui se partagent l'orientation et l'effectivité de la construction sociétale. Ces fondements revêtent une utilité multidimensionnelle, à la fois pratique et théorique. Certains d'entre eux embrassent les valeurs sociétales communes — liberté, égalité, fraternité, autonomie, dignité. Les notions fondatrices de la devise Républicaine y sont largement représentées. Le raisonnement propre à l'insertion d'un statut juridique propre à la personne âgée ne tend pas à remettre en cause l'existence ou l'omniprésence de ces fondements juridiques. Certains d'entre eux, pourraient être mobilisés afin d'assurer la spécificité de l'objet de la post-majorité. À cette fin, ils apporteraient leur concours à la caractérisation et à l'établissement de l'existence d'un statut juridique de la personne âgée.

Parmi les nombreux principes donnant un sens à la construction sociétale, le concept d'une post-majorité devra se plier à l'examen de sa compatibilité avec le principe d'égalité et de dignité de la personne. L'existence d'une égalité et d'une dignité relatives ou contextualisées doit être interrogée (I). De son côté la notion de vulnérabilité prête son concours à la régulation des rapports privés. Cependant l'enjeu de sa conciliation avec les objectifs de la post-majorité ne va pas de soi et d'autres notions peuvent apparaître davantage adaptables (II).

I. LA POST-MAJORITÉ MISE EN CORRÉLATION AVEC LES PRINCIPES D'ÉGALITÉ ET DE DIGNITÉ

621. L'historien et anthropologue Henri-Jacques STIKER a eu l'occasion de décrire très justement les idéaux sociétaux de notre temps : « *Nous vivons dans une société qui cherche l'identique, dans l'inégalité, alors que d'autres ont affirmé la différence dans l'inégalité et que nous espérons une égalité dans la différence* »¹⁸⁴². Le droit positif est effectivement régi par de grands principes qui participent à la construction et au renouvellement constant de l'ordre sociétal. L'égalité (A) et la dignité (B) fondent une ligne directrice centrale.

¹⁸⁴² H.-J. STIKER, *Corps infirmes et société. Essais d'anthropologie historique*, Paris, Dunod, 2013, p. 202.

A. L'ÉGALITÉ ET LE RETOUR AUX FONCTIONS PRIMAIRES DU DROIT

622. La consécration sans égal de l'égalité des individus implique conséquemment une certaine méconnaissance des particularismes individuels ou collectifs. L'idéal de l'égalité juridique — l'égalité en droits — n'est que partiellement étranger aux inégalités factuelles.

Les besoins de la protection juridique impliquent *ipso facto* une distinction entre les valeurs sociales à protéger, et donc entre les personnes (1). La post-majorité se conçoit en continuité de la conciliation des objectifs impliqués par l'égalité et la protection orientée (2).

1. L'évolution de la protection juridique

623. En sa qualité d'outil sociétal par excellence, le rôle premier du Droit est de garantir un équilibre parmi les individualités qui composent la société. Fidèle à la célèbre théorie de ROUSSEAU, sa nature profonde implique une aspiration au compromis entre les inégalités réelles à l'idéal égalitaire. Ce matériau est d'une praticité indéniable. En même temps, il permet à un idéal éthique de prendre forme. Ainsi, le Droit tend à « *concilier l'inégalité factuelle des hommes et leur égalité juridique* »¹⁸⁴³, et donc à embrasser « *la vocation à combattre la vulnérabilité sous toutes ses formes* »¹⁸⁴⁴.

624. La substance du rôle de créateur harmonique du Droit a évolué dans le temps. Les fondations de la protection se sont d'abord concentrées autour de valeurs sociales identifiées : le couple, la famille, les successions et les libéralités. Il s'agissait alors — et toujours dans ces thèmes — d'encadrer les aléas liés à la structure de la cellule familiale. Le raisonnement est à la fois conduit à l'échelle individuelle et à l'échelle de la famille. La protection est celle de la vulnérabilité de l'institution familiale. À ce titre elle comporte une dimension extra-patrimoniale importante. Dans un second temps, la logique protectrice s'est étendue à la dimension patrimoniale du parcours de vie. Le niveau de vie s'est imposé dès la Révolution de 1789 en tant que valeur sociale à protéger. La pauvreté devient une voie d'action d'ordre patrimonial afin de lutter contre une vulnérabilité pécuniaire. Par la suite, une troisième — et dernière étape à ce jour — fut franchie avec le développement du droit des incapacités¹⁸⁴⁵. « *La protection des personnes vulnérables fait partie*

¹⁸⁴³ F. LHUILLIER, *Le droit des adultes vulnérables mais capables*, Thèse de Doctorat en Droit, 2005, n°13.

¹⁸⁴⁴ F. LHUILLIER, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁸⁴⁵ F. LHUILLIER, *Op. cit.*, *loc. cit.*

des préoccupations constantes de l'institution familiale »¹⁸⁴⁶. Il fut progressivement question d'apporter une protection globale touchant à la fois le niveau patrimonial et extrapatrimonial de la personne. Cette fois, c'est la vulnérabilité intrinsèque et propre à l'individu qui est protégée. Cette extension de la dynamique protectrice reste soumise à son caractère spécial et exceptionnel. La théorisation d'une post-majorité se situe dans la droite ligne de ces évolutions juridiques. Les paliers antérieurs mobilisent déjà des critères patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Dans le détail, cela revient à fonder le droit sur les situations intimes et de famille, sur les situations financières ou encore sur les situations sanitaires. Avec la post-majorité, le déclenchement du droit est assis sur la réalité biologique — comme c'est déjà le cas pour la minorité.

625. Quelle place donner à la post-majorité ? La progression de la logique protectrice, témoigne d'une volonté toujours plus pointue, précise et complète. L'ordre des valeurs sociales à protéger — la famille, la pauvreté et les défaillances individuelles — témoigne de cette nature. Pourtant un autre caractère se détache de cette analyse. La protection s'individualise progressivement. Ce phénomène est visible du point de vue de l'action législative. Historiquement, le législateur s'est d'abord attaché à protéger la cellule familiale, laquelle est nécessairement composée de plusieurs individus, avant de s'employer à des considérations individualistes. C'est le cas en matière de protection juridique des majeurs, qui se réclame de l'intérêt de la personne protégée et d'elle seulement. À cet égard, un parallèle peut être fait avec le concept de post-majorité — non pas qu'il conduise à l'incapacité de l'individu protégé, mais bien parce qu'il répond à un objectif individuel. Une post-majorité devrait se construire comme la continuité de la logique individualiste, centrée sur la protection de la personne âgée. La comparaison s'arrête là. Contrairement à la protection juridique des majeurs, l'idée d'une post-majorité n'entraîne pas de restriction dans la liberté à agir¹⁸⁴⁷ ou de la capacité juridique. Elle n'est pas pour autant étrangère à la logique de protection institutionnelle, ni à l'échelon familial — la post-majorité a notamment vocation à redynamiser les mécanismes de solidarité intergénérationnelle.

626. La réflexion propre à la post-majorité ne se place pas dans la tendance consistant à dénoncer une obsolescence programmée des normes juridiques. L'efficacité des trois strates de protection — famille, pauvreté, incapacité — n'est pas remise en cause. La post-majorité se situerait

¹⁸⁴⁶ F. FONDARD in E. LUISIN-PAGNOD *et. al.*, *Protéger les personnes vulnérables. Regards croisés sur la protection de mandataire judiciaire à la protection des majeurs*, Ed. L'Harmattan, Coll. Savoir et formation, 2014, p. 9.

¹⁸⁴⁷ F. FONDARD, *Op. cit.*, *loc. cit.* : « 800 000 majeurs environ sont concernés par l'une ou l'autre de ces mesures de protection. Sauvegarde, curatelle ou tutelle ; toutes entraînent des restrictions de leur liberté à agir, plus ou moins lourdes, selon les cas ».

volontairement dans ce sillage normatif, en lui apportant une nouvelle catégorie — famille, vieillesse, pauvreté, incapacité. L'objet d'un tel statut juridique, vise l'adjonction d'un nouvel échelon au construit protectif. Fort de ces constats, la logique de création d'une post-majorité est au confluent des deux courants protectionnistes que sont la protection de l'individu et la protection de la famille. Elle concerne à la fois la protection patrimoniale et extrapatrimoniale et ne s'oppose pas au construit normatif mais lui propose un élément nouveau fondé sur une vulnérabilité particulière.

2. *L'inégalité factuelle et l'égalité juridique*

627. Le champ d'action protectionniste n'a pas évolué indépendamment des notions qu'il côtoie. Ainsi, il ne peut être indifférent aux fluctuations qui ont touché les conceptions de personne, de liberté ou d'égalité. Monsieur Dominique FENOUILLET et Monsieur François TERRÉ ont offert à l'occasion de leur travaux communs une présentation de l'évolution de la notion de personne et de ses conséquences. Les multiples déclarations de droits réalisées depuis la fin du XVIII^{ème} siècle ont permis à l'individu de "prendre place" dans l'ordre juridique¹⁸⁴⁸. Les grands principes de notre temps sont alors posés. Toutefois, à l'égard de la sensibilité de l'équilibre entre certaines notions, la proclamation de droits ne permet pas de fixer une substance réelle ou un rapport de force. À ce titre, l'exemple le plus parlant est également le plus célèbre : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit* »¹⁸⁴⁹. La substance de cette acception est pour une majeure partie inaccessible. Le strict équilibre entre la liberté et l'égalité a toujours relevé du mythe philosophique et juridique. « *Concilier l'exigence d'égalité et le respect de la liberté impose de considérer que les personnes peuvent établir librement des distinctions sous réserve de ne pas procéder à des distinctions illicites* »¹⁸⁵⁰. L'accord de la liberté et de l'égalité est relatif. « *À l'individu abstrait, être de raison, on a précisément, en philosophie, opposé la personne en tant qu'elle est une réalité concrète, à la fois charnelle et spirituelle, et naturellement membre de groupement organiques, tels que la famille, la profession, le syndicat...* »¹⁸⁵¹. Par ces mots, les deux Professeurs révèlent

¹⁸⁴⁸ F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, les personnes : personnalité – incapacité – protection*, Ed. Dalloz, Coll. Précis de droit privé, 8^{ème} édition, 2012, p. 10.

¹⁸⁴⁹ Art. 1 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

¹⁸⁵⁰ J.-F. CESARO *et. al*, *L'égalité en droit social*, Ed. LexisNexis, Actualité, 2012, p. 6.

¹⁸⁵¹ F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Op. cit. loc. cit.*

l'existence d'un véritable mouvement de fond, qui s'est opéré à partir de la déclaration Universelle des droits de l'Homme de 1948.

Les contours de la personne se précisent par le biais de sources étrangères à sa seule nature abstraite ou basale. On ne considère plus seulement l'existence d'une individualité — ou de l'image d'une individualité — mais on s'attache aux caractéristiques individuelles. Le rapprochement de caractéristiques permet de traiter non pas l'individu, mais une individualité partagée. Dès lors le rapport de force entre la liberté et l'égalité des personnes s'estompe. C'est ce qui se passe en matière de protection de certaines valeurs sociales¹⁸⁵². L'identification d'une valeur sociale telle que la famille ou la pauvreté implique qu'une distinction soit faite parmi les individus. Les actions menées dans ces cadres sont fidèles à l'objectif de fraternité.

628. Ce positionnement éthique est l'héritage de la philosophie aristotélicienne de l'équité, ou du traitement égal des égaux. Le Droit use en permanence de modes de distinction entre les personnes. Le droit de la consommation est une illustration de la logique de protection d'une catégorie de personne — les consommateurs — vis-à-vis d'une autre — les professionnels. De son côté, le critère de l'âge est d'ores et déjà mobilisé pour protéger la valeur sociale qu'est l'enfance, à travers le seuil séparant le *corpus* de droit relatif à la minorité, de celui concernant la majorité. La post-majorité tend à fonder une nouvelle distinction en usant de ce même critère. L'équilibre entre le principe général d'égalité entre les individus et la protection spécifique des personnes âgées n'est pas chimérique. En effet un statut juridique consacré aux personnes âgées ne peut s'opposer au principe d'égalité puisque ce principe n'a de sens que lorsqu'il est concilié à l'exigence de liberté. Or la liberté n'est pas entravée par une telle conception.

L'exemple le plus abouti de l'harmonisation du principe d'égalité et de la reconnaissance d'une protection spécifique à la vieillesse, est consacré par la Constitution brésilienne. Le texte consacre en effet à la fois l'égalité entre toutes les personnes, ainsi qu'un statut juridique propre à la personne âgée. « *Tous sont égaux devant la loi ; est garantie à tout brésilien et à tout étranger résidant au Brésil l'inviolabilité du droit à la vie, à la liberté, à l'égalité, à la sûreté et à la propriété...* »¹⁸⁵³ ; « *La famille, la société et l'État ont le devoir de protéger les personnes âgées en assurant leur participation à la collectivité, en défendant leur dignité et leur bien-être et en leur garantissant le*

¹⁸⁵² V. à ce propos : M. SWEENEY, L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges, Thèse de Doctorat de Droit, Paris ouest Nanterre La défense.

¹⁸⁵³ Extrato de art. 5 da Constituição do Brasil, 1988, Extrait de l'art. 5, Constitution du Brésil, 1988.

droit à la vie »¹⁸⁵⁴. Cette disposition témoigne de l'intention de discrimination positive assumée par le législateur brésilien au profit des personnes âgées¹⁸⁵⁵ : « *La personne âgée, qui par sa particularité d'âge avancé sans la vigueur physique juvénile, doit être traitée d'une manière différente, privilégiée* »¹⁸⁵⁶. Ce positionnement peut être lu sous couvert d'un renouveau du principe de fraternité. Le respect, la protection, la déférence envers les personnes âgées s'articulent autour d'une fraternité s'exprimant dans une dimension verticale — des plus jeunes vers les plus âgés.

B. LA DIGNITÉ COMME PRINCIPE DIRECTEUR DU DROIT DE LA PERSONNE ÂGÉE

629. La notion de dignité irrigue largement le droit occidental. La chose n'est pas nouvelle et la conception présente dans le droit positif est héritière du *Traité des devoirs* de CICÉRON¹⁸⁵⁷, lequel mobilisait déjà cette notion dans la distinction de l'homme du reste du vivant. La dignité est à la fois intrinsèque à l'homme puisqu'elle le distingue du reste de la nature, mais elle lui est également extrinsèque en ce qu'elle reste un idéal de conduite. « *L'apport du Christianisme est capital : la dignité que le droit affirme et protège ce qui, en chaque personne, fait qu'elle est personne humaine* »¹⁸⁵⁸. Par la suite le mouvement de proclamation de droits¹⁸⁵⁹ (1) contribuera à placer la dignité parmi les principes majeurs — liberté, égalité. La post-majorité est intrinsèquement liée à protection d'une dignité propre à la personne âgée (2).

1. La normativité de la dignité humaine

630. L'unanimité des nombreuses proclamations de droits¹⁸⁶⁰ à travers la consécration récurrente du principe de dignité, masque une notion aux contours souples qui devrait permettre une protection adaptable. La notion de dignité est polydisciplinaire et fait l'objet de multiples consécutions. Certaines d'entre elles sont générales (a), d'autres plus précises (b).

¹⁸⁵⁴ Extrato de art. 230 da Constituição do Brasil – supra. Extrait de l'art. 230, Constitution du Brésil – préc.

¹⁸⁵⁵ F. AZEVEDO DOS SANTOS, *Écoutes du vieillissement : la personne âgée dans la postmodernité*, Thèse de Doctorat de Sociologie, 2013, Université Montpellier III, n° 3.2.

¹⁸⁵⁶ F. AZEVEDO DOS SANTOS, *Op. cit.*, loc. cit.

¹⁸⁵⁷ Cicéron, DE OFFICIIS, 44 av. J.-C. V. à ce propos : P. GRIMAL, *Le De officiis de Cicéron*, Vita Latina, 1989, vol. 115, n° 1, p. 2-9.

¹⁸⁵⁸ F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Op. cit.*, p. 104.

¹⁸⁵⁹ Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme, préambule et article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne notamment.

¹⁸⁶⁰ B. MATHIEU, « La dignité, principe fondateur du droit », *Journal international de bioéthique*, ESKA édition, 2010/3, vol. 21, p. 77-83.

a. Le principe général de dignité humaine

631. Le Code civil prohibe l'atteinte à la dignité de la personne. « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* »¹⁸⁶¹. Cette même disposition fonde la distinction entre les personnes et les choses¹⁸⁶². Cependant, la dignité reste suffisamment flexible pour se permettre de nombreuses formes. L'article 16-1-1 du même code, relatif au respect du corps humain après la mort la mentionne aux côtés des notions de respect et de décence¹⁸⁶³. Le Conseil Constitutionnel lui reconnaîtra notamment¹⁸⁶⁴ sa valeur lors de sa célèbre décision du 27 juillet 1994¹⁸⁶⁵ relative à la loi bioéthique. Il se fonde alors sur le préambule de la Constitution de 1946¹⁸⁶⁶. « *La sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* »¹⁸⁶⁷. Véritable notion mère et polymorphique, « *le droit à la dignité est la matrice d'un certain nombre de garanties qui formellement sont légales, mais dont la protection est nécessaire pour assurer le respect du principe lui-même* »¹⁸⁶⁸.

¹⁸⁶¹ Art. 16 C. civ., tel que créé par la L. n° 94-653 du 29 juillet 1994 – art. 2, *relative au respect du corps humain (I)*, publiée au JORF n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11056.

¹⁸⁶² V. à ce propos : F. LHUILLIER, *Op. cit.*, p. 47, n° 28.

¹⁸⁶³ Art. 16-1-1 C. civ., tel que créé par la L. n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 – art. 11, *relative à la législation funéraire (I)*, publiée au JORF n° 0296 du 20 décembre 2008, p. 19538, texte n° 1 : « *Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort.*

Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ».

¹⁸⁶⁴ Le Conseil Constitutionnel est revenu à plusieurs reprises sur la notion de dignité en tant que valeur constitutionnelle. V. notamment à ce propos : CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, relative à la Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, publiée au JORF du 23 juillet 1996, p. 11108 ; CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *relative à la diversité de l'habitat*, publiée au JORF du 21 janvier 1995, p. 1166 ; CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Décision n° 2006-539 DC, *relative à l'immigration et à l'intégration* publiée au JORF du 25 juillet 2006, p. 11066.

¹⁸⁶⁵ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, relative à la Loi relative au respect du corps humain et Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, publiée au JORF du 29 juillet 1994, p. 11024.

¹⁸⁶⁶ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Décision n° 94-343/344 DC – préc. « *Considérant que le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que : "Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés" [...] "La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement" et qu'aux termes de son onzième alinéa : "Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère..., la protection de la santé" ».*

¹⁸⁶⁷ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Décision n° 94-343/344 DC – préc.

¹⁸⁶⁸ B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Dalloz édition*, Recueil Dalloz, 1995, p. 211 ; V. également à ce propos : Ch. DENIZEAU in L. BURGORGUE (dir) et al., *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Ed. Pedone, Coll. Cahiers Européens, Paris, 2014, p. 139 s. : « *Dans ce cadre, la dignité apparaît comme un principe absolu, indérogeable,*

632. À l'international, une définition probante fut consacrée à l'occasion de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948¹⁸⁶⁹. Le préambule de ce texte s'ouvre sur une consécration pleine et entière de la notion de dignité humaine : « *Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* »¹⁸⁷⁰. En complément, l'article premier confirmera ce positionnement éthique : « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité* »¹⁸⁷¹. Le ton employé est résolument celui de la proclamation d'idéaux sociétaux.

La Convention Européenne des Droits de l'Homme de 1950 ne mentionne pas expressément le concept de dignité, bien que le texte prohibe les traitements inhumains et dégradants. La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme a pallié ce défaut de conception lors d'une décision rendue le 22 novembre 1995¹⁸⁷². La naissance du XXI^{ème} siècle s'accompagnera¹⁸⁷³ d'une nouvelle proclamation du principe de dignité par le biais de l'article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁸⁷⁴. « *La dignité Humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée* »¹⁸⁷⁵. L'essence du principe de dignité est largement reconnue.

b. La dignité humaine comme droit à l'autodétermination

633. Au-delà de sa consécration de fond, la dignité est également consacrée ou rappelée pour certaines situations spécifiques. C'est ainsi qu'en droit interne, le Code civil précise l'étendue de la dignité, notamment en matière de protection juridique des majeurs, laquelle doit être « *instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la*

avec lequel on ne peut pas transiger (comme l'interdiction de la torture). Pourtant. Pas plus que la vulnérabilité, elle n'est inscrite dans le bloc de constitutionnalité. Sa présence irradie, alors même qu'elle est absente des textes fondamentaux, qu'il s'agisse de la Constitution française, du Human Rights Act de 1998 ou de la Convention Européenne. Seule la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui est un texte récent, énonce à son article 1^{er} que "la dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée" ».

¹⁸⁶⁹ DUDH du 10 décembre 1948, publiée au JORF du 19 février 1949, p. 1859.

¹⁸⁷⁰ Préambule DUDH – préc.

¹⁸⁷¹ Art. 1^{er} DUDH – préc.

¹⁸⁷² CEDH, 22 novembre 1995, SW c. Royaume-Uni, n° 20166/92 : « *La Convention [Convention européenne des droits de l'Homme] dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines* ».

¹⁸⁷³ V. également : CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation n° R (99) 4 du Conseil des ministres aux États membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, du 23 février 1999.

¹⁸⁷⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000/C 364/01, 18 décembre 2000.

¹⁸⁷⁵ Art. 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, préc.

personne »¹⁸⁷⁶. De son côté, le Code de la santé publique prévoit expressément que « *la personne malade a droit au respect de sa dignité* »¹⁸⁷⁷. Le législateur prend soin de consacrer le respect de la dignité au sein des enjeux les plus sensibles. C'est spécifiquement le cas en matière de fin de vie et d'accès aux soins palliatifs, dont l'objet est placé sous l'égide du principe de dignité. « *Ils visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage* »¹⁸⁷⁸. Outre les moyens techniques, l'accompagnement humain est également soumis au respect de ce principe. Cela vaut autant pour le personnel médical que pour les bénévoles formés à l'accompagnement de la fin de vie¹⁸⁷⁹. De son côté, le Code pénal sanctionne les atteintes portées à la dignité. Certaines dispositions apportent une dimension relative à la sanction. C'est le cas pour les conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaines. En effet, l'article 225-14¹⁸⁸⁰ prévoit une sanction alourdie lorsque le délit concerne une personne vulnérable ou dépendante. Toutefois l'âge n'est pas expressément mentionné. Une telle norme conduit à se demander s'il existe une dignité propre de la personne vulnérable, ou plutôt une protection particulière de la dignité de la personne vulnérable. Par voie de digression, existe-t-il une protection particulière de la dignité de la personne âgée ?

634. Le Code de l'action sociale et des familles offre une disposition mobilisant à la fois l'idéal de dignité et l'âge de la personne. L'article L. 311-3¹⁸⁸¹ garantit l'exercice des droits et libertés individuelles. Ainsi sont assurés à la personne prise en charge par des établissements et services

¹⁸⁷⁶ Extrait de l'art. 415 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 – art. 7, *portant réforme de la protection juridique des majeurs (I)*, publiée au JORF n° 56 du 7 mars 2007, p. 4325, n° 12.

¹⁸⁷⁷ Art. L. 1110-2 CSP, tel que créé par la L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 – art. 3, *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (I)*, publiée au JORF du 5 mars 2002, p. 4118, texte n° 1.

¹⁸⁷⁸ Extrait de l'art. L. 1110-10 CSP, tel que créé par la L. n° 2002-303 – préc., – art. 9.

¹⁸⁷⁹ Art. L. 1110-11 al 1 et al 2 CSP, tel que modifié par l'Ord. n° 2010-177 du 23 février 2010 – art. 7, de coordination avec la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, publiée au JORF n° 0047 du 25 février 2010, p. 3585, texte n° 45 : « *Des bénévoles, formés à l'accompagnement de la fin de vie et appartenant à des associations qui les sélectionnent, peuvent, avec l'accord de la personne malade ou de ses proches et sans interférer avec la pratique des soins médicaux et paramédicaux, apporter leur concours à l'équipe de soins en participant à l'ultime accompagnement du malade et en confortant l'environnement psychologique et social de la personne malade et de son entourage.*

Les associations qui organisent l'intervention des bénévoles se dotent d'une charte qui définit les principes qu'ils doivent respecter dans leur action. Ces principes comportent notamment le respect des opinions philosophiques et religieuses de la personne accompagnée, le respect de sa dignité et de son intimité, la discrétion, la confidentialité, l'absence d'interférence dans les soins ».

¹⁸⁸⁰ Art. 225-14 CP, tel que créé par la L. n° 2003-239 du 18 mars 2003 – art. 34, *pour la sécurité intérieure*, publiée au JORF n° 66 du 19 mars 2003, p. 4761, texte n° 1 : « *Le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende* ».

¹⁸⁸¹ Art. L. 311-3 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – art. 27, *relative à l'adaptation de la société au vieillissement (I)*, publiée au JORF n° 0301 du 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1.

sociaux et médico-sociaux non seulement « *le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité, de sa sécurité et de son droit à aller et venir librement* »¹⁸⁸² ; mais également « *une prise en charge et un accompagnement individualisé de qualité favorisant son développement, son autonomie et son insertion, adaptés à son âge et à ses besoins* »¹⁸⁸³. La présence des deux notions ne permet pourtant pas d'établir l'existence d'une dignité propre à la personne âgée. Par ailleurs, le premier alinéa de l'article L. 116-2 du même code use de la formule suivante¹⁸⁸⁴ — laquelle laisse peu de place au doute — : « *L'action sociale et médico-sociale est conduite dans le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains avec l'objectif de répondre de façon adaptée aux besoins de chacun d'entre eux et en leur garantissant un accès équitable sur l'ensemble du territoire* »¹⁸⁸⁵.

2. Les émanations protectrices orientées de la dignité

635. Existe-t-il une dignité propre aux personnes âgées ? Il serait difficile de répondre directement à cette interrogation. Il est nécessaire de s'intéresser préalablement aux atteintes spécialement portées à la dignité d'une catégorie de personnes avant de pouvoir soulever avec précision le cas des seules personnes âgées. Par ailleurs, s'il n'existait pas de dignité particulière du moins existe-t-il un besoin de protection spécifique à certaines situations.

La doctrine reconnaît volontiers que certaines caractéristiques individuelles conduisent à fragiliser la dignité de la personne (a). Si le vieillissement n'entache pas forcément le rapport à sa propre dignité, il peut du moins causer la fragilisation du rapport avec autrui, et affecter la dignité de la personne âgée tel qu'elle est perçue de l'extérieur (b).

¹⁸⁸² Art. L. 311-3 al 1 1° CASF préc.

¹⁸⁸³ Extrait de l'art. L. 311-3 al 1 3° CASF préc.

¹⁸⁸⁴ On trouve d'ores et déjà cette formulation au sein de l'article L. 115-1 du même code. Art. L. 115-1 al 1 CASF, tel que modifié par la L. n° 2008-1249 du 1^{er} décembre 2008 – art. 1 (V), *généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion (I)*, publiée au JORF n° 0281 du 3 décembre 2008, p. 18424, texte n° 1 : « *La lutte contre la pauvreté et les exclusions est un impératif national fondé sur le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains et une priorité de l'ensemble des politiques publiques de la nation* ».

¹⁸⁸⁵ Art. L. 116-1 CASF, tel que créé par la L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002 – art 1 et art. 3, *renovant l'action sociale et médico-sociale*, publiée au JORF du 3 janvier 2002, p. 124, texte n° 2.

a. La dignité de la personne vulnérable

636. L'essence du concept de dignité peine à être fixée. Si la dignité est unique et qu'elle représente la caractéristique propre à l'humanité¹⁸⁸⁶, alors elle est limitée dans son envergure. « *Le principe de dignité s'inscrit dans une vision humaniste et objective de l'homme et de ses droits. C'est un principe inconditionné, seule la qualité d'être humain conditionne sa dignité* »¹⁸⁸⁷. Si au contraire la dignité est plurielle elle revêt alors des conceptions hétérogènes. La doctrine pluridisciplinaire est partagée à ce propos. La place de la dignité en tant que première des libertés ou outil de l'égalité est discutée. « *Étendant son champ à tout être humain, la dignité perd de sa sélectivité et tend à s'identifier à son contraire : le concept d'égalité (tous humains, tous également dignes ; si tous sont dignes aucun ne l'est plus que d'autres)* »¹⁸⁸⁸. À ce titre la dignité s'émancipe de tout caractère hiérarchique entre les êtres humains.

637. La notion de dignité se décline en de nombreuses variations — dignité du travailleur, dignité du malade etc... Un caractère semble déclencher presque instinctivement le processus de protection de la dignité : Il s'agit de la vulnérabilité, un critère qui est régulièrement prêté aux personnes âgées. Cela conduit à s'interroger sur les effets du vieillissement sur la dignité humaine. « *Les personnes vulnérables sont celles qui sont menacées dans leur autonomie, leur dignité ou leur intégrité physique ou psychique* »¹⁸⁸⁹. L'interaction entre le principe de dignité et la notion de vulnérabilité est complexe. Le caractère universel de la dignité induit qu'elle concerne chaque individu pour sa seule qualité d'appartenance à l'espèce humaine. Dès lors, elle ne devrait pas donner lieu à des applications ou protections spécifiques. En cela son fonctionnement est profondément différent de celui de la vulnérabilité. Comme le fait remarquer une partie de la doctrine, la vulnérabilité « *affecte des groupes, des catégories de personnes ou des personnes isolées. Mais à l'inverse, l'un des premiers droits qui doit être garanti aux personnes vulnérables est leur dignité* »¹⁸⁹⁰. La

¹⁸⁸⁶ F. MBALA MBALA, La notion philosophique de dignité à l'épreuve de sa consécration juridique, Thèse de Doctorat de Science juridique, Lille II, 2007, p. 59 : L'« *idée d'une dignité qui serait reconnue à tout être naturel est [...] défendue par les théoriciens des droits des animaux. Ceux-ci se placent d'emblée dans une logique éthique et juridique, il s'agit de protéger l'animal, de prescrire le respect à son égard, et seule la dignité semble à même d'inspirer ce respect. En effet, ce qui est en jeu, c'est la manière de se comporter à l'égard de chacun des êtres. Et ce comportement va être déterminé par le poids moral de l'être concerné. Pour voir naître des obligations morales à l'endroit de l'animal, il va alors falloir faire ressortir cette propriété qui chez l'animal va justifier une valeur intrinsèque, un statut ontologique* ».

¹⁸⁸⁷ B. MATHIEU, Plaidoyer d'un juriste pour un discours bioéthique engagé, in N. LE DOUARIN, C. PUIGELIER (dir) et al., Science éthique et droit, Ed. O. JACOB, 2007, p. 272.

¹⁸⁸⁸ X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Ed. Lextenso LGDJ, Coll. Cours, 3^{ème} édition, 2014, p. 317.

¹⁸⁸⁹ Ch. DENIZEAU *Op. cit.*, p. 124.

¹⁸⁹⁰ Ch. DENIZEAU, *Op. cit.*, loc. cit.

vulnérabilité ne porte pas atteinte à la dignité mais constitue un terrain fertile aux atteintes à la dignité. La protection de l'un est également l'outil du respect de l'autre.

638. La connexité des notions de vulnérabilité et de dignité se prouve à maints égards. Comme a pu le constater Monsieur Xavier BIOY, la vulnérabilité constitue un facteur de risque concernant la dignité. C'est notamment le cas lorsqu'elle contribue à laisser le champ libre à la réification de l'individu vulnérable. « *La vulnérabilité facilite l'exploitation d'autrui ; elle rend celle-ci d'autant plus indigne en ce qu'elle réduit la personne au rang d'objet. C'est pourquoi notre droit multiplie les références à la dignité et à la personne humaine dans le cas des personnes vulnérables et des personnes exclues de la société* »¹⁸⁹¹. Le lien existant entre la vulnérabilité et dignité ne se cantonne pas à une potentielle réification de la personne. Il s'étend à tous les phénomènes entraînant une diminution de l'humanité de la victime ou la plaçant dans une situation indigne à son humanité. Des situations diverses ont conduit la jurisprudence tant interne qu'européenne¹⁸⁹² à conclure à l'atteinte réalisée à l'encontre de la dignité. À cet égard la Recommandation n° R (99) 4 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États membres, fait office de fondement d'une protection particulière de la dignité des majeurs incapables¹⁸⁹³. Ledit texte consacre en effet l'importance « *du respect des droits de l'homme et de la dignité de chaque personne en tant qu'être humain* »¹⁸⁹⁴ et notamment concernant les personnes faisant l'objet de mesures de protection juridique.

b. La dignité de la personne âgée

639. La dignité humaine est par définition indifférente aux qualités, caractères ou situations propres à telle ou telle personne. Sa définition de la dignité se place résolument dans le registre de la nature humaine. Elle est unique à l'Humanité. Par conséquent, aucune distinction supplémentaire ne devrait être nécessaire et il ne devrait pas exister de dignité propre à la personne âgée. Une telle notion dérogatoire existe néanmoins. Le Conseil de l'Europe affirme que « *les personnes âgées ont*

¹⁸⁹¹ X. BIOY, *Op. cit.*, p. 326.

¹⁸⁹² F. LHUILLIER, *Op. cit.*, p. 50, pt. 31 : « *Dans l'affaire HERCZEGFALVY c/Autriche jugée le 24 septembre 1992, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la situation d'infériorité et d'impuissance qui caractérise les patients internés dans des hôpitaux psychiatriques appelait une vigilance accrue dans le contrôle du respect de la Convention, et que ces malades incapables d'autodétermination n'en demeurent pas moins protégés par l'article 3 dont les exigences ne souffrent aucune dérogation. Dans le même esprit, la décision de la Cour européenne des droits de l'homme RIBITSCH c/ Autriche du 4 décembre 1995 a posé le principe que tout usage de la force physique contre une personne privée de liberté qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le comportement de celle-ci porte atteinte à la dignité humaine* ».

¹⁸⁹³ CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation n° R (99) 4 du Conseil des ministres aux États membres, sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables du 23 février 1999.

¹⁸⁹⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation n° R (99) 4 – préc.

droit au respect de leur dignité »¹⁸⁹⁵, et mentionne expressément “leur” dignité intrinsèque¹⁸⁹⁶. Malgré ces références, l’existence d’une dignité particulière à la personne âgée est à relativiser. Il s’agit plutôt d’une prise en compte des caractéristiques du vieillissement et de leurs éventuelles conséquences sur l’intégrité de la dignité humaine¹⁸⁹⁷. Dans la même logique conduisant le législateur à protéger spécifiquement la dignité des personnes vulnérables, il pourrait — devrait — s’attacher à la dignité des personnes âgées. Le positionnement éthique d’une telle prise en compte peut suivre deux voies. La première érigerait directement une protection de la dignité des personnes âgées. La seconde conduirait à la protection de la dignité des personnes âgées comme sous-catégorie des personnes vulnérables.

Malgré la formulation employée par le Conseil de l’Europe, la reconnaissance d’une dignité particulière à la vieillesse est difficilement admissible. D’un autre côté, l’intégration de l’ensemble de la population des personnes âgées sous l’étiquette de personne vulnérable n’est pas plus envisageable. La solution pourrait comme bien souvent se trouver dans le champ d’un compromis. Les atteintes potentielles à la dignité des personnes âgées ne tiennent de nouveau pas directement à l’âge de l’individu affecté, mais à ses conséquences sur sa personne. La fragilité imposée par les attributs naturels d’âge place la personne dans une situation potentiellement plus attentatoire à sa dignité¹⁸⁹⁸. Une conception nouvelle de la vulnérabilité pourrait prendre part à la mise en mots du concept d’une post-majorité. Si l’assimilation des post-majeurs à des personnes vulnérables n’est pas envisagée, la notion d’affaiblissement lié à l’âge pourrait être mobilisée pour fonder une protection spécifique.

640. Si l’existence d’une dignité propre aux personnes âgées reste discutable, sa mobilisation théorique est largement utilisée. Dans ce champ de réflexion, Monsieur Emmanuel DREYER expose deux conceptions distinctes de la dignité de la personne âgée. « *Suivant que l’on envisage la*

¹⁸⁹⁵ CONSEIL DE L’EUROPE, Recommandation CM/Rec(2014)2 du Comité des Ministres aux États membres sur la promotion des droits de l’Homme des personnes âgées, 19 février 2014, p. 5, pt. 9.

¹⁸⁹⁶ CONSEIL DE L’EUROPE, Recommandation CM/Rec(2014)2 – préc., p. 3, pt. 1 : « *La présente recommandation vise à promouvoir, à protéger et à assurer la pleine jouissance de tous les droits de l’homme et libertés fondamentales par toutes les personnes âgées dans des conditions d’égalité, et à promouvoir le respect de leur dignité intrinsèque* ».

¹⁸⁹⁷ La jurisprudence mentionne régulièrement le concept de dignité en matière de protection des personnes âgées et notamment lors de contentieux concernant l’attribution de l’allocation de solidarité pour les personnes âgées : Cass. Civ. 2^{ème}, 4 mai 2016, n° 15-18.957, non publié au bulletin ; Cass. Civ. 2^{ème}, 4 mai 2016, n° 15-18.958, non publié au bulletin ; Cass. Civ. 2^{ème}, 9 février 2017, n° 15-26562, non publié au bulletin ; Cass. Civ. 2^{ème}, 30 mars 2017, n° 16-10.616, non publié au bulletin ; Cass. Civ. 2^{ème}, 30 mars 2017, n° 16-10.617, non publié au bulletin.

¹⁸⁹⁸ E. DREYER, in J.-R. BINET (dir) *et al.*, Droit et vieillissement de la personne, Ed. LITEC Lexis Nexis, Coll. Colloques & Débats, Paris, 2008, p. 32 : « *Si la question de la dignité peut faire l’objet d’interrogations à l’égard de la personne âgée, c’est [...] à raison de cette fragilisation qui les concerne* ».

dignité attendue de la personne âgée et la dignité exigée par elle »¹⁸⁹⁹. Le débat touche effectivement à l'effectivité de la notion de dignité. L'idée d'une dignité attendue et d'une dignité exigée soulève un point intéressant. Ces deux entités de la dignité évoluent au sein de deux sphères différentes. La première est extérieure à l'individu, elle suppose qu'un certain niveau de dignité est attendu de chacun. Ainsi, il est attendu de la personne âgée qu'elle se conforme ou se maintienne à ce niveau de conception de la dignité. La seconde forme de dignité décrite est la dignité exigée par son porteur. Celle-ci correspond à ce que chaque personne attend individuellement de sa dignité. Ici, la notion revêt une dimension autrement plus subjective. Elle est également résolument plus large, et permet théoriquement l'existence d'une multitude de dignités individuelles. Il semble que ce soit la confrontation entre ces deux formes de dignités qui est préjudiciable. En effet, si la forme de dignité imposée par le groupe diffère de la dignité réclamée par l'individu, alors l'une ou l'autre partie peut en pâtir. Si la personne âgée concernée exige une dignité plus forte que la conception générale, alors elle souffrira nécessairement. Si au contraire, elle exige une dignité moins large que ne l'est la conception générale, alors elle s'expose à une mise sous protection juridique.

Si la notion de dignité est définie comme le caractère de l'essence humaine, elle peut être mobilisée pour les besoins d'une protection contre les atteintes extérieures et intérieures. Dans un premier volet la dignité est imposée aux tiers pour soi-même. Dans un second volet la dignité est imposée à une personne pour elle-même. Chacun de ces pans de la dignité ne reçoit pas le même accueil. L'imposition d'une dignité ou la sanction d'un comportement indigne ne concernant que sa propre personne constitue une atteinte à la liberté individuelle.

¹⁸⁹⁹ E. DREYER, *Op. cit.*, *loc. cit.*

II. LA POST-MAJORITÉ OU L'AFFRANCHISSEMENT DE LA NOTION DE VULNÉRABILITÉ

641. Tandis que le critère de l'âge pose la question de : Quand protéger ? La vulnérabilité pose la celle de : Quoi protéger ? À ce titre, la vulnérabilité correspond davantage au corps de la protection plutôt qu'à sa seule délimitation temporelle. Le lien naturel entre l'avancée en âge et l'existence ou le développement d'une vulnérabilité est le véritable fil conducteur de tout raisonnement visant à interroger la pertinence d'un droit de la personne âgée. Si les précédentes tentatives n'ont pas abouti, c'est certainement du fait de l'interdépendance entre ces deux notions que sont l'âge et la vulnérabilité.

La post-majorité se construit selon une démarche éthique de promotion globale du vieillissement. Par conséquent, il est davantage question d'un élan de reconnaissance, plutôt que d'un élan de protection. Si la vulnérabilité ne peut être ignorée totalement d'un statut tel que la post-majorité, elle ne doit pas forcément lui être vitale. En effet, si un statut juridique de la personne âgée était uniquement fondé sur la protection d'une vulnérabilité propre à ses sujets, alors le risque d'aliénation et de confusion serait immense. Les personnes âgées pourraient se retrouver tout bonnement assimilées à la vulnérabilité qui leur serait attribuée. La post-majorité poursuit une logique résolument différente. À travers l'appréhension renouvelée des concepts de vulnérabilité ou de fragilité (A), elle pourrait offrir une orientation nouvelle à l'ordre juridique, au profit d'un souci de protection et d'acceptation de la personne âgée (B).

A. POST-MAJORITÉ ET VULNÉRABILITÉ : CONCORDANCE D'OBJECTIFS ET DIVERGENCE DE MOYENS

642. L'étymologie latine de la vulnérabilité — *vulnus* — désigne une blessure ou une lésion. Le champ de la définition semble indifférent au caractère accidentel, temporaire ou pérenne du dommage, ainsi qu'à sa nature psychique ou corporelle. Ce caractère contribue à faire de la vulnérabilité une notion étendue dont la substance est flexible et aléatoire — une catégorie de notions plutôt qu'une notion.

Si la vulnérabilité sait se montrer particulièrement utile en matière de protection, c'est de deux manières différentes. Pour les majeurs capables, l'état de particulière vulnérabilité doit être prouvé

afin de déclencher les règles applicables à la vulnérabilité. Pour les majeurs protégés, l'état de vulnérabilité est réputé constant et fait partie intégrante du régime des mécanismes de protection¹⁹⁰⁰.

Le raisonnement propre à la post-majorité tend naturellement à se rapprocher de la notion commune de vulnérabilité (1). Il en diffère néanmoins, car la vulnérabilité ne saurait constituer le fondement de la post-majorité (2).

1. Post-majorité et vulnérabilité : Concordance d'objectifs

643. La vulnérabilité occupe une place particulière au sein de l'ordre juridique. « Si la vulnérabilité n'apparaît pas instituée en tant que telle en droit privé, elle est tout de même appliquée au droit privé »¹⁹⁰¹. Son positionnement reflète ce faisant une utilité pratique importante mise en lumière par Monsieur Frédéric ROUVIÈRE : « Associée au domaine juridique, elle évoque irrésistiblement la situation de personnes faibles que le droit entend doter de régimes de protection spécifiques »¹⁹⁰². La vulnérabilité ne se résume pourtant pas aux champs des régimes spéciaux de protection. Sa saisie juridique¹⁹⁰³ ne cesse de croître à travers de multiples variations¹⁹⁰⁴. Le phénomène n'a pas échappé à la doctrine. Toutefois, cette omniprésence ne contribue pas à la définition de la vulnérabilité. Comme a pu le soulever Monsieur Marc-Henry SOULET, « sa consistance notionnelle [est] inversement proportionnelle à sa popularité »¹⁹⁰⁵. La vulnérabilité

¹⁹⁰⁰ Cf. J. HAUSER, « Des incapables aux personnes vulnérables », Droit de la famille, Lexis Nexis édition, n° 5, mai 2007, étude 14. V. également : COUR DE CASSATION, Rapport annuel, 2009, p. 59 : « Sont ainsi des personnes vulnérables celles qui, dans une situation pathologique ou hors norme, ne sont de fait pas en mesure d'exercer correctement leurs droits et libertés. Entrent ainsi dans cette catégorie : les incapables majeurs qui, affectés d'un déficit intellectuel ou mental, ne peuvent contracter au mieux de leurs intérêts ; les adultes malades ou vieillissants, que les entreprises se pressent rarement d'accueillir, et pour qui la liberté du travail et le droit à l'emploi ont bien peu de consistance ('Les personnes âgées, ou dont la santé est altérée, et l'emploi') ; les personnes dont les ressources sont insuffisantes au point qu'elles ne peuvent accéder à la justice... ».

¹⁹⁰¹ Y. FAVIER, « vulnérabilité et fragilité face au vieillissement : l'approche du droit français », *Revista Tematica Kairós Gerontologia*, Pontificia Universidade Católica de São Paulo, 2013, vol. 15, p. 61.

¹⁹⁰² F. ROUVIÈRE (dir) et al., *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité. Études de droit français et de droit comparé*, Ed. BRUYLANT, 2011, extrait de la préface.

¹⁹⁰³ M. BOTBOL-BAUM, « Pour sortir de la réification de la vulnérabilité, penser la vulnérabilité du sujet comme capacité », *Journal international de Bioéthique*, ESKA, 2016/3, vol. 27, p. 13-34.

¹⁹⁰⁴ Comme l'écrit le Professeur Frédéric ROUVIÈRE, *Op. cit.*, loc. cit.

¹⁹⁰⁵ M.-H. SOULET, *La vulnérabilité, une ressource à manier avec prudence*, in L. BURGORGUE (dir) et al., *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Ed. Pedone, Coll. Cahiers Européens, Paris, 2014, p. 8. En matière de recherche biomédicale, le droit européen « liste seulement les personnes considérées comme vulnérables. De manière générale, une personne est vulnérable lorsqu'elle est en état de faiblesse et qu'elle est exposée à des risques accrus de souffrance ». É. GENNET, W. KRESSIG, « Chapitre 7. Les personnes âgées vulnérables dans les recherches biomédicales : quelles réponses du droit européen ? » *Journal International de Bioéthique*, ESKA, 2016/3, vol. n° 27, p. 118-119. Cette carence notionnelle ne se cantonne pas au domaine médical. Un même constat peut être fait pour chacune des mobilisations de la vulnérabilité. Cf. F. LHUILLIER, *Le droit des adultes vulnérables mais capables*, Thèse de Doctorat en Droit, Lyon III, 2005, pt. 3 et s.

telle qu'entendue par le droit positif désigne la surexposition à un risque — temporaire ou permanent — d'une situation d'origine intrinsèque ou extrinsèque¹⁹⁰⁶ d'une personne ou population. « *La vulnérabilité apparaît en droit dans un rapport de force lorsqu'il apparaît nécessaire de compenser une inégalité considérée soit comme 'naturelle' et résultant d'un fait considéré comme objectif (l'âge ou l'état de santé) ou comme résultant d'une situation volontairement instituée entre personnes privées (dans un rapport d'obligations)* »¹⁹⁰⁷. Il s'agit de la conceptualisation d'une situation considérée comme inégale par rapport à une norme. Par-là, l'acceptation d'une vulnérabilité liée à l'âge semble toute tracée. L'acceptation d'une forme étendue de vulnérabilité liée à l'âge pourrait être au service d'une post-majorité. Pourtant, certains aspects de la notion de vulnérabilité entravent cette association.

2. *Post-majorité et vulnérabilité : Divergence de moyens*

644. Alors que le terme même de vulnérabilité est relativement récent¹⁹⁰⁸, sa mobilisation juridique l'est encore davantage¹⁹⁰⁹. Elle l'est d'autant plus que la notion est le fruit d'un raisonnement plus politique que juridique. La vulnérabilité partage son dynamisme et sa fulgurance avec d'autres notions désormais désuètes, consacrant des objectifs sociaux propres à une époque donnée. C'est notamment pour cette raison que la doctrine lui prévoit une péremption à moyen terme. L'engouement caractéristique de ces concepts altère également l'éventuel effort de

¹⁹⁰⁶ F. LHUILLIER, *Op. cit.*, pt. 1 : « Si le droit des personnes physiques régit et en même temps a pour vocation de protéger l'homme, la nécessité de cette protection varie en fonction de la capacité des individus à supporter les épreuves, qui est très inégale, suivant qu'ils sont forts, faibles, ou équilibrés [...]. Leur niveau de faiblesse n'est ni immuable ni absolu, car nous jouons tous de multiples rôles dans nos vies. Il est aussi relatif et il varie en fonction des circonstances, car qui peut prétendre n'avoir pas connu, au cours de sa vie, à côté des périodes de joie, d'espérance et de puissance, des moments de tristesse, de dépression ou d'impuissance ».

¹⁹⁰⁷ Y. FAVIER, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁹⁰⁸ L. DUTHEIL-WAROLIN, La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé, Thèse de Doctorat de Droit, Limoges, 2004, p. 5 : « La première attestation de son existence dans notre langue remonte à 1836 (Alain REY et. al., *Le Grand Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert-VUEF, 2001. Il apparaît pour la première fois sous la plume d'Honoré de Balzac, In : *Œuvres diverses*, Bruges, Bibliothèque de la pléiade, (2 tomes), Gallimard, 1990. Etrange présage que ce terme naisse grâce à l'auteur de la Comédie humaine, qui avait entrepris, puis abandonné, des études de droit). Il est dérivé de l'adjectif vulnérable, datant de 1676, peu usité jusqu'au XIX^e siècle, où la littérature semble lui donner ses lettres de noblesse ».

¹⁹⁰⁹ F. LHUILLIER, *Op. cit.*, pt. 2 : « Bien que le Droit prenne depuis longtemps en considération, au moins indirectement, le souci de la protection des personnes faibles, la notion juridique de vulnérabilité n'est apparue que récemment.

En effet, notre droit positif ne reconnaît officiellement la particulière vulnérabilité de la victime que depuis les lois n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs et n° 81-82 du 2 février 1981 relative au renforcement de la sécurité et à la protection de la liberté des personnes, qui avaient utilisé des techniques différentes ».

définition. La post-majorité ne devrait certainement pas fonder son action sur cette notion dont l'obsolescence semble programmée.

645. Au-delà du risque de déchéance de la vulnérabilité, cette notion présente une caractéristique dont pourrait pâtir la post-majorité si celle-ci décidait de s'en approcher. La vulnérabilité présente une puissance évocatrice importante. Le terme renvoie immédiatement à d'autres concepts. Si cette nature pour s'avérer particulièrement utile le cas échéant, elle peut également fonder un rejet total de l'ensemble de la notion. La vulnérabilité est une notion aisément mobilisable — Il en va de sa nature conceptuelle. Il s'agit d'une notion générique, davantage contenant que contenu¹⁹¹⁰. Elle est invasive, se plie volontiers à des situations éclectiques. Par conséquent elle se risque au rapprochement ou à la confusion de thèmes différents. « *En autorisant un ralliement aisé, [elle] accroît simultanément son imprécision sémantique* »¹⁹¹¹. Ces arguments participent à la prédiction d'une future défaveur de la notion de vulnérabilité. Toutefois, le concept semble avoir encore quelques beaux jours devant lui, d'autant plus s'il présente une capacité d'adaptation aux prochains défis sociaux et sociétaux. La vulnérabilité est devenue « *une catégorie analytique à part entière : elle sert à désigner les publics cibles de l'action sanitaire et sociale comme les formes de pauvreté et de précarité et est indissociable de leur traitement par l'action publique, quand elle ne qualifie pas cette dernière* »¹⁹¹². Son utilité sociale est reconnue, y compris en matière d'approche juridique du vieillissement¹⁹¹³.

Si la notion de vulnérabilité est très largement représentée dans l'approche sociale et juridique, elle souffre malgré tout d'un défaut de substance. Sa mobilisation juridique reste relativement instable. La particulière sensibilité de la notion de vulnérabilité semble tenir au fait qu'elle désigne une situation ne pouvant être analysée qu'*a posteriori*. L'intérêt de l'usage du terme de vulnérabilité est extrêmement pratique au niveau de son utilité juridique. La qualification d'une catégorie de population de "vulnérable" permet de lui attribuer une protection spécifique. C'est vrai en médecine, ça l'est autant en droit. La vulnérabilité désignée permet de prêter une attention particulière. Si le législateur consentait à la qualification de la vieillesse comme source de vulnérabilité, cela permettrait de mettre en place une protection générale. Le principal frein à cette

¹⁹¹⁰ Une partie de la doctrine a pu qualifier la vulnérabilité d'"objet juridique non identifié". V. à ce propos : Ch. DENIZEAU, La vulnérabilité dans la jurisprudence constitutionnelle de la France et du Royaume-Uni, in L. BURGOGUE (dir) *et al.*, *Op. cit.*, p. 117 s.

¹⁹¹¹ M.-H. SOULET, *Op. cit.*, p. 12.

¹⁹¹² A. BRODIEZ-DOLINO, « La vulnérabilité, nouvelle catégorie de l'action publique », *Informations sociales*, CNAF, 2015/2, n° 188, p. 12.

¹⁹¹³ Y. FAVIER, *Op. cit.*, p. 68.

attribution est d'ordre psychologique ou philosophique. La vulnérabilité dénote au milieu de l'ordre sociétal régit par des critères de productivité, d'activité et de dynamisme. La faiblesse effraie tant que l'on refuse de la qualifier *a priori*. La puissance évocatrice de la vulnérabilité, associée aux critères productivistes qui irriguent notre droit, forment un ensemble radicalement opposé à l'esprit de la post-majorité. « *Dans une société moderne, les individus sont autonomes. Ils sont donc normalement les seuls gestionnaires de leurs intérêts et de leurs aspirations* »¹⁹¹⁴. La vulnérabilité constitue la fin d'un état de "normalité" qui ne contribue pas à l'unité de la notion¹⁹¹⁵. Ainsi on parlera plus volontiers de vulnérabilités — au pluriel — que de vulnérabilité. Cependant l'âge pourrait être perçu comme un terme naturel à l'état de normalité extérieur ou étranger à la vulnérabilité. Cette conception tendrait alors à la reconnaissance d'une géronto-vulnérabilité.

B. LA TRANSCENDANCE DE LA PROTECTION DE LA VIEILLESSE COMME FINALITÉ À LA NOTION DE VULNÉRABILITÉ

646. L'attribution ontologique de la vulnérabilité à la population des personnes âgées soulève des résistances éthiques et morales liées au terme même de vulnérabilité. Le vocable induit de trop lourdes conséquences sur la perception réelle du sens. Il pourrait conduire à une réduction de l'intégrité perçue des sujets. Il s'agit certainement de la principale raison justifiant que la vulnérabilité ne soit pas attribuée de façon automatique à une autre population que les mineurs ou les majeurs protégés (1). Cependant une forme générique de vulnérabilité semble progressivement s'imposer concernant les personnes âgées (2). Elle est liée à l'âge et se renforce en présence d'une situation de dépendance.

1. Post-majorité : Saisie particulière de la vulnérabilité

647. Le lien naturel entre l'âge et la vulnérabilité est reconnu par plusieurs disciplines — médecine, philosophie, ou tout simplement le savoir empirique. Le droit s'évertue à ne pas reconnaître expressément cette parenté. L'appréhension juridique de la notion de vulnérabilité se dresse véritablement contre la reconnaissance d'un droit propre à la personne âgée. Le phénomène est directement issu de la logique du droit positif, qui trouve son assise dans les principes d'égalité, d'autonomie de la volonté ainsi que sur l'idée d'une primauté de la capacité de la personne. Ces fondements s'opposent largement à la différenciation entre les majeurs. Cette dénégation est

¹⁹¹⁴ COUR DE CASSATION, Rapport annuel, *Op. cit., loc. cit.*

¹⁹¹⁵ A. BRODIEZ-DOLINO, *Op. cit.*, p. 13 : « Le terme de "vulnérabilité" et ses adjectivations sont aujourd'hui largement utilisés pour traiter des différents publics cibles de l'action sanitaire et sociale ».

principalement due à la conception juridique de ce qu'est la vulnérabilité. Toutefois, l'âge peut objectivement être rattaché à la notion de vulnérabilité, du moins sous certains aspects. En effet comme le rappelle très clairement une partie de la doctrine, le terme *vulnerabilis* désigne indistinctement la blessure, et aussi bien l'état d'être blessé, que le risque de l'être¹⁹¹⁶.

Malgré l'existence d'une certaine ambivalence de la notion juridique, le lien âge-vulnérabilité transparaît d'un certain nombre de dispositions normatives. Les mineurs par exemple, sont considérés comme des personnes particulièrement vulnérables. La vulnérabilité liée à l'âge est également reconnue — partiellement cette fois — pour le haut âge¹⁹¹⁷. Cela transparaît de façon nette dans la loi BADINTER de 1985, mais également de plusieurs dispositions pénales¹⁹¹⁸ ou du droit du travail¹⁹¹⁹. Le phénomène est d'autant plus important que la protection de la vulnérabilité de la personne âgée est menée sur de nombreux fronts. La protection de l'autonomie, la prévention de la perte d'autonomie ou de la dépendance sont autant de témoignages d'une consécration implicite d'une vulnérabilité particulière. La doctrine s'adonne plus volontiers à la recherche des contours d'une vulnérabilité propre à la personne âgée. « *La vulnérabilité de la personne âgée prend la forme d'une fragilité psychologique, d'une suggestibilité qui l'expose dans sa vie civile à des atteintes abusives à son consentement et qui peut la rendre inapte à prendre les décisions personnelles que sa santé ou sa sécurité requièrent (actes médicaux, choix du lieu de vie)* »¹⁹²⁰. Cette vulnérabilité se trouve décuplée en situation de dépendance.

¹⁹¹⁶ Cf. B. EYRAUD, P. VIDAL-NAQUET, « La vulnérabilité saisie par le droit », *Revue justice actualités*, 2013, p. 3-10.

¹⁹¹⁷ L'article L. 113-1 du Code de l'Action sociale et des familles est un exemple de proximité objective entre l'âge et la vulnérabilité. V. Art. L. 113-1 CASF, tel que modifié par la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – art. 24, *relative à l'adaptation de la société au vieillissement*, publiée au JORF n° 0301 du 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1.

¹⁹¹⁸ Art. 225-1 CP notamment, tel que modifié par la L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 – art. 86, publiée au JORF n° 0269, du 19 novembre 2001, texte n° 1.

¹⁹¹⁹ La vulnérabilité du salarié fut notamment consacrée dans la L. n° 2012-954 du 6 août 2012, *relative au harcèlement sexuel (I)*, publiée au JORF n° 0182 du 7 août 2012, p. 12921, texte n° 1. Elle prend en considération l'âge de la victime et manie le principe de particulière vulnérabilité. Extrait de l'article 222-3-1 du Code pénal, tel qu'issu de l'article 1 de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 – préc. : « *III. — Les faits mentionnés aux I et II [harcèlement sexuel] sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.*

Ces peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende lorsque les faits sont commis :

1° Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;

2° Sur un mineur de quinze ans ;

3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur ;

4° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur auteur ;

5° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ».

¹⁹²⁰ C. LACOUR, « La personne âgée vulnérable : entre autonomie et protection », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2009/4, n° 131, p. 188.

648. L'âge seul n'induit pas la dépendance, qui résulte d'un cumul de facteurs de risques. Cette corrélation entre l'âge et la situation de dépendance fut reconnue par la Commission nationale consultative des droits de l'homme à l'occasion de son avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées : « *La vulnérabilité implique l'existence d'autres facteurs (problème de santé, handicap, milieu social, isolement). Même si la vieillesse augmente la probabilité de devenir dépendant, elle n'est pas synonyme de perte d'autonomie* »¹⁹²¹. Qu'il soit question de vulnérabilité ou de dépendance, la corrélation d'un affaiblissement lié à l'âge et d'un état de faiblesse potentielle s'explique notamment par « *un ensemble de ruptures de pourvoyances cumulatives, progressives et surtout non réversibles* »¹⁹²². L'interaction des notions de vulnérabilité et de dépendance ainsi que leur caractéristique commune d'englober de nombreuses situations hétéroclites ne leur permet pas (en l'état) de servir d'assise théorique à un concept comme la post-majorité. La naissance d'un statut juridique orienté permettrait notamment de réguler les enjeux liés à la notion de vulnérabilité. En validant l'existence d'une vulnérabilité particulière et par le truchement de normes protégeant les personnes âgées, le législateur reconnaîtrait ainsi un droit non pas de la vulnérabilité — comme c'est le cas aujourd'hui — mais bien un droit à la vulnérabilité. Fondamentalement lié à l'âge, ce droit pourrait servir de point de fuite d'application d'un statut protecteur mais non sclérosant. La flexibilité de la discipline juridique devrait offrir les moyens nécessaires à la poursuite d'un objectif de protection, sans passer par le truchement de la notion de vulnérabilité.

2. Les fondements d'une géronto-protection

649. L'idée d'un statut juridique propre à la personne âgée pourrait justifier la mutation de la notion de vulnérabilité — ou d'une partie de la notion de vulnérabilité — au profit d'un concept nouveau. Ainsi, il serait possible d'appréhender avec simplicité les besoins liés au vieillissement de masse. Le lien naturel entre l'état de vulnérabilité et le niveau de protection ferait alors objet d'une approche spécifique. En effet, la vulnérabilité existe d'autant plus que le niveau de protection est faible, et vice-versa. La promotion d'un droit propre à la population des personnes âgées pourrait par conséquent étendre la mobilisation de la notion de vulnérabilité. L'identification d'une vulnérabilité spécifique à la vieillesse permettrait d'extraire une partie de la protection fondée sur la vulnérabilité — celle liée à l'âge. Cela pourrait en plus s'avérer particulièrement utile du point

¹⁹²¹ CNCDH, *Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées*, Assemblée plénière du 27 juin 2013, publiée au JORF n° 0176 du 31 juillet 2013, texte n° 101, pt. 9.

¹⁹²² A. MEMMI, « La vieillesse ou la dissolution des pourvoyances », *RDSS*, Dalloz édition, 1992, p. 409.
V. également à ce propos : A. MEMMI, *La dépendance*, Ed. Gallimard, 1979.

de vue de l'efficacité d'un droit propre à la personne âgée. Reste à savoir quelle forme pourrait prendre cette vulnérabilité spécifique.

650. Si la puissance évocatrice de la vulnérabilité est indéniable du point de vue du juriste, elle l'est également du point de vue du citoyen. Une personne peut souffrir d'être juridiquement déclarée comme étant vulnérable. Au-delà d'un certain degré de vulnérabilité, la souffrance liée à la juridicité de l'état de vulnérabilité s'amenuise — soit parce que la personne vulnérabilité protégée n'a pas conscience de son état, soit parce que celui-ci ne fait aucun doute. À cet égard, le concept d'un droit propre à la personne âgée est suffisamment original pour ne pas avoir à se risquer à subir des associations d'idées néfastes. Par ailleurs, l'objet de la post-majorité n'est pas de placer les personnes âgées sous un sous-régime juridique ou sous une pré-incapacité, mais bien de renforcer l'efficacités des droits durant la vieillesse. Si l'idée d'une vulnérabilité spécifique est séduisante, elle devra se détacher de son terme premier. L'assimilation sera simplifiée, et l'évocation du concept ne sera pas détournée si on préfère le terme d'affaiblissement lié à l'âge à celui de vulnérabilité liée à l'âge. La première de ces formulations évoque un processus naturel et global, alors que celle de v renvoie à l'idée d'une déchéance particulière. Par ailleurs, la reconnaissance d'un affaiblissement lié à l'âge est assimilable à la reconnaissance d'une vulnérabilité liée à l'âge.

651. La consécration d'une vulnérabilité est peu envisageable en l'état. Elle pourrait cependant être utilisée sous l'égide d'autres fondements moins intrusifs et plus facilement assimilables par l'ordre juridique. Alors que la vulnérabilité se trouve intrinsèquement liée par une appréciation *a posteriori*, d'autres notions permettent une prise en charge sans écart de temporalité. Si elles ne jouissent pas encore d'une consécration juridique, elles brillent néanmoins par leur praticité. La discipline médicale mobilise régulièrement la notion de fragilité de la personne âgée. « *La fragilité est un concept de médecine gériatrique et une condition clinique qui regroupe ces symptômes principalement physiques, liés à la vieillesse et à un déclin général de l'état de la personne âgée* »¹⁹²³. La place réservée à la notion de fragilité dans gériatrie « *semble particulièrement significative des transformations induites par l'introduction de la notion de risque dans le champ de la médecine* »¹⁹²⁴. Cet usage est progressivement embrassé par les sociologues. Eu égard à l'objet

¹⁹²³ É. GENNET, W. KRESSIG, « Chapitre 7. Les personnes âgées vulnérables dans les recherches biomédicales : quelles réponses du droit européen ? » *Journal International de Bioéthique*, ESKA, 2016/3, vol. n° 27, p. 121.

¹⁹²⁴ Ch. DOURLENS, « Les usages de la fragilité dans le champ de la santé. Le cas des personnes âgées », *Alter, European Journal of Disability Research* 2, ELSEVIER MASSON, 2008, p. 161.

de la post-majorité, on peut espérer une future juridicisation de la notion de fragilité gérontologique ou mieux encore, la consécration pure et simple d'une protection due à la vieillesse.

En dépit de son absence quasi-totale du langage juridique, la fragilité est de plus en plus citée dans les discours sur l'autonomie¹⁹²⁵ des personnes âgées. La définition de la fragilité est résolument ancrée dans une dimension biologique. En 2015, l'Organisation Mondiale de la Santé a mentionné la fragilité comme un « *déclin progressif et lié à l'âge des systèmes physiologiques, ayant pour résultat de moindres réserves de capacité intrinsèque, conférant une vulnérabilité extrême au stress, augmentant le risque de survenue d'un ensemble de résultats de santé négatifs* »¹⁹²⁶. Au-delà du sens donné, la notion de fragilité présente une grande proximité avec le critère de l'âge. Les variables entre les deux acceptions sont tellement ténues¹⁹²⁷ « *qu'il est très largement accepté qu'à certains âges de la vie, toutes les personnes seraient fragiles* »¹⁹²⁸. À l'instar du vieillissement, la fragilité tient avant tout du phénotype plutôt qu'à l'analyse sociojuridique. Si la fragilité induite par l'âge est un phénomène naturel — cette caractéristique conduit une certaine doctrine à parler de processus de fragilité —, alors la fragilité pourrait être extrêmement utile à la matière juridique. En effet, contrairement à la notion de vulnérabilité, la fragilité ne contient pas d'aléa.

Si la fragilité ne bénéficie pas encore d'une consécration juridique, du moins est-elle d'ores et déjà mobilisée par l'action sociale¹⁹²⁹. « *La fragilité est centrale dans les actions de prévention de la perte d'autonomie mises en œuvre par les caisses de retraite* »¹⁹³⁰. Cette centralité est due à l'existence préalable de la situation de fragilité à celle de perte d'autonomie. La fragilité intervient donc en amont. Ce positionnement pourrait prêter à confondre la fragilité avec le concept de vulnérabilité. D'ailleurs, en « *droit des personnes, la fragilité reste associée à un symptôme révélant une vulnérabilité du sujet* »¹⁹³¹. Une distinction pourrait prendre corps à travers l'instauration d'un concept comme la post-majorité. Certes l'exposition à un quelconque danger peut être facilitée par la fragilité, comme elle l'est par la vulnérabilité. Pourtant la similarité n'est pas absolue. La fragilité

¹⁹²⁵ H. BERTILLOT, M.-A. BLOCH, « Quand la “fragilité” des personnes âgées devient un motif d'action publique », *Revue française des affaires sociales*, 2016/4, n° 8, p. 107-128.

¹⁹²⁶ H. BERTILLOT, M.-A. BLOCH *Op. cit.*, p. 109.

¹⁹²⁷ P.-O. LANG, « Quels marqueurs de fragilité pour quelles mesures ? », *La fragilité des personnes âgées*, Presses de l'EHESP, 2013, p. 67-82.

¹⁹²⁸ P.-O. LANG, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁹²⁹ Ch. DOURLENS, *Op. cit.* : « Avec l'émergence de la santé publique au xix^e siècle et le souci préventif qui l'accompagne, la médecine étend considérablement son champ. À côté de la médecine clinique, qui s'exerce dans le colloque singulier entre patient et médecin, la préservation de la santé des populations mobilise les interventions publiques ».

¹⁹³⁰ A. LAUTMAN, « Préface », in F. BÉLAND *et al.*, *La fragilité des personnes âgées*, Hors collection, Presses de l'EHESP, 2013, p. 5.

¹⁹³¹ Y. FAVIER, « Vulnérabilité et fragilité : réflexions autour du consentement des personnes âgées », *RDSS*, Dalloz édition, 2015, p. 702.

offre une stabilité liée par son caractère naturel et non contextualisé. Puisqu'il s'agit d'une donnée davantage biologique que sociale, la fragilité est moins concernée par la notion d'aléa. En outre contrairement à la vulnérabilité qui est difficilement conciliable avec la pratique juridique de qualification, la fragilité est davantage définissable, de par sa nature biologique. C'est d'ailleurs cet élément qui devra être spécifiquement mis en avant. L'âge doit être considéré comme étant une source de fragilité — bas âge et haut âge — ou de non fragilité. En cela, l'appréhension juridique de la fragilité devrait être limitée à son caractère temporel. Dans un objectif d'efficacité, le Droit ne saurait se plier à la distinction entre les particularités cognitives de la fragilité. Seul l'âge pourrait être pris en compte, au profit d'une conception juridique d'une géronto-fragilité qui justifierait l'existence d'un droit gérontologique.

PARAGRAPHE 2

LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA POST-MAJORITÉ

652. L'omniprésence de sujets tels que l'autonomie, la dépendance ou la vulnérabilité, tendent de façon imparable vers l'émergence progressive d'un droit gérontologique. L'expression est d'ores et déjà employée par une partie de la doctrine, qui en annonce l'existence concrète et non encore théorisée. Il s'agirait là d'un droit en formation en somme. En l'état, ce droit embryonnaire souffre non seulement d'un manque de reconnaissance, mais pâtit également de la forte segmentation qui définit la pratique contemporaine. Le morcellement des concepts juridiques ne permet pas encore d'accéder à une vue d'ensemble. En cela, l'apparition d'un droit gérontologique se trouve irrémédiablement compromise, à moins justement de se tourner vers une approche globale. La transcendance des sujets, disciplines, autour d'une valeur sociale à protéger ou d'un objectif sociétal clair est nécessaire.

Le lien post-majorité et protection juridique des majeurs ainsi que celui de la post-majorité et des processus de protection programmée de la personne doivent être analysés (I). Une post-majorité ne signifie pas la séparation pure et dure des droits des majeurs en deux entités distinctes. Les post-majeurs resteraient sous l'empire du *corpus* de droits reconnus aux majeurs, et bénéficieraient en sus d'un *corpus* de droits spécifiques. L'insertion de la post-majorité impacterait donc également sur la protection commune de la personne âgée (II).

I. IMPACT DE LA POST-MAJORITÉ SUR LA PROTECTION COMMUNE DE LA PERSONNE ÂGÉE

653. La post-majorité implique deux dynamiques distinctes. La première consiste à offrir un cadre juridique qui servira de contenu — le statut de post-majorité. La seconde, s’emploiera à enrichir le corps de droits déjà reconnus. La post-majorité s’entend comme la proposition d’une protection diffuse et générale de la vieillesse. Cette voie semble difficilement accessible par le biais des seuls principes connus du droit positif. Pour pallier cette défaillance, la post-majorité propose la consécration d’une protection de la vieillesse pour elle-même, sans que la personne âgée n’ait à justifier d’un quelconque état dérogeant à la norme. Une géronto-vulnérabilité qui n’aurait pas besoin de dire son nom (A), pourrait être mobilisée sous le prisme de la notion de post-majorité, notamment à travers l’utilisation d’une présomption (B). Par ailleurs, l’appartenance au statut de post-majorité pourrait également faire évoluer légèrement la procédure contentieuse (C).

A. LE RAPPORT AUX DROITS AU SEIN DE LA POST-MAJORITÉ

654. L’idée de l’insertion d’un troisième temps de vie à travers le concept de post-majorité devrait être l’occasion de consacrer une approche juridique spécifique à la vieillesse.

Les effets sur les droits de la personne âgée seraient d’ordre quantitatif — à travers la reconnaissance de nouveaux droits ou de droits existants renforcés — (1), et d’ordre qualitatif. En effet, la reconnaissance d’un droit propre à la personne âgée permettrait une vision globale des actions menées au plus proche de la vieillesse (2).

1. La consécration d’un géronto-droit

655. La présence parcellaire de différents droits propres à la personne âgée avancé permet de déduire l’existence inavouée d’un droit de la personne âgée. La première étape de la création d’un statut juridique cohérent, passe par une harmonisation des règles du construit en un ensemble cohérent (a) pouvant se prêter au jeu de l’évolution (b).

a. Le contenant des droits de la personne âgée

656. La première étape à la création d’un statut juridique propre à la personne âgée pourrait prendre la forme d’une codification à droit constant, consistant en la réorganisation des principes connus du construit en un ensemble structuré et cohérent. Pour autant l’évolution de la vision

sociétale du vieillissement passe également par une réformation globale, apportant un jour nouveau sur les principes établis.

L'existence embryonnaire d'un droit propre à la personne âgée pâtit à la fois d'un défaut de reconnaissance, et de cohérence. Dans ce cadre, un travail de codification est nécessaire. « *Un code est une loi qui ne diffère des autres que par une étendue et une importance plus grandes* »¹⁹³². La méthode de codification à droit constant consiste en l'harmonisation des règles de droit existantes au sein d'un ensemble structuré et cohérent. « *L'œuvre réformatrice du législateur s'exerce évidemment d'autant plus aisément qu'elle intervient dans un cadre rendu au préalable clair et exhaustif* »¹⁹³³. Puisqu'elle ne procède pas à une modification de fond, cette méthode présente un intérêt certain. Elle est perçue comme moins invasive que la voie réformatrice classique. Cette méthode peut s'orienter selon deux axes principaux, à savoir la création d'un nouveau Code, ou l'organisation des Codes existants. Le choix en faveur de l'une ou l'autre méthode est conséquent. Eu égard à ce que le Doyen CARBONNIER avait pu appeler "le pullulement des Codes", ainsi qu'à la dynamique de simplification du Droit, la création d'un nouveau Code n'est pas pertinente concernant la théorisation d'une post-majorité. En outre, la création d'un Code du droit de la personne âgée constituerait sans nul doute une atteinte trop vive au principe d'égalité entre les citoyens. L'adaptation des supports existants est la voie tracée pour cette entreprise, et le Code civil ferait un parfait réceptacle pour un statut de la personne âgée.

La codification à droit constant présente une limite inhérente à sa nature. Elle ne permet pas de réformation majeure ni d'insertion de règles ou de principes nouveaux. À ce titre, elle ne saurait constituer qu'une première étape dans la création de droits propres aux personnes âgées. La méthode de codification à droit constant ne permet pas de créer des règles de fond nouvelles. Pour autant, son impact ne saurait être réduit à des effets de forme. La structuration des règles du construit à travers un chapitre ou un titre particulier prêterait nécessairement son concours à la consécration d'un principe. L'apport théorique n'est donc pas négligé.

Les diverses règles de droit visant spécifiquement la vieillesse répondent déjà en partie aux objectifs de lisibilité et de cohérence qui animent l'ordre juridique. C'est le cas notamment pour le Code de

¹⁹³² Ch. BEUDANT, cité par F. MELLERAY, « Codification, loi et règlement », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dossier loi et règlement, 2006, n° 19.

¹⁹³³ Conseil constitutionnel, *Codification, simplification et Constitution*, 2005 < http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/simplification.pdf > [en ligne] [consulté le 30 novembre 2017].

l'action sociale et des familles, dont les articles L. 113-1 à L. 113-4 sont regroupés au sein d'un même chapitre¹⁹³⁴ dédié aux personnes âgées. Dans une même veine, les articles L. 231-1 à L. 233-6 du même Code sont organisés selon trois chapitres — respectivement nommés : Aide à domicile et accueil, allocation personnalisée d'autonomie, prévention de la perte d'autonomie —, qui composent un titre III dédié aux personnes âgées. Pour autant, nombre de dispositions¹⁹³⁵ concernant directement cette population sont également disséminées au sein du Code. D'autres Codes préfèrent viser la vieillesse plutôt que ses membres. L'aspect technique est privilégié, comme le Code de la sécurité sociale, à travers des chapitres consacrés au fonds de solidarité vieillesse¹⁹³⁶, fonds de réserve pour les retraites¹⁹³⁷, coordination en matière d'assurance vieillesse et d'assurance veuvage¹⁹³⁸ ou encore caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés¹⁹³⁹.

Le Code civil est la clef de voute de l'élan de reconnaissance des droits propres à la personne âgée. Dans ce cadre, le titre premier — des droits civils — du premier livre — des personnes — pourrait être enrichi d'un premier chapitre. Celui-ci pourrait alors s'intituler : *Du respect des droits tout au long de la vie*, ou encore *du respect de l'âge*¹⁹⁴⁰. Une telle création emporterait un effet translatif touchant les règles préexistantes traitant des personnes âgées. Elle serait également l'occasion de consacrer des principes généraux liés au respect et à l'effectivité des droits de la personne tout au long de sa vie. En dépit des formulations générales employées jusqu'à présent par le législateur, la réalité rappelle sans cesse les prises en compte de l'âge en matière d'octroi ou d'efficiencia des droits. Sous réserve du principe d'égalité entre les personnes, le législateur n'a pas encore consenti à appréhender l'âge et ses répercussions. Pourtant un travail législatif solide en la matière permettrait de lutter efficacement contre les défaillances de la réalité.

¹⁹³⁴ CASF, Partie législative, Livre premier *dispositions générales*, Titre premier *principes généraux*, Chapitre III *personnes âgées*.

¹⁹³⁵ Articles L. 142-1 CASF tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – art. 69, *relative à l'adaptation de la société au vieillissement*, publiée au JORF n° 0301 du 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1 ; L. 345-2-2 CASF, tel que modifié par la L. n° 2014-366 du 24 mars 2014 – art. 45, *pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (1)*, publiée au JORF n° 0072 du 26 mars 2014, p. 5809, texte n° 1 ; *notamment*.

¹⁹³⁶ Art. L. 135-1 à L. 135-5 CSS.

¹⁹³⁷ Art. L. 135-6 à L. 135-15 CSS.

¹⁹³⁸ Art. L. 173-1 et s. CSS.

¹⁹³⁹ Articles L. 222-1 à L. 222-7 CSS.

¹⁹⁴⁰ Pour une formulation en miroir de celle usitée pour le chapitre deux du même titre — *du respect du corps humain*.

b. Le contenu de droits propres à la personne âgée

657. Le Code civil devrait prêter son concours à la structuration du statut juridique correspondant. L'enrichissement des droits civils consacrés par le livre premier du Code pourrait dès lors se concrétiser par l'insertion d'un premier chapitre¹⁹⁴¹. Celui-ci contiendrait un ensemble de principes directeurs, codifiés aux articles 16-15 et suivants. L'âge serait alors considéré comme un outil normatif permettant d'assurer un équilibre et une stabilité en matière d'efficience juridique. Parmi les nouvelles dispositions, une première devrait nécessairement consacrer une obligation de protection et de respect, à la charge de tout un chacun. Un premier article 16-15 devrait nécessairement délimiter et définir le champ d'application de l'ensemble du chapitre. En fonction du seuil d'âge retenu, cet article pourrait alors être rédigé comme suit :

“La personne âgée est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui a l'âge de soixante-cinq ans accomplis”. Ou bien : “La personne âgée est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui a l'âge de soixante-dix ans accomplis”¹⁹⁴².

L'article 16-16 suivant pourrait dès lors se prêter au jeu de l'édiction de principe :

“La famille, la société et l'État assurent la protection et le respect des personnes âgées”¹⁹⁴³.

Dans une veine davantage concrète et technique, l'article 16-17 suivant pourrait organiser l'autodétermination durant la phase de vieillissement.

“la convention de vieillissement trouve à s'appliquer dès l'entrée en post-majorité”¹⁹⁴⁴ ; “à défaut de convention de vieillissement, le choix du maintien à domicile est privilégié”¹⁹⁴⁵.

La mise en place d'un statut solide ne saurait être circonscrite à un seul chapitre, sans écho ou rémanence au sein des autres règles de droit. Les principes directeurs consacrés par le nouveau

¹⁹⁴¹ Le titre premier du livre premier du Code civil ne contient pas de chapitre I.

¹⁹⁴² Proposition de rédaction pour un art. 16-15 C. civ.

¹⁹⁴³ Proposition de rédaction pour un art. 16-16 C. civ.

¹⁹⁴⁴ Proposition de rédaction pour un art. 16-17 al 1 C. civ.

¹⁹⁴⁵ Proposition de rédaction pour un art. 16-17 al 2 C. civ.

chapitre cinq pourraient être repris de manière qu’ils irriguent la totalité de la norme. Ainsi l’article 16 du Code civil, relatif à la primauté de la personne et à sa dignité pourrait être enrichi d’un second alinéa. Dès lors, il serait non seulement entendu que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l’être humain dès le commencement de sa vie* »¹⁹⁴⁶, mais également qu’« *elle s’assure de l’efficacité des droits de la personne jusqu’au bout de sa vie* »¹⁹⁴⁷.

2. La consécration d’une géronto-proximologie

658. La création d’un statut juridique propre à la personne âgée pourrait constituer une avancée théorique et éthique majeure. Celle-ci constituerait un socle solide permettant d’accuser le tournant de l’adaptation de la société au vieillissement. Le positionnement méthodique de la personne âgée en tant que sujet spécial de droit justifierait un enracinement de la consécration de la vieillesse en tant que valeur sociale à protéger. Par ailleurs, il offrirait un terrain fertile aux initiatives pluridisciplinaires, lesquelles permettraient de répondre structurellement aux enjeux liés au vieillissement. Pour ce faire, le législateur occupe une place de choix puisqu’il détient les outils nécessaires pour dynamiser et organiser les résolutions privées. Il devra nécessairement identifier et appréhender les moyens efficaces en vue de la consécration de règles spécifiques à la mise en place d’une action globale menée en faveur de la vieillesse. Les évolutions d’ores et déjà entreprises en ce sens, « *favorisent dans bien des cas une forme de re-familialisation du care, mais aussi de privatisation des services* »¹⁹⁴⁸ — a pu constater Monsieur Olivier GIRAUD.

Il s’agit de mettre en œuvre un véritable discours axé sur l’interdépendance entre les différentes générations face à l’enjeu du vieillissement. Dans cet axe, l’éthique propre aux notions de *care* et de bientraitance (a) sont indissociables à la mise en place d’une action globale (b).

¹⁹⁴⁶ Art. 16 C. civ., tel que créé par la L. n° 94-653 du 29 juillet 1994 – art. 2, *relative au respect du corps humain (I)*, publiée au JORF n° 175 du 30 juillet 1990, p. 11056.

¹⁹⁴⁷ Proposition de formulation pour un second alinéa à l’art. 16 C. civ. – préc.

¹⁹⁴⁸ O. GIRAUD, « L’introuvable démocratie du *care* ? La gouvernance multiscalair des systèmes d’aide et de soins à domicile des personnes âgées entre néo-familialisme et privatisation : les cas de Hambourg et Édimbourg », *Revue européenne des sciences sociales*, 2017, n° 55-1, p. 129.

a. *L'éthique du care au service de la post-majorité*

659. Dans le cadre de la théorisation de voies d'actions efficaces en faveur des droits de la personne âgée, les liens familiaux devront faire l'objet d'une attention particulière mais non exclusive. En effet, pour que le tournant sociodémographique se fasse, il est impératif que les interdépendances ne soient pas entravées par l'existence ou l'absence d'un lien de filiation. L'intérêt est d'agir en faveur d'une assistance mutuelle, d'une complémentarité entre des personnes de génération différente, liées sinon pas le sang, du moins par le cœur ou tout simplement par les aléas de l'existence¹⁹⁴⁹. Le statut juridique propre à la personne âgée constituera le socle d'une bientraitance juridique des personnes âgées. La logique est celle d'une transposition de la tendance du «prendre soin» au sein de la norme.

660. On doit la théorisation originelle du «prendre soin» aux divers travaux menés à partir des années 1980 par des psychologues américains. Le terme de *care* a depuis traversé les frontières et s'est imposé progressivement au sein de l'hexagone. Le signifié revêt une dimension active importante. Le *care* ne désigne pas le soin en tant qu'acte objectif. Il embrasse une dynamique de soin. «*Il est un 'prendre soin', ce qui veut bien dire qu'il s'exerce*»¹⁹⁵⁰. Pourtant cette caractéristique est-elle suffisante pour permettre la juridicisation du *care* ? En outre, le *care* n'est pas restreint à un objet de soin particulier. Il s'oriente potentiellement vers tout besoin de soin¹⁹⁵¹ et ainsi ne répond pas spécifiquement aux enjeux du vieillissement. Cette globalité pourrait-elle contrarier une éventuelle théorisation normative ? À l'occasion de son essai de problématisation sur les notions de *care*, empathie et justice¹⁹⁵², Madame Alice LE GOFF est revenue sur les origines de la notion, à travers les travaux initiaux de Carol GILLIGAN sur la psychologie du développement moral. Cette dernière procédait à la distinction de l'éthique du *care* de celle de la justice, «*en ce qu'elle s'articule autour des concepts de responsabilité et de relation sociale et non autour de ceux*

¹⁹⁴⁹ AGENCE NATIONALE DE L'EVALUATION SOCIALE ET MEDICO-SOCIALE, cité par G. LAROQUE, «bientraitance, maltraitance, qu'en est-il en France ?», *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2010/2, n° 133, p. 64.

¹⁹⁵⁰ F. BRUGÈRE, *L'éthique du 'care'*, Ed. Presses Universitaires de France, Coll. Que sais-je ?, 3^{ème} édition, 2017, p. 83.

¹⁹⁵¹ F. GRUGÈRE, *Op. cit., loc. cit.* : «On prend soin des malades, des enfants, des personnes âgées, des précaires et des exclus mais aussi de tous les individus, de l'environnement ou des institutions : le «prendre soin» concerne des vivants, des êtres et des objets».

¹⁹⁵² A. LE GOFF, «*Care*, empathie et justice. Un essai de problématisation», *Revue du MAUSS*, édition La Découverte, 2008/2, n° 31, p. 203-241.

de droit et de règle »¹⁹⁵³. L'éthique du *care* serait marquée par une contextualité importante tandis que l'éthique de la justice revêtirait une dimension davantage abstraite et décontextualisée.

D'autres conceptions de l'éthique du *care* furent développées par la suite. Parmi elles, les recherches de Monsieur Michael SLOTE ont participé à la structuration de la notion. Selon cet auteur, il serait possible de conférer à l'éthique du *care* une dimension déontologique. Celle-ci se prêterait volontiers à l'insertion de contraintes participant à la systématisation du lien de soin et de prise en charge. « *Les contraintes déontologiques peuvent, de la même manière que les obligations à l'égard de personnes lointaines, s'expliquer en termes d'empathie* »¹⁹⁵⁴. À la notion d'empathie, l'on préférera celle de fraternité¹⁹⁵⁵ — notamment pour sa juridicité et son assise républicaine —, ou de solidarité — pour son dynamisme politico-social¹⁹⁵⁶. La structure théorique du *care* ou de son avatar français la bienveillance¹⁹⁵⁷, tend à en faire un outil plus qu'un véritable courant d'action normative. Il s'agirait d'une orientation philosophique à donner à l'action législative en faveur des personnes âgées. Le *care* doit ici être pensé comme un matériau de service. Dès lors, utilisé avec cohérence, il peut participer à la déconstruction d'un postulat individualiste faussé et incapable de faire face à la réalité démographique.

C'est dans un raisonnement similaire, et dans la continuité des recherches de Madame Judith BUTLER, que Madame Fabienne BRUGÈRE considère que l'indépendance des individus n'est qu'une façade. « *Le présumé individualiste conçoit les êtres humains à travers une injonction à l'autonomie comme si les êtres humains étaient à tout moment de leur vie maîtres et possesseurs d'eux-mêmes* »¹⁹⁵⁸. Et l'auteur d'ajouter : « *Insister sur l'interdépendance généralisée des vies revient à promouvoir une autre conception du vivre ensemble, à travers la primauté d'un lien démocratique soucieux de ne pas exclure celles et ceux qui sont confrontés à des situations de vulnérabilité, ce qui nécessite une attention des autres, des politiques publiques de soutien pour envisager un retour de la capacité d'agir* »¹⁹⁵⁹. À ce titre, la philosophie du *care*, judicieusement irriguée et orientée par l'action législative, pourrait participer à une adaptation réelle de la société

¹⁹⁵³ A. LE GOFF, *Op. cit.*, p. 204-205.

¹⁹⁵⁴ A. LE GOFF, *Op. cit.*, p. 210.

¹⁹⁵⁵ A. SUPIOT, « La fraternité et la loi », *Droit social*, Dalloz édition 1990, p. 118. V. HUGO, *Le droit et la loi*, introduction au livre Actes et Paroles, Ed. La librairie nouvelle, Paris, 1875, III, p. 8 : « *Liberté, égalité, fraternité. Rien à ajouter, rien à retrancher. Ce sont les trois marches du perron suprême. La liberté c'est le droit, l'égalité c'est le fait, la fraternité c'est le devoir. Tout l'homme est là* ».

¹⁹⁵⁶ B. MATTEI, « Envisager la fraternité », *Revue Projet*, 2012/5, n° 330, p. 66-74.

¹⁹⁵⁷ P. GRELLEY, « Contrepoint – Le *care* : revisiter le lien social ? », *Informations sociales*, CNAF, 2015/2, n° 188, p. 53.

¹⁹⁵⁸ F. BRUGÈRE, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁹⁵⁹ F. BRUGÈRE, *Op. cit.*, *loc. cit.*

au vieillissement. En outre, la possibilité de couplage du *care* avec une déontologie propre, pourrait lui conférer une autorité certaine. « *S'intéresser à la promotion de la bientraitance des personnes âgées invite à poser un regard plus global permettant de considérer l'ensemble des politiques publiques qui traitent directement ou de manière oblique de la vieillesse, en ne se limitant pas aux rapports gouvernementaux et aux politiques spécifiques de lutte contre la maltraitance* »¹⁹⁶⁰. L'intégration d'un statut juridique propre à la personne âgée devrait nécessairement embrasser cette logique globale et transdisciplinaire.

b. La structuration de l'aide aux personnes âgées

661. Le *care* ou la bientraitance permettraient de repenser et redynamiser le domaine de la santé, mais pourrait également œuvrer en faveur du maintien à domicile ou du lien social. Pourtant, l'une ou l'autre de ces notions ne saurait constituer qu'une partie seulement de l'élan d'adaptation de la société au vieillissement. L'instauration d'un statut juridique propre à la personne âgée témoignerait d'une volonté de "prendre soin" de la vieillesse en tant que valeur sociale à protéger. L'action normative devrait alors inciter et faciliter les interdépendances intergénérationnelles. Pour ce faire, elle devra se situer à échelle humaine et trouver les mécanismes adéquats pour initier ces interdépendances, ou les rendre pérennes. Dans ce cadre, l'action publique représente un cadre général organisant et régulant les actions privées. Dès lors la mise en place du statut juridique propre à la personne âgée doit attester d'une volonté de proximité entre les individus composant les parties du lien de soin — la partie active procédant au soin, la passive le recevant.

662. La mobilisation de la notion de *care* ou de celle de bientraitance ne peut être directe. L'une et l'autre devraient subir une purification. Le terme de *care* doit être détaché des discours féministes qui ont entouré sa conception, et doit être entendu basiquement comme l'étude des relations entre l'individu malade et ses proches. Pourtant il n'est pas question d'assimiler les personnes âgées à des personnes malades. La doctrine perçoit le potentiel réel du *care*. « *On commence aujourd'hui à se rendre compte de l'importance de l'idée et de la pratique du care, qu'il s'agisse des attitudes morales de souci des autres, d'attention, ou encore des pratiques de soin à autrui et de services domestiques quotidiens* »¹⁹⁶¹. Il est nécessaire de revenir à la définition étymologique du terme afin

¹⁹⁶⁰ M. BEAULIEU, M. CREVIER, « Contrer la maltraitance et promouvoir la bientraitance des personnes âgées. Regard analytique sur les politiques publiques au Québec », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2010/2, n° 133, p. 71.

¹⁹⁶¹ S. LAUGIER, « L'éthique du care en trois subversions », *Multitudes*, Association Multitudes, 2010/3, n° 42, p. 114.

de proposer une nouvelle utilisation. « *Si l'on accepte de le libérer de sa gangue de bons sentiments, le care traduit une attitude nouvelle vis-à-vis de l'attention qui doit être socialement portée à ceux des citoyens qui connaissent des difficultés ponctuelles ou permanentes* »¹⁹⁶². Il en va de même pour la notion de bientraitance. Prises objectivement, les deux notions désignent l'acte de "prendre soin". L'action est entendue à la fois dans sa dimension concrète et matérielle — la réalisation du soin — que dans l'intention qui irrigue la totalité du processus.

Cette prise en compte de l'élan de volition laisse entrevoir une aspiration à la qualité du soin prodigué. Comme le souligne très justement Monsieur Pierre GRELLEY, cette qualité étend le souci de l'autre au-delà des frontières du soin médical. Ceci en fait « *le fondement des relations sociales s'articulant autour de la dépendance et de la vulnérabilité qui sont considérées comme des traits consubstantiels à la condition humaine et non des effets d'accidents de la vie* »¹⁹⁶³. Par conséquent il s'agit d'un outil devant être placé sous la coupe d'une philosophie plus large encore lui permettant d'exister. Cette orientation doit être celle de la prévalence des rapports humains. Elle doit être axée sur un discours construit et cohérent afin de permettre à la notion de dépasser le niveau individuel au profit du collectif et de l'institutionnel¹⁹⁶⁴.

663. La primauté des interdépendances individuelles ne pouvant être assurée que par le biais d'une norme assumant le choix des valeurs sociales protégeables, il s'agira de mettre en place une forme de "proximologie" juridique en faveur des personnes âgées. Le néologisme proximologie est le fruit du mélange entre les termes latins de *proximus* — qui signifie proche — et *logos* — qui désigne le discours et la parole. À l'instar de l'anglicisme *care*, davantage répandu, la proximologie témoigne d'un élan de prise en charge et de soin. Dans ce cadre, l'instauration d'une géronto-proximologie permettrait de servir la cause d'un géronto-droit. En sus des fondements moraux qui animent l'action en faveur de la vieillesse, la mise en place d'une géronto-proximologie permettrait de régir l'ensemble des actions menées au faveur du vieillissement. En outre, elle permettrait d'encadrer les sous-principes actifs et d'éviter ainsi les dérives rendues possibles par les notions subjectives telle que la bientraitance¹⁹⁶⁵. Ainsi les initiatives privées pourraient faire l'objet d'un

¹⁹⁶² P. GRELLEY, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁹⁶³ P. GRELLEY, *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁹⁶⁴ C. MARTIN, « Qu'est-ce que le social care ? Une revue de questions », *Revue française de Socio-économie*, La Découverte, 2008/2, n° 2, p. 27-42.

¹⁹⁶⁵ R. MOULIAS, S. MOULIAS, F. BUSBY, « Édito. La "bientraitance" : qu'est-ce que c'est ? », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2010/2, n° 133, p. 12 : « *L'usage immodéré du mot "bientraitance", en l'absence de toute définition précise, contraignante et, surtout, intelligible par tous de la même manière, se révèle dangereux. Personne ne sait de quoi on parle réellement, si ce n'est que ceux qui en parlent sont satisfaits de ce qu'ils font...* ».

encadrement résiduel mais existant, tandis que les professions du soin répondraient à une déontologie commune. Le seul risque persistant est celui d'une normalisation excessive¹⁹⁶⁶ du rapport de soin sous couvert de ce type de notions.

B. LA PRÉSUMPTION AU SERVICE DE LA PROTECTION DES PERSONNES ÂGÉES

664. L'insertion d'un droit propre à la personne âgée pourrait être rendu effectif via le mécanisme de la présomption, selon ses différentes émanations (1). La présomption de post-majorité (2) pourrait éviter la mobilisation d'autres principes plus subjectifs, comme la vulnérabilité.

1. La présomption légale et la présomption de l'homme au service de la post-majorité

665. Du latin *praesumptio*, le terme de présomption désigne « l'induction par laquelle on remonte d'un fait connu à un fait contesté »¹⁹⁶⁷. La présomption permet en effet de tenir pour vrai, un élément dont la véracité ne peut être concrètement prouvée. Véritable notion polymorphe, la présomption permet un raisonnement détaché de la réalité. La preuve par présomption « se trouve à mi-chemin entre la connaissance – qui relève de l'évidence – et la probabilité – encore caractérisée par le doute »¹⁹⁶⁸. Un fait inconnu est considéré comme vraisemblable et s'impose par le biais d'un fait connu¹⁹⁶⁹. Par le prisme d'une telle notion, le législateur peut ainsi organiser les réactions nécessaires à de nombreuses situations de fait. Le premier alinéa de l'article 1354 du Code civil¹⁹⁷⁰, définit très clairement l'intérêt de ce mécanisme : « La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve »¹⁹⁷¹. Le gain de temps est considérable, puisque la présomption évite la phase probatoire.

666. La lettre de l'article 1382 du Code civil¹⁹⁷² — dans sa rédaction issue de l'ordonnance de 2016 — reconnaît deux formes spécifiques de présomptions. « Les présomptions qui ne sont pas

¹⁹⁶⁶ Ph. SVANDRA, « Le soin est-il soluble dans la bientraitance ? », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2010/2, n° 133, p. 23-31.

¹⁹⁶⁷ Dictionnaire Petit Robert, v. présomption.

¹⁹⁶⁸ F. GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Laboratoire de droit privé & sciences criminelles, t. I, 2013, p. 19.

¹⁹⁶⁹ G. CORNU, *Vocabulaire*, Ed. PUF, 2014. V. à présomption.

¹⁹⁷⁰ Art. 1354 al 1 C. civ., tel que modifié par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 4, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, publiée au JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 26.

¹⁹⁷¹ Art. 1354 al 1 C. civ., préc.

¹⁹⁷² Art. 1382 C. civ., tel que modifié par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 4, préc.

établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen »¹⁹⁷³. Le principe est donc celui de la présomption légale. Il est concurrencé par les présomptions mises à la charge de l'autorité prétorienne. Cette forme spécifique n'est mobilisée qu'avec parcimonie, et doit attester d'une teneur particulière. On parle alors de présomptions humaines¹⁹⁷⁴, qui sont « l'œuvre des magistrats qui, dans règle exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation, déduisent de la réunion d'indices "graves, précis et concordants" la preuve d'un élément de fait inconnu »¹⁹⁷⁵.

667. Les présomptions sont des « mécanismes qui affectent la répartition de la charge de la preuve »¹⁹⁷⁶. Le Code civil contient divers exemples de présomptions légales, parmi lesquelles on trouve la célèbre présomption d'innocence¹⁹⁷⁷, mais également la présomption de responsabilité¹⁹⁷⁸, la présomption de propriété¹⁹⁷⁹, ou encore la présomption d'absence¹⁹⁸⁰. Elles, répondent à un régime spécifique selon qu'elles sont simples, mixtes ou irréfragables. Une présomption légale « est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée

¹⁹⁷³ Art. 1382 C. civ., préc.

¹⁹⁷⁴ S. GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, Dalloz édition, Coll. Connaissance du droit, 2013, p. 72 et s : « La présomption est également une manière pour le juge ou la loi de supposer une information, mais il est le plus souvent possible de renverser une présomption, alors qu'un présupposé n'est jamais niable. Les présomptions sont de divers types, selon qu'elles trouvent leur origine dans la loi ou non. Les premières sont dites présomptions légales et les secondes présomptions humaines. Les présomptions légales sont réfragables lorsque la loi autorise à les renverser. Si la loi interdit de les renverser, les présomptions sont irréfragables ».

¹⁹⁷⁵ A. AYNES, X. VUITTON, *Droit de la preuve, principes et mise en œuvre processuelle*, LexisNexis édition, Coll. Procédures, Droit & professionnels, 2013, p. 46 et s : « Par exemple, de la position et de l'état de véhicules impliqués dans un accident ainsi que des traces laissés sur la chaussée, les juges pourront déduire la preuve de la vitesse excessive de l'un d'eux. Les présomptions du fait de l'homme sont donc des raisonnements proposés aux juges du fond comme mode particulier de preuve d'un élément qui n'est pas positivement établi ».

¹⁹⁷⁶ A. AYNES, X. VUITTON, *Op. cit.*, loc. cit.

¹⁹⁷⁷ Art. 9-1 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2000-516 du 15 juin 2000 – art. 91, *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, publiée au JORF n° 0138 du 16 juin 2000, p. 9038, texte n° 1.

¹⁹⁷⁸ V. 1242 C. civ., tel que modifié par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, préc. V. notamment sur la responsabilité en matière de construction : art. 1792 C. civ., tel que modifié par la L. n° 78-12 du 4 janvier 1978 – art. 1, *relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction*, publiée au JORF du 5 janvier 1978, p. 188 ; Art. 1792-2 tel que modifié par l'ord. n° 2005-658 du 8 juin 2005 – art. 1, *portant modification de diverses dispositions relatives à l'obligation d'assurance dans le domaine de la construction et aux géomètres experts*, publiée au JORF n° 133 du 9 juin 2005, p. 10094, texte n° 36.

¹⁹⁷⁹ Art. 1538 C. civ., tel que créé par la L. n° 65-570 du 13 juillet 1965, *portant réforme des régimes matrimoniaux*, publiée au JORF du 14 juillet 1965, p. 6044.

¹⁹⁸⁰ Art. 112 et suivants du Code civil.

ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut être renversée »¹⁹⁸¹. La présomption irréfragable jouit de la plus grande autorité¹⁹⁸².

668. Certaines présomptions légales visent directement l'individu selon son état. C'est notamment le cas de la présomption de paternité¹⁹⁸³, qui confère l'ensemble de droits et d'obligations liés à un lien de filiation direct. Cette présomption se décline. Elle vise plusieurs situations différentes, à savoir si l'enfant est le fruit d'un mariage — « *l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* »¹⁹⁸⁴ — ou s'il a fait l'objet d'une reconnaissance de paternité dans l'acte de naissance de l'enfant¹⁹⁸⁵. Il s'agit là d'une présomption simple. Elle peut être écartée¹⁹⁸⁶ ou rétablie¹⁹⁸⁷ dans différentes situations. C'est également le cas de la présomption concernant la date de conception d'un enfant : « *La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance* »¹⁹⁸⁸. Ce dernier exemple permet, à travers la lettre de l'article 311 du Code civil, de prendre toute la mesure du mécanisme présomptif. En effet, le second alinéa poursuit en ces termes : « *La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant* »¹⁹⁸⁹. Ce dispositif témoigne ici de la grande souplesse de la présomption. Une fluidité de régime qui se retrouve aussi dans son caractère précaire. L'article 311 *in fine* précise effectivement que la présomption peut succomber à une preuve contraire.

669. Le Code civil n'est pas l'unique source de consécration du mécanisme présomptif. Le Code de la consommation contient également plusieurs présomptions. Elles s'appliquent par exemple, aux contrats conclus entre un professionnel et un consommateur. Ces actes juridiques sont réputés être abusifs dès lors qu'ils contiennent des clauses causant un déséquilibre significatif entre les

¹⁹⁸¹ Extrait de l'art. 1354 al. 2 C. civ., préc.

¹⁹⁸² Elle ne peut pas, par exemple, être contrariée par un contrat sur la preuve. V. art. 1356 C. civ., tel que modifié par l'ord n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 4, préc.

¹⁹⁸³ Art. 312 et suivants du Code civil.

¹⁹⁸⁴ Art. 312 C. civ., tel que modifié par l'ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 – art. 3, 10 et 18, *portant réforme de la filiation*, publiée au JORF n° 156 du 6 juillet 2005, p. 11159, texte n° 19.

¹⁹⁸⁵ Art. 316 C. civ., tel que modifié par l'ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 – art. 3, préc.

¹⁹⁸⁶ Art. 313 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2009-61 du 16 janvier 2009 – art. 1, ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation (1), publiée au JORF n° 0015 du 18 janvier 2009, p. 1062, texte n° 1.

¹⁹⁸⁷ Art. 329 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2011-525 du 17 mai 2011 – art. 195, *de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (I)*, publiée au JORF n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537, texte n° 1.

¹⁹⁸⁸ Art. 311 al 1 C. civ., tel que modifié par l'ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 – art. 3, préc.

¹⁹⁸⁹ Art. 311 al 2 C. civ., tel que modifié par l'ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 – art. 3, préc.

parties¹⁹⁹⁰. De même, la garantie légale de conformité¹⁹⁹¹ permet de présumer l'existence des défauts de conformités au moment de la délivrance de la chose¹⁹⁹². Cette présomption peut être combattue par le vendeur. Le Code de commerce mobilise également la notion de présomption, et considère par exemple, que la qualité de commerçant est présumée par l'immatriculation d'une personne physique au registre du commerce et des sociétés¹⁹⁹³. Cette présomption est expressément régulée¹⁹⁹⁴ et ne vaut pas pour les groupements européens d'intérêt économique¹⁹⁹⁵. Le mécanisme est également mobilisé et articulé avec le principe de précaution en matière de risque sanitaire¹⁹⁹⁶.

2. La proposition d'une présomption de post-majorité

670. La mise en place d'un statut juridique propre à la personne âgée pourrait être l'occasion pour le législateur de se saisir, une nouvelle fois, du mécanisme de présomption. Ce dernier pourrait être mobilisé à deux reprises. Il pourrait tout d'abord servir à la délimitation du statut juridique de la personne âgée (a). Enfin, il pourrait en justifier l'application des règles (b).

a. La présomption au service de la délimitation de la post-majorité

671. Le critère d'âge est d'ores et déjà connu du législateur. Il est mobilisé à différentes reprises. D'une manière générale, l'âge de 65 ans est implicitement reconnu comme seuil plancher de la vieillesse. Eu égard à l'allongement de l'espérance de vie, ainsi qu'à la mutation démographique, le seuil de la post-majorité pourrait être fixé à l'âge de 70 ans. La post-majorité pourrait être attribuée de façon systématique à l'ensemble des personnes âgées de 70 ans révolus. Le principe

¹⁹⁹⁰ Art. L. 121-1 C. consommation, tel que modifié par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, préc ; Art. L. 212-2 C. consommation, tel que modifié par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, préc. ; Art. R. 212-1 C. consommation, tel que créé par le D. n° 2016-884 du 29 juin 2016, *relatif à la partie réglementaire du code de la consommation*, publiée au JORF n° 0151 du 30 juin 2016, texte n° 62 ; Art. R. 212-2 C. consommation, tel que créé par le D. n° 2016-884 du 29 juin 2016, préc.

¹⁹⁹¹ Art. L. 217-4 et suivants du Code de la consommation.

¹⁹⁹² Art. L. 217-7 C. consommation, tel que créé par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016, préc.

¹⁹⁹³ Art. 123-7 C. de commerce, tel que modifié par la L. n° 2003-7 du 3 janvier 2003 – art. 50 I, *modifiant le livre VIII du code de commerce (1)*, publiée au JORF du 4 janvier 2003, p. 256, texte n° 2.

¹⁹⁹⁴ Extrait de l'article L. 123-7 C. commerce, préc : « cette présomption n'est pas opposable aux tiers et administrations qui apportent la preuve contraire. Les tiers et administrations ne sont pas admis à se prévaloir de la présomption s'ils savaient que la personne immatriculée n'était pas commerçante ».

¹⁹⁹⁵ Art. L. 252-2 C. commerce, tel que modifié par la L. n° 2003-7 du 3 janvier 2003 – art. 50 I, préc.

¹⁹⁹⁶ V. notamment à ce propos : Art L. 1413-15 CSP, tel que modifié par l'ord. n° 2016-462 du 14 avril 2016 – art. 1 et 3, *portant création de l'Agence nationale de santé publique*, publiée au JORF n° 0089 du 15 avril 2016, texte n° 40 ; L. 1342-2 CSP, tel que modifié par l'ord. n° 2011-1922 du 22 décembre 2011 – art. 2, *portant adaptation du code du travail, du code de la santé publique et du code de l'environnement au droit de l'Union européenne en ce qui concerne la mise sur le marché des produits chimiques*, publiée au JORF n° 0297 du 23 décembre 2011, p. 21995, texte n° 38.

selon lequel : “La post-majorité est fixée à soixante-dix ans accomplis” pourrait être consacré par le Code civil, selon le modèle de l’article 414¹⁹⁹⁷ fixant l’âge de la majorité. Cet article lui-même pourrait accueillir le seuil d’une post-majorité, sous réserve qu’il s’enrichisse d’un second alinéa. À l’actuelle formulation : « *La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d’exercer les droits dont il a la jouissance* » serait ajoutée une formule visant la post-majorité :

“À soixante-dix ans accomplis, chacun peut se prévaloir du régime de post-majorité”.

Si la présomption n’apparaît pas, à ce stade, être strictement nécessaire, elle pourrait l’être à d’autres égards. Elle pourrait apporter son lot de souplesse à la post-majorité, en permettant un déclenchement anticipé pour les personnes dont l’état le réclame. La fixation d’un seuil d’âge est traditionnellement perçue comme arbitraire. Cette nature pourrait être amoindrie, en assouplissant les règles d’entrée et de sortie de la majorité et de la post-majorité. Dans ce but, la présomption pourrait être mobilisée à l’égard de la phase précédant la post-majorité. L’entrée en post-majorité devrait permettre l’application systématique de l’ensemble des dispositions normatives protectrices qui mentionnent d’ores et déjà l’âge comme critère de mise en œuvre. L’évolution tiendrait à la systématisation du bénéfice de ces règles de droit, et ainsi à la protection accrue — ou du moins bénéficiant d’une efficience contrôlée — des droits de la personne âgée. Enfin, le statut de la personne âgée serait également l’occasion de création de droits nouveaux, ou nouvellement renforcés.

672. Dans le but de combattre le caractère arbitraire, du statut pourrait être accessible dès 65 ans. Cette accession anticipée ne saurait être systématique, sans quoi cela reviendrait à rendre le seuil de 70 ans sans effet. Le seuil de principe resterait celui de 70 ans. Cela n’empêche pas de fixer également un seuil d’entrée anticipée, à partir de 65 ans. Ce second seuil devrait alors faire l’objet d’une sollicitation individuelle. En situation de contentieux, la personne âgée de 65 à 69 ans pourrait alors réclamer le bénéfice de la post-majorité. C’est dans ce cadre que le mécanisme de présomption pourrait trouver à s’appliquer. La post-majorité pourrait faire l’objet d’une présomption simple à partir de 65 ans, et d’une présomption irréfragable à partir de 70 ans. La mobilisation du système de présomption simple lors de la phase anticipée de post-majorité permettrait de renverser la charge de la preuve. La preuve du non affaiblissement lié à l’âge, ou du respect des conditions spécifiques

¹⁹⁹⁷ Art. 414 C. civ, tel que modifié par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 – art. 7, *portant réforme de la protection juridique des majeurs (I)*, publiée au JORF n° 56 du 7 mars 2007, p. 4325, texte n° 12.

à l'expression du consentement d'un post-majeur devront être prouvées par la partie opposée à la personne âgée lors du contentieux.

673. La mise en place d'une présomption d'attribution du statut juridique propre à la personne âgée pour les personnes de 65 à 69 ans permettrait de préserver l'ensemble des dispositions normatives que contient actuellement le Droit positif. La notion d'affaiblissement dû à l'âge, tel que contenue dans certaines normes légales pourrait être mobilisée comme elle l'est actuellement pour l'ensemble des personnes. Enfin, les personnes placées totalement sous le régime juridique des personnes âgées — donc les plus de 70 ans — pourraient bénéficier d'une présomption irréfragable d'affaiblissement dû à l'âge. L'article 223-15-2 du Code pénal¹⁹⁹⁸ peut illustrer ces propos. Cette disposition sanctionne l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse. Selon la nouvelle formulation proposée pour le premier alinéa de cet article :

“Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne âgée, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité due à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables”.

Si le législateur décidait de ne pas modifier la disposition pénale, le nouveau statut juridique de la personne âgée pourrait malgré tout permettre aux juges d'accueillir systématiquement la particulière vulnérabilité due à l'âge lorsqu'ils se retrouvent confrontés à des faits ayant porté atteinte à une personne âgée. Dans le cadre de l'application du mécanisme de présomption, la personne âgée bénéficiant pleinement du statut de post-majorité n'aurait plus à prouver de particulière vulnérabilité due à son âge. La personne âgée de plus de 65 ans et de moins de 70 ans en revanche, devra prouver sa vulnérabilité lors des faits reprochés, dans les mêmes conditions qu'aujourd'hui.

¹⁹⁹⁸ Art. 223-15-2 CP, tel que modifié par la L. n° 2009-526 – art. 133, *de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (1)*, publiée au JORF n° 0110 du 13 mai 2009, p. 7920, texte n° 1.

b. La présomption au service de l'efficiencia des droits de la personne âgée

674. La loi portant réforme de la protection juridique des majeurs¹⁹⁹⁹ a fait disparaître l'affaiblissement lié à l'âge comme cause de mise sous protection. Si l'âge et ses effets ne peuvent plus justifier une protection par voie d'incapacité juridique, ils peuvent néanmoins fonder une protection générale. Il serait possible que l'ensemble des droits reconnus spécifiquement aux post-majeurs, ou commun à tous les majeurs mais applicables spécifiquement aux post-majeurs, soient mobilisables par le biais d'une présomption spécifique. La consécration d'un statut juridique propre à la personne âgée pourrait être fondée sur une présomption d'une géronto-vulnérabilité ou sur une présomption d'affaiblissement lié à l'âge. La mobilisation de ces notions pourrait s'avérer fort utile, mais pourrait également avoir un effet pervers.

La présomption devrait simplement répondre au titre de "présomption de post-majorité", sans qu'il ne soit impératif de faire référence à une quelconque vulnérabilité ou affaiblissement. Concrètement, l'appartenance d'une partie au statut de post-majeur devrait fonder le juge à appliquer les règles de droit relatives à l'affaiblissement lié à l'âge, sans qu'il ne soit nécessaire pour la partie de le prouver. Concernant les seuils déjà évoqué : pour les personnes de 65 à 69 ans, la post-majorité répondrait à une présomption simple d'affaiblissement lié à l'âge. L'effet serait constitué par un renversement de la charge de la preuve, qui pèserait donc sur la personne qui conteste cet affaiblissement. Enfin, pour les personnes de plus de 70 ans, la post-majorité répondrait à la forme d'une présomption irréfutable, et l'affaiblissement lié à l'âge serait établi automatiquement. L'effet serait donc d'une suppression de la charge de la preuve.

675. Les sceptiques pourraient vite y lire l'avalissement des personnes âgées et l'officialisation d'une sous-majorité réduisant l'essence juridique de l'individu au cours de sa vieillesse. Ces perceptions vont à l'encontre du raisonnement fondant la nécessité d'un statut juridique propre à la personne âgée. Apposer des mots sur un phénomène biologique encourageant des conséquences sur la place sociétale de l'individu et sur son rapport aux autres, ne devrait pas dériver vers un asservissement. L'objectif poursuivi est au contraire de trouver les moyens adaptés pour s'assurer du respect et de la sécurité de la population des personnes âgées.

Une solution de compromis devrait nécessairement être trouvée pour éviter ces réactions. Cette solution se trouve au cœur même de l'idée fondant un statut juridique propre à la personne âgée : le

¹⁹⁹⁹ L. n° 2007-308 du 5 mars 2007, préc.

vieillesse est un phénomène naturel qui caractérise toute existence. Dans sa partie extrême, il conduit à une réduction de l'être qui place potentiellement l'individu en situation de faiblesse. Cette situation existe en soi — la personne âgée s'affaiblit physiquement et mentalement —, mais s'exprime également relativement aux autres personnes qui interagissent avec l'individu âgé. Dans ce cas, le vieillissement peut être l'occasion d'abus de la part des autres membres qui composent la société. La fonction régulatrice du Droit, place le législateur dans l'obligation de concourir à la protection de cette partie de la population, pour peu qu'il la conçoive comme utile. La proposition d'un statut juridique propre à la personne âgée pourrait dès lors exister indépendamment d'une quelconque présomption de faiblesse, de vulnérabilité ou de fragilité, mais s'imposer par elle-même, comme la consécration d'une valeur sociale à protéger.

676. Si le mécanisme d'une présomption d'affaiblissement ou de vulnérabilité ne semble pas devoir justifier l'existence d'un statut juridique propre à la personne âgée, il pourrait en revanche être mobilisé à l'occasion de l'étape contentieuse. La mise en place d'un statut juridique propre à la personne âgée devrait être l'occasion d'un renforcement des droits de la personne. Pour ce faire, le législateur doit permettre à l'autorité prétorienne de prendre en compte le critère d'âge pour apprécier toute situation soumise à son appréciation. Il est question ici de permettre la contextualisation du contentieux. Si la vieillesse est réellement perçue en tant que valeur sociale à protéger, elle doit l'être à tous les niveaux. Les juridictions saisies d'un litige dont l'une des parties est une personne âgée pourraient alors utiliser une présomption de situation de faiblesse. On peut imaginer que la situation de vulnérabilité qui accompagne le vieillissement d'un individu, puisse être prise en considération pour la majeure partie des contentieux. Par analogie, la personne âgée pourrait être perçue de façon similaire à la façon dont est traité le consommateur par le législateur. Il s'agirait d'une sorte de sur-consommateur.

C. LE STATUT DE LA PERSONNE ÂGÉE ET LA PROCÉDURE CONTENTIEUSE

677. Le droit positif prévoit l'octroi d'une aide juridique qui favorise la connaissance et l'accès aux droits. La loi relative à l'aide juridique du 10 juillet 1991²⁰⁰⁰, l'aide juridictionnelle et l'accès au Droit répond bénéficie d'une conception étendue. Dans le cadre de la création d'un statut juridique

²⁰⁰⁰ L. n° 91-647 du 10 juillet 1991, *relative à l'aide juridique* - Deuxième partie, publiée au JORF n° 0162 du 13 juillet 1991, p. 9170.

propre à la personne âgée, les différentes expressions de cette aide juridique pourraient être déclinées spécifiquement pour les personnes âgées.

La procédure d'aide juridictionnelle pourrait être soumise à l'usage de seuils d'âge. Cette modification toucherait profondément à la structure de l'aide juridictionnelle, laquelle est fondée sur des critères d'ordre financier²⁰⁰¹. Par-là on peut imaginer une aide juridictionnelle pour les personnes âgées²⁰⁰², qui serait une variante spécialisée de l'aide juridictionnelle classique. L'assise de ce soutien dérogatoire, fonctionnerait alors soit exclusivement sur des seuils d'âge, soit par le biais du concours conjoint de l'âge et de conditions de revenus. L'insertion de conditions de ressources devront dans ce cas être différentes de celles prévues par le droit commun de l'aide juridictionnelle²⁰⁰³, à défaut de quoi l'aide juridictionnelle pour personne âgée serait inopérante. Cependant, ce même droit commun n'est déjà pas totalement hermétique à la cause des personnes âgées. En effet, l'article 4 de la loi relative à l'aide juridique²⁰⁰⁴ prévoit une exemption de charge probatoire au profit des bénéficiaires de l'Allocation de solidarité aux personnes âgées. « *Le demandeur bénéficiaire de l'allocation de solidarité aux personnes âgées ou du revenu de solidarité active est dispensé de justifier de l'insuffisance de ses ressources* »²⁰⁰⁵. Cet avantage procédural est également consacré par le décret du 19 décembre 1991 : « *Si le demandeur bénéficie de l'allocation de solidarité aux personnes âgées ou du revenu de solidarité active, il n'est tenu de produire qu'un document attestant de la perception de l'une de ces prestations* »²⁰⁰⁶. La portée de cette exemption est cependant relative. Il ne s'agit là que d'une règle de simplification de la procédure. L'aide n'est pas substantielle pour les bénéficiaires visés. L'attribution de l'allocation de solidarité aux personnes âgées témoigne de l'insuffisance des ressources du bénéficiaire.

²⁰⁰¹ Art. 2 de la L. n° 91-647 du 10 juillet 1991, préc., tel que modifié par la L. n° 2007-210 du 19 février 2007 – art. 5, Portant réforme de l'assurance de protection juridique (1), publiée au JORF n° 44 du 21 février 2007, p. 3051, texte n° 2 ; *V. également à ce propos* : les articles 3 et 3-1 de la L. n° 91-647 – préc.

²⁰⁰² Aide Juridictionnelle pour Personnes Âgées ou AJPA.

²⁰⁰³ Extrait de l'art. 4 de la L. n° 91-647 du 10 juillet 1991, préc., tel que modifié par la L. n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 – art. 42 (V), *De finances pour 2016 (1)*, publiée au JORF n° 0302 du 30 décembre 2015, p. 24614, texte n° 1 : « *Le demandeur à l'aide juridictionnelle doit justifier, pour l'année 2016, que ses ressources mensuelles sont inférieures à 1 000 € pour l'aide juridictionnelle totale et à 1 500 € pour l'aide juridictionnelle partielle. Ces plafonds sont affectés de correctifs pour charges de famille...* ».

²⁰⁰⁴ Dans sa rédaction originelle, cet article faisait bénéficier l'exemption de charge probatoire aux bénéficiaires de l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité ou du revenu minimum d'insertion.

²⁰⁰⁵ Art. 4 al 4 – préc., de la L. n° 91-647 – préc.

²⁰⁰⁶ Art. 34 9° al 2 du D. n° 91-1266 du 19 décembre 1991, *Portant application de la L. n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique*, publiée au JORF n° 0296 du 20 décembre 1991, p. 16609, tel que modifié par le D. n° 2017-892 du 6 mai 2017 – art. 53, *Portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile*, publiée au JORF n° 0109 du 10 mai 2017, texte n° 114

678. Une autre solution pourrait consister en la suppression pure et simple des conditions de ressources pour les post-majeurs. Par exemple, l'article 2 de la loi de 1991 consacre le principe de l'aide juridictionnelle accordée aux personnes physiques dont les ressources sont insuffisantes pour faire valoir leurs droits en justice²⁰⁰⁷. Il est possible d'envisager que la post-majorité ouvre le droit à l'aide juridique à l'ensemble des post-majeurs. Ainsi au premier alinéa de l'article — « *Les personnes physiques dont les ressources sont insuffisantes pour faire valoir leurs droits en justice peuvent bénéficier d'une aide juridictionnelle. Cette aide est totale ou partielle* »²⁰⁰⁸ — pourrait être ajouté un nouvel alinéa ainsi rédigé :

“ Sans préjudice des conditions de ressources, la personne âgée de soixante-dix ans révolus peut réclamer le bénéfice de l'aide juridictionnelle ” ou bien “ la condition de ressource n'est pas exigée des personnes âgées de soixante-dix ans révolus ”²⁰⁰⁹.

Par conséquent, les plafonds de ressources fixés à l'article 4 suivant de la loi ne seraient plus applicables aux post-majeurs. L'article prévoit d'ores et déjà en son troisième alinéa que : « *Le demandeur bénéficiaire de l'allocation de solidarité aux personnes âgées ou du revenu de solidarité active est dispensé de justifier de l'insuffisance de ses ressources* »²⁰¹⁰. Cet alinéa pourrait être modifié pour répondre à une forme plus générale, ouvrant cette faculté à l'ensemble des post-majeurs :

“ Le demandeur âgé de 70 ans révolus, ou étant bénéficiaire de l'allocation de solidarité aux personnes âgées ou du revenu de solidarité active est dispensé de justifier de l'insuffisance de ses ressources ”.

Le domaine de l'accès aux droits pourrait également évoluer en faveur des personnes âgées. En vertu de l'article 53 de cette même loi, quatre volets d'aide à l'accès au Droit sont déclinés. Le premier vise « *l'information générale des personnes sur leurs droits et obligations ainsi que leur*

²⁰⁰⁷ Art. 2 de la L. n° 91-647 du 10 juillet 1991, préc., tel que modifié par la L. n° 2007-210 du 19 février 2007 – art. 5, *portant réforme de l'assurance de protection juridique (I)*, publiée au JORF n° 44 du 21 février 2007, p. 3051, texte n° 2.

²⁰⁰⁸ Extrait de l'art. 2 préc.

²⁰⁰⁹ Selon le modèle de rédaction de l'article 9-2 de la même loi.

²⁰¹⁰ Art. 4 al 3 de la L. n° 91-647 du 10 juillet 1991, préc., tel que modifié par la L. n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 – art. 42 (V), *de finances pour 2016 (I)*, publiée au JORF n° 0302 du 30 décembre 2015, p. 24614, texte n° 1.

*orientation vers les organismes chargés de la mise en œuvre de ces droits »*²⁰¹¹ ; le second consacre « *l'aide dans l'accomplissement de toute démarche en vue de l'exercice d'un droit ou de l'exécution d'une obligation de nature juridique et l'assistance au cours des procédures non juridictionnelles »*²⁰¹² ; le troisième concerne la possibilité de consultation juridique, tandis que le quatrième permet une assistance pour la rédaction ainsi que la conclusion des actes juridique²⁰¹³. Un soin particulier pourrait être accordé à sa mise en œuvre au profit d'une personne âgée.

II. IMPACT DE LA POST-MAJORITÉ SUR LA PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS

679. L'idée d'un statut juridique propre à la personne âgée se dessine progressivement. Toutefois, la philosophie d'une post-majorité n'irait certainement pas sans soulever certaines réticences, ou du moins sans fonder de nombreux questionnements. Est-il question d'instaurer un terme à la capacité ? La protection juridique va-t-elle être étendue à toute la population à partir d'un seuil d'âge ? Le droit va-t-il participer à une réification générale de la personne âgée ? Eu égard au nombre de règles²⁰¹⁴ concernant d'ores et déjà cette population et dont l'apport est uniquement économique pour l'État, ces interrogations paraissent légitimes. Cependant, la post-majorité telle que conçue ici est étrangère à cela et embrasse une dynamique résolument différente.

L'insertion d'un droit propre à la personne âgée aurait nécessairement des effets sur la protection juridique des majeurs (A). En outre, l'objectif de protection pourrait stimuler les mécanismes préexistants permettant d'organiser une future protection de la personne (B).

A. LA POST-MAJORITÉ ET LA PROTECTION JURIDIQUE CLASSIQUE DES MAJEURS

680. L'insertion d'une post-majorité emporterait des conséquences à la fois théoriques (1) et pratiques (2) sur la protection juridique des majeurs.

²⁰¹¹ Art. 53 al 1. 1° de la L n° 91-647 du 10 juillet 1991, préc., tel que modifié par la L. n° 98-1163 du 18 décembre 1998 – art. 9, *relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits (1)*, publiée au JORF n° 296 du 22 décembre 1998, p. 19343.

²⁰¹² Art. 53 al 1 2° préc.

²⁰¹³ Art. 53 al 1 3° préc.

²⁰¹⁴ Ou de l'absence de règles.

1. La post-majorité : conséquences théoriques sur la protection juridique des majeurs

681. La création d'un *corpus* de droits spécifiques nécessite un positionnement défini au sein de l'ordre juridique existant. La post-majorité est pensée comme un troisième temps général d'existence juridique — ou d'un second temps du second temps qu'est déjà la majorité aujourd'hui. Ce dernier aurait vocation à parfaire le parcours de vie, en y insérant une troisième étape générale — minorité, majorité, post-majorité. Par conséquent la difficulté tient davantage à l'interaction entre la post-majorité et les notions d'utilité juridique qu'à sa place dans la structure juridique. En l'espèce, le contenu questionne plus que le contenant. Plus précisément, les concepts navigants entre les différentes catégories juridiques sous-jacentes pourraient être à l'origine de certaines interférences du fait de l'insertion d'un nouvel état général.

682. Jusqu'à présent, les éventuelles faiblesses ou fragilités de la personne âgée sont traitées alternativement par le droit de la vulnérabilité ou le droit de l'incapacité. Ces deux solutions présentent une similarité vis-à-vis du public concerné — l'âge n'est pas ou peu pris en compte. La différence fondamentale entre l'une ou l'autre de ces voies protectionnistes se trouve dans la substance de la faiblesse à protéger. En matière de vulnérabilité, la fragilité est généralement temporaire, ou insuffisante pour justifier l'usage du droit de l'incapacité. En matière de protection juridique des majeurs, la fragilité doit être médicalement constatée. Elle doit présenter une certaine gravité, puisqu'elle doit être de nature à empêcher l'expression d'une volonté. Le mécanisme est rodé et le déclenchement de l'un peut intervenir en complément ou à défaut de l'autre. Dès lors, quelle est la place de la post-majorité vis-à-vis de ce filet juridique voué à la protection des majeurs ?

En vertu de l'adage *specialia generalibus derogant, non generalia specialibus*, si la post-majorité est conçue comme un véritable temps général de vie juridique elle n'est par conséquent pas placée sur la même ligne de raisonnement que la vulnérabilité ou l'incapacité. L'intégration d'un post-majorité telle que conçue ici, relèverait d'un état de droit général, applicable à l'ensembles post-majeurs. Néanmoins, cette position invite ces notions protectrices à évoluer tel qu'elles le font déjà durant la majorité, au sein de la post-majorité. Étant donné que la post-majorité répond au même régime de capacité que ne le fait déjà la majorité, alors il est nécessaire de permettre l'accès aux différents régimes de protection des majeurs. L'état de post-majeur ne devrait entraver en aucune façon l'accès aux mesures de protection.

683. Plusieurs éléments découlent de la construction de la post-majorité comme un temps général de vie. Ce positionnement *in fine* et cette nature générale, c'est-à-dire non dérogoire, induisent alors une application indifférente des règles de droit. En effet, les règles s'appliquant

indépendamment de l'âge ont vocation à évoluer durant toute la période majorité devraient également circuler librement au sein de la post-majorité. Cependant si la post-majorité bouleverse si peu l'application des règles, la question qui se pose devient alors celle de son utilité. En effet pourquoi bouleverser l'ordre juridique établi si cela conduit à une application identique des règles existantes ? Si l'effet devait rester minime où résiderait l'intérêt ? La raison d'être d'un statut propre à la personne âgée se justifie à plusieurs égards. Dans un premier temps, la création d'un statut juridique à la personne âgée se trouve motivée du point de vue éthique. Elle est également appelée à exister du fait du tournant démographique. Par ailleurs, la concrétisation d'une post-majorité se trouve d'ores et déjà justifiée de par la reconnaissance progressive mais réelle d'un droit spécialisé.

Certains membres de la doctrine lisent à travers de multiples facteurs, la reconnaissance tacite d'un droit propre aux personnes âgées, ou droit gérontologique²⁰¹⁵. Madame Sylvie FERRÉ-ANDRÉ explique à ce sujet que ce droit est « *fondé sur la mise en œuvre de la volonté de la personne qui anticipe sa dépendance juridique ou économique* »²⁰¹⁶. L'existence de ce droit gérontologique transparaîtrait d'évolutions normatives portant notamment sur l'anticipation de la dépendance juridique ou économique. La création du mandat de protection future témoigne de la métamorphose juridique vers un état adapté à la transition démographique. Plus récemment, l'ordonnance du 10 février 2016²⁰¹⁷ modifiant la loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement du 28 décembre 2015²⁰¹⁸ constitue une (sinon la) marque d'émergence de ce droit²⁰¹⁹. Malgré cela la substance d'un droit gérontologique peine encore à émerger. « *Si l'expression de "droit gérontologique", utilisée dans d'autres pays, apparaît progressivement en France, c'est dans le domaine de l'aide et de l'action sociales qu'il apparaît dans le droit des établissements spécialisés (EHPAD) et de dispositifs tels que l'allocation personnalisée d'autonomie (APA)* »²⁰²⁰. L'envergure reste limitée à ce jour. Le frein à cette transformation est similaire à celui empêchant que ne soit reconnue une vulnérabilité générale liée à l'âge. Il s'agit de la défiance traditionnelle exprimée à

²⁰¹⁵ S. FERRÉ-ANDRÉ, « Introduction au "droit gérontologique" », Defrénois, Lextenso édition, 2009, n° 2, p. 121 ; V. également : S. FERRÉ-ANDRÉ, *L'émergence d'un droit gérontologique*, in A. VITTU et al., *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles BOUBEAUX*, Co-édition L.G.D.J., Lextenso, Dalloz, 2009. L'expression fut plus récemment reprise. V. à ce propos : P.-A. GIRARD « Les interdits fondés sur une présomption de captation », Defrénois, Lextenso édition, 2017, n° 15-16, p. 887.

²⁰¹⁶ S. FERRÉ-ANDRÉ, *Op. cit.*, loc. cit.

²⁰¹⁷ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 5, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, publiée au JORF n° 0035, du 11 février 2016, texte n° 26.

²⁰¹⁸ L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015, *Relative à l'adaptation de la société au vieillissement*, publiée au JORF n° 0301 du 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1.

²⁰¹⁹ A.-L. CHABAS-SERLOOTEN, « Vieillesse de la population : le point sur la réforme », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2016, p. 90.

²⁰²⁰ Y. FAVIER, *Op. cit.*, p. 64.

l'encontre de toute modification de la structure juridique établie²⁰²¹. Cela étant la dénomination est établie et l'idée est désormais bien ancrée. La théorisation d'une post-majorité s'inscrit dans cette même veine de consécration. Si l'objet est identique, les moyens théoriques diffèrent en cela que l'identification de mesures géranto-juridiques reste limitée et soumises aux aléas législatifs. L'objectif d'une post-majorité est celui d'un droit gérontologique accompli et constitue donc l'étape ultérieure.

684. Le positionnement technique du raisonnement se situe en miroir de l'existence d'un droit des mineurs. De même qu'il existe un droit de la minorité et donc du début de vie, il pourrait exister un droit gérontologique et spécialisé dans les questions liées au grand âge, à la fin de vie²⁰²², à l'efficiencia des droits des personnes âgées, à la dépendance, au logement etc... Alors que la reconnaissance d'un droit de pré-majorité est sur le point de poindre²⁰²³, celle d'une post-majorité ne saurait être ignorée plus longtemps. Si la proposition d'une post-majorité n'a pas encore été théorisée, du moins l'existence d'un droit gérontologique commence à être reconnue. Les dénominations et la structure de ces deux entités diffèrent. Elles partagent néanmoins une dynamique similaire.

2. La post-majorité : conséquences pratiques de sur la protection juridique des majeurs

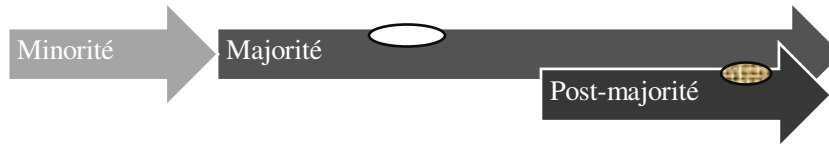
685. La création d'une post-majorité se justifie dans un second temps à l'égard du fond des règles de droit applicables. La théorisation d'un nouveau temps de vie juridique implique nécessairement une application particulière des règles du construit. En cela la conception d'une post-majorité peut rester relativement étrangère à certaines notions telles que la vulnérabilité ou l'incapacité. Il n'en demeure pas moins qu'une post-majorité pourrait permettre une conception dérogeant du droit commun. L'insertion d'une post-majorité ou d'un statut juridique propre à la personne âgée emporterait des conséquences substantielles sur de nombreux volets de la vie juridique. L'équilibre

²⁰²¹ C. LACOUR, *Op. cit.*, p. 189 : « Cette méfiance à l'encontre de la protection de la faiblesse s'explique par la peur de voir bouleverser la sécurité juridique, mais également par le risque de rupture de l'égalité civile entre les citoyens ».

²⁰²² La post-majorité s'entend non pas comme un après rigide de la majorité, mais comme une vision nouvelle du droit ayant vocation à s'adapter aux besoins propres aux personnes âgées. Il ne s'agit pas d'un droit propre à la fin de vie – qui pourrait emporter des confusions importantes – mais d'un véritable *usque ad senectam*, un droit de la vieillesse. En effet, les différentes problématiques révélées tendent toutes vers la consécration d'un droit, ou d'une vision du droit, propre à la vieillesse. Cela dépasse ainsi les seules questions portant sur la fin de vie.

²⁰²³ J. ROQUE, « La pré-majorité », *Droit de la famille*, LexisNexis SA édition, 2009, n° 4, étude 20.

entre la capacité et la protection serait partiellement remis en cause tandis que certains mécanismes particulièrement utiles revêteraient une nouvelle envergure.



Parcours de vie
Variation des mesures de protection juridique des majeur

686. Si la possibilité d'un dédoublement des mesures de protection juridique — de type tutelle pour majeur / tutelle pour post-majeur — est envisageable, ce n'est que dans une certaine mesure. La post-majorité ne saurait prendre volontairement part à la complexité de l'ordre juridique contemporain. En outre, le dédoublement formel de la protection juridique des majeurs constituerait un trop grand risque d'assimilation entre l'un et l'autre mécanisme. D'ailleurs, eu égard au positionnement résolument étranger de la protection juridique des majeurs au critère de l'âge, les interférences entre les deux logiques juridiques sont à redouter. Il ne s'agirait donc pas de procéder à un véritable dédoublement mais plutôt d'assurer une ubiquité de la protection juridique des majeurs. En effet la consécration d'une prise en compte du critère de l'âge en matière de protection juridique des majeurs s'oppose largement à la logique actuellement établie. Cependant une adaptation de la procédure de placement sous protection n'est pas contreproductive. L'écueil possible serait de laisser la porte ouverte à des cas de protection abusivement fondés sur l'âge de la personne. Si ce risque n'est pas négligeable, il n'en demeure pas moins que le système actuel n'offre pas les outils nécessaires pour prévenir ces excès. Pourtant, l'orientation particulière de la protection juridique pourrait constituer une évolution conséquente pour la population des personnes âgées. Une adaptation d'ordre procédural semble être à propos en la matière.

687. La mise en place d'une procédure spécifique de la protection juridique des majeurs appliquée aux post-majeurs est envisagée. Cela pourrait passer par la mention d'éléments clefs par le médecin habilité sollicité pour le diagnostic préalable à une procédure de placement d'un post-majeur. Ainsi certains placements pourraient être évités grâce à l'encadrement de l'*instrumentum* du certificat circonstancié. Une telle rigidité procédurale permettrait sans doute de réinsérer une plus grande dimension juridique à la mise sous placement.

B. LA POST-MAJORITÉ ET LA PROTECTION PROGRAMMÉE DE LA PERSONNE

688. La construction théorique de la post-majorité s'axe volontairement autour des objectifs de préservation de la volonté et de l'autodétermination de la personne durant la période de vieillesse. Certains mécanismes d'ores et déjà connus du droit positif pourraient connaître quelques évolutions dans le sens de l'impulsion de post-majorité. Le mandat de protection future (1) et la désignation de la personne de confiance pour toutes les questions liées à la santé (2) sont de ceux-là.

1. *La post-majorité et le mandat de protection future*

689. Le mandat de protection future pourrait faire l'objet d'une généralisation stimulée au sein de la post-majorité. L'objectif de démocratisation du recours au mandat de protection future peut être poursuivi par le biais d'un effort de vulgarisation. L'incitation pourrait prendre le biais d'une campagne publique régulière. La voie d'action la moins invasive, consisterait en la proposition systématique de conclusion d'un mandat de protection future aux post-majeurs — à partir par exemple, du seuil d'entrée en post-majorité qui aura été fixé par exemple. L'objectif assumé serait alors de populariser le recours à cet instrument juridique. En dépit de la gravité de l'objet du mandat de protection future, cet acte peut d'ores et déjà prendre la forme d'acte sous seing privé.

Le législateur a choisi de laisser expressément le majeur libre de la méthode de conclusion. « *Le mandat est conclu par un acte notarié ou par un acte sous seing privé* »²⁰²⁴. Cette nature alternative — sous seing privé ou authentique — induit qu'il est impossible en l'état d'imposer la conclusion d'un mandat de protection future en enrichissant par exemple l'article 477 du Code civil d'une disposition prévue à cet effet. Le contrôle de cette conclusion serait très difficile à mettre en œuvre. En outre, l'obligation ne pourrait s'étendre à la substance du mandat de protection future. Dans tous les cas de figure, la liberté de choix de la personne du mandataire devrait être respectée. La pratique d'une obligation légale de conclusion de mandat de protection future à l'occasion de l'entrée en post-majorité impliquerait donc la création de mandats de non protection future, lorsqu'un post-majorité ne souhaite désigner personne.

²⁰²⁴ Extrait de l'art. 477 al. 4 Civ, tel que modifié par l'Ord. n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 – art. 3 *portant simplification et modernisation du droit de la famille*, publiée au JORF n° 0047 du 25 février 2016, texte n° 26.

2. La post-majorité en matière de santé : le rôle de la personne de confiance

690. La désignation de la personne de confiance telle que désignée par l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique²⁰²⁵ pourrait être recommandée de façon automatisée dès l'entrée en post-majorité, c'est-à-dire lors de l'atteinte de l'âge plancher établi ou après mise en concurrence de critères dérogatoires et non uniquement en situation d'hospitalisation. « *Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au patient de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues au présent article. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le patient n'en dispose autrement* »²⁰²⁶. Ainsi, le troisième alinéa de l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique pourrait être enrichi d'une précision concernant les post-majeurs : « *Le médecin traitant propose au patient ayant atteint la post-majorité de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues au présent article. Cette désignation reste valable à moins que le patient n'en dispose autrement* »²⁰²⁷. En revanche d'autres dispositions faisant référence à cet article n'auraient pas à être modifiées en substance — l'article L. 311-5-1 du Code de l'action sociale et des familles²⁰²⁸ *par exemple*²⁰²⁹. La désignation de la personne de confiance pourrait également être précisée lors de la conclusion d'un mandat de protection future par le post-majeur. L'assimilation entre la protection des intérêts serait alors réalisée.

²⁰²⁵ Art. L. 1111-6 CSP, tel que modifié par la L. n° 2016-87 du 2 février 2016 – art. 9, *créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie (I)*, publiée au JORF n° 0028 du 3 février 2016, texte n° 1.

²⁰²⁶ Extrait de l'art. L. 1111-6 CSP – préc.

²⁰²⁷ Proposition de supplément au quatrième alinéa de l'art. L. 1111-6 CSP – préc.

²⁰²⁸ Art. L. 311-5-1 CASF tel que créé par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 27 : « *Lors de toute prise en charge dans un établissement ou un service social ou médico-social, il est proposé à la personne majeure accueillie de désigner, si elle ne l'a pas déjà fait, une personne de confiance dans les conditions définies au premier alinéa de l'article L. 1111-6 du code de la santé publique. Cette désignation est valable sans limitation de durée, à moins que la personne n'en dispose autrement. Lors de cette désignation, la personne accueillie peut indiquer expressément, dans le respect des conditions prévues au même article L. 1111-6, que cette personne de confiance exerce également les missions de la personne de confiance mentionnée audit article L. 1111-6, selon les modalités précisées par le même code.*

La personne de confiance est consultée au cas où la personne intéressée rencontre des difficultés dans la connaissance et la compréhension de ses droits.

Si la personne le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions.

Lorsqu'une mesure de protection judiciaire est ordonnée et que le juge ou le conseil de famille, s'il a été constitué, autorise la personne chargée de la protection à représenter ou à assister le majeur pour les actes relatifs à sa personne en application du deuxième alinéa de l'article 459 du code civil, la désignation de la personne de confiance est soumise à l'autorisation du conseil de famille, s'il est constitué, ou à défaut du juge des tutelles. Lorsque la personne de confiance est désignée antérieurement au prononcé d'une telle mesure de protection judiciaire, le conseil de famille, le cas échéant, ou le juge peut soit confirmer sa mission, soit la révoquer ».

²⁰²⁹ Nul besoin de modifier les articles se référant à l'article L. 1111-6 CSP – préc., comme l'art. L. 113-3 CASF tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 77 ; l'art. L. 311-3 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 27 ; l'art. L. 476-6 CASF tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 32 par exemple.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

691. Le droit positif porte déjà en son sein les éléments nécessaires à la protection spécifique de la vieillesse. L'existence embryonnaire d'un tel statut, pâtit encore d'un défaut de protection. Certaines solutions qui s'offrent au législateur pour adapter le *corpus* normatif à la transition démographique, sont insatisfaisantes. L'adaptation du Droit au vieillissement ne peut avoir pour effet de placer toutes les personnes âgées dans un régime d'incapacité. Toutefois, on ne peut non plus se contenter de confier au juge l'entière charge de la protection de la vieillesse. La proposition réalisée consiste en une modification de la découpe du temps de vie juridique. De façon traditionnelle, l'existence se déroule en deux temps : La minorité et la majorité. L'évolution de la découpe du temps de vie prendrait corps à travers la reconnaissance d'un troisième temps : La post-majorité. Toute personne, serait donc naturellement amenée à traverser les trois périodes de l'existence : La minorité, la majorité et la post-majorité. Du point de vue théorique, la conception juridique serait ainsi calquée sur la conception philosophique, qui s'accorde à reconnaître la jeunesse, l'âge adulte et la vieillesse. À l'instar des deux temps classiques, la post-majorité répondra à un régime juridique propre. Le binôme minorité et incapacité, précéderait celui de la majorité et de la capacité, qui lui-même céderait la place en temps voulu à la post-majorité et à une capacité renforcée. Car, l'objectif poursuivi ici concernant l'évolution du droit de la personne âgée, ne tend pas à réduire la capacité des personnes âgées. Au contraire, l'intérêt est de permettre un maintien de l'efficacité des droits tout au long de la vie d'adulte, et en dépit de l'affaiblissement causé par le vieillissement.

692. La post-majorité se conçoit comme l'hybridation des différentes formes de protection déjà connues par le droit positif. Il ne s'agit pas d'un simple renforcement de la protection commune ; il ne s'agit pas non plus d'une nouvelle strate de protection juridique des majeurs. La proposition d'un statut propre à la personne âgée à la française se dessine. Chaque limite définie du droit positif semble tendre à sa concrétisation. Le positionnement de ce concept *sui generis* au sein de l'ordre juridique présente une originalité. Il ne s'agit ni d'apposer un terme à la majorité, ni à la capacité. Il s'agit encore moins de consacrer une temporalité des droits reconnus à la personne, mais au contraire d'assurer une effectivité égale de ces droits tout au long du parcours de vie. Pour ce faire, la post-majorité prend la forme d'une membrane juridique, une pellicule de droits venant s'ajouter à la partie ultime de la majorité. Construite comme un troisième temps de la vie juridique, la post-majorité constituerait un nouvel état général, au sein duquel évoluent les droits spéciaux — la protection juridique des majeurs par exemple. La stratégie de protection de la post-majorité pourrait alors être fondée sur des notions souples, telles que la vulnérabilité ou la fragilité liées à l'âge. In

abstracto, ces dernières ne semblent pas étrangères à la post-majorité. Leur proximité est notable. Cependant il n'est pas impératif de les ériger au rang de fondement de la post-majorité. Celle-ci se justifie par elle-même par la simple consécration de la vieillesse comme valeur sociale à protéger. En outre, puisqu'elle se veut égale à la majorité, la post-majorité a vocation à embrasser une grande quantité de droits et de devoirs d'ores et déjà reconnus à la personne humaine ou spécifiquement aux majeurs. Sa spécificité d'objet ne pourra s'épanouir que dans une relative concordance avec l'état du droit positif. Les divergences ne pourront être absolues. Il s'agit d'un état général mais la circulation des droits doit rester sans entraves majeures. La frontière formelle entre la majorité et la post-majorité doit rester poreuse. Le corpus de droits reconnus spécifiquement aux post-majeurs n'excluent pas l'application des règles communément appliquées à l'ensemble des majeurs.

CHAPITRE II

LA POST-MAJORITÉ : CONFLUENCE DES INTERDÉPENDANCES INTERGÉNÉRATIONNELLES

« Nous n’existons jamais au singulier »

LEVINAS²⁰³⁰.

693. Le vieillissement est source de besoins spécifiques, auxquels de simples ajustements ne sauraient répondre. De ce fait les approches économiques, sociologiques ou individuelles pourraient rapidement être dépassées à défaut d’une approche globale. Pour que le système juridique s’adapte réellement à cette évolution, il doit en prendre la juste mesure — et non uniquement consentir des adaptations minimales. Ce défi ne peut être relevé que par le biais de la sollicitation des interdépendances individuelles, économiques, sociales, et intergénérationnelles. Dans le but d’obtenir une interdépendance entre les générations, il est primordial qu’un certain équilibre soit à la fois trouvé et respecté. Celui-ci devra prendre en compte les besoins, les aspirations et les droits des uns et des autres. Pour autant, l’ensemble des pièces de ce puzzle n’est pas homogène. La population des personnes âgées est objectivement présente. Néanmoins, la partie active du soutien ne l’est pas de façon systématique. Le soutien privé pâtit de sa principale caractéristique : Il est d’initiative libre. Or, l’ajustement de la structure juridique au vieillissement démographique ne peut rester uniquement basée sur une logique de récompense pour une démarche altruiste et fondée sur le volontariat. Ce serait faire reposer l’adaptation de la société au vieillissement sur les seules démarches individuelles, et par conséquent construire une évolution sur des fondations irrégulières et aléatoires. L’insertion d’une post-majorité par le biais de la théorisation d’un statut juridique propre à la personne âgée devra offrir les moyens nécessaires à une interdépendance intergénérationnelle concrète.

694. Le principe républicain de fraternité permet une assise substantielle à l’élan créatif d’un statut juridique propre à la personne âgée. Il se place au service des principes d’égalité entre les individus et de leur liberté. En cela, la fraternité revêt une dimension davantage pratique. Fonder la création d’un statut juridique de la personne âgée sur le principe de fraternité permet d’embrasser

²⁰³⁰ E. LEVINAS, *Le temps et l’autre*, Ed. Fata Morgana, 1979, p. 34.

une approche touchant à la fois à l'ensemble des rapports humains au profit d'une ou plusieurs générations, mais également de réguler les interactions au sein même de la famille. Une approche tant verticale qu'horizontale, puisqu'elle aspire à gouverner l'action publique ainsi que les rapports privés. Cette dualité d'actions est permise par le sens même du vocable de fraternité, qui « *désigne le lien de parenté entre frères et sœurs d'une même famille, et par extension un sentiment de proximité unissant les membres d'une communauté quand ils partagent les mêmes convictions, les mêmes luttes* »²⁰³¹.

L'origine première de la fraternité est en effet limitée au lien unissant une même fratrie. La consécration de cette conception a des origines bibliques et s'exprime à travers les questions que Dieu posa à Caïn « *où est ton frère Abel ?* » « *Qu'as-tu fait ? La voix du sang de ton frère crie de la terre jusqu'à moi* »²⁰³². Le lien de fraternité revêt une dimension qui dépasse largement cette dimension. Il s'élargit jusqu'à s'imposer à l'ensemble des membres de la société — notamment à travers la devise républicaine. La post-majorité propose une vision renouvelée²⁰³³ de ce concept, et s'intéresse précisément à sa dimension intergénérationnelle. Cette forme de fraternité se trouve être justifiée par une lutte communément partagée par l'ensemble de la nature humaine : celle du vieillissement. Ici la question posée ne serait pas uniquement celle du frère, mais bien celle du parent ou du grand-parent : Que fait-on de nos pères ? Que fait-on de nos grands-pères ?

695. Dans le but d'obtenir une interdépendance entre les générations, il est primordial qu'un certain équilibre soit à la fois trouvé et respecté. Celui-ci devra prendre en compte les besoins, les aspirations et les droits des uns et des autres. Pour autant, l'ensemble des pièces de ce puzzle n'est pas homogène. La population des personnes âgées est objectivement présente. Néanmoins, la partie active du soutien ne l'est pas de façon systématique. Le soutien privé pâtit de sa principale caractéristique : il est d'initiative libre. Or, l'ajustement de la structure juridique au vieillissement démographique ne peut rester uniquement basée sur une logique de récompense pour une démarche altruiste et fondée sur le volontariat. Ce serait faire reposer l'adaptation de la société au vieillissement sur les seules démarches individuelles, et par conséquent construire une évolution

²⁰³¹ N. S.-L « La fraternité », in « La fraternité », études, S.E.R éditions, 2010/4, t. 412, p. 519.

²⁰³² Extraits de l'Ancien Testament, Genèse, Chapitre IV, V. 9-10.

²⁰³³ P. DE CHARENTENAY, « La pâle fraternité politique », in « La fraternité », études, S.E.R éditions, 2010/4, t. 412, p. 520 : « *Mais dans cette devise [« liberté, égalité et fraternité »], la fraternité reste la valeur la plus éloignée et la moins réclamée. On exige la liberté, certainement et partout. Elle est chérie comme le bien le plus précieux avant même le pain et les jeux. Les médias nous le répètent sur tous les tons en laissant parler tous ceux qui s'y réfèrent. On regarde de plus loin l'égalité qui reste un beau principe, mais difficile à appliquer car on la craint comme on craint le Goulag et les rouleaux compresseurs des États. Si elle a produit son lot de violences, d'oppression et d'hypocrisie, elle a su aussi inspirer un vaste mouvement de refus des discriminations. Mais on oublie tout simplement la fraternité* ».

sur des fondations irrégulières et aléatoires. L'insertion d'une post-majorité par le biais de la théorisation d'un statut juridique propre à la personne âgée devra offrir les moyens nécessaires à une interdépendance intergénérationnelle concrète.

Si l'existence d'un statut juridique de la personne âgée n'est pas encore effective en France, du moins existe-t-il déjà certaines fondations d'une solidarité intergénérationnelle qui ne demandent qu'à être développées au profit des plus âgés (SECTION II) comme des moins âgés (SECTION I).

SECTION I LA SOLIDARITÉ INTERGÉNÉRATIONNELLE, DES PLUS
ÂGÉS AUX MOINS ÂGÉS

SECTION II LA SOLIDARITÉ INTERGÉNÉRATIONNELLES, DES MOINS
ÂGÉS AUX PLUS ÂGÉS

SECTION I

LA SOLIDARITÉ DES PLUS ÂGÉS AUX MOINS ÂGÉS

« L'adorable hasard d'être aïeul est tombé
Sur ma tête, et m'a fait une douce fêlure.
Je sens en vous voyant que le sort put m'exclure
Du bonheur, sans m'avoir tout à fait abattu ».

V. HUGO²⁰³⁴

696. La grand-parentalité constitue un lien de filiation par ricochet²⁰³⁵. Cette nature biologique²⁰³⁶ permet au droit de se saisir de la grand-parentalité mais la nature indirecte de la filiation relègue la grand-parentalité au second plan. Le rôle des grands-parents, ces « *complices bienveillants et indulgents de leurs petits-enfants* »²⁰³⁷ est avant tout de nature affective. Ceci questionne l'intérêt et l'envergure d'une consécration juridique. À l'instar de sa position biologique indirecte, la saisie juridique de la grand-parentalité est avant tout mobilisée pour pallier l'absence ou la défaillance de parentalité. La grand-parentalité reste soumise à la parentalité. Le grand-parent est censé s'effacer — ou plutôt ne pas s'imposer — dans la relation parentale. Par conséquent, les décisions prises par les parents ne peuvent être mises à mal par les grands-parents. La grand-parentalité existe néanmoins²⁰³⁸. Cette situation ne va pas sans soulever un certain nombre d'interrogations quant aux conséquences juridiques applicables au lien de grand-parentalité. Le phénomène est d'autant plus amplifié que la grand-parentalité est régulièrement encensée²⁰³⁹ depuis les années 1980. Dans ce contexte, les limites de la grand-parentalité ont dû être éclaircies à la lumière de l'évolution du modèle familial. Si toute décision des parents s'impose aux grands-parents, alors le choix de non-reconnaissance de l'enfant peut priver les grands-parents de leur grand-parentalité. En outre, lorsque l'enfant est reconnu, la survenance d'un conflit familial peut concourir à saper le lien effectif entre les grands-parents et les petits-enfants. La question de la reconnaissance de droits à la grand-parentalité et de droits de la grand-parentalité se pose alors.

²⁰³⁴ V. HUGO, Extrait du poème Ah ! vous voulez la lune, Recueil L'art d'être grand-père, 1877.

²⁰³⁵ P. MURAT, « Les grands-parents et la filiation de leurs petits-enfants », in M. BOURASSIN, Ch. COUTANT-LAPALUS (dir) et al., *Les droits des grands-parents. Une autre dépendance ?*, Dalloz édition, Coll. Thèmes et commentaires, Actes, 2012, p. 17.

²⁰³⁶ Ou d'une apparente réalité biologique.

²⁰³⁷ V. GOURDON, *Histoire des grands-parents*, Ed. Librairie Académique PERRIN, Coll. Pour l'histoire, 2001, p. 12.

²⁰³⁸ Le Professeur DEMOLOMBE avait déjà théorisé que l'autorité paternelle n'était pas absolue. La reconnaissance des droits de la grand-parentalité ont rapidement corroboré cette position.

²⁰³⁹ V. GOURDON, *Op. cit.*, p. 11.

697. Le positionnement législatif en matière de grand-parentalité est amené à régir l'expression du lien extra-patrimonial (PARAGRAPHE 1) et patrimonial (PARAGRAPHE 2) qui lie grands-parents et petits-enfants. Si la grand-parentalité peut survenir avant la vieillesse et que la vieillesse peut s'épanouir en dehors de la grand-parentalité, ce lien de filiation concerne majoritairement les personnes âgées. La mise en place d'un statut de la personne âgée ne peut se résumer à l'état ou non de grand-parentalité. Elle ne peut cependant y rester indifférente.

PARAGRAPHE 1

L'EXPRESSION D'UN LIEN EXTRA-PATRIMONIAL DE LA GRAND-PARENTALITÉ

698. Le lien extrapatrimonial unissant grands-parents et petits-enfants fait l'objet d'une protection juridique dont les composants ne se sont imposés que progressivement. La prise en compte de la grand-parentalité par le droit est subordonnée à l'identification de caractéristiques communes à l'ensemble des expressions de grand-parentalité. Cela est indispensable pour dégager une conception juridique de la grand-parentalité. Eu égard au caractère extrêmement variable de ce deuxième degré de filiation, le droit tend à conserver une certaine distance. Toutefois la désinstitutionalisation de la famille, ainsi que la précarisation du lien matrimonial ont contribué à replacer la grand-parentalité sur le devant de la scène familiale. La doctrine²⁰⁴⁰ admet volontiers que la présence des grands-parents dans le contentieux du droit de la famille témoigne de la place prégnante de ce lien de filiation. La virulence des grands-parents à l'occasion de la défense du lien qui les unit à leurs petits-enfants atteste à la fois de sa profondeur et de sa densité. Cette omniprésence de la figure du grand-parent au sein de la jurisprudence corrobore l'idée selon laquelle le modèle nucléaire de la famille ne reflète pas la réalité. Au contraire ce modèle de famille "résiduelle" n'est que l'un des produits de la philosophie individualiste contemporaine. La stérilité de ce modèle est mise en lumière par la résistance du lien de grand-parentalité.

La régulation juridique de ces rapports humains s'explique à travers la reconnaissance d'un droit à la grand-parentalité (I) et de droits de la grand-parentalité (II).

²⁰⁴⁰ V. notamment à ce propos : H. BOSSE-PLATIÈRE, « La présence des grands-parents dans le contentieux familial », *JCP G*, LexisNexis édition, 1997, n° 25.

I. LE DROIT À LA GRAND-PARENTALITÉ

699. Le droit à la grand-parentalité s'est construit par le prisme de l'autorité prétorienne avant d'être entériné par le législateur. Il évolue à travers les enjeux liés à la reconnaissance de la filiation à la fois dans le cadre de la consécration du lien de filiation entre le grand-parent et le petit-enfant, ainsi que dans le cadre de l'effectivité de la relation — droit de connaître et de côtoyer ses petits-enfants. Dans la majeure partie des cas, la grand-parentalité s'épanouit parallèlement à la parentalité dans une certaine harmonie. La reconnaissance des droits n'est pas nécessaire à ces situations. Dans d'autres, les grands-parents doivent lutter pour la reconnaissance et l'effectivité de leur grand-parentalité. Les actions sont alors intentées de concert avec les parents ou malgré eux.

Le droit à la grand-parentalité revêt à ce titre une double dimension à la fois objective et subjective, de droit et de fait. Du fait du caractère subsidiaire de la grand-parentalité, l'existence d'une filiation entre un grand-parent et son petit-enfant est subordonnée à la reconnaissance de l'enfant par ses parents. Le refus de reconnaissance ou l'impossibilité de procéder à la reconnaissance conduit en effet à priver les grands-parents biologiques de leur grand-parentalité. Comme a pu l'écrire Madame Marie-Christine LE BOURSICOT, « pas de grands-parents sans parents »²⁰⁴¹. Avant de pouvoir prétendre à l'effectivité des droits de la grand-parentalité, certains grands-parents doivent préalablement lutter en vue de l'établissement de leur lien avec leur petit-enfant.

Dans un élan de résistance à la volonté de leurs enfants, des grands-parents ont suivi la voie de la reconnaissance par contestation de la filiation (A) et de l'adoption (B).

A. LE DROIT DES GRANDS-PARENTS À LA CONSTATATION DE LA POSSESSION D'ÉTAT

700. En matière de filiation, la possession d'état permet de reconnaître le lien unissant une personne ou une famille et un enfant. Ce mécanisme opère la mutation d'une situation de fait en une situation de droit. En vertu de l'article 311-1 du Code civil, elle s'établit « *par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir* »²⁰⁴². Les juges mobilisent un faisceau de critères, parmi lesquels

²⁰⁴¹ M.-C. LE BOURSICOT, « Pas de grands-parents sans parents », RJPF, Lamy édition, 2009-9/25. V. également dans un même sens : Ch. GRIS, Les droits de l'enfant à l'épreuve des droits parentaux : l'exemple du rattachement familial de l'enfant, Thèse de Doctorat de Droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2013.

²⁰⁴² Art. 311-1 C. civ., tel que modifié par l'Ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 – art. 2 et 5, *portant réforme de la filiation*, publiée au JORF n° 156 du 6 juillet 2005, p. 11159, texte n° 19.

on trouve le *nomen*²⁰⁴³ — c'est-à-dire l'usage du nom de la famille par l'enfant —, la *fama*²⁰⁴⁴ — la réputation de l'enfant de faire partie de cette famille — et le *tractatus*²⁰⁴⁵ — l'enfant est traité comme faisant partie intégrante de la famille.

L'accès des grands-parents au bénéfice de la possession d'état de leurs petit-enfants ne bénéficie pas encore d'une consécration absolue (1). La montée de la notion d'intérêt de l'enfant pourrait contribuer à une évolution du mécanisme (2), et pourquoi pas à poser les fondements d'un intérêt de la personne âgée.

1. La constatation de la possession d'état au profit du lien grand-parental

701. Le lien entre des grands-parents et leur petit-enfant peut être reconnu lorsque le parent est décédé avant qu'il ne fasse reconnaître son lien de filiation avec l'enfant (a). En revanche, la volonté d'un parent de préserver son identité fait échec à la reconnaissance du lien entre les grands-parents et l'enfant (b).

a. La constatation de la possession d'état lorsque le parent est décédé

702. Lorsqu'un père décède avant la naissance de son enfant et que la mère ne prête pas son concours à la reconnaissance de la filiation paternelle, c'est l'ensemble de la branche paternelle qui se retrouve privée de consécration juridique. Les grands-parents biologiques — ou désignés par la vraisemblance biologique — sont privés de leur grand-parentalité et donc de leurs droits. Dans de telles situations, certains grands-parents ont souhaité faire constater la possession d'état d'enfant naturel de leur petit-enfant. Cette voie d'action leur avait été refusée d'abord par le tribunal²⁰⁴⁶ puis par la Cour d'appel de Papeete²⁰⁴⁷ entre 1993 et 1995. Au-delà de l'engouement médiatique causé par la célébrité des parties, ce contentieux est fondamentalement remarquable et dramatique quant à son objet. Les juges firent ici un effort de distinction entre la possession d'état et la constatation

²⁰⁴³ L'art. 311-1 C. civ., préc, dispose à ce propos dans un 5°, que l'enfant ou la personne faisant l'objet de la demande de constatation de la possession d'état ait porté le nom de la famille concernée par la demande de reconnaissance.

²⁰⁴⁴ L'art. 311-1 C. civ., préc, dispose à ce propos dans un 3° et 4°, que l'enfant ou la personne faisant l'objet de la demande de constatation de la possession d'état, ait été reconnu comme l'enfant de la famille à l'origine de la demande, par la société, par la famille elle-même, et par l'autorité publique.

²⁰⁴⁵ L'article 311-1 C. civ., préc, dispose à ce propos dans un 1° et 2°, que l'enfant ait été traité par celui ou ce ont dont on le dit issu, comme leur enfant ; et que l'enfant lui-même les aient traités comme ses parents ; que les prétendus parents ont pourvu à son éducation, son entretien ou à son installation.

²⁰⁴⁶ Tribunal civil de Papeete, 10 janvier 1993.

²⁰⁴⁷ CA Papeete, 26 octobre 1995.

de filiation, laquelle présente un caractère à la fois personnel, indisponible, et exceptionnellement transmissible.

L'action en paternité est exclusivement reconnue à la mère et à l'enfant. Par conséquent les grands-parents²⁰⁴⁸ en seraient exclus. Enfin, « *seule l'action en contestation de la reconnaissance d'enfant naturel est ouverte, selon l'art. 339 c. civ., à toute personne qui y a intérêt* »²⁰⁴⁹. L'argumentation s'appuie sur un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 17 avril 1992²⁰⁵⁰ qui constatait déjà le manque d'intérêt des grands-parents à contester ce type d'action. Ce positionnement fut réfuté²⁰⁵¹ par la Cour de cassation par un arrêt du 10 mars 1998 précisant que « *l'action en constatation de possession d'état, précisément parce qu'elle est distincte de l'action en réclamation ou en contestation d'état, est ouverte à toute personne justifiant d'un intérêt légitime* »²⁰⁵². L'action en constatation de la possession d'état devait alors se prescrire après trente ans²⁰⁵³. Ce délai est désormais²⁰⁵⁴ fixé²⁰⁵⁵ à dix ans à compter du jour de la privation de l'état, ou du commencement de l'état contesté.

703. Au-delà des considérations propres au délai d'action, celles concernant l'intérêt à agir sont particulièrement prégnantes en matière de constatation de la possession d'état. Les contextes qui entourent ces actions sont parfois incompatibles avec certaines des composantes de la possession d'état. Dans une hypothèse identique au contentieux précédemment dépeint, le décès prématuré du père de l'enfant n'avait pas permis la concrétisation du *nomen*²⁰⁵⁶ — composante traditionnelle à la possession d'état. Pour le Doyen HAUSER, la *fama* est la composante la plus simple à établir en ces situations puisque la réputation survit au décès du parent. Il ne reste que le *tractatus*. Dans ce cas dit-il, « *que des personnes traitent un enfant comme leur petit-enfant ne permet pas de présumer que celui-ci serait traité comme le descendant de leur propre enfant par celui-ci mais lui donne la réputation familiale de l'être* »²⁰⁵⁷.

²⁰⁴⁸ E. JOB, « Des grands-parents sont irrecevables à faire constater la possession d'état d'enfant naturel de leur petit-fils », *Recueil Dalloz*, Dalloz édition, 1996, p. 605.

²⁰⁴⁹ CA Papeete – préc.

²⁰⁵⁰ CA Paris, 17 avril 1992.

²⁰⁵¹ E. JOB, « L'action en constatation de possession d'état d'enfant naturel est ouverte à toute personne justifiant d'un intérêt légitime (grands-parents) », *Recueil Dalloz*, Dalloz édition, 1998, p. 299.

²⁰⁵² Cass. Civ. 1^{ère}, 10 mars 1998, n° 96-11.250, publié au Bull. 1998 I, n° 99, p. 66.

²⁰⁵³ Cf. J. HAUSER, « L'action en constatation de la possession d'état est prescrite par 30 ans », *RTD Civ.* Dalloz édition, 1993, p. 337.

²⁰⁵⁴ Depuis l'Ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005, *portant réforme de la filiation*, publiée au JORF n° 156 du 6 juillet 2005, p. 11159, texte n° 19.

²⁰⁵⁵ Art. 321 C. Civ, tel que modifié par l'Ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 – préc., art 3 et 13.

²⁰⁵⁶ J. HAUSER, « Constatations de la possession d'état : qui peut agir ? », *RTD Civ.*, Dalloz édition, 1997, p. 406.

²⁰⁵⁷ J. HAUSER, *Op. cit.*, *loc. cit.*

b. Le refus de constatation de la possession d'état des grands-parents lorsque le parent n'a pas souhaité reconnaître l'enfant

704. La filiation de parentalité peut bloquer le processus. Lorsque la parentalité n'est pas prouvée, la grand-parentalité ne peut l'être, en dépit de la volonté des grands-parents présumés. C'est notamment ce qu'il survient lorsqu'une mère ne souhaite pas reconnaître son enfant. Ses propres parents ne pourront être reconnus. Par ailleurs, l'abstention volontaire de reconnaissance d'un enfant survit à la personne. Son choix perdure après son décès, si bien que les grands-parents ne peuvent prétendre à la constatation de leur possession d'état de leur petit-enfant né sous x, même postérieurement au décès de leur fille.

La jurisprudence est très claire à ce sujet : « *Dès lors que le lien de filiation unissant prétendument l'enfant à feu Pauline X...n'était pas établi, de même par conséquent que le lien allégué entre l'enfant et eux, et ne pouvait pas l'être dès lors que la mère avait souhaité que soit préservé le secret de son identité* »²⁰⁵⁸. Ce positionnement revêt une forme récurrente : « *L'accouchement sous X ne crée pas de lien de filiation entre la mère et l'enfant ; il n'existe donc aucun lien juridique entre les parents de la mère et l'enfant ; et ceux-ci ne peuvent s'opposer à l'adoption de celui-ci* »²⁰⁵⁹. En outre, le législateur réserve l'action en recherche de maternité²⁰⁶⁰ et de paternité naturelle²⁰⁶¹ à l'enfant. Lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un des deux parents, l'action en recherche de maternité ou de paternité de l'autre parent est réservée au parent dont la filiation est établie durant la minorité de l'enfant²⁰⁶². La preuve du lien de filiation intermédiaire entre les grands-parents et le petit-enfant ne peut être réclamée par les grands-parents présumés.

705. Lorsque la parentalité peut être prouvée, la constatation en possession d'état au profit des grands-parents et de leur petit-enfant est régulièrement accueillie. « *Saisie d'une action en recherche de maternité, une cour d'appel justifie légalement sa décision y faisant droit, en énonçant qu'un acte de baptême dressé six jours après la naissance indique que l'enfant est la fille de la*

²⁰⁵⁸ CA Paris, 10 avril 2008, 07/11288.

²⁰⁵⁹ C. LE DOUARON, « Rapports entre l'enfant né "sous x" et les grands-parents biologiques », *Dalloz actualité*, Dalloz édition, 2009, à propos de l'arrêt : Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2009, n° 08-20.153, publié au Bull. 2009 I, n° 158.

²⁰⁶⁰ Art. 325 C. Civ., tel que modifié par la L. n° 2009-61 du 16 janvier 2009 – art. 1, ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation (1), publiée au JORF n° 0015 du 18 janvier 2009, p. 1062, texte n° 1.

²⁰⁶¹ Art. 327 C. Civ., tel que modifié par l'Ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 – préc., art. 2, 3 et 14.

²⁰⁶² Art. 328 C. Civ., tel que modifié par la L. n° 2011-525 du 17 mai 2011 – art. 195, *de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, publiée au JORF n° 01115 du 18 mai 2011, p. 8537, texte n° 1.

défenderesse, que la requérante était considérée comme la fille de celle-ci et la petite-fille des parents de celle-ci, lesquels l'ont élevée, en se fondant sur un acte de notoriété qui fait foi jusqu'à preuve contraire et en estimant, par une appréciation souveraine, qu'une lettre constituait un aveu non équivoque de maternité »²⁰⁶³.

2. L'intérêt de l'enfant et la constatation de la possession d'état des grands-parents

706. De leurs côtés, certains petits enfants ont pu voir leur action en constatation de la possession d'état de leur qualité de petit-enfant déboutée. Le 2 mai 2001 la Cour de cassation a pu confirmer l'inexistence juridique d'un lien de filiation de second degré à défaut d'établissement de la filiation au premier degré. « Mlle X... ne pouvait revendiquer la qualité de petite-fille naturelle de Léon Y par possession d'état, qualité qui n'existe pas en droit français en l'absence d'établissement du lien de filiation intermédiaire »²⁰⁶⁴. Eu égard à la montée en puissance de la notion d'intérêt de l'enfant, il est choquant que les actions en constatation de la possession d'état, intentées par des petits-enfants souhaitant voir reconnaître le lien les unissant à leurs grands-parents, n'aient pas reçu d'accueil plus favorable. Le mécanisme de la possession d'état est étranger à l'idée d'une réalité biologique du lien de filiation. C'est largement le cas pour l'ensemble du régime général de la filiation — la véracité du lien de filiation n'est globalement mobilisée qu'en cas de contestation de la filiation. Cet éloignement de la vraisemblance de la filiation est encore plus présent en matière de possession d'état.

Le droit positif n'impose aucunement l'existence d'un lien de filiation biologique pour accéder à la constatation de la possession d'état. Les éléments érigés en critères d'appréciation sont résolument étrangers à ces considérations. La personne visée par l'action en constatation doit avoir bénéficié d'un cadre familial stable et complet de la part de la famille concernée. Cette réalité du lien doit avoir été reçue par la société. *Stricto sensu*, la société désigne les proches, l'entourage, et les institutions en lien avec la famille — par exemple : L'école, la garderie, les centres d'activités parascolaires, le médecin traitant etc... doit par ailleurs avoir porté le nom de cette famille. *Lato sensu*, l'enfant faisant l'objet de la demande en constatation de la possession d'état doit être considéré comme appartenant à la famille par l'autorité publique. Ces éléments factuels sont nécessaires à la constatation de la possession d'état. Aucune référence n'est faite par le législateur,

²⁰⁶³ Extrait des titrages, Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juin 1990, n° 88-12.622, publié au Bull. 1990 I, n° 157, p. 112 ; *Décision attaquée* : CA Papeete, 28 janvier 1988.

²⁰⁶⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, n° 99-14.089, non publié au bulletin.

concernant les liens biologiques en matière d'une telle forme de filiation. Ce n'est donc pas ce point qui fait échec à la reconnaissance d'une possession d'état entre grands-parents et petits-enfants.

707. Le raisonnement tenu par les juges de la Cour de cassation à l'occasion de l'arrêt rendu le 2 mai 2001²⁰⁶⁵ semble imparable. La qualité de petit-enfant naturel par possession d'état ne peut être reconnue, car cette qualité n'existe pas en droit français en l'absence d'un lien de filiation intermédiaire reconnu. Si le terme de petit-enfant naturel semble désuet, c'est que depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005²⁰⁶⁶, on ne différencie plus les enfants selon leur mode de conception. Antérieurement, le droit opérait une distinction entre les enfants légitimes, naturels et ceux nés d'une relation adultérine. L'emploi de ce terme de petit-enfant naturel, dans le contentieux de 2001 permet de prendre la mesure des avancées légales, et de la progression de la notion d'intérêt de l'enfant. Si le législateur a consenti à ne plus distinguer les enfants selon leur mode de conception, peut-être qu'il pourrait consentir aujourd'hui — plus de dix ans après la réforme — à ne plus refuser la possession d'état d'un petit-enfant et de son grand-parent.

Le mécanisme de la possession d'état pourrait s'ouvrir au lien grand-parental, et se détacher de l'obligation de reconnaissance du lien de filiation intermédiaire. Si ce raisonnement évolue résolument sous couvert de l'intérêt de l'enfant, il n'en concerne pas moins des grands-parents et des personnes âgées. Il a donc tout sa place en matière de réflexion concernant le droit de la personne âgée, et participe d'ailleurs à l'idée que la vieillesse pourrait être protégée sous couvert de cette même notion d'intérêt — à travers un intérêt de la personne âgée construit comme un *alter ego* à l'intérêt de l'enfant. Sur le sujet qui nous intéresse ici, l'intérêt de l'enfant pourrait conduire à la reconnaissance d'une seconde forme de possession d'état, laquelle ne serait pas entravée par l'existence d'un lien de filiation intermédiaire. Le seul obstacle à cette évolution, se trouve dans la suspicion d'une volonté de transmission du grand-parent au profit de son petit-enfant. Cet intérêt fait nécessairement partie du processus d'évolution. Il n'y a rien de répréhensible pour un grand-parent de souhaiter gratifier son ou ses petits-enfants de certaines libéralités, ou donations. Par ailleurs, les critères d'accès à la constatation de possession d'état semblent largement suffisants pour écarter les volontés étrangères à l'idée de construction d'un lien familial.

708. La mise en place d'une action en constatation de possession d'état pourrait être ouverte aux petits-enfants au profit de la reconnaissance du lien qui les unit à leurs grands-parents. Les critères portés par l'article 311-1 du Code civil, devraient être appliqués de la même manière. Le champ

²⁰⁶⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, n° 99-14.089, préc.

²⁰⁶⁶ Ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 – préc.

d'application de la possession d'état serait simplement plus ouvert qu'il ne l'est aujourd'hui. La modification du droit n'aurait pas à être si importante qu'il n'y parait. La lettre de l'article 311-1 fait d'ores et déjà davantage référence à la notion de famille, qu'à la notion de paternité ou de maternité en sens strict. La définition de la possession d'état, réalisée par l'article *ab initio*, mentionne un lien de filiation et de parenté²⁰⁶⁷. Cette expression ne semble pas viser uniquement le lien de filiation directe — entre un parent et un enfant. La suite de l'alinéa corrobore cette position : « *Entre ne personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir* »²⁰⁶⁸. Il apparaît clairement ici que la possession d'état ne se limite pas à l'établissement d'un simple lien de filiation. Il s'agit au contraire de l'appartenance à une famille. La suite de l'article n'est pas aussi favorable à ce raisonnement que son début. L'énumération des faits appréciés *in concreto* pour établir la possession d'état se réfèrent directement à la position de parent et d'enfant. Sous réserve que l'ouverture de la possession d'état aux liens de filiation indirect soit reconnue, l'article 311-1 *in fine* du Code civil devra évoluer en faveur d'une forme proche de celle-ci :

“La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir.

Les principaux de ces faits sont :

- 1° Que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant ou petit-enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents ou comme son ou ses grands-parents ;
- 2° Que ceux-ci ont, en l'une ou l'autre de ces qualités, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation ;
- 3° Que cette personne est reconnue comme leur enfant ou petit-enfant, dans la société et par la famille ;
- 4° Qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique ;
- 5° Qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue”²⁰⁶⁹.

709. L'ouverture du mécanisme de constatation en possession d'état aux liens de filiation indirects, ne devrait pas avoir d'impact sur l'établissement ou non du lien de filiation direct. Ce qui est contesté ici à la procédure actuelle, c'est que le refus de reconnaissance de maternité ou de paternité fasse échec à l'établissement d'une possession d'état entre les grands-parents et leurs

²⁰⁶⁷ Extrait de l'art. 311-1 C. civ., préc.

²⁰⁶⁸ Extrait de l'art. 311-1 C. civ., préc.

²⁰⁶⁹ Proposition de formulation pour l'article 311-1 C. civ.

petits-enfants. La création d'une voie d'action au profit des petits-enfants et des grands-parents ne devrait pas avoir pour effet d'imposer la même possession d'état aux parents qui ne le souhaitent pas. La consécration d'un lien grand-parental sans passer par la reconnaissance d'un lien de filiation parentale peut surprendre. Cette prétendue incohérence serait un moindre mal vis-à-vis des intérêts en présence. Par ailleurs, il ne s'agirait de rien d'autre qu'une nouvelle expression de la capacité créatrice du droit, en faveur de la notion d'intérêt de l'enfant.

B. LE DROIT DES GRANDS-PARENTS ET L'ADOPTION DE LEURS PETITS-ENFANTS

710. Certaines circonstances conduisent les liens de filiation au péril. Lorsque des parents ne souhaitent pas faire établir leur lien de filiation avec leurs enfants, consentent à leur abandon par exemple, le lien de grand-parentalité est mis à mal. Il arrive que des grands-parents souhaitent procéder à l'adoption de leur petit-enfant (2). Dans d'autres hypothèses, ces derniers sont parfois amenés à se dresser contre l'adoption de leur petit-enfant (1).

1. Les grands-parents contre l'adoption de leur petit-enfant

711. La volonté des grands-parents est traitée subsidiairement à celle des parents. Cette nature marginale est une conséquence de degré secondaire de la filiation — le degré primaire étant celui de la parentalité. Les enjeux humains mobilisés n'en sont pour autant pas négligeables notamment lorsqu'il est question de l'adoption du petit-enfant. Celle-ci peut directement découler de la volonté du parent mais il ne s'agit pas de l'unique cas de figure. Le rôle des grands-parents n'est pas absolument nié par le législateur, comme en témoigne la lettre de l'article 345-1 3° du Code civil. En vertu de ce texte, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise « *lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant* »²⁰⁷⁰. *A contrario*, cet article ne permet pas l'adoption de l'enfant du conjoint en présence de grands-parents intéressés. Il faut lire de cette disposition un positionnement protecteur²⁰⁷¹ à l'égard du grand-parent et du lien de grand-parentalité établi. L'adoption plénière présente la caractéristique de rompre totalement les liens de filiations originels

²⁰⁷⁰ Art. 435-1 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2013-404 fu 17 mai 2013 – art. 7, *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, publiée au JORF n° 0114 du 18 mai 2013, p. 8253, texte n° 3.

²⁰⁷¹ J. HAUSER, « Accouchement sous x : l'enfant n'a ni mère, ni père, ni grands-parents », RTD Civ, Dalloz édition, 2008, p. 466 : « Le texte a eu pour but d'éviter l'expropriation pure et simple de l'enfant à l'égard des grands-parents par un conjoint qui, très souvent, après la mort de l'autre, réglait ses comptes avec ses ex-beaux-parents, notamment quand une procédure de divorce était en cours ».

de l'enfant. Par conséquent l'article 345-1 3° protège le lien de grand-parentalité en prévoyant une incapacité du conjoint à l'adoption plénière de l'enfant.

712. Dans d'autres hypothèses, les grands-parents peuvent se trouver opposés à leur enfant, notamment au sujet de l'établissement de leurs liens de filiations avec le petit-enfant. Dans le cas d'un accouchement dans l'anonymat par exemple, les grands-parents peuvent désirer se dresser contre la volonté de leur fille d'abandonner leur petit-enfant. L'acte revient entre autres choses à les priver de leur grand-parentalité. L'existence de ce contentieux spécifique a placé à la fois la doctrine et l'opinion publique au sein d'un débat houleux et particulièrement sensible. L'argumentation de certains grands-parents tend à s'opposer, non pas au principe même de l'adoption, mais à la forme d'adoption dont doit faire l'objet leur petit-enfant.

Dans le cadre d'un accouchement anonyme souhaité par la mère en vue de l'abandon de l'enfant, celui-ci se retrouve sans filiation — en dépit de la volonté des grands-parents. Pour éviter cette rupture totale et accessoirement la déchéance de leur grand-parentalité, certains grands-parents ont réclamé l'adoption de leur petit-enfant sous le régime de l'adoption simple. Cette forme d'adoption permet de préserver le lien de filiation originel, et d'y adjoindre un nouveau. L'enfant adopté appartient donc légalement à deux familles différentes. Cette orientation des grands-parents en faveur de l'adoption simple, fit l'objet d'un contentieux porté consécutivement près le Tribunal de grande instance de Paris — qui rendit un jugement en juin 2007²⁰⁷² —, puis devant la Cour d'appel de Paris — qui rendit un arrêt en avril 2008²⁰⁷³ —, et enfin devant la première chambre civile de la Cour de cassation en juillet 2009²⁰⁷⁴. Le contexte est celui d'un couple confronté à la volonté de leur fille d'accoucher sous le régime de l'accouchement sous x. L'enfant né est admis en qualité de pupille de l'État, puis placé en vue de son adoption. Les grands-parents ont demandé « *de déclarer recevable leur intervention volontaire, d'annuler l'arrêté d'admission comme pupille de l'État, d'annuler l'adoption plénière, à titre principal d'ordonner que l'enfant soit confié aux concluant, subsidiairement de prononcer une adoption simple, de dire qu'ils bénéficieront d'un droit de visite et d'hébergement* »²⁰⁷⁵. Leurs demandes ne furent pas accueillies. Cette jurisprudence confirme la place prioritaire de la volonté du parent — de la mère en l'occurrence — au détriment de celle des grands-parents.

²⁰⁷² TGI Paris, 6 juin 2007.

²⁰⁷³ CA Paris, 10 avril 2008, 07/11288 – préc.

²⁰⁷⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2009, n° 08-20.153 – préc.

²⁰⁷⁵ CA Paris, 10 avril 2008, 07/11288 – préc.

713. Une autre affaire consécutivement portée devant la Cour d'appel d'Orléans le 11 mai 2010 et la première chambre civile de la Cour de cassation le 1^{er} juin 2011²⁰⁷⁶, noircit ce tableau. La volonté du père n'avait pu enrayé un processus d'adoption déjà amorcé et l'action conjointe des grands-parents paternels n'avait pas été considérée comme prouvant l'existence d'une unité familiale caractérisée. « *La Cour d'appel, appréciant l'intérêt actuel de Jeanne de maintenir la stabilité de son milieu familial et constatant que les délais entre la naissance, le consentement et le placement en vue d'adoption avaient été suffisants pour permettre aux parents de naissance d'agir, a souverainement estimé, sans méconnaître les articles 7 § 1 de la Convention de New York du 20 novembre 1989 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qu'il était de l'intérêt supérieur de l'enfant de lui procurer un milieu familial stable, sans attendre une hypothétique reconnaissance* »²⁰⁷⁷. On peut reprocher à cet arrêt d'être indifférent au concours des grands-parents paternels.

714. Eu égard à l'éthique d'un futur statut juridique de la personne âgée tel qui est construit ici, il est envisageable de prévoir un intérêt et une capacité à agir pour les grands-parents souhaitant sauvegarder leur grand-parentalité, ou à défaut de permettre l'octroi de délais d'action plus longs en matière de contestation d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'État ou de son placement.

2. Les grands-parents et l'adoption de leur petit-enfant

715. Il arrive que des grands-parents se dressent contre l'adoption plénière de leur petit-enfant. Il arrive également qu'ils aspirent à adopter eux-mêmes leur petit-enfant²⁰⁷⁸. La jurisprudence peut se montrer réticente face à ce qu'elle considère être « un bouleversement anormal de l'ordre familial ». Le raisonnement auquel s'adonnent les juges saisis de tels recours tend à un bilan d'utilité de l'adoption. Le processus fut décortiqué à l'occasion d'une procédure d'adoption engagée en 2010. Des grands-parents ont souhaité procéder à l'adoption simple de leur petite-fille majeure. Pour cela, ils ont déposé une requête à titre gracieux près le Tribunal de grande instance²⁰⁷⁹. Leurs prétentions ne furent accueillies à aucun moment²⁰⁸⁰. Ce litige permet d'exposer la mise en balance

²⁰⁷⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2011, n° 10-20.554, publié au Bull. 2011, I, n° 104.

²⁰⁷⁷ Extrait de : Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2011, n° 10-20.554 – préc.

²⁰⁷⁸ V. à ce propos : M. SCHMITT, « L'adoption de l'enfant par ses grands-parents », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2002, p. 91.

²⁰⁷⁹ TGI, d'ARRAS, Requête du 9 juin 2010 puis jugement du 19 mai 2011, n° 10/02024.

²⁰⁸⁰ CA Douai, 9 février 2012, 11/04420 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 6 mars 2013, n° 12-17.183, publié au Bull. 2013 I, n° 35.

des bienfaits et des désagréments de cette confusion juridique des degrés de filiation. « *Un enfant n'a pas d'intérêt à être adopté par ses grands-parents dès lors que les parents sont vivants, qu'ils ont reconnu l'enfant, que par ailleurs les grands parents ont déjà obtenu une délégation entière de l'autorité parentale, ce qui est ici le cas, et que l'enfant porte le même nom qu'eux* »²⁰⁸¹. Le caractère subsidiaire de la grand-parentalité est rappelé.

Dans d'autres situations, le décès des parents n'a pas pesé en faveur de l'adoption des petits-enfants par les grands-parents. La réserve observée par l'autorité prétorienne concerne les motivations des requérants. À ce titre, elle se méfie des intentions à vocation successorale uniquement. Dans ce cadre, une grand-mère a pu se voir refuser l'adoption simple de six de ses petits-enfants alors même que sa fille et son gendre étaient décédés. La Cour d'appel²⁰⁸² ainsi que la Cour de cassation²⁰⁸³ lui ont non seulement opposé le risque de confusion entre les générations, mais également le « *but essentiellement successoral, étranger à l'esprit de la loi* »²⁰⁸⁴.

716. Le déroulement du raisonnement juridique de l'affaire dite d'« Angers » illustre autrement ces enjeux si sensibles. Une mère ayant sollicité l'anonymat de son accouchement décide assez paradoxalement de permettre à ses parents de rencontrer leur petit-enfant durant le laps de temps précédant l'admission de ce dernier en qualité de pupille de l'État. Les grands-parents sollicitent, par voie de référé, la réalisation d'une expertise biologique dans le but de démontrer leur lien de filiation avec l'enfant²⁰⁸⁵. Par la suite, ils saisissent le Tribunal de grande instance en vue de l'annulation de l'arrêté d'admission et réclament la garde de l'enfant. Leur demande est déclarée irrecevable en première instance²⁰⁸⁶ pour cause de défaut de qualité à agir. Elle fut toutefois accueillie par la Cour d'appel d'Angers²⁰⁸⁷. La décision de la mère, bien que contradictoire avec la volonté de prise en charge des grands-parents fut écartée, justement par cohérence avec son désir

²⁰⁸¹ CA Douai, 9 février 2012 – préc.

²⁰⁸² CA Rennes, 15 novembre 1999.

²⁰⁸³ Cass. civ., 1^{ère}, 16 octobre 2001, n° 00-10665, publié au Bull. 2001 I, n° 256, p. 162.

²⁰⁸⁴ Cass. civ., 1^{ère}, 16 octobre 2001 – préc.

²⁰⁸⁵ Ordonnance rendue par la TGI d'Angers le 8 octobre 2009, n° 09/00568 ; Cf. F. CHÉNÉDÉ, « Les grands-parents biologiques face à l'accouchement sous X », Ordonnance rendue par le Tribunal de grande instance d'Angers », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2009, p. 455.

²⁰⁸⁶ TGI Angers 26 avril 2010, n° 10/00171 ; Cf. C. LE DOUARON, *Op. cit., loc. cit.* ; Cf. F. CHÉNÉDÉ, « L'accouchement sous X évince les grands-parents biologiques. Jugement rendu par Tribunal de grande instance d'Angers », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2010, p. 278.

²⁰⁸⁷ CA Angers, 26 janvier 2011, n° 10-01.339 ; F. CHÉNÉDÉ, « Les grands-parents face à l'accouchement sous X : l'épilogue de l'affaire d'Angers », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2011, p. 156 ; S. MOISDON-CHATAIGNER, « L'avenir d'un enfant né sous x est-il auprès de ses grands-parents maternels ? », *RDSS*, Dalloz édition, 2011, p. 329.

d'anonymat²⁰⁸⁸. Par le truchement des articles 375-3²⁰⁸⁹ et 375-4²⁰⁹⁰ du Code civil, le juge peut confier un enfant et la charge de son éducation à un membre de la famille — un grand-parent en l'espèce.

717. Un rebondissement notable fut apporté par la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009²⁰⁹¹, qui a mis fin à l'interdiction d'exercer une action en recherche de maternité à l'encontre de la mère ayant choisi d'accoucher dans l'anonymat. La doctrine a eu l'occasion de s'émouvoir de la situation, en rappelant que les grands-parents avaient d'autres voies d'action ouvertes²⁰⁹², telle que la contestation de l'immatriculation de l'enfant comme pupille de l'État, ou encore la décision de son placement en vue d'une future adoption. En effet, l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles²⁰⁹³ prévoit expressément que l'arrêté d'admission d'un enfant en question de pupille de l'État peut notamment être contesté par « *les membres de la famille de l'enfant* »²⁰⁹⁴. Cependant ce même article pris *ab initio* se réfère aux délais fixés par l'article L. 224-4 du même Code²⁰⁹⁵. Le délai courant est très court puisqu'il est fixé à deux mois. Le recours contre l'arrêté et visant à assumer la charge de l'enfant est déclaré forclos après trente jours²⁰⁹⁶. Il est porté à six mois pour les enfants dont la filiation est établie et qui ont été remis par l'un ou l'autre de ses parents au service de l'aide sociale à l'enfance. Enfin, l'article L. 224-3 du même code de l'action sociale et des familles dispose que « *les décisions et délibérations de toute nature du conseil de famille des pupilles de l'État sont soumises aux voies de recours applicables au régime de la tutelle de droit commun* »²⁰⁹⁷. L'article 1239 du Code de procédure civile²⁰⁹⁸ pose le principe de la possibilité de

²⁰⁸⁸ F. CHÉNÉDÉ, *Op. cit.*, *loc. cit.* : « ‘ en choisissant d'accoucher sous X et d'abandonner sa fille ’, elle avait perdu tout titre pour s'exprimer pour le compte de son enfant ».

²⁰⁸⁹ Art. 375-3 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2017-258 du 28 février 2017 – art. 32, *relative à la sécurité publique*, publiée au JORF n° 0051 du 1^{er} mars 2017, texte n° 3.

²⁰⁹⁰ Art. 375-4 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 – préc., art. 17 et 22.

²⁰⁹¹ L. n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation (1), publiée au JORF n° 0015 du 18 janvier 2009, p. 1062, texte n° 1.

²⁰⁹² V. à ce propos : F. CHÉNÉDÉ, « Les grands-parents biologiques face à l'accouchement sous x », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2009, p. 350.

²⁰⁹³ Art. L. 224-8 CASF, tel que modifié par la L. n° 2013-403 du 17 mai 2013 – art. 1 (V), *relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral*, publiée au JORF n° 01114 du 18 mai 2013, p. 8242, texte n° 2.

²⁰⁹⁴ Art. L. 224-8 II 2° CASF – préc.

²⁰⁹⁵ Art. L. 224-4 tel que modifié par la L. n° 2016-297 du 14 mars 2016 – art. 40, *relative à la protection de l'enfant (1)*, publiée au JORF n° 0063 du 15 mars 2016.

²⁰⁹⁶ Art. L. 224-8 IV CASF – préc.

²⁰⁹⁷ Art. L. 224-3 CASF, tel que codifié par l'Ord. n° 2000-1249 du 21 décembre 2000, *relative à la partie Législative du code de l'action sociale et des familles*, publiée au JORF n° 297 du 23 décembre 2000, p. 20467, texte n° 1, et par la L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002 – art. 87, *rénovant l'action sociale et médico-sociale (1)*, publiée au JORF du 3 janvier 2002, p. 124, texte n° 2.

²⁰⁹⁸ Art. 1239 CPC, tel que modifié par le D. n° 2012-634 du 3 mai 2012 – art. 21, *relatif à la fusion des professions d'avocat et d'avoué près les cours d'appel*, publié au JORF n° 0106 du 5 mai 2012, p. 7969, texte n° 39.

contester une décision du juge des tutelles et du conseil de famille. Le délai d'appel est ici réduit à sa simple expression, puisqu'il est fixé à quinze jours. Il est ouvert aux personnes mentionnées par l'article 430 du Code civil²⁰⁹⁹, qui ne mentionne pas expressément les grands-parents mais utilise le générique de "parent ou allié".

II. LES DROITS DE LA GRAND-PARENTALITÉ

718. L'établissement du lien de filiation unissant les grands-parents à leurs petits-enfants ne constitue qu'une étape préliminaire qui ne concerne qu'une partie des contentieux familiaux. Le droit à la grand-parentalité ouvre l'accès aux droits de la grand-parentalité.

De concert avec les dispositions législatives, la jurisprudence fut amenée à réguler l'ensemble des composantes du droit de la grand-parentalité. Il s'agit d'assurer une grand-parentalité accomplie en somme. Dans ce cadre les grands-parents sont indirectement créanciers du droit de connaître leurs petits-enfants — ce droit existe par le prisme du droit de l'enfant à connaître ses ascendants (A). Ils sont également débiteurs d'un certain nombre de devoirs envers leurs petits-enfants (B).

A. LE DROIT DE CONNAÎTRE SES PETITS-ENFANTS

719. Le droit à la grand-parentalité s'est construit dans "un rapport de force"²¹⁰⁰ avec les droits et devoirs des parents. Leurs droits s'expriment à travers le prisme d'un droit de l'enfant à l'entretien d'une relation avec ses ascendants (1). Pour les besoins liés à l'effectivité de ce droit, le droit de visite fait l'objet d'une régulation (2).

1. Le droit à la grand-parentalité affective

720. La théorisation et le positionnement légal face au domaine des relations personnelles²¹⁰¹ entre grands-parents et petits-enfants sont résolument les fruits d'une époque et de la conception sociétale de la famille. Le modèle de famille n'est pas étranger à ce phénomène. En effet, la raréfaction de la cohabitation intergénérationnelle a nécessairement soulevé la question du maintien

²⁰⁹⁹ Art. 430 C. civ., tel que créé par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 – art. 7, *portant réforme de la protection juridique des majeurs*, publiée au JORF n° 56 du 7 mars 2007, p. 4325, texte n° 12.

²¹⁰⁰ A.-M. LEROYER, L'éducation des petits-enfants par les grands-parents, in M. BOURASSIN, Ch. COUTANT-LAPALUS (dir) *et. al.*, *Op. cit.*, p. 38.

²¹⁰¹ Pour l'expression correspondante de "lien parental", V. M.-L. CICILE-DELFOSSE, *Le lien parental*, Thèse de Doctorat de Droit, Université Paris II (Panthéon-Assas), 2001.

des relations — laquelle ne se pose pas lorsque les différentes générations partagent le même toit. Comme le relève très justement Madame Anne ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « *le développement de formes de couples hors mariage et l'augmentation de la divortialité ont conduit à un recul de la famille fondée sur l'alliance, de sorte que la parenté — et avec elle l'enfant — devient un enjeu principal* »²¹⁰². L'amorce de la reconnaissance d'un droit de visite aux grands-parents est pourtant antérieure à ces changements sociétaux, comme en témoigne l'arrêt "JAUMES" rendu par la Cour de cassation le 8 juillet 1857. L'autorité prétorienne avait alors énoncé le principe selon lequel un père « *ne peut — sans motifs graves et légitimes — s'opposer aux relations de ses enfants avec leurs grands-parents, son droit n'étant pas discrétionnaire* »²¹⁰³.

721. Le positionnement prétorien en faveur d'un droit à la relation entre grands-parents et petits-enfants fut entériné par la loi du 4 juin 1970²¹⁰⁴ à travers la notion de relations intergénérationnelles²¹⁰⁵. La loi du 4 mars 2002²¹⁰⁶ préférera à cette notion celle du droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec ses ascendants²¹⁰⁷. La rédaction actuelle de l'article 371-4 du Code civil²¹⁰⁸ répond à cette même formulation. La notion générique d'ascendant permet d'englober à la fois les grands-parents et les arrière-grands-parents. Cette largesse d'action n'est pas négligeable, eu égard à l'allongement de l'espérance de vie. Par ailleurs, la référence aux grands-parents ou aux ascendants est volontairement indifférente à l'état marital des parents de l'enfant²¹⁰⁹. En revanche, la référence aux "motifs graves" pouvant entraîner la limitation du droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec ses ascendants, ont été remplacés par la notion "d'intérêt de l'enfant"²¹¹⁰.

²¹⁰² A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants, in M. BOURASSIN, Ch. COUTANT-LAPALUS (dir) *et. al.*, *Op. cit.*, p. 108.

²¹⁰³ Cass. Civ., 8 juillet 1857.

²¹⁰⁴ L. n° 70-459 du 4 juin 1970, relative à l'autorité parentale, publiée au JORF du 5 juin 1970, p. 5227 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1971.

²¹⁰⁵ Extrait de l'Art. 371-4 C. civ., tel que créé par la loi du 4 juin 1970 : « *Les père et mère ne peuvent, sauf motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant et de ses grands-parents* ».

²¹⁰⁶ L. n° 2002-305 du 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale, publiée au JORF du 5 mars 2002, p. 4161, texte n° 3 ; V. également à ce propos : Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Rapport au garde des Sceaux par Madame F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, La Documentation française, Coll. Rapports officiels, 1999 ; Le rapport rendu en prévision de la réforme engagée par la loi de 2002 avait expressément pris en considération le lien de grand-parentalité.

²¹⁰⁷ Extrait de l'art. 371-4 tel que modifié par la L. n° 2002-305 du 4 mars 2002 – préc. : « *L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seuls des motifs graves peuvent faire obstacle à ce droit* ».

²¹⁰⁸ Art. 371-4 C. civ., tel que créé par la L. n° 70-459 du 4 juin 1970 – art. 1, préc.

²¹⁰⁹ A. GOUTTENOIRE, « Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2008, p. 138.

²¹¹⁰ L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 – préc.

722. Le vocable²¹¹¹ d'intérêt de l'enfant²¹¹² conduit à s'interroger sur l'ascendance d'un droit de l'enfant au détriment du droit de l'adulte. La doctrine fait mention du « *pédocentrisme de la législation contemporaine, de relèvent le critère de l'intérêt de l'enfant et la sacralisation de l'enfant par le développement de ses droit français* »²¹¹³. La jurisprudence n'est pas étrangère à ce phénomène de centralisation sur l'enfant. Il s'agit d'une orientation théorique et éthique de la norme juridique. Malgré cela l'intérêt de l'enfant n'est bien souvent que le vecteur de l'intérêt de l'adulte à l'origine de l'action contentieuse. En matière de grand-parentalité peut-être plus qu'ailleurs, l'intérêt semble également partagé entre l'une et l'autre partie. La nature du lien unissant un grand-parent à son petit-enfant est *a priori* détachée d'un quelconque intérêt éducatif puisqu'elle évolue dans le champ de l'affectif. Par conséquent l'enfant a autant intérêt que le grand-parent dans l'effectivité de ce lien. Malgré cette réalité indéniable, le législateur a résolument pris le tournant pédo-centrique, et le droit de visite du grand-parentalité est tourné comme « *un véritable droit de l'enfant à développer des relations personnelles avec les membres de sa famille* »²¹¹⁴.

2. La grand-parentalité effective : la régulation du droit de visite

723. Les difficultés rencontrées sont portées près le juge des affaires familiales. En vertu de l'article 1180 du Code de procédure civile²¹¹⁵, les demandes fondées sur l'article 371-4 du Code civil²¹¹⁶ répondent aux règles de la procédure contentieuse et doivent être portées près le Tribunal de grande instance. Cette procédure a pu être vivement critiquée par les praticiens qui déplorent sa lourdeur et la considèrent comme inadaptée²¹¹⁷. La consécration de la grand-parentalité, et par elle

²¹¹¹ V. à ce propos : A. GOUTTENOIRE, « Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2008, p. 138.

²¹¹² Le terme de grand-parent reste présent dans le Code de la santé publique. Extraits de l'art. L. 1231-1 CSP, tel que modifié par la L. n° 2011-814 du 7 juillet 2011 – art. 7, *relative à la bioéthique (I)*, publiée au JORF n° 0157 du 8 juillet 2011, p. 11826, texte n° 1 : « *Le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être opéré que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le donneur doit avoir la qualité de père ou mère du receveur.*

Par dérogation au premier alinéa, peuvent être autorisés à se prêter à un prélèvement d'organe dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur son conjoint, ses frères ou sœurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère. Le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur ainsi que toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur ».

²¹¹³ A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, *Op. cit.*, p. 109.

²¹¹⁴ Fondement des relations personnelles entre l'enfant et ses grands-parents, Répertoire de Droit civil, pt. 313.

²¹¹⁵ Art. 1180 CPC, tel que modifié par le D. n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 – art. 11, *portant réforme de la procédure en matière familiale*, publié au JORF n° 255 du 31 octobre 2004, p. 18492, texte n° 6.

²¹¹⁶ Art. 371-4 C. civ., préc.

²¹¹⁷ C. ROTH, « Droit de visite et d'hébergement des grands-parents : pour deux réformes textuelles », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2010, p. 430.

d'un droit à l'entretien d'une relation intergénérationnelle soulève des questionnements pratiques. Le droit à la relation revêt des retombées concrètes. Le juge ne statue pas sur une version épistolaire de la grand-parentalité mais se penche sur la matérialité de la relation. L'outil juridique le plus direct prend la forme d'un droit à la visite.

724. L'autorité prétorienne a d'abord été encline à accorder un droit de visite aux grands-parents assorti d'une condition stricte de territorialité. « *Les tribunaux admettaient seulement des visites des grands-parents au domicile du titulaire de la puissance paternelle, en présence de ce dernier* »²¹¹⁸. Le rôle du juge des affaires familiales reste toujours central aujourd'hui dans l'organisation du droit de visite reconnu aux grands-parents. Progressivement la jurisprudence a posé les jalons du droit de la grand-parentalité et en a fixé les principales limites. Le positionnement prétorien connaît aujourd'hui une plus grande souplesse qui profite souvent aux grands-parents — sous le prisme de l'intérêt de l'enfant.

Les conflits familiaux — puisqu'eux seuls appellent à raisonner sur le droit de visite des grands-parents — sont parfois l'occasion pour le juge de rappeler l'importance du lien grand-parental, y compris en situation de crise aigüe. Le temps de visite *stricto sensu* n'est pas l'unique élément analysé, et des expertises sont parfois nécessaires. Le juge s'assure que l'entretien d'une relation avec le grand-parent n'aille pas à l'encontre du développement personnel de l'enfant et de ses propres rapports avec ses parents. Ainsi la Cour de cassation a pu considérer qu'« *il résultait du rapport d'expertise médico-psychologique, d'une part que la démarche actuelle des grands-parents ne constituait pas un geste de malveillance mais un désir inconscient de réparation, d'autre part qu'il apparaissait non seulement souhaitable mais nécessaire qu'à plus ou moins long terme les enfants puissent entretenir des relations avec leurs grands-parents paternels, ensuite, qu'à l'audience, les grands-parents s'étaient engagés à ne pas dénigrer les parents, de sorte qu'il était dans l'intérêt des petits-enfants de nouer progressivement des relations avec leurs grands-parents paternels* »²¹¹⁹. La jurisprudence est même allée plus loin dans l'accueil de la grand-parentalité, en reconnaissant un intérêt à agir au profit du beau-grand-parent.

Dans un arrêt du 18 janvier 2007²¹²⁰ la Cour de cassation a eu l'occasion d'accueillir la demande d'une grand-mère et de son époux — un beau-grand-père. La demande des requérants portait sur

²¹¹⁸ A. GOUTTENOIRE, *Op. cit. loc. cit.*

²¹¹⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 janvier 2009, n° 08-11.035, publié au bull. 2009, I, n° 2 confirmant l'arrêt rendu par la CA Paris, 18 novembre 2007 ; V. également à ce propos : M. BRUSORIO-AILLAUD, « Droit de visite des grands-parents et intérêt de l'enfant », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2009, p. 128.

²¹²⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 18 janvier 2007, n° 06-11.357, non publié au bulletin.

l'obtention d'un droit de visite et d'hébergement des enfants étant respectivement leurs petits et beaux-petits-enfants. Cette reconnaissance reste encore très limitée aujourd'hui. La doctrine ne manque pas de rappeler que « *si la relation entre le beau-parent et l'enfant peut juridiquement être consacrée, le rayonnement juridique de ce lien n'embrasse pas obligatoirement tous les liens affectifs nés de cette nouvelle union conjugale. Plus précisément, les effets juridiques de la recomposition familiale par le mariage n'envisagent pas expressément le statut des grands-parents* »²¹²¹. La position des beaux-grands-parents dans une famille recomposée de fait est *a fortiori* plus précaire encore²¹²².

Les situations les plus complexes conduisent parfois à la suppression du droit de visite des grands-parents. C'est notamment le cas lorsque le comportement des grands-parents s'avère contestable en soi, ou relativement à la relation parentale. La territorialité du droit de visite apparaît être un outil de compromis en matière de conflits aigus entre les parents et les grands-parents. Les lieux neutres sont parfois préférés aux domiciles respectifs. D'une manière générale, la jurisprudence y compris européenne apprécie les interdictions de visite de façon stricte. Ce fut le cas dans les affaires BRONDA c. Italie²¹²³ en 1998, et NISTOR c. Roumanie²¹²⁴ en 2010. Le 20 janvier 2015 dans un arrêt MANUELLO et NEVI c. Italie²¹²⁵, la Cour européenne des Droits de l'Homme a pu condamner l'État qui n'avait prêté son concours à la préservation du lien entre des grands-parents et leur petite-fille.

²¹²¹ C. LE TERTRE, Les relations intergénérationnelles dans la famille recomposée par mariage ? in S. MOISDON-CHATAIGNER *et al.*, Les grands-parents et leurs descendants : quelles relations juridiques ? LexisNexis Litec édition, Coll. Colloques & Débats, 2009, p. 123.

²¹²² C. LE TERTRE, Les relation intergénérationnelles dans la famille recomposée de fait ? in S. MOISDON-CHATAIGNER *et al.*, *Op. cit.*, p. 143 s.

²¹²³ CEDH, *arrêt*, BRONDA c. Italie, 9 juin 1998, n° 14565/05.

²¹²⁴ CEDH, *arrêt*, NISTOR c. Roumanie, 2 novembre 2010, n° 14565/05.

²¹²⁵ CEDH, *arrêt*, 2^{ème} section, MANUELLO et NEVI c. Italie, 20 janvier 2015, n° 107/10 ; V. également à ce propos : E. VIGANOTTI, « On n'a pas le droit de priver les grands-parents de tout contact avec leur petite-fille », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2015, p. 101.

B. LE DEVOIR DE CONNAITRE SES PETITS-ENFANTS

725. Le droit à la grand-parentalité consacre un lien de filiation indirect. Ce lien biologique, ou d'apparence biologique, permet au grand-parent de prétendre à l'établissement de son lien de filiation, ainsi qu'à son épanouissement factuel — à travers le droit de visite. Ce droit à la grand-parentalité est assorti de devoirs. Leur originalité réside en leur mode de déclenchement. La nature subsidiaire du lien de grand-parentalité induit que certains des rôles du grand-parent (1) ne puissent être sollicités que lorsque le lien de filiation intermédiaire — le parent — s'avère défaillant (2).

1. La charge éducative du grand-parent

726. En outre du rôle de transmission du savoir familial²¹²⁶, le grand-parent peut être amené à intervenir en matière d'entretien et d'éducation du petit-enfant. Ces dernières responsabilités font l'objet d'une consécration par le législateur. Ainsi l'article 375-8 du Code civil²¹²⁷ dispose que ces différents frais engagés au profit de l'enfant faisant l'objet d'une mesure d'assistance éducative incombent à la fois « à ses père et mère ainsi qu'aux ascendants auxquels des aliments peuvent être réclamés, sauf la faculté pour le juge de les en décharger en tout ou en partie »²¹²⁸. La présence affective des grands-parents dans la vie et le développement de leurs petits-enfants est incontestable. Il s'agit d'un phénomène étendu.

Les sociologues se sont adonnés de bonne grâce au chiffrage en heures de présence des grands-parents. « En France métropolitaine, cette garde [des petits-enfants par leurs grands-parents] représente un volume horaire hebdomadaire de l'ordre de 23 millions d'heures, équivalant à celui des assistantes maternelles, et environ deux grands-parents sur cinq prennent en charge leurs petits-enfants presque chaque semaine »²¹²⁹. Ces considérations factuelles illustrent à la fois la présence et l'implication du lien de grand-parentalité. Elles laissent également transparaître l'ambivalence propre à l'appréhension juridique du rôle éducatif des grands-parents. La sollicitation du grand-parent soulève la question de sa substance alors que sa contestation appelle à la définition

²¹²⁶ B. MORTAIN, « Des grands-parents aux petits-enfants : trois générations face à la transmission des objets », *Recherches et Prévisions*, dossier : familles, vieillissement et générations, 2003, n° 71, p. 46 : « A un niveau plus symbolique enfin, la transmission de la mémoire familiale semble également reposer sur cette structure à trois générations ».

²¹²⁷ Art. 375-8 C. civ., tel que créé par la L. n° 70-459 du 4 juin 1970 – art. 1, préc.

²¹²⁸ Extrait de l'art. 375-8 C. civ., tel que créé par la L. n° 70-459 du 4 juin 1970 – préc.

²¹²⁹ *La grand-parentalité active, questions sociales*, Notes d'analyse du Premier ministre, Centre d'analyse stratégique, novembre 2010, cité par A.-M. LEROYER, *L'éducation des petits-enfants*, in M. BOURASSIN, Ch. COUTANT-LAPALUS (dir) *et al*, *Op. cit.*, p. 39

de limites de la grand-parentalité. Tout dépend de l'état du consensualisme entre les deux générations de parents. Le rôle éducatif dépend intrinsèquement de l'exercice et de l'attribution de l'autorité parentale.

727. On peut déduire l'existence d'une forme d'autorité parentale confiée aux grands-parents de la lettre de l'article 378 du Code civil. Cet article relatif aux situations de retrait de l'autorité parentale « *est applicable aux ascendants autres que les père et mère pour la part d'autorité parentale qui peut leur revenir sur leurs descendants* »²¹³⁰. Cette formulation témoigne *a contrario* de la reconnaissance d'une part d'autorité parentale au profit des grands-parents. Cependant, eu égard au positionnement subsidiaire du grand-parent par rapport au parent, il est possible de considérer que cette part d'autorité parentale soit une résurgence de l'autorité exercée par le grand-parent sur son propre enfant.

D'une manière générale, le rôle éducatif du grand-parent est régulé consensuellement entre les ascendants — parents et grands-parents. Pour autant, les situations de conflit peuvent appeler à un traitement contentieux de l'implication d'un grand-parent dans l'éducation de ses petits-enfants. Les conflits n'opposent pas nécessairement les deux générations. Ils vicient parfois les rapports au sein même des générations. Ainsi, « *le juge peut décider d'impliquer davantage les grands-parents dans l'éducation des petits-enfants, et ce, de manière provisoire pour faire face à une crise ponctuelle. C'est souvent le cas dans le contentieux du divorce ou de la séparation* »²¹³¹. En situation de distension et de fragilisation du lien matrimonial, le rôle du grand-parent se trouve renforcé. Ces situations se sont généralisées au niveau contentieux, mais également en dehors. Le consensualisme ne s'efface pas toujours, y compris lors des conflits familiaux. Lorsqu'un couple de parents se sépare, les grands-parents peuvent être un rempart affectif et éducatif solide, caractérisé par sa disponibilité ainsi que par son éloignement de l'épicentre du conflit. Ils peuvent également y être étroitement mêlés²¹³².

728. Le rôle éducatif des grands-parents n'est pas uniquement marqué par sa concision dans le temps, ni par sa nature salvatrice vis-à-vis d'un contentieux parental. Il peut s'épanouir dans la durée. Les parents peuvent conclure des pactes visant à organiser l'éducation de leurs enfants. Cette

²¹³⁰ Extrait de l'art. 378 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2010-769 du 9 juillet 2010 — art. 9, relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants (1), publiée au JORF n° 0158 du 10 juillet 2010, p. 12762, texte n° 2.

²¹³¹ A.-M. LEROYER, *Op. cit.*, p. 41.

²¹³² V. à ce propos : C. LIENHARD, « Position procédurale des grands-parents lors de la séparation des parents », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2002, p. 88.

possibilité leur est reconnue par l'article 376-1 du Code civil²¹³³. Dans une toute autre mesure, il est possible pour le ou les parent(s) de déléguer leur autorité parentale, « *sans aucun doute une mesure qui permet de faire face à une situation de crise durable* »²¹³⁴. L'article 377 du même code prévoit et encadre cette faculté. « *Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge*²¹³⁵ en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance »²¹³⁶.

2. La charge protectionniste du grand-parent

729. En situation de l'insuffisance d'un parent, le grand-parent est naturellement sollicité au profit de ses petits-enfants. La carence du lien de filiation intermédiaire déclenche les prétentions à l'égard du degré suivant. Les causes peuvent être multiples. « *Défaillance, incompetence, incapacité, disparition des parents peuvent naturellement conduire à se tourner vers les grands-parents d'un enfant* »²¹³⁷. Parmi ces multiplicités de causes, le grand-parent intervient notamment en cas d'absence de son enfant.

Le positionnement subsidiaire du lien de grand-parentalité est mis en avant en situation d'insuffisance du parent à l'égard de son enfant. La carence peut être matérielle. Dans ce cas le grand-parent peut être déclaré débiteur d'une obligation d'aliment au profit de son petit-enfant. Dans d'autres situations, le parent fait défaut par son absence.

Le législateur désigne expressément les grands-parents comme les «*suppléants légaux*»²¹³⁸ des parents dans une multiplicité de situations. Ainsi le parent intervient en priorité. À défaut, ce sont les grands-parents qui sont sollicités. L'absence des parents déclenche le rôle décisionnel des grands-parents — maternels en cas d'absence de la mère, paternels en cas d'absence du père.

²¹³³ Art. 376-1 C. civ., tel que modifié par la L. n° 93-22 du 8 janvier 1993, – art. 48 et 64 – (V), modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales (1), publiée au JORF n° 7 du 9 janvier 1993, p. 495 : « *Un juge aux affaires familiales peut, quand il est appelé à statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou sur l'éducation d'un enfant mineur ou quand il décide de confier l'enfant à un tiers, avoir égard aux pactes que les père et mère ont pu librement conclure entre eux à ce sujet, à moins que l'un d'eux ne justifie de motifs graves qui l'autoriseraient à révoquer son consentement* ».

²¹³⁴ A.-M. LEROYER, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²¹³⁵ La sollicitation du juge aux affaires familiales est de nouveau imposée à l'article 377-1 suivant.

Art. 377-1 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2002-305 du 4 mars 2002 – préc., art. 7.

²¹³⁶ Art. 377 al 1 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2016-297 du 14 mars 2016 – préc., art. 38.

²¹³⁷ M. LAMARCHE, « Substitution des grands-parents aux parents », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2008, p. 141.

²¹³⁸ M. LAMARCHE, *Op. cit.*, *loc. cit.*

L'emploi de différents vocables en la matière, témoigne de l'irréductibilité de la grand-parentalité. Certaines dispositions du Code civil visent les aïeux et aïeules — les article 73 alinéa 1²¹³⁹ et 150²¹⁴⁰ et suivant²¹⁴¹ notamment. Le terme paraît désuet aujourd'hui, mais sa résistance au temps corrobore l'assise autoritaire de ce lien de filiation : On ne touche pas aux grands-parents. Ce positionnement pérenne est d'autant plus affirmé que leur rôle est subsidiaire. Cette nature est à la fois la limite et l'ampleur du lien de grand-parentalité. La subsidiarité du lien grand-parental emporte deux effets distincts selon que la parentalité est effective ou non. Lorsqu'elle l'est, le positionnement secondaire intime aux grands-parents de s'effacer. Lorsqu'elle ne l'est pas, elle leur commande de prendre le relai. Ce second effet de la subsidiarité de la grand-parentalité justifie son autorité. Les grands-parents interviennent en cas d'absence ou de défaut des parents — de leurs enfants. Dans ces hypothèses ils font figure de résistance du lien familial en situation de défaillance du modèle de la famille nucléaire.

730. Le législateur mentionne le rôle des grands-parents dans un certain nombre de situations frappées par l'absence des parents d'un enfant. C'est notamment le cas pour des engagements importants de la vie du petit-enfant. C'est ainsi que le premier alinéa de l'article 73 du Code civil²¹⁴² dispose du rôle prioritaire des grands-parents à défaut des parents en matière de consentement au mariage du petit-enfant. De même l'article 173 du même Code dispose qu'« *à défaut de père et de mère, les aïeux et aïeules peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, même majeurs* »²¹⁴³. Nonobstant ces marques de prise en compte de la grand-parentalité, leur position a eu l'occasion de vaciller par le biais de la réforme de la tutelle sur mineur. La création d'un statut juridique propre à la personne âgée pourrait conduire le législateur à imposer un ordre de délégataires potentiels à l'autorité parentale tout en préservant une part de liberté de choix des parents, ainsi que l'appréciation souveraine du juge des affaires familiales. Il ne s'agit pas de revenir sur la tutelle légale. Nonobstant, sans retourner vers « *un mode de nomination sans examen, ni connaissance de cause* »²¹⁴⁴ selon la célèbre formule de DEMOLOMBE, la place du grand-parent devrait être traitée avec les égards dus à son lien avec l'enfant. L'ancien article 402 du Code civil disposait en ces termes : « *Lorsqu'il n'a pas été choisi de tuteur par le dernier mourant des père et*

²¹³⁹ Art. 73 al 1 C. civ., tel que créé par la L. du 11 mars 1803, promulguée le 21 mars 1803.

²¹⁴⁰ Art. 150 C. civ., tel que créé par la L. du 17 mars 1803, promulguée le 27 mars 1803.

²¹⁴¹ Art. 151, 154, 156, 159 notamment.

²¹⁴² Art. 73 al 1 C. civ., préc.

²¹⁴³ Extrait de l'art. 173 al. 1 C. civ., tel que créé par la L. du 17 mars 1803, promulguée le 27 mars 1803.

²¹⁴⁴ DEMOLOMBE, *Cour de Code Napoléon*, t. VII, éd. 1870, n° 178, cité par H. BOSSE-PLATIERE, *Le droit des grands-parents en l'absence de parents*, in M. BOURASSIN, Ch. COUTANT-LAPALUS et al., *Op. cit.*, p. 135.

mère, la tutelle de l'enfant est déferée à celui des ascendants qui est du degré le plus rapproché »²¹⁴⁵. La jurisprudence l'appliquait d'ailleurs assez strictement comme en témoigne un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 12 octobre 1999²¹⁴⁶. La nature du lien unissant un grand-parent à son petit-enfant, la suppression de toute référence à son implication en cas d'ouverture de tutelle sur le petit-enfant mineur est à déplorer. La seule résurgence peut être lue de l'article 394²¹⁴⁷, lequel fait de la tutelle sur mineur une charge publique dévolue à la famille et à la collectivité publique.

PARAGRAPHE 2

LA SÉCURISATION DU LIEN PATRIMONIAL DE LA GRAND-PARENTALITÉ

731. Le contentieux de la famille est extrêmement prolifique. C'est ainsi qu'aux enjeux extra-patrimoniaux s'ajoutent — si ce n'est dans l'ordre inverse — les questions patrimoniales. En ce qui concerne l'octroi d'un droit de visite aux grands-parents, la relation existante entre l'enfant et le grand-parent s'ajoute à la relation de l'enfant et de ses parents. L'effectivité de l'un n'exclut pas la présence de l'autre. Il n'en va pas de même en matière de financement ou d'entretien des petits-enfants. Le volet extrapatrimonial de la grand-parentalité évolue au sein de plusieurs dimensions. Certaines interviennent directement et gratifient les enfants et petits-enfants du vivant des grands-parents alors que d'autres nécessitent une organisation plus lourde.

La dynamique d'adaptation de la société à la transition démographique pourrait inciter le législateur à consentir à l'évolution des règles de transmission patrimoniale. Le soutien intergénérationnel peut être immédiat ou répondre à la forme traditionnelle de la transmission successorale. Pour ce faire, le soutien des grands-parents au profit de leurs petits-enfants peut être imposé — par le prisme d'une obligation d'aliment —, ou spontané — par le biais de la donation (I). Il peut également fait l'objet d'une organisation plus dense en prenant la forme d'une donation-partage ou celle plus traditionnelle de la voie testamentaire (II).

²¹⁴⁵ Anc. Art. 402 C. civ., dans sa version en vigueur du 5 mars 2002 au 1^{er} janvier 2009. Originellement codifié par la L. du 14 mars 1803 (il ne visait alors que les seuls enfants légitimes).

²¹⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 12 octobre 1999, n° 97-17.017, non publié au bulletin.

²¹⁴⁷ Art. 394 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 – art. 2 et 6, préc.

I. LE SOUTIEN INTERGÉNÉRATIONNEL IMMÉDIAT

732. Le rôle de soutien du parent au profit de son enfant ne s'atténue que partiellement lorsque l'enfant atteint la majorité. C'est ce qu'il ressort de l'article 371-2 du Code civil²¹⁴⁸. L'obligation d'entretien et d'éducation des enfants ne cesse pas de plein droit lors de l'entrée en majorité de ce dernier. Cette obligation découle du lien direct et personnel de la filiation. Par conséquent il ne s'applique pas en l'état au lien de grand-parentalité. Certaines circonstances conduisent les grands-parents à prendre part de façon spontanée (B) ou non (A) à l'entretien actuel ou futur de leurs petits-enfants.

A. LE SOUTIEN INTERGÉNÉRATIONNEL IMPOSÉ AUX GRANDS-PARENTS : L'OBLIGATION D'ALIMENT

733. Certaines circonstances peuvent contribuer à placer les grands-parents dans le rôle de débiteur d'une obligation d'aliment au profit de leurs petits-enfants. Le principe général est annoncé par la lecture des articles 205 et 207 du Code civil, laquelle prévoit que l'obligation d'aliment pesant sur l'enfant au profit de ses ascendants²¹⁴⁹ est réciproque²¹⁵⁰. La similarité de la dette d'aliment selon qu'elle touche l'une ou les autres générations n'est qu'apparente. Si l'existence d'un besoin du créancier d'aliment est nécessaire à la concrétisation de l'obligation pour n'importe quel degré — qu'il soit enfant, parent ou grand-parent —, la génération aînée fait l'objet d'un traitement particulier.

Les grands-parents sont protégés de l'obligation d'aliment au profit de leurs petits-enfants par la nécessité de « *preuve d'une carence ou d'une défaillance des parents* »²¹⁵¹. Cette position subsidiaire fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle stable régulièrement rappelée : « *L'obligation alimentaire qui pèse sur les grands-parents n'a qu'un caractère subsidiaire par rapport à celle des parents* »²¹⁵². La charge de l'obligation d'aliment au profit des petits-enfants n'est reconnue comme pesant sur les grands-parents qu'en cas de défaillance des parents. C'est au

²¹⁴⁸ Art. 371-2 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2002-305, relative à l'autorité parentale (1), publiée au JORF du 5 mars 2002, p. 4161, texte n° 3 : « *Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur* ».

²¹⁴⁹ Art. 205 C. civ., tel que modifié par la L. n° 72-3 du 3 janvier 1972 – art. 3, *sur la filiation*, publiée au JORF n° 0003 du 5 janvier 1972, p. 145.

²¹⁵⁰ Art. 207 C. civ., tel que modifié par la L. n° 72-3 du 3 janvier 1972 – préc., art. 3.

²¹⁵¹ J. HAUSER, « Grands-parents : obligation alimentaire et droit de visite », *RTD Civ.*, Dalloz édition, 1994, p. 844.

²¹⁵² Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, n° 98-17.806, non publié au bulletin.

parent qui réclame l'obligation d'aliment au profit de son enfant d'apporter la preuve de sa propre carence ou de celle de l'autre parent. La combinaison du principe de subsidiarité des grands-parents en matière d'obligation d'aliment au profit de leurs petits-enfants à l'orientation de la charge de la preuve fut très pédagogiquement décrite par la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 8 janvier 2002 : « *Après avoir énoncé à bon droit que les grands-parents ne peuvent être tenus de verser des aliments à leurs petits-enfants dans le besoin que si les parents ne peuvent faire face à leurs propres obligations, la cour d'appel a estimé, hors toute dénaturation et par une appréciation des éléments de preuve qui ne peut être remise en cause devant la Cour de Cassation, que Mme Z... ne rapportait pas la preuve qui lui incombait de son incapacité à subvenir aux besoins de sa fille* »²¹⁵³.

734. La défaillance du parent n'a pas à être totale. L'obligation d'aliment peut être imposée aux grands-parents à hauteur des besoins ne pouvant être comblés par les parents. C'est ce qu'avait très clairement exposé la seconde chambre civile de la Cour de cassation lors d'un arrêt rendu le 18 décembre 1996 : « *L'obligation alimentaire des grands-parents au profit des petits-enfants n'est que subsidiaire par rapport à celle des père et mère et ne peut s'exercer que pour la part des besoins des enfants non assumée par les parents* »²¹⁵⁴. En outre, la défaillance constatée peut être imputable à un des parents seulement. Ces situations surviennent en cas de séparation des parents de l'enfant. Le parent chargé de recevoir l'obligation alimentaire de son enfant peut essuyer la carence du parent débiteur de l'obligation. Dans ces cas, les grands-parents sont sollicités²¹⁵⁵ afin de pallier la carence de leur enfant — les grands-parents maternels ou paternels le cas échéant. En revanche, les grands-parents ne peuvent être tenus d'exécuter l'obligation d'aliment incombant à leur enfant. À ce titre ils ne sont donc pas responsables des arriérés de paiement de leur enfant, lui-même débiteur d'une obligation d'aliment envers ses propres enfants. Ainsi, une mère est fondée à réclamer à ses ex-beaux-parents une obligation d'aliment pour leurs petits-enfants, mais ne peut prétendre par leur prisme au remboursement des pensions dues par leur fils. Ces enjeux furent notamment illustrés à l'occasion d'un contentieux soumis à la Cour de cassation le 28 mai 2014²¹⁵⁶. Le raisonnement applicable ici prend en considération les dates de naissance des obligations respectives. Puisque l'obligation d'aliment potentiellement due par des grands-parents est frappée d'un caractère

²¹⁵³ Cass. Civ. 1^{ère}, 8 janvier 2002, n° 99-18.097, non publié au bulletin.

²¹⁵⁴ Cass. Civ. 2^{ème}, 18 décembre 1996, n° 95-12.711.

²¹⁵⁵ Extrait de Cass. Civ. 1^{ère}, 6 mars 1990, n° 87-14.293, publié au bull. 1990, I, n° 58, p. 43 : « *Le tribunal de grande instance de Strasbourg a prononcé le divorce de M. Patrick X... et de Mme Y... et a condamné le mari à payer une pension alimentaire pour l'entretien de son fils Lionel, confié à la garde de la mère ; que le 5 novembre 1984, Mme Y... a assigné les époux Jean X... devant le tribunal d'instance en leur réclamant le paiement d'une pension alimentaire pour leur petit-fils* ».

²¹⁵⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mai 2014, n° 12-29.803, non publié au bulletin.

subsidaire, elle naît nécessairement de la défaillance préalable des parents. Lorsqu'un jugement fixe une obligation d'aliment à la charge d'un père ou d'une mère pour ses enfants, l'obligation des grands-parents n'existe pas encore. Ce n'est que la défaillance de l'obligation alimentaire due par le parent qui déclenche la possibilité de sollicitation des grands-parents. Par conséquent, « *les grands-parents de l'enfant, débiteurs d'aliments, ne pouvaient, en cette qualité, être tenus d'exécuter des jugements prononcés contre leur fils* »²¹⁵⁷. *In abstracto* la défaillance du parent joue le rôle d'élément déclencheur et fonde la dette d'aliment des grands-parents.

B. LE SOUTIEN INTERGÉNÉRATIONNEL SPONTANÉ AU PROFIT DES PETITS-ENFANTS

735. Les deux formes de libéralités²¹⁵⁸ que sont la donation entre vifs²¹⁵⁹ et le testament²¹⁶⁰, évoluent au sein de deux temporalités différentes. Si leur fondement est généralement altruiste et répond à un besoin de transmission largement partagé, leurs utilités respectives diffèrent. C'est le cas lorsqu'il est question de transmettre un droit ou un bien aux petits-enfants.

Alors que la gratification testamentaire reste encore assez largement l'apanage du premier degré de filiation, la méthode de la donation entre vifs est particulièrement prisée pour les degrés de filiation du second degré — et des suivants éventuellement. Malgré cela, le régime de la donation intergénérationnelle entre vifs (1) pourrait faire l'objet d'une refonte à l'occasion de la théorisation d'un statut juridique de la personne âgée (2).

1. La donation intergénérationnelle entre vifs

736. L'évocation des donations entre vifs entre grands-parents et petits-enfants a longtemps été réprimée. Pour reprendre les mots du Maître de conférences Marc HÉRAIL, « *il aura fallu attendre plus de deux siècles avant de reconnaître à nouveau que les parents n'étaient pas un obstacle insurmontable aux libéralités des grands-parents au profit de leurs petits-enfants* »²¹⁶¹. La transmission procédant à un saut de génération n'est pas chose nouvelle. Du fait de sa source

²¹⁵⁷ Extrait de : Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mai 2014 – préc.

²¹⁵⁸ V. Art. 893 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006, *Portant réforme des successions et libéralités*, publiée au JORF n° 145 du 24 juin 2006, p. 9513, texte n° 1, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, art. 9 et 10.

²¹⁵⁹ V. Art. 894 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 9.

²¹⁶⁰ V. Art. 895 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 9 et 10.

²¹⁶¹ M. HÉRAIL, *La transmission patrimoniale entre grands-parents et petits-enfants*, in S. MOISDON-CHATAIGNER *et al.*, *Op. cit.*, p. 39.

affective, la donation des grands-parents aux petits-enfants trouve des origines anciennes. Une déclaration royale édictée sous le règne de Louis XIV le 20 mars 1708²¹⁶² prévoyait déjà la dispense de droits d'insinuation des « *donations faites par contrat de mariage, par les pères et autres ascendants, à leurs enfants ou petits-enfants* »²¹⁶³. L'idée d'un transfert patrimonial des grands-parents vers les petits-enfants répond naturellement à la forme d'une donation. Elle répond à un objectif altruiste et est caractérisée par sa gratuité. Le frein théorique à ce lien patrimonial est celui de la réserve héréditaire²¹⁶⁴ reconnue aux enfants ainsi que de l'éventuel poids fiscal imposé à la libéralité. La création d'un statut juridique propre à la personne âgée embrassera nécessairement les considérations liées à la transmission patrimoniale et *a fortiori* sur le régime des donations intergénérationnelles entre vifs et transgénérationnelles entre vifs. Ces enjeux se révèlent sous un nouveau jour de par l'évolution démographique.

737. La mutation démographique engagée permet à un plus grand nombre de générations de se côtoyer. Les grands-parents ayant rempli leurs obligations envers leurs enfants peuvent voir grandir et se développer leurs petits-enfants. L'allongement de l'espérance de vie permet aujourd'hui à ces deux générations — grands-parents et petits-enfants — de créer de véritables relations amenées à s'épanouir dans le temps. Puisque les grands-parents sont amenés à connaître leurs petits-enfants y compris lorsque ces derniers deviennent des adultes, les premiers peuvent aspirer à concourir à la réussite des seconds. Dans un tel contexte les grands-parents peuvent souhaiter soutenir leurs petits-enfants en participant à leur financement. Au-delà de ces considérations qui relèvent d'un lien affectif effectif, la loi permet la donation alors même que le lien affectif n'a pas pu se nouer. En effet, l'article 906 du Code civil dispose que « *pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation* »²¹⁶⁵, et d'ajouter « *néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable* »²¹⁶⁶. Ces possibilités de doter un enfant

²¹⁶² Déclaration royale donnée à Versailles le 20 mars 1708, actes royaux t. IV, n° 23.228-23.233 ; Cité par : M. ANTOINE, *Le Conseil royal des finances au XVIII^{ème} siècle et le registre E.3659*, Centre national de recherche scientifique, librairie DROZ, Genève-Paris, Coll. Mémoires et documents publiés par la société de l'école des Chartres, 1973, p. 66.

²¹⁶³ M. HÉRAIL, *Op. cit.*, p. 39-40 : « *Le dépouillement d'archives notariales de la fin de l'Ancien Régime nous oblige à constater qu'à cette époque, il est fréquent de voir des grands-parents procéder à des libéralités au profit de leurs petits-enfants à l'occasion de l'installation de ces derniers* ».

M. HÉRAIL, *Op. cit.*, p. 40.

²¹⁶⁴ Art. 912 et s. C. civ.

²¹⁶⁵ Art. 906 al. 1, tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 9.

²¹⁶⁶ Art. 906 al 3 – préc.

seulement conçu ou tout juste né révèlent une conception objective de toute donation. L'acte est potentiellement étranger aux liens familiaux.

La donation au profit d'un petit-enfant plutôt qu'à un enfant n'est pas tant le fruit d'une inclination affective que d'un choix utile. Il s'agit là d'un autre effet²¹⁶⁷ de l'allongement de l'espérance de vie. « *Lorsque les grands-parents songent à transmettre une partie de leurs biens, leurs propres enfants, le plus souvent quadragénaires, voire quinquagénaires, n'ont pas besoin ou peu besoin d'une aide matérielle. Ce sont le plus souvent les petits-enfants, à l'aube de leur vie sociale et professionnelle, auxquels un apport pécuniaire serait bien utile* »²¹⁶⁸.

738. Les donations entre vifs pâtiennent encore de nombreux *a priori* fondés sur les éventuelles mises en concurrence d'intérêt divers au sein de l'unité familiale. Toutefois, contrairement à la transmission successorale, la donation entre vifs permet au donateur de faire valoir sa volonté dans une temporalité unique. En effet, en matière de transmission successorale, la réalisation évolue entre un premier temps d'expression de la volonté et un second de concrétisation de la volonté. L'acte de volition peut être actif — en présence d'un testament — ou passif — dans le cadre d'une succession *ab intestas*. En situation de donation entre vifs, la volonté de transmission est exprimée dans un même temps. Par ailleurs, cette unité de temps induit une simplification du rapport à la volonté du donateur. Ce dernier peut directement rappeler ou défendre sa propre volonté. La pratique témoigne de l'utilité de la survivance du donateur à l'acte de transfert d'un bien de son patrimoine à celui du donataire. « *La bonne santé des relations familiales se mesure fréquemment à l'aune des transmissions anticipées mais plus encore à l'occasion de l'ouverture de la succession* »²¹⁶⁹.

²¹⁶⁷ V. à ce propos : L. ARRONDEL, B. BARBINTI, A. MASSON, « Inégalité de patrimoine entre générations : les donations aident-elles les jeunes à s'installer ? », *économie et statistiques*, Persée édition, 2014, n° 472-473.

²¹⁶⁸ N. COUZIGOU-SUHAS, « L'art d'être grand-père : de quelques aspects des transmissions intergénérationnelles », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2002, p. 94.

²¹⁶⁹ N. COUZIGOU-SUHAS, *Op. cit.*, loc. cit.

2. *L'évolution souhaitée du régime de donation intergénérationnelle entre vifs*

739. La transmission successorale a perdu son effet traditionnel de soutien à la construction du patrimoine personnel et professionnel de l'enfant. L'héritage du parent survient de manière trop tardive aujourd'hui pour participer à la construction patrimoniale de l'enfant. Eu égard au maintien des règles successorales, la pratique a emprunté d'autres chemins afin de préserver le volet créatif du patrimoine transmis. La voie d'action choisie est largement celle de la donation entre vifs. « *Plus que les legs testamentaires, les donations de biens présents, en particulier de dons manuels de sommes d'argent, constituent un mode libéral particulièrement apprécié des grands-parents et des petits-enfants* »²¹⁷⁰.

Le poids fiscal important pesant sur les donations connaît des exonérations qui ne sont octroyées qu'avec parcimonie (a) et qui pourraient donner lieu à certaines évolutions dans le cadre de la création d'un statut juridique propre à la personne âgée (b).

a. Le poids fiscal de la donation intergénérationnelle entre vifs

740. En vertu du principe d'autonomie de la volonté, tout grand-parent capable peut décider de gratifier chacun de ses petits-enfants. À l'instar de l'ensemble des donations entre vifs, ces libéralités sont soumises à des droits de mutation. Dans l'objectif de favoriser ces transactions qui soutiennent les nouvelles générations, le législateur a fait le choix de renoncer expressément à la perception de droits de mutation à titre gratuit entre vif. Le Code général des impôts s'emploie à organiser l'intention législative tendant à stimuler ces transferts patrimoniaux. Cet effort ne revêt pas la même intensité selon le lien de filiation faisant l'objet de la donation entre vifs. À l'instar des règles propres à l'autorité parentale, la hiérarchisation du lien de filiation est ici prégnante. Pour autant la différence de traitement porte uniquement sur la somme faisant l'objet d'un abattement dans les droits de mutations. Une même période est indifféremment applicable aux degrés de filiation qui unissent les parties. Elle est fixée à quinze ans²¹⁷¹. Cette unité temporelle n'œuvre pas au profit de l'égalité des liens de filiation en matière de donation entre vifs. La mise en concurrence des différents degrés — enfants, petits-enfants, arrière-petits-enfants — est entièrement soumise aux différents abattements consentis. Ceux-ci sont dégressifs en fonction de l'éloignement du lien

²¹⁷⁰ F. SAUVAGE, *La transmission de patrimoine des grands-parents à leurs petits-enfants*, in M. BOURASSIN, Ch. COUTANT-LAPALUS, *Op. cit.*, p. 72.

²¹⁷¹ Art. 790 G CGI, tel que modifié par la L. n° 2012-958 du 16 août 2012 – art. 5 (V), *de finances rectificative pour 2012 (1)*, publiée au JORF n° 0190 du 17 août 2012, p. 13479, texte n° 1.

de filiation. Le lien direct de parenté ouvre droit à un abattement de 100 000 € pour les donations réalisées par parent pour chacun de leurs enfants²¹⁷² — *soit jusqu'à 200 000 € par enfant*. Un abattement de 31 865 € est appliqué aux dons réalisés par les grands-parents au profit de leur petit-enfant²¹⁷³. À l'instar de l'abattement consenti au lien de parenté, il revêt un caractère relatif et peut par conséquent se cumuler. Ainsi un petit-enfant peut recevoir jusqu'à 31 865 € par grand-parent et tous les quinze ans — soit 127 460 € — sans être redevable de droits de mutation²¹⁷⁴. L'effort consenti est de moindre envergure concernant la possibilité de donation des arrière-grands-parents envers leurs arrière-petits-enfants. L'abattement est alors fixé à 5 310 € par arrière-grand-parent et par arrière-petit-enfant²¹⁷⁵. Ces diverses possibilités se trouvent enrichies par le prisme de l'exonération des dons familiaux de sommes d'argent.

741. Le dernier mécanisme d'exonération des dons familiaux de sommes d'argent prévu par l'article 790 G du Code général des impôts décuple le pouvoir de donation de l'ascendant, en prévoyant une autre voie d'accès à une libéralité exemptée de droits de mutation. Le même calibrage temporel de quinze ans est appliqué. En l'espèce un unique plafond, calqué sur l'abattement consenti aux dons gratifiants le lien de filiation secondaire — soit 31 865 € —, permet à l'ascendant de gratifier ses descendants sous certaines conditions. L'unicité du plafond pourrait être analysée comme faisant montre d'égalité entre les générations. Il n'en est rien en réalité car l'ensemble du processus est soumis à des critères d'âges qui contribuent à creuser l'inégalité entre ces dernières. En effet, l'article impose deux conditions cumulatives conditionnant l'accès à l'exonération proposée. Il s'agit d'un double critère d'âge²¹⁷⁶, tenant à la personne du donateur ainsi qu'à celle du donataire. Les deux parties doivent respectivement avoir dépassé l'âge de 80 ans²¹⁷⁷ et 18 ans²¹⁷⁸. Alors que la hauteur de l'abattement consenti a connu une augmentation modeste mais constante²¹⁷⁹, le seuil d'âge applicable au donateur a fait l'objet d'une évolution en deux étapes.

²¹⁷² Art. 779 CGI, tel que modifié par la L. n° 2012-958 du 16 août 2012, préc., art. 5 (V).

²¹⁷³ Art. 790 B al 1 CGI tel que modifié par la L. n° 2012-958 du 16 août 2012 préc., art. 5 (V) : « *Pour la perception des droits de mutation à titre gratuit entre vifs, il est effectué un abattement de 31 865 € sur la part de chacun des petits-enfants* ».

²¹⁷⁴ À cette somme peuvent également être ajoutées celles reçues par les parents — *jusqu'à 200 000 € par enfant*.

²¹⁷⁵ Art. 790 D CGI, tel que modifié par la L. n° 2012-958 du 16 août 2012, préc., art. 5 (V).

²¹⁷⁶ En l'occurrence de deux âge planchers.

²¹⁷⁷ Pour le donateur.

²¹⁷⁸ Pour le donataire.

²¹⁷⁹ Les dons familiaux de sommes d'argent permettaient originellement une exonération de droits de mutation à titre gratuit à hauteur de 30 000 €. Ce montant fut revalorisé régulièrement. Le D. n° 2008-294 du 1^{er} avril 2008 – art. 1, *portant incorporation au code général des impôts de divers textes modifiant et complétant certaines dispositions de ce code*, publié au JORF n° 0078 du 2 avril 2008, p. 5512, texte n° 15, a augmenté la limite à 30 390 € ; Puis celle-ci fut augmentée à 31 272 € par le D. n° 2009-389 du 7 avril 2009 – art. 1, *portant*

Originellement fixé à 65 ans²¹⁸⁰, le mécanisme d'exonération des dons familiaux de sommes d'argent avait vocation à être potentiellement mobilisé deux fois par les donateurs qui pouvaient survivre à deux cycles complets. Bien évidemment, cette possibilité était elle-même soumise à un délai de naissance des enfants et petits-enfants assez restreint. Pour qu'un grand-parent puisse, dès sa soixante-cinquième année gratifier un petit-enfant majeur, il fallait que le donateur ait connu la grand-parentalité à l'âge de 47 ans. L'évolution du seuil d'âge de 65 ans à 80 ans réduit le nombre de donateur survivant au passage de deux cycles complets. En outre, l'article mentionne expressément la potentielle application au bénéfice des arrière-petits-enfants. Eu égard à l'allongement de l'espérance de vie, on imagine que l'hypothèse d'arrière-grands-parents souhaitant gratifier leurs arrière-petits-enfants va se présenter de manière plus fréquente qu'autrefois. Toutefois en l'état, le dispositif ne permet pas — malgré sa rédaction expresse — d'embrasser efficacement cette cause. L'âge moyen auquel les couples donnent naissance à leur premier enfant est de 28,5 ans²¹⁸¹. Pour qu'un arrière-petit-enfant puisse bénéficier d'un don exonéré dans les conditions imposées l'article 790 G²¹⁸², il faudrait que son arrière-grand-parent donateur dépasse le cap des cent ans²¹⁸³. Malgré l'allongement de l'espérance de vie, il arrive rarement qu'un arrière-grand-parent voit la majorité de son arrière-petit-enfant. L'ensemble de ces éléments témoigne de la hiérarchisation classique de la transmission patrimoniale. Soit cette matière n'a pas encore pris le tournant de l'évolution démographique, soit il s'agit du marqueur de la limite des efforts fiscaux consentis par le législateur. Cette dernière possibilité est plus probable, eu égard aux durcissements consécutifs du critère de l'âge du donateur.

incorporation au code général des impôts de divers textes modifiant et complétant certaines dispositions de ce code, publié au JORF n° 0084 du 9 avril 2009, p. 6236, texte n° 12. Le D. n° 2010-421 du 27 avril 2010 – art. 1, *portant incorporation au code général des impôts de divers textes modifiant et complétant certaines dispositions de ce code*, publié au JORF n° 0101 du 30 avril 2010, p. 7847, texte n° 20 a augmenté très légèrement le seuil à 31 395 €. Enfin le D. n° 2011-645 du 9 juin 2011, *portant incorporation au code général des impôts de divers textes modifiant et complétant certaines dispositions de ce code*, publié au JORF n° 0135 du 11 juin 2011, p. 9940, texte n° 6 a fixé le seuil applicable depuis lors à 31 865 €.

²¹⁸⁰ L'article 790 G CGI fut créé par la L. n° 2007-1223 du 21 août 2007 – art. 8 (V), *en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*, publiée au JORF n° 193 du 22 août 2007, p. 13945, texte n° 1.

²¹⁸¹ S. VOLANT, « Un premier enfant à 28,5 ans en 2015 : 4,5 ans plus tard qu'en 1974 », *Division Enquêtes et études démographiques*, INSEE première, 2017, n° 1642.

²¹⁸² Art. 790 G CGI – préc.

²¹⁸³ En ne prenant en compte que les moyennes nationales d'âge moyen pour le premier enfant — soit 28,5 actuellement — multiplié par les trois générations d'ascendants, auxquelles s'ajoutent les 18 années nécessaires à l'arrière-petit-enfant pour remplir la condition de majorité, il faut : $(3 \times 28,5) + 18 = 103,5$ ans.

b. Les évolutions de la donation intergénérationnelle entre vifs

742. Dans l'objectif de prendre part efficacement au tournant démographique, le législateur devra consentir à une évolution du régime propre aux libéralités et notamment aux donations entre vifs. Ces modifications substantielles pourraient participer à l'instauration d'un statut juridique propre à la personne âgée. Dans l'objectif de préserver le rôle fondamental du transfert de patrimoine, certains mécanismes devront être assouplis au profit des nouvelles générations. Ce constat n'est pas nouveau. Le Conseil des prélèvements obligatoires²¹⁸⁴, alors présidé par Monsieur Philippe SÉGUIN, s'était déjà prononcé en 2008 en faveur des donations entre vifs, ainsi que d'« *encourager les transmissions transgénérationnelles, notamment les successions en faveur des petits-enfants* »²¹⁸⁵.

743. La voie d'action envisageable consiste en la revalorisation de l'abattement des droits de mutation à titre gratuit entre vifs consenti au profit des petits-enfants et arrière petits-enfants. La question qui se pose est alors celle de la hauteur à donner à cette revalorisation. Une réponse se trouve au cœur du mécanisme actuel. Une certaine philosophie fiscale a conduit le législateur à mettre un terme à l'augmentation pourtant constante²¹⁸⁶, de l'abattement des droits de mutation à titre gratuit sur les donations consenties d'un parent à son enfant. Depuis 2012²¹⁸⁷, cet abattement est figé à 100 000 € par parent et par enfant. Le processus de revalorisation pourrait être fondé sur une logique propre aux rapports entre chacun des liens de parenté. En maintenant l'abattement reconnu aux dons gratifiant le lien parental — 1^{er} degré de filiation — à 100 000 € par parent²¹⁸⁸ et par tranche de quinze ans, alors l'abattement consenti aux petits-enfants devrait être fixé à la moitié — soit 50 000 €. Ce nouvel abattement serait davantage représentatif et cohérent avec la logique de “cadeau fiscal” au lien de filiation. Plutôt que de conserver les termes actuels — « *Pour la perception des droits de mutation à titre gratuit entre vifs, il est effectué un abattement de 30 390*

²¹⁸⁴ Tel que créé par la L. n° 2005-358 du 20 avril 2005, *tendant à créer un Conseil des prélèvements obligatoires (I)*, publiée au JORF n° 93 du 21 avril 2005, p. 6973, texte n° 2.

²¹⁸⁵ Conseil des prélèvements obligatoires, *La répartition des prélèvements obligatoires entre générations et la question de l'équité intergénérationnelle*, novembre 2008.

²¹⁸⁶ Notamment depuis la L. n° 2007-1223 du 21 août 2007 – préc., art. 8, 9 et 10. L'abattement a connu son apogée à 159 325 € avec le D. n° 2011-645 du 9 juin 2011 – préc., art. 1.

²¹⁸⁷ L. n° 2012-958 du 16 août 2012 – art. 5 (V), *de finances rectificatives pour 2012 (I)*, publiée au JORF n° 0190 du 17 août 2012, p. 13479, texte n° 1.

²¹⁸⁸ En effet ces abattements sont cumulatifs. Le seuil de 100 000 € ne représente que la part d'un parent au profit de l'enfant. Ainsi la parenté complète accède à un abattement de 200 000 €.

euros sur la part de chacun des petits-enfants »²¹⁸⁹ —, le premier alinéa²¹⁹⁰ de l'article 790 B du Code général des impôts²¹⁹¹ pourrait évoluer en ce sens :

“Pour la perception des droits de mutation à titre gratuit entre vifs, il est effectué un abattement de 50 000 € sur la part de chacun des petits-enfants”.

Selon un même raisonnement, l'abattement de 25 000€ consenti aux dons gratifiants les arrière-petits-enfants serait établi en vertu de sa nature de troisième degré de filiation. De la même manière l'article 790 D²¹⁹² : « Pour la perception des droits de mutation à titre gratuit entre vifs, il est effectué un abattement de 5 065 euros sur la part de chacun des arrière-petits-enfants du donateur », pourrait suivre la formulation suivante :

“pour la perception des droits de mutation à titre gratuit entre vifs, il est effectué un abattement de 25 000 € sur la part de chacun des arrière-petits-enfants du donateur”.

744. Un raisonnement identique peut s'appliquer aux dons familiaux de sommes d'argent, dont une exonération est d'ores et déjà prévue par l'article 790 G suivant. Le législateur a pris soin, dans la formulation actuelle, de préserver une unicité de seuils exonératoires. La limite de 31 865 € s'applique aux dons quelconques réalisés par les grands-parents au profit de leurs petits-enfants, ainsi qu'à l'hypothèse des dons familiaux de sommes d'argent. Dans ce dernier cas, le même seuil s'applique indifféremment du degré de filiation. Enfants, petits-enfants, arrière-petits-enfants et à défaut d'eux les neveux, nièce, petits-neveux ou petites-nièces sont cités en un même temps. Afin de conserver cette cohérence, la “nouvelle limite” de 50 000 € devrait être appliquée à cette hypothèse. Néanmoins, eu égard aux critiques soulevées quant au manque d'effectivité du mécanisme au profit des arrière-petits-enfants, les conditions cumulatives d'âge des parties devraient subir des évolutions. En la matière, la condition d'âge du donateur ne pose aucun problème. La condition de majorité du donataire pourrait en revanche être retirée concernant les

²¹⁸⁹ Art. 790 B al 1 CGI – préc.

²¹⁹⁰ Le second alinéa resterait inchangé.

²¹⁹¹ Art. 790 B CGI – préc.

²¹⁹² Art. 790 D CGI – préc.

arrière-petits-enfants. Dès lors l'article 790 G I du Code général des impôts pourrait répondre à la formulation suivante :

“Les dons de sommes d'argent consentis en pleine propriété au profit d'un enfant, d'un petit-enfant, d'un arrière-petit-enfant ou, à défaut d'une telle descendance, d'un neveu ou d'une nièce ou par représentation, d'un petit-neveu ou d'une petite-nièce sont exonérés de droits de mutation à titre gratuit dans la limite de 50 000 €.

Cette exonération est subordonnée au respect des conditions suivantes :

1° Le donateur est âgé de moins de quatre-vingts ans, ou de moins de soixante-cinq ans lorsqu'il consent le don à un enfant ou à un neveu ou une nièce, au jour de la transmission ;

2° Le donataire est âgé de dix-huit ans révolus ou a fait l'objet d'une mesure d'émancipation au jour de la transmission.

Cette disposition ne s'applique pas aux dons consentis aux arrière-petits-enfants

Le plafond de 50 000 € est applicable aux donations consenties par un même donateur à un même donataire”.

745. La soutenabilité financière de cet effort fiscal ne manquera pas d'être soulevée. L'ensemble du mécanisme pourrait être soumis à une nouvelle condition devant justifier à elle seule une utilité sociale suffisamment solide. Pour ce faire, il serait possible d'assortir le procédé d'exonération des droits de mutation dans le cadre de dons familiaux de sommes d'argent, d'une version émule du “pacte Dutreil”²¹⁹³ consacré par l'article 787 B du Code général des impôts²¹⁹⁴. En vertu de cet article, « *sont exonérées de droits de mutation à titre gratuit, à concurrence de 75 % de leur valeur, les parts ou les actions d'une société ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, transmises par décès ou entre vifs* »²¹⁹⁵. Certaines conditions doivent être remplies pour bénéficier de ces avantages fiscaux. Le donataire doit consentir à un engagement collectif de conservation pour une durée supérieure à deux ans²¹⁹⁶ et portant sur un certain

²¹⁹³ Ch. BONHOMME, D. MATHÉLIE GUINLET, « Le pacte Dutreil : formalités », *Juris défi*, Coll. Pratique, 2013, < http://www.jurisdefi.com/upload/fichiers/publications/PLAQUETTE_PACTE_DUTREIL.pdf > [en ligne] [consulté le 19 octobre 2017].

²¹⁹⁴ Art. 787 B CGI, tel que modifié par la L. n° 2016-1918 du 29 décembre 2016 – art. 31 (V), *de finances rectificative pour 2016*, publiée au JORF n° 0303 du 30 décembre 2016, texte n° 2.

²¹⁹⁵ Art. 787 B CGI – préc.

²¹⁹⁶ Art. 787 B a° CGI – préc.

pourcentage des droits financiers et droits de vote rattachés aux titres émis par la société²¹⁹⁷. En outre, l'article prévoit que les héritiers donataires ou légataires s'engagent à conserver les parts ou actions transmises pour une durée minimale de quatre ans²¹⁹⁸. Dans le cadre d'un projet de revalorisation de l'exonération des droits de mutations dans le cadre des dons familiaux en sommes d'argent, il serait envisageable de sécuriser une partie de l'abattement consenti, et de soumettre l'autre à une condition de réinvestissement en parts ou actions d'une création de société activité industrielle, commerciale artisanale, agricole ou libérale par le donataire.

II. LE SOUTIEN INTERGÉNÉRATIONNEL PROGRAMMÉ AU PROFIT DES PETITS-ENFANTS

746. L'acte de volition programmant le transfert du patrimoine d'un individu à ses descendants, lui permet de s'inscrire dans une dimension temporelle qui le dépasse. Il permet également de participer à la création ou au renforcement du patrimoine de ses héritiers. Ces deux volets d'utilité évoluent en deux temps différents, bien que ce phénomène soit davantage prégnant en matière de transmission successorale plutôt que pour les donations entre vifs. L'acte *in abstracto* se concrétise dès la rédaction testamentaire, tandis que la transmission successorale se réalise *in concreto* dans un temps ultérieur. Cette division temporelle n'existe pas de façon aussi marquée en matière de libéralités entre vifs puisque les différents effets de la transmission se rencontrent.

En vertu de l'article 1075 du Code civil²¹⁹⁹, le partage peut répondre au mode de la libéralité ou à celui de la transmission testamentaire. L'article 1075-1²²⁰⁰ suivant dispose d'une extension de cette possibilité au profit des descendants de différents degrés. Ainsi, enfant et petits-enfants peuvent d'ores et déjà bénéficier d'une donation-partage (A) ou d'un testament-partage (B).

²¹⁹⁷ Art. 787 B b° CGI – préc.

²¹⁹⁸ Art. 787 B c° CGI – préc.

²¹⁹⁹ Art. 1075 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 9, 21 et 22.

²²⁰⁰ Art. 1075-1 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 9, 21 et 22.

A. LA DONATION-PARTAGE

747. Parmi les options de partage du patrimoine entre ses différents héritiers, présomptifs ou non présomptifs, du même degré ou de degrés différents, le disposant peut faire le choix de distribuer son patrimoine de son vivant²²⁰¹ (1). Son acte de volition reste limité par les règles de droit commun (2).

1. L'utilité technique de la donation-partage

748. Le mécanisme de la donation-partage originel permettant au donateur de prévoir la distribution de son patrimoine (a) connaît depuis une dizaine d'années une dimension intergénérationnelle lui permettant aujourd'hui d'allotir directement ses petits-enfants (b).

a. Le principe de la donation-partage

749. La donation-partage permet au disposant de participer activement à la distribution de son patrimoine. « Cette donation peut indifféremment rassembler des biens anciennement donnés avec des biens nouvellement donnés, ou ne comprendre exclusivement que l'un ou l'autre de ces biens »²²⁰². Elle peut faire l'objet d'actes séparés et donc d'une mise en œuvre en deux temps. C'est ce qu'il ressort du second alinéa de l'article 1076 du Code civil. « La donation et le partage peuvent être faits par actes séparés pourvu que le disposant intervienne aux deux actes »²²⁰³. Le disposant organise l'attribution de ses biens parmi ses héritiers, réservataires ou non. La donation-partage répond au mode de donation²²⁰⁴ entre vifs²²⁰⁵ et doit répondre à la forme authentique²²⁰⁶. Les biens donnés entreront le cas échéant dans la comptabilité des parts dévolues. Le législateur prévoit un contrôle de la valeur des lots partagés. En vertu de l'article 1078 du Code civil²²⁰⁷, les biens donnés

²²⁰¹ En revanche, Extrait de l'art. 1077-2 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 9, 21 et 23 « l'action en réduction ne peut être introduite qu'après le décès du disposant qui a fait le partage. En cas de donation-partage faite conjointement par les deux époux, l'action en réduction ne peut être introduite qu'après le décès du survivant des disposants, sauf pour l'enfant non commun qui peut agir dès le décès de son auteur ».

²²⁰² La donation-partage, Dalloz action édition, Coll. Droit patrimonial de la famille, pt. 613.51.

²²⁰³ Art. 1076 al 2 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 9, 21 et 23.

²²⁰⁴ Art. 894 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 9.

²²⁰⁵ Art. 1077-2 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 9, 21 et 23.

²²⁰⁶ Art. 931 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 9.

²²⁰⁷ Art. 1078 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 9, 21 et 23.

sont évalués au jour de la donation-partage. Ici réside l'intérêt pécuniaire de la donation-partage : en la possibilité de gel de la valeur du bien donné.

750. La prise en compte de la valeur du bien donné est figée à l'instant de réalisation de la donation. La jurisprudence a eu l'occasion de se saisir de cette caractéristique. C'est ainsi que la première chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée en faveur d'une analyse de la valeur des biens donnés au moment de la donation-partage et indépendamment de la valeur indiquée sur l'acte lui-même. Cette position fut notamment exprimée dans un arrêt rendu le 4 novembre 2015²²⁰⁸. Elle fut confirmée quelques mois plus tard. « *Pour le calcul de la réserve, les biens donnés doivent être estimés à leur valeur réelle au jour de la donation-partage, quelles qu'aient pu être celles énoncées à l'acte* »²²⁰⁹. L'éventuelle prise de valeur du ou des biens donnés devient indifférente. Ainsi le disposant peut bénéficier d'une plus grande marge de manœuvre concernant le partage de son patrimoine sans aller à l'encontre des règles de réserve héréditaire²²¹⁰ qui lui imposent un traitement équivalent de chacun de ses héritiers réservataires. Pourtant cette règle n'est pas d'ordre public et peut par conséquent être écartée conventionnellement. L'article dispose expressément de la possibilité pour le disposant de conclure une convention contraire. La réalisation de cette faculté peut compromettre l'intérêt fiscal, à moins que le bien donné fasse l'objet d'une dévaluation importante entre le moment de donation et le décès du disposant — ce serait dès lors avantageux fiscalement pour le donataire.

751. L'absence d'incidence de la valeur du bien au moment de la liquidation de la succession emporte des conséquences de taille. Lorsqu'un bien donné par le biais d'une donation-partage prend de la valeur durant le laps de temps écoulé entre l'acte de donation et le décès du disposant, le gain de valeur ne sera pas pris en compte lors du calcul des parts dévolues par le prisme des règles de réserve héréditaire. Par le truchement de ce mécanisme juridique, le législateur offre une emprise au disposant quant au partage de ses droits et de ses biens. Dans une même veine, il apparaît que l'acte de donation-partage n'a pas à relater l'existence d'un contrat d'assurance vie, que celui-ci bénéficie à un tiers ou à un des copartageants. Le 16 décembre 2015, la première chambre civile de la Cour de cassation a estimé que « *ne commet pas un dol le donateur qui, lors de la conclusion*

²²⁰⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 2015, n° 14-23662, publié au bulletin.

²²⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 2016, n° 15-16160, publié au bulletin.

²²¹⁰ Art. 912 C. civ., tel que créé par la L. n° 2006-727 du 23 juin 2006 – préc., art. 9, 11 et 12 : « *La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent. La quotité disponible est la part des biens et droits successoraux qui n'est pas réservée par la loi et dont le défunt a pu disposer librement par des libéralités* ».

*d'une donation-partage, garde le silence sur l'existence d'un contrat d'assurance vie souscrit par lui au profit de l'un des copartageants et d'une donation consentie à un tiers qui n'est pas partie à la donation-partage »*²²¹¹.

b. La pratique de la donation-partage intergénérationnelle

752. Le souhait d'une circulation simplifiée entre les générations avait été émis à l'occasion du 96^{ème} Congrès des Notaires de France²²¹². Considéré comme la "fille légitime de l'allongement de la durée de vie"²²¹³, cette proposition fut largement relayée par la doctrine²²¹⁴ avant de recevoir une consécration légale par le prisme de la loi du 23 juin 2006²²¹⁵. À ce titre, cette évolution fut largement encensée²²¹⁶. La pratique de la donation-partage est désormais assortie d'une envergure transgénérationnelle qui lui permet de toucher non pas un, mais bien deux degrés de filiation différents. La donation-partage offre la possibilité de « *dépasser le simple degré successif des enfants par rapport à leurs parents pour s'inscrire, au deuxième degré, dans le cadre d'une transmission filiale bénéficiant aux petits-enfants* »²²¹⁷.

753. Au-delà de l'exposition du principe de possibilité de transmission intergénérationnelle exposé par l'article 1075-1 du Code civil²²¹⁸, le législateur a pris soin de préciser et d'exposer cette caractéristique en matière de donation-partage. En vertu des articles 1078-4 et suivants, les petits-enfants²²¹⁹ peuvent bénéficier de ce mécanisme. Leur accession à la donation-partage exécutée par leurs grands-parents est soumise à la volonté des parents. Il en va ainsi du fait du caractère indirect

²²¹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 16 décembre 2015, n° 14-29.285, publié au bulletin.

²²¹² 96^{ème} Congrès des Notaires de France, troisième commission : les transmissions anticipées, 2000 ; R. GENTILHOMME, « Donation-partage transgénérationnelle et usufruit successif », *Defrénois*, Lextenso édition, 2015, n° 9, p. 496 : « *La donation-partage transgénérationnelle est née sous les meilleurs auspices. Elle naquit d'un père inspiré, fut dotée d'un parrain dont la foi en l'innovation juridique était chevillée au corps et reçut le baptême législatif par l'onction du grand prêtre du droit successoral moderne. Arnaud HOUIS, rapporteur de la troisième commission du 96^{ème} congrès des notaires de France, fut son créateur. Michel Grimaldi, qui veillait sur les travaux du même congrès en qualité de rapporteur de synthèse, encouragea l'émergence de ce nouveau concept. Pierre CATALA transforma le vœu, voté à l'unanimité par l'assemblée des notaires, en un chiffre biblique de sept articles qui trouvèrent place au sein du Code civil* ».

²²¹³ R. GENTILHOMME, « Vive la réincorporation à la masse d'une donation-partage transgénérationnelle ! », *Defrénois*, Lextenso édition, 2011, n° 2, p. 153.

²²¹⁴ J. CARBONNIER, P. CATALA, J. DE SAINT-AFFRIQUE, G. MORIN, *Des libéralités : une offre de loi*, Ed. Defrénois, 2003, p. 103.

²²¹⁵ L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc.

²²¹⁶ Ph. MALAURIE, « La réforme des successions et des libéralités », *Defrénois*, Lextenso édition, 2006, n° 22, p. 1719.

²²¹⁷ R. GENTILHOMME, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²²¹⁸ Art. 1075-1 C. civ. – préc.

²²¹⁹ La présence des vocables "descendants" ou "descendants d'un degré subséquent" suggère que l'hypothèse de donation-partage intergénérationnelle ne concerne que le degré des petits-enfants.

du lien de filiation ainsi que du bon déroulement du processus. La volonté expresse et saine du degré “sacrifié” est recherchée, ainsi que des descendants gratifiés par ce renoncement à la donation-partage²²²⁰. Ainsi, « *lorsque l'ascendant procède à une donation-partage, ses enfants peuvent consentir à ce que leurs propres descendants y soient allotis en leur lieu et place, en tout ou partie* »²²²¹.

La capacité du donateur, ainsi que celle « *du donataire, à la fois copartageant et copartagé* »²²²² sont nécessaires. Le mécanisme offre une réelle possibilité d'accession des petits-enfants²²²³ à la donation-partage du patrimoine de leurs grands-parents. La renonciation de l'enfant n'a pas à être totale et peut ne concerner qu'une partie²²²⁴ des biens visés. La volonté est ici suffisamment libre pour choisir le renoncement global ou partiel. Dès lors, « *dans la succession de l'enfant qui a consenti à ce que ses propres descendants soient allotis en son lieu et place, les biens reçus par eux de l'ascendant sont traités comme s'ils les tenaient de leur auteur direct* »²²²⁵. Par ailleurs cette volonté est personnelle et relative. En cas de pluralité d'enfants, le renoncement de l'un d'eux au profit de ses propres enfants n'emporte pas de conséquences sur les autres. En cette hypothèse, « *les droits sont liquidés en fonction du lien de parenté entre l'ascendant donateur et les descendants allotis* »²²²⁶. Pour autant, malgré l'utilité du volet transgénérationnel de la donation-partage, celle-ci reste peu mobilisée en pratique.

2. Les limites de la donation-partage

754. Le législateur prévoit une large faculté de distribution des droits et des biens qui composent le patrimoine d'une personne entre ses différents héritiers présomptifs. Il a gratifié les mécanismes utiles d'une assise²²²⁷ non négligeable. Cependant la présence de cette organisation de transmission

²²²⁰ Art. 1078-5 al 2 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 23 : « *Elle requiert le consentement, dans l'acte, de l'enfant qui renonce à tout ou partie de ses droits, ainsi que de ses descendants qui en bénéficient. La libéralité est nulle lorsque le consentement du renonçant a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence* ».

²²²¹ Art. 1078-4 al 1 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 23.

²²²² Ph. MALAURIE, C. BRENNER, *Op. cit.*, p. 623.

²²²³ Aux petits-enfants ou à d'autres descendants ; Cf. Ph. MALAURIE, C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, Ed. LGDJ – Lextenso, Coll. Droit civil, 7^{ème} édition, 2016, p. 617.

²²²⁴ Art. 1078-4 al 1 *in fine* C. civ. – préc.

²²²⁵ Art. 1078-9 al 1 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 23.

²²²⁶ Extrait de l'art. 784 B CGI, tel que créé par la L. n° 2006-1771 du 30 décembre 2006 – art. 43 (V), *de finances rectificative pour 2006*, publiée au JORF n° 0303 du 31 décembre 2006, p. 20228, texte n° 2.

²²²⁷ Ainsi l'article. 1075-3 C. civ., prévoit que la donation-partage tout comme le testament-partage ne puissent être inquiétés par une éventuelle action en complément de part pour cause de lésion.

Art. 1075-3 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 22.

patrimoniale n'est pas absolue. La donation-partage présente certaines limites propres à son modèle originel ainsi qu'à son volet intergénérationnel.

Les possibilités d'action offertes par la donation-partage pour l'organisation de la transmission du patrimoine ne sont pas absolues. La pratique reste limitée aux biens expressément visés²²²⁸ par le disposant, et le mécanisme connaît des limites tenant tant aux personnes alloties (a) qu'aux droits et biens visés (b).

a. Les limites personnelles de la donation-partage

755. L'état de droit antérieur à la loi de 2006 ne connaissait qu'une version éthérée de la donation-partage. « *Sauf lorsqu'elle avait pour objet une entreprise individuelle, la donation-partage ne pouvait donc profiter qu'aux enfants et autres descendants du disposant* »²²²⁹. La loi du 23 juin 2006²²³⁰ a opéré un élargissement de fond quant aux potentiels bénéficiaires d'une donation-partage. Désormais le premier alinéa de l'article 1075 du Code civil²²³¹ prévoit la faculté générale de distribution et de partage de ses biens et droits entre ses héritiers présomptifs. Cette dénomination est résolument plus large que l'ancienne référence aux "enfants et descendants" en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1972²²³². Malgré cela, la principale limite personnelle de la donation-partage tient au fait qu'elle ne puisse aller à l'encontre des règles concernant les parts de réserve. Le gel de la valeur des biens partagés confère une certaine maîtrise du disposant sur le partage de son patrimoine. Cette faculté reste soumise aux règles propres à la donation entre vifs, y compris lorsqu'un degré choisit de renoncer à sa part au profit de ses propres descendants²²³³.

756. La donation-partage intergénérationnelle constitue une réelle prouesse législative, par laquelle il est possible de surmonter la règle traditionnelle de la réserve héréditaire. L'insertion d'une génération supplémentaire au concours de la donation-partage est relativement protégée par

²²²⁸ Art. 1075-5 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 22 : « *Si tous les biens ou droits que le disposant laisse au jour de son décès n'ont pas été compris dans le partage, ceux de ses biens ou droits qui n'y ont pas été compris sont attribués ou partagés conformément à la loi* ».

²²²⁹ Ph. MALAURIE, C. BRENNER, *Op. cit.*, loc. cit.

²²³⁰ L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc.

²²³¹ Art. 1075 C. civ. – préc.

²²³² Version maintenue par la L. n° 71-623 du 3 juillet 1971 – art. 11, modifiant certaines dispositions du code civil relatives aux rapports de succession, à la réduction des libéralités excédant la quotité disponible et à la nullité de la rescision pour lésion et à la réduction dans les partages d'ascendants, publiée au JORF du 4 juillet 1971, p. 6515, ainsi que par la L. n° 88-15 du 5 janvier 1988, relative au développement et à la transmission des entreprises, publiée au JORF du 6 janvier 1988, p. 220.

²²³³ Art. 1078-9 al 2 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 23.

la règle du partage par souche²²³⁴. Les héritiers réservataires sont malgré tout protégés par la lettre de l'article 1077-1 du même Code, qui dispose du fait que : « *L'héritier réservataire, qui n'a pas concouru à la donation-partage, ou qui a reçu un lot inférieur à sa part de réserve, peut exercer l'action en réduction, s'il n'existe pas à l'ouverture de la succession des biens non compris dans le partage et suffisants pour composer ou compléter sa réserve, compte tenu des libéralités dont il a pu bénéficier* »²²³⁵. En outre, la donation-partage intergénérationnelle ne répond pas de manière absolue aux souhaits de la pratique. « *D'autres techniques peuvent aussi parvenir à un résultat sensiblement équivalent et qui, parfois, sont même fiscalement plus avantageux : une libéralité graduelle ou une donation faite directement au petit-enfant* »²²³⁶.

b. Les limites matérielles de la donation-partage

757. La présence d'un acte de donation-partage ou d'un testament-partage reste limitée aux biens visés par le disposant²²³⁷. La donation-partage ne constitue pas une "feuille de route" de transition patrimoniale. Lorsque le disposant n'a pas attribué la totalité de ses biens, ceux-ci le seront à la suite de son décès en application de l'article 1075-5²²³⁸ et des règles de droit commun²²³⁹. En sus de cette limite, au sein d'un premier alinéa de l'article 1076 du Code civil²²⁴⁰, le législateur a procédé à la délimitation de la donation-partage aux seuls biens présents. Elle ne peut *a contrario* concerner les biens futurs du disposant — contrairement au testament-partage. Dans une même dynamique l'autorité prétorienne a eu l'occasion de préciser à plusieurs reprises²²⁴¹ qu'il ne peut y avoir de donation-partage « *que dans la mesure où l'ascendant effectue une répartition matérielle des biens donnés entre ses descendants* »²²⁴². Par conséquent, l'acte qui ne procède qu'à la distribution de droits indivis ne peut être qualifié de donation-partage.

758. Malgré un champ d'application large²²⁴³, la donation-partage n'est pas en mesure de concurrencer d'autres modes de transmission patrimoniale. La donation-partage ne concerne pas

²²³⁴ Art. 1078-6 al 1 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 23.

²²³⁵ Art. 1077-1 C. civ., tel que modifié par tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 9, 21 et 23.

²²³⁶ Ph. MALAURIE, *Op. cit.*, p. 8.

²²³⁷ Art. 1075-5 C. civ. – préc.

²²³⁸ Art. 1075-5 C. civ., tel que créé par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 22.

²²³⁹ V. à ce propos : Ph. MALAURIE, C. BRENNER, *Op. cit.*, p. 620.

²²⁴⁰ Art. 1076 al 1 C. civ. – préc.

²²⁴¹ *Dans un même sens* : Cass. civ. 1^{ère}, 5 décembre 1978, n° 77-12.330, publié au bull. 1978, I, n° 376 ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 avril 1985, n° 84-11.908, publié au bull. 1985, I, n° 118 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 novembre 2013, n° 12-25.681, publié au bull. 2013, I, n° 223.

²²⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2013, n° 11-21.892, publié au bull. 2013, I, n° 34.

²²⁴³ R. GENTILHOMME, « L'anticipation du décès du disposant d'une donation-partage transgénérationnelle », *Defrénois*, Lextenso édition, 2016, n° 19, p. 1014.

uniquement le patrimoine personnel du disposant et embrasse également son patrimoine professionnel. Cette amplitude donne de l'ampleur à la donation-partage qui embrasse l'ensemble du patrimoine de la personne. De ce fait, le dirigeant d'entreprise peut opter pour une donation-partage. L'article 1075-2 du Code civil dispose du fait que « *si ses biens comprennent une entreprise individuelle à caractère industriel, commercial, artisanal, agricole ou libéral ou des droits sociaux d'une société exerçant une activité à caractère industriel, commercial, artisanal, agricole ou libéral et dans laquelle il exerce une fonction dirigeante, le disposant peut en faire, sous forme de donation-partage [...] sous réserve des conditions propres à chaque forme de société ou stipulées dans les statuts* »²²⁴⁴. Cette possibilité existait déjà depuis la loi du 5 janvier 1988²²⁴⁵. Par ailleurs, il existe d'autres moyens de transmission avantageux du patrimoine professionnel.

B. LA TRANSMISSION SUCCESSORALE AUX PETITS-ENFANTS

759. La volonté de transmission par voie successorale représente une double dimension, à la fois profondément altruiste et fondamentalement personnelle. Grâce à l'allongement de l'espérance de vie, plus de générations sont amenées à se fréquenter. Cela a conduit au déplacement de la temporalité de la transmission successorale. Ainsi les parents survivent à la période de construction du patrimoine personnel et professionnel de leurs enfants. Leur décès survient globalement aujourd'hui autour de la construction du patrimoine de la génération suivante — leurs petits-enfants. Par conséquent certains grands-parents font le choix de gratifier cette nouvelle génération de certains de leurs droits et biens. Ce faisant leur patrimoine prend davantage de profondeur temporelle, puisqu'il ne passe pas d'une génération à une autre mais bien d'une génération à deux autres.

La transmission successorale intergénérationnelle permet de préserver la vocation constructive de patrimoine des nouvelles générations. La transmission *post mortem* au profit des petits-enfants est normalement limitée à la quotité disponible (1). La pratique du testament-partage intergénérationnel permet cependant de mobiliser les parts dévolues aux héritiers réservataires (2), et témoigne de l'adaptation de la pratique de transmission à la transition démographique (3).

²²⁴⁴ Art. 1075-2 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 9, 21 et 22 : « Cette libéralité est faite sous réserve que les biens corporels et incorporels affectés à l'exploitation de l'entreprise ou les droits sociaux entrent dans cette distribution et ce partage, et que cette distribution et ce partage aient pour effet de n'attribuer à ces autres personnes que la propriété ou la jouissance de tout ou partie de ces biens ou droits ».

²²⁴⁵ L. n° 88-15 du 5 janvier 1988, *relative au développement et à la transmission des entreprises*, publiée au JORF du 6 janvier 1988, p. 220.

1. La transmission successorale intergénérationnelle

760. La vocation patrimoniale créative de l'acte de transmission se trouve soumise aux phénomènes démographiques. À ce titre, la transmission par voie testamentaire revêt aujourd'hui un caractère qui tend à transcender les générations (a). Pour autant la transmission successorale intergénérationnelle reste traditionnellement inscrite dans sa vocation de transmission d'un patrimoine familial dépassant les différentes individualités (b).

a. L'intérêt de la transmission successorale intergénérationnelle

761. L'évolution de l'espérance de vie marque sensiblement le rapport de l'individu à son patrimoine ainsi qu'à sa transmission. Une espérance de vie faible à modérée a pour effet de limiter la cession du patrimoine à une seule nouvelle génération. Le transfert du patrimoine d'une génération intervenant relativement tôt dans le parcours de vie d'une seconde génération, confère à l'acte de transmission une valeur particulière. Le rôle historique de l'héritage successoral est notamment de permettre aux enfants de construire leur propre patrimoine tant personnel que professionnel. Les parents décédaient alors que leurs enfants se trouvaient encore dans une phase de construction de leur propre patrimoine. Les biens alors transmis permettaient de parachever et de renforcer le patrimoine de l'enfant. L'augmentation significative de l'espérance de vie a eu pour effet de retarder corrélativement la période de transmission. Ce déplacement de l'allotissement dans le parcours de vie modifie substantiellement la portée de l'acte de transmission. Aujourd'hui les enfants n'ont vocation à hériter de leurs parents de façon bien plus tardive. Ils sont eux même devenus des parents voire des grands-parents. Leur propre avancement dans le parcours de vie induit un glissement du rôle de la transmission patrimoniale par voie testamentaire. Le patrimoine de l'ascendant ne sert plus à construire le patrimoine des enfants. Il prête tout au plus son concours à son renforcement.

762. L'étude de la pratique révèle de façon assez significative l'adaptation de la démarche de transmission à l'évolution de l'espérance de vie. La volonté de transmission patrimoniale reste intacte *in abstracto*. La durée de vie n'influence pas l'aspiration à la passation du patrimoine. Elle influence pourtant un de ses caractères accessoires. En d'autres termes, le "pourquoi ?" — dans le sens de la motivation de la transmission — ne change pas, mais le "pour quoi ?" — dans le sens de la mobilisation des biens transmis — évolue. La raison de la transmission correspond à la vocation quasi universelle du lien de parentalité. La philosophie, de concert avec certains courants théologiques ou ésotériques, considèrent cette volonté de transmission, comme la manifestation d'une projection de l'existence individuelle. Le disposant aspirerait en réalité à projeter son

existence, ou du moins certains éléments de son existence, à travers la génération suivante. De cette manière il accède de façon partielle et lacunaire à l'immortalité. Si cette motivation transcende les époques, l'utilité concrète du bien transmis est soumise à davantage de fluctuations.

La valeur traditionnelle de la transmission — en ce qu'elle donne les moyens à la seconde génération de construire son propre patrimoine —, se trouve affectée par des considérations temporelles. Puisque l'ascendant vit plus longtemps, le descendant doit construire son propre patrimoine de façon plus autonome. La vocation constructiviste de la transmission successorale n'est pas totalement soumise aux effets de la transition démographique. L'épanouissement temporel de la vie n'a pas fait disparaître l'objectif accessoire de participer à la création du patrimoine des générations suivantes. Elle a au contraire trouvé certaines voies de résistance. Ainsi, pour préserver le caractère accessoire de la transmission, il faut nécessairement lui trouver un nouvel objet. De cette manière, certains ascendants optent de façon assez franche pour l'allotissement de leurs petits-enfants plutôt que de leurs enfants. Ainsi le rôle de soutien de la transmission patrimoniale en matière de construction ou d'aide à la construction du patrimoine d'une génération descendante est assuré.

b. La pratique de la transmission successorale intergénérationnelle

763. La libéralité répond à un objectif à la fois quantitatif et qualitatif. Quelle que soit la forme usitée pour procéder au transfert du patrimoine — donation ou succession —, la volonté de transmission peut être orientée autour d'un intérêt pécuniairement quantifiable. L'inverse est également vrai. La transmission patrimoniale intergénérationnelle répond particulièrement à cette double qualité. Le choix de gratifier une génération plutôt qu'une autre doit être le fruit d'une véritable réflexion de la part du donataire. La valeur réelle du bien donné doit être contrebalancée par l'objectif souhaité — le bénéfice du donataire — ainsi que de sa capacité future à entretenir le bien. Pour les raisons qui découlent de cette réflexion, certains grands-parents préféreront transmettre à leurs petits-enfants deux types de biens distincts : les biens mobiliers incorporels et les biens liés à l'histoire familiale.

764. Plusieurs études furent consacrées au "geste de transmission" et à ses différentes émanations. « *L'analyse des liens qui supportent la transmission (qui donne, qui reçoit, et qui ne reçoit pas ?) a été croisée avec celle des biens qui circulent (quels objets, de quelles valeurs ?)* »²²⁴⁶.

²²⁴⁶ B. MORTAIN, *Op. cit.*, p. 48.

La valeur ou la nature du bien — meuble ou immeuble — apparaît indifférente à l'attachement potentiel du donateur et du donataire au bien. Ce même attachement peut également être à l'origine de conflits de fond importants au niveau de la structure familiale. Le législateur n'est pas étranger à la valeur de certains biens liés à l'histoire familiale. Ainsi, les articles L. 112-2²²⁴⁷ et R. 112-2²²⁴⁸ du Code des procédures civiles d'exécution disposent de l'insaisissabilité des «souvenirs à caractère personnel ou familial». La jurisprudence se charge de la transposition matérielle de cette notion. Ainsi sont considérées comme «*des souvenirs à caractère personnel ou familial, insaisissables, les objets ayant un rapport direct avec le débiteur ou sa famille et présentant une grande valeur affective*»²²⁴⁹. La nécessité de la valeur affective fait l'objet d'une jurisprudence constante²²⁵⁰. En outre cette valeur se double en matière de transmission non pas aux enfants mais aux petits-enfants. Il apparaît que ce dernier mode de transmission soit davantage guidé par une inclination affective. La transmission — donation ou succession — aux petits-enfants saute un degré de génération. Par-là les petits-enfants apportent une profondeur généalogique certaine. En matière de transmission de biens de famille, la répartition est d'autant plus aléatoire qu'elle est guidée par l'affect. L'implication²²⁵¹ du petit-enfant dans l'histoire familiale est également prise en ligne de compte.

2. La pratique du testament-partage

765. Le partage patrimonial est une pratique consacrée par le Code civil selon les formes de la donation entre vifs ou de la dotation testamentaire. L'article 1075 prévoit à ce propos que «*toute personne peut faire, entre ses héritiers présomptifs, la distribution et le partage de ses biens et de ses droits*»²²⁵². Et le législateur d'ajouter : «*Cet acte peut se faire sous forme de donation-partage ou de testament-partage*»²²⁵³. La disposition poursuit en précisant que la pratique du testament-

²²⁴⁷ Art. L. 112-2 CPCE, tel que créé par l'Ord. n° 2011-1895 du 19 décembre 2011, *relative à la partie législative du code des procédures civiles d'exécution*, publiée au JORF n° 0294 du 20 décembre 2011, texte n° 15.

²²⁴⁸ Art. R. 112-2 CPCE, tel que créé par le D. n° 2012-783 du 30 mai 2012, *relatif à la partie réglementaire du code des procédures civiles d'exécution*, publié au JORF n° 0125 du 31 mai 2012, p. 9375, texte n° 1.

²²⁴⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 12 mai 2016, n° 15-15.158, publié au bull.

²²⁵⁰ Extrait de Cass. civ. 1^{ère}, 12 novembre 1998, n° 96-20.236, publié au bll. 1998, I, n° 311, p. 215 : «*L'apposition des armes de la famille sur ces objets, ne suffisaient à établir que chacun de ces meubles ait revêtu pour celle-ci une valeur morale telle qu'ils pourraient être qualifiés de souvenirs de famille*».

²²⁵¹ B. MORTAIN, *Op. cit.*, p. 55 : «*Des objets peuvent être donnés par les grands-parents pour remercier d'un service rendu, à l'occasion d'une visite, de manière ponctuelle et informelle, ou sanctionner d'une manière plus globale, au moment d'un déménagement par exemple, un ensemble d'attentions passées. Pour les intéressés, cette logique d'échange ressemble beaucoup, une fois de plus, à l'expression d'une préférence, à une marque spécifique d'affection, que justifie cette fois une réciprocité visible, tangible...*».

²²⁵² Art. 1075 al 1 C. civ. — préc.

²²⁵³ Extrait de l'art. 1075 al 2 C. civ. — préc.

partage est soumise au régime propre à la voie testamentaire²²⁵⁴. L'article 1075-1²²⁵⁵ suivant affirme quant à lui la potentielle étendue transgénérationnelle de la distribution des biens et des droits qui composent le patrimoine d'une personne. L'article 1079²²⁵⁶ du même Code apporte une définition plus spécifique du testament-partage et de son autorité. La vocation de l'acte — à savoir le partage — est expressément rappelée. Par ailleurs, il est établi que les bénéficiaires d'un testament-partage ne peuvent y renoncer. Ce pourrait être le cas lorsque le partage est estimé insatisfaisant par l'un des bénéficiaires, qui dès lors pourrait vouloir prétendre à un nouveau partage. Cette dernière précision permet d'assoir l'autorité de l'acte juridique produit par le disposant. Le testament-partage permet « *d'imposer un partage qu'un testament ordinaire ne peut que proposer* »²²⁵⁷. De par cette possibilité, le législateur offre au testateur la possibilité d'affiner sa volition concernant le partage et la transmission des droits et biens qui composent son patrimoine. À ce titre, les mécanismes de la donation-partage et du testament-partage sont traités de façon sensiblement équivalente. Bien que davantage d'articles soient consacrés à la donation-partage, le mécanisme du testament-partage s'y réfère partiellement et accuse une logique similaire. La lettre de l'article 1080²²⁵⁸ atteste de cette promiscuité en ouvrant la possibilité d'action en réduction prévue par l'article 1077-2²²⁵⁹ consacré à la donation-partage, à l'ensemble des héritiers réservataires mal dotés. Pourtant malgré cette proximité théorique, la question de la possibilité d'un testament-partage transgénérationnel est longtemps restée en suspens.

766. La possibilité technique d'étendre le bénéfice d'un testament-partage à une seconde génération — c'est-à-dire de lui conférer une dimension transgénérationnelle — fut tranchée le 7 novembre 2012²²⁶⁰, à l'occasion d'un contentieux porté près la première chambre civile de la Cour de cassation. En l'espèce, une grand-mère avait procédé au partage des composantes de son patrimoine entre sa fille unique et ses trois petits-enfants, au sein d'un acte juridique dénommé « testament-partage ». La Cour d'appel²²⁶¹ avait accueilli²²⁶² cet acte favorablement. La Cour de Cassation a pris soin de rappeler en rejetant le pourvoi formé par la fille de la testatrice, que « *si l'article 1075 du code civil dispose que toute personne peut faire, entre ses héritiers présomptifs, la*

²²⁵⁴ Art. 1075 *in fine* C. civ. – préc.

²²⁵⁵ Art. 1075-1 C. civ. – préc.

²²⁵⁶ Art. 1079 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 9, 21 et 23.

²²⁵⁷ M. GRIMALDI, *L'intérêt du testament-partage*, in Dalloz action, Droit patrimonial de la famille, Livre IV, Chapitre 411, pt. 411.33.

²²⁵⁸ Art. 1080 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 9, 21 et 23.

²²⁵⁹ Art. 1077-2 C. civ. – préc.

²²⁶⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2012, n° 11-23.396, publié au bull. 2012, I, n° 237.

²²⁶¹ CA Nîmes, Chambre civile, 1^{ère} ch. B, 21 juin 2011, n° 10/00709.

²²⁶² TGI Avignon, 5 janvier 2010.

distribution et le partage de ses biens et de ses droits sous forme de donation-partage ou de testament-partage, l'article 1075-1 du même Code prévoit que toute personne peut également faire la distribution et le partage de ses biens et de ses droits entre des descendants de degrés différents, qu'ils soient ou non ses héritiers présomptifs, de sorte qu'en l'absence de toute distinction entre ces libéralités, un ascendant peut valablement partager ses biens entre ses enfants et ses petits-enfants par un testament-partage régi par l'article 1079 dudit code »²²⁶³. Et l'autorité prétorienne de conclure : « Qu'ayant constaté que M. X... était un descendant de la testatrice, la cour d'appel a écarté à bon droit l'exception de nullité tirée de ce que le testament-partage bénéficiait à une personne qui n'était pas héritier présomptif de la testatrice »²²⁶⁴. Ainsi la possibilité de doter ses petits-enfants par le biais d'un testament-partage²²⁶⁵ fut reconnue grâce à une application combinée des articles 1075 et 1075-1 du Code civil. L'exclusivité du partage des biens aux seuls héritiers présomptifs tombe.

767. Une partie de la doctrine²²⁶⁶ est en attente d'une consécration légale de la pratique du testament-partage transgénérationnel. De nombreux éléments techniques restent irrésolus. Les faits qui ont conduit à la reconnaissance jurisprudentielle du testament-partage transgénérationnel témoignent du défaut premier de cette extension. L'intrusion d'une nouvelle génération au sein même de la pratique du testament-partage pose en effet la question du consentement des divers protagonistes. Le patrimoine n'étant pas extensible dans l'absolue, l'entrée d'un degré de génération supplémentaire dans le partage implique une réduction potentielle des parts sinon de la réserve héréditaire, du moins de la quotité disponible. L'enjeu principal concerne donc la dévolution par un grand-parent, de tout ou partie de la réserve héréditaire reconnue à un enfant à ses propres enfants. Cette dimension se trouve d'une rare proximité avec le mécanisme de la donation-partage transgénérationnelle, laquelle est soumise au consentement de l'enfant²²⁶⁷ du donateur. Comme l'a fait très justement remarquer Monsieur Michel GRIMALDI²²⁶⁸, la nature unilatérale du testament irrigue également l'option du testament-partage. Par conséquent, le consentement de l'enfant ne saurait être nécessaire à l'existence du testament de son parent. La mise en balance de ces deux

²²⁶³ *Extraits de* : Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2012 – préc.

²²⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2012 – préc.

²²⁶⁵ *V. à ce propos* : « Testament-partage transgénérationnel : validité de principe, Cour de cassation, 1^{ère} civ. 7 novembre 2012 », *Recueil Dalloz*, Dalloz édition, 2012, p. 2660 ; *V. également à ce propos* : J. MARROCCHIELLA, « Validité du testament-partage transgénérationnel — Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2012 », *Dalloz actualité*, Dalloz édition, 20 novembre 2012.

²²⁶⁶ N. LEVILLAIN, « Le testament-partage fait au profit de descendants de degrés différents est valable, Cour de cassation, 1^{ère} civ. 7 novembre 2012 », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2013, p. 58.

²²⁶⁷ En vertu de l'art. 1078-4 C. civ. – préc.

²²⁶⁸ M. GRIMALDI, « Un testament-partage peut être transgénérationnel », *RTD Civ.*, Dalloz édition, 2013, p. 164.

critères conduit à penser que l'acte de testament-partage ne puisse revêtir qu'une portée limitée. Le phénomène est visible dans le contentieux cité, où l'enfant s'est justement opposé à la reconnaissance du bénéfice consenti par la grand-mère à son petit-fils. Si l'acte reçoit l'assentiment de l'enfant, alors le petit-enfant pourra bénéficier du testament-partage selon des effets similaires à une donation-partage transgénérationnelle. La seule distinction réside alors dans la temporalité de l'acte. En revanche si l'enfant s'oppose à l'acte de testament-partage de son parent, son refus ne portera uniquement sur « *la réduction d'un allotissement qui mordrait sur sa réserve* »²²⁶⁹. Dans cette situation l'acte du testament-partage perd de son utilité puisqu'en finalité le disposant n'a pu réellement répartir que sa seule quotité disponible. D'autre part si le donataire venait à décéder avant le testateur d'un testament-partage, sa part reviendra à ses propres héritiers et ne sera pas frappée de la caducité de principe prévue par l'article 1039 du Code civil²²⁷⁰. Pour autant cet intérêt reste assez limité en matière de dotation d'un grand-parent à son petit-enfant.

3. *Les potentielles évolutions du droit des successions*

768. Le désir de transmission d'un patrimoine familial commun à la plupart des parents, se retrouve de la même manière chez les grands-parents. Ces derniers se trouvent pourtant animés d'une volonté binaire visant différents objets. Les grands-parents aspirent parfois à l'allotissement de leurs descendants directs ainsi qu'à un second degré de descendance composé de leurs petits-enfants. Ces situations tendent à se généraliser. L'empreinte de la transition démographique est visible en matière de transmission patrimoniale et testamentaire. L'effet est double en l'espèce. Sur un premier plan, l'allongement de l'espérance de vie influence directement les âges moyens auxquels le patrimoine est transmis ou reçu pour cause de mort. Alors que la vocation originelle de la dévolution était consacrée à la construction du patrimoine des enfants, le recul temporel de la mortalité induit un déplacement corrélatif de la transmission. Par conséquent, le patrimoine a vocation à être reçu par les enfants dans une période de vie où leur propre patrimoine est déjà constitué.

769. La préservation du rôle constitutif de patrimoine de l'héritage familial n'est aujourd'hui possible que si la personne qui bénéficie de la transmission appartient à un degré de filiation secondaire. En effet, eu égard aux évolutions démographiques, si le législateur souhaite préserver la fonction traditionnelle de l'héritage consistant à construire le propre patrimoine d'une génération

²²⁶⁹ M. GRIMALDI, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²²⁷⁰ Art. 1039 C. civ. tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 9 : « Toute disposition testamentaire sera caduque si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au testateur ».

de descendants, il doit favoriser la transmission au profit des petits-enfants. Les frais de succession dévolus aux petits enfants devraient, eu égard à l'allongement de l'espérance de vie, être alignés sur ceux alloués aux enfants. Pour le législateur, un tel choix politique enverrait des signaux favorables à l'allotissement des petits-enfants par les grands-parents. Le rôle “patrimonialement créatif” — ou du moins “patrimonialement constitutif”²²⁷¹ — de la transmission familiale trouverait ainsi un souffle nouveau, ainsi qu'une forme parfaitement adaptée. Le véritable obstacle à cette adaptation est aujourd'hui d'ordre pratique. Le truchement des règles fiscales, ainsi que des dispositions propres à la réserve héréditaire peuvent aller à l'encontre d'une dynamique de donation au profit des petits-enfants.

770. Une solution plus radicale pourrait résider en la refonte des règles attenante aux parts réservataires. En présence d'une descendance au second degré, la part de l'héritier réservataire pourrait être divisée en deux. La première moitié constituerait la réserve persistante, alors que la seconde pourrait être partagée entre les propres enfants de la branche. Le patrimoine d'une personne se compose d'une part de quotité disponible, et d'une ou plusieurs parts dévolues aux héritiers réservataires. L'idée dessinée ici serait d'instaurer une réserve héréditaire de second degré. Ainsi, la naissance de petits-enfants aurait un effet direct sur la transmission du patrimoine de l'ascendant. Une telle évolution bouleverserait grandement l'équilibre traditionnel de la transmission successorale. En outre, elle se trouve confrontée à des enjeux techniques et pratiques conséquents — voire insurmontables. L'actif successoral n'est pas toujours uniquement composé de biens valeurs mobilières, et les petits-enfants allotis pourraient ne pas avoir atteint l'âge ou l'autonomie suffisantes pour gérer un ou plusieurs biens immobiliers. Par conséquent cela entraînerait sinon une aggravation du risque de dislocation du patrimoine familial, du moins une complexification des règles de transmission. En outre, l'insertion de nouveaux bénéficiaires réservataires pourrait créer une concurrence non souhaitable entre les différents héritiers. Si pour ces raisons l'insertion d'un nouveau degré d'héritiers réservataires n'est pas envisageable, il n'en demeure pas moins qu'un certain effort politique et législatif est nécessaire pour pallier le décalage croissant entre le *corpus* normatif et les réalités sociétales. En cela, l'insertion d'un statut juridique propre à la personne âgée pourrait servir de déclencheur aux adaptations de la technique de transmission patrimoniale.

²²⁷¹ Le patrimoine existant indépendamment de l'existence d'un contenu concret.

SECTION II

LA SOLIDARITÉ DES MOINS ÂGÉS AUX PLUS ÂGÉS

« Quand on dit de chaque être vivant qu'il vit et qu'il reste le même – par exemple, on dit qu'il reste le même de l'enfance à la vieillesse –, cet être en vérité n'a jamais en lui les mêmes choses ».

PLATON²²⁷²

771. Le renforcement des liens familiaux et intergénérationnels est à entendre au sens large — c'est-à-dire comme dépassant la réalité juridique de liens de filiation. Pour que la mutation sociodémographique ne mette pas en péril la viabilité de la société sur le long terme, il est nécessaire de prendre acte des changements profonds qui opèrent déjà sur la structure sociétale. Le modèle de la famille fait depuis trop longtemps les frais de ces évolutions. Puisqu'elle s'est adaptée à l'individualisme croissant de la société à partir du XIX^{ème} siècle, la famille répond aujourd'hui à un schéma nouveau et démembré. L'un des stigmates de ce système moderne de famille est la mise à l'écart des couples. La famille moderne répond à une double échelle de conception. La première est constituée par la cellule familiale entendue au sens strict. Elle se compose d'un couple et de ses enfants, pendant le laps de temps où ces derniers ne peuvent vivre de façon autonome. La seconde dimension est beaucoup plus large. Elle répond à l'évolution des mœurs et à la fragilisation du lien marital. En effet, la banalisation du divorce et celle du remariage, ont participé à la création d'un modèle de famille plus étendu, celui de la famille recomposée. Néanmoins, ces deux strates du schéma familial sont quasi ignorantes du reste de la famille, la famille au sens large du terme. Les oncles, tantes, grands-parents, grandes tantes et grands oncles, s'ils ne sont pas relégués au rang des visites occasionnelles, sont en tout cas placés au second plan. Certains liens familiaux s'étiolent. Cela va en s'aggravant lorsque la vieillesse survient et qu'elle est accompagnée de ses insidieux bagages que sont la maladie et la dépendance.

Le soutien familial intergénérationnel au profit des ascendants intervient à la fois dans le domaine patrimonial (PARAGRAPHE I) et extrapatrimonial (PARAGRAPHE II).

²²⁷² PLATON, Extrait du : *banquet*.

PARAGRAPHE 1

LE SOUTIEN INTERGÉNÉRATIONNEL PATRIMONIAL AU PROFIT DES ASCENDANTS ÂGÉS

772. La primauté du lien de sang direct est largement ancrée dans le paysage sociétal et normatif. Cet équilibre se justifie à l'égard de la proximité et de l'intimité du lien qui unit un parent à son enfant ou à ses descendants. L'émergence d'une solidarité intergénérationnelle transcendant les rapports de parentalité peine encore à s'imposer face à cet héritage sociétal. L'aide d'un enfant envers son parent est perçue comme un phénomène naturel découlant d'une réalité biologique ou d'un passif humain important. Pour autant il ne s'agit pas d'un état absolu et immuable. Le temps permet de tisser d'autres liens, dont la densité est indifférente à l'existence d'un lien de filiation. Par ailleurs, le soutien privé contient une souplesse et une dynamique sans commune mesure avec l'aide publique. Pour répondre à un objectif d'adaptation et de soutien au phénomène de vieillissement démographique, la réponse pourrait se trouver au-delà des liens filiaux. Ainsi l'adaptation de la société au vieillissement devrait œuvrer dans le sens de l'élargissement du soutien intergénérationnel.

Le sort des personnes âgées autres que les parents reste moins enviable (I) que celui réservé aux parents (II).

I. LA SOLIDARITÉ FAMILIALE ET LA DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE DES ASCENDANTS

773. Lorsqu'une personne âgée se trouve face à un besoin économique, la solidarité familiale est prioritairement sollicitée (A). Les descendants peuvent être amenés à prendre part au soutien de leurs parents de multiples façons. La solution successorale connaît un net recul mais peut ponctuellement offrir une voie d'action contre l'impécuniosité des ascendants (B).

A. LES CAUSES DU BESOIN ÉCONOMIQUE DE L'ASCENDANT

774. L'allongement de l'espérance de vie soulève nécessairement la question du financement de la période d'inactivité. La chose est entendue : « *Le moyen le plus assuré de se garantir une fin de vie paisible est d'avoir accumulé une fortune suffisante pour vivre de manière autonome* »²²⁷³.

²²⁷³ J. BOURDIEU, L. KESZTENBAUM, « Comment vivre vieux dans le monde vieillissant ? Les personnes âgées en France, 1820-1940 », *Population*, INED, 2007/2, vol. 62, p. 222.

Pourtant les chiffres traduisent une réalité bien éloignée de cet objectif. « *Le montant des patrimoines est en général bien inférieur au capital nécessaire pour assurer un niveau de vie décent* »²²⁷⁴. Les solutions pour pallier ces difficultés ne sont pas nombreuses. La première d'entre elles, relayée par les politiques publiques internes et communautaire, consiste en une réadaptation du temps d'activité. Une double option s'ouvre alors. Soit le temps général d'activité est rallongé, soit l'offre d'emplois spécialisés est renforcée. La dynamique des fameux emplois seniors, si elle offre une autonomie d'action certaine, s'est pourtant révélée moins prolifique que prévue. La seconde voie est celle de l'anticipation. La constitution d'un patrimoine confortable s'est trouvée reléguée au second plan du fait de l'autorité du système de retraite. Plusieurs générations d'actifs se sont, et se contentent encore de leur future ou actuelle retraite. La densification du patrimoine mobilier et immobilier est réservée à la transmission aux futures générations. Un nombre trop important de personnes âgées n'exploitent pas suffisamment leur patrimoine — *l'usus* et le *fructus* notamment. La faute est généralement attribuée à un manque d'information ou d'orientation efficace par un professionnel. Pour autant, une saine gestion patrimoniale construite et anticipée, prête volontiers son concours à la constitution d'une épargne retraite saine et confortable.

775. La constitution d'une épargne privée destinée à la période d'inactivité devient plus que jamais indispensable. Cependant il s'agit d'un projet devant être mené à bien le plus tôt possible. L'enjeu vaut à la fois pour la vie de l'ascendant, ainsi qu'en vue d'une éventuelle transmission aux descendants. Sur ce point, les recherches de Monsieur David ARTEIL sont particulièrement éclairantes sur le poids économique du vieillissement. « *Les ascendants puisent dans leurs réserves pour vivre, ils consomment le fruit de leur travail à la fois pour profiter de leur retraite, mais aussi pour faire face aux dépenses liées à la vieillesse ou la maladie. Le patrimoine subsistant au jour du décès de l'ascendant risque alors d'être peu important. Il arrive même fréquemment que l'ascendant ne puisse seul subvenir à ses besoins* »²²⁷⁵. La troisième voie est effectivement d'avoir recours au soutien des descendants. Le législateur a un rôle à jouer pour faire évoluer la représentation sociétale de la retraite.

²²⁷⁴ J. BOURDIEU, L. KESZTENBAUM, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²²⁷⁵ D. ARTEIL, « L'ascendant dans le nouveau droit des successions et des libéralités », *Defrénois*, Lextenso édition, 2007, n° 7, p. 477.

B. LES SOLUTIONS SUCCESSORALES AUX BESOINS ÉCONOMIQUES DE L'ASCENDANT, UNE RESSOURCE LIMITÉE

776. Le droit des successions apporte certaines réponses à l'impécuniosité des ascendants. Il ne s'agit néanmoins que de solutions ponctuelles et parcellaires, qui ne concernent que des situations bien définies. Le fondement normatif de l'ordre successoral est fixé par l'article 734 du Code civil²²⁷⁶. Les parents sont héritiers potentiels de troisième ordre. Leur vocation successorale entre en jeu à défaut de conjoint successible, ou de descendance de leurs enfants. L'article 736 suivant précise le mécanisme. *« Lorsque le défunt ne laisse ni postérité, ni frère, ni sœur, ni descendants de ces derniers, ses père et mère lui succèdent, chacun pour moitié »*²²⁷⁷. L'abrogation de l'article 914 du Code civil par l'article 12 3° de la loi du 23 juin 2006²²⁷⁸ a eu pour effet de supprimer la réserve héréditaire jusqu'alors reconnue aux ascendants. Dans un même temps, la création de l'article 738-2 du Code civil apporte une maigre compensation. *« Lorsque les père et mère ou l'un d'eux survivent au défunt et que celui-ci n'a pas de postérité, ils peuvent dans tous les cas exercer un droit de retour, à concurrence des quote-parts fixées au premier alinéa de l'article 738, sur les biens que le défunt avait reçus d'eux par donation »*²²⁷⁹. Les successions remontantes font l'objet de critiques récurrentes, du fait notamment de l'anormalité de la situation de fait originelle. Lorsqu'un parent survit à son enfant, son patrimoine peut participer au maintien du niveau de vie des ascendants survivants. À ce titre, une partie de la doctrine a pu déplorer les conséquences de la suppression de la réserve légale au profit des ascendants. *« La possibilité d'une exclusion de tous les ascendants, que ce soit au profit du conjoint ou d'un tiers, soulève une véritable difficulté au regard du devoir d'assistance dû, à leur égard, par le défunt »*²²⁸⁰.

Cette évolution normative est en incohérence vis-à-vis de l'existence de l'obligation d'aliment telle qu'elle persiste aujourd'hui. *« Le législateur n'a pas véritablement pris acte des risques que l'abrogation de leur réserve pouvait faire peser sur les ascendants. La création d'un droit de retour spécial n'est qu'une mince compensation qui aurait dû s'accompagner d'aménagements*

²²⁷⁶ Art. 734 C. civ, tel que modifié par la L. n° 2001-1135 du 3 décembre 2001, relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral (1), publiée au JORF n° 281 du 4 décembre 2001, p. 19279, texte n° 1.

²²⁷⁷ Art. 736 C. civ, tel que modifié par la L. n° 2001-1135 du 3 décembre 2001, préc., art. 1.

²²⁷⁸ L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc.

²²⁷⁹ Art. 738-2 C. civ., tel que créé par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – préc., art. 29 : « ...La valeur de la portion des biens soumise au droit de retour s'impute en priorité sur les droits successoraux des père et mère.

Lorsque le droit de retour ne peut s'exercer en nature, il s'exécute en valeur, dans la limite de l'actif successoral ».

²²⁸⁰ D. ARTEIL, « L'ascendant dans le nouveau droit des successions et des libéralités », *Defrénois*, Lextenso édition, 2007, n° 7, p. 477.

complémentaires au profit des ascendants dans le besoin »²²⁸¹. Pour autant, cette évolution ne concerne qu'un nombre restreint de situations. L'article 738-2²²⁸² ne bénéficie qu'aux seuls père et mère, « *dans la mesure où ils ont consenti au défunt des donations entre vifs* ».

La doctrine a eu l'occasion de déplorer l'incomplétude de ces procédures : « *Elles n'apportent que des réponses circonstanciées, fragmentaires. Ni la loi de 2001 ni celle de 2006 n'ont été précédées d'une réflexion d'ensemble sur la dépendance économique. Aussi reste-t-il beaucoup à faire, de lege ferenda, pour adapter le droit successoral aux besoins d'une population vieillissante* »²²⁸³.

II. L'EXISTENCE D'UNE OBLIGATION D'ALIMENT AU PROFIT DES ASCENDANTS

777. L'allongement de l'espérance de vie soulève de nombreuses questions attenantes au patrimoine. La proportion de personnes survivant plusieurs dizaines d'années à leur fin d'activité, augmente. Les mécanismes juridiques permettant de préserver les personnes âgées d'une impécuniosité trop importante relèvent à la fois de l'action publique et des initiatives privées. À cet égard, la famille représente fois encore un socle d'action efficace. « *C'est [...] la solidarité familiale qui prend le relais à travers l'obligation alimentaire des descendants et, subsidiairement, les aides sociales supportées par l'ensemble de la société* »²²⁸⁴. Le devoir filial s'exprime juridiquement à travers l'existence d'une obligation d'aliment. Conçue comme un "juste retour des choses", imposant à l'enfant de se souvenir des soins prodigués par ses parents à son égard, l'obligation d'aliment au profit des ascendants se trouve assise sur le principe de l'autorité parentale (A). La mise en œuvre de cette obligation n'en demeure pas moins encadrée et raisonnée (B).

A. L'AUTORITÉ PARENTALE COMME FONDEMENT DE L'OBLIGATION D'ALIMENT ENVERS L'ASCENDANT

778. L'injonction portée par l'article 371 du Code civil marque par son laconisme et son étendue. « *L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* »²²⁸⁵. Si la portée est considérable, — le lien filial fonde un devoir général et immuable à l'égard des parents — la teneur de ce devoir moral reste suffisamment imprécise en l'état. Ce caractère s'efface à la lecture de l'article 205 du

²²⁸¹ D. ARTEIL, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²²⁸² Art. 738-2 C. civ. — préc.

²²⁸³ M. NICOD, « Solidarités familiales et dépendance économique des ascendants », *Droit de la famille*, Dalloz édition, 2016, n° 6, dossier 19, p. 3.

²²⁸⁴ D. ARTEIL, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²²⁸⁵ Art. 371 C. civ., tel que créé par la L. n° 70-459 du 4 juin 1970, *relative à l'autorité parentale*, publiée au JORF du 5 juin 1970, p. 5227.

même Code, fondant l'existence d'une obligation d'aliment à la charge des descendants. « *Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin* »²²⁸⁶. Les éléments cardinaux du devoir de l'enfant envers ses parents sont sa pérennité et sa généralité. Cette logique est sensiblement similaire à celle qui irrigue la relation parentale en amont. La formulation adoptée par les articles 371-1 et suivants²²⁸⁷ témoigne de cette proximité. Pour autant, la portée du principe présente certaines précisions et évolutions, suivant l'âge de l'enfant.

779. Fidèle à la binarité juridique, l'autorité parentale est pleinement consacrée jusqu'à la majorité de l'enfant. Les devoirs parentaux ne cessent pas néanmoins à cette occasion, puisque l'article 371-2²²⁸⁸ suivant disposant de l'obligation d'entretien et de participation à l'éducation des enfants, dispose expressément en son second alinéa que « *cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur* »²²⁸⁹. Malgré une portée morcelée, la teneur de l'autorité parentale est remarquablement préservée. L'ensemble des droits et devoirs des parents envers leurs enfants fait montre de davantage de précisions que son pendant aval. Ces particularismes se justifient par l'existence d'un besoin de protection de l'enfant, durant sa période de minorité et ponctuellement par la suite. Les droits et devoirs de l'enfant occupent une place plurielle au sein du Code civil. L'obligation d'aliment se situe assez curieusement parmi les dispositions propres au mariage des parents, tandis que le devoir de respect est logiquement placé dans le *corpus* traitant de l'autorité parentale. Il est possible de lire de cette dissimilitude, une ultime rémanence du model traditionnel de la famille. Le positionnement de l'obligation d'aliment est faussé. Les devoirs de l'enfant envers ses ascendants sont détachés des considérations liées au régime matrimonial des parents et la jurisprudence a toujours œuvré dans ce sens²²⁹⁰.

780. L'évolution démographique ayant profondément marqué les liens intergénérationnels, les rapports entre enfants et parents ont été amenés à évoluer. La dimension temporelle connaît les plus grands bouleversements. L'allongement de l'espérance de vie conduit dans les faits à un recul de l'âge moyen au décès. La phase de vieillesse s'étire dans le temps. Par conséquent, le rapport à la

²²⁸⁶ Art. 205 C. civ., tel que modifié par la L. n° 72-3 du 3 janvier 1972 – art. 3, *sur la filiation*, publiée au JORF n° 0003 du 5 janvier 1972, p. 145.

²²⁸⁷ Ar. 371-1 et s. C. civ.

²²⁸⁸ Art. 371-2 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2002-305 du 4 mars 2002 – art. 3, *relative à l'autorité parentale (I)*, publiée au JORF du 5 mars 2002, p. 4161, texte n° 3.

²²⁸⁹ 371-2 al 2 C. civ., – préc.

²²⁹⁰ Cass. Req. 3 juillet 1886, DP 1887, 1, p. 119 ; P. BERTHET, « Obligations alimentaires et personnes âgées dépendantes », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2003, p. 250 : « *En revanche, il a fallu attendre la loi du 3 janvier 1972 réformant le droit de la filiation pour que soit instituée une vocation alimentaire entre l'enfant naturel et ses ascendants au-delà du premier degré. Aujourd'hui, cette obligation ne supporte plus aucune limite tant en ligne ascendante que descendante* ».

vie évolue, ainsi que les causes de fin de vie — maladies neurodégénératives et du “long mourir”. Durant ces périodes, les enfants doivent parfois revêtir le rôle de “bâton de vieillesse” et accompagner leurs parents dans leur fin de vie. Ils sont amenés à prendre soin de leurs parents durant des périodes toujours plus longues. Le développement des droits et devoirs de l’enfant pourrait conduire à l’instauration d’une autorité filiale, comme le reflet de l’autorité parentale durant la phase de vieillesse. Cependant cette évolution présente de trop grands dangers, tant au niveau conceptuel que pratique. En effet, la mise en place d’une autorité filiale conduirait à une trop grande remise en cause de l’intégrité juridique du majeur à la fois parent et âgé. En outre, la pratique apporterait un lot très important d’atteintes à la volonté des parents personnes âgées. Avec un droit de l’enfant sur son parent, les premiers bénéficieraient d’une emprise légale sur certains choix des seconds. L’effet “régularisateur” des abus — d’ores et déjà excessivement présents — contre la volonté des personnes âgées serait extrêmement néfaste. Il n’en demeure pas moins que l’opportunité d’un devoir filial reste bien réelle. L’évolution pourrait prendre le chemin de la consécration d’un devoir filial. Cette option permettrait de préserver l’intégrité de l’autonomie des parents, ainsi que l’ensemble de la relation parentale. On trouve un témoignage du stade embryonnaire de ce devoir à travers l’existence d’une obligation d’aliment pesant sur les enfants au profit de leurs parents. L’existence de cette obligation se fonde sur l’autorité parentale elle-même. L’instauration d’un devoir filial endosserait un effet translatif de l’obligation d’aliment depuis l’autorité parentale vers le devoir filial.

B. LA PROTECTION DU DEVOIR DE L’ENFANT ENVERS SES ASCENDANTS

781. L’obligation d’aliment que l’article 205 du Code civil²²⁹¹ fait peser sur l’enfant comprend une charge d’entretien des ascendants. La consécration légale du devoir d’aliment témoigne de l’importance du facteur humain en matière de persistance rapports intergénérationnels²²⁹². Un ratio entre l’inconstance des rapports humains et l’importance d’une valeur sociale à protéger a très tôt conduit le législateur à consolider l’existence d’une obligation d’aliment au profit de l’ascendant (1), dont la teneur est à la fois relative et objective (2).

²²⁹¹ Art. 205 C. civ., préc.

²²⁹² C. PHILIPPE, J.-R. BINET, *Droit et vieillissement de la personne*, Litec Lexis Nexis édition, Coll. Colloques & débats, 2008, p. 22.

1. La conception de l'obligation d'aliment au profit de l'ascendant²²⁹³

782. La lettre de l'article 205 mentionne expressément les sujets de cette obligation. L'aliment est dû aux parents ainsi qu'aux ascendants. À ce titre, il peut être réclaté sur le fondement d'un lien de filiation secondaire, à savoir par un grand-parent à son petit-enfant. On pourrait croire que ce mécanisme est le pendant de l'obligation d'aliment pesant sur les grands-parents à l'égard de leurs petits-enfants. Il n'en est rien en réalité. En effet, si l'obligation d'aliment pesant sur l'enfant était l'exacte réplique de l'obligation pesant sur les grands-parents, alors elle ne devrait être exigible qu'à défaut de l'élément intermédiaire. Les grands-parents ne sont effectivement déclarés débiteurs d'aliments envers leurs petits-enfants uniquement lorsque leurs propres enfants sont défailants. Dans un effort de symétrie guidé par l'équité, l'obligation d'aliment pesant sur le petit-enfant devrait alors revêtir un caractère subsidiaire comparable. Puisque les grands-parents ne sont mobilisés qu'à défaut des parents, alors les petits-enfants ne devraient l'être qu'à ce même défaut. Ainsi, l'enfant interviendrait de façon prioritaire pour soutenir son parent, et ce ne serait qu'à défaut d'une intervention — pour cause d'impécuniosité ou de décès — que la génération suivante pourrait être sollicitée. Il n'en est rien en réalité. Les petits-enfants sont directement appelés à la charge de l'obligation d'aliment, à l'instar et aux cotés de leurs parents. De nombreux contentieux accusent de ces réunions de famille : « *Le président du conseil général de la Creuse, a fait convoquer devant le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Guéret les enfants et petits-enfants de Mme Y. aux fins de les voir condamner, en leur qualité d'obligés alimentaires, au paiement d'une partie des frais d'hébergement de celle-ci à compter du 1er janvier 2012, le surplus étant pris en charge par l'aide sociale* »²²⁹⁴. Plus récemment, la Cour d'appel de Limoges s'est prononcée sur l'action intentée par le directeur général d'un Centre hospitalier universitaire près le juge aux affaires familiales : « *Aux fins, sur le fondement des articles 205 à 208 du Code civil, de voir condamner monsieur Jean-Jacques X., ainsi que madame Christelle Y et monsieur Stéphane X., petits enfants de Madame Denise X, en leur qualité respective d'obligés alimentaires* »²²⁹⁵.

783. L'obligation d'aliment envers les ascendants revêt une dimension qui dépasse son caractère transgénérationnel. Les gendres et belles-filles sont également tenus de l'obligation d'aliment. L'article 206²²⁹⁶ *in fine* précise l'étendue de cette obligation. Celle-ci « *cesse lorsque celui des*

²²⁹³ V. à ce propos : C. GATTO, V. AVENA-ROBARDER, « Dossier « obligation alimentaire et dépendance » : fiches pratiques des obligés alimentaires d'une personne âgée », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2014, n° 5, p. 279.

²²⁹⁴ CA Limoges, Chambre civile, Audience publique, 24 juin 2014, n° 13/00804.

²²⁹⁵ CA Limoges, Chambre civile, Audience publique, 22 février 2016, n° 15/00623.

²²⁹⁶ Art. 206 C. civ., tel que créé par la L. du 17 mars 1803, promulguée le 27 mars 1803.

*époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés »*²²⁹⁷. *A contrario*, l'obligation pesant sur le gendre ou la belle-fille survit au décès de l'époux qui produisait l'affinité, lorsque celui-ci a un ou plusieurs descendants. C'est ainsi que le 24 septembre 2014²²⁹⁸, la première chambre civile de la Cour de cassation a pu apprécier le bien-fondé d'une requérante aspirant au bénéfice d'une obligation alimentaire, de la part de ses enfants, petits-enfants et belle-fille. « *Mme X. a assigné ses enfants, Jean, Jacqueline et André, les fils de sa fille Paulette, décédée, et sa belle-fille afin qu'ils soient condamnés à lui verser diverses sommes au titre de l'obligation alimentaire »*²²⁹⁹. Cependant l'existence de l'obligation d'aliment, ainsi que sa teneur, dépendent d'un ensemble d'éléments. Ainsi l'article 207 du Code civil²³⁰⁰ prévoit une exception à l'obligation d'aliment, prenant en compte le passif existant entre le débiteur de l'obligation — l'enfant — et son créancier — l'ascendant.

La doctrine parle à ce sujet d'« exception d'ingratitude »²³⁰¹. « *Quand le créancier aura lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge pourra décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire »*²³⁰². Par ailleurs, l'article L. 132-6 du Code de l'action sociale et des familles²³⁰³ complète ce dispositif. Il indique notamment que « *les enfants qui ont été retirés de leur milieu familial par décision judiciaire durant une période d'au moins trente-six mois cumulés au cours des douze premières années de leur vie sont, sous réserve d'une décision contraire du juge aux affaires familiales, dispensés de droit de fournir cette aide »*²³⁰⁴. L'article précise en outre l'étendue de cette dispense aux générations suivantes²³⁰⁵. La jurisprudence est constante à ce sujet²³⁰⁶. À titre illustratif, le même arrêt rendu par la Cour de cassation le 24 octobre 2014, a consciencieusement rejeté la sollicitation de l'un des petits-enfants. « *Attendu qu'ayant constaté que, bien que vivant dans le même village que celui où son petit-fils avait été élevé par ses grands-parents paternels, Mme X. s'était abstenue de toute relation avec lui, la Cour d'appel a*

²²⁹⁷ Extrait de l'art. 206 C. civ., préc.

²²⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 24 septembre 2014, n° 13-16.581, non publié au bulletin.

²²⁹⁹ Extrait de Cass. civ. 1^{ère}, 24 septembre 2014 – préc.

²³⁰⁰ Art. 207 C. civ., tel que modifié par la L. n° 72-3 du 3 janvier 1972 – préc., art. 3.

²³⁰¹ P. BERTHET, *Op. cit.*, loc. cit.

²³⁰² Extrait de l'art. 207 al 2 C. civ., préc.

²³⁰³ Art. L. 132-6 CASF, tel que modifié par la L. n° 2007-293 du 5 mars 2007 – art. 4, *réformant la protection de l'enfance*, publiée au JORF n° 55 du 6 mars 2007, p. 4215, texte n° 7.

²³⁰⁴ Art. L. 132-6 al 2 CASF – préc.

²³⁰⁵ Art. L. 132-6 al 3 CASF – préc.

²³⁰⁶ TGI Bordeaux, 15 décembre 1993.

souverainement estimé que la créancière avait gravement manqué à ses obligations envers le débiteur alimentaire »²³⁰⁷.

2. La teneur de l'obligation d'aliment due à l'ascendant

784. Le montant de l'obligation est doublement relatif aux besoins de l'ascendants et aux moyens du descendant²³⁰⁸. Il est d'ailleurs adaptable et se plie à l'évolution des moyens de chacun²³⁰⁹. Lors d'un contentieux relatif à l'obligation d'aliment, ou en situation de demande d'aide sociale²³¹⁰, les facultés de chaque partie sont étudiées — loyers, charges, taxes, enfants à charge, salaire etc.... Lorsque le créancier possède plusieurs débiteurs potentiels, l'ensemble de ses besoins sont répartis entre eux, en raison de leurs facultés et besoins respectifs. L'autorité prétorienne fait montre d'objectivité en la matière, en appréciant les revenus et charges pesant sur chacun des débiteurs et du créancier de l'obligation d'aliment. *« Le juge des affaires familiales [...] a fixé à la somme mensuelle de 1100 € le montant de l'obligation alimentaire due par [les enfants] ; dit que la pension alimentaire serait répartie comme suit, à compter du 30 juillet 2010 : Mme. Dominique X.. épouse Y : 250 €, Mme. Josette X. épouse Z : 150 €, Mme. Michèle X. épouse A. : 340 € ; Mme. Claude X. épouse B. : 150 €, M. Georges X. 210 € »*²³¹¹.

785. En présence de plusieurs descendants, la part des défaillants ne modifie pas l'équilibre de répartition. La défaillance d'un ou plusieurs débiteurs ne s'impacte pas sur les autres. Il s'agit d'un positionnement en cohérence avec l'étude précise des capacités respectives. Chacun porte un juste poids et n'a pas à subir l'impécuniosité des autres. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Limoge atteste de ce transfert : *« Au vu des faibles ressources de Mme X... et des 4 enfants dont elle a la charge et envers lesquels son obligation alimentaire prime celle due aux ascendants, elle sera*

²³⁰⁷ Extrait de Cass. civ. 1^{ère}, 24 octobre 2014 – préc.

²³⁰⁸ Art. 208 C. civ., tel que modifié par la L. n° 72-3 du 3 janvier 1972 – préc., art. 3 ; Art. 209 C. civ., tel que créé par la L. du 17 mars 1803 – préc. ; Art. 210 C. civ., tel que modifié par la L. n° 93-11 du 8 janvier 1993, modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales (1), publiée au JORF n° 7 du 9 janvier 1993, p. 495.

²³⁰⁹ Art. 209 C. civ., tel que créé par la L. du 17 mars 1803 – préc. : *« Lorsque celui qui fournit ou celui qui reçoit des aliments est remplacé dans un état tel, que l'un ne puisse plus en donner, ou que l'autre n'en ait plus besoin en tout ou partie, la décharge ou réduction peut en être demandée ».*

²³¹⁰ Art. L. 132-6 al 4 CASF – préc. : *« La proportion de l'aide consentie par les collectivités publiques est fixée en tenant compte du montant de la participation éventuelle des personnes restant tenues à l'obligation alimentaire. La décision peut être révisée sur production par le bénéficiaire de l'aide sociale d'une décision judiciaire rejetant sa demande d'aliments ou limitant l'obligation alimentaire à une somme inférieure à celle qui avait été envisagée par l'organisme d'admission. La décision fait également l'objet d'une révision lorsque les débiteurs d'aliments ont été condamnés à verser des arrérages supérieurs à ceux qu'elle avait prévus ».*

²³¹¹ CA Lyon, 2^{ème} Chambre, Audience publique, 9 janvier 2012, n° 11/02734.

déchargée de toute contribution alimentaire, et son insolvabilité constatée, et d'autre part, que l'article 208 précité exclut le principe d'une répartition automatique de l'intégralité de la dette alimentaire entre les co-obligés alimentaire, de sorte qu'il n'y a pas lieu à répartir la part de Mme X... sur les autres coobligés alimentaires »²³¹². En vertu de l'article L. 132-7 du Code de l'action sociale et des familles²³¹³, la carence d'un débiteur d'aliment fonde le président du Conseil départemental à réclamer à l'autorité judiciaire la fixation d'une dette au Département, lui-même chargé de reverser le montant à son bénéficiaire. Les différents recours sont énumérés par l'article L. 132-8 suivant²³¹⁴. Depuis la loi d'adaptation de la société au vieillissement, cette disposition s'est enrichie d'une nouvelle voie de recours, ouverte sous conditions²³¹⁵, contre les bénéficiaires de contrats d'assurance vie souscrits par la personne ayant reçu l'aide sociale.

786. L'enjeu de l'appréciation objective ou subjective des besoins de l'ascendant a pu amener certains débiteurs d'aliments à s'immiscer dans les choix de vie de leurs parents. Au sein de l'extrait d'un arrêt d'appel suivant, la requérante conteste le choix de l'établissement accueillant sa mère, et fondant un besoin plus important : « Mme X...affirme que l'établissement choisi pour sa mère est trop onéreux mais elle ne justifie pas que les prestations offertes dans les établissements qu'elle prend à titre de comparaison sont les mêmes que celles dispensées à sa mère »²³¹⁶. L'appréciation de la nécessité des besoins évoqués reste l'apanage de l'autorité prétorienne. Cependant, il faut prendre en considération la chronologie classique des événements. Une partie importante du contentieux relatif à l'obligation d'aliment due à un ascendant est déclenchée par le départ du lieu de vie habituel de l'ascendant, vers un établissement d'accueil, médicalisé ou non. Les différentes offres d'hébergement spécialisées dans l'accueil des personnes âgées ont un poids économique important. Les dépenses liées à l'hébergement se décuplent et dépassent les ressources de l'hébergé. Par conséquent, l'obligation d'aliment est réclamée. Ce phénomène éclaire parfaitement le gouffre financier que représente l'hébergement en fin de vie pour les personnes âgées et leurs familles. La mise en place d'un statut propre à la personne âgée pourrait œuvrer en faveur d'une évolution de la procédure de soutien patrimonial intrafamilial. L'article 210 du Code civil²³¹⁷, prévoyant la possibilité pour un débiteur d'aliment placé dans l'impossibilité de payer sa part de l'obligation,

²³¹² CA Limoges, Chambre civile, Audience publique, 24 juillet 2014, n° 13/00813.

²³¹³ Art. L. 132-7 CASF, tel que modifié par la L. n° 2013-403 du 17 mai 2013 – art. 1 (V), relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, publiée au JORF n° 0114 du 18 mai 2013, p. 8242, texte n° 2.

²³¹⁴ Art. L. 132-8 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 83.

²³¹⁵ Extrait de l'art. L. 132-8 CASF – préc.

²³¹⁶ CA Bastia, Audience publique, 12 novembre 2014, n° 13/007651.

²³¹⁷ Art. 210 C. civ., tel que créé par la L. du 17 mars 1803 – préc.

d'accueillir en contrepartie le créancier. « *Si la personne qui doit fournir des aliments justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le tribunal pourra, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle devra des aliments* »²³¹⁸. Cette hypothèse devrait être accessible à l'ensemble des débiteurs, y compris pour ceux ayant les facultés de financer leur part de l'obligation. On peut ainsi imaginer une faculté d'accueil sans conditions et sur la base du volontariat, exemptant le débiteur du financement de l'obligation en contrepartie d'une exécution de l'obligation. Ainsi l'article 210 du Code civil pourrait endosser une lettre nouvelle :

“Si la personne qui doit fournir des aliments justifie d'une capacité d'accueil, le tribunal pourra, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle devra les aliments”.

²³¹⁸ Art. 210 C. civ – préc.

PARAGRAPHE 2

LE SOUTIEN INTERGÉNÉRATIONNEL EXTRAPATRIMONIAL AU PROFIT DES PERSONNES ÂGÉES : UN DROIT À L'ACCOMPAGNEMENT

*« Le front chargé de guirlandes fanées,
Tel qu'un vieux olivier parmi ses rejetons,
Je verrai de mes fils les brillantes années,
Cacher mon tronc flétri sous leurs jeunes festons !
Alors j'entonnerai l'hymne de ma vieillesse ».*

De LAMARTINE²³¹⁹

787. Le législateur a les moyens de participer activement à l'adaptation de la société au vieillissement. Pour se faire, il use de divers mécanismes juridiques pouvant apporter leur concours au dynamisme du lien intergénérationnel. Ce rapport est originellement fondé sur un lien de sang ou du moins d'affection. Le soutien familial au profit des ascendants trouve son expression la plus éclatante dans le domaine de l'extrapatrimonial. En effet, si toutes les personnes âgées ne se trouvent pas en situation de besoin matériel, toutes accusent ou accuseront un besoin de soutien physique. La présence des proches et des membres de la famille est à favoriser.

Dans un objectif d'adaptation constante à l'évolution démographique, le législateur dispose de plusieurs voies d'actions (I) — dont le point de mire fut la création du statut d'aidant (II) —, pour favoriser les interactions et l'accueil intergénérationnel. De ces modifications de fond émerge un volet du droit à l'accompagnement. Pour reprendre les mots de Monsieur Franck PETIT ou de Monsieur Michel BORGETTO, le droit à l'accompagnement a investi²³²⁰ de nombreux domaines et irradie²³²¹ très largement le droit social. La nature invasive de ce droit fut à l'origine de consécration variées qui confirment une vision qualitative²³²² de l'aide apportée, ce qui la distingue notamment du régime de l'assistance²³²³.

²³¹⁹ A. De LAMARTINE, Extrait du poème *Consolation*, Recueil *Nouvelles méditations poétiques*, 1821.

²³²⁰ M. BORGETTO, « L'accompagnement, entre droit et politique », *RDSS*, Dalloz édition, 2012, p. 975.

²³²¹ F. PETIT, « Le droit à l'accompagnement », *Droit social*, Dalloz édition, 2008, p. 413.

²³²² On retrouve cette même idée au-delà de la consécration du statut d'aidant *stricto sensu*. V. ce propos : Cass. Soc. 3 mai 2018, n° 16-26796, non publié au bulletin : « *La manipulation occasionnelle de bouteilles de gaz pour aider ponctuellement des personnes âgées ou handicapées ne constituait par des travaux de manutention habituels de charges lourdes comme il le prétend et qu'il n'était pas établi un lien direct entre l'activité professionnelle et la maladie déclarée* ».

²³²³ F. PETIT, *Op. cit. loc. cit.*

I. L'AIDE AUX PERSONNES ÂGÉES : LE RÔLE D'AIDANT

788. La transition démographique force naturellement les rapports humains à s'adapter. Le rapport individuel à l'existence et à son déroulement évolue. À cet égard, la consécration du statut d'aidant entérine une vision sociétale de la vieillesse en transformation. Elle est le fruit d'une stratification normative (A) ayant conduit à une reconnaissance graduelle et progressive du rôle assumé par le proche aidant (B). L'accompagnement de la personne âgée s'est construit sous le prisme d'un objectif de maintien dans l'autonomie : « *Le but recherché est d'aider la personne à retrouver son autonomie ou à la préserver* »²³²⁴.

A. LES FONDATIONS DU STATUT D'AIDANT

789. En parfait écho aux travaux du gériatre Monsieur Éric KILEDJIAN, qui appellent à considérer le fait que : « *La vieillesse jusqu'au bout est une vie* »²³²⁵, la construction du statut du proche aidant par la loi d'adaptation de la société au vieillissement (2) se trouve fondée sur certaines données normatives solides (1).

1. Les mécanismes préexistants

790. L'apport de la définition du proche aidant confère une dimension tout autre aux dispositifs d'ores et déjà mis en place par le législateur. La première étape fut la consécration de l'accompagnement de la personne en fin de vie (a). Pourtant cette reconnaissance pâtissait d'un caractère extrême et irrémédiable restreignant considérablement la portée du soutien. Progressivement, le droit a évolué en faveur de la reconnaissance d'un droit de l'accompagnement davantage étalé dans la durée, et n'appelant plus nécessairement l'engagement du pronostic vital de la personne aidée (b).

²³²⁴ F. PETIT, « Le droit à l'accompagnement : émergence d'un concept juridique », *Informations sociales*, CNAF, 2012/1, n° 169, p. 14-21.

²³²⁵ É. KILEDJIAN, « La vieillesse jusqu'au bout est une vie », *Jusqu'à la mort accompagner la vie*, éditorial, Presses universitaires de Grenoble, 2014/4, n° 119, p. 5-10.

a. *L'accompagnement de la personne en fin de vie.*

791. La loi du 9 juin 1999 visant à garantir l'accès aux soins palliatifs²³²⁶ a apporté un élan significatif à la reconnaissance du soutien humain durant la période de fin de vie. C'est dans ce cadre, que le législateur a procédé à la consécration du principe de l'accompagnement de la personne malade²³²⁷. Si l'article L. 1^{er} A du livre préliminaire au Code de la santé publique fut abrogé peu de temps après²³²⁸, sa substance existe toujours, sous la lettre de l'article L. 1110-9. « *Toute personne malade dont l'état le requiert a le droit d'accéder à des soins palliatifs et à un accompagnement* »²³²⁹. Il s'agit de l'édiction d'un principe d'accompagnement suffisamment général pour souffrir encore d'imprécision quant à l'investissement des membres du cercle privé du malade. L'emplacement de l'article témoigne d'une dimension professionnelle — l'accompagnement du corps médical.

La loi de 1999 est allée bien au-delà de l'édiction d'un principe. Elle a concouru à l'instauration de mécanismes concrets, nécessaires à la réalisation de l'accompagnement de la personne en fin de vie. Ainsi, son onzième article a fondé l'existence d'un congé d'accompagnement de la personne en fin de vie. « *Tout salarié dont un ascendant, descendant ou une personne partageant son domicile fait l'objet de soins palliatifs a le droit de bénéficier d'un congé d'accompagnement d'une personne en fin de vie. Il peut, avec l'accord de son employeur, transformer ce congé en période d'activité à temps partiel...* »²³³⁰. Par ailleurs, le mécanisme n'est pas resté en l'état. La loi du 2 mars 2010²³³¹ a fondé une allocation journalière d'accompagnement d'une personne en fin de vie. Désormais codifiée au sein des articles L. 168-1 et suivants du Code de la sécurité sociale, l'allocation²³³² bénéficie aux personnes ayant suspendu ou réduit leur activité professionnelle, et étant « *un ascendant, un descendant, un frère, une sœur, une personne de confiance au sens de*

²³²⁶ L. n° 99-477 du 9 juin 1999, *visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs (1)*, publiée au JORF n° 132 du 10 juin 1999, p. 8487.

²³²⁷ Art. 1^{er} de la L. n° 99-477 du 9 juin 1999 – préc., codifié à l'art. L1A (Ab) CSP, abrogé et remplacé en substance par l'article L. 1110-9 CSP.

²³²⁸ L'art. L. 1^{er} A CSP fut abrogé par l'Ord. n° 2000-548 du 15 juin 2000, *relative à la partie législative du Code de la santé publique*, publiée au JORF n° 143 du 22 juin 2000, p. 9337, texte n° 8.

²³²⁹ Art. L. 1110-9 CSP, tel que créé par la L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 – art. 9, *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (1)*, publiée au JORF du 5 mars 2002, p. 4118, texte n° 1.

²³³⁰ Extrait de l'art. L. 225-15 Code du travail, tel que créé par la L. n° 99-477 du 9 juin 1999 – préc.

²³³¹ L. n° 2010-209 du 2 mars 2010, *visant à créer une allocation journalière d'accompagnement d'une personne en fin de vie (1)*, publiée au JORF n° 0052 du 3 mars 2010, p. 4310, texte n° 9.

²³³² V. Ch. BRES, *Le droit à l'accompagnement*, Thèse de Doctorat de Droit, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, 2015.

*l'article L. 1111-6 du code de la santé publique*²³³³ ou partager le même domicile que la personne accompagnée »²³³⁴. Ces différents mécanismes ont constitué le socle désormais construit du statut du proche aidant. Pour autant ce droit n'est pas absolu. Il n'est accessible qu'aux seuls salariés d'une ancienneté supérieure à un an. L'article 2 de la loi du 2 mars 2010²³³⁵, créant l'article L. 161-9-3 du Code de la sécurité sociale²³³⁶, offre un traitement égal aux salariés du secteur privé, et aux fonctionnaires — fonction publique de l'État, de la fonction publique territoriale, et fonction publique hospitalière confondues.

Ce droit peut en outre connaître une modulation. Le même article reconnaît expressément la possibilité pour le salarié et l'employeur de préférer un passage en temps partiel au congé²³³⁷. Le bon sens commande toujours en l'espèce à chacune des parties de maintenir une "forme d'étanchéité"²³³⁸ entre la sphère privée et celle de l'entreprise. Les facultés initialement prévues par l'article originel ont depuis été remaniées et réparties entre différentes dispositions²³³⁹. Depuis la loi du 21 août 2003²³⁴⁰, ce congé est appelé "congé de solidarité familiale". Le principe du congé de solidarité familiale, dans sa dimension rémanente du congé d'accompagnement de la personne en fin de vie, se retrouve en substance au sein de l'article L. 3142-6²³⁴¹. Il fut de nouveau consacré par l'ordonnance du 12 mars 2007²³⁴² et par la loi du 2 mars 2010²³⁴³ qui lui donna une toute autre ampleur. En effet, la rédaction issue de l'ordonnance de 2007 reconnaissait un droit au congé au salarié dont un « *ascendant, descendant ou une personne partageant son domicile souffre d'une pathologie mettant en jeu le pronostic vital* »²³⁴⁴. La loi de 2010 avait étendu le champ d'application, en reconnaissant le bénéfice de ce droit aux salariés désignés comme personnes de confiance, au

²³³³ Art. L. 1111-6 CSP, tel que modifié par la L. n° 2016-87 du 2 février 2016 – art. 9, *créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie (1)*, publiée au JORF n° 0028 du 3 février 2016, texte n° 1.

²³³⁴ Extrait de l'art. L. 168-1 2° CSS, tel que modifié par la L. n° 2016-1088 du 8 août 2016, *relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (1)*, Publiée au JORF n° 0184 du 9 août 2016, texte n° 3 – art. 9.

²³³⁵ Art. 2 de la L. n° 2010-209 du 2 mars 2010 – préc.

²³³⁶ Art. L. 161-9-3 CSS, tel que modifié par la L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 – art. 9, *relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (1)*, publiée au JORF n° 0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

²³³⁷ Art. L. 3142-16 al 2 C. du travail – préc.

²³³⁸ N. BELORGEY, É. PINSARD, J. ROUSSEAU, « Naissance de l'aidant. Les pratiques des employeurs face à leurs salariés soutenant un proche », *Genèse*, Belin édition, 2016/1, n° 102, p. 67-88.

²³³⁹ Art. L. 3142-16 et s. C. du travail, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (1), publiée au JORF n° 0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

²³⁴⁰ L. n° 2003-775 du 21 août 2003, *pourtant réforme des retraites*, publiée au JORF n° 193 du 22 août 2003, p. 14310, texte n° 1 – art.

²³⁴¹ Art. L. 3142-6 C. du travail, tel que modifié par la L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 – préc.

²³⁴² Ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007, *relative au code du travail (partie législative)*, publiée au JORF n° 61 du 13 mars 2007, p. 4740, texte n° 5.

²³⁴³ L. n° 2010-209 du 2 mars 2010 – préc.

²³⁴⁴ Extrait de l'art. L. 3142-16 C. du travail, tel que créé par l'Ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007 – préc.

sens de l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique²³⁴⁵. Enfin la loi du 8 août 2016²³⁴⁶ a profondément fait évoluer l'ensemble du mécanisme.

b. Le droit au congé du proche aidant.

792. La loi du 8 août 2016²³⁴⁷ et le décret n° 2016-1554 du 18 novembre suivant²³⁴⁸ ont accusé un premier effet translatif, qui a permis de maintenir le droit à l'accompagnement d'un proche dont le pronostic vital est engagé, au sein de l'article L. 3142-6 du Code du travail. L'article L. 3142-16²³⁴⁹ vise depuis un dispositif nouveau, faisant montre d'une rédaction davantage détaillée et d'un objet divergeant du seul accompagnement d'une personne en fin de vie. Il est question d'un congé accordé aux proches aidants, indépendamment de l'engagement du pronostic vital de la personne aidée. Le champ d'application matérielle de l'article est donc résolument plus étendu. Cette nouvelle disposition augmente de façon significative le rouage du soutien privé. Elle reconnaît un droit à congé au salarié assumant le rôle d'aidant pour un proche pâtissant d'un handicap ou d'une perte d'autonomie caractérisée par une particulière gravité.

793. Les potentiels usages de ce congé sont décuplés comparativement au congé de solidarité familiale. La personne aidée fait l'objet d'une définition par énumération pour le moins précise, mais étendue. Ainsi, le congé est reconnu au proche aidant son partenaire de vie — conjoint concubin ou partenaire —, un membre de sa famille — ascendant, descendant, enfant à charge ou collatéral. Cette catégorie est entendue au sens large, puisque l'article précise s'appliquer à « *un ascendant, un descendant ou un collatéral jusqu'au quatrième degré de son conjoint, concubin ou partenaire lié par un pacte civil de solidarité* »²³⁵⁰. Ainsi la famille bénéficie d'une conception étendue. L'article 3142-16 9° prévoit le congé du proche, soutenant « *une personne âgée ou handicapée avec laquelle il réside ou avec laquelle il entretient des liens étroits et stables, à qui il vient en aide de manière régulière et fréquente, à titre non professionnel, pour accomplir tout ou partie des actes ou des activités de la vie quotidienne* »²³⁵¹. Cette disposition présente un intérêt particulier en ce qu'elle témoigne de l'existence d'un droit spécifiquement attribué à la personne en fonction de son âge — indépendamment d'un lien familial. Ce dernier alinéa répond à une

²³⁴⁵ L. n° 2010-209 du 2 mars 2010 – préc., art. 3, insérant un troisième alinéa à l'article L. 3142-16 CSP.

²³⁴⁶ L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 – préc.

²³⁴⁷ L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 – préc.

²³⁴⁸ D. n° 2016-1554 du 18 novembre 2016, *relatif au congé du proche aidant*, publié au JORF n° 0269 du 19 novembre 2016.

²³⁴⁹ Art. L. 3142-16 C. du travail, tel que modifié par la L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 – préc.

²³⁵⁰ Extrait de l'article L. 3142-16 C. du travail – préc.

²³⁵¹ Art. L. 3142-16 9° C. du travail – préc.

conception différente de celle qui infuse les autres liens reliant l'aidant à l'aidé. Bien que la famille jouisse d'ores et déjà d'une appréhension étendue en la matière, le législateur franchit ici une nouvelle étape. En effet, la personne âgée est susceptible d'être doublement représentée : En qualité d'ascendant ou en qualité propre. Cette particularité confère à cette disposition une dimension plus égalitaire, puisque la personne âgée n'ayant pas de descendants peut malgré tout faire bénéficier la personne l'aidant de la possibilité d'un congé. On peut y lire les bribes d'un statut juridique propre à la personne âgée. La construction d'un tel statut devrait embrasser largement cette conception altruiste, par laquelle le législateur œuvre en faveur de ceux qui apportent un soutien important aux personnes âgées en perte d'autonomie.

2. La théorisation progressive du statut d'aidant

794. La naissance du statut d'aidant constitue une prise de conscience d'un besoin de juridicisation d'une pratique répandue. Les situations de fait d'un adulte soutenant moralement et physiquement un proche âgé ou handicapé ont toujours existé. Leur généralisation, ainsi que leur pérennisation dans le temps — l'allongement de la vie faisant son œuvre — ont créé un besoin de droit. Ce besoin fut d'abord ponctuellement traité par le législateur. La mise en place successive de dispositifs, régulant le droit du travail, de la santé ou de la sécurité sociale ont constitué une réponse opportuniste à un besoin de société réel. À cet égard, la création du statut de l'aidant a apporté une réponse globale à un traitement segmentaire. Avec la loi d'adaptation de la société au vieillissement²³⁵², l'approche ponctuelle et symptomatique laisse la place à un statut théorisé et construit. Cette évolution est le fruit d'un long processus.

795. La Convention n° 168 de l'Organisation Internationale du Travail²³⁵³, apportait déjà en 1988 les premières bribes de reconnaissance de l'investissement d'une personne envers une personne malade, handicapée ou âgée. En son article 26²³⁵⁴, la Convention portait à l'attention des États signataires, l'absence de considération de catégories de personnes — dont celles qui seront plus tard appelées les proches aidants — qui n'appartiennent que peu ou prou aux régimes d'indemnisation du chômage, ou de prestations sociales. Pour autant, cette Convention n'a jamais été ratifiée par la France. Elle fut seulement citée, par la Commission Nationale Consultative des

²³⁵² L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc.

²³⁵³ OIT, Convention n° 168, *sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage*, adoptée à Genève, 75^{ème} session CIT, 21 juin 1988, entrée en vigueur le 17 octobre 1991.

²³⁵⁴ Art. 26 de la Convention n° 168 – préc.

Droits de l'Homme, à l'occasion d'une assemblée plénière tenue le 27 juin 2013²³⁵⁵. Entre temps, la nécessité d'appréhension juridique s'est davantage fait ressentir. Par le truchement de la Recommandation R.(98) 9²³⁵⁶, le Conseil de l'Europe a dessiné, durant les années 1990, le régime juridique souhaité pour les aidants sans statut professionnel intervenant dans le cadre de la dépendance. Par là le Conseil de l'Europe a pu solliciter les États sur la voie de la promotion de l'investissement des aidants.

796. Les conséquences dramatiques de la canicule de 2003²³⁵⁷ ont révélé l'importance considérable du besoin d'un soutien quotidien. En 2007, la Confédération des organisations familiales de l'Union européenne prenait part à la création d'une Charte Européenne de l'Aidant Familial²³⁵⁸, ayant pour objet la reconnaissance de droits aux proches aidants. La sédimentation de ces actions a progressivement conduit le législateur sur le chemin de la reconnaissance d'un statut propre.

B. TENEUR ET ÉVOLUTION DES DROITS DE L'AIDANT

797. Le statut de l'aidant est envisagé sous l'angle du soutien à la personne dévouée. Le droit a appréhendé la relation liant l'aidant à l'aidé dans le sens actif. L'encadrement juridique est ici au service de l'altruisme spontané. Le législateur a entrepris la création d'un soutien aux soutiens. Le statut est alors construit non pas de façon à provoquer l'aide, mais à l'appuyer. Pour ce faire, la consécration de l'aide fut répartie entre les différentes strates sociétales (1). Si le droit des aidants représente un véritable atout pour l'adaptation de la société au vieillissement, il n'en reste pas moins perfectible et devra de nouveau évoluer au profit d'une généralisation (2).

²³⁵⁵ CNCDH, *Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées*, Assemblée plénière, 27 juin 2013 : « La CNCDH recommande une meilleure reconnaissance du rôle des aidants en s'inspirant de l'article 26 de la Convention 168 de l'OIT bien que la France ne l'ait pas ratifiée à ce jour. Des aides existent mais elles ne sont pas suffisantes et surtout elles sont souvent méconnues des personnes dépendantes et de leur famille ».

²³⁵⁶ CONSEIL DE L'EUROPE, Comité des Ministres aux États membres, *Recommandation n° R(98)9 relative à la dépendance*, 1998.

²³⁵⁷ A. JOURDAIN, G. GARDIN, Th. FRINAULT, *épisode caniculaire et personnes âgées, éléments localisés de diagnostic, d'alerte et de plan d'urgence, synthèse des études réalisées dans les régions île de France, Centre, Bourgogne, Auvergne, Haute-Normandie et Franche-Comté*, Document de travail, Ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, Ministère de la santé et de la protection sociale, DRESS, 2004, n° 43 ; V. également : C. JEANDEL, *et al.*, *Livre Blanc de la gériatrie française*, 2011 < <http://www.cnpgeriatrie.fr/wp-content/uploads/2013/01/Livre-blanc-de-la-g%C3%A9riatrie-modifi%C3%A9.pdf> > [en ligne] [consulté le 23 novembre 2011].

²³⁵⁸ Charte européenne de l'aidant, 2007, Bruxelles.

1. La notion d'aidant portée par la loi d'adaptation de la société au vieillissement

798. Le contenu des droits reconnus par le statut d'aidant (b) atteste d'une juridicisation progressive du soutien accordé aux personnes âgées (a).

a. La judiciarisation du soutien

799. La consécration du statut de l'aidant procède à une juridicisation du soutien privé (i). Pour une efficience certaine, le législateur a pris soin de définir plusieurs échelles d'action(ii), partagées entre les institutions pensantes au niveau national, et la mise en œuvre à l'échelle départementale.

i. La juridicisation du soutien privé

800. La consécration du statut d'aidant constitue incontestablement une avancée juridique notable. Elle concerne davantage la personne de l'aidant que celle de l'aidé, pour une approche profondément humaine et philanthropique. À ce titre elle prend résolument la forme d'un soutien aux soutiens. *« L'aide informelle apportée aux proches en perte d'autonomie est longtemps restée confinée dans le domaine privé comme une affaire strictement familiale »*²³⁵⁹. Il s'agissait alors d'encadrer et de fournir un régime juridique à des situations répandues et concrètes. *« Si l'aidant est un acteur important dans l'accompagnement des personnes âgées à domicile, il a besoin de soutien pour faire face au poids de cet investissement. Il doit parfois prendre des décisions importantes dans un contexte d'urgence (maintien à domicile ou institutionnalisation) et peut être confronté à des relations tendues avec la personne dépendante »*²³⁶⁰. La consécration du statut recouvre à la fois l'objectif de prévention de la perte d'autonomie, ainsi que celui de la lutte contre l'isolement²³⁶¹. Par le biais de l'article L. 113-1-3 du Code de l'action sociale et des familles²³⁶², issu de l'article 51 de la loi d'adaptation de la société au vieillissement²³⁶³, le législateur offre une définition complète de la notion d'aidant. *« Est considéré comme proche aidant d'une personne âgée son conjoint, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin,*

²³⁵⁹ A. CAMPÉON, B. Le BIHAN-YOUIYOU, « Le développement des dispositifs d'aide aux aidants : une démarche d'investissement social ? », *Informations sociales*, CNAF, 2016/1, n° 192, p. 88-97.

²³⁶⁰ S. GUENNERY, *L'hébergement de la personne âgée dépendante, Modélisation prospective : exemple de la région Poitou-Charentes*, Thèse de Doctorat d'Urbanisme et Environnement/Aménagement du territoire, Conservatoire National des Arts et Métiers, 2014, p. 107.

²³⁶¹ Art. 8 de la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc.

²³⁶² Art. L. 113-1-3 CASF, tel que créé par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc.

²³⁶³ Art. 51 de la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc.

un parent ou un allié, définis comme aidants familiaux, ou une personne résidant avec elle ou entretenant avec elle des liens étroits et stables, qui lui vient en aide, de manière régulière et fréquente, à titre non professionnel, pour accomplir tout ou partie des actes ou des activités de la vie quotidienne »²³⁶⁴.

801. La définition portée par l'article L. 113-1-3²³⁶⁵ exige la présence de deux critères cumulatifs. Le premier tient à la personne de l'aidant — l'être —, tandis que le second s'applique à son approche réelle — le faire. Concernant l'identité de l'aidant, l'article reconnaît avec bienveillance deux types de personnes. Aux proches classiques (conjoint, partenaire, concubin, parent ou allié), s'ajoutent les proches "de cœur" ou "de fait". Cette extension concerne la personne résidant avec la personne âgée, « *ou entretenant avec elle des liens étroits et stables* »²³⁶⁶. La précision confère une portée considérable à la notion d'aidant. Elle vient entériner la conception proposée par l'article L. 3142-16 du Code du travail²³⁶⁷.

Le volet "d'aidant familial" ne représente donc qu'une partie seulement du dispositif. Ainsi, le législateur agit en faveur d'une approche intergénérationnelle transcendant le seul soutien intrafamilial. Par là il offre une reconnaissance certaine — et générale²³⁶⁸ — aux proches présents auprès des personnes âgées, indépendamment de l'existence d'un lien matrimonial ou de filiation. Enfin, concernant la substance de l'action entreprise par l'aidant, l'article précise que celui-ci vient en aide de façon substantielle à la personne âgée. Le soutien est caractérisé par son ampleur et sa régularité²³⁶⁹. La grande souplesse d'attribution du statut d'aidant en matière de soutien à une personne âgée fait preuve d'une cohérence appréciable à l'égard de l'évolution du modèle familial et à la complexité du parcours de vie. « *Face aux ruptures que peuvent connaître les parcours de vie, les membres de la famille ne sont pas toujours ceux qui aident, d'autres personnes de proximité jouant parfois un rôle plus important dans l'accompagnement d'une personne malade, dépendante ou isolée (amis, proches, voisins...)* »²³⁷⁰.

²³⁶⁴ Art. L. 113-1-3 CASF – préc.

²³⁶⁵ Art. L. 113-1-3 CASF – préc.

²³⁶⁶ Extrait de l'art. L. 113-1-3 CASF – préc.

²³⁶⁷ Art. L. 3142-16 C. du travail – préc.

²³⁶⁸ Dans le sens : non uniquement portée par le Code du travail.

²³⁶⁹ Extrait de l'art. L. 113-1-3 CASF – préc.

²³⁷⁰ G. ROUSSET, « Focus — Le rôle des aidants familiaux, une réponse à la vulnérabilité reconnue et encouragée par le droit », *Information sociales*, CNAF, 2015/2, n° 188, p. 96-98.

ii. *La juridicisation du soutien public*

802. La loi d'adaptation de la société au vieillissement ne s'est pas contentée d'apporter une reconnaissance aux personnes qui engagent leur temps et leur énergie pour le bien-être de leurs proches. La mise en place de dispositifs spécialisés et l'adaptation d'instances préexistantes, permettent d'apporter des voies d'actions concrètes. Le Haut Conseil de la famille de l'enfance et de l'âge, doté depuis la loi de 2015, d'une formation spécialisée sur l'âge a opté pour l'année 2017 — concernant les trois formations : Famille, enfance et âge — est celui de la disposition “de temps et de droits pour s'occuper de ses enfants, de sa famille et de ses proches en perte d'autonomie”. *« Il s'agit de réfléchir aux conditions permettant aux personnes, en particulier lorsqu'elles sont actives ou en âge d'être actives, de disposer de temps pour s'occuper de leurs proches : les enfants dont elles ont la charge, des proches en situation de vulnérabilité, de handicap ou de perte d'autonomie »*²³⁷¹. En outre, la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie est mobilisée. Une de ses sections est notamment consacrée à la promotion des *« des actions innovantes, à la formation des aidants familiaux »* ainsi qu'au *« renforcement de la professionnalisation des métiers de service exercés auprès des personnes âgées et des personnes handicapées »*²³⁷². Le “soutien aux actions d'accompagnement des aidants des personnes âgées en perte d'autonomie”²³⁷³ est au programme de la conférence des financeurs de la prévention de la perte d'autonomie et des personnes âgées²³⁷⁴.

803. Les actions en faveur des aidants sont mises en œuvre à l'échelle départementale et individuelle. En vertu des articles L. 113-2²³⁷⁵ et L. 113-3²³⁷⁶ du Code de l'action sociale et des familles, le département *« définit des secteurs géographiques d'intervention »*²³⁷⁷ et *« coordonne, dans le respect de leurs compétences, l'action des acteurs chargés de l'élaboration et de la mise en œuvre des politiques intéressant les conditions de vie des personnes âgées »*²³⁷⁸. L'action sociale est déterminée à l'échelle départementale, notamment dans le cadre de la conférence des financeurs

²³⁷¹ < http://www.hcfea.fr/IMG/pdf/Programme_de_travail_HCFEA_v3fev_2017.pdf > [en ligne] [consulté le 23 novembre 2017]. HCFEA, *Programme de travail pour l'année 2017*.

²³⁷² Extrait de l'art. L. 14-10-5 CASF, tel que modifié par la L. n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 – art. 48 (V), *de finances pour 2017*, publiée au JORF n° 0303 du 30 décembre 2016, texte n° 1. Cette section retrace en charges, le financement des dépenses notamment liées à l'accompagnement des proches aidants, ainsi qu'à la formation des accueillants familiaux et des bénévoles contribuant à la préservation du lien social des personnes âgées et handicapées.

²³⁷³ Art. L. 233-1 5° CASF – préc.

²³⁷⁴ Art. L. 233-1 CASF – préc.

²³⁷⁵ Art. L. 113-2 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 76.

²³⁷⁶ Art. L. 113-3 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 76.

²³⁷⁷ Extrait de l'art. L. 113-2 I al. 1 CASF – préc.

²³⁷⁸ Extrait de l'art. L. 113-2 I al. 2 CASF – préc.

prévue²³⁷⁹ par l'article L. 233-1 du Code de l'action sociale et des familles²³⁸⁰. De leur côté, les institutions et les professionnels de santé du secteur « *coordonnent leurs activités en suivant la méthode d'action pour l'intégration des services d'aide et de soin dans le champ de l'autonomie* »²³⁸¹.

b. Le contenu des droits de l'aidant

804. Au-delà des instances chargées de l'orientation de l'action en faveur des aidants, ces derniers bénéficient de droits construits à la hauteur de leur dévouement envers les personnes âgées et handicapées. En-sus du droit au congé, deux situations sont appréhendées. La première fait face à la défaillance imprévue de l'aidant — pour cause de maladie ou d'accident — (i), la seconde intervient plus largement en faveur d'un maintien de l'action de l'aidant sur la durée, en lui accordant un droit au répit (ii).

i. Le relai en cas de défaillance de l'aidant

805. La loi d'adaptation de la société au vieillissement a opéré un tournant en matière de droit à l'accompagnement, à travers la consécration d'un statut de l'aidant organisé et effectif. La reconnaissance de l'engagement des aidants a emporté de nombreuses conséquences. Le poids du soutien de l'aidant fait l'objet de questionnements quant aux éventuels aléas pouvant concourir à sa suspension. Que se passe-t-il lorsque l'aidant est défaillant ? Le législateur s'est saisi de cet enjeu, sous l'angle du financement tout au moins. L'article L. 232-3-3 du Code de l'action sociale et des familles²³⁸² prévoit que la défaillance pour cause d'hospitalisation d'un proche aidant un bénéficiaire de l'Allocation personnalisée d'autonomie peut donner lieu à un dépassement du plafond du plan d'aide. « *En cas de nécessité, le montant du plan d'aide peut être ponctuellement augmenté au-delà du plafond mentionné à l'article L. 232-3-1, jusqu'à un montant fixé par décret, pour faire face à l'hospitalisation d'un proche aidant* »²³⁸³. Le dispositif est complété par les articles

²³⁷⁹ Art. 3 de la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc.

²³⁸⁰ Art. L. 233-1 al. 2 5° CASF, tel que modifié par l'Ord. n° 2016-1562 du 21 novembre 2016 – art. 23, *portant diverses mesures institutionnelles relatives à la collectivité de Corse*, publiée au JORF n° 0271 du 22 novembre 2016, texte n° 18.

²³⁸¹ Art. L. 113-3 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 77.

²³⁸² Art. L. 232-3-3 CASF, tel que créé par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015, préc., art. 52.

²³⁸³ Art. L. 232-3-3 al. 1 CASF, préc.

D. 232-9-9²³⁸⁴ et L. 14-10-6²³⁸⁵ du même Code, qui régulent à la fois le montant de l'aide²³⁸⁶ et les modalités de mise en œuvre. L'hospitalisation du proche aidant doit faire l'objet d'une procédure précise ouvrant au renforcement de l'Allocation personnalisée à l'autonomie. Si la situation appelle à un renforcement des prises en charge professionnelles du bénéficiaire, une demande justifiée doit être faite près le président du conseil départemental²³⁸⁷. Ce n'est qu'après²³⁸⁸ réception et accueil de la demande qu'un professionnel mandaté « *propose au bénéficiaire de l'allocation personnalisée d'autonomie et à son aidant, après échange avec eux, et au vu des caractéristiques et des besoins d'accompagnement du bénéficiaire, des possibilités de relais de son aidant et de l'offre de service disponible, la ou les solutions de relais les plus adaptées pour la durée de l'hospitalisation de l'aidant* »²³⁸⁹.

806. Le mécanisme prévu à l'article L. 232-3-3²³⁹⁰ apporte une autre dimension au rôle de l'aidant. Il offre une possibilité de dépassement du plafond de l'Allocation personnalisée à l'autonomie, prévu par l'article L. 232-1 précédant. « *Toute personne âgée résidant en France qui se trouve dans l'incapacité d'assumer les conséquences du manque ou de la perte d'autonomie liés à son état physique ou mental a droit à une allocation personnalisée d'autonomie permettant une prise en charge adaptée à ses besoins* »²³⁹¹. La disposition normative précise un critère de besoin. L'aide « *est destinée aux personnes qui, nonobstant les soins qu'elles sont susceptibles de recevoir, ont besoin d'une aide pour l'accomplissement des actes essentiels de la vie ou dont l'état nécessite une surveillance régulière* »²³⁹². En fondant un droit supplémentaire permettant de dépasser le plafond de l'Allocation personnalisée d'autonomie en cas d'hospitalisation du proche aidant, le législateur accorde une valeur à l'engagement de ce dernier. On peut déduire de cette disposition une reconnaissance du soutien fourni par les aidants. La défaillance d'un aidant laisse un besoin important pour la personne aidée. Ce besoin est à la fois affectif et matériel.

²³⁸⁴ Art. D. 232-9-2 CASF, tel que créé par le D. n° 2016-210 du 26 février 2016 – art. 1.

²³⁸⁵ Art. L. 14-10-6 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 55.

²³⁸⁶ Art. D. 232-9-2 II CASF – préc. : « *Le montant maximum de la majoration mentionnée à l'article L. 232-3-3 est fixé à 0,9 fois le montant mensuel de la majoration pour aide constante d'une tierce personne* ».

²³⁸⁷ Art. D. 232-9-2 III CASF – préc.

²³⁸⁸ L'article prévoit une procédure provisoire en situation d'urgence.

²³⁸⁹ Extrait de l'art. D. 232-9-2 IV CASF – préc.

²³⁹⁰ Extrait de l'art. L. 232-3-3 CASF, tel que créé par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 52 : « En cas de nécessité, le montant du plan d'aide peut être ponctuellement augmenté au-delà du plafond mentionné à l'article L. 232-3-1, jusqu'à un montant fixé par décret, pour faire face à l'hospitalisation d'un proche aidant ».

²³⁹¹ Art. L. 232-1 al 1 CASF, tel que modifié par la L. n° 2001-647 du 20 juillet 2001 – art. 1, *relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie (I)*, publiée au JORF n° 167 du 21 juillet 2001, p. 11737, texte n° 1.

²³⁹² Extrait de l'art. L. 232-1 al 2 CASF, préc.

ii. *Le droit au répit de l'aidant*

807. L'avancée majeure en la matière consiste en l'instauration d'un droit au répit. Car plus encore que la possibilité de s'investir ou les moyens de le faire, les aidants ont besoin d'un soutien leur permettant de trouver une porte de sortie. Celle-ci est temporaire mais appréciable. La possibilité donnée à l'aidant d'accéder à un congé sécurisé, ou à l'aménagement de son temps de travail pour lui permettre d'assumer le soutien conféré à son proche constitue le point névralgique du statut. Elle lui donne la possibilité d'exister. En outre, l'octroi d'un dépassement de plafond de l'Allocation personnalisée d'autonomie en cas d'hospitalisation de l'aidant assure un suivi du soutien en cas de défaillance de l'aidant. Pour autant, le droit au répit fonde par transparence, la reconnaissance de l'impact physique et moral que représente pour l'aidant, le soutien à son proche. La renonciation — totale ou partielle — à la vie active traditionnelle pour aider une personne âgée ou handicapée est un engagement important qui impacte lourdement le quotidien de l'aidant. Le droit au répit permet à l'aidant d'accéder à un temps de repos, durant lequel son action est compensée. Il découle du principe énoncé à l'article 11 du préambule de la Constitution de 1946, en vertu duquel la nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* »²³⁹³.

808. La mise en œuvre du droit au répit est dépendante d'une constatation préalable d'un besoin de répit de l'aidant. En vertu des articles L. 232-6 2°²³⁹⁴ et D. 232-9-1²³⁹⁵ du Code de l'action sociale et des familles, ce besoin est apprécié par l'équipe médico-sociale de la personne au moment de l'évaluation visant la personne aidée. Celle-ci propose alors « *dans le cadre du plan d'aide, et dans le respect des dispositions de l'article R. 232-7, le recours à un ou des dispositifs d'accueil temporaire, en établissement ou en famille d'accueil, de relais à domicile, ou à tout autre dispositif permettant de répondre au besoin de l'aidant et adapté à l'état de la personne âgée* »²³⁹⁶. Le soutien peut également prendre la forme d'une majoration de l'aide allouée. Les frais de la prestation de répit bénéficient de facilités de versement²³⁹⁷. Par le prisme du décret n° 2016-210 du 26 février

²³⁹³ Extrait de l'art. 11 du préambule de la Constitution de 1946.

²³⁹⁴ Art. L. 232-6 2° CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1775 du 28 décembre 2015, préc., art. 41 : L'équipe médico-sociale « *évalue la situation et les besoins du demandeur et de ses proches aidants. Cette évaluation est réalisée dans des conditions et sur la base de référentiels définis par arrêté du ministre chargé des personnes âgées* ».

²³⁹⁵ Extrait de l'art. D. 232-9-1 I al. 1 CASF, tel que créé par le D. n° 2016-210 du 26 février 2016, préc., art. 1 : « *L'équipe médico-sociale apprécie le besoin de répit de l'aidant sur la base des référentiels mentionnés au 2° de l'article L. 232-6, concomitamment à l'évaluation de la situation de la personne âgée aidée, à l'occasion d'une première demande ou d'une demande de révision, ou à la demande du proche aidant* ».

²³⁹⁶ Extrait de l'art. D. 232-9-1 I al. 2 CASF, tel que créé par le D. n° 2016-210 du 26 février 2016, préc., art. 1.

²³⁹⁷ Art ; D. 232-33 CASF, tel que modifié par le D. n° 2016-210 du 26 février 2016, préc., art. 2.

2016²³⁹⁸, le législateur s'est attaché à la simplification, et à l'amélioration du mécanisme de répit des aidants. Les plafonds de financement des solutions de répit ont été augmentés, tandis que le barème de reste à charge pour les bénéficiaires a été réformé.

2. Les évolutions souhaitables du droit de l'aidant

809. La consécration d'un droit de l'aidant pourrait évoluer en faveur d'un renforcement des mécanismes de congé (a) et de répit (b) qui sont indispensables à un soutien réalisé sur un laps de temps long.

a. Le nouveau droit au congé du proche aidant

810. Une personne répondant à la description de l'article L. 113-1-3²³⁹⁹ peut agir bénévolement en supplément ou en remplacement de sa propre activité professionnelle. Si le mécanisme n'opère pas *a priori* de distinction parmi les proches aidants (i), il n'en demeure pas moins inégal (ii).

i. L'adaptation du droit au congé du proche aidant

811. La création d'un droit au congé du proche aidant érigé au rang des dispositions d'ordre public contribue à assoir le statut d'aidant. Les initiatives privées au profit des personnes âgées sont ainsi soutenues par le législateur. Pour autant, l'exercice de ce droit (α) est entravé par des questions de financement (β) qui portent encore atteinte à son efficacité.

α Les enjeux du congé du proche aidant

812. Le statut d'aidant prévoit pour les personnes salariées, la possibilité de poser un congé, ou de procéder à l'aménagement de son temps de travail afin de soutenir un proche en perte d'autonomie. Cette faculté de congé est prévue par l'article L. 3142-16 du Code du travail²⁴⁰⁰. En vertu du premier alinéa de l'article L. 3142-18²⁴⁰¹ du même Code, l'usage de ce congé fait perdre le droit à l'aidant d'exercer une autre activité professionnelle. À défaut d'une disposition

²³⁹⁸ D. n° 2016-210 du 26 février 2016, préc.

²³⁹⁹ Art. L. 113-1-3 CASF – préc.

²⁴⁰⁰ Art. L. 3142-16 C. du travail, tel que modifié par la L. n° 2016-1088 du 8 août 2016, tel que modifié par la L. n° 2016-1088 du 8 août 2016, *relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (I)*, Publiée au JORF n° 0184 du 9 août 2016, texte n° 3 – art. 9.

²⁴⁰¹ Art. L. 3142-18 al 1 C. du travail, tel que modifié par la L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 – art. 9.

conventionnelle ou collective, le congé n'ouvre pas droit à rémunération. Par conséquent, le salarié suspendant ou procédant à l'aménagement de son temps de travail doit supporter la perte de revenus correspondante. Cette situation peut placer le salarié dans une situation financière délicate. Pour autant, le départ du salarié représente également un poids conséquent pour l'entreprise. Certaines ne pourraient valablement assumer de frais supplémentaires. Cette difficulté peut conduire certaines personnes à renoncer au bénéfice de ce congé, pourtant d'ordre public.

813. Il existe une exception à l'interdiction d'activité de l'aidant durant le congé. En effet, le bénéficiaire de l'Allocation personnalisée à l'autonomie peut régulièrement employer certains de ses proches aidants²⁴⁰². « *Le bénéficiaire de l'allocation personnalisée d'autonomie peut employer un ou plusieurs membres de sa famille, à l'exception de son conjoint ou de son concubin ou de la personne avec laquelle il a conclu un pacte civil de solidarité* »²⁴⁰³. Cette faculté ne cesse pas lorsque le proche n'a pas d'autre activité professionnelle, ou a procédé à sa suspension²⁴⁰⁴. Conséquemment, les salariés bénéficiant du dispositif de congé du proche aidant, et en faisant usage au profit d'une personne bénéficiant de l'Allocation personnalisée à l'autonomie peuvent percevoir une rémunération — sous réserve qu'ils soient régulièrement salariés par la personne aidée. Cette faculté crée une rupture d'égalité entre les salariés aidant une personne bénéficiant de l'Allocation personnalisée à l'autonomie, et ceux aidant une personne n'en bénéficiant pas. *A priori*, cette distinction devrait être minime. En effet, l'article L. 3142-16 du Code de l'action sociale et des familles²⁴⁰⁵ précise expressément une condition d'ouverture du droit au congé du proche aidant. La perte d'autonomie du proche au profit duquel est prononcé le congé doit être caractérisée par une particulière gravité. En restant dans l'hypothèse d'un droit au congé réclamé au profit soit d'un ascendant âgé soit d'une personne âgée, cette dernière caractéristique permet de supposer que l'attribution de l'Allocation personnalisée à l'autonomie au bénéficiaire du soutien. Toutefois, le bénéfice de l'Allocation personnalisée à l'autonomie n'induit pas systématiquement l'emploi d'un proche. Le problème de ressource du salarié en congé du proche aidant reste donc entier.

²⁴⁰² Art. L. 232-7 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 41.

²⁴⁰³ Extrait de l'art. L. 232-7 al 2 CASF – préc.

²⁴⁰⁴ Art. L. 3142-18 al 2 C. du travail – préc.

²⁴⁰⁵ Art. L. 3142-16 CASF – préc.

β *Le financement du congé du
proche aidant*

814. La perte de revenu occasionnée par l’usage du droit au congé de proche aidant affecte l’efficacité du mécanisme. Le poids substantiel de l’exercice de ce droit pourrait faire l’objet d’un transfert depuis le salarié vers une entité capable de compenser ce défaut de ressource. Les entreprises ne sauraient valablement être chargées de financer le dispositif. L’absence d’un salarié cause d’ores et déjà une charge importante. La solidarité nationale pourrait en revanche être mise à contribution. Le caractère d’ordre public²⁴⁰⁶ du congé du proche aidant lui confère une certaine assise. À ce titre, on peut imaginer que le législateur pourrait consentir à certains efforts permettant, sinon de financer totalement, du moins de compenser en partie la baisse de revenus induite par la mobilisation de ce congé pour les salariés.

815. Avant tout, une large campagne informative, marquée par une certaine récurrence pourrait œuvrer en faveur de la connaissance des droits des aidants. Cela pourrait faire augmenter de manière significative le nombre de mobilisations du dispositif. En outre, cela correspondrait au droit à l’information des proches et des personnes âgées quant aux possibilités d’accompagnement consacré par l’article L. 113-1-2 du Code de l’action sociale et des familles²⁴⁰⁷. Quant à la question du financement, on peut souhaiter que la demande d’Allocation personnalisée à l’autonomie soit automatisée lorsqu’un proche se voit contraint de suspendre son activité professionnelle au profit d’une personne ne bénéficiant pas encore de cette aide. Le congé étant subordonné à l’existence d’un besoin de soutien caractérisé, celui-ci devrait *a priori* concourir par la même occasion à l’attribution de l’Allocation personnalisée à l’autonomie. Par ailleurs, l’article D. 3142-7 du Code du travail²⁴⁰⁸ impose un certificat médical attestant de l’état de santé de la personne soutenue pour que le salarié puisse bénéficier immédiatement de son congé.

Dans l’hypothèse d’un congé de proche aidant prononcé au bénéfice du soutien d’une personne âgée, la demande d’Allocation personnalisée d’autonomie liée à la sollicitation d’un congé anticipé pourrait bénéficier d’un mécanisme de référé au profit d’une attribution plus rapide. Une autre option consisterait en une attribution de principe de l’Allocation. Celle-ci pourrait être fondée et

²⁴⁰⁶ Code du travail, Partie législative, Troisième partie, Livre 1^{er}, Titre IV, Chapitre II, Section 1, Sous-section 3 *congé de proche aidant*, Paragraphe 1 *ordre public*, art. L. 3142-16 et s.

²⁴⁰⁷ L. 113-1-2 CASF – préc.

²⁴⁰⁸ Art. D. 3142-7 C. du travail, tel que modifié par le D. n° 2016-1554 du 18 novembre 2016 – préc., art. 1.

justifiée par le contenu du certificat médical visé à l'article D. 3142-7²⁴⁰⁹ ainsi qu'une copie de la déclaration sur l'honneur de l'aidant imposée par l'article D. 3142-8²⁴¹⁰ suivant. L'effet principal serait ici de prononcer une attribution directe de l'Allocation personnalisée d'autonomie en suspendant temporairement la procédure classique. L'intérêt est d'assurer un relai immédiat. Cette proposition n'est que partiellement satisfaisante, dans le sens où elle permet seulement de s'assurer de la prise en charge de la personne dans le besoin, sans répondre à l'enjeu de la perte de revenus accusée par l'aidant.

816. La mise en œuvre d'une solidarité nationale au profit des personnes devant suspendre ou aménager leur temps de travail au profit d'un proche âgé en perte d'autonomie représenterait nécessairement un coût conséquent. D'autant plus que l'existence d'une telle solidarité participerait à réduire le nombre de personnes renonçant à l'exercice du droit au congé de proche aidant. Il y aurait certainement davantage de congés sollicités. Le mécanisme adéquat devra permettre aux aidants de bénéficier d'un véritable temps de congé, sans accuser une perte totale de revenus. En sus, il ne devra pas causer un besoin de financement trop important. La solution d'un financement partiel pourrait être celle du libre choix entre le module de répit et le soutien financier de l'aidant durant sa période de congé. Dès lors le salarié réclamant un congé de proche aidant pourrait bénéficier d'une *Allocation temporaire de congé de proche aidant*. Le bénéfice de cette allocation rendrait caduque le mécanisme de droit au répit pour une année. La création d'une Allocation temporaire directement versée au proche aidant via le bénéfice de l'Allocation personnalisée d'autonomie du proche aidé, pourrait partiellement répondre aux enjeux liés à la perte de ressource accusée par l'aidant. Ce soutien devrait être limité à la période du congé. Une telle nouveauté fonderait l'existence d'un droit direct de l'aidant.

ii. La théorisation d'une assurance de congé de proche aidant

817. Si le droit évolue en faveur du soutien intergénérationnel au profit des personnes âgées et va dans le sens des dynamiques et initiatives privées, la pratique devra également s'adapter. La technique contractuelle peut subvenir aux besoins éprouvés par les entreprises ou les actifs exerçant des professions libérales face à la nécessité de consentir ou de prendre en congé de proche aidant. Les contrats d'assurance portent en leur sein une capacité de résolution du conflit d'intérêt entre le

²⁴⁰⁹ Art. D. 3142-7 – préc.

²⁴¹⁰ Art. D. 3142-8 C. du travail, tel que modifié par le D. n° 2016-1554 du 18 novembre 2016 – préc., art. 1.

besoin impérieux de soutien d'un proche, et la survie ou le maintien d'une activité professionnelle. La solution pourrait consistent en l'extension d'un contrat d'assurance "homme clef".

Le contrat homme clef repose sur la garantie d'un capital versé à l'entreprise accusant la perte temporaire ou permanente de l'un de ses membres. L'entreprise est souscriptrice du contrat. Elle en est aussi le bénéficiaire. Le capital ou la rente ne seront pas versés à l'homme clef ni à sa famille. Le contrat ne vise qu'à assurer la société. La possibilité d'extension de ces contrats au risque d'indisponibilité pour cause de soutien à un proche âgé et en perte d'autonomie permettrait aux entreprises de ne pas être affectées par la sollicitation du congé de proche aidant par un salarié. Le risque serait décuplé — ce qui engendrerait à coup sûr une augmentation du montant des primes d'assurance —, puisqu'il porterait à la fois sur la personne de l'homme clef, et sur l'autonomie des membres de sa familles. Une telle extension de garantie pourrait être appréciée par les petites structures.

b. L'adaptation du droit au répit du proche aidant

818. Le mécanisme porté par l'article L. 232-3-2 du Code de l'action sociale et des familles²⁴¹¹ confère à l'aidant un droit au répit²⁴¹². Cette disposition est expressément ouverte aux proches aidants un bénéficiaire de l'Allocation personnalisée à l'autonomie. Il n'est cependant consacré que relativement, puisqu'il ne peut être activé qu'à condition que le plafond du plan d'aide soit atteint. En outre, l'exercice du droit au répit est conditionné par l'entretien prévu en amont de l'attribution de l'Allocation personnalisée d'autonomie. Lorsqu'un potentiel bénéficiaire de l'Allocation personnalisée d'autonomie enclenche une procédure, ses proches sont également évalués. L'article L. 232-6 dispose notamment que l'équipe médico-sociale « *évalue la situation et les besoins du demandeur et de ses proches aidants. Cette évaluation est réalisée dans des conditions et sur la base de référentiels définis par arrêté du ministre chargé des personnes âgées C'est dès lors en amont que se détermine l'exercice du droit au répit* »²⁴¹³. À ce propos, l'annexe de l'arrêté du 5 décembre 2016 fixant le référentiel d'évaluation multidimensionnelle de la situation et des besoins des personnes âgées et de leurs proches aidant²⁴¹⁴, complète et le dispositif. Il précise que : « Cette

²⁴¹¹ Art. L. 232-3-2 CASF, tel que créé par la L. n° 2015-1776 – préc., art. 52.

²⁴¹² V. *ci-dessus* à ce propos : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section II, Paragraphe 2 : Le soutien intergénérationnel extrapatrimonial au profit des personnes âgées.

²⁴¹³ Extrait de l'art. L. 232-6 CASF, tel que modifié par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 préc.— art. 41.

²⁴¹⁴ Arrêté du 5 décembre 2016, fixant le référentiel d'évaluation multidimensionnelle de la situation et des besoins des personnes âgées et de leurs proches aidants, prévu par l'article L. 232-6 du code de l'action sociale et des familles, publiée au JORF n° 0288 du 11 décembre 2016, texte n° 27.

évaluation vise à apprécier les besoins de répit et de relais des proches aidants, à repérer en amont les signes d'épuisement, afin notamment d'apporter conseils et informations aux proches aidants sur l'offre disponible sur le territoire, pour leur permettre de s'orienter vers les dispositifs pouvant répondre à leurs besoins, notamment d'informations, d'échanges, de conseils et de soutien »²⁴¹⁵.

L'objectif est également celui d'une objectivisation de la situation du proche aidant et d'une subjectivisation de la relation de soutien. L'aide au répit peut prendre la forme d'un hébergement temporaire de la personne aidée, ou bien d'une aide à la surveillance à domicile. L'idée est de remplacer le travail de l'aidant pour une durée limitée. Il peut donner lieu à une majoration limitée du plafond de l'Allocation personnalisée d'autonomie.

819. Le droit au répit est accordé à l'aidant mais bénéficie partiellement à la personne aidée. Cette dernière est censée être gratifiée du maintien du soutien dont elle fait l'objet, y compris durant les périodes de carence de son proche aidant. *« Le droit au répit peut être activé quand le plafond du plan d'aide Allocation personnalisée d'autonomie de la personne aidée est atteint. Le droit au répit peut alors financer dans la limite de 500 € par an : L'accueil de la personne aidée dans un accueil de jour ou de nuit, un hébergement temporaire en établissement ou en accueil familial, un relais à domicile »²⁴¹⁶.* Ce mécanisme découle logiquement du mode de financement du droit au répit de l'Allocation personnalisée d'autonomie. Pour autant, il s'agit d'un droit à compensation plutôt qu'un réel bénéfice. L'aidant dispose d'un temps pour lui, mais nombreux sont ceux qui refusent de solliciter ce soutien, du fait du bouleversement ressenti par la personne âgée aidée. L'impact émotionnel causé par le changement temporaire du lieu de vie est parfois estimé comme trop lourd par les proches, qui renoncent à leur droit au répit. L'évolution du statut d'aidant pourrait véritablement s'engager en faveur des acteurs de l'aide.

Le législateur pourrait ainsi consentir à une nouvelle dérogation au principe porté par l'article L. 232-3-1 du Code de l'action sociale et des familles²⁴¹⁷. Les dispositifs consacrés par l'article L. 232-3-2 suivant²⁴¹⁸ pourraient être enrichis d'une disposition ouvrant droit à un nouveau plafond soutenant exclusivement les aidants. Ainsi, au plafond supplémentaire de 500 € par an finançant l'accueil ou la compagnie de la personne âgée durant un temps de répit de son proche, s'ajouterait un nouveau plafond — inférieur ou égal — finançant un soutien directement au domicile de l'aidant.

²⁴¹⁵ Extrait de l'annexe de l'arrêté du 5 décembre 2016 – préc.

²⁴¹⁶ < <http://www.pour-les-personnes-agees.gouv.fr/actualites/quest-ce-que-le-droit-au-repit> > [en ligne] [consulté le 7 décembre 2017].

²⁴¹⁷ Art. L. 232-3-1 CASF, tel que créé par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 41.

²⁴¹⁸ Art. L. 232-3-2 CASF – préc.

II. LIEN ET RELAI AUX PERSONNES ÂGÉES : LE RÔLE DU LANCEUR D'ALERTE

820. La théorisation d'un droit propre à la personne âgée ne se borne pas à questionner uniquement les rapports individuels aux droits ou l'impact de l'âge sur le contrôle et l'effectivité des droits. Au contraire, elle interroge largement la relation de la société à son propre vieillissement. Une solution pourrait être trouvée par le biais d'une réinsertion des interdépendances, afin de faire du vieillissement un processus individuel soutenu au niveau collectif. À ce titre, l'environnement social apparaît comme un moyen de survivance de l'individualité (A). Pour réinjecter une "conscience de l'autre", le mécanisme du lanceur d'alerte pourrait s'avérer particulièrement utile. Il permettrait de s'assurer d'une relance d'une conscience collective de la vieillesse (B).

A. LA POST-MAJORITÉ ET LE LIEN SOCIAL, MOYEN DE SURVIVANCE DE L'INDIVIDUALITÉ

821. L'environnement social occupe une place de choix aux côtés de l'environnement matériel. Si les interactions sociales sont importantes tout au long de l'existence, elles peuvent être fragilisées par l'avancée en âge. L'enjeu peut se cristalliser à l'occasion de l'étape de sortie d'activité²⁴¹⁹. Mais le passage de l'état d'actif à celui de retraité, n'induit pas forcément une baisse significative des liens sociaux. « *L'espace géographique qui se restreint et accentue la contraction de la vie ne fait pas pour autant de la personne âgée une recluse* »²⁴²⁰.

Les actions menées par les politiques publiques²⁴²¹ en la matière, œuvrent par le biais de la notion de dépendance²⁴²². Cette dynamique représente une limite légale à la tendance individualiste qui régit les sociétés contemporaines occidentales. Cependant, la dépendance est bien souvent réduite à une dimension matérielle et physique : Elle est avérée lorsque l'âge et/ou la maladie ou le handicap empêche de réaliser soi-même les actes de la vie quotidienne. Ces situations peuvent être enrayées par l'arsenal de soin et d'aide à domicile. Toutefois la dimension sociale de la dépendance appelle à d'autres prises en compte. Les soins et l'aide à domicile ne traitent que partiellement la dimension

²⁴¹⁹ C. GUIBET LAFAYE, *Paradigmes interprétatifs de la dissolution du lien social*, [en ligne] [consulté le 14 mai 2018] < <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00373332> >. V. également à ce propos : G. ARBUZ, *Accompagner les expériences de vieillissement. Quel dispositif, quelles démarches privilégier ?* Thèse de Doctorat de Sociologie, Université du Havre, 2013, notamment p. 119-180.

²⁴²⁰ C. PIGUET, *et al.*, *Op. cit.*, p. 101.

²⁴²¹ B. LE BIHAN, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²⁴²² A. CAMPÉON, « Vieillesse isolée, vieillesse esseulée ? Regards sur l'isolement et la solitude des personnes âgées », *Gérontologie et société*, Caisse nationale d'assurance vieillesse, 2016/1, vol. 38, n° 149, p. 11 : « Élevée au rang d' "idiome de détresse" (Dupont, 2013), la solitude a ainsi été identifiée comme grande cause nationale en 2011 » ; V. également à ce propos : A. CAMPÉON, « Solitudes en France : mise en forme d'une expérience sociale contemporaine », *Informations sociales*, CNAF, 2015/2, n° 188, p. 20-26.

sociale de la dépendance. Cette forme de dépendance consiste en l'état de solitude²⁴²³. La notion de solitude trouve une traduction juridique à travers le terme d'isolement. Cette problématique concerne certaines catégories de population — celles qui sont sensibles à la claustration, et dont les personnes âgées²⁴²⁴ font partie.

822. Les bouleversements de la vie, la fin de la vie sociale contrainte, les conséquences biologiques et psychiques du vieillissement sont autant de facteurs qui favorisent la déréliction²⁴²⁵. L'enjeu est sensible concernant la population des personnes âgées. L'impact de l'isolement est difficilement évaluable, si bien que seuls des événements choc déclenchent des réponses politiques en matière de prévention de la solitude. *« L'isolement social est un phénomène qui touche particulièrement les personnes âgées et représente un facteur de perte d'autonomie. Au-delà, cet isolement est parfois un facteur aggravant d'une situation de souffrance psychique qui peut se traduire par un épisode dépressif dont les conséquences peuvent être graves en cas de diagnostic tardif »*²⁴²⁶. Les effets dévastateurs de la canicule de 2003 ont été un véritable électrochoc, mais ont largement révélé la récurrence de l'isolement chez les personnes âgées en France. L'irresponsabilité de certains proches ne se sentant pas concernés par la solitude ou l'état de santé de leurs proches, fut alors révélée²⁴²⁷. L'intervention publique doit pallier les éventuels défauts de solidarité familiale et intergénérationnelle. Malgré cela, les rapports publics se limitent souvent à mentionner seulement l'isolement et la solitude en tant que problèmes sociaux²⁴²⁸.

²⁴²³ V. à ce propos : E. LEVINAS, *Le temps et l'autre*, Éditions Fata Morgana, 1979.

²⁴²⁴ A. CAMPÉON, *Op. cit.*, p. 14 : « Pour rendre compte de la plus grande visibilité du phénomène au sein de notre société contemporaine, il suffit de se pencher sur les campagnes de sensibilisation, généralement à l'initiative d'associations, à destination des populations considérées comme vulnérables, victimes de la précarité, d'une désunion familiale ou encore d'un veuvage » ; « La part de population concernée par l'isolement social augmente avec l'âge de manière assez régulière. Plus on vieillit et plus on est sujet à l'isolement social et c'est après 75 ans que le risque s'aggrave fortement ». Fondation de France « les solitudes en français », in J.-F. SERRES, « Une mobilisation nationale contre l'isolement : la dynamique MONALISA », *Gérontologie et société*, Caisse nationale d'assurance vieillesse, 2016/1, vol. 38, n° 149, p. 159.

²⁴²⁵ A. CAMPÉON, « Les mondes ordinaires de la précarité et de la solitude au grand âge », *Retraite et société*, la Documentation française, 2015/1, n° 70, p. 83-104.

²⁴²⁶ A. LAUTMAN, « La lutte contre l'isolement social des personnes âgées. Laboratoire d'innovation pour les politiques publiques de préservation de l'autonomie », *Gérontologie et société* 2016/1, vol. 38, n° 149, p. 169-171.

²⁴²⁷ F. ROME, « Des dégâts des os », *Recueil Dalloz*, 2009, n° 21, p. 1401.

²⁴²⁸ D. ARGOUD, « L'isolement des personnes âgées. De l'émergence à la construction d'un problème public », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2016/1, vol. 38, n° 149, p. 28 s.

B. LA POST-MAJORITÉ ET LE RÔLE DU LANCEUR D'ALERTE

823. Comment est-ce que la société réagit face à l'entrée en âge de ses composantes ? La sollicitation d'une réponse prend de l'ampleur de façon concomitante au phénomène de transition démographique. Le non-sens de la vieillesse trouve sa limite dans l'approche productiviste et individualiste qui lui est appliquée. Le système de retraite a profondément marqué la conception sociétale de la vieillesse. Il a conféré une autonomie financière extrêmement appréciable mais qui a participé à un détachement de la figure de vieillesse, notamment vis-à-vis de la famille mais également du point de vue de la société. De même, la grande popularité et utilité des institutions d'hébergement pour personnes âgées a contribué à placer les personnes âgées dans une réalité distincte. Elles évoluent dans un lieu de vie clos ou du moins délimité et sont par-là placée en dehors de la société.

Ce phénomène avait été mis en évidence par FOUCAULT qui avait pu traiter de l'enfermement et l'externalisation des déviants²⁴²⁹. Deux élans distincts étaient déduits de ce phénomène de “grand enfermement”²⁴³⁰ : Un enfermement progressif et une médicalisation croissante²⁴³¹. Cette approche semble excessive aujourd'hui. Elle se vérifie partiellement néanmoins. Concernant le thème des personnes âgées, le placement en institution est loin d'être automatique, bien qu'il demeure un trop grand nombre de personnes qui subissent un mode de vie imposé. Par ailleurs, un second phénomène décrit par FOUCAULT tend avec force à se vérifier concernant précisément la population des personnes âgées. Il s'agit du rôle de “juge de normalité”. Par cette expression, est visé le rôle tenu par certaines professions — médecins, éducateurs, travailleurs sociaux — en

²⁴²⁹ J.-F. BERT, *Introduction à Michel Foucault*. Coll. Repère – Sociologie, 2011, p. 28 : Les fous, exclus de la société en subissant d'abord un emprisonnement moral important à travers les notions de raison et de déraison, d'interdit et de transgression. L'inutilité sociale avérée du fou l'a progressivement enfermé dans un mécanisme de culpabilité ressentie à l'égard de la société, dont il se trouve séparé de façon radicale. « *La modernisation des sociétés occidentales est abordée par FOUCAULT comme une montée en puissance de divers assujettissements qui ont pour fonction de reprendre, à leur compte, l'intériorité de l'individu pour mieux le pénétrer et en faire un objet* ».

²⁴³⁰ Le “grand enfermement” décrit touche l'ensemble des déviants de la société. L'enfermement systématique des asociaux trahit la mise à l'écart de la société de toute forme d'oisiveté : tous les éléments non productifs — hormis les enfants et les jeunes qui forment une manne de futurs actifs — sont mis à l'écart et placés dans des institutions spécialisées. Le placement en institution est le corolaire du développement accru de la médecine et, par elle, du phénomène de médicalisation. Aux côtés des institutions contraignantes qui prennent en charge les individus en dehors de leur volonté — les prisons, les asiles —, se trouvent d'autres institutions, moins autoritaires, mais qui font preuve d'autant de rigueur.

²⁴³¹ J.-F. BERT, *Op. cit.*, p. 39 : « *Il perçoit une évolution doublement perverse de ce processus puisque, précise-t-il, “lorsque nous voulons avoir recours à un domaine que l'on croit extérieur à médecine, nous nous apercevons qu'il a été médicalisé [...] cette extension de la médicalisation est un puissant révélateur de nombreux problèmes connexes aux questions de santé dans les sociétés contemporaines, ne serait-ce que dans les rapports complexes de l'institution médicale entretenue avec les sphères publique et économique, en particulier dans les recherches de rentabilité et de productivité des systèmes de soins”* ».

matière de prise en charge des personnes âgées. Effectivement, non seulement ces professionnels peuvent avoir un impact sur le mode de vie de la personne²⁴³², mais certains d'entre eux sont directement impliqués dans le maintien ou le retrait de la capacité juridique.

824. La pratique recherche timidement de solutions visant à enrayer les effets d'un individualisme inadapté à recevoir la transition démographique. Certaines professions se développent au profit d'un panel toujours plus large d'offres destinées à répondre aux besoins de la vieillesse. La défaillance majeure au développement de ces actions est le défaut d'information. La grande vieillesse et la fin de vie demeurent des sujets peu abordés. Si les interventions des aidants ne sauraient être qu'encouragées, il apparaît nécessaire de chercher à élargir le champ de l'altruisme. L'intérêt pour le processus de vieillissement et les effets de la vieillesse ne devraient pas concerner uniquement le cercle des proches d'une personne âgée. Le législateur devrait sans nul doute chercher des moyens pour mobiliser l'ensemble de la société de façon consciente et volontaire. Il existe certainement d'autres voies que l'insertion de "journées de solidarité pour les personnes âgées". Une solution pourrait être trouvée à travers la théorisation et le développement du rôle du lanceur d'alerte. Cette notion fut façonnée progressivement²⁴³³. La loi du 16 avril 2013²⁴³⁴ a consacré un droit d'alerte en matière de santé publique et d'environnement, puis la loi "déontologie" du 20 avril 2016²⁴³⁵, a de nouveau placé le lanceur d'alerte au premier plan mais²⁴³⁶ c'est avec la loi du 9 décembre 2016²⁴³⁷ dite "SAPIN 2", que le législateur a souhaité renforcer le

²⁴³² De nombreuses personnes âgées souhaitent demeurer à leurs domiciles. Elles y parviennent jusqu'à un point de non-retour, parfois fixé par des proches soucieux de leur sécurité. La figure du "juge de normalité" est présente à différents niveaux et selon différentes intensités — il en va du choix de faire appel à une aide à domicile, à l'entrée en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes en passant par la décision de placement sous protection juridique.

²⁴³³ V. à ce propos : J. BOUTON, « Vers une généralisation du lanceur d'alerte en droit français », *Rev. Trav.*, Dalloz édition, 2014, p. 471.

²⁴³⁴ L. n° 2013-316 du 16 avril 2013, relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte (1), publiée au JORF n° 0090 du 17 avril 2013, p. 6465, texte n° 1. V. à ce propos : C. FLEURIOT, « Le Sénat adopte une proposition de loi sur la protection des lanceurs d'alerte. Proposition de L., 21 novembre 2012 », *Dalloz actualité*, Dalloz édition, 23 novembre 2012 ; Du même auteur : « Protection des lanceurs d'alerte : adoption définitive. Proposition de loi relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte », *Dalloz actualité*, Dalloz édition, 11 avril 2013. V. également à ce propos : S. NIQUÈGE, « Le lanceur d'alerte, un ami qui vous veut du bien ? » *AJFP*, Dalloz édition, 2014, p. 249.

²⁴³⁵ L. n° 2016-483 du 20 avril 2016, relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires (1), publiée au JORF n° 0094 du 21 avril 2016, texte n° 2.

²⁴³⁶ S. DYENS, « Le lanceur d'alerte dans la loi "Déontologie", un traitement toujours insuffisant », *AJ Collectivités Territoriales*, Dalloz édition, 2016, P. 301 : « La loi « Déontologie » n° 2016-483 du 20 avril 2016 aurait pu être l'occasion d'une intervention législative s'inscrivant dans le cadre déterminé par le Conseil de l'Europe et par la Cour européenne des droits de l'homme. Force est de constater que tel n'est pas - totalement - le cas ».

²⁴³⁷ L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (1), publiée au JORF n° 0287 du 10 décembre 2016, texte n° 2.

statut et la protection lanceur d'alerte²⁴³⁸, en lui faisant bénéficier d'une véritable définition²⁴³⁹. « Ce sont plus de huit textes qui se sont succédés depuis la loi inaugurale n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption et qui ont, de près ou de loin, fortement ou accessoirement, façonné ce qui constitue le régime actuel de l'alerte éthique »²⁴⁴⁰.

825. L'article 6 de la loi du 9 décembre 2016 désigne le lanceur d'alerte comme : « Une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance »²⁴⁴¹. Par ailleurs, l'alinéa deux de l'article apporte un tempérament quant à la preuve des faits allégués par le lanceur d'alerte : « Les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte défini par le présent chapitre »²⁴⁴². Il existe une émanation classique du rôle de lanceur d'alerte en matière générale. En vertu du premier alinéa de l'article 434-3 du Code pénal : « Le fait, pour quiconque ayant eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'agressions ou atteintes sexuelles infligés à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende »²⁴⁴³. Les caractéristiques du lanceur d'alerte concernent principalement sa personne. Certaines sont relatives à sa personne, — il doit s'agir d'une personne physique agissant in personam ayant directement et personnellement pris connaissance des faits dénoncés —, agissant selon un élan altruiste — l'action

²⁴³⁸ S. DYENS, *Op. cit.*, loc. cit.

²⁴³⁹ S. DYENS, *Op. cit.*, loc. cit. : « Souvent mise en avant comme défaut majeur, l'absence de définition du lanceur d'alerte est comblée avec la loi commentée. Jusqu'à présent en effet, les différentes lois organisaient plus la protection du lanceur d'alerte qu'elles ne le définissaient. Il fallait pour cela faire état de définitions issues de la doctrine ou d'organisations internationales s'étant intéressées au sujet, comme l'Union européenne ou le Conseil de l'Europe » ; Un effort de définition fut également porté par la Recommandation CM/Rec (2014)7 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection des lanceurs d'alerte. Le texte fut adopté par le Comité des Ministres le 30 avril 2014, lors de la 1198^{ème} réunion des Délégués des Ministres. V. à ce propos : F. CHALTIEL, « Vers un nouveau droit fondamental du lanceur d'alerte », *Revue de l'Union européenne*, Dalloz édition, 2017, p. 593.

²⁴⁴⁰ S. DYENS, « Le lanceur d'alerte dans la loi “SAPIN 2” : Un renforcement en trompe-l'œil », *AJ Collectivités Territoriales*, Dalloz édition, 2017, p. 127.

²⁴⁴¹ Extrait de l'art. 6 de la L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 – préc.

²⁴⁴² Extrait de l'art. 6 de la L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 – préc.

²⁴⁴³ Art. 434-3 al 1 CP, tel que modifié par la L. n° 2016-297 du 14 mars 2016 – art. 46, relative à la protection de l'enfant (1), publiée au JORF n° 0063 du 15 mars 2016, texte n° 1.

doit être désintéressée et de bonne foi. Dans un sens, ces caractéristiques réduisent le champ d'application du mécanisme. La précision d'un lanceur d'alerte personne physique exclue par conséquent les initiatives portées par des personnes morales. *« D'aucuns imaginaient que des personnes, informées ou ayant directement accès à des informations de nature à être signalées, pouvaient les transmettre à ces structures qui, à la place des individus, auraient pu porter l'alerte, protégeant ainsi indirectement les « véritables » lanceurs. Il n'en sera rien »*²⁴⁴⁴. Malgré cela, l'imposition d'une dimension altruiste permet de préserver le caractère du mécanisme, puisqu'elle exclue toute rémunération au profit du lanceur d'alerte.

826. Le mécanisme du lanceur d'alerte s'est corrélativement construit et décliné selon différentes matières et objectifs. Le point commun entre toutes ses différentes émanations est l'angle de présentation. Au-delà du simple effort de définition, l'action est avant tout traitée pour la protection du lanceur d'alerte plutôt que pour son encouragement. Les intitulés de la majorité des dispositions normatives trahissent cet angle de vue²⁴⁴⁵. Par ailleurs, la protection mise en œuvre par le législateur est double²⁴⁴⁶, puisqu'elle protège le lanceur d'alerte contre les sanctions hiérarchiques, mais lui offre également une immunité pénale pour la divulgation de secrets protégés par la loi, à condition que cette même divulgation fut nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, et qu'elle respecte la procédure légalement fixée. C'est ce qui ressort respectivement des articles L. 1132-3-3 du Code du travail²⁴⁴⁷, et 122-9 du Code pénal²⁴⁴⁸. Il s'agit bien là de l'élément sensible du mécanisme.

La protection du lanceur d'alerte est impérative à l'usage de la prérogative de lancer ou non l'alerte. Sans elle, le bénéfice pressenti par l'opération de lancement d'alerte pourrait être mis en concurrence avec le risque encouru personnellement par le lanceur de l'alerte. En effet, si le lanceur

²⁴⁴⁴ S. DYENS, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²⁴⁴⁵ À titre illustratif, V. Arrêté du 22 décembre 2007, relatif aux signalements des manquements professionnels à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et à la protection des lanceurs d'alerte, publiée au JORF n° 0018 du 23 janvier 2018, texte n° 27 ; L. organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016, relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte (1), publiée au JORF n° 0287 du 10 décembre 2016, texte n° 1 ; L. n° 2013-316 du 16 avril 2013, préc.

²⁴⁴⁶ V. à ce propos : S. CORIOLAND, *Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles*, in Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, juin 2017 (actualisation : févr. 2018).

²⁴⁴⁷ Art. L. 1132-3 C. du travail, tel que modifié par la L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 – art. 10, préc.

²⁴⁴⁸ Art. 122-9 CP, tel que créé par la L. n° 2016-1691 – art. 7, préc : *« N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique »*.

d'alerte devait être voir son acte de divulgation soumis à une menace de sanction de la part de son employeur, alors il risquerait ne renoncer à son acte de divulgation. Cette situation fit l'objet de l'attention de la Cour européenne des droits de l'Homme dans un arrêt HEINISCH c. Allemagne²⁴⁴⁹. Ce contentieux mit en scène une infirmière qui avait été licenciée pour avoir dénoncé des carences dans les soins fournis aux personnes âgées hébergées par l'établissement qui l'employait. En l'espèce, les faits divulgués consistaient en un manque de personnel. Ces éléments avaient été régulièrement indiqués à la direction : Le surplus de travail occasionné par un manque de personnel soignant et encadrant conduisait à une réduction qualitative des soins prodigués. Quelques temps après, ces mêmes défaillances structurelles avaient de nouveau été signalée — la requérante considérant que la situation ne permettait plus de garantir l'hygiène des patients, ni la suffisance des soins nécessaires au service de gériatrie. Celle-ci finit par engager une action pénale pour abus de confiance contre la société qui l'employait. Le procureur Allemand abandonna finalement les poursuites préliminaires qu'il avait ouvertes, à la suite de quoi, Madame HEINISCH fut licenciée sans préavis. Après ces pérégrinations au niveau interne, le contentieux fut porté devant la Cour européenne des droits de l'Homme. La Cour déclara finalement le licenciement d'abusif et contraire à la liberté d'expression. Le raisonnement suivi est intéressant, puisqu'il témoigne de la mise en balance par la Cour européenne, des intérêts de la société et de l'intérêt général : « *Les allégations de Mme HEINISCH ont certainement porté préjudice à la réputation de la société et à ses intérêts commerciaux. Cependant, la Cour considère que l'intérêt public qu'il y a à être informé des carences dans les soins institutionnels apportés à des personnes âgées par une société appartenant à l'État revêt une telle importance dans une société démocratique qu'il l'emporte sur la nécessité de protéger la réputation et les intérêts de ladite société* »²⁴⁵⁰. Une telle décision devrait conforter les professionnels en gériatrie de divulguer certaines situations intolérables en milieu institutionnel.

827. L'utilité du mécanisme de lanceur d'alerte n'est pas à prouver. Le Conseil de l'Europe lui reconnaît un effet de dissuasion et de prévention des actes répréhensibles. Selon l'institution, les alertes renforcent la responsabilité et la transparence démocratique²⁴⁵¹. « *Ceux qui sont sur le lieu de travail sont souvent les premiers à savoir que quelque chose ne va pas et sont donc les mieux*

²⁴⁴⁹ CEDH, Arrêt HEINISCH c. Allemagne, 21 juillet 2011, requête n° 28274/08.

²⁴⁵⁰ CEDH, « Le licenciement injustifié d'une infirmière en gériatrie après l'ouverture par elle d'une action pénale contre son employeur pour des carences dans les soins administrés », *Communiqué de presse du Greffier de la Cour*, CEDH 115 (2011), 21 juillet 2011. [en ligne] [consulté le 9 mai 2018] < <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-3613246-4094994&filename=003-3613246-4094994.pdf> >.

²⁴⁵¹ COMITÉ DES MINISTRES AUX ÉTAT MEMBRES, Recommandation CM/Rec (2014)7, sur la protection des lanceurs d'alerte – préc.

placés pour informer ceux qui peuvent s'attaquer au problème, ils sont dissuadés de faire état de leurs préoccupations ou de leurs soupçons à leur employeur ou aux autorités appropriées par crainte de représailles et ont l'impression que leurs alertes resteront sans suite. Une occasion majeure de protéger l'intérêt général se trouve ainsi manquée »²⁴⁵². Concernant la divulgation d'informations concernant la situation de personnes âgées vivant en milieu institutionnel, le rôle des professionnels encadrant et soignant est central. Pour s'assurer d'une plus grande mobilisation du dispositif du lanceur d'alerte, le législateur pourrait imposer un devoir d'information à la charge de toutes les structures concernant les personnes âgées. Les employeurs devraient ainsi informer leurs salariés de leur faculté à signaler des situations néfastes aux personnes âgées en lien avec leur activité professionnelle. On peut imaginer qu'un fascicule procédural soit annexé aux contrats de travail des personnels en contact avec des personnes âgées.

²⁴⁵² COMITÉ DES MINISTRES AUX ÉTAT MEMBRES, *Op. cit.*, p. 14.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

828. Les rapports humains se complexifient et se distendent en un même temps. Ils accusent, ce que le vocable de la médecine ou du sport nommerait une élongation. À force d'être étirés, ils risquent le déchirement. Dans un tel contexte, la solidarité pourrait passer pour une notion idéaliste et vide de sens. La fragilisation du lien matrimonial représente un risque accru pour l'équilibre de la cellule familiale. L'avènement des modèles de la famille recomposée et monoparentale pourraient concourir au désintéressement des générations hautes pour les générations basses, et *vice versa*. Il n'en est rien en réalité. En dépit de ces facteurs, la solidarité familiale apparaît comme plus solide que jamais. Quant aux rapports familiaux, ils sont loin de se disloquer, et semblent au contraire participer à la création de nouvelles relations. Les rapports intergénérationnels se détachent de plus en plus de toute vraisemblance biologique ou maritale. Eu égard à la densification des besoins de soutien et de prise en charge induits par la transition démographique, le législateur a tout intérêt à prêter son concours au renforcement de cette dynamique.

829. La solidarité intergénérationnelle s'exprime à double sens. Des générations hautes aux générations basses, elle prend la forme d'un soutien matériel et moral participant à l'installation des enfants et petits-enfants dans la vie active. Selon les générations concernées, les implications des uns au profit des autres revêtissent des fondements différents. Le lien de filiation directe est régi par l'autorité parentale. En revanche, le lien de filiation indirecte — grands-parents ou arrière grands-parents —, trouve son assise sur la reconnaissance de droits de l'enfant. Il existe également une solidarité allant des générations basses vers les hautes. Les enfants ou petits-enfants soutiennent leurs ascendants. Si elle peut prendre la forme d'un soutien financier en cas d'impécuniosité, elle répond plus volontiers à celle d'un soutien physique et moral. À ce titre, la consécration récente du statut d'aidant constitue une réelle avancée.

830. L'article L. 113-1-3 du Code de l'action sociale et des familles²⁴⁵³ offre une définition large du proche aidant. Cette amplitude confère une réelle effectivité au statut correspondant. L'article L. 113-1-2²⁴⁵⁴ précédent, fondant un droit à l'information sur les formes d'accompagnement et de prise en charge proposés aux personnes âgées en perte d'autonomie, ne vise cependant que les personnes âgées elles-mêmes et leurs familles. Dans le cadre d'une réforme de l'adaptation de la société au vieillissement, il serait de bon ton d'étendre ce droit à l'information aux proches désignés par L.

²⁴⁵³ Art. L. 113-1-3 CASF, tel que créé par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 51.

²⁴⁵⁴ Art. L. 113-1-2 CASF, tel que créé par la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 – préc., art. 24.

113-1-3. La mention des proches aidants pourrait soit remplacer celle de famille, ou y être adjointe. Dès lors l'article L. 113-1-2 pourrait disposer que « *les personnes âgées, leurs familles et leurs proches aidants bénéficient d'un droit à une information sur les formes d'accompagnement et de prise en charge adaptées aux besoins et aux souhaits de la personne âgée en perte d'autonomie...* »²⁴⁵⁵.

831. Le statut d'aidant est une pièce clef du mécanisme de soutien des personnes âgées au sein du droit positif. Dans le cadre de la cohésion et du renforcement des droits propres à la personne âgée, ce statut pourrait être amené à évoluer en faveur d'une interdépendance intergénérationnelle toujours plus forte. Pourtant en l'état, le dispositif d'aide aux aidants²⁴⁵⁶ théorisé par la loi d'adaptation de la société au vieillissement opère certaines distinctions parmi les acteurs du soutien. Celles-ci confèrent une hétérogénéité importante à l'ensemble du mécanisme et le soumet tout entier à l'attribution de l'Allocation personnalisée à l'autonomie. La concrétisation d'un statut juridique propre à la personne âgée devrait œuvrer dans le sens d'une réduction de ces dissonances.

²⁴⁵⁵ Proposition partielle de rédaction pour l'art. L. 113-1-2 CASF – préc.

²⁴⁵⁶ A. CAMPÉON, BI. Le BIHAN-YOUIYOU, « Le développement des dispositifs d'aide aux aidants : une démarche d'investissement social ? », Informations sociales, CNAF, 2016/1, n° 192, p. 88-97.

CONCLUSION DU TITRE I

832. La vieillesse est présente dans chacune des strates de la société. Cette omniprésence n'est pourtant pas relayée par l'ordre juridique. Si cette entité n'ignore pas totalement les effets de l'âge, elle ne lui offre pas de raisonnement protecteur dans son ensemble. Le législateur s'est pourtant récemment soumis aux besoins d'adaptation normative liés au phénomène de vieillissement. C'est ainsi que la loi d'adaptation de la société au vieillissement a apporté de nouveaux outils juridiques permettant d'œuvrer en faveur des nécessités commandées par la démographie. Ce texte présente des qualités majeures — comme la création du statut d'aidant contenant notamment un droit au répit. À ce titre, il présente un apport à la fois pratique et théorique, puisqu'il livre les premières strates de la reconnaissance d'un géronto-droit. Pour autant il semble que la société n'ait pas encore pris le tournant de sa propre transition démographique. La personne âgée n'est pas encore considérée en tant que sujet spécial de droit. La vieillesse est tout au plus perçue comme un élément déclencheur de droits. C'est le cas notamment pour l'ensembles de droits sociaux en partie fondés sur l'âge des bénéficiaires — du moins leur appartenance à une catégorie d'âge. C'est également le cas pour le statut de l'aidant, indirectement cette fois. En la matière, la vieillesse ouvre des droits à la personne engagée dans un soutien physique et moral. Le vecteur actif du soutien devient également l'objet de l'aide légale. Face aux limites de l'existant, force est de constater que la marge de changement est grande.

833. L'idée d'une post-majorité propose une vision large de la juridicité de la vieillesse, en lui conférant à la fois un contenu de droits et un contenant structuré. Dans l'objectif de renforcer l'efficience des droits durant la période de vieillesse, le but plus global encore est de s'assurer du maintien de la maîtrise des droits tout au long de l'existence. Structurellement, la post-majorité pourrait prendre la forme d'un troisième temps général de vie juridique. Celui-ci deviendrait la suite naturelle de la période de majorité, laquelle suit déjà la période de minorité. La post-majorité comme principe, permet d'éviter le raisonnement dérogatoire au droit commun. Dans un même temps, cela permet d'apporter un nouveau nuancier en matière de protection. De cette manière, la vie juridique deviendrait davantage en phase avec le déroulement biologique de l'existence. Actuellement, la maîtrise des droits connaît une progression lors du passage de la minorité à la majorité, puis stagne à partir de là. Pourtant avec l'avancée en âge, la personne risque de voir l'efficience de ses droits baisser de façon significative. Cette diminution n'est pas due à une quelconque modification du *corpus* de droits en fonction de l'âge, mais bien des agissements individuels et des diverses interactions de la personne âgée avec ses proches, son entourage ou ses cocontractants. Avec la post-majorité, le Droit prendrait volontairement à contre-courant cette inflexion naturelle du rapport

aux droits. La post-majorité se conçoit donc comme un renforcement des droits au cours de la vieillesse.

834. Si l'enjeu que représente l'âge plancher à la post-majorité peut sembler insurmontable de prime-abord, il prend une place secondaire vis-à-vis de l'intérêt d'offrir une protection *sui generis*. En s'appuyant sur des seuils déjà connus et imposés, le législateur pourrait donner l'impulsion d'une réelle adaptation juridique au vieillissement démographique.

TITRE II

LA POST-MAJORITÉ AU SERVICE DE L'AUTODÉTERMINATION DE LA PERSONNE ÂGÉE

835. Le vieillissement est source de besoins spécifiques, auxquels de simples ajustements ne sauraient répondre. Les approches mono-disciplinaires — économique, sociologique — comme les initiatives privées pourraient rapidement être dépassées à défaut d'une approche globale. Pour que le système juridique s'adapte réellement à cette évolution, il doit en prendre la juste mesure — et non uniquement consentir à d'infimes adaptations. Ce défi ne peut être relevé que par le biais des interdépendances individuelles, économiques, sociales, et intergénérationnelles, mais surtout par l'assurance d'un maintien et d'une maîtrise des droits tout au long de l'existence. C'est dans cet objectif que la post-majorité propose un renforcement du consentement pour et par la phase de vieillesse. Ces évolutions doivent embrasser la totalité du processus de volition.

836. La post-majorité est conçue comme un renforcement des droits de la personne âgée. Elle propose que le *corpus* de droit reconnus à tous les majeurs soit consolidé durant la période de vieillesse. Il s'agit davantage de sécuriser que de protéger. Si ce positionnement peut sembler être l'œuvre d'un jeu de lumière illusoire, il n'en est rien. La vocation protectrice de la post-majorité embrasse une dimension dynamique de la protection. Les conséquences sont le renfort des droits de la personne âgée sans pour autant affecter sa capacité juridique. Il s'agit de l'une des distinctions principales de la post-majorité et des régimes de protection juridique des majeurs. L'intérêt est de conférer une place dynamique à la personne âgée et non de l'assimiler à un besoin de protection. Par ailleurs, la logique poursuivie est relativement opposée aux régimes incapacitaires. La post-majorité sécurise l'efficacité des droits durant la vieillesse, et permet également la reconnaissance de nouvelles prérogatives au seul bénéfice de la personne âgée. Ainsi le contenant — à savoir le statut de post-majorité — articule et organise un contenu de droits dont la plus grande partie est d'ores et déjà reconnue à l'ensemble des majeurs. À cet ensemble s'ajoutent certains droits

spécifiques à la vieillesse, et des obligations corrélatives pesant sur les tiers ou cocontractants en relation avec la personne âgée.

837. La voie choisie pour réaliser cet objectif est celle de l'autodétermination. Contrairement à l'argumentation qui a jusqu'alors fait échec à l'idée de l'insertion d'un droit structuré et cohérent de la personne âgée, le statut proposé ici ne se risque pas sur le champ de l'incapacité. Il se conçoit au contraire au service d'un renforcement de la capacité durant la phase de vieillesse.

Personne ne peut valablement se réjouir de l'affaiblissement du poids de la volonté au cours de l'avancée en âge. Si ce n'est pas pour des raisons altruistes, c'est du moins par soucis d'un propre sort à venir²⁴⁵⁷. La post-majorité propose un renforcement de l'autodétermination durant la période de vieillesse, à la fois lors de la prise de décision (CHAPITRE I) que dans l'autorité de la décision (CHAPITRE II).

CHAPITRE I LA POST-MAJORITÉ ET L'ÉMANCIPATION DE LA PRISE DE DÉCISION DE LA PERSONNE ÂGÉE

CHAPITRE II LA POST-MAJORITÉ ET LA MISE EN ŒUVRE DE LA VOLONTÉ DE LA PERSONNE ÂGÉE

²⁴⁵⁷ L'obligation de quitter son domicile, le risque d'être moins indemnisé pour un préjudice esthétique, le risque d'être abusé par des contrats conclus hors établissement manifestement déséquilibrés, l'impossibilité de contracter un crédit sont autant de sujets qui touche chaque citoyen.

CHAPITRE I

LA POST-MAJORITÉ ET L'ÉMANCIPATION DE LA PRISE DE DÉCISION DE LA PERSONNE ÂGÉE

838. Au fur et à mesure qu'elle avance en âge, la personne se trouve confrontée à une évolution de son rapport au consentement. Non pas que la volonté change du tout au tout, mais elle connaît différentes variations. D'un côté, elle n'est plus complètement libre (s'il en est) et se plie à des impératifs nouveaux ou renouvelés. L'individu est amené naturellement à adapter sa volonté à ses capacités comportementales. Il s'agit d'une forme de déprise. Les éléments inaccessibles du quotidiens sont remplacés par de nouveaux éléments adaptés aux capacités de la personne. Cette conception de l'adaptation de la volonté induit une forme corrélative de maîtrise. C'est en réaction à la déprise imposée par la vieillesse que la personne trouve des moyens d'adapter sa volonté pour mieux la servir. Il s'agit d'un processus dynamique et actif²⁴⁵⁸.

D'un autre côté, la volonté exprimée durant la vieillesse peut se retrouver opposée ou confrontée à des volontés contraires ou différentes, émanant de tiers — des proches ou des cocontractants. Ces frictions entre la volonté de l'individu âgé et des volontés tierces, induisent un certain renoncement. Contrairement à la déprise il s'agit là simplement d'abandon. Ce renoncement se fait de façon plus ou moins volontaire. Certains interviennent comme une forme de lassitude tandis que d'autres sont imposés par la société, qui n'est pas toujours le parfait réceptacle de la volonté exprimée. Cette inadéquation entre l'élan de volition et sa réception a tendance à prendre de l'ampleur pendant la vieillesse.

839. Les évolutions structurelles et techniques font des laissés pour compte. Les personnes âgées sont particulièrement touchées par ce phénomène, qui prend part plus largement à l'exclusion de cette population de la dynamique sociétale. Dans un monde où tout va vite et où les schémas d'expression de la volonté sont bouleversés, les atteintes à l'autodétermination sont nombreuses.

²⁴⁵⁸ V. CARADEC, cité par C. PHILIPPE, « Un droit pour les seniors ? », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2012/4, vol. 35, n° 143, p. 149.

La volonté de la personne âgée se trouve chaperonnée par des volontés extérieures. La société devra s'adapter au vieillissement de ses membres, puisque l'inverse semble peu envisageable. Le vieillissement démographique cause un besoin toujours plus grand de sécurisation du consentement (SECTION I), qui ne saurait avoir lieu qu'au profit de la maîtrise individuelle tout au long de la vie (SECTION II).

SECTION I LE RENFORCEMENT DU CONSENTEMENT DURANT LA VIEILLESSE

SECTION II LA MAÎTRISE DE LA VIEILLESSE : PROPOSITION D'UNE
CONVENTION DE VIEILLISSEMENT

SECTION I

LE RENFORCEMENT DU CONSENTEMENT DURANT LA VIEILLESSE

840. La théorisation d'un statut juridique propre à la personne âgée ne saurait se construire autrement que par le prisme d'une attention renouvelée aux processus d'expression de la volonté et de réception du consentement durant la période de vieillesse. Comme l'avait très justement précisé Madame Marie-Anne FRISON-ROCHE en 1995, volonté et consentement doivent être distingués, « *ne peuvent se réduire l'un à l'autre* » et « *ne doivent pas s'assimiler* »²⁴⁵⁹. La vieillesse ne modifie en rien cette altérité, cependant les deux entités que sont la volonté et le consentement connaissent certaines altérations qui leurs sont spécifiques durant cette période. D'un côté, le rapport individuel à la volonté se modifie, parfois au détriment de l'expression de la volonté. De l'autre, la volonté exprimée durant la phase de vieillesse est parfois peu ou mal réceptionnée par les personnes placées en situation de réception de cette volonté. Le mécanisme d'échange des consentements s'en trouve substantiellement modifié.

L'expression de la volonté pourrait connaître certaines adaptations, en faveur de la proximité entre la volonté individuelle de la personne et sa réception par son cocontractant ou interlocuteur. Au-delà de la protection commune de la volonté exprimée (PARAGRAPHE 1), la maîtrise individuelle de la période de vieillesse pourrait être assurée par le biais d'une convention vouée au vieillissement (PARAGRAPHE 2). Cet outil juridique permettrait à la fois de recevoir, de fixer et d'imposer la volonté de la personne âgée pour elle-même, en centralisant au sein d'un même *instrumentum* les décisions concernant le mode de vie, la désignation de la personne de confiance, ou encore les directives anticipées.

²⁴⁵⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD Civ.*, Dalloz édition, 1995, p. 573.

PARAGRAPHE 1

LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DURANT LA PÉRIODE DE VIEILLESSE

841. Un statut juridique propre à la personne âgée ne saurait avoir d'autres objectifs, que le respect de la volonté, de son expression, et de l'autodétermination tout au long de la vie d'adulte. Si ces éléments nécessitent une appréhension spécifique pour la période de vieillesse, c'est précisément parce que cette phase de l'existence est le théâtre de multiples atteintes. De nombreux éléments participent à fragiliser le rapport de la personne à sa propre volonté. La volonté est le matériau nécessaire à la construction d'un statut juridique propre à la personne âgée. L'ensemble d'un tel statut doit reposer sur cette structure. Le grand âge peut remettre en cause l'expression de la volonté, et surtout la réception par autrui de la volonté exprimée.

La post-majorité peut être l'occasion de consolider l'expression de la volonté durant la phase de vieillesse (I). Cet effort devra embrasser la totalité du processus d'expression du consentement (II).

I. LA VOLONTÉ PLACÉE AU CENTRE DE LA VIEILLESSE

842. L'expression d'une volonté revêt une dimension propre à la période de vieillesse. Les modifications du rapport à la volonté sont à la fois intrinsèques et extrinsèques. Cette phase de vie peut altérer la capacité à déterminer sa volonté ou à l'exprimer. La personne âgée peut être confrontée à des difficultés d'expression — au sens d'extériorisation — de sa volonté. La vieillesse peut également réguler la réception par la société de la volonté exprimée. Ainsi la volonté de la personne âgée peut ne pas être reçue ou être mal reçue par les tiers, à l'occasion de certains échanges de consentements.

Ces enjeux questionnent les limites entre expression de la volonté (A) et respect de la volonté exprimée ou du consentement échangé (B).

A. LA VOLONTÉ FACE AUX RÉPONSES SOCIÉTALES

843. Lorsqu'une personne âgée souhaite exprimer sa volonté à propos d'un élément en lien à son mode de vie ou en vue d'une relation contractuelle (1), elle se trouve parfois confrontée au dénigrement ou à l'absence totale de prise en compte (2). Ce phénomène est particulièrement visible lorsque la personne âgée fait l'objet d'une infantilisation importante. Les proches bienveillants s'estiment plus aptes à la décision que la personne elle-même.

1. Les atteintes à la formation de la volonté de la personne âgée.

844. L'enjeu lié à l'expression de la volonté d'une personne âgée se cristallise autour de certains sujets précis, au sein desquels le rapport contractuel occupe une place importante. Le sujet qui s'impose comme le plus déterminant est celui du choix du mode de vie. La théorisation d'un statut juridique propre à la personne âgée pourrait être l'occasion de renforcer les règles du construit, tant dans le domaine du maintien à domicile, que pour l'ensemble des relations contractuelles concernant une personne âgée. Cette partie de la population est particulièrement sensible à certaines pratiques commerciales, telles que la vente à domicile ou la vente par correspondance. Le droit de la consommation intervient d'ores et déjà pour réguler ces pratiques, et fixe la limite entre les démarches qui sont autorisées et celles qui sont prohibées. Cependant, le législateur pourrait consentir à un contrôle renforcé, par exemple en imposant des critères de ventes plus stricts.

845. Les consommateurs âgés qui usent des ventes par correspondance, ou répondent aux sollicitations des professionnels se présentant directement sur leur lieu de vie, ne sont pas toujours en capacité de comparer les prix proposés à ceux effectivement pratiqués sur le marché. Cette situation donne lieu à de très nombreux abus. Chaque jour, des achats sont réalisés à des prix excessifs, par des personnes âgées qui se laissent abuser. Cette situation est en partie causée par le reflet que la société renvoie aux personnes âgées : Une image affaiblie, à la lenteur inadaptée aux relations contemporaines, et à la crédulité exacerbée. Certes, le phénomène biologique du vieillissement entraîne un certain affaïssement de l'individu et de sa capacité de réaction mais ce processus n'est pourtant pas si prégnant. Le problème est que les personnes âgées subissent une passivité qui leur est imposée. De nombreuses personnes ne se sentent pas capable de faire face à la réalité des relations contractuelles, commerciales et technologiques. Pourtant, la population des personnes âgées possède toutes les facultés nécessaires pour rester au centre de la société et ne pas être placée en marge. Les évolutions que l'on connaît sont déconcertantes pour les générations les plus hautes. Cela ne signifie pas que les membres qui composent ces générations n'ont plus de rôle à jouer — bien au contraire. Pour que les liens contractuels et humains qui lient les personnes âgées au reste de la société ne deviennent pas une source de crainte, le processus de consentement doit être modifié.

846. L'ensemble de la société doit s'adapter au vieillissement démographique — et non l'inverse. Pour ce faire, le législateur devra consentir à un encadrement des interactions intergénérationnelles, notamment pour les liens entre des professionnels et des consommateurs âgés. L'effort législatif n'est pas souhaité pour enfermer et rendre rigide les relations entre les personnes âgées et les tiers. Au contraire, il est guidé par un besoin de mise à niveau de la société à sa population. Ce processus

nécessite que l'ensemble du *corpus* normatif soit régi par une moralité retrouvée. Le socle d'adaptation de l'ordre juridique au vieillissement démographique pourrait être constitué par les notions de volontés et de consentement. La plume de Madame Marie-Anne FRISON-ROCHE met en avant la finesse de la distinction entre les deux entités conceptuelles : « *La volonté est au cœur de l'humanisme et marque l'intériorité incommensurable de l'homme tandis que le consentement est un objet, conséquence de la volonté, symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté* »²⁴⁶⁰. La distinction entre ces deux notions devrait se mettre au service d'une adaptation du droit au vieillissement. Dans le cadre de la théorisation d'un droit propre à la personne âgée, ce sont bien l'un et l'autre qui devraient être pris en compte. Concernant la volonté, l'évolution juridique devrait apporter une attention particulière au contexte de prise de décision. Dans ce cadre, l'information de la personne âgée devant fixer sa volonté est primordiale. Le temps de prise de décision constitue également un facteur important. Théoriser un temps de construction de la volonté accordé à la personne âgée est difficilement envisageable en amont de l'expression du consentement. La situation est intérieure, et la prise de décision varie sensiblement selon les individus. L'instauration d'un délai de réflexion rallongé devrait permettre au futur cocontractant âgé de prendre le temps de réfléchir après avoir obtenu l'ensemble des informations nécessaires à sa prise de décision, tout en lui garantissant la stabilité de l'offre durant ce laps de temps.

2. Les atteintes concrètes au consentement de la personne âgée.

847. Face au reflet sociétal de la vieillesse, le réel enjeu concernant le consentement se situe davantage dans le contexte de la réception du consentement, que dans la capacité à arrêter une volonté. La capacité à consentir devrait toujours être régie par le biais de la protection juridique des majeurs. En l'espèce, l'enjeu est celui d'asseoir le positionnement de la personne âgée capable, face à un cocontractant.

848. Certaines pratiques commerciales sont extrêmement virulentes et peuvent contribuer à la méprise de certains consommateurs. L'article L. 121-20-5 du Code de la consommation²⁴⁶¹ reprend les dispositions de l'article L. 34-5 du Code des postes et communications électroniques²⁴⁶² à propos

²⁴⁶⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²⁴⁶¹ Art. L. 121-20-5 C. de la consommation, tel que modifié par l'ord. n° 2016-648 du 6 juin 2005 – art. 1, *relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs*, publiée au JORF n° 131 du 7 juin 2005, p. 10002, texte n° 8.

²⁴⁶² Art. L. 34-5 C. des postes et de communications électroniques, tel que modifié par l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 – art. 13, préc.

des méthodes de prospection pour les contrats ne portant pas sur des services financiers. En vertu de ces articles, la prospection directe au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique est interdite si la personne physique visée n'a pas exprimé son consentement à être prospectée de la sorte²⁴⁶³. La suite de l'article s'emploie à définir le consentement à la prospection directe : « *On entend par consentement toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle une personne accepte que des données à caractère personnel la concernant soient utilisées à fin de prospection directe* »²⁴⁶⁴. Ces précautions pourraient sembler suffisantes *in abstracto*, mais la réalité des pratiques utilisées par certains professionnels leur font perdre toute efficacité.

849. L'existence d'une sollicitation initiale de la part d'un potentiel client fait tomber l'interdiction de prospection directe. Par exemple, lorsqu'une personne âgée ou l'un de ses proches, sollicite des informations concernant un contrat d'assurance dépendance, via un site internet, alors elle est réputée consentante pour la prospection.

À titre illustratif, si une personne se rend sur le site internet de la compagnie d'assurance AVIVA, elle ne peut prendre connaissance des conditions contractuelles des contrats de prévoyance dépendance. Pour obtenir de plus amples informations, elle doit renseigner son adresse postale et son adresse électronique. À la suite de cette démarche initiale, elle recevra un premier courrier électronique l'enjoignant à contracter le plus rapidement possible. « *IMPORTANT : Sans plus attendre, imprimez votre demande de souscription ci-jointe, et renvoyez-nous dès aujourd'hui le document dûment rempli afin d'être rapidement couvert* »²⁴⁶⁵. Les renseignements demandés seront fournis de façon partielle en pièce jointe au courrier électronique. Dans ces documents, les obligations contractuelles ne font l'objet que d'une mention imprécise. En revanche, les avantages contractuels sont mis en avant. La compagnie propose la réalisation d'un "test mémoire" par téléphone. Si la personne ne donne pas suite au premier courrier électronique — ce qui est fortement probable si la personne âgée n'a pas accès à internet et a sollicité les renseignements par le biais d'un proche —, alors elle recevra de très nombreux courriers par voie postale. « *Votre demande de souscription à AVIVA CAPITAL DEPENDANCE ne nous est pas encore parvenue et je m'en inquiète. C'est dommage* »²⁴⁶⁶. Le ton employé n'est pas adapté à un courrier d'information. Ces

²⁴⁶³ Extrait de l'art. L. 34-5 C. des postes et de communications électroniques, préc.

²⁴⁶⁴ Extrait de l'art. L. 34-5 C. des postes et de communications électroniques, préc.

²⁴⁶⁵ Extrait de courrier type envoyé à la suite d'une sollicitation d'information sur le site internet de la compagnie AVIVA.

²⁴⁶⁶ Extrait de courrier type envoyé à la suite d'une sollicitation d'information sur le site internet de la compagnie AVIVA.

courriers contiennent encore moins d'informations que le premier, mais enjoignent le client à compléter son dossier d'inscription en renvoyant ses relevés d'identité bancaire — comme si la relation contractuelle existait déjà. Ces procédés montrent clairement les limites des procédures d'encadrement concernant l'acharnement publicitaire.

B. L'EXISTENCE EMBRYONNAIRE D'UNE CONCEPTION SUBJECTIVE DU CONSENTEMENT

850. La réception de la volonté exprimée par la personne âgée semble souffrir d'une défaillance structurelle. La société ne se donne pas les moyens de s'adapter à un vieillissement actif et sous auto-contrôle — comme si l'autodétermination était l'apanage des actifs. Face à l'étendue et à la récurrence de ces situations, certaines critiques ont d'ores et déjà été formulées, et confortent la prise de position en faveur d'un statut juridique propre à la personne âgée. La Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme s'est penchée à plusieurs reprises sur la question du consentement des personnes âgées. Si ses questionnements s'étaient limités au sujet du consentement lors de l'entrée en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes lors d'un avis rendu en assemblée plénière le 27 juin 2013²⁴⁶⁷, la Commission assume une opinion plus affirmée depuis un avis rendu le 16 avril 2015 concernant le consentement des personnes vulnérables²⁴⁶⁸. L'institution dresse elle-même le constat d'une pratique à des lieues des principes fondamentaux. *« Les réalités sont encore trop contrastées et les droits des personnes particulièrement vulnérables à décider pour elles-mêmes sont loin d'être toujours respectés. Leur consentement ou leur refus, est encore trop souvent éludé lorsqu'il n'est pas purement et simplement écarté, au motif de protéger la personne, dont le jugement serait altéré, contre elle-même »*²⁴⁶⁹. Ces constatations ont été la source d'un retour sur la notion de consentement, ainsi que sur ses différentes expressions.

Au-delà de la reprise générale de la définition du consentement — comme la manifestation d'une volonté extériorisée —, la Commission s'est risquée à la délimitation du consentement. Le consentement exprimé en dehors de tout vice est réputé valable lorsqu'il est produit par un majeur capable. Le consentement de la personne protégée n'est pas valable, prétendument pour son bien. L'institution poursuit son raisonnement ainsi : *« Si l'incapacité, telle qu'elle est appréhendée par le code civil, répond à l'évidence à la définition de la vulnérabilité, la vulnérabilité se détache*

²⁴⁶⁷ CNCDH, Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées, Assemblée plénière du 27 juin 2013.

²⁴⁶⁸ CNCDH, Avis sur le consentement des personnes vulnérables, Assemblée plénière du 16 avril 2015.

²⁴⁶⁹ CNCDH, *Op. cit.*, p. 1

progressivement de l'incapacité »²⁴⁷⁰. La notion de vulnérabilité connaît effectivement une existence indépendamment du seul régime de protection juridique des majeurs. L'état de vulnérabilité permet de mobiliser une protection renforcée. L'ampleur nouvelle de la vulnérabilité permet au champ protectionniste de dépasser les frontières de l'incapacité, et de prétendre au soutien des majeurs capables mais vulnérables. En dépit de ces évolutions conceptuelles, le déclenchement de la protection fondée sur la vulnérabilité pâtit d'un défaut de reconnaissance générale. La personne qui allègue sa vulnérabilité doit la prouver. Dans le cas d'une personne âgée, cette preuve de sa propre vulnérabilité la rapproche indubitablement du régime de protection juridique, et donc de l'incapacité.

851. Le renforcement des règles attenantes au consentement, dans le cadre de la théorisation d'un statut juridique propre à la personne âgée permettrait de passer outre la preuve de l'état de vulnérabilité. *« Au-delà de la réflexion approfondie réalisée au bénéfice des personnes vulnérables en général et des personnes âgées en particulier, il est intéressant de percevoir une véritable modification dans la perception que l'on peut avoir du consentement. Cette perception déjà connue en droit de la consommation, pourrait dépasser la seule sphère des personnes vulnérables »*²⁴⁷¹. Si la vieillesse permettait à elle seule d'accéder à des règles de renforcement du consentement, alors l'existence d'un état de vulnérabilité pourrait être écartée.

II. LE PROCESSUS D'EXPRESSION DU CONSENTEMENT DE LA PERSONNE ÂGÉE

*« Ce fut la découverte la plus importante de sa vie. Il savait lire.
Il possédait le seul antidote au venin de la vieillesse, il savait lire.
Mais il n'avait rien à lire ».*

L. SEPLÚVEDA²⁴⁷²

852. La théorisation d'un statut juridique propre à la personne âgée pourrait agir en faveur d'un renforcement de l'autorité du consentement de la personne âgée, antérieurement à son expression, au moment de son expression, et postérieurement à son expression. Le devoir d'information durant la phase précontractuelle pourrait, par exemple, être renforcé (A) tandis que les délais de rétractation pourraient être augmentés (B).

²⁴⁷⁰ CNCDH, *Op. cit.*, p. 4

²⁴⁷¹ M. LAMARCHE, « Le consentement des personnes vulnérables : le nouvel avis de la CNCDH peut-il aider à surmonter les difficultés pratiques ? », *Droit de la famille*, LexisNexis SA édition, 2015, n° 7-8, alerte 51.

²⁴⁷² L. SEPLÚVEDA, *Le vieux qui lisait des romans d'Amour*, Éditions Métailié suites, 2004.

A. LA PRÉPARATION ET L'EXPRESSION DU CONSENTEMENT DE LA PERSONNE ÂGÉE

853. L'obligation d'information qui pèse sur la phase précontractuelle est d'ores et déjà encadrée, et fait partie de l'ensemble de règles qui composent l'ordre public²⁴⁷³. Les articles L. 111-1 et suivants du Code de la consommation consacrent ce principe de façon générale, et ses différentes expressions sont déclinées. Ainsi, le professionnel doit indiquer au consommateur les caractéristiques essentielles du bien ou du service²⁴⁷⁴, son prix, ainsi que d'autres mentions relatives à l'exécution du futur contrat, les garanties etc... Cette obligation pèse également sur le professionnel lorsque la relation contractuelle de fourniture de service n'appelle pas la conclusion d'un contrat écrit²⁴⁷⁵. En vertu de l'article L. 131-1 du même Code²⁴⁷⁶, tout manquement à l'obligation d'information précontractuelle est passible d'une amende administrative, dont le montant est plafonné. Cette obligation générale est spécifiquement déclinée pour certains contrats, notamment pour les contrats conclus à distance portant sur des services financiers²⁴⁷⁷ ou les crédits à la consommation²⁴⁷⁸, mais également pour les contrats entre fabricants et importateurs de biens meubles et les vendeurs professionnels²⁴⁷⁹.

854. Certaines activités sont soumises à un devoir de conseil — les notaires, les avocats, les médecins. La jurisprudence et la doctrine se sont longuement interrogées sur l'existence d'un tel devoir pour d'autres professions, notamment celles dont les actes juridiques sont soumis à l'obligation d'information précontractuelle. La profession de banquier a cristallisé ce débat. L'activité est soumise au principe de non-ingérence. L'existence de ce devoir s'oppose-t-elle à la reconnaissance d'un devoir de conseil ? En d'autres termes, le banquier est-il responsable des actes conclus entre son établissement et son client ? Puisqu'il n'est pas censé s'immiscer dans les décisions de son client, peut-il réellement être tenu responsable d'un acte inadapté ? La doctrine est partagée. Certains ont déduit de faisceaux d'indices l'existence d'un devoir de conseil du banquier en plein développement depuis les années 1990²⁴⁸⁰. D'autres en revanche, s'obstinent dans la

²⁴⁷³ Art. L. 111-8 C. de la consommation, tel que créé par l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, préc. V. également : Art. 6 C. civ, tel que créé par la L. du 5 mars 1803, promulguée le 15 mars 1803.

²⁴⁷⁴ Art. L. 111-1 C. de la consommation, tel que créé par l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, préc.

²⁴⁷⁵ Art. L. 111-2 C. de la consommation, tel que créé par l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, préc.

²⁴⁷⁶ Art. L. 131-1 C. de la consommation, tel que créé par l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, préc.

²⁴⁷⁷ Art. L. 222-5 C. de la consommation et s.

²⁴⁷⁸ Art. L. 341-1 C. de la consommation et s.

²⁴⁷⁹ Art. L. 111-4 C. de la consommation, tel que créé par l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, préc.

²⁴⁸⁰ J. ATTARD, « L'exécution de son devoir de conseil par le banquier », *RTD Com.* Dalloz édition, 2013, p. 639. V. également à ce propos : J. HUET, « L'existence d'un devoir de conseil du banquier », *Recueil Dalloz*, Dalloz édition, 2013, p. 2921. V. plus récemment à propos de l'obligation de conseil et de mise en garde du banquier pour les contrats concernant un client franchisé : D. FERRÉ, R. PILHERY, « Responsabilité du banquier à l'égard

distinction entre devoir de conseil et devoir de mise en garde²⁴⁸¹. De son côté, la jurisprudence s'est montrée trop aléatoire pour parvenir à un consensus solide.

L'absence de reconnaissance d'un devoir de conseil pesant sur le banquier n'empêche pas sa sollicitation régulière devant les prétoires. Le devoir de conseil du banquier est controversé, mais celui de mise en garde bénéficie d'une reconnaissance bien ancrée — notamment en matière de cautionnement²⁴⁸². Par conséquent, l'un comme l'autre, sont régulièrement invoqués au contentieux. Certains demandeurs présentent le devoir de conseil comme le pendant du devoir de mise en garde²⁴⁸³. Les plus audacieux les présentent comme faisant partie d'un triptyque, composé du devoir d'information, de conseil et de mise en garde. Le premier de ces devoirs bénéficie de l'assise la plus solide, tandis que le devoir de conseil cherche toujours à s'imposer. Cette argumentation a déjà pu être accueillie en première instance : « *Par jugement du 9 février 2016 le tribunal a : [...] dit que la Caisse Régionale de Crédit Agricole Mutuel de Paris et d'Ile de France a manqué à son obligation de conseil, d'information et de mise en garde* »²⁴⁸⁴ ainsi que devant le second degré de juridiction : « *Cependant, ainsi qu'il a été dit plus haut, la présence d'une clause claire et précise ne dispense pas la banque de son devoir d'information, de mise en garde et de conseil* »²⁴⁸⁵. Cette reconnaissance ne témoigne pas d'une véritable consécration du devoir de conseil, mais plutôt de son assimilation aux devoirs d'information et de mise en garde.

Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Chambéry le 23 janvier 2018, la défaillance du banquier à son devoir de conseil fut reconnue comme causant une perte de chance pour son client : « *Le préjudice subi du fait du manquement par le banquier à son devoir de conseil constitue une perte de chance pour l'emprunteur de souscrire une assurance complémentaire afin d'être exonéré de la charge du remboursement des emprunts et il incombe à ce dernier d'établir une relation entre la faute et le préjudice* »²⁴⁸⁶.

de son client franchisé : les contours de son obligation de conseil et de mise en garde », *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution*, Dalloz édition, 2015, p. 482.

²⁴⁸¹ D. LEGEAIS, « Responsabilité bancaire. Absence de devoir de conseil du banquier », *RTD Com.* Dalloz édition, 2015, p. 340, à propos de l'arrêt Cass. com. 13 janvier 2015, n° 13-25.856, non publié au bulletin. Également à ce propos : A. GOURIO, « Répétez après moi : la banque n'est pas tenue à une obligation de conseil en matière de crédit », *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution*, Dalloz édition, 2015, p. 172.

²⁴⁸² Ch. ALBIGES, « Articulation entre devoir de mise en garde de la caution et exigence de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, Dalloz édition, 2017, p. 2573.

²⁴⁸³ CA Paris, pôle 4 ch. 9, 25 janvier 2018, n° 15/11412.

²⁴⁸⁴ Extrait de CA Versailles, 25 janvier 2018, n° 16/02.603.

²⁴⁸⁵ Extrait de CA Versailles, 25 janvier 2018, préc.

²⁴⁸⁶ CA Chambéry, ch. civile section 1, 23 janvier 2018, n° 16/00918.

855. Dans le cadre de la théorisation d'un statut juridique propre à la personne âgée, la mobilisation des devoirs d'information précontractuelle, de mise en garde ou de conseil pourraient trouver une application spécifique au profit des post-majeurs. Cette évolution constituerait une réponse complète à un besoin préexistant. La clientèle âgée aspire à une plus grande prévenance de la part des professionnels. Si ce désir concerne l'ensemble des rapports contractuels ou précontractuels, il est particulièrement présent pour certains contrats.

856. Un contentieux porté près la Cour d'appel de Lyon²⁴⁸⁷ témoigne de la fragilité du rapport contractuel uniformisé — ne prenant pas en compte l'âge et la situation du client —, en matière de placements. En l'espèce l'appelante, âgée de quatre-vingt-onze ans lors de l'instance soutenait que la banque ait « *profité d'une visite qu'elle a faite le 31 octobre 2006, à l'agence bancaire, pour lui faire clôturer le plan d'épargne logement qui lui rapportait 4, 62 % d'intérêts par an net de prélèvements sociaux, pour lui faire ouvrir le 02 novembre 2006, un nouveau contrat d'assurance vie, investi en fonds euros, qui ne rapportait que 3, 00 % d'intérêts nets et qui ne correspondait pas à ses besoins en matière de gestion de patrimoine* »²⁴⁸⁸. En dépit des circonstances, la requérante n'a pas obtenu gain de cause.

857. Lors d'un contentieux ayant pris naissance à l'occasion d'un contrat de crédit conclu auprès de la société COFIDIS, la Cour d'appel de Limoges²⁴⁸⁹ s'est de nouveau trouvée confrontée à des prétentions consistant à la reconnaissance d'un manquement aux devoirs de conseil et de mise en garde à l'égard de personnes âgées et vulnérables. L'examen des contrats litigieux « *révèle qu'ils ne comportent aucune information sur les ressources et charges des emprunteurs à la date de leur signature ; qu'il y est seulement mentionné qu'ils sont retraités, sans plus de précisions sur le montant de leurs pensions de retraite respectives ; qu'il n'est ni prouvé ni même allégué par ailleurs que la société COFIDIS s'est renseignée, avant de consentir les ouvertures de crédit en cause, sur les facultés de remboursement des débiteurs dont il est établi qu'ils avaient contracté d'autres crédits à la consommation* »²⁴⁹⁰. De pareilles circonstances ont permis aux juges d'appel d'accueillir la défaillance de la société quant à son obligation de mise en garde. Cependant, la Cour n'a pas souhaité entrer dans le détail de la mise en œuvre de cette obligation. Aucun devoir spécifique à l'égard de la situation de retraité des cocontractants n'a été relevé.

²⁴⁸⁷ CA Lyon, 1^{ère} ch. civile a, 17 novembre 2011, n° 10/01483.

²⁴⁸⁸ Extrait de CA Lyon, 17 novembre 2011, préc.

²⁴⁸⁹ CA Limoges, ch. civile, 18 décembre 2013, n° 11/01118.

²⁴⁹⁰ Extrait de CA Limoges, 18 décembre 2013, préc.

B. LE RETRAIT DU CONSENTEMENT DE LA PERSONNE ÂGÉE

858. La création de la post-majorité pourrait être l'occasion d'augmenter les délais de rétractations en faveur des consommateurs âgés. Par exemple, , le Code de la consommation prévoit²⁴⁹¹, un délai de rétractation général pour les contrats conclus à distance : « *Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision...* »²⁴⁹². À la suite de ce premier alinéa pourrait être intégrée la disposition suivante :

“Le consommateur âgé dispose d’un délai supplémentaire de sept jours pour exercer son droit de rétractation dans les mêmes conditions”.

Selon une même logique, l'article L. 224-79 du Code de la consommation²⁴⁹³ concernant les contrats ayant un objet particulier, pourrait être enrichi d'un alinéa intermédiaire. Ainsi, le premier alinéa disposant du fait que « *le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours francs pour se rétracter d'un des contrats mentionnés aux articles L. 224-69 et L. 224-70, sans avoir à indiquer de motif* »²⁴⁹⁴, pourrait être suivi d'un nouvel alinéa ainsi rédigé :

“Le consommateur âgé bénéficie d’un délai supplémentaire de sept jours francs pour se rétracter dans les mêmes conditions”.

Le même supplément de délai pourrait être octroyé pour les hypothèses prévues par l'article L. 312-19²⁴⁹⁵ du même Code concernant les contrats de crédit, ou par l'article L. 132-5-1 du Code des assurances²⁴⁹⁶ concernant les contrats d'assurance sur la vie ou de capitalisation — encore que le délai de trente jours semble suffisant.

²⁴⁹¹ Art. L. 221-18 C. de la consommation, tel que créé par l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, préc.

²⁴⁹² Art. L. 221-18 al 1 C. de la consommation, préc.

²⁴⁹³ Art. L. 224-79 C. de la consommation, tel que créé par l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, préc.

²⁴⁹⁴ Art. L. 224-79 al 1 C. de la consommation, préc.

²⁴⁹⁵ Art. L. 312-19 C. de la consommation, tel que modifié par la L. n° 2017-203 du 21 février 2017 – art. 9, ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services (1), publiée au JORF n° 0045 du 22 février 2017, texte n° 1.

²⁴⁹⁶ Art. L. 132-5-1 C. des assurances, tel que modifié par la L. n° 2005-1564 du 15 décembre 2005 – art. 4, *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'assurance (I)*, publiée au JORF n° 292 du 16 décembre 2005, p. 19348, texte n° 3.

PARAGRAPHE 2

LA PROTECTION DE LA CAPACITÉ D'EXPRESSION DE LA VOLONTÉ DE LA PERSONNE ÂGÉE À L'HEURE DU NUMÉRIQUE

859. L'outil numérique a largement bouleversé de nombreux secteurs professionnels et a révolutionné les modes de transmission et de communication. Son impact n'est cependant pas cantonné à cette échelle. Il irrigue aujourd'hui le fonctionnement propre de la République. Le paysage sociétal connaît une version 2.0²⁴⁹⁷, consacré par le législateur à travers la loi du 7 octobre 2016²⁴⁹⁸ pour une République numérique²⁴⁹⁹.

Les progrès techniques et technologiques modifient notre rapport aux droits. Bon nombre de démarches ont d'ores et déjà été dématérialisées. La praticité de ces évolutions est largement mise en avant. L'outil numérique est cependant à l'origine d'une rupture d'égalité réelle, et qui concerne particulièrement — mais non exclusivement — la population des personnes âgées (I). L'imposition progressive d'internet et des démarches dématérialisées crée un besoin de droit à la non-connexion (II), qui permettrait de préserver l'effectivité des droits des personnes qui n'ont pas pris le coche du numérique.

I. LA FRACTURE NUMÉRIQUE, DAVANTAGE HUMAINE QUE MATÉRIELLE

860. L'enjeu de l'égalité en matière d'accès à la connexion a d'ores et déjà été soulevé à plusieurs reprises, notamment à l'occasion de la loi de modernisation de l'économie de 2008²⁵⁰⁰, ou de la loi relative à la lutte contre la fracture numérique en 2009²⁵⁰¹.

L'application du plan "France numérique 2012" a largement participé à la résorption de ce phénomène. L'adaptation est cependant loin d'être complète (A), et l'outil numérique pourrait rapidement être à l'origine d'une rupture d'égalité sans précédent (B).

²⁴⁹⁷ Voir 3.0 si l'on en croit le rapport de du Conseil National du Numérique, d'octobre 2014.

²⁴⁹⁸ L. n° 2016-1321 du 7 octobre 2016, *pour une République numérique (I)*, publiée au JORF n° 0235 du 8 octobre 2016, texte n° 1.

²⁴⁹⁹ J.-M. PASTOR, « Les politiques publiques dans la République numérique », *Dalloz actualité*, Dalloz édition, 11 décembre 2015 ; J. DALEAU, « République numérique : après consultation problématique, la discussion parlementaire », *Dalloz actualité*, 28 janvier 2016.

²⁵⁰⁰ L. n° 2008-776 du 4 août 2008, *de modernisation de l'économie (I)*, publiée au JORF n° 0181 du 5 août 2008, p. 12471, texte n° 1.

²⁵⁰¹ L. n° 2009-1572 du 17 décembre 2009, *relative à la lutte contre la fracture numérique (I)*, publiée au JORF n° 0293 du 18 décembre 2009, p. 21825, texte n° 1. V. à ce propos : A. ASTAIX, « Lutte contre la fracture numérique. Proposition de loi relative à la lutte contre la fracture numérique », *Dalloz actualité*, Dalloz édition, 15 décembre 2009.

A. LES INÉGALITÉS MATÉRIELLES CAUSÉES PAR L'OUTIL NUMÉRIQUE

861. Au-delà de la seule question de possibilité d'accès, — c'est-à-dire de rattachement et de couverture de réseau —, celle de la faculté et de capacité d'accès reste entière. Plus encore qu'en matière de raccordement à internet, la véritable rupture d'égalité se trouve dans la capacité à s'en servir. Loin de pâtir d'une quelconque défaillance matérielle et au cœur même des villes bénéficiant du très haut débit, il existe une partie de la population qui n'est pas familiarisée à l'outil numérique. Les études menées par l'INSEE attestent d'une progression de l'accès à internet dans les ménages français : « *Un peu plus de 64 % des ménages déclarent avoir un accès à Internet à leur domicile en 2010 contre 56 % en 2008 et seulement 12 % en 2000* »²⁵⁰². En 2016, la réalisation de nouvelles statistiques a démontré la généralisation du raccordement. 86% des foyers français ont accès à internet²⁵⁰³. Ces chiffres sont cependant à manier avec précaution et doivent être relativisés. S'ils paraissent colossaux, pris *a contrario* il montrent déjà que 14% des foyers français n'auraient pas accès à internet — soit une partie non négligeable de la population. Par ailleurs, ces chiffres ne reflètent que l'état de raccordement, et en aucun cas l'usage réel de l'outil numérique.

862. De la même façon que le raccordement, la présence d'un abonnement internet ne peut être davantage révélatrice de la consommation réelle. Bon nombre de foyers ont contracté un abonnement internet pour bénéficier d'un service global — internet, télévision, téléphone. Par conséquent, il apparaît clairement que le pourcentage de foyers raccordés ne peut être apprécié en tant que donnée brute. Sur ces foyers, certains sont raccordés au réseau sans utiliser du tout internet. Il est en outre important de détailler l'usage réel d'internet. Au sein des foyers raccordés, tous les habitants n'ont pas l'usage d'internet. Le raisonnement en termes d'individu et non de foyer peut être davantage révélateur. Toujours selon la même étude INSEE, 70% des personnes raccordées au réseau témoignent en user quotidiennement. Cependant, près de 90% de ces utilisateurs auraient entre 16 et 24 ans. En conclusion, parmi les foyers raccordés, seule une partie à l'usage d'internet ; parmi les foyers raccordés où internet est utilisé, il ne l'est pas forcément par la totalité de personnes qui composent le foyer ; parmi les personnes raccordées et qui utilisent internet, 10% auraient plus de 25 ans. Mené de bout à bout, le raisonnement laisse entrevoir l'usage éclectique et partiel de l'outil numérique en France.

²⁵⁰² V. GOMBAULT, « Deux ménages sur trois disposent d'internet chez eux », *INSEE première*, INSEE statistiques, n° 1340, 2 mars 2011.

²⁵⁰³ INSEE, Accès et utilisation de l'internet dans l'Union européenne en 2016, 7 juillet 2017.

863. Une autre étude démontrait en 2010, que sur l'ensemble la population des plus de 75 ans ayant accès à internet, a peine plus de 10% en avait fait usage plus d'une fois²⁵⁰⁴. Si la possession de droits n'implique jamais l'obligation de s'en servir, l'incapacité d'en user peut soulever certains enjeux conséquents. Ceci est d'autant plus vrai lorsque le législateur impose — ou recommande fortement — son effectivité. En ce qui nous intéresse ici, il est question de l'imposition de l'usage de l'outil numérique.

La fracture numérique est aujourd'hui davantage humaine que technique. Elle n'a pas la même intensité pour la globalité du numérique. La transition vers la télévision numérique²⁵⁰⁵, prévue par les lois du 17 décembre 2009²⁵⁰⁶ et du 14 octobre 2015²⁵⁰⁷, ainsi que par le prisme des décrets qui l'on suivie, semble s'être globalement imposée sur l'ensemble du territoire. À cet égard, le décret du 26 août 2010²⁵⁰⁸ a notamment œuvré en faveur de la continuité de réception des services de télévision en clair diffusés par voie hertzienne terrestre en mode analogie pour les zones où la connexion ne peut être assurée par cette voie. Il n'en va pas de même pour l'accès à internet.

B. LA RUPTURE D'ÉGALITÉ JURIDIQUE CAUSÉE PAR L'OUTIL NUMÉRIQUE : L'EXEMPLE DE LA TÉLÉDÉCLARATION

864. L'accès à la télévision entre dans la sacrosainte famille des services publics. Hormis la nécessité d'avoir en sa possession le matériel adéquat, le citoyen lambda n'a pas à posséder quelques capacités quelconques pour accéder normalement aux programmes diffusés. L'enjeu matériel est sensiblement identique en ce qui concerne l'accès à internet — différences financières mises à part. Internet représente un coût non négligeable. Le prix d'achat d'un ordinateur pèse considérablement sur le budget d'une retraite moyenne. Ceci est d'autant plus vrai, qu'à l'investissement de départ sur le matériel, s'ajoutent les frais d'abonnement et de location du matériel. Malgré tout, ce poids financier n'est qu'un moindre mal. En la matière, la différence la

²⁵⁰⁴ V. GOMBAULT, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²⁵⁰⁵ D. n° 2010-670 du 18 juin 2010, *relatif à la composition des commissions de transition vers la télévision numérique*, publié au JORF n° 0141 du 20 juin 2010, p. 11175, texte n° 1.

²⁵⁰⁶ L. n° 2009-1572 du 17 décembre 2009, *préc.*, ainsi que l'Ord. n° 2009-1019 du 26 août 2009, *portant extension et adaptation outre-mer des dispositions relatives à la télévision numérique terrestre*, publiée au JORF n° 0197 du 27 août 2009, p. 14016, texte n° 37.

²⁵⁰⁷ L. n° 2015-1267 du 14 octobre 2015, *relative au deuxième dividende numérique et à la poursuite de la modernisation de la télévision numérique terrestre (1)*, publiée au JORF n° 0239 du 15 octobre 2015, p. 19066, texte n° 1.

²⁵⁰⁸ D. n° 2010-993 du 26 août 2010, *relatif à l'aide aux téléspectateurs permettant la continuité de la réception des services de télévision en clair diffusés par voie hertzienne terrestre en mode analogique dans les zones où celle-ci ne peut être assurée par voie hertzienne terrestre en mode numérique*, publié au JORF n° 0199 du 28 août 2010, p. 15692, texte n° 62.

plus importante entre les outils numériques quelconques — télévision, téléphone — et l'internet — par ordinateur ou tablette —, ne réside pas dans le prix de revient. C'est la faculté d'usage, c'est-à-dire le *corpus* de connaissances nécessaire à l'accès à internet qui diffère. C'est ici que le bât blesse, concernant la portion d'irréductibles citoyens qui n'ont pas pris le coche du numérique.

865. Une partie de la population n'est familière ni de près ni de loin à l'outil numérique. Ici, les personnes âgées de plus de soixante-dix ans sont majoritaires, même si cette difficulté est visible pour un grand nombre de personnes âgées seulement de cinquante ans. L'enjeu de l'accès de cette population à internet pourrait apparaître de prime abord comme négligeable. C'est notamment le cas, si l'on raisonne en prenant en considération l'usage majoritairement futile et lié au loisir de cet outil. Cependant, les choses apparaissent différemment, lorsque l'on considère la numérisation progressive des démarches administratives et fiscales. L'exemple le plus frappant et général est l'obligation récente de déclarer ses revenus sur internet. La première étape marquante à ce sujet remonte à l'année 2015. La déclaration des revenus sur internet fut imposée aux contribuables dont le revenu de l'année 2014 était supérieur à 40 000 €. L'année suivante, ce seuil fut abaissé à 28 000 €. En 2017, la télédéclaration s'est imposée à l'ensemble des contribuables attestant d'un revenu fiscal supérieur à 15 000 € en 2016. Désormais, la télédéclaration est généralisée. À défaut de déclaration numérique, le contribuable s'expose à une amende forfaitaire de 15 €²⁵⁰⁹. C'est ainsi que l'article 1649 quater B quinquies du Code général des impôts dispose qu'à compter des déclarations souscrites au titre des revenus de l'années 2018, la déclaration en vue de l'établissement de l'impôt sur le revenu « *et ses annexes sont souscrites par voie électronique par les contribuables dont la résidence principale est équipée d'un accès à internet* »²⁵¹⁰. La télédéclaration s'est largement répandue depuis. Elle concerne l'impôt sur le revenu et les prélèvements sociaux associés, la taxe d'habitation et la contribution à l'audiovisuel public, les taxes foncières et d'habitation, la taxe sur les logements vacants etc... En 2017, le paiement dématérialisé — par télépaiement ou prélèvement automatique — est devenu obligatoire à compter de 2 000 € d'impôt à payer²⁵¹¹. En 2018 ce seuil sera réduit de moitié. Le processus devra s'achever par l'imposition par télédéclaration systématique d'ici 2020. L'ubérisation de l'imposition contribue à placer une part non négligeable des citoyens dans l'incapacité à réaliser par eux-mêmes leurs déclarations de revenus.

²⁵⁰⁹ À partir de l'usage récidiviste du format papier.

²⁵¹⁰ Art. 1649 quater B quinquies CGI, tel que créé par la L. n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 – art. 76 (V), *de finances pour 2016 (1)*, publiée au JORF n° 0302 du 30 décembre 2016, p. 24614, texte n° 1.

²⁵¹¹ < <https://www.economie.gouv.fr/particuliers/impot-sur-revenu-payer-en-ligne> > [en ligne] [consulté le 5 janvier 2018].

II. L'EFFECTIVITÉ DES DROITS À L'HEURE DU NUMÉRIQUE : PROPOSITION D'UN DROIT À LA NON-CONNEXION

866. La numérisation n'est pas l'apanage de la matière fiscale. De plus en plus de démarches administratives sont concernées par la dématérialisation — Sécurité sociale, préfecture, caisses de retraite, mutuelles, banques etc... Si cette évolution est précieuse pour de nombreuses personnes, — maîtrisée, l'outil numérique représente un gain de temps inestimé et répond aux objectifs économiques et écologiques —, elle représente un désavantage pour d'autres. Il est totalement anormal que cela soit fait par la contrainte. Le législateur n'a pas fait preuve de prévoyance en imposant la numérisation de ces démarches. Outre inciter davantage les acteurs professionnels à délaisser les voies traditionnelles, il place une partie de la population en difficulté.

867. Les pratiques individuelles se sont d'ores et déjà adaptées à cette imposition malvenue du numérique. En matière de procédure exclusivement accessible via internet, les personnes incapables de réaliser elles-mêmes leurs démarches ont fait appel à leurs proches les plus au fait de l'outil informatique. Cette nouvelle voie administrative est aveugle. Elle est incapable de distinguer qui réalise effectivement la démarche. Un clic n'est pas individualisable. Ce chemin de traverse permet effectivement d'accéder au résultat escompté, c'est-à-dire au remplissage du formulaire ou à l'accomplissement de la déclaration. Il n'est pourtant pas pleinement satisfaisant. En effet, le soutien humain implique que l'on porte atteinte à la discrétion généralement observée en ce qui concerne les démarches administratives. Le préjudice est variable. Il dépend notamment du lien qui unit le déclarant à son soutien informatique. Pour autant, elle n'en demeure pas moins réelle, puisque de très nombreuses personnes — et pas seulement des personnes âgées — ont été obligées de se faire aider pour réaliser leurs télédéclarations. L'imposition aveugle de la démarche numérique porte atteinte au respect de la vie privée des personnes qui sont dans l'incapacité de maîtriser cette technique.

Les difficultés d'ores et déjà éprouvées, ou qui seront éprouvées par une partie de la population dépassent largement la seule hypothèse de la télédéclaration. Ce phénomène a soulevé la question de l'avènement d'un droit à la non-connexion. Cette proposition se place résolument en écho au nouveau droit à la déconnexion. Ce dernier fut consacré par la loi travail du 8 août 2016²⁵¹². Il est

²⁵¹² L. n° 2016-1088 du 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (1), publiée au JORF n° 0184 du 9 août 2016, texte n° 3. *V. également à ce propos* : M. KEIM-BARGO, « Focus – le droit à la déconnexion », *Juris Tourisme*, Dalloz édition, 2017, n° 194, p. 27 ; Th. GIRAUD, « Le droit à la déconnexion », *Juris Associations*, Dalloz édition, 2017, n° 552, p. 26 ; G. LOISEAU,

le fruit de nombreuses réclamations formulées en réaction à l'intrusion du numérique dans le milieu professionnel. L'ère du numérique a en effet révolutionné le milieu professionnel, à tel point qu'il lui en est devenu indispensable. Le phénomène est tel, qu'il en est devenu intrusif. Les technologies supportant l'outil numérique se font toujours plus intimistes. En ce qui concerne les actifs, le numérique ne s'est pas contenté de simplifier les tâches de bureautique classiques. « *Les salariés sont de plus en plus "connectés" en dehors des heures de bureau, la frontière entre vie professionnelle et personnelle est ténue* »²⁵¹³. Le numérique en est venu à supplanter la réalité matérielle de certaines branches professionnelles. Le lieu de travail n'est plus indispensable à certains secteurs. Un site internet bénéficie d'une visibilité incomparable à celle que peut offrir une enseigne traditionnelle ayant pignon sur rue. Par voie de conséquence, les limites physiques du travail se brouillent.

868. Si l'outil numérique est accessible n'importe où, il l'est également n'importe quand. Selon une étude "pratiques numériques des actifs en France" menée par le cabinet ÉLÉAS en 2016²⁵¹⁴, plus de 37% des actifs utilisent les outils numériques à vocation professionnelle en dehors de leur temps de travail. Ce poids du numérique a poussé de nombreuses voix²⁵¹⁵ à réclamer²⁵¹⁶ un droit à la déconnexion. Dans ce cadre, le rapport de Monsieur Bruno METTLING²⁵¹⁷ à Madame Myriam EL KHOMRI portant sur la transformation numérique et la vie au travail, a permis de mettre des mots sur les maux des salariés. Les différentes attentes furent entendues, puisque la loi travail du 8 août 2016²⁵¹⁸, a procédé à la consécration tant attendue du droit à la déconnexion. Le principe se

« La déconnexion – Observations sur la régulation du travail dans le nouvel espace-temps des entreprises connectées », Droit social, Dalloz édition, 2017, p. 463.

²⁵¹³ < <http://travail-emploi.gouv.fr/archives/archives-courantes/loi-travail-2016/les-principales-mesures-de-la-loi-travail/article/droit-a-la-deconnexion> > [en ligne] [consulté le 5 janvier 2018].

²⁵¹⁴ Le cabinet ÉLÉAS est un acteur du conseil sur la qualité de vie au travail et est spécialisé dans la prévention des risques psychosociaux.

²⁵¹⁵ V. notamment : Inspection Générale des Finances, *Rapport sur la fiscalité du numérique*, 2013 ; Conseil National du Numérique, *Rapport Jules FERRY 3.0*, octobre 2014 ; Ph. LEMOINE, *Rapport Grammaire du succès du numérique*, novembre 2014 ; S. DISTINGUIN, *et. al.*, *Rapport Une grande école du numérique*, mai 2015 ; Conseil National du Numérique, *Rapport "ambition numérique"*, juin 2015 ; *Rapport sur l'effet de la transformation numérique sur l'emploi*, Décembre 2015.

²⁵¹⁶ ÉLÉAS, Enquête "pratiques numériques des actifs en France en 2016, Communiqué de presse, extraits : « Les actifs expriment une forte attente quant à la régulation de leur utilisation : seul 1 actif sur 5 (22%) considère que son entreprise intervient pour limiter l'utilisation des outils numériques hors du temps de travail. Ils sont 62% à considérer que des règles devraient être mises en place, avec une proportion plus forte chez les cadres (75%) et les jeunes (76%) ».

²⁵¹⁷ B. METTLING, *Rapport Transformation numérique et vie au travail*, rendu à M. EL KHOMRI en qualité de Ministre du travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, mandaté par son prédécesseur F. REBSAMEN, 2015.

²⁵¹⁸ L. n° 2016-1088 du 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (1), publiée au JORF n° 0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

trouve codifié au sein du Code du travail. Depuis lors, l'article L. 2242-17²⁵¹⁹ décline le principe d'une négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité du travail prévu par l'article L. 2242-1²⁵²⁰. Cette négociation est obligatoire et doit notamment porter sur : « *Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques* »²⁵²¹. L'objectif est bien évidemment d'assurer le respect du temps de repos et de congé et de préserver la vie personnelle et familiale des salariés. Malgré le scepticisme d'une partie de la doctrine²⁵²², le processus de déconnexion semble bel et bien lancé²⁵²³.

Concernant la création d'un droit à la non-connexion, il est important de préciser qu'il ne doit pas être perçu comme allant à contre-courant de la modernité. Le réel défaut de la dématérialisation des démarches administratives, est qu'elle se fait au détriment des moyens traditionnels — courrier, rendez-vous etc... La procédure numérique est imposée et les procédures classiques sont supprimées. La numérisation ne devrait pas faire l'objet d'une imposition autoritaire et exclusive. La création de voies dématérialisées ne devrait pas exclure *ipso facto* les voies classiques. Certes, certaines démarches connaissent des exceptions. C'est le cas à ce jour de la télédéclaration. Telle qu'imposée par l'article 1649 quater B quinquies²⁵²⁴, la télédéclaration n'est obligatoire qu'aux personnes dont la résidence est équipée d'un accès à internet. Le second alinéa de l'article indique que les contribuables « *qui indiquent à l'administration ne pas être en mesure de souscrire cette déclaration par voie électronique utilisent les autres moyens prévus au premier alinéa du 1 de l'article 173* »²⁵²⁵. *A priori* donc, l'obligation de télédéclaration ne concernerait que les citoyens répondant à trois critères cumulatifs, à savoir : Le raccordement de leur foyer à internet, la possession d'un outil permettant la télédéclaration et la maîtrise de cet outil. Cette information apporte un tempérament heureux à l'obligation de télédéclaration, mais qui souffre d'un défaut de publicité : De nombreuses personnes âgées ne maîtrisant pas l'outil numérique ont d'ores et déjà fait appel à un tiers pour les aider dans leurs démarches. D'autres encore, ont dû régler l'amende

²⁵¹⁹ Art. L. 2242-17 C. du travail, tel que modifié par l'Ord. n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 – art. 7, *relative au renforcement de la négociation collective*, publiée au JORF n° 0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

²⁵²⁰ Art. L. 2242-1 C. du travail, tel que modifié par l'Ord. n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 – art. 7, préc.

²⁵²¹ Extrait de l'art. L. 2242-17 7° du C. du travail, tel que modifié par l'Ord. n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 – art. 7, préc.

²⁵²² *V. à ce propos* : J.-E. RAY, « Grande accélération et droit à la déconnexion », *Droit social*, Dalloz édition, 2016, p. 912 ; Ch. MATHIEU, « Le droit à la déconnexion : une chimère ? », *Revue de droit du travail*, Dalloz édition, 2016, p. 592.

²⁵²³ Les juges de la Cour de cassation avaient déjà eu à se pencher sur la question de la déconnexion, avant même l'explosion de l'ère numérique. *V. à ce propos* : Cass, soc., 17 février 2004, non publié au bulletin.

²⁵²⁴ Art. 1649 quater B quinquies CGI, préc.

²⁵²⁵ Extrait de l'art. 1649 quater B quinquies al. 2 CGI, préc.

forfaitaire de quinze euros. Ce même constat a été fait par Monsieur Thomas MESNIER. Le sujet fut porté le 2 janvier 2018 à l'attention du Ministre de l'action et des comptes publics : « *Il semblerait cependant que pour les personnes ne maîtrisant pas l'outil informatique, cette information soit difficilement accessible, ce qui fait que les contribuables concernés ignorent parfois qu'ils ne sont pas soumis à l'obligation de déclaration en ligne. De plus, ces personnes n'ont souvent pas connaissance de la manière concrète par laquelle elles peuvent indiquer à l'administration fiscale que leur résidence n'est pas équipée d'internet ou qu'elles estiment ne pas être en mesure de faire leur déclaration en ligne* »²⁵²⁶.

869. La théorisation d'un droit à la non-connexion devrait permettre de maintenir ouvertes les voies traditionnelles dédiées aux diverses démarches administratives. L'absence de maîtrise de l'outil numérique ne devrait pas donner lieu à une preuve quelconque. Au contraire, elle devrait sans doute faire l'objet d'une présomption simple, sinon pour l'ensemble de la population, du moins pour les post-majeurs.

²⁵²⁶ ASSEMBLÉE NATIONALE, question écrite n° 4349 de Th. MESNIER.

SECTION II

LA MAÎTRISE DE LA VIEILLESSE : PROPOSITION D'UNE CONVENTION DE VIEILLISSEMENT

870. Le Droit positif s'oriente progressivement vers la primauté de la volonté individuelle dans de nombreux domaines — y compris en matière de santé et de fin de vie. Cette dynamique devrait toucher particulièrement les personnes âgées. Dans le cadre de la consécration de la post-majorité, la primauté de la volonté individuelle durant la vieillesse devrait faire l'objet d'une attention particulière.

L'outil contractuel se trouve être un vecteur idéal de la volonté exprimée pour soi-même. À ce titre, il pourrait parfaitement se mettre au service des objectifs poursuivis par la post-majorité. La proposition faite ici tend à embrasser la forme conventionnelle. Un type spécifique de convention, conçu comme l'expression des volontés pour la fin de vie entendue *lato sensu* et non plus uniquement *stricto sensu* comme c'est déjà le cas avec les directives anticipées. L'idée est que chaque personne puisse décider en toute conscience de l'orientation de sa vie durant sa vieillesse.

Les étapes clefs de l'existence pourraient ainsi être abordées posément. Par ailleurs, cette méthode pourrait activement lutter contre le phénomène de désengagement que connaissent de nombreuses personnes. La consécration d'une convention de vieillissement (PARAGRAPHE 1) devrait offrir la structure nécessaire pour sécuriser le consentement durant la période de vieillesse, y compris pour l'enjeu particulier de la fin de vie (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1
UNE CONVENTION DE VIEILLISSEMENT AU SERVICE DE LA VOLONTÉ
DURANT LA VIEILLESSE

871. Les aspirations concernant la mise en place d'un statut juridique propre à la vieillesse doivent répondre à un objectif de maîtrise, d'autodétermination, et de renforcement de la primauté de la volonté durant la vieillesse. Le consentement doit être replacé au centre de la phase de vieillissement. Pour atteindre ce but, l'outil conventionnel semble le plus adapté pour viser les étapes essentielles de la vieillesse. Le modèle de la convention de vieillissement se construit comme le reflet du testament. Tandis que l'acte traditionnel œuvre pour la phase *post mortem*, la convention de vieillissement œuvre pour la vie (I). Eu égard à l'importance des thèmes abordés au fil d'une telle convention, il semble nécessaire que son régime soit semblable à celui qui régit déjà le testament (II).

I. PRINCIPE D'UNE CONVENTION DE VIEILLISSEMENT

872. L'entrée en post-majorité pourrait être l'occasion pour chacun de se rendre maître de son propre vieillissement — et de se donner les moyens de le rester. La création d'un acte juridique spécifique permettrait à chaque post-majeur d'exprimer sa volonté sur les grands éléments de la fin de sa vie *lato sensu*. C'est dans ce cadre que la post-majorité appelle la création d'une convention de vieillissement. Une telle convention permettrait de concrétiser la volonté de la personne pour elle-même, et concernant différentes étapes de sa vie de post-majeur : Le choix du mode de vie, la désignation d'une personne de confiance, les directives anticipées.

Il s'agirait d'un pendant *ante mortem* du testament, puisque la convention de vieillissement permettrait d'exprimer les avant-dernières volontés. Cette proximité conceptuelle permettrait d'étendre le régime juridique du testament, à la convention de vieillissement. La convention de vieillissement peut également s'entendre comme une version étendue des directives anticipées — ces dernières volontés dirigées vers la phase de la fin de vie en situation de maladie. La loi du 2 février 2016 a créé de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie²⁵²⁷. Cet effort laisse présumer d'une certaine sollicitude²⁵²⁸ à l'égard des personnes en souffrance. Cette

²⁵²⁷ L. n° 2016-87 du 2 février 2016, créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie (1), publiée au JORF n° 0028 du 3 février 2016.

²⁵²⁸ A.-L. FABAS-SERLOOTEN, « Le *care* sasi par le Droit », *Revue Lamy Droit civil*, 2017, n° 147.

attitude pourrait être étendue à l'ensemble de la période de vieillesse. L'insertion d'une convention de vieillissement permettrait ainsi aux personnes de se projeter dans leur propre vieillissement, sans avoir à le redouter. La convention de vieillissement recouvre un objet plus large que la stricte question de la fin de vie. Il s'agirait d'une forme étendue des "testaments de vie". Une conception résolument différente²⁵²⁹ de celle acceptée en France.

873. Le recours aux testaments de vie est actuellement limité. Il « *vise à remédier à une difficulté précise : L'incapacité, dans laquelle se trouve une personne, d'exprimer son consentement préalable à une intervention ou un traitement médical la concernant, au moment même où cette intervention ou ce traitement doivent avoir lieu pour être techniquement efficaces* »²⁵³⁰. Dans une même dynamique, les conceptions étrangères des testaments de vie sont limitées à l'hypothèse de la fin de vie stricto sensu²⁵³¹. La convention de vie, pourrait s'entendre plus largement. Elle viserait à assoir la volonté d'une personne concernant la totalité de sa phase de vieillissement. De cette manière, si une incapacité devait se déclarer, la convention pourrait s'imposer aux tiers chargés de sa protection.

II. RÉGIME JURIDIQUE D'UNE CONVENTION DE VIEILLISSEMENT

874. La convention de vieillissement devrait nécessairement répondre à certaines règles de forme. Ces dernières pourraient être assimilables aux règles régissant les dernières volontés²⁵³². Ainsi celle-ci pourrait prendre la forme de l'acte authentique ou bien à celle sous seing-privé :

“Une convention de vieillissement pourra être olographe, ou faite par acte public ou dans la forme mystique”

“la convention de vieillissement par acte public est reçue par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins”.

²⁵²⁹ A. SÉRIAUX, « Le « testament de vie » à la française : une institution à parachever », *Recueil Dalloz*, Dalloz édition, 2012, p. 1195 : « *Le droit français se fait du testament de vie une conception aussi minimaliste que possible* ».

²⁵³⁰ A. SÉRIAUX, *Op. cit.*, loc. cit.

²⁵³¹ Pour des exemples étrangers, V. H. LETELLIER, Ch. LICHTENBERGER, « Testament de fin de vie et droit international », *Gazette du Palais*, 2015, n° 267, p. 7.

²⁵³² V. ÉGÉA, *Libéralités*, in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz édition, 2012 actualisation 2016, n° 112 s.

À l’instar des principes régissant la pratique testamentaires, la convention de vieillissement de forme olographe devrait rester de forme assez libre. Ces règles pourraient venir enrichir le Code civil, notamment concernant les dispositions concernant la majorité.

875. Le choix en faveur d’un mode de vie particulier — le maintien à domicile par exemple — gagnerait une assurance certaine s’il était couché sur le papier. Cela permettrait d’éviter à de nombreuses personnes âgées d’être placées en établissement d’hébergement pour personnes âgées dépendantes après avoir cédé aux insistances de leurs proches. La convention de vieillissement devrait donc indiquer si la personne souhaite être maintenue à son domicile, y compris en situation de perte d’autonomie. “Je souhaite être maintenu à domicile” ou bien “je souhaite vivre dans un établissement d’hébergement pour personnes âgées dépendantes” ou encore “je souhaite vivre dans une résidence d’accueil familial”.

La convention de vieillissement pourrait également être l’occasion d’une démocratisation de la procédure de désignation de la personne de confiance, ainsi que de l’expression de la volonté concernant les directives anticipées. “Je choisis comme personne de confiance Madame ...”. Un formulaire suivant le modèle officiel des directives anticipées devrait systématiquement être joint à une convention de vieillissement.

PARAGRAPHE 2

UNE CLAUSE DE FIN DE VIE AU SERVICE DE LA VOLONTÉ DURANT LA VIEILLESSE

876. La fin de vie ne concerne pas uniquement la période de vieillesse — loin s’en faut. Elle revêt cependant une omniprésence particulière. La vieillesse témoignant le déroulement accompli, du moins dans le temps, du parcours de vie, c’est l’occasion de la prévision et de l’organisation de la fin de vie.

La théorisation d’un statut juridique propre à la personne âgée devrait permettre à la personne de bénéficier de la totalité de ses droits, et d’asseoir sa volonté, y compris concernant sa propre fin de vie. Si ce thème fait l’objet d’une construction progressive qui dépasse largement les questions liées au grand âge (I), il pourrait être spécifiquement encadré durant la post-majorité (II).

I. LA THÉORISATION PROGRESSIVE DE LA MAÎTRISE DE LA FIN DE VIE

877. La convergence des progrès techniques — domaine médical, santé, espérance de vie — et de l'évolution sociétale est importante. L'éthique du droit connaît de nombreuses variations et l'heure semble être à la chute des derniers remparts traditionnels au profit d'une autonomie de la volonté plus éclatante que jamais. Le Comité consultatif national d'éthique²⁵³³ a récemment rendu un avis²⁵³⁴ favorable à l'ouverture de la procréation médicalement assistée de type insémination artificielle avec donneur aux femmes seules ainsi qu'aux couples lesbiens. Si cette anecdote paraît hors de propos, elle illustre pourtant le phénomène multidimensionnel de la primauté de la volonté individuelle sur les éventuelles valeurs sociétales ou sur les mécanismes traditionnels du droit. Si une femme seule peut avoir un enfant sans partenaire masculin c'est bien que la technique s'émancipe de l'ordre naturel des choses et des considérations biologiques.

878. Cet enjeu de fond n'a inspiré à ce jour que peu d'évolutions concernant la population des personnes âgées. Le sujet de la fin de vie²⁵³⁵ n'est pas épargné par ses modifications éthiques du droit. Pourtant la reconnaissance d'une suprématie renouvelée de la volonté individuelle pourrait conduire à sinon conclure du moins relancer le débat autour de ce sujet.

Ces digressions doivent illustrer le détachement des normes juridiques des valeurs et mécanismes traditionnels. Le phénomène commande corrélativement une augmentation du poids de l'autonomie de la volonté et de l'autodétermination. Ces évolutions de fond pourraient conduire le droit prospectif à opter pour un respect accru de la volonté individuelle, et notamment à l'égard de la population des personnes âgées. Par ailleurs, le cheminement de valeurs morales et juridiques n'est pas absolument rigide. Il varie sensiblement en pratique. Le critère de l'âge n'est pas étranger à ce phénomène. De nombreuses disciplines exercent d'ores et déjà des différenciations entre les personnes. La médecine est particulièrement exposée à cette tendance. Toutefois, le choix de vie,

²⁵³³ Le Comité consultatif national d'éthique fut créé par le D. n° 83-132 du 23 février 1983, portant création d'un comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la sante, publié au JORF du 25 février 1983, p. 630, son premier Président, le Professeur Jean BERNARD, fut nommé le même jour par le D. dit du 23 février 1983, *M. le Professeur Jean BERNARD est nommé président du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé*, publié au JORF du 25 février 1983, numéro complémentaire, p. 2127.

²⁵³⁴ CCNE, Avis, sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation, 15 juin 2017.

²⁵³⁵ CCNE, Avis, concernant la proposition de résolution sur l'assistance aux mourants, adoptée le 25 avril 1991 au Parlement européen par la Commission de l'environnement, de la santé publique et de la protection des consommateurs, n° 26, 24 juin 2001 ; CCNE, Avis, fin de vie, arrêt de vie, euthanasie, n° 63, 27 janvier 2000 ; CCNE, Avis, fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir, n° 121, 13 juin 2013 ; CCNE, Observations, observations du CCNE à l'attention du Conseil d'État, 5 mai 2014 ; CCNE, Rapport, sur le débat public concernant la fin de vie, 21 octobre 2014.

de santé, d'engagement contractuel ou toutes les autres émanations possibles, devraient impérativement être traités par l'autorité individuelle.

L'autodétermination ne devrait souffrir que de tempéraments exceptionnels et limités. Pour ce faire, le rapport de force entre le respect de la vie et celui de la liberté pourrait être envisagé sous un angle particulier, prenant en compte le fait que la vie des personnes âgées ou très âgées constitue une vie accomplie — dans le sens d'épanouie dans sa temporalité. Lorsque le respect de la vie commande de ne pas y porter atteinte est confronté à un terme relativement proche — du fait d'une maladie sans rémission possible par exemple —, le respect de la liberté individuelle pourrait être reconsidéré. Il n'est pas question d'instaurer une hiérarchisation de la primauté de la vie²⁵³⁶. Ces propos ne doivent pas être compris comme le dénigrement de la vie des personnes âgées, bien au contraire. Le respect de la liberté individuelle pourrait permettre aux personnes qui le désirent et dont l'espérance de vie est compromise de choisir une fin de vie correspondant à leur volonté propre.

II. LE DROIT DE LA PERSONNE ÂGÉE ET LA FIN DE VIE

879. La philosophie d'ÉPICURE rappelle avec clarté l'absurdité des questionnements autour du thème de la mort. « *La mort n'existe ni pour les vivants ni pour les morts, puisqu'elle n'a rien à faire avec les premiers, et que les seconds ne sont plus* »²⁵³⁷. Si la logique est imparable, elle reste mise en échec inlassablement, comme si ce non-sujet²⁵³⁸ exerçait une force incomparable. « *La multitude tantôt fuit la mort comme le pire des maux, tantôt l'appelle comme le terme des maux de la vie* »²⁵³⁹. L'attitude décrite n'a que peu varié depuis l'antiquité. Dans le cadre d'un raisonnement sur la vieillesse, la fin de vie revêt une substance particulière. Être dans la vieillesse, c'est être en fin de vie dans le sens où l'existence s'est épanouie dans le temps. Le débat propre à la fin de vie

²⁵³⁶ J. LEONETTI, « Fin de vie : autonomie et vulnérabilité », *Le débat*, Gallimard, 2014/5, n° 182, p. 132-143. Ce raisonnement peut être transposé. J. LEONETTI écrivait à propos de l'exemple d'une personne dont la vie est exclusivement maintenue par moyens artificiels que : « *Même si nous refusons de hiérarchiser la dignité, même si nous repoussons l'idée qu'il y a des vies qui méritent d'être vécues et d'autres qui ne le méritent pas, nous sommes bien obligés de constater que cette vie a au moins perdu une partie de son humanité, à la fois parce qu'elle a perdu de manière irréversible l'essentiel de son devenir et parce qu'elle ne se soutient plus que par des moyens extérieurs* ».

²⁵³⁷ ÉPICURE, Lettre à Ménécée, et autres lettres sur le bonheur, Ed. Librio, Coll. Philosophie, 2017.

²⁵³⁸ J. LEONETTI, *Op. cit.*, p. 132.

²⁵³⁹ ÉPICURE, *Op. cit.*

est radicalement différent du simple étant de vieillesse. Il ne la concerne pas uniquement, cependant il la concerne particulièrement. La vieillesse est l'occasion ou jamais de questionner sa propre fin.

880. Plus largement, c'est l'angle juridique qui permet d'apporter du corps au sujet de la fin de vie²⁵⁴⁰. Il permet surtout de soulever des questionnements de façon dynamique et active. La norme juridique a le pouvoir de rendre l'individu acteur ou spectateur de sa propre fin de vie — en favorisant la volonté individuelle, ou l'imposition de normes éthiques ou sociales. L'enjeu se cristallise dans les situations de "mauvaise mort", c'est-à-dire lorsque la personne subit une perte progressive de son être. Le phénomène d'allongement de l'espérance de vie, conduit également à l'accroissement du risque de mort lente. Les années de vie gagnées peuvent cohabiter avec des maladies dégénératives ou coïncider avec une lourde perte d'autonomie. « *C'est dans ce contexte-là, où la médecine rassure, d'un côté, par sa capacité à sauver la vie, mais inquiète, de l'autre côté, en imposant des survies qui ne paraissent pas dignes d'être vécues, que surgit le problème éthique* »²⁵⁴¹ explique Monsieur Jean LEONETTI. À l'heure de l'avènement des soins palliatifs, le rapport avec la fin de vie se trouve modifié. L'expression de la volonté est cantonnée au domaine de la souffrance²⁵⁴², et demeure étranger à la mort *stricto sensu*.

La médecine a le pouvoir d'assurer la survie des patients. Si la douleur peut être partiellement maîtrisée, la mort demeure inaccessible. On accepte de fournir des produits qui émoussent la perception de la douleur du patient, au détriment d'une santé déjà perdue. Cependant, on refuse toujours de mettre un terme à la vie. Oui à la non-douleur qui abrège la vie, non à la mort offerte via un acte positif — tel semble être le *credo* de la législation concernant la fin de vie. L'avènement d'une société où l'existence s'étire dans le temps devrait être l'occasion de questionner le rapport actuel à la fin de vie. Certaines voix s'élèvent : « *Il est vrai que la médecine a une énorme capacité à assurer la survie de ses patients, mais dans des conditions qui posent à la fois à la société tout entière et aux proches la question de savoir si l'on n'est pas allé trop loin. Cette survie était-elle nécessaire ?* »²⁵⁴³. Concernant les personnes âgées, ces enjeux ne sont pas limités au milieu médical. Certaines fins de vies en milieux institutionnels peuvent également être remises en cause. Pour s'en convaincre, il suffit de pousser les portes de certains établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes. Le rapport à la fin de vie pourrait être totalement modifié par le prisme de la

²⁵⁴⁰ J.-L. RESPAUD, « Mots pour maux : brève exégèse de quelques propositions de loi... », *Revue générale de droit médical*, 2004, n° 5, p. 291-314.

²⁵⁴¹ J. LEONETTI, *Op. cit.*, p. 133.

²⁵⁴² B. QUENTIN, « Euthanasie : Vrai pouvoir sur soi donné aux vieux ou simple angoisse des jeunes devant la douleur ? », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2012/4, vol. 35, n° 143, p. 173-184.

²⁵⁴³ J. LEONETTI, *Op. cit.*, *loc. cit.*

volonté individuelle. Ce questionnement s'est manifesté près la Cour européenne des droits de l'Homme dans un contentieux GROSS c. Suisse²⁵⁴⁴, mais n'a pu obtenir de solution claire²⁵⁴⁵.

881. La post-majorité pourrait apporter certains éléments de réponses, quant à cette approche de la volonté au sein du processus de fin de vie. Un critère composé cumulativement de l'âge très avancé, d'une capacité juridique intacte ainsi que d'un état de santé sans rémission possible pourrait être imposé afin que la volonté individuelle soit respectée. Le droit positif s'oriente progressivement en faveur de la primauté de la volonté exprimée pour soi-même. « *Les récentes lois relatives aux droits des malades ont profondément modifié la construction juridique de la relation médicale, en plaçant au cœur de celle-ci non plus tant la décision médicale que la volonté du patient* »²⁵⁴⁶. L'article L. 1110-5 du Code de la santé publique²⁵⁴⁷ consacre depuis sa création²⁵⁴⁸ le droit de chacun à une vie digne jusqu'à la mort. La formulation actuelle est due à la loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie²⁵⁴⁹. Cette dernière évolution législative ouvre la porte à un raisonnement renouvelé en matière de réception de la volonté individuelle. En ce qui concerne précisément la rédaction de l'article L. 1110-5 en revanche, elle revêt la forme suivante en son dernier alinéa : « *Toute personne a le droit d'avoir une fin de vie digne et accompagnée du meilleur apaisement possible de la souffrance. Les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour que ce droit soit respecté* »²⁵⁵⁰. La primauté du principe de dignité fait encore échec au respect de la volonté individuelle. C'est pourtant bien la volonté qui permettrait de répondre au mieux aux aspirations des personnes en fin de vie.

La dignité renvoie à une hiérarchisation des actes ; à leur catégorisation entre le digne et l'indigne. Il s'agit d'un curseur entre ce qu'il peut être accepté par l'humanité et ce qui ne le peut pas. Par conséquent, le droit positif en est réduit à considérer comme un comportement digne, le fait de permettre aux personnes en fin de vie d'accéder à l'apaisement de leurs souffrances par le biais de

²⁵⁴⁴ CEDH, Arrêts GROSS c. Suisse, 14 mai 2013 et 30 septembre 2014, requêtes n° 67810/10.

²⁵⁴⁵ Alors qu'un premier arrêt de chambre avait pu affirmer le défaut de clarté de la législation Suisse, l'affaire fut renvoyée devant la Grande chambre. Le décès concomitant de la requérante a conduit à une déclaration d'irrecevabilité de la requête.

²⁵⁴⁶ D. ROMAN, « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *RDSS*, Dalloz édition, 2005, p. 423.

²⁵⁴⁷ Art. L. 1110-5 CSP, tel que modifié par la L. n° 2016-87 du 2 février 2016, *créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie (I)*, publiée au JORF n° 0028 du 3 février 2016, texte n° 1.

²⁵⁴⁸ Cet article fut créé par la L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 – art. 3, *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (I)*, publiée au JORF du 5 mars 2002, p. 4118, texte n° 1.

²⁵⁴⁹ L. n° 2016-87 du 2 février 2016, préc.

²⁵⁵⁰ Art. L. 1110-5 préc., *in fine*.

soins palliatifs. Pourtant l'unique moyen d'accéder à l'apaisement des souffrances tant physiques que psychiques reste bel et bien la fin de vie. Si l'on considère au contraire, que la volonté individuelle est le marqueur premier de l'humanité, alors le principe de dignité en deviendrait le réceptacle. Plus encore que la recherche d'un curseur déterminant le digne de l'indigne, la dignité pourrait alors permettre l'expression et l'autorité de la volonté.

882. Le débat qui entoure la fin de vie est encore largement ouvert et le chemin est encore long avant que les conceptions divergentes trouvent un consensus. Les évolutions normatives ont cependant apporté leur lot de progrès. Les directives anticipées²⁵⁵¹, telles que prévues par les articles L. 1111-11²⁵⁵², L. 1111-12²⁵⁵³ et R. 1111-17 et suivants du Code de la santé publique, sont désormais opposables aux tiers. Elles consistent pour toute personne majeure d'exprimer sa volonté relative à sa fin de vie, « *en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'acte médicaux* »²⁵⁵⁴. L'article L. 1111-11 prévoit d'ores et déjà que la possibilité de rédaction de directives anticipées soit proposée par le médecin traitant²⁵⁵⁵.

883. La législation belge s'est saisie avec une grande précision de ces enjeux, dans le courant de l'année 2002, à travers trois lois — la loi du 28 mai relative à l'euthanasie²⁵⁵⁶, la loi du 22 août relative aux droits du patient²⁵⁵⁷ et enfin la loi du 14 juin relative aux soins palliatifs²⁵⁵⁸. Leurs dispositions combinées offrent une réelle reconnaissance à la volonté individuelle sur la fin de vie. Toute personne majeure capable qui se trouve dans une situation médicale sans issue et faisant état d'une souffrance constante et insupportable, réclamant de façon consciente, volontaire, réfléchie et répétée peut accéder à l'euthanasie²⁵⁵⁹.

²⁵⁵¹ L. n° 2005-370 du 22 avril 2005, *relative aux droits des malades et à la fin de vie*, publiée au JORF n° 116 du 20 mai 2005, p. 8732, texte n° 11 ; D. n° 2006-119 du 6 février 2006, *relatif aux directives anticipées prévues par la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005, relative aux droits des malades et à la fin de vie et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires)*, publié au JORF n° 32 du 7 février 2006, p. 1973, texte n° 32 ; et plus récemment la L. n° 2016-87 du 2 février 2016, préc.

²⁵⁵² Art. L. 1111-11 CSP, tel que modifié par la L. n° 2016-87 du 2 février 2016, préc.

²⁵⁵³ Art. L. 1111-12 CSP, tel que modifié par la L. n° 2016-87 du 2 février 2016, préc.

²⁵⁵⁴ Extrait de l'art. L. 1111-111 al 1 CSP, préc.

²⁵⁵⁵ Art. L. 1111-11 al 6 CSP, préc.

²⁵⁵⁶ L. relative à l'euthanasie, publiée le 22 juin 2002, n° 2002009590, p. 28515, dossier 2002-05-28/37, entrée en vigueur le 20 septembre.

²⁵⁵⁷ L. relative aux droits du patient, publiée le 26 septembre 2002, n° 2002022737, p. 43719, dossier 2002-08-22/45, entrée en vigueur de 6 octobre.

²⁵⁵⁸ L. relative aux soins palliatifs, publiée le 26 octobre 2002, n° 2002022868, p. 49160, dossier 2002-06-14/46, entrée en vigueur le 5 novembre.

²⁵⁵⁹ Art. 3 de la L. relative à l'euthanasie, préc.

884. En France, le régime des directives anticipées est plus limité. Par ailleurs la pratique souffre d'un manque de popularité. La mise en place d'un statut juridique propre à la personne âgée devrait prendre part à la mise en avant de cette expression de la volonté individuelle. Le modèle des directives anticipées — du testament de vie²⁵⁶⁰ — devrait faire partie intégrante de la convention de vieillissement, au même titre que la désignation de la personne de confiance, ou du choix en faveur d'un mode et d'un lieu de vie pour la phase de vieillesse. La stipulation concernant les directives anticipées devra, à l'instar de ce qui est déjà prévu aujourd'hui, exprimer la volonté personnelle à propos de l'acharnement thérapeutique, la limitation ou l'arrêt des traitements envisagés par le corps médical, l'accès aux soins palliatifs, l'acceptation ou le refus d'une intervention chirurgicale, le bénéfice ou le refus des technologies de respiration artificielle.

²⁵⁶⁰ A. SERIAUX, « Le “testament de vie” à la française : une institution à parachever », *Recueil Dalloz*, Dalloz édition, 2012, p. 1195.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

885. L'autodétermination est au centre de l'humanité, et revêt sa dimension la plus épanouie à travers le concept de capacité. Pourtant, la capacité juridique ne peut à elle-seule assurer le maintien de l'autodétermination tout au long de l'existence d'un majeur. Les effets biologiques du vieillissement posent certains freins à la réalisation complète du processus. En vieillissant, l'individu peut être confronté à des difficultés liées à l'identification ou à l'expression de sa propre volonté. Non seulement, l'élan de volition peut être affecté par l'affaiblissement des capacités physiques et mentales, mais l'image de la vieillesse renvoyée par la société induit de surcroît une forme de recherche d'une certaine qualité de vieillissement — au risque d'être assimilé à la grande dépendance. La personne âgée peut également se trouver face à l'imposition de nouvelles façons de faire, imposées par une société en mouvement constant, et qui lui sont totalement étrangères. C'est actuellement ce qu'il se passe dans le cadre du processus de dématérialisation des procédures. À cet égard, il est capital que le législateur prenne conscience de l'importance du maintien de voies d'action traditionnelles — rencontres physiques, accords manuscrits etc... L'exercice des droits et obligations de citoyen n'a jamais été soumis à des capacités autres que de savoir lire et écrire le français. L'outil numérique ainsi que les futures nouvelles technologies qui ne manqueront pas d'être créées et imposées, ne devraient pas remplacer totalement les méthodes traditionnelles. S'il devait en être autrement, la qualité de citoyen pourrait rapidement glisser vers un privilège élitiste.

886. L'idée d'une post-majorité devrait pouvoir assurer toute personne — âgée ou non — du maintien d'une certaine qualité d'efficience de ses droits, y compris lorsque son propre vieillissement les met en léger péril. La réalité permet un transfert de la capacité de volition durant la vieillesse, depuis la personne âgée vers son entourage. Les décisions sont généralement prises dans la recherche de l'intérêt de la personne âgée concernée. Cependant cet "intérêt de la personne âgée" n'est pas théorisé. Son identification est laissée aux proches de la personne âgée, ou au professionnels de protection. Si l'intérêt de la personne âgée devait être théorisé, il devrait l'être selon les propres désirs de la personne âgée concernée. Pour ce faire, la post-majorité propose une pratique d'expression de la volonté de la personne, à travers une convention de vieillissement. Un tel *instrumentum* devrait permettre l'identification de la volonté de la personne pour elle-même et en vue de son propre vieillissement.

CHAPITRE II

LA POST-MAJORITÉ ET LA MISE EN ŒUVRE DE LA VOLONTÉ DE LA PERSONNE ÂGÉE

887. L'anticipation de la phase de vieillissement constitue une problématique classique du parcours de vie. Elle se décline principalement sous deux aspects : le financement de la phase de vieillissement, et l'organisation matérielle et concrète du soutien potentiellement nécessaire. Ces deux volets sont empreints d'un aléa important. L'un et l'autre dépendent du niveau de vie de la personne, de son état de santé, ainsi que de la réalisation ou non de certains marqueurs de vie — nombre d'enfants, veuvage, accident etc... Le Droit positif français connaît d'ores et déjà un certain nombre de pratiques contractuelles qui permettent d'approcher de près ou de loin, l'idéal de prise en charge²⁵⁶¹. « *Mais, hors de ces formes convenues, qu'en est-il ?* »²⁵⁶². Ces interrogations mettent le doigt sur la richesse de la pratique sociale et contractuelle, qui dépasse largement les seules formes visibles et officielles. Il est impératif de trouver une autre voie, permettant le maintien à domicile de la personne sans peser de façon trop importante sur ses ressources.

L'adaptation structurelle de l'habitant influence largement le rapport à la vie, à la qualité de vie et à l'habitat durant la période de vieillesse (SECTION I). Ces évolutions matérielles sont intrinsèquement liées à un besoin d'autodétermination permettant à la personne âgée de garder la maîtrise de son propre vieillissement (SECTION II).

SECTION I L'AUTODÉTERMINATION CONCERNANT LE MODE DE VIE DURANT LA VIEILLESSE

SECTION II L'AUTODÉTERMINATION DURANT LA PHASE DE VIEILLISSEMENT ET SA SURVIE *POST PORTEM*

²⁵⁶¹ Tel qu'il est pratiqué en Argentine via les pactes sur succession future.

²⁵⁶² E. SCHIJMAN, « L'héritage des pauvres. Économie et relations affectives en Argentine », *Ethnologie française*, éd. PUF, 2017/1, n° 165, p. 132

SECTION I

L'AUTODÉTERMINATION CONCERNANT LE MODE DE VIE DURANT LA VIEILLESSE

888. L'habitat est au cœur de la vie de n'importe quel individu. Les effets de la transition démographique contribuent à faire du domicile — individuel, collectif ou institutionnalisé — un élément particulièrement sensible. À ce titre, il doit faire l'objet d'une attention particulière de la part de l'élan d'adaptation de la société au vieillissement. La post-majorité ne peut rester source à cet enjeu, qui dépassent très largement la seule question du maintien à domicile.

La construction d'un droit au maintien à domicile s'est faite progressivement. Largement perçu comme une nouvelle forme de consécration de la volonté individuelle, le droit au maintien à domicile est en réalité bien plus large. Il ne s'agit pas d'une simple question de volonté. Le maintien effectif à domicile dépend d'un faisceau de critères, parmi lesquels on trouve : L'adaptation du logement aux capacités physiques de ses habitants âgés, les capacités de financement du domicile ou encore les capacités de financement des services d'aide à domicile. Le maillon indispensable au "rester chez soi" est celui de l'intervention de professionnels directement au domicile des personnes âgées²⁵⁶³.

Le maintien à domicile fait corps avec l'objectif qualitatif de la période de vieillesse. À la dynamique d'adaptation individuelle du logement, et à l'organisation traditionnelle du maintien à domicile (PARAGRAPHE 1), s'ajoute une nouvelle voie d'action. En effet, la qualité de vie pendant la vieillesse ne signifie pas ou plus forcément le refus en bloc de l'habitat collectif. Cette forme d'habitat recouvre des offres suffisamment variées pour convenir au plus grand nombre (PARAGRAPHE 2). Par ailleurs, l'habitat collectif peut également être le berceau d'un dynamisme pour les interdépendances intergénérationnelles.

²⁵⁶³ V. à ce propos : A. MOREL-BROCHET, L. ROUGÉ, « Quotidien, ajustements et arbitrages des retraités du périurbain francilien », *Gérontologie et société*, Caisse nationale d'assurance vieillesse, 2017/1, vol. 39, n° 152, p. 41-56 ; H. MARCHAL, « Vieillir dans un quartier urbain composé de pavillons », *Gérontologie et société*, Caisse nationale d'assurance vieillesse, 2017/1, vol. 39, n° 152, p. 27-40 ; P. DREYER, « Habiter chez soi jusqu'au bout de sa vie », *Gérontologie et société*, Caisse nationale d'assurance vieillesse, 2017/1, vol. 39, n° 152, p. 9-23.

PARAGRAPHE 1

LE DROIT AU MAINTIEN À DOMICILE

889. La virulence du droit au maintien à domicile est un témoin efficace de l'efficacité des droits tout au long de la vie. Le choix du lieu de vie revêt une sensibilité particulière durant la vieillesse. La décision de se maintenir dans les lieux, de réaliser des travaux d'adaptation, ou de changer de domicile est déterminante. Elle comprend des dimensions psychologiques et pratiques qui peuvent profondément influencer le quotidien de la personne. L'enjeu lui-même ne concerne qu'une partie de la population. Le maintien à domicile représente une problématique spécifique aux personnes handicapées ou aux personnes âgées en perte d'autonomie. Pourtant cette nature n'enlève rien à l'intérêt de rechercher une linéarité dans l'exercice des droits durant les différents temps de l'existence.

Le respect du droit au maintien à domicile révèle efficacement la persistance des droits durant la vieillesse (I). Son effectivité est rendue possible par la prise de droits du maintien à domicile (II), et d'une mobilisation sociétale solide.

I. LE RESPECT DU CHOIX DE MAINTIEN À DOMICILE

890. Le droit au maintien à domicile est en passe de s'imposer toujours plus largement. L'origine du besoin de sécurisation du choix du lieu de vie retrace une prise de conscience latente concernant les conditions de vie au sein des établissements d'hébergement spécialisés. Peu d'actifs d'aujourd'hui espèrent entrer dans un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes pour les vieux jours. La lenteur de la modification des comportements relatifs à l'habitat témoigne une nouvelle fois de l'individualisme sociétal.

La volonté de maintien du lieu de vie durant la phase de vieillesse (A) engage une adaptation de l'habitat au phénomène de vieillissement démographique (B).

A. LE CHOIX DU MAINTIEN À DOMICILE

891. Le choix du maintien à domicile fait l'objet d'un élan de volition individuel (1) relayé par l'action publique (2).

1. L'identification du choix de maintien à domicile

892. Le logement occupe une place importante de la vie sédentaire²⁵⁶⁴. C'est le cas tout au long de la vie, mais étudier la vieillesse impose d'y attacher un regard particulier. Le domicile est considéré comme le reflet de l'individu. C'est d'autant plus vrai lorsque la personne âgée est âgée, et c'est indiscutable en fonction du nombre d'années passées dans le logement. Plus le logement est stable — l'habitation perdure dans le temps —, et plus l'individu s'attache au logement. Il s'agit d'un phénomène naturel semblant tout à fait éloigné des considérations juridiques. Pourtant, le logement, et surtout le maintien dans le logement, constitue un point épineux en matière de vieillissement. Du fait du déclin des capacités physiques généralement induit par l'avancée en âge, le logement peut vite devenir inadapté. Il peut regorger d'obstacles et de dangers pour les personnes fragiles²⁵⁶⁵. Dans un rythme de vie à la sédentarité accentuée à cause de l'affaiblissement des capacités physiques, le risque de l'accident domestique plane en permanence²⁵⁶⁶. Plus la mobilité diminue, et plus le temps passé dans le logement augmente. Ce rapport de force est décuplé si la personne abandonne la conduite automobile, et n'est pas friande de transports en commun²⁵⁶⁷. Ainsi la localisation du logement constitue un critère important.

893. La préférence pour le logement individuel, par rapport aux autres modes d'hébergement adaptés pour les personnes âgées est non équivoque. Ce goût du "chez soi" aspire à un type de logement précis. Dans les faits, la majorité des personnes préfèrent rester dans leur domicile habituel plutôt que d'en changer pour un plus fonctionnel. Cet engouement persiste, même avec l'avancée en âge. Il semblerait que la voie à favoriser soit celle de l'adaptation du lieu de vie, plutôt que son changement complet. Favoriser des logements moins accidentogènes est une véritable priorité qui est reconnue unanimement par l'ensemble du corps médical²⁵⁶⁸.

²⁵⁶⁴ S. DÉOUX *et al.*, « L'habitat, facteur de santé des trente dernières années de vie des aînés ? », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2011/1, n° 136, p. 93 : « *Le rapport à l'espace est tout, sauf anodin. Face au temps qui passe, le chez-soi exprime la stabilité, l'enracinement. Il constitue l'abri, mais aussi l'affirmation que quelque chose demeure, envers et contre tout. [...] Les sensations qui nous relient à notre environnement immédiat participent à notre identité, s'inscrivent dans le prolongement de notre corps. "Se sentir bien chez soi", c'est donc tout simplement "se sentir soi" ».*

²⁵⁶⁵ Présence de marches, de sols glissants, couloirs trop étroits, moquettes irrégulières, tapis non fixés au sol, équipement de toilette non adapté (pas de poignées d'aisance, baignoire classique), insuffisance de l'éclairage...

²⁵⁶⁶ L'enjeu est plus grand en présence de polypathologies, ou de maladies psychiatriques. Le projet PRISMA — Projet et Recherches sur l'Intégration des Services pour le Maintien de l'Autonomie en France — tend à permettre au plus grand nombre de vieillir à leur domicile, y compris les personnes atteintes de pathologies complexes.

²⁵⁶⁷ C. DUMAS, *Op. cit.* p. 64 : « *Paradoxalement, l'arrêt de la conduite automobile ne se traduit pas forcément par l'utilisation accrue d'un autre mode de transport et des transports en commun ».*

²⁵⁶⁸ S. DÉOUX, *et al.*, *Op. cit.*, p. 92.

L'adaptabilité de l'habitat au vieillissement est un élément d'ores et déjà central aujourd'hui, et qui ne saura que tendre à s'imposer davantage. Vieillir à domicile est l'unique option envisageable pour un nombre croissant de personnes. L'étude menée en 2017 par Mesdames Catherine PIGUET, Marion DROZ-LENDELZWEIG, et Maria GRAZIA BEDIN, rappelle la généralisation du désir de vieillir chez soi, telle qu'elle avait été relevée par Monsieur Stefano CAVALLI. « *Demeurer chez soi dans le grand âge correspond à la fois au désir de nombre de personnes âgées et à la réalité démographique* »²⁵⁶⁹. Le souhait de demeurer chez soi durant sa vieillesse est soutenu par l'action politique. Il requiert également un maintien de la personne dans une position active.

894. Vieillir dans un logement individuel positionne la personne dans une certaine dynamique. Sous réserve que sa santé le lui permette, elle est nécessairement plus active que si elle était totalement prise en charge. « *La dimension d'autonomie consiste à préserver son autodétermination, son espace de décision au cœur de sa vie quotidienne, y compris, au besoin, la délégation de celle-ci* »²⁵⁷⁰. Rester à son domicile, c'est également vouloir garder la maîtrise de son quotidien, y compris lorsque l'on est amené à se décharger de certaines tâches. Cette volonté d'action et de gestion est une expression de la résolution au maintien de soi. De cette façon, l'individu lutte activement contre son propre affaiblissement, sans pour autant en nier les effets. « *Deux logiques argumentaires soutiennent de manière récurrente la justification des actions entreprises : D'une part, la cohérence avec ce que ces personnes disent avoir fait de tout temps, d'autre part, la concordance avec leur propre vision de leur dignité humaine* »²⁵⁷¹. La dignité semble effectivement au centre de l'action consistant à vivre chez soi et à persévérer dans l'effort de l'accomplissement des tâches quotidiennes, en dépit des effets liés au vieillissement.

2. La protection du choix du maintien à domicile

895. Le choix d'un domicile et de vivre au sein du bien élu, bénéficie d'une assise suffisamment solide. Pour autant, la stabilité de ce droit n'est que relative. C'est notamment le cas en matière de location. Le contrat de bail peut être résilié pour un défaut d'exécution d'une obligation contractuelle — par le prisme d'une clause de résiliation contenue dans le contrat, ou bien d'une résiliation judiciaire —, ou lorsque le propriétaire en réclame l'usage. Le droit au maintien à domicile revêt une dimension encore plus relative, lorsqu'il se pose à l'égard des personnes âgées.

²⁵⁶⁹ C. PIGUET, M. DROZ-MENDELZWEIG, M. GRAZIA BEDIN, « Vivre et vieillir à domicile, entre risque vitaux et menaces existentielles », *Gérontologie et société*, CNAV, 2017/1, vol. 39, p. 95.

²⁵⁷⁰ C. PIGUET, *et al.*, *Op. cit.*, p. 97.

²⁵⁷¹ C. PIGUET, *et al.*, *Op. cit.*, *loc. cit.*

« Ce débat entre maintien à domicile et entrée en hébergement n'est pas nouveau car il se posait déjà au lendemain de la révolution française et sans doute aussi bien avant »²⁵⁷². En effet, comme a pu le rappeler Monsieur Bernard ENNUYER, les premiers articles consacrés par le Comité de mendicité de 1791, prévoyaient « deux espèces de secours pour les vieillards et infirmes : le secours à domicile ; le secours dans les asiles publics » et que « le secours à domicile sera le secours ordinaire »²⁵⁷³. La prévalence du domicile n'a jamais réduit depuis même si elle a subi à de nombreuses occasions des atteintes pratiques. À ce titre, le projet politique porté par le Rapport LAROQUE de 1962²⁵⁷⁴ a apporté une théorisation importante du principe de maintien à domicile. Les plans quinquennaux, et notamment à partir du sixième plan ont permis d'élaborer une politique globale en faveur du maintien à domicile des personnes âgées²⁵⁷⁵.

896. Si le droit au maintien à domicile n'est pas absolu, il connaît malgré tout une certaine protection. C'est ainsi que l'article 226-4-2 du Code pénal dispose que : « *Le fait de forcer un tiers à quitter le lieu qu'il habite sans avoir obtenu le concours de l'État dans les conditions prévues à l'article L. 153-1 du code des procédures civiles d'exécution, à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contraintes, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende* »²⁵⁷⁶. L'article 226-5²⁵⁷⁷ suivant prescrit des peines identiques aux tentatives. Malgré cette prohibition, la situation consistant à convaincre un proche ou un parent âgé à délaisser son domicile au profit d'un établissement spécialisé reste extrêmement banale. Par ailleurs, c'est justement parce que les manœuvres sont le fait des proches et des membres de la famille des personnes âgées que ces dispositions pénales sont rarement invoquées en matière de préservation de l'individu à son domicile. Les arguments qui opposent généralement les parties concernent les trois éléments principaux que sont le bien-être, la sécurité et le prix. Les descendants bien-pensants se positionnent

²⁵⁷² B. ENNUYER, « 1962-2007 : regards sur les politiques du “maintien à domicile” et sur la notion de “libre choix” de son mode de vie », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2007/4, n° 123, p. 153-167.

²⁵⁷³ Projets de décrets présentés à l'Assemblée Nationale, Titre 2, Chapitre 3, Comité de mendicité, 1791, cité par B. ENNUYER, *Op. cit.*, p. 154 ; V. également à ce propos : M. DE LIANCOURT, Rapport fait au nom des comité, rapports de mendicité et de recherches sur la situation de la mendicité de Paris, 30 mai 1790, numérisation proposée par BnF Gallica < <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k42975n/f3.item> > [en ligne] [consulté le 13 décembre 2017]

²⁵⁷⁴ P. LAROQUE, *et. al.*, Commission d'étude des problèmes de la vieillesse du Haut comité consultatif de la population et de la famille, 1962.

²⁵⁷⁵ *Rapport des Commission du VIème plan, 1971-1975, personne âgée*, La Documentation française, Paris, 1971, p. 298 cité par F. CADOU, N. KERSCHEN, « Le maintien à domicile des personnes âgées en France. De la prévention de la dépendance à l'alternative à l'hébergement en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes », *RDSS*, Dalloz édition, 1994, p. 399.

²⁵⁷⁶ Art. 226-4-2 CP, tel que créé par la L. n° 2014-366 du 24 mars 2014 – art. 26, *pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (1)*, publiée au JORF n° 0072 du 26 mars 2014, p. 5809, texte n° 1.

²⁵⁷⁷ Art. 226-5 CP, tel que codifié par la L. n° 92-684 du 22 juillet 1992, *portant réforme des dispositions du Code pénal relative à la répression des crimes et délits contre les personnes*, publiée au JORF n° 169 du 23 juillet 1992, p. 9875 : « *La tentative des infractions prévues par la présente section est punie des mêmes peines* ».

au profit de la sécurité de la personne âgée. Le risque de chute est régulièrement évoqué au sein des familles. Le bien-être est pris en considération des deux côtés de la décision. Le maintien dans le domicile répond à un bien-être de la personne âgée. En revanche, l'entrée en établissement d'accueil représente une décharge importante des proches aidants. Enfin parfois, le maintien à domicile est privilégié par défaut, à cause du coût élevé que représente l'hébergement en institution spécialisée.

897. Le législateur pourrait faire le choix de mettre en avant une solution de compromis. L'intérêt étant à la fois de permettre aux personnes âgées de voir respecté leur droit de vieillir chez elles, et de rassurer leurs proches. L'accueil de jour semble à ce titre être une formule à privilégier. Il serait nécessaire de « *promouvoir de nouveaux lieux de vie, diversifier les modes d'accompagnement des personnes âgées (Petites unités de vie, Accueils de jour, Hébergements temporaires...)* »²⁵⁷⁸. Cet impératif est reconnu au niveau politique. Le modèle fait déjà l'objet d'une consécration par le prisme de l'article L. 231-3 du Code de l'action sociale et des familles. Celui-ci dispose que « *des foyers peuvent être créés par les communes ou les centres communaux d'action sociale ou avec leur concours, en vue de fournir aux personnes âgées des repas à des prix modérés et des salles d'accueil* »²⁵⁷⁹. Ce service est généralement proposé par des structures autonomes ou directement par des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes. Il s'adresse à la fois aux personnes souffrant de maladies dégénératives et à celles accusant une perte d'autonomie physique. L'accueil de jour souffre actuellement d'un défaut de publicité et de popularité. Son caractère flexible lui permet pourtant de s'adapter aux besoins temporels de l'accueil — quelques heures ou la journée entière — ainsi qu'à ses besoins techniques — professionnels encadrants. Il peut en outre être financé par l'Allocation personnalisée d'autonomie.

B. LA RÉALISATION DU CHOIX DE MAINTIEN À DOMICILE

898. La présence d'un élan de volition en faveur du maintien à domicile n'est pas suffisante. La concrétisation du choix de maintien à domicile est soumise à des enjeux pratiques, techniques et économiques qui conditionnent sa réalisation (2). La volonté individuelle de maintien à domicile est suppléée par la garantie d'un soutien national (1).

²⁵⁷⁸ B. DUFOURQ, in B. DUFOURCQ *et al.* *Vieillir dans son quartier, dans son village. Des aménagements à inventer ensemble*, Forum national, 12-13 octobre 2004, Fondation de France, p. 5.

²⁵⁷⁹ Art. L. 231-3 CASF, tel que modifié par la L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002 – art. 87, *renovant l'action sociale et médico-sociale*, publiée au JORF du 3 janvier 2002, p. 124, texte n° 2.

1. *L'action publique pour le maintien à domicile*

899. Non content de s'intéresser à la protection du choix de maintien à domicile, le législateur tend également à offrir un contexte favorable à la concrétisation de ce choix. Une première voie d'action concerne l'adaptation de l'espace public aux enjeux du vieillissement démographique (a). On trouve une autre forme de soutien à travers les avantages fiscaux consentis au maintien à domicile (b).

a. *L'espace public et le choix de maintien à domicile*

900. Chacun vieillit en fonction d'une multitude de facteurs, tant intrinsèques qu'extrinsèques²⁵⁸⁰. De la génétique ne découlerait donc qu'une partie du schéma de vieillissement²⁵⁸¹. Nos gènes ne sont qu'un facteur parmi d'autres dans le processus. Ils côtoient pareillement d'autres critères, comme la qualité de vie et l'environnement par exemple. Ces derniers doivent être pris en compte et ce d'autant plus dans le cadre de la "quête de jouvence" qui touche la société contemporaine. Aux côtés de la promotion de la santé, l'enjeu de l'adaptation de l'environnement aux personnes âgées implique l'ensemble de la société²⁵⁸².

Adapter l'environnement aux personnes âgées est un vœu pieu, qui ne peut être pris à la légère. C'est un enjeu d'ordre politique, rendant nécessaire l'intervention des pouvoirs publics aussi bien au niveau national que local. « *Tous les acteurs s'accordent désormais sur l'intérêt d'une politique gérontologique de proximité, ancrée dans les territoires* »²⁵⁸³ — se réjouissait Monsieur Jean-Paul LE DIVENAH. Le directeur de cabinet d'Hubert FALCO, alors Ministre délégué aux personnes âgées n'était cependant pas dupe et relevait les conditions de réalisation d'une adaptation de la société à son propre vieillissement. « *La notion de proximité implique que ces projets soient*

²⁵⁸⁰ Les progrès de la médecine, associés à l'amélioration des conditions de vie — hygiène, conditions de travail, alimentation etc... —, favorisent l'allongement de la durée de la vie. Si ce phénomène est généralisé, le vieillissement reste malgré tout très aléatoire dans sa réalisation. Il en va de même pour la vieillesse, qui porte un caractère aléatoire dans ses effets.

²⁵⁸¹ A. BERARD, *Op. cit., loc. cit.* : « Les pistes génétiques ne contribueraient qu'à 25 à 30 % du processus général de vieillissement ».

²⁵⁸² L. BARTHELEMY, S. PIN, L. RICHARD, J. FILIATRAULT, *Op. cit., loc. cit.* : « *L'aménagement de l'environnement au plus près des besoins des personnes âgées ouvre la voie à des mobilités et à des temporalités qui leur permettent de mieux s'approprier un espace de vie au quotidien* ». V. également à ce propos : D. ARGOUD, « Le pouvoir gris à l'épreuve du territoire », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2012/4, n° 143, p. 63-76.

²⁵⁸³ J.-P. LE DIVENAH, in B. DUFOURCQ *et al.*, Forum national : Vieillir dans son quartier, dans son village. Des aménagements à inventer ensemble, 12-13 octobre 2004, Fondation de France, p. 6.

réellement portés localement, car c'est ainsi que l'on répond le mieux aux attentes et aux besoins des personnes âgées sur une zone géographique donnée »²⁵⁸⁴. La réflexion générale doit être étayée par des actions concrètes.

901. L'espace urbain occupe une place stratégique²⁵⁸⁵ en matière d'adaptation de la société au vieillissement. Il devrait être le théâtre de nombreuses adaptations, permettant aux personnes âgées de vivre sereinement²⁵⁸⁶. Les évolutions doivent être réparties uniformément et doivent toucher l'ensemble du territoire, afin de concerner un maximum de personnes. Cependant, l'effort ciblé sur les centres urbains n'est pas suffisant. Le quartier²⁵⁸⁷ semble être l'échelon le plus approprié pour prendre acte de la nouvelle démographie. Cela implique notamment pour l'État et les collectivités locales de favoriser le développement d'une "vie de quartier", en privilégiant le développement de commerces de proximité, en adaptant le mobilier urbain — multiplier les bancs, squares, jardins publics, rabaisser les trottoirs etc... —, et en démultipliant les transports en commun adaptés. En effet, avec l'âge, et la survenance d'éventuels troubles de la marche²⁵⁸⁸, les personnes réduisent progressivement leur champ de déplacement à pied, en fonction de leur condition physique et de santé.

L'enjeu de l'adaptation de l'environnement tient tant aux infrastructures qu'aux moyens d'y accéder. D'ailleurs, un phénomène comparable touche à la fois le rapport à la marche et celui de la conduite automobile. Plus l'âge avance, plus les trajets effectués sont courts. Malgré cela la question de la conduite²⁵⁸⁹ des personnes âgées fait souvent débat²⁵⁹⁰, et les personnes âgées sont perçues comme plus dangereuses que les autres sur la route. Le fait de soumettre le maintien du permis de conduire à un examen de santé régulier est périodiquement suggéré. Or dans les faits, « *les conducteurs âgés ne provoquent pas plus d'accidents que la moyenne des automobilistes. En effet,*

²⁵⁸⁴ J.-P. LE DIVENAH, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²⁵⁸⁵ A. GÉRARD, « Enjeux et stratégies de l'appropriation des espaces collectifs », *Gérontologie et société*, CNAV, 2017/1, vol. 39, p. 143-154.

²⁵⁸⁶ M. BOULMIER, « Habitat, territoires et vieillissement : un nouvel apprentissage », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2011/1, n° 136, p. 36 : « *Presque 80 % de la population est citadine, tendance confirmée pour les seniors* ».

²⁵⁸⁷ V. à ce propos : H. MARCHAL, « Vieillir dans un quartier urbain composé de pavillons », *Gérontologie et société*, CNAV, 2017/1, vol. 39, p. 27-40.

²⁵⁸⁸ A., BERARD, *Op. cit.*, p. 137 : « *Les raisons de ces troubles de la marche peuvent être également psychologiques : diminution de la confiance en soi, peur de tomber et de se faire mal, peur de sortir de chez soi. Les personnes âgées réduisent progressivement leur périmètre de marche (environ deux cents à trois cents mètres autour de leur domicile)* ».

²⁵⁸⁹ J. YERPEZ, V. ETIENNE, « Conducteurs âgés. Éditorial », *Recherche transports sécurité*, Necplus, Vol. 30, n° 119.

²⁵⁹⁰ A. DUFOUR, Ph. DAVEAU, A. ROZENKIER, « Vieillir et conduire », *Retraite et société*, la Documentation française, 2007/3, n° 52, p. 130-134.

*bien souvent ils compensent la baisse de leurs capacités en roulant moins vite et en évitant de conduire dans des conditions difficiles »*²⁵⁹¹. Les personnes âgées sont moins impliquées dans des accidents de la route que d'autres tranches de population — les jeunes conducteurs notamment. Le débat portant sur le conditionnement de la conduite des personnes âgées à des examens doit donc raisonnablement être considéré comme clos.

b. Le soutien public pour le maintien à domicile

902. L'adaptation de l'habitat au vieillissement est la condition *sine qua non* au maintien à domicile. Il en va de l'adéquation de l'immeuble aux capacités physiques de l'habitant²⁵⁹². L'intérêt est non seulement le caractère pratique de la structure de l'immeuble et de son aménagement, mais également de pourvoir à la sécurité des personnes âgées vivant à leur domicile. À ce titre, l'État semble s'être chargé d'une obligation de moyen à l'égard de l'objectif d'adaptation de l'habitat. L'existence de cette obligation transparaît directement de certaines dispositions normatives, mais également de l'existence et de l'objet de l'Agence nationale de l'habitat, véritable fer de lance de l'adaptation du logement.

903. Le Code général des impôts est un outil utile au législateur dans le cadre de son élan visant à provoquer l'évolution du logement au profit des besoins de la population. L'incitation est avant tout financière et a pris la forme depuis 2005²⁵⁹³, d'un crédit d'impôt sur le revenu, consenti au titre des dépenses « *d'installation ou de remplacement d'équipements spécialement conçus pour les personnes âgées ou handicapées* »²⁵⁹⁴. Cependant cette mesure ne concerne que les travaux et équipements financés par le propriétaire bailleur ou occupant, ou bien par le locataire d'un logement affecté à son habitation principale. En d'autres termes, le financement de l'adaptation du logement est nécessairement réalisé par l'occupant effectif des lieux, ou bien par son propriétaire bailleur.

²⁵⁹¹ Malgré cela, les personnes âgées impliquées dans des accidents de la circulation représentent des victimes particulièrement sensibles, du fait de leur état de santé. Cf. C. DUMAS, « Mobilité des personnes âgées », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2012/2, n° 141, p. 65.

²⁵⁹² S. RENAUT, J. OGG, A. CHAMAHIAN, S. PETITE, « Cadre de vie et conditions de logement des propriétaires vieillissants », *Gérontologie et société*, Caisse nationale d'assurance vieillesse, 2017/1, vol. 39, n° 152, p. 57-75.

²⁵⁹³ L. n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 – art. 91 (V), *de finances pour 2005 (I)*, publiée au JORF n° 304 du 31 décembre 2004, p. 22459, texte n° 1 ; L. n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 – art. 83, *de finances pour 2006 (I)*, publiée au JORF n° 304 du 31 décembre 2005, p. 20597, texte n° 1 ; la mesure est prolongée depuis.

²⁵⁹⁴ Extrait de l'art. 200 quarter A CGI, tel que modifié par l'ord. n° 2015-1324 du 22 octobre 2015 – art. 5.

Cela signifie que le crédit d'impôt ne peut bénéficier aux personnes finançant les travaux et équipements du logement d'un tiers.

904. La limite inhérente au champ d'application *ratione personae* du dispositif porté par l'article 200 quater A du Code général des impôts, avait déjà été relevée par Madame Muriel BOULMIER à l'occasion de son rapport²⁵⁹⁵ à Monsieur Benoist APPARU, secrétaire d'État au logement et à l'urbanisme. À cet égard, la solution énoncée propose le transfert de ce crédit d'impôt, au profit des descendants ou collatéraux qui financeraient les travaux d'aménagement pour permettre le maintien à domicile d'une personne âgée. L'intention assumée de cet enrichissement du dispositif de crédit d'impôt vise la facilitation des travaux et aménagements des logements des personnes âgées. Pour autant, l'assertion n'est absolument pas détachée des considérations d'ordre financier. « *Les effets attendus de la mesure de crédit d'impôt proposée s'inscrivent dans la logique de comparaison coûts/bénéfices pour la puissance publique* »²⁵⁹⁶. Afin d'appuyer son argumentaire, l'auteur fait montre d'une démonstration extrêmement claire et pratique. Le raisonnement s'explique sous l'angle du vieillissement démographique. « *Le surcoût pour les comptes publics d'une admission en maison de retraite est de 1 800 €/an (hors coût des soins). À défaut d'adapter le logement, les projections prévoient 80 000 personnes dans 10 ans et 170 000 de plus dans 20 ans, qui devraient rejoindre un lieu collectif. Dans l'hypothèse d'un coût moyen de 8 000€, dès lors que le maintien à domicile est prolongé au-delà de 4 ans, l'opération est "blanche" pour l'État* ». En outre, le maintien d'une personne âgée dans un domicile inadapté accroît de manière significative le risque de chute. Or, ce risque représente un coût financier et humain beaucoup trop lourd pour ne pas attirer l'attention de la nation. La conclusion est sans appel : Mieux vaut consentir à un crédit d'impôt élargi plutôt que de laisser le parc immobilier inadapté. Dans le cadre de l'instauration d'un statut juridique propre à la personne âgée, cette proposition devrait non seulement être entérinée, mais également revêtir une dimension élargie. Le transfert de crédit d'impôt sur le revenu dans le cadre de travaux et aménagements effectués au profit d'une personne âgée devrait être ouvert à l'ensemble des personnes répondant à la définition de proche aidant telle que portée par l'article L. 113-1-3 du Code de l'action sociale et des familles²⁵⁹⁷.

905. Dans son rapport, Madame Muriel BOULMIER a eu l'occasion de mettre le doigt sur la pauvreté de la dynamique de rénovation de l'habitat occupé par les personnes âgées. Parmi les

²⁵⁹⁵ M. BOULMIER, *Rapport, Bien vieillir à domicile : enjeux d'habitat, enjeux de territoires*, Rapport remis à B. APPARU, secrétaire d'État au logement et à l'urbanisme, 2 juin 2010.

²⁵⁹⁶ M. BOULMIER, *Op. cit.*, p. 32.

²⁵⁹⁷ Art. L. 113-1-3 CASF – préc.

douze propositions énoncées, la majorité concerne directement l'adaptation du logement aux besoins des personnes âgées. Certaines dispositions représentent un apport intéressant l'adaptation de la technique contractuelle, notamment via l'aménagement du prêt viager hypothécaire²⁵⁹⁸, ou de l'organisation du contrat de viager HLM²⁵⁹⁹. À ce jour, la réponse prédominante à l'enjeu de l'adaptation de l'habitat est apportée par l'Agence nationale de l'habitat. Cet établissement public est placé sous la tutelle des ministères chargés de la Cohésion des territoires et de l'Action et des Comptes publics²⁶⁰⁰. L'Agence nationale de l'habitat fut créée en 1971²⁶⁰¹ et a pour but « *de promouvoir le développement et la qualité du parc existant de logements privés, en particulier en ce qui concerne les performances thermiques et l'adaptation à la perte d'autonomie* »²⁶⁰². Les membres directeurs²⁶⁰³ et du conseil d'administration²⁶⁰⁴ de l'Agence ou de son contrôle²⁶⁰⁵ sont nommés par arrêtés. Les aides fournies sont fixées par décrets²⁶⁰⁶. L'activité se place sous la direction fixée par l'article L. 301-1²⁶⁰⁷ du même Code. Or, si la direction donnée par la disposition normative n'embrasse pas expressément l'hypothèse de l'adaptation du logement au vieillissement, elle s'engage néanmoins à assurer une liberté de choix du mode d'habitation²⁶⁰⁸. Par ailleurs, le même article dispose dans un second temps du principe selon lequel la collectivité apporte son aide

²⁵⁹⁸ Proposition n° 6.

²⁵⁹⁹ Proposition n° 7.

²⁶⁰⁰ < www.anah.fr > [en ligne] [consulté le 14 décembre 2017].

²⁶⁰¹ D. n° 71-806 du 29 septembre 1971, *Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat*, publié au JORF du 30 septembre 1971, p. 9717 ; Arrêté du 27 octobre 1971, *Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat*, publiée au JORF du 29 octobre 1971, p. 10658 ; Arrêté du 15 décembre 1971, *Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat*, publié au JORF du 18 janvier 1972, p. 757.

²⁶⁰² Extraits de l'art. L. 321-1 Code de la construction et de l'habitation, tel que modifié par la L. n° 2014-366 du 24 mars 2014, *pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (1)*, publiée au JORF n° 0072 du 26 mars 2014, p. 5809, texte n° 1.

²⁶⁰³ Arrêté du 22 février 2017, *portant nomination de la directrice générale de l'Agence nationale de l'habitat*, publiée au JORF n° 0052 du 2 mars 2017, texte n° 79.

²⁶⁰⁴ Arrêté du 23 novembre 2017, *portant nomination au conseil d'administration de l'Agence nationale de l'habitat*, publiée au JORF n° 0279 du 30 novembre 2017, texte n° 138.

²⁶⁰⁵ Arrêté du 9 juillet 2015, *relatif aux modalités d'exercice du contrôle budgétaire sur l'Agence nationale de l'habitat*, publiée au JORF n° 0168 du 23 juillet 2015, p. 12511, texte n° 9.

²⁶⁰⁶ Dernièrement, D. n° 2017-831 du 5 mai 2017, *relatif à l'organisation et aux aides de l'Agence nationale de l'habitat*, publié au JORF n° 0108 du 7 mai 2017, texte n° 121 ; D. n° 2017-839 du 5 mai 2017, *relatif aux conventions portant sur un immeuble ou un logement conclues par l'Agence nationale de l'habitat en application des articles L. 321-4 et L. 321-8 du code de la construction et de l'habitation et aux plafonds de loyer et de ressources des locataires pour l'application de la déduction spécifique prévue au o du 1° du I de l'article 31 du code général des impôts*, publié au JORF n° 0108 du 7 mai 2017, texte n° 129.

²⁶⁰⁷ Art. L. 301-1 Code de la construction et de l'habitation, tel que modifié par la L. n° 2007-290 du 5 mars 2007 – art. 1, *instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale*, publiée au JORF n° 55 du 6 mars 2007, p. 4190, texte n° 4.

²⁶⁰⁸ Extrait de l'art. L. 301-1 I Code de la construction et de l'habitation – préc. : « Elle doit tendre à favoriser une offre de logements qui, par son importance, son insertion urbaine, sa diversité de statut d'occupation et de répartition spatiale, soit de nature à assurer la liberté de choix pour toute personne de son mode d'habitation ».

au profit de l'accès à un logement décent et indépendant, ainsi qu'au maintien²⁶⁰⁹ dans un tel logement. Le volet d'adaptation à la perte d'autonomie est très actif et traité en priorité. « *Les axes d'intervention sont la lutte contre l'habitat indigne et très dégradé, le traitement des copropriétés en difficulté, la lutte contre la précarité et l'adaptation du logement aux besoins des personnes âgées ou handicapées* »²⁶¹⁰. L'action concrète de cet établissement public fait l'objet d'un contrôle régulier. Dans ce cadre, le volet d'adaptation du parc immobilier au vieillissement a notamment fait l'objet d'un rapport commun de l'Agence nationale de l'habitat et de la Caisse nationale d'assurance vieillesse en 2013²⁶¹¹. Ledit rapport a su mettre en avant la nécessité de sensibilisation de la population âgée mais également des professionnels et des aidants à la problématique de l'adaptation du logement. Une approche spécifique est envisagée au profit de la solvabilité des retraités aspirant à rénover leur logement.

2. L'économie individuelle du maintien à domicile

906. Le choix de vieillir à domicile s'impose de prime abord comme le résultat d'une volonté individuelle. Cela présente un certain nombre d'avantages. Pour les personnes ayant dirigé leur vie de façon autonome, il s'impose généralement de lui-même. Mais vieillir à domicile ne signifie pas forcément que l'individu bénéficie d'une parfaite santé. Les personnes âgées vieillissant chez elles peuvent recevoir les soins nécessaires sur place. Il s'avère que la pratique du soin à domicile est moins anxiogène que celle fournie en extérieur. Outre ces considérations psychologiques, le maintien à domicile peut également être le fruit d'une optimisation des dépenses. En effet, l'aide à domicile coûte moins cher que l'hospitalisation ou l'hébergement permanent en EHPAD. Selon les chiffres officiels, le prix médian pratiqué par les EHPAD français est de 1 949 € par mois²⁶¹². Une année en EHPAD coûterait donc en moyenne 23 388 € pour un résident. Un dixième des EHPAD pratique un tarif mensuel supérieur à 2 800 €, la note sur l'année dépasse donc largement 33 000 €. De son côté, le service d'aide à domicile fait l'objet d'un soutien fiscal à travers le mécanisme de crédit d'impôt. Depuis la loi de finances de 2017²⁶¹³, le crédit d'impôt est accordé aux personnes

²⁶⁰⁹ Art. L. 301-1 II Code de la construction et de l'habitation – préc. : « Toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières, en raison notamment de l'inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d'existence, a droit à une aide de la collectivité pour accéder à un logement décent et indépendant ou s'y maintenir ».

²⁶¹⁰ < <http://www.anah.fr/qui-sommes-nous/> > préc.

²⁶¹¹ Agence nationale de l'habitat, Caisse nationale d'assurance vieillesse, *Rapport, Adaptation des logements pour l'autonomie des personnes âgées*, 11 décembre 2013, Paris.

²⁶¹² < <https://www.pour-les-personnes-agees.gouv.fr/actualites/les-prix-2017-des-ehpad-disponibles-sur-le-portail> > [en ligne] [consulté le 28 mars 2018].

²⁶¹³ L. n° 2016-1917 du 29 décembre 2016, de finances pour 2017, publiée au JORF n° 0303 du 30 décembre 2016, texte n° 1.

retraitées sollicitant un emploi ou service à domicile. Le crédit d'impôt est égal à 50 % des dépenses engagées par le sollicitant de l'aide à domicile — dans la limite de 12 000 €²⁶¹⁴. Par exemple, pour un tarif horaire de base de 24 € de l'heure pour le professionnel, une personne âgée nécessitant un soutien de deux heures journalières doit supporter un coût final de 720 € par mois, soit 8 650 € à l'année — crédit d'impôt compris.

907. La réalisation du vœu de vieillir chez soi, appelle des efforts d'adaptation du logement. Sans adéquation de l'habitat à l'affaiblissement des capacités physiques survenant avec l'âge, le domicile peut rapidement se montrer dangereux. Dès lors, deux options se profilent : Soit la personne change de résidence, au profit d'un domicile conçu pour accueillir une personne durant sa vieillesse ; soit elle adapte son propre logement. « *Au-delà du marché immobilier neuf et spécifique, presque inexistant en 2005, qui se déploie en 2010 avec une ingénierie appropriée pour offrir des logements innovants, adaptés et adaptables, l'autre marché d'avenir est celui de l'adaptation de l'existant* »²⁶¹⁵. L'adaptation de l'habitat se trouve également justifiée par un intérêt double touchant l'affectif et l'aspect financier. Réaliser de légers travaux coûte souvent moins cher que de déménager dans un logement entièrement conçu pour le public des personnes âgées. En effet, si le niveau de vie des personnes âgées n'alarme plus les statisticiens, certains indices témoignent de l'hétérogénéité des situations financières des personnes âgées. Le fait d'être propriétaire de son logement est une fausse indication concernant le niveau de vie réel d'une personne âgée. La renaissance que connaît depuis peu le mécanisme du viager n'est pas due au hasard²⁶¹⁶.

908. L'intérêt financier du logement ne se limite pas à sa seule dimension individuelle. Il présente également une dimension collective²⁶¹⁷. Le personnel des EHPAD est soumis à des impératifs de rendement en totale inadéquation avec la nature des tâches à effectuer. La qualité de vie à domicile et celle offerte en institution semblent incomparables. Par ailleurs, là où la maison de retraite apparaissait pendant longtemps comme l'unique solution viable face à la perte d'autonomie, l'expansion du secteur professionnel du service à domicile offre aujourd'hui des solutions diverses. L'intérêt domicile est également d'ordre économique. De fait, l'aménagement du

²⁶¹⁴ < <https://www.pour-les-personnes-agees.gouv.fr/beneficier-daides/les-aides-domicile/les-aides-fiscales-pour-laide-domicile> > [en ligne] [consulté le 28 mars 2018] ; < <https://www.impots.gouv.fr/portail/particulier/emploi-domicile> > [en ligne] [consulté le 28 mars 2018].

²⁶¹⁵ M. BOULMIER, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²⁶¹⁶ V. ci-après : Partie I, Titre I, Chapitre I, Section I, § 2, II B.

²⁶¹⁷ J. PORTEUS *et al.*, « Habitat adapté, environnement de vie et grand âge : retour d'expérience du Royaume-Uni », *Retraite et société*, La Documentation française, 2013/1, n° 64, p. 146 : « *Tout le monde s'accorde à dire que, dans de nombreux cas, investir dans le logement des personnes vieillissantes revient à réduire la dépense de santé et de service aux personnes* ».

logement des personnes âgées concerne indirectement l'ensemble de la société, puisqu'une personne qui demeure plus longtemps chez elle génère davantage de richesse. Elle continue notamment de consommer, ce qui n'est plus ou très peu possible pour une personne en hébergement permanent — exception faite des résidences autonomie.

Le dilemme entre maintien à domicile et entrée en institution d'hébergement n'est peut-être que le reflet de la transition sociodémographique. Que cela soit dû à un effet de génération, à une prise de conscience ou à la montée de l'individualisme, très peu des actifs actuels accepteront les modèles de prise en charge de la vieillesse d'un autre temps. Par ailleurs, de nouveaux moyens techniques et technologiques voient le jour²⁶¹⁸. Ces derniers ne sont pas toutes uniquement construits autour des problèmes rencontrés par les personnes âgées, mais ne les ignore plus. L'objectif est de s'adapter à chacun des utilisateurs. Les effets de générations sont gommés par des technologies plus intuitives. Finalement, c'est le profil de la maison moderne qui sera amené à évoluer²⁶¹⁹ en faveur de tous.

II. L'AXE DE L'EMPLOI À DOMICILE

909. Le service d'aide à domicile répond à deux régimes juridique distincts, respectivement régis par la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale²⁶²⁰, et par la loi n° 2005-841 du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne²⁶²¹.

Si ces deux textes poursuivent des objectifs différents — le premier œuvre en faveur du maintien à domicile par le prisme du service social et médico-social tandis que le second tend à dynamiser le secteur des services à la personne — (A), ils partagent une même philosophie (B).

²⁶¹⁸ V. à ce propos : P. DREYER, A. SAINT-LAURENT, « Nouvelles technologies et sécurité dans l'habitat », *Gérontologie et société*, Fondation Nationale de Gérontologie, 2012/2, n° 141, p. 57-62.

²⁶¹⁹ M. BOULMIER, *Op. cit.*, *loc. cit.* : Favoriser les constructions de plein pied, ou encore « des portes larges, que l'on peut facilement franchir avec une canne ou des béquilles mais où l'on peut aussi déménager des meubles, une robinetterie manipulable quand on a de l'arthrose ou bien les mains savonneuses, une sonnette doublée d'un signal visuel qui alerte une personne malentendante mais aussi un adolescent écoutant de la musique etc... ».

²⁶²⁰ L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002 – préc.

²⁶²¹ L. n° 2005-841 du 26 janvier 2005, relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale (1), publiée au JORF n° 173 du 27 juillet 2005, p. 12152, texte n° 1.

A. LES DIFFÉRENTS RÉGIMES DE L'AIDE À DOMICILE

910. À l'instar de la dualité qui marque son régime juridique, l'aide à domicile se décline en deux volets. L'alternative offerte à la personne âgée est la suivante : Elle peut faire appel à des prestataires de service via un service d'aide à domicile indépendant (1), soit à des mandataires de service (2). Dans ce dernier cas, le preneur revêt la qualité d'employeur et salarie directement le professionnel.

1. *Le service d'aide à domicile indépendant.*

911. Lorsqu'une personne âgée décide de faire appel à un service prestataire d'aide à domicile, elle ne devient pas l'employeur du service mais en reste seulement le commanditaire. Le paiement du service ne parvient à son exécutant que par le biais de l'organisme intermédiaire et employeur. Il existe un certain nombre de fédérations de service à la personne — les plus populaires étant la Croix-rouge française, l'Union nationale de l'aide des soins et des services aux domiciles, la fédération d'aide à domicile, ou encore l'Union nationale des centres communaux d'aide sociale. Eu égard à la nature des services proposés, le régime juridique peut connaître certaines variations. Les dérogations au repos dominical ou hebdomadaire sont accordées avec parcimonie aux entreprises. Dans ce cadre, la chambre sociale de la Cour de cassation a pu considérer dans un arrêt en date du 18 décembre 2001²⁶²², que lorsque les services proposés impliquent une continuité dans le temps, il peut être dérogé au principe du repos dominical.

2. *L'emploi direct à domicile.*

912. La personne âgée peut directement devenir employeur d'un intervenant à domicile. Pour ce faire, elle peut faire appel à un service mandataire qui la mettra en relation avec divers professionnels. À défaut, elle procède à l'emploi direct. Au même titre que n'importe quel particulier employeur, elle doit déclarer son salarié ainsi que sa rémunération et respecter la convention collective nationale des salariés du particulier employeur. Cette convention fut conclue le 24 novembre 1999, complétée par plusieurs avenants²⁶²³, et étendue par voie d'arrêtés

²⁶²² Cass. Soc., 18 décembre 2001, n° 98-18.305, publié au bull. 2001 V, n° 393, p. 315 ; V. J. BARTHELEMY, « Temps de travail. Dérogation au repos dominical pour aide et maintien à domicile. Nécessité d'exercer à titre principal une activité de prestations de services et de soins impliquant une continuité dans le temps », *Droit social*, Dalloz édition, 2002, p. 459.

²⁶²³ Avenant n° 1 du 18 mai 2000, avenant à l'annexe 6 — *prévoyance et fonds social* ; Accord du 18 mai 2000, *développement du paritarisme* ; Avenant du 25 octobre 2001, modification de l'annexe 2 ; Avenant du 5 juin 2002, avenant à l'accord du 18 mai 2000 — *développement du paritarisme* ; Accord du 10 octobre 2002, *sur la garde*

ministériels²⁶²⁴. Elle apporte un soin tout particulier aux emplois ayant pour finalité le soutien aux personnes âgées. C'est ainsi qu'en son article 3, le texte prend soin de préciser l'importance pour la personne salariée de veiller au confort physique et moral de la personne âgée ainsi que son rôle déterminant dans la possibilité de maintien à domicile. La notion mobilisée est celle de "présence responsable". Cette notion fonde une réelle mixité de l'obligation incombant au professionnel intervenant au domicile d'une personne âgée. Il est débiteur d'une obligation de résultat quant à

partagée ; Accord du 4 février 2008, relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie dans la branche des salariés du particulier employeur.

²⁶²⁴ Arrêté du 2 mars 2000, *portant extension de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur complétée par sept annexes*, publiée au JORF n° 60 du 11 mars 2000, p. 3895 ; Arrêté du 20 juillet 2000, *portant extension d'accords conclus dans le cadre de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur*, publié au JORF n° 197 du 26 août 2000, p. 13159 ; Arrêté du 26 septembre 2000, *portant extension d'accords conclus dans le cadre de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur*, publié au JORF n° 232 du 6 octobre 2000, p. 15858 ; Arrêté du 26 octobre 2001, *portant extension de deux avenants à la convention collective nationale des salariés du particulier employeur*, publié au JORF n° 259 du 8 novembre 2001, p. 17731 ; Arrêté du 21 octobre 2002, *portant extension d'un avenant à la convention collective nationale des salariés du particulier employeur (n° 2111)*, publié au JORF n° 30 octobre 2002, p. 18023, texte n° 63 ; Arrêté du 2 décembre 2002, *portant extension d'un avenant à la convention collective nationale des salariés du particulier employeur (n° 2111)*, publié au JORF n° 288 du 11 décembre 2002, page 20436, texte n° 96 ; Arrêté du 3 décembre 2002, *portant extension d'un avenant à un accord conclu dans le cadre de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur (n° 2111)*, publié au JORF n° 289 du 12 décembre 2002, page 20516, texte n° 72 ; Arrêté du 16 mai 2003, *portant extension d'un avenant à la convention collective nationale des salariés du particulier employeur (n° 2111)*, publié au JORF n° 124 du 29 mai 2003, p. 9225, texte n° 83 ; Arrêté du 9 octobre 2003, *portant extension d'un avenant à la convention collective nationale des salariés du particulier employeur (n° 2111)*, publié au JORF n° 244 du 21 octobre 2003, p. 17906, texte n° 85 ; Arrêté du 10 novembre 2004, *portant extension d'un avenant à la convention collective nationale des salariés du particulier employeur (n° 2111)*, publié au JORF n° 274 du 25 novembre 2004, p. 20026, texte n° 88 ; Arrêté du 9 novembre 2005, *portant extension d'un avenant à la convention collective nationale des salariés du particulier employeur (n° 2111)*, publié au JORF n° 268 du 18 novembre 2005, p. 17996, texte n° 74 ; Arrêté du 26 novembre 2007, *portant extension d'avenants à la convention collective nationale des salariés du particulier employeur (n° 2111)*, publié au JORF, n° 276 du 28 novembre 2007, p. 19346, texte n° 78 ; Arrêté du 7 juillet 2008, *portant extension d'un accord conclu dans le cadre de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur (n° 2111)*, publié au JORF n° 0164 du 16 juillet 2008, p. 11363, texte n° 128 ; Arrêté du 23 novembre 2009, *portant extension d'un avenant à la convention collective nationale des salariés du particulier employeur (n° 2111)*, publié au JORF n° 0276 du 28 novembre 2009, p. 20584, texte n° 64 ; Arrêté du 17 mai 2010, *portant extension d'un avenant à la convention collective nationale des salariés du particulier employeur (n° 2111)*, publié au JORF n° 0119 du 26 mai 2010, p. 9531, texte n° 51 ; Arrêté du 11 juin 2013, *fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives dans la convention collective nationale des salariés du particulier employeur (n° 2111)*, publié au JORF n° 0140 du 19 juin 2013, p. 10157, texte n° 28 ; Arrêté du 25 février 2014, *portant extension d'un avenant à la convention collective nationale des salariés du particulier employeur (n° 2111)*, publié au JORF n° 0050 du 28 février 2014, p. 3944, texte n° 123 ; Arrêté du 7 mars 2016, *portant extension d'un accord et d'avenants conclus dans le cadre de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur (n° 2111)*, publié au JORF n° 0066 du 18 mars 2016, texte n° 100 ; Arrêté du 19 juillet 2016, *portant extension d'un accord conclu dans le cadre de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur (n° 2111)*, publié au JORF n° 0173 du 27 juillet 2016, texte n° 61 ; Arrêté du 21 juillet 2017, *fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives dans la convention collective nationale des salariés du particulier employeur (n° 2111)*, publié au JORF n° 0187 du 11 août 2017, texte n° 89 ; Arrêté du 26 juillet 2017, *fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives dans la convention collective nationale des salariés du particulier employeur (2111)*, publié au JORF n° 0188 du 12 août 2017, texte n° 39.

l'exécution des tâches de la vie quotidienne qui lui sont confiées, ainsi que d'une obligation de moyen visant le bien-être moral de la personne âgée.

Certaines Conditions fixées par la convention pourraient donner lieu à évolution. L'article 10 par exemple, consacré à l'absence du salarié stipule uniquement que toute absence doit être justifiée. En matière d'emploi à domicile d'une personne âgée accusant une perte d'autonomie, une précision quant au régime de l'absence pourrait être faite — imposer au salarié autant que faire se peut de prévenir le plus tôt possible ses éventuelles carences.

B. LA PHILOSOPHIE ÉCLECTIQUE DE L'AIDE À DOMICILE

913. En dépit de la complexité du régime juridique de l'aide à domicile, la branche connaît une certaine homogénéité. Une seule philosophie guide l'ensemble de la branche professionnelle d'aide à domicile : Un service de qualité. Ce caractère « *conditionne aussi bien l'agrément que l'autorisation par les pouvoirs publics à tous les stades de vie de ces services (aussi bien lors de leur création qu'au moment de leur renouvellement)* »²⁶²⁵. Les mécanismes de l'agrément, de l'autorisation et de la déclaration insufflent une dimension qualitative à la branche professionnelle. Ils assurent un contrôle antérieur et en temps réel de l'activité exercée²⁶²⁶.

Malgré cet esprit de contrôle qualitatif commun, la procédure varie selon la situation du professionnel. Le mandataire intervenant dans le cadre de l'activité d'un organisme de service à la personne doit obtenir un agrément préfectoral, notamment en matière d'assistance aux personnes âgées. Le prestataire quant à lui, doit, depuis la loi d'adaptation de la société au vieillissement²⁶²⁷, bénéficier d'une autorisation du Conseil départemental²⁶²⁸. La déclaration permet d'ouvrir droit aux avantages fiscaux consentis aux activités de la vie quotidienne — garde à domicile, accompagnement, entretien de la maison, préparation des repas, courses etc... Le crédit d'impôt concerné est notamment porté par l'article 199 sexdecies du Code général des impôts²⁶²⁹. Cette disposition contribue à une certaine harmonie de l'ensemble, en concernant à la fois l'emploi d'un

²⁶²⁵ E. SABATAKAKIS, « Les services d'aide à domicile face au principe d'égalité », *AJDA*, Dalloz édition, 2011, p. 2427 ; à propos de : CE, 1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies, 21 octobre 2011, n° 351424, inédit au recueil Lebon.

²⁶²⁶ V. à ce propos : Cass. civ. 2^{ème}, 17 décembre 2015, n° 14-29.007, publié au bull. Décision commentée par : D. VIRIOT-BARRIAL, « Cotisation forfaitaire des infirmiers à domicile. Commentaire sous Cass. 2^{ème} Civ., 17 décembre 2015, n° 14-29.007 », *La semaine juridique – Entreprise et affaires*, LexisNexis, 2016.

²⁶²⁷ L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015, préc.

²⁶²⁸ Pour les activités réalisées auprès d'une personne âgée, handicapée ou atteinte d'une maladie chronique.

²⁶²⁹ Art. 199 sexdecies CGI, tel que modifié par la L. n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 – art. 82 (V), *de finances pour 2017*, publiée au JORF n° 0303 du 30 décembre 2016, texte n° 1.

salarié, le recours à une association ou à un organisme à but non lucratif. Indifféremment de la qualité de mandataire ou de prestataire, l'activité consistant en la fourniture de prestations de service doit donner lieu à la production d'une facture précise. L'article D. 7233-1 du Code du travail²⁶³⁰ liste l'ensemble des informations devant figurer sur ce document. Outre les éléments dénominatifs classiques, la facture doit identifier clairement le bénéficiaire de la prestation, la nature des services fournis, le prix de chaque prestation, le taux horaire ainsi que le décompte du temps passé. Par ailleurs, les activités d'« *assistance aux personnes âgées de soixante ans et plus, aux personnes handicapées ou autres personnes dès lors qu'elles ont besoin d'une aide personnelle à leur domicile ou d'une aide à la mobilité dans l'environnement de proximité favorisant leur maintien à domicile* »²⁶³¹, sont soumises aux dispositions du cahier des charges.

914. L'article L. 7231-1 du Code du travail²⁶³² énumère les catégories de services à la personne. Sont concernées les activités de garde d'enfants, d'assistance aux « *aux personnes âgées, aux personnes handicapées ou aux autres personnes qui ont besoin d'une aide personnelle à leur domicile ou d'une aide à la mobilité dans l'environnement de proximité favorisant leur maintien à domicile* »²⁶³³, ainsi que plus largement les services relatifs aux tâches ménagères ou familiales à domicile. L'article L. 7231-2 suivant²⁶³⁴ confie au législateur le soin de préciser le contenu des activités par voie de décrets. C'est ainsi que l'article D. 7231-1 du même Code²⁶³⁵ consacre expressément l'aide aux personnes âgées parmi l'ensemble des activités énumérées. Les activités de service à la personne soumises à l'agrément²⁶³⁶ concernent de façon très claire deux catégories de la population : D'une part les enfants, d'autre part les personnes âgées, handicapées et atteintes de pathologies chroniques.

915. Le régime juridique des activités d'aide à domicile indépendant est construit sur l'objectif de maintien à domicile²⁶³⁷, tandis que l'emploi direct à domicile est réputé régi par la dynamique

²⁶³⁰ Art. D. 7233-1 C. du travail, tel que modifié par le D. n° 2016-1895 du 28 décembre 2016 – art. 1, *relatif aux activités de services à la personne*, publié au JORF n° 0302 du 29 décembre 2016, texte n° 23.

²⁶³¹ Arrêté du 26 décembre 2011, *fixant le cahier des charges prévu à l'article R. 7232-7 du code du travail*, publiée au JORF n° 0302 du 30 décembre 2011, p. 22741, texte n° 36.

²⁶³² Art. L. 7231-1 C. du travail, tel que codifié par l'Ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007 *relative au code du travail (partie législative)*, publiée au JORF n° 61 du 13 mars 2007, p. 4740, texte n° 5.

²⁶³³ Extrait de l'art. L. 7231-1 C. du travail, préc.

²⁶³⁴ Art. L. 7231-2 C. du travail, tel que codifié par l'Ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007, préc.

²⁶³⁵ Art. D. 7231-1 C. du travail, tel que modifié par le D. n° 2016-1895 du 28 décembre 2016 – art. 1, préc.

²⁶³⁶ Art. D. 7231-1 I C. du travail, préc.

²⁶³⁷ L'État s'est spécifiquement engagé sur la voie du maintien à domicile en faveur des retraités d'État. V. notamment : D. n° 2012-920 du 27 juillet 2012, *relatif à l'introduction d'une aide au maintien à domicile pour les retraités de l'État*, publié au JORF n° 0174 du 28 juillet 2012, modifié par le D. n° 2013-938 du 18 octobre 2013, *portant application de la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des*

de la branche professionnelle de service d'aide à la personne. Cette dualité d'objectif transparait des lois n° 2002-2 et 2005-841 — datant respectivement du 2 janvier 2002 et du 26 juillet 2005²⁶³⁸. La première consacre la rénovation de l'action sociale et médico-sociale et son objet est résolument tourné vers la préservation de l'autonomie. Si le texte embrasse largement l'enjeu de l'amélioration de la qualité de vie au sein des établissements d'accueil ou de service, la dynamique du maintien à domicile est également sollicitée. Ainsi il vise indifféremment : « *Les établissements et les services qui accueillent des personnes âgées ou qui leur apportent à domicile une assistance dans les actes quotidiens de la vie, des prestations de soins ou une aide à l'insertion sociale* »²⁶³⁹.

916. De son côté, le plan “BORLOO” consacré par la loi du 26 juillet 2005²⁶⁴⁰ a pris à bras le corps la dimension active des services à la personne. Son premier article donnait le ton, en modifiant l'article L. 129-1 du Code du travail — abrogé depuis — : « *Les associations et les entreprises dont l'activité porte sur la garde des enfants ou l'assistance aux personnes âgées, aux personnes handicapées ou aux autres personnes qui ont besoin d'une aide personnelle à leur domicile ou d'une aide à la mobilité dans l'environnement de proximité favorisant leur maintien à domicile et les centres communaux et intercommunaux d'action sociale au titre de leur activité de garde d'enfants de moins de trois ans à domicile doivent être agréés par l'État* »²⁶⁴¹. Le texte poursuivait en offrant un taux réduit de la taxe sur la valeur ajoutée ainsi qu'à une réduction d'impôts²⁶⁴². Le bénéfice de cette mesure est aujourd'hui codifié au sein de l'article L. 7233-2 du Code du travail²⁶⁴³. Sous l'égide de l'article 279 du Code général des impôts²⁶⁴⁴, les « *prestations de services fournies à titre exclusif, ou à titre non exclusif pour celles qui bénéficient d'une dérogation à la condition d'activité*

conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, publié au JORF n° 0245 du 20 octobre 2013, p. 17273, texte n° 14, et par le D. n° 2015-1814 du 28 décembre 2015, *modifiant le décret n° 2012-920 du 27 juillet 2012 relatif à l'introduction d'une aide au maintien à domicile pour les retraités de l'État*, publié au JORF n° 0302 du 30 décembre 2015, texte n° 145.

²⁶³⁸ L. n° 2005-841 du 26 juillet 2005, *relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale (I)*, publiée au JORF n° 173 du 27 juillet 2005, p. 12152, texte n° 1. Cette loi a entériné le “plan BORLOO”. Sa mesure phare a consisté en la création des “chèques emploi service universels”.

²⁶³⁹ Extrait de l'article 15 de la L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002, préc., codifié à l'art. L. 312-1 I CASF.

²⁶⁴⁰ L. n° 2005-841 du 26 juillet 2005, préc.

²⁶⁴¹ Extrait de l'article 1 de la L. n° 2005-841 du 26 juillet 2005, préc., modifiant l'art. L. 129-1 C. du travail. L'article en question a depuis lors été modifié par la L. n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 – art. 14, *de financement de la sécurité sociale pour 2007 (I)*, publiée au JORF n° 296 du 22 décembre 2006, p. 19315, texte n° 1, ainsi que par la L. n° 2007-1786 du 19 décembre 2007 – art. 70, *de financement de la sécurité sociale pour 2008 (I)*, publiée au JORF n° 0296 du 21 décembre 2007, p. 20603, texte n° 1, avant d'être abrogé le 1^{er} mai 2008.

²⁶⁴² Art. 1 de la L. n° 2005-841 du 26 juillet 2005, préc., modifiant l'article L. 129-3 du C. du travail.

²⁶⁴³ Art. L. 7233-2 C. du travail, tel que modifié par la L. n° 2010-853 du 23 juillet 2010 – art. 31 (V), *relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services (I)*, publiée au JORF n° 0169 du 24 juillet 2010, p. 13650, texte n° 17.

²⁶⁴⁴ Art. 279 CGI, tel que modifié par la L. n° 2014-1655 du 29 décembre 2014 – art. 54, *de finances rectificative pour 2014 (I)*, publiée au JORF n° 0301 du 30 décembre 2014, p. 22898, texte n° 3.

exclusive selon l'article L. 7232-1-2 du code du travail, par des associations, des entreprises ou des organismes déclarés en application de l'article L. 7232-1-1 du même code, et dont la liste est fixée par décret »²⁶⁴⁵, sont concernées par un taux réduit de 10% sur la taxe sur la valeur ajoutée. Le même article 1^{er} de la loi de 2005, avait fait sienne l'exonération des cotisations patronales de sécurité sociale, pour les rémunérations des salariés employés par des associations et entreprises agréées et assurant une de ces activités de services. Cette même exonération est toujours prévue par l'article L. 241-10 du Code de la sécurité sociale²⁶⁴⁶ en ces termes : « *La rémunération d'une aide à domicile est exonérée des cotisations patronales de sécurité sociale, à l'exception de celles dues au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles, lorsque celle-ci est employée effectivement à leur service personnel, à leur domicile ou chez des membres de leur famille...* »²⁶⁴⁷. L'individualisme ressortant de cette disposition a fait l'objet d'un contentieux.

917. L'enjeu de l'appréciation extensive ou restrictive du domicile du receveur du service a été ressenti par certains établissements d'hébergement spécialisés. C'est ainsi que dans un arrêt rendu le 25 novembre 2014, la chambre sociale de la Cour d'appel d'Angers²⁶⁴⁸ s'est prononcée sur la question de l'éligibilité d'un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes à l'exonération des cotisations patronales. La société requérante mettait en avant le fait qu'une application restrictive de la notion de domicile privatif contribuait à une discrimination entre les personnes vivant en logement-foyer²⁶⁴⁹ — réputées jouissant d'un domicile privatif et bénéficiant à ce titre de l'exonération —, et celles vivant en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes — réputées vivre en hébergement collectif et n'entrant donc pas dans le champ d'application de L. 241-10. La Cour a cependant relevé que : « *Le fait que les personnes âgées ou dépendantes accueillies dans un domicile collectif contrairement à celles en foyer-logement disposant encore d'autonomie et d'un domicile privatif, ne bénéficient pas de l'exonération revendiquée est compensée par l'attribution d'un autre système de financement à caractère social permettant la prise en charge de leur nouvelle structure de vie collective et de ses salariés chargés de leur assurer des conditions de vie décentes, financement par ailleurs versé directement à ladite structure d'hébergement collectif* »²⁶⁵⁰. La même chambre sociale avait déjà eu l'occasion, quelques mois auparavant, de considérer des logements-foyers comme des structures de logements privés.

²⁶⁴⁵ Art. 279 i CGI, préc.

²⁶⁴⁶ Art. L. 241-10 CSS, tel que modifié par la L. n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 – art. 48 (V), *de finances pour 2017 (I)*, publiée au JORF n° 0303 du 30 décembre 2016, texte n° 1.

²⁶⁴⁷ Extrait de l'art. L. 241-10 I CSS, préc.

²⁶⁴⁸ CA Angers, ch. sociale, Audience publique du 25 novembre 2014, n° de RG : 13/00686.

²⁶⁴⁹ Actuelles résidences-autonomies.

²⁶⁵⁰ Extrait de CA Angers, ch. sociale, Audience publique du 25 novembre 2014, préc.

« *Qu'il en ressort que le foyer logement Le village du parc offre à ses résidents des logements qui ont le caractère de domiciles privés, ce qui n'est pas incompatible avec l'offre de services collectifs comme la restauration, le blanchissage, une permanence de sécurité, ou l'animation, qui sont mis à la disposition des personnes âgées ; Que la rémunération des aides à domicile qui interviennent chez ces personnes peut donc bénéficier de l'exonération des cotisations patronales* »²⁶⁵¹. L'enjeu conséquent devait nécessairement être éclairci. Cependant, l'élargissement du champ d'application d'une telle exonération au profit des établissements d'hébergement collectif permettrait de réduire de façon significative les frais d'hébergement.

918. Avec la loi de 2005, il était question d'appréhender la professionnalisation de la branche des services à la personne. Il ne s'agit bien évidemment que des faces d'une même pièce, concernant respectivement l'aspect actif du service — celui qui fournit le service —, et l'aspect passif. Pour autant, le receveur du service n'est pas uniquement cantonné à la passivité. Il est commanditaire et donc créancier de l'opération de service, par laquelle il exprime sa volonté d'être maintenu à domicile²⁶⁵². Le dynamisme de l'offre proposée aux personnes âgées dans ce cadre constitue le nerf central du respect de leur volonté²⁶⁵³.

²⁶⁵¹ CA Angers, ch. sociale, Audience publique du 18 mars 2014, n° RG : 12/02328 ; CA Angers, ch. sociale, Audience publique du 18 mars 2014, n° RG : 12/02339.

²⁶⁵² P. DREYER, *Op. cit.*, p. 10 : « Une recherche récente, conduite depuis 2012, met en lumière et questionne les quatre motivations des personnes âgées et très âgées à rester chez elles : la liberté, le confort, le bien-être et la prise de risque (DELSALLE, 2013, 2015). On reste chez soi parce qu'on y est libre de faire ce que l'on veut, comme on veut et quand on veut. Parce qu'on y éprouve un confort patiemment construit au fil des ans : l'espace du logement a été façonné pour s'ajuster au plus près des habitudes de vie et des manières de faire. Réciproquement, le corps s'est transformé au contact de ces lieux au point de se fondre en eux. On reste aussi chez soi, parce qu'on y éprouve un bien-être sans équivalent : on y goûte, par exemple, un repos que l'on retrouve rarement ailleurs. Enfin, on souhaite rester chez soi parce qu'on peut y prendre des risques avec le sentiment de ne pas se mettre en danger ».

²⁶⁵³ La dynamique du maintien à domicile est d'ores et déjà relayée par l'État au profit de ses agents retraités. V. à ce propos : L. n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, publiée au JORF du 14 juillet 1983, p. 2174, ainsi que le D. n° 2012-920 du 27 juillet 2012, relatif à l'introduction d'une aide au maintien à domicile pour les retraités de l'État, publié au JORF n° 0174 du 28 juillet 2012, texte n° 22. Ce dernier fut modifié par le D. n° 2013-938 du 18 octobre 2013, portant application de la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, publié au JORF n° 0245 du 20 octobre 2013, p. 17273, texte n° 14, et par le D. n° 2015-1814 du 28 décembre 2015 modifiant le décret n° 2012-920 du 27 juillet 2012 relatif à l'introduction d'une aide au maintien à domicile pour les retraités de l'État, publié au JORF n° 0302 du 30 décembre 2015, texte n° 145. Durant toute la durée de vie du mécanisme, divers arrêtés ont été pris afin de régir les barèmes de l'aide au maintien à domicile. V. à ce propos : Arrêté du 27 juillet 2012, relatif au barème de l'aide au maintien à domicile pour les retraités de l'État, publié au JORF n° 0174 du 28 juillet 2012, texte n° 23 ; Arrêté du 25 septembre 2012, relatif au barème de l'aide au maintien à domicile pour les retraités de l'État, publié au JORF n° 0232 du 5 octobre 2012, texte n° 38 ; Arrêté du 19 février 2013, relatif au barème de l'aide au maintien à domicile pour les retraités de la fonction publique d'État, publié au JORF n° 0049 du 27 février 2013, texte n° 22 ; Arrêté du 7 janvier 2014, relatif au barème de l'aide au maintien à domicile pour les retraités de la fonction publique d'État, publié au JORF n° 0009 du 11 janvier 2014, texte n° 45 ; Arrêté du 4 juillet 2014, relatif au

919. L'augmentation significative du dispositif de soutien public à la branche des services à la personne n'est pas vaine. Les études réalisées par des cabinets de conseil international dépeignent des bilans positifs. « *Le dispositif de soutien public – constitué essentiellement d'allègements de cotisations sociales et patronales – a été multiplié par plus de 2,2 entre 2003 et 2010, pour atteindre près de 6,3 milliards d'euros. Néanmoins, ce coût est très largement compensé par les bénéfices directs et indirects générés par le secteur* »²⁶⁵⁴. À y regarder de plus près, le mécanisme dépasse les espérances du simple équilibre des gains / investissements.

Les aides assumées par l'État ainsi que le poids financier que représentent les associations pour les collectivités locales constituent une charge significative. Cependant, il s'agit davantage d'un investissement qu'un soutien à titre gratuit. En effet, les services à la personne permettent d'éviter une dépense plus grande encore, de « *l'ordre de 2,7 milliards d'euros pour le support aux personnes dépendantes ou la garde des enfants de moins de 3 ans* »²⁶⁵⁵, sans compter qu'à elle seule, cette branche pallie la saturation du système d'hébergement spécialisé. Les mêmes études estiment à 40 000 le nombre de personnes qui évitent l'entrée en EHPAD grâce aux services à la personne. En outre, le secteur génère « *indirectement des recettes fiscales pour l'État de l'ordre de 675 millions d'euros (correspondant à 45 240 emplois en 2010)* »²⁶⁵⁶. Par ailleurs, cette branche professionnelle fait l'objet d'une féminisation constante, et est accessible aux populations peu diplômées. L'ensemble de ces raisons suffit à compenser l'investissement engagé par l'État au profit de ce secteur. « *Les gains immédiats en cotisations sociales (4,8 Milliards d'euro), en TVA et fiscalité directe (70 Milliards d'euro) et en baisse des allocations chômage ou du RSA (181 Milliards d'euro) permettent à eux seuls de couvrir les deux tiers de ces financements* »²⁶⁵⁷. Les services à la personne ont encore de beaux jours devant eux. Ils rapportent près de 2,6 Milliards d'euro à l'État, créent de nombreux emplois adaptés à la réinsertion professionnelle, et contribuent de façon significative aux bénéficiaires de services en permettant notamment un maintien à domicile serein et efficace.

barème de l'aide au maintien à domicile pour les retraités de la fonction publique d'État, publié au JORF n° 0158 du 10 juillet 2014, texte n° 42 ; Arrêté du 21 avril 2016, *relatif au barème de l'aide au maintien à domicile pour les retraités de la fonction publique d'État*, publié au JORF n° 0102 du 30 avril 2016, texte n° 25 — *dernièrement* : Arrêté du 21 décembre 2017, *relatif au barème de l'aide au maintien à domicile pour les retraités de la fonction publique d'État*, publié au JORF n° 0300 du 24 décembre 2017, texte n° 39.

²⁶⁵⁴ M. AIACH, B. DESPUJOL, B. PROISY, G. THILBAULT, *Dossier : Services à la personne : bilan économique et enjeux de croissance*, OLIVER WYMAN et MARSH & Mc. LENNAN Cie. < <http://www.afortis-sap.fr/upload/Services%20%C3%A0%20la%20personne%20%20bilan%20%C3%A9conomique%20et%20enjeux%20de%20croissance.pdf> > [en ligne] [consulté le 8 janvier 2018].

²⁶⁵⁵ M. AIACH, *et. al*, *Op. cit.*, p. 10

²⁶⁵⁶ M. AIACH, *et. al*, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²⁶⁵⁷ M. AIACH, *et. al.*, *Op. cit.*, p. 9

La post-majorité aspire au renforcement et à l'organisation des droits de la personne âgée en un droit de la personne âgée structuré et efficace. Pour y parvenir, il est nécessaire d'attribuer à cette dynamique une dimension relative. Les objectifs de renforcement de l'autodétermination durant la vieillesse pourront être poursuivis grâce à l'action des actifs. C'est notamment pour cette raison que la branche professionnelle liée au maintien à domicile est capitale à la réalisation de la transition démographique. Son action devra se conjuguer au renforcement des interdépendances intergénérationnelles.

PARAGRAPHE 2

LE DROIT DE L'HABITAT COLLECTIF

920. L'adaptation du parc immobilier aux problématiques liées au vieillissement est la condition *sine qua non* à la réalisation de la volonté de maintien à domicile. La solution à ces enjeux pourrait potentiellement passer par le développement de l'habitat collectif. La mutualisation du lieu de vie peut offrir à la fois un confort et une sécurité qui sont étrangers à l'habitation individuelle. À ce propos, le constat réalisé par Madame Monique ELEB semble indéniable : « *L'augmentation de l'espérance de vie peut laisser prévoir que la cohabitation avec ses enfants, ses pairs ou avec un aidant deviendra de plus en plus banale* »²⁶⁵⁸.

L'habitat en collectivité se décline à la fois au niveau *intra* familial et *extra* familial. Le premier permet une cohabitation et une interdépendance des différentes générations (I), tandis que le second propose un cadre davantage professionnel (II).

I. LA COHABITATION INTERGÉNÉRATIONNELLE INTRAFAMILIALE

921. La cohabitation intergénérationnelle intrafamiliale consiste, sinon en la cohabitation, du moins au rapprochement physique des différents membres d'une même famille. Cela se traduit concrètement par l'accueil ou le partage du domicile entre plusieurs générations (A). Eu égard à la multiplicité d'avantages qu'offre ce modèle de vie, le législateur pourrait faire le choix d'intervenir en faveur de cette pratique sociale (B).

²⁶⁵⁸ M. ELEB, 2015, p. 33, cité par S. NÉMOZ, « Le devenir de l'habitat intergénérationnel : une revisite socio-anthropologique », *Gérontologie et société*, CNAV édition, 2017/1, vol. 39, n° 152, p. 210.

922. La cohabitation intergénérationnelle intrafamiliale correspond plus largement à un mode de vie classique, « *probablement la forme la plus ancienne de protection sociale pour la vieillesse* ». Elle revêt de multiples formes qui lui valent d'être parfois assimilée aux situations précaires — enfant adulte hébergé chez ses parents etc.... Le modèle qui intéresse ces développements est celui du partage d'un même logement entre une personne âgée et ses proches. Bien qu'elle soit régulièrement considérée comme un marqueur de pauvreté ou de précarité, cette forme de coresidence présente de nombreux avantages. « *Un mode de vie important qu'il convient d'observer autrement que comme une organisation désuète appelée à disparaître* »²⁶⁶⁰. Différentes études de population démontrent régulièrement l'importance de cette pratique.

923. En 2006, une étude a démontré que : « *Le taux de vie en institution dépasse 10 % vers 84 ans et 30 % à 92 ans. Le taux de vie en solitaire diminue après 85 ans du fait de l'institutionnalisation plus fréquente des individus. À 90 ans, 46 % des personnes vivent seules, 17 % en couple, 20 % en institution et 17 % avec leurs enfants* »²⁶⁶¹. Plus récemment, les résultats de l'enquête sur la famille et les logements menée par l'INSEE dans le cadre du recensement de la population de 2011 ont témoigné de l'ampleur du phénomène²⁶⁶². Si les effets de générations ont jusqu'alors porté un certain déclin de la coresidence intergénérationnelle²⁶⁶³, celle-ci devrait être de nouveau sollicitée, notamment à cause du développement des maladies neurodégénératives de type ALZHEIMER ou PARKINSON. Cette forme intermédiaire d'habitation est adaptée au vieillissement démographique. Par ailleurs, la réinsertion d'une personne au sein d'un foyer lui apporte une sécurité que n'offre plus un logement individuel. D'une part, la mutualisation des lieux de vie permet d'une part de sécuriser la vie de la personne âgée accueillie. D'autre part, elle contribue à la démultiplication des relations intergénérationnelles. L'intérêt humain est à la fois double et

²⁶⁵⁹ F. WEBER, *Le sang, le nom, le quotidien : une sociologie de la parenté pratique*, Ed. Au Lieux D'être, Coll. Mondes contemporains, 2005.

²⁶⁶⁰ J. OGG, S. RENAUT, L. TRABUT, « La coresidence familiale entre générations adultes : un soutien réciproque », *Retraite et société*, La Documentation française, 2015/1, n° 70, p. 105-125.

²⁶⁶¹ A. LAFERRÈRE, « Vieillesse et logement : désépargne, adaptation de la consommation et rôle des enfants », *Retraite et société*, La Documentation française, 2006/1, n° 47, p. 84.

²⁶⁶² J. OGG, *et al.*, *Op. cit.*, p. 106 : « Près de 8 % des répondants de 30 ans et plus ayant un parent en vie habitent avec eux, soit 1,8 million d'individus ».

²⁶⁶³ A. LAFERRÈRE, *Op. cit.*, *loc. cit.* : « Le même graphique établi une vingtaine d'années auparavant présente à peu près des profils similaires, mais les évolutions de niveau sont massives. La fréquence de la vie de couple était de 10 points inférieure à tous les âges, la coresidence entre générations beaucoup plus courante, notamment aux âges avancés, et la vie en solitaire plus répandue avant 80 ans et moins commune plus tard. Il y a donc d'importants effets de génération [...] Une partie de la hausse de la coresidence avec l'âge observée sur une coupe est donc un effet de cohorte : les cohortes plus anciennes vivaient davantage avec leurs enfants que ne le font, et sans doute le feront, les plus récentes ».

réciproque. Il soulève néanmoins certaines interrogations d'ordre politique. « *On soupçonne que la promotion des responsabilités intergénérationnelles dissimulerait le projet du démantèlement de l'État-providence, renvoyant à la sphère familiale et privée diverses responsabilités jusque-là assumées par l'État* »²⁶⁶⁴.

924. La cohabitation intergénérationnelle intrafamiliale présente des intérêts extrapatrimoniaux. La personne âgée évolue dans un milieu individualisé et bénéficie de la présence et d'une plus grande disponibilité de la part de ses proches. Pour les plus jeunes, la présence d'un parent ou d'un grand-parent ne présente pas uniquement des aspects intrusifs. Au contraire, la personne accueillie contribue à faire vivre le foyer, assure la garde des enfants si nécessaire. La personne âgée retrouve son ancien rôle de transmetteur de savoir, et occupe de nouveau une place à part entière au sein de la famille. En cela, la cohabitation intergénérationnelle intrafamiliale met un frein au modèle de famille nucléaire²⁶⁶⁵.

925. La cohabitation intergénérationnelle intrafamiliale ne présente pas uniquement un intérêt au niveau extrapatrimonial. L'aspect financier est également prégnant. Le quotidien d'une personne âgée lui coûte plus cher lorsqu'elle réside au sein d'un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes. En outre, le réel avantage se situe au niveau de l'adaptation du logement aux besoins liés au vieillissement. Les travaux d'adaptation d'un bien immobilier sont non seulement coûteux en argent, mais aussi en temps et en énergie. Le partage d'un même logement présentant des aménagements adaptés permet à la génération aînée de profiter de ces avantages à l'instant T, et éventuellement à la génération cadette d'en profiter dans un second temps sans avoir à réaliser de nouveaux travaux. Au-delà de ces considérations techniques, l'engagement des accueillants envers l'accueilli reste important. La cohabitation peut entraîner des désagréments, et s'oppose au modèle contemporain de famille. Elle peut en outre, entraîner une distorsion entre les différents membres de la famille — ceux qui cohabitent, comme ceux qui ne cohabitent pas. Les co-résidents occupent quasi automatiquement la fonction de proche aidant. Il s'agit d'une fonction naturellement liée à la cohabitation avec un parent âgé, sans quoi la corésidence perdrait de son intérêt. Or, cette situation soulève un questionnement lié au dédommagement de l'engagement du ou des proches

²⁶⁶⁴ S. LEFEBRE, « Relations intergénérationnelles et vieillissement : nouvelles questions », *Retraite et société*, La Documentation française, 2013/1, n° 64, p. 59.

²⁶⁶⁵ S. LEFEBVRE, *Op. cit.*, p. 62 : « Les sociétés modernes industrielles et postindustrielles ont tendance à lier les groupes d'âge à des lieux et des activités différents : les tout-petits en garderie, les enfants et les adolescents à l'école, les jeunes adultes (18-25 ans) dans les institutions post-secondaires ou dans des emplois précaires et mobiles (SEGALEN, 1995). Le groupe d'âge des adultes actifs cumulant responsabilités professionnelles et familiales se rétrécit. La principale conséquence en est la formation de sous-cultures liées à l'âge et à la forte tendance des gens à se retrouver entre pairs (GARMS-HOMOLOVA, *et al.*, 1984) ».

aidants et co-résidents. En dehors de la participation aux frais du domicile commun qui peut rapidement être réglée, la part de l'engagement humain reste encore peu théorisée. La pratique tend aujourd'hui à accepter que le proche aidant soit dédommagé pour ses efforts et son engagement lors du processus de transmission successorale.

B. LES MOYENS D'INCITATION À LA COHABITATION INTERGÉNÉRATIONNELLE INTRAFAMILIALE

926. Le droit fiscal de la vieillesse²⁶⁶⁶ contient différents dispositifs destinés à inciter un comportement social précis. Dans cette veine, le mécanisme de déduction d'impôt permet de gratifier d'un soutien, les familles hébergeant un parent âgé ou une personne âgée de plus de 75 ans. Il permet de déduire tout ou partie des frais engagés pour l'accueil ou le soutien alimentaire d'une personne âgée, de l'impôt sur le revenu de l'hébergeant.

927. Le législateur fiscal offre des avantages hétérogènes selon le lien de parenté entre l'hébergeant et l'hébergé. Reste à savoir s'il est plus encouragé de soutenir ses parents que ses oncles, tantes ou proches âgés sans lien de parenté²⁶⁶⁷. La raison de cette subtilité est d'ordre pratique. Il existe une obligation alimentaire qui pèse sur les enfants envers leurs ascendants²⁶⁶⁸. La notion de "solidarité familiale" est mobilisée²⁶⁶⁹. En revanche, l'existence d'une situation de dépendance alimentaire entre un individu et un proche âgé — sans qu'il n'existe entre eux aucun lien de filiation — ne trouve pas d'assise légale. Par conséquent, il existe une différence structurelle, entre le fait d'héberger son parent âgé, et le fait d'héberger un proche âgé. La première situation est fondée sur l'obligation d'aliment envers ses ascendants, tandis que la seconde semble être davantage le fruit d'un acte spontané. Certes, le choix pour la cohabitation intergénérationnelle n'est pas fait par tous. L'hébergement d'un oncle, une tante ou un proche âgé est encore moins fréquent

²⁶⁶⁶ V. *ci-dessus* à ce propos : Partie I, Titre I, Chapitre I, Section II : Le patrimoine de la personne âgée et sa fiscalité.

²⁶⁶⁷ Dans un cas comme dans l'autre, c'est-à-dire en présence ou en absence d'un lien de parenté entre l'hébergeant et l'hébergé, la pension alimentaire, recouvre les paiements effectués pour ou à la place du parent, ainsi que son hébergement. L'hébergement peut prendre la forme de l'accueil au domicile de l'enfant, ou par la mise à disposition d'un logement à son profit. Ce geste, une fois démontré, ouvre droit à une déduction, en vertu des articles 156 à 163 quinquies C bis CGI : « *Avantages en nature consentis en l'absence d'obligation alimentaire résultant des articles 205 à 211 du code civil à des personnes âgées de plus de 75 ans vivant sous le toit du contribuable et dont le revenu imposable n'excède pas le plafond de ressources mentionné à l'article L. 815-9 du code de la sécurité sociale pour l'octroi de l'allocation de solidarité aux personnes âgées mentionnée à l'article L. 815-1 du même code et de l'allocation supplémentaire d'invalidité mentionnée à l'article L. 815-24 du même code. La déduction opérée par le contribuable ne peut excéder, par bénéficiaire, la somme de 3 407 €* ».

²⁶⁶⁸ La logique est finalement similaire à celle de la conception de la retraite comme récompense pour service rendu à la nation.

²⁶⁶⁹ Cette notion est fortement marquée par une dimension morale.

que l'hébergement d'un parent. Cet état de fait est à déplorer et témoigne d'une vision nucléaire de la famille. C'est pour cette raison notamment que la différenciation opérée par le législateur ne peut être que saluée. En maintenant une obligation d'aliment au profit de l'ascendant, le législateur confère à cette obligation un poids à la hauteur de la gravité de la situation concernée. D'un autre côté, la création d'avantages fiscaux pour l'hébergement d'un parent ou d'un proche sans lien de parenté permettent d'encourager cette pratique. Ces soutiens consacrent une reconnaissance à un entraide intergénérationnelle instinctive. Aider un proche âgé en dehors de toute obligation légale confère une dimension plus profonde encore à l'acte produit.

928. La possibilité de réduction d'impôt du fait de l'hébergement d'une personne autre qu'un ascendant est soumise à des conditions plus strictes. La condition d'âge n'existe pas dans le cas de l'hébergement d'un ascendant direct, alors que pour les autres situations, l'ouverture de la déduction d'impôt est fixée à 75 ans. Un plafond du revenu imposable de la personne accueillie a été fixé pour la déduction des frais d'accueil — 9 600 € pour une personne seule, 14 904 € pour un couple marié. Dans ce dernier cas, la condition d'âge est réputée remplie si au moins un des époux est âgé d'au moins 75 ans. On trouve une variante de cette condition du revenu imposable de l'hébergé dans le cas de l'hébergement d'un ascendant. En effet, la pension alimentaire est également soumise à deux conditions. Elle doit être limitée aux besoins essentiels du bénéficiaire, et proportionnée aux ressources de l'hébergeant. Que ce soit pour l'hébergement d'un ascendant ou d'une personne âgée quelconque de plus de 75 ans, l'hébergement est entendu au sens large du terme. Il s'agit bien évidemment d'un accueil permanent, non limité aux périodes de vacances ou aux week-ends. Cette précision fut donnée par la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, dans un arrêt rendu le 30 mai 2000²⁶⁷⁰. *« Il est constant qu'au cours de l'année 1991 en litige, l'oncle de M. et Mme X..., M. Albert X..., âgé de plus de 75 ans, ne séjournait au foyer de ceux-ci que durant la journée pour être reconduit, chaque soir, à son domicile, situé à quelques kilomètres ; qu'ainsi, M. Albert X... ne peut être regardé comme ayant vécu, au cours de l'année en litige, sous le toit des requérants, au sens des dispositions susmentionnées. [...] que M. et Mme Charles X..., qui ne remplissent pas, ainsi, l'une des conditions légales pour bénéficier desdites dispositions... »*. Cette décision est empreinte de logique et de rationalisme eu égard aux objectifs poursuivis par la matière fiscale.

929. Le mécanisme fiscal semble plus encourager l'accueil de personnes âgées aux revenus modestes, que celles aux revenus confortables. En effet, pour accéder à la déduction d'impôt, l'accueil d'une personne âgée quelconque est soumis à des conditions plus nombreuses, et précises.

²⁶⁷⁰ CAA, Bordeaux, 3^{ème} chambre, 30 mai 2000, n° 97BX02254, publiée au recueil Lebon.

Certaines d'entre-elles paraissent acceptables. On note la présence du critère de l'âge de la personne hébergée. Celle-ci doit avoir plus de 75 ans. S'il s'agit d'un couple, au moins l'un des membres du couple doit avoir passé cet âge. Ce critère de l'âge est compréhensible. Il se justifie par la nécessité de fixer les limites de cet avantage fiscal consenti. Néanmoins, il existe un second critère fondé sur les revenus de l'hébergé. Ce dernier n'est pas exempt de critiques. L'incitation fiscale gratifie uniquement le revenu de l'hébergeant. Dans ce cadre, la présence d'un critère pesant sur les revenus vient imposer une condition modeste de la personne âgée accueillie. Or, le choix d'héberger un proche âgé doit nécessairement être guidé par une conviction personnelle, et uniquement dirigé au profit de la personne hébergée. Il doit s'agir d'un acte impulsé par une inclination morale uniquement. L'intérêt est d'offrir un environnement sécurisant, et socialement actif à l'hébergé.

930. On imagine facilement que la personne âgée bénéficie de liens sociaux plus intenses lorsqu'elle vit sous le même toit qu'un couple actifs et d'enfants, si cela ne la prive pas de ses relations propres. Pourtant, pour avoir un proche âgé fortuné n'implique pas de l'être soi-même. Ainsi, une famille aux revenus modeste souhaitant héberger une personne âgée fortunée ne peut bénéficier de la déduction fiscale. Pour répondre avec fidélité au principe d'égalité devant l'impôt, et pour une raison de cohérence avec l'objectif social poursuivi par le mécanisme, le patrimoine de l'hébergé ne devrait pas être pris en considération dans ce cadre. Ce critère, marque le déséquilibre du mécanisme. Certes, cette exclusion de l'accès à la déduction d'impôt sur le revenu, des personnes hébergeant une personne âgée de plus de 75 ans aux revenus supérieurs aux plafonds légalement fixés, se justifie. En imposant cette condition, le législateur fiscal semble avoir supposé que la personne hébergée bénéficiant de revenus suffisants aide spontanément la famille hébergeante. Ce phénomène pourrait en effet être guidé par le bon sens, et perçu comme un juste retour des choses. Néanmoins, le critère participe à placer l'hébergement d'une personne âgée dans le carcan des intérêts financiers. En l'état, le mécanisme de déduction fiscale des frais engagés pour l'hébergement d'une personne âgée est placé sous l'égide du devoir de secours plutôt que sous celle du devoir d'assistance. Pour plus de cohérence avec l'objectif social sous-jacent, le législateur fiscal pourrait distinguer deux volets dans l'obligation d'aliment. Le premier répondrait à un sens strict, et serait donc limité aux dépenses de bouche. Le second volet, répondrait à l'obligation d'aliment au sens large, et viserait l'hébergement, ainsi que les dépenses liées à l'aménagement du domicile au profit de la personne âgée. Chacun de ces volets pourrait ainsi déclencher leur propre déduction fiscale. Le critère de revenus de la personne hébergée pourrait alors n'être appliqué qu'à la seule obligation d'aliment entendue au sens strict, c'est-à-dire liée aux dépenses propres à l'alimentation de la personne. L'hébergement, lui, ne serait soumis qu'au seul critère de l'âge.

II. L'HABITAT COLLECTIF EXTRAFAMILIAL

931. L'habitat collectif ou la corésidence n'évoluent pas systématiquement au sein de la cellule familiale. Si la réponse traditionnelle au besoin d'habitat sécurisé est davantage institutionnelle que privée (A), une nouvelle forme de cohabitation se développe. Il s'agit de l'accueil familial (B), qui, contrairement à sa dénomination, est indépendant des liens de filiation et matrimoniaux classiques, mais propose une offre d'accueil à échelle humaine.

A. LES ÉVOLUTIONS SOUHAITÉES DE L'HABITAT COLLECTIF

932. Lorsque l'État agit en faveur des services à la personne — par le biais d'allègements des cotisations sociales et patronales notamment —, c'est l'ensemble de la société qui en bénéficie. La branche professionnelle reçoit les moyens nécessaires pour se dynamiser et s'organiser. Il en résulte la création de nouveaux emplois, dont la diversité permet de faire appel à du personnel qualifié ou peu qualifié. Dans cette dernière hypothèse, le secteur des services à la personne est extrêmement actif en matière de réinsertion professionnelle. Les nouveaux actifs s'émancipent du chômage et des aides sociales, consomment davantage, et prennent part à l'élan sociétal. *« Les services à la personne remplissent une fonction sociale essentielle sur le marché de l'emploi en favorisant l'insertion professionnelle de populations fragiles : les salariés travaillant dans ce secteur sont à 91 % des femmes et à 82 % des non bacheliers. Le secteur, en outre, bénéficie d'un salaire horaire supérieur de 36 % au SMIC (9,6 € net par heure contre 7,2 €) »*²⁶⁷¹. Les avantages se font également ressentir du côté passif de la relation de service. Non seulement ce secteur œuvre concrètement en faveur du maintien à domicile, mais il contribue également à la préservation de l'offre d'hébergement spécialisé, qui ne pourrait faire face à une demande plus importante.

933. Les résidences avec service pour personnes âgées, sont un compromis entre l'hébergement institutionnel et individuel. Le secteur des services à la personne est limité par la territorialité du service. Les organismes intermédiaires ne manquent pas d'optimiser territorialement les services qui sont rendus par leurs prestataires. En dépit de cela, il est possible de trouver un terrain de compromis entre le service individualisé à domicile, et l'aide institutionnelle proposée par un établissement d'hébergement. Cet échelon intermédiaire est celui des petites unités de vies²⁶⁷².

²⁶⁷¹ M. AIACH, *et al*, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²⁶⁷² DIRECTION GÉNÉRALE DE LA COHÉSION SOCIALE, Rapport sur l'habitat collectif des personnes âgées autonomes, préconisations du groupe de travail relatif aux établissements d'hébergement pour personnes âgées dont les logements-foyers et aux autres formes d'habitat avec service (hors loi 2002-2), Paris, 25 novembre 2013.

Parmi les différentes offres, on trouve notamment les résidences avec services pour personnes âgées²⁶⁷³. Celles-ci « *s'adressent à des personnes âgées autonomes, valides et semi-valides de plus de 60 ans, qui désirent vivre en appartement ou en maison, tout en profitant de la convivialité et de la sécurité assurées par les équipes en place* »²⁶⁷⁴. Il existe une certaine similitude entre la résidence avec service, et l'établissement social et médico-social. Cette proximité a poussé le Conseil d'État à élaborer un faisceau d'indices permettant de distinguer entre l'un et l'autre modèle dès la fin des années 1990²⁶⁷⁵.

934. Dans un rapport²⁶⁷⁶ en date de février 2015, l'Inspection générale des affaires sociales déplore le peu de succès des résidences avec services, qui « *accueillent aujourd'hui moins de 1% des personnes âgées de 75 ans et plus* »²⁶⁷⁷. Ce mode de résidence a pris son essor dans les années 1980 et souffre aujourd'hui à la fois du vieillissement de sa population et de celui de ses locaux. La problématique est identique à celle qui touche les nouvelles résidences autonomie. Sur le papier, le concept est entièrement conçu au profit de personnes âgées non dépendantes et autonomes. La réalité est différente. Les résidences autonomies sont très largement abritées dans des locaux dont l'aspect relève plus du milieu hospitalier que de la résidence individuelle. Les résidents portent majoritairement les stigmates de la perte d'autonomie, et souffrent de l'homogénéité de la population. L'avenir de ce modèle repose uniquement sur la modernisation des habitations proposées. Le financement de ces logements peut parfaitement se prêter au contexte de la gestion de patrimoine ainsi qu'à celui du soutien intergénérationnel au profit d'un ascendant. « *Avoir des enfants susceptibles d'apporter une aide peut contribuer au maintien dans un logement autonome* »²⁶⁷⁸. Les enfants peuvent également financer l'acquisition d'un logement pour leur(s) parent(s) en résidence avec service. Le rapport n'en demeure pas moins optimiste : « *Les interlocuteurs de la mission considèrent unanimement que les résidences avec services pourraient, dans les années qui viennent et alors que le nombre de personnes âgées et très âgées s'accroît fortement, constituer une solution de logement intéressante* »²⁶⁷⁹.

²⁶⁷³ Les résidents peuvent être propriétaires ou locataires de leur logement au sein de la résidence avec services.

²⁶⁷⁴ DIRECTION GÉNÉRALE DE LA COHÉSION SOCIALE, *Op. cit.*, p. 19.

²⁶⁷⁵ CE, 29 décembre 1995, n° 145008, inédit au recueil Lebon, dit "SCI résidences et services" ; CE, 16 octobre 1998, n° 171017, inédit au recueil Lebon, dit "SARL Société rhodanienne d'intendance et de services".

²⁶⁷⁶ S. DUPAYS, S. PAUL, D. VOYNET, *Rapport n° 2014-095R : Les résidences avec service pour personnes âgées*, février 2015, rapport de l'Inspection générale des affaires sociales avec le concours du Conseil général de l'environnement et du développement durable.

²⁶⁷⁷ S. DUPAYS, *et al.*, *Op. cit.*, p. 3.

²⁶⁷⁸ A. LAFERRÈRE, *Op. cit.*, p. 83.

²⁶⁷⁹ S. DUPAYS, *et al.*, *Op. cit.*, loc. cit.

935. Ce mode de mutualisation du lieu de vie, se frotte aux risques inhérents à toutes les copropriétés²⁶⁸⁰. Il entretient en outre, un rapport particulier avec ces risques communs. « *Ces difficultés ont pu être accentuées par la fragilité du conseil syndical dans les résidences où la moyenne d'âge est particulièrement élevée* »²⁶⁸¹. La résidence avec service connaît également des risques qui lui sont propres : Les charges de services sont incompressibles, y compris lorsque le domicile n'est plus occupé. Ceci représente notamment un poids pour les successions en cours de liquidation par exemple. Sur un tout autre plan, « *la possibilité ouverte par la loi qu'un syndic de copropriétaires preste lui-même les services obligatoirement acquittés, en sus des charges de copropriété ordinaires, crée un risque de conflit d'intérêts* »²⁶⁸². Cette difficulté était accentuée par l'ancrage des services proposés, qui sont difficilement révocables. La loi d'adaptation de la société au vieillissement a activement remanié ce système, en interdisant au syndic d'être directement ou indirectement prestataire des services proposés au sein de la résidence. « *Le prestataire des services individualisables et non individualisables ne peut être le syndic* »²⁶⁸³. Cette interdiction de principe est déclinée et étendue aux préposés, au conjoint partenaire ou concubin, ainsi qu'à l'ensemble des proches de la personne occupant les fonctions de syndic. En outre, dans l'hypothèse où le syndic soit une post-majorité, « *l'interdiction d'être prestataire des services individualisables et non individualisables est étendue aux entreprises dans lesquelles le syndic détient une participation et aux entreprises qui détiennent une participation dans le capital du syndic* »²⁶⁸⁴. Le risque de confusion est désormais restreint.

936. Dans le cadre de la théorisation d'un statut juridique propre à la personne âgée, un soin particulier devrait être apporté aux contrats liant ce type de résidences à des prestataires extérieurs. L'ensemble des modes d'hébergement intermédiaires — résidences autonomie, résidences de service — devrait être soumis à une obligation de moyen visant la préservation de l'autonomie des résidents. Les syndics devraient quant à eux faire l'objet d'un contrôle régulier de leur obligation de moyen visant la bonne gestion de la résidence.

²⁶⁸⁰ S. DUPAYS, *et al.*, *Op. cit.*, p. 28 : « Faillite d'un promoteur, incompétence d'un syndic, contrat léonin avec un prestataire en situation de force, absence de provisionnement pour mise aux normes ou gros travaux... Les résidences avec services pour personnes âgées ne sont pas épargnées par des problèmes qui peuvent se rencontrer dans tout type de propriété ».

²⁶⁸¹ S. DUPAYS, *et al.*, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²⁶⁸² DIRECTION GÉNÉRALE DE LA COHÉSION SOCIALE, *Op. cit.*, p. 23.

²⁶⁸³ Extrait de l'article 14 de la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015, préc., modifiant les articles 41-1 à 41-5 de la L. n° 65-557 du 10 juillet 1965, *fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis*, publiée au JORF du 11 juillet 1965, p. 5950, précisément l'article 41-6 de la loi précitée.

²⁶⁸⁴

B. LE DÉVELOPPEMENT SOUHAITÉ DE L'HABITAT COLLECTIF INTERGÉNÉRATIONNEL EXTRA FAMILIAL

937. L'accueil intergénérationnel extrafamilial s'institutionnalise progressivement. L'accueil familial tend à se développer. Pour autant, il ne s'agit pas d'une solution intermédiaire unique au besoin de cohabitation individualisée.

938. L'accueil familial constitue un autre échelon intermédiaire entre l'habitat individuel et l'hébergement institutionnalisé classique. Contrairement à sa dénomination, l'accueil familial ne réunit pas les membres d'une même famille, mais désigne un concept d'hébergement à très petite échelle. *« L'accueil familial de personnes âgées et de personnes adultes en situation de handicap constitue une formule alternative entre le domicile et l'établissement. Il offre à ceux qui ne peuvent plus ou ne souhaitent plus rester chez eux un cadre de vie familial, qui leur permet de bénéficier d'une présence aidante et stimulante et d'un accompagnement personnalisé. Il peut répondre à un besoin d'accueil durable ou à un besoin d'accueil temporaire »*²⁶⁸⁵. Le développement de ce modèle d'hébergement fut plébiscité par la loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement²⁶⁸⁶. *« Si l'aide humaine a vocation à rester centrale, il est également indispensable de donner une plus grande place aux aides techniques, aux nouvelles technologies de l'autonomie, à l'accueil temporaire ou à l'accueil familial »*²⁶⁸⁷. Dans ce cadre, l'équilibre entre les différentes offres d'hébergement a été profondément revu. Cette évolution transparaît clairement dans le traitement, par le législateur de 2015, des différents modèles connus. *« Les maisons de retraite médicalisées doivent être mieux intégrées dans leur territoire, en tant que lieux "ressources" intervenant en appui et en complémentarité de l'offre de services à domicile, aux familles et aux aidants, mais aussi de l'offre en accueil familial »*²⁶⁸⁸. La priorité est ici clairement donnée au maintien à domicile par le prisme du secteur des services à domicile.

939. L'offre constituée par l'accueil familial, si elle reste de second ordre, n'en demeure pas moins à développer. Le législateur s'est d'ailleurs clairement exprimé à ce sujet, et la loi comporte un volet visant à encourager le déploiement de l'accueil familial. *« L'accueil temporaire et l'accueil familial répondent à des besoins réels des personnes âgées comme des personnes en situation de handicap. Renforcer ces formes d'accueil constitue un chantier important pour les années à*

²⁶⁸⁵ Extrait de la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015, préc.

²⁶⁸⁶ L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015, préc.

²⁶⁸⁷ Extrait de la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015, préc.

²⁶⁸⁸ Extrait de la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015, préc.

venir »²⁶⁸⁹. L'adaptation de la société au vieillissement ne saurait perdurer sans une mise en avant de ce modèle d'habitation, qui répond à un besoin d'individualisation et de qualité de la prise en charge que ne peuvent en aucun cas fournir les établissements institutionnels classiques.

²⁶⁸⁹ Extrait de la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015, préc.

SECTION II

L'AUTODÉTERMINATION DURANT LA PHASE DE VIEILLISSEMENT ET SA SURVIE *POST MORTEM*

940. La réflexion vouée à la construction d'un statut juridique propre à la personne âgée ne peut être menée indépendamment des défis qui se posent directement aux personnes âgées. Le désir largement partagé du maintien à domicile, nécessite une préparation à la fois matérielle — aménagement du lieu de vie, financement de la perte d'autonomie — et humaine — prévision du soutien humain, aide à domicile etc... Mais le maintien à domicile n'est pas tout. S'il était important de considérer les effets de la volonté sur la vie, les effets de la volonté dans la fin de vie sont également à envisager. De même, la question de la survie de la volonté après le décès n'est pas négligeable. La mort d'une personne ne signifie pas pour autant la fin absolue de sa volonté ou de ses droits. Ces entités juridiques survivent à leurs porteurs, ce qui permet une projection de la volonté individuelle dans la phase *post mortem*.

La post-majorité poursuit l'objectif de renforcement de l'autodétermination durant la vieillesse, et plus largement aspire au maintien de l'efficience des droits tout au long de la vie. Dans ce cadre, elle peut être le vecteur d'un soin particulier apporté à la volonté exprimée par la personne âgée pour sa vieillesse (PARAGRAPHE 1). La volonté exprimée dans un but de réalisation *post mortem*, — que ce soit pour soi même ou pour autrui — doit également être assurée (PARAGRAPHE 2). Ainsi le respect de la volonté sera non seulement possible durant la durée totale de l'existence, mais également au-delà. Ce n'est que de cette façon que la post-majorité pourra répondre à l'ensemble de cet enjeu.

PARAGRAPHE 1
LA VOLONTÉ EXPRIMÉE *INTER VIVOS*

941. Si l'argent ne fait pas le bonheur, il reste un élément non négligeable lors de la phase de vieillissement. La technique contractuelle n'est pas sourde à cet équilibre, et y contribue sous de nombreux aspects. Certains contrats tendent directement à anticiper et financer la phase de vieillissement tandis que d'autres contribuent indifféremment à développer le patrimoine mis à contribution pour cette période de vie. Lorsque l'anticipation du financement de la phase de vieillissement n'a pas pu ou n'a pas été suffisante, la personne âgée se retrouve confrontée à sa propre dépendance — soit financière, soit physique.

En la matière, la France (II) et l'Argentine (I) apportent deux solutions différentes à l'articulation nécessaire entre maintien à domicile et financement du soutien. L'une et l'autre sont résolument engagées en faveur de l'interdépendance intergénérationnelle.

I. L'EXEMPLE ARGENTIN : LE PACTE SUR SUCCESSION FUTURE

942. En Argentine, la pratique du pacte sur succession future prétend répondre, tant au besoin d'encadrement durant la phase de vieillissement qu'à celui de son financement (A). S'il est difficilement transposable tel quel au sein de l'ordre juridique français, cette matrice pourrait néanmoins connaître certains ajustements salvateurs (B).

**A. LE PACTE SUR SUCCESSION FUTURE SOLUTIONNANT LA PRISE EN CHARGE
INDIVIDUALISÉE DE LA PHASE DE VIEILLISSEMENT**

943. L'offre d'hébergement collectif traditionnel ne répond pas à l'ensemble des attentes. De plus en plus de personnes aspirent à finir leur vie dans un environnement à échelle humaine. Lorsque la famille ne peut répondre à ce projet, le relai peut être fait par des personnes étrangères au lien de sang. Dans ce contexte, une pratique spécifique s'est développée en Argentine. Il s'agit des "pactes sur succession future".

Le maniement de cet acte juridique, permet aux personnes âgées de bénéficier d'un soutien physique à domicile, sans en supporter immédiatement le poids économique (1). La pratique n'est toutefois pas exempte de critiques, et connaît de nombreux détracteurs (2).

1. Maniement du pacte sur succession future en Argentine

944. La pratique s'adresse aux personnes qui se trouvent dans l'incapacité de financer ou d'organiser les divers aspects de leur bâton de vieillesse. Le pacte sur succession future tel qu'envisagé ici, permet d'engager une partie de son patrimoine — généralement un bien immobilier — en échange de soins. De façon plus précise, cette technique consiste pour une personne à s'engager envers une personne âgée afin que celle-ci soit nourrie, soignée et protégée. En échange, la personne âgée offre un hébergement en retour à la personne qui s'occupe d'elle. Le terme de l'engagement survient — sauf fin anticipée —, au moment du décès de la personne soignée. Les effets produits diffèrent selon le *negotium*. En fonction de ce qui avait été convenu, l'aidant bénéficie d'un droit sur le bien visé par le contrat, ou peut en devenir le plein propriétaire. « *Il s'agit d'un échange : une prise en charge contre un héritage* »²⁶⁹⁰ explique Madame Emilia SCHIJMAN.

945. La pratique concerne majoritairement des personnes aux revenus modestes — généralement des personnes pour qui le logement est l'unique possession. Les personnes aux patrimoines imposant disposent de fonds suffisants pour financer leur maintien à domicile, et souhaitent généralement préserver la propriété de leurs biens immobiliers afin d'en faire bénéficier leurs héritiers. Le succès de ce pacte dans les milieux populaires est révélateur. En effet, si le maintien à domicile représente un coût global moins important que celui engagé par un hébergement spécialisé, il n'en reste pas moins conséquent. Au financement des éventuels travaux d'adaptation du domicile, s'ajoute le poids des aides professionnelles qui permettent le maintien au domicile. Les personnes âgées qui ne possèdent pas les moyens suffisants pour rémunérer les services dont elles ont besoin, peuvent être soutenues par leurs enfants ou leurs proches. Cependant, la famille et l'entourage peuvent également faire défaut. Les raisons sont multiples à ce phénomène : Inexistence, incapacité, désintérêt, impécuniosité, distance géographique etc.... Face à cette impasse, la technique contractuelle argentine s'est tournée vers la pratique du pacte sur succession future. Pour les personnes âgées concernées, ce pacte vient pallier l'incapacité de financement d'un soutien face à la dépendance. Pour les personnes qui s'engagent à fournir les prestations, il facilite l'accès à un logement, ainsi qu'à la propriété²⁶⁹¹.

²⁶⁹⁰ E. SCHIJMAN, « L'héritage des pauvres. Économie et relation », *Ethnologie française*, Presses Universitaires de France, 2017/1, n° 165, p. 141-150.

²⁶⁹¹ E. SCHIJMAN, *Op. cit.*, p. 141-142 : « *Ces pactes tiennent ensemble deux figures interdépendantes : le titulaire affaibli en raison de l'âge et de la maladie, et un jeune adulte sans ressources, apparenté ou non, qui propose son aide. Le premier cherche une prise en charge pour ses repas, ses soins, une protection physique et offre en retour au jeune adulte un hébergement qui pourra, un jour, se transformer en occupation pleine et légitime. [...] L'affaire est courante* ».

946. Le pacte sur succession future présente de nombreux avantages, pourvu qu'il soit correctement suivi par les deux parties. Il permet à la personne âgée de bénéficier de soins sans en supporter le poids économique. Le pacte sur succession future opère un effet translatif de la charge économique. Il se destine aux personnes âgées qui ne disposent pas de moyens suffisants pour financer leur propre maintien à domicile. L'intérêt spécifique réside dans le mode de rémunération du soutien. C'est précisément le domicile qui est au centre de la relation contractuelle. Le cocontractant aidé souhaite y demeurer dans les meilleures conditions jusqu'au terme de sa vie. De l'autre côté de la relation contractuelle, l'aidant bénéficie d'un hébergement et potentiellement d'une future accession à la propriété. « *La retransmission du droit d'usage sur le logement soldera à terme une dette du titulaire envers des proches aidants* »²⁶⁹². Le caractère onéreux de ce type d'acte connaît une justification subjective qui s'ajoute à la traditionnelle justification objective. L'aidant et la personne aidée partagent un réel temps de vie. L'investissement tant matériel qu'humain, fourni par l'aidant justifie une rémunération.

2. Critiques et limites de l'usage du pacte sur succession future

947. L'intérêt de l'usage Argentin du pacte sur succession future réside notamment en l'effet translatif du financement de la dépendance. La personne âgée ne paie rien de son vivant et reste plein propriétaire de son logement, mais son domicile reviendra à son aidant après sa mort. En dépit de sa praticité, cette technique contractuelle connaît de nombreux détracteurs — pour des raisons similaires aux critiques inhérentes viager.

La pratique du pacte sur succession future fait l'objet de nombreuses critiques. Elle est parfois qualifiée de "chasse à l'héritage". Une telle « *vision manichéenne oublie que la prise en charge et le fait d'être logé, de partager un quotidien et "une caisse commune" créent des liens affectifs assimilés subjectivement à la parenté, de la "parenté pratique" en somme* »²⁶⁹³. Les détracteurs du pacte sur succession future semblent en effet obnubilés par le risque que représente un tel acte juridique. L'effet secondaire est en effet celui de la privation de la partie de l'héritage correspondant à la valeur du bien immobilier qui fait l'objet du contrat. Le bien est capté par un tiers contre de bons et loyaux services.

²⁶⁹² E. SCHIJMAN, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²⁶⁹³ E. SCHIJMAN, *Op. cit.*, p. 142.

B. ENTRAVES ET DÉRIVÉS À LA TRANSPOSITION DU MODÈLE ARGENTIN EN DROIT FRANÇAIS

948. Le pacte sur succession future, tel qu'il est pratiqué en Argentine, bouleverse l'idée selon laquelle les petits patrimoines transmettent peu. Ces derniers ne font que rarement l'objet d'études ou de pratiques théorisées. Le pacte sur succession future semble rétablir ce déséquilibre : Les petits patrimoines peuvent également prendre part à la dynamique contractuelle (2). Des obstacles s'opposent à la transposition d'une telle pratique (1).

Dans le cadre d'une théorisation du droit propre à la personne âgée, il sera nécessaire de trouver le juste équilibre entre une théorisation trop naïve de la relation et celle d'une vision trop méfiante et sclérosante.

1. Le principe de prohibition du pacte sur succession future en France

949. Les pactes sur succession future font l'objet d'une prohibition de principe en France²⁶⁹⁴. Il s'agit d'un héritage du droit romain²⁶⁹⁵. Cependant, malgré l'ancienneté de cette interdiction, le Code civil n'en contient pas l'exacte expression. Le terme "pacte sur succession future" lui reste inconnu. Cette absence remarquée ne constitue pas une lacune absolue. En outre elle est comblée par les soins de l'autorité prétorienne.

Plusieurs dispositions normatives permettent de définir les contours, sous réserve qu'elles soient articulées. L'ancien article 1130²⁶⁹⁶ présentait l'avantage de la clarté de la forme binaire traditionnelle. Il comportait deux alinéas. Le premier consacrait le principe selon lequel une obligation peut porter sur une chose future, tandis que le second apportait un tempérament, en rendant illicite la renonciation ou la stipulation sur une succession non ouverte. Le législateur avait d'ailleurs pris soin de préciser que cette interdiction s'étendait aux hypothèses où la personne dont le patrimoine successoral faisait l'objet du contrat avait donné son consentement. La version datant

²⁶⁹⁴ I. NAJJAR, *Pacte sur succession future*, in Répertoire de droit civil, Dalloz édition, 2012, actualisation 2015 : « En dépit de l'évolution des mœurs et de la législation française en matière de droit patrimonial de la famille en général, le droit français demeure attaché à la prohibition des pactes sur succession future. Les récentes réformes du droit successoral avaient laissé entendre que la rigueur de la sanction pourrait faiblir, mais les décisions de la jurisprudence la plus récente apportent un démenti à ce qui aurait pu jeter, un moment, notamment après la loi no 2006-728 du 23 juin 2006, le trouble dans cette matière ».

²⁶⁹⁵ B. BEIGNIER, R. CABRILLAC, H. LÉCUYER, *et. al.*, Le Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités, actualisation 2016, n° 204-3.

²⁶⁹⁶ Anc. Art. 1130, tel que créé par la L. du 7 février 1804, promulguée le 17 février 1804, dans sa formulation en vigueur depuis lors jusqu'au 1^{er} janvier 2007.

de la codification de 1804, avait connu une première variation avec la loi du 23 juin 2006²⁶⁹⁷. La nouvelle formulation était entrée en vigueur le 1^{er} janvier de l'année suivante, et avait apporté un coup certain à la prohibition des pactes sur succession future. L'interdiction absolue était devenue relative. Le second alinéa de l'article 1130 disposera depuis lors, et jusqu'à la réforme du droit des contrats portée par l'ordonnance du 10 février 2016²⁶⁹⁸, que l'on ne peut « *renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, que dans les conditions prévues par la loi* »²⁶⁹⁹.

950. Le régime actuel du pacte sur succession future est régi par un bouquet de dispositions. L'article 722 du Code civil dispose à cet égard que : « *Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi* »²⁷⁰⁰. Le fond de cette interdiction est complété par d'autres dispositions normatives. Parmi elles, l'article 943²⁷⁰¹ reprend en partie la substance de l'ancien article 1130. Il dispose du fait que la donation entre vifs soit limitée aux biens présents du donateur. La donation portant sur des biens à venir est considérée comme nulle. L'article 770 quant à lui, dispose que l'option d'un héritier « *ne peut être exercée avant l'ouverture de la succession, même par contrat de mariage* »²⁷⁰². L'incapacité de conclure un pacte sur succession future, y compris entre époux est également rappelée par l'article 1389 du même Code²⁷⁰³. Celui-ci précise que les conventions ou renonciations dont l'objet « *serait de changer l'ordre légal des successions* »²⁷⁰⁴ sont également prohibées entre les époux. En dépit de ces indices normatifs, la définition du pacte sur succession future reste largement d'origine jurisprudentielle²⁷⁰⁵.

²⁶⁹⁷ L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – art. 29, préc.

²⁶⁹⁸ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, publiée au JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 26.

²⁶⁹⁹ Extrait de l'anc. art. 1130 al 2, tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – art. 29, préc.

²⁷⁰⁰ Art. 722 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 – art. 18, relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral (1), publiée au JORF n° 281 du 4 décembre 2001, p. 19279, texte n° 1.

²⁷⁰¹ Art. 943 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 – art. 9, *portant réforme des successions et des libéralités*, publiée au JORF n° 145 du 24 juin 2006, p. 9513, texte n° 1.

²⁷⁰² Art. 770 C. civ., tel que modifié par la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006, préc. : « L'option ne peut être exercée avant l'ouverture de la succession, même par contrat de mariage ».

²⁷⁰³ Art. 1389 C. civ., tel que codifié par la L. n° 65-570 du 13 juillet 1965, *portant réforme des régimes matrimoniaux*, publiée au JORF du 14 juillet 1965, p. 6044.

²⁷⁰⁴ Extrait de l'art. 1389 C. civ., préc.

²⁷⁰⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 10 janvier 1990, n° 88-10.343, publié au bull. 1990, I, n° 7, p. 6.

951. La notion de pacte sur succession future fut progressivement étayée par la jurisprudence²⁷⁰⁶. Trois éléments cumulatifs caractérisent cette pratique. Elle résulte d'une part, d'un élan volontaire qui doit d'autre part porter sur un bien ou un droit successoral. Enfin, cette succession doit être hypothétique, c'est-à-dire non ouverte. Ce dernier critère manie un aléa qui ne porte pas sur la réalisation de la succession — elle arrive toujours à un moment ou à un autre —, mais dans celui de son contenu. Tant que la personne est en vie sa succession n'est pas ouverte et le contenu de son patrimoine peut subir des variations. L'arrêt de 11 janvier 1933²⁷⁰⁷ dit «Crémieux», témoigne de cet élan constructiviste. À cette occasion, les juges avaient pu affirmer que : « *Toute stipulation ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte constitue un pacte sur succession future prohibé par la loi, encore que celui de la succession duquel il s'agit y ait consenti. Cette prohibition est formelle et d'ordre public et ne comporte d'autres dérogations que celles qui sont limitativement déterminées par la loi* »²⁷⁰⁸. Au-delà du simple effort de définition, l'autorité prétorienne entreprend de décliner et de préciser les multiples facettes de cette pratique prohibée.

952. Alors que les pactes successoraux sont largement sanctionnés sous quelque forme que ce fut, certains actes font l'objet d'une admission presque inespérée. « *La Cour de cassation semble continuer à débusquer et sanctionner les pactes successoraux, qu'ils soient unilatéraux ou conventionnels, à titre onéreux ou à titre gratuit, certaines pratiques anciennes et notariales trouvent grâce auprès des tribunaux* »²⁷⁰⁹. Ce positionnement manifestement pluriel trouve également sa source dans le droit romain. Le Code JUSTINIEN distinguait déjà parmi les pactes

²⁷⁰⁶ V. à ce propos : Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, n° 00-10.301, publié au bull. 2002, n° 106, p. 83. V. également à ce propos : Cass. civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, n° 10-11.894, publié au bull. 2011, I, n° 186 : « *constitue un pacte sur succession future prohibé toute stipulation ayant pour objet d'attribuer, en dehors des cas limitativement énumérés par la loi, un droit privatif éventuel sur tout ou partie d'une succession non ouverte* ». Jurisprudence commentée par J.-G. MAHINGA, « Retour sur le pacte sur succession future ou la consécration du pacte conditionnel », *Les Petites Affiches*, Lextenso édition, 26 janvier 2012, n° 19, p. 5. V. également à ce propos : Cass. civ. 1^{ère}, 9 juillet 2014, n° 13-10.710, non publié au bulletin. Jurisprudence commentée par Ch. GOLDIE-GENICON, « Variations autour des promesses *post mortem* », *Revue des contrats*, Lextenso édition, 1^{er} juin 2015, 2015/2, p. 321-324 ; V. également à ce propos : Cass. civ. 1^{ère}, 21 octobre 2015, n° 14-21.337, publié au bull. 2016, n° 838, 1^{ère} Civ., n° 367, jurisprudence commentée par J.-G. MAHINGA, « Le droit de retour légal et le droit de retour conventionnel », *Les Petites Affiches*, Lextenso édition, 22 janvier 2016, n° 16, p. 11-14. Cette jurisprudence fut également commentée par F. SAUVAGE, « Les renonciations anticipées aux droits de retour », *Revue Juridique Personnes et Famille*, Lamy édition, 2015, n° 12, p. 40-42.

²⁷⁰⁷ Cass. ch. civile, audience publique du 11 janvier 1933, publié au bull. n° 14, p. 22 : « *Dès lors, doit être considérée comme tombant sous le coup de cette prohibition la clause d'un contrat de mariage établissant entre les époux le régime de la séparation de biens, qui permet à l'époux survivant de prendre, dans la succession du prémourant, les droits sociaux appartenant à celui-ci dans un établissement commercial, contre versement de leur valeur à ses héritiers. Une telle clause, nulle de plein droit et, par suite, dépourvue de toute existence légale, est réputée n'avoir point été consentie, et il ne peut, en conséquence, en être fait état à quelque titre que ce soit* ».

²⁷⁰⁸ Cass. ch. civile, audience publique du 11 janvier 1933, préc.

²⁷⁰⁹ I. NAJJAR, *Op. cit.*, loc. cit.

sur succession future, et autorisait ceux pris à l'initiative du possédant du patrimoine concerné²⁷¹⁰. La jurisprudence contemporaine quant à elle, opère une distinction salvatrice entre les pactes sur succession future et leurs variantes licites.

La principale barrière qui justifie l'interdiction est constituée par le risque d'atteinte aux règles du partage légal. Cependant, l'articulation entre les actes accueillis et les actes illicites est artificiellement placée au niveau de la qualité du droit faisant l'objet de la convention. La frontière entre le licite et l'illicite est appréciée au regard de la qualité de droit éventuel ou certain. Il s'agit là du critère le plus important de la trilogie identifiée. L'éventualité du droit est due à l'incertitude du contenu de la succession qui n'est pas encore ouverte. « *Le droit des obligations offre une définition technique du droit éventuel qui le distingue des droits stipulés avec un terme ou une condition* »²⁷¹¹. Le caractère hypothétique du droit visé représente le point charnière, qui permet aux juges d'accueillir ou d'écarter un de ces actes juridiques. Les juges de la première chambre civile de la Cour de cassation, se sont penchés à plusieurs reprises²⁷¹² sur cette atteinte, et ont déterminé l'impact qu'elle peut avoir sur la licéité d'un tel acte. Dans un arrêt rendu le 4 octobre 2005²⁷¹³, les juges ont pu estimer qu'un pacte sur succession future est constitué par un « *acte unilatéral irrévocable contenant un engagement de remboursement d'une dette dont seule l'exécution est différée au décès du débiteur et qui prévoit le prélèvement de la somme due sur la part dans la succession de certains des héritiers, et non pas de tous, qui porte ainsi atteinte à la liberté de tester et instaure en fait un partage sur des bases différentes de celles du partage légal* »²⁷¹⁴. Un courant jurisprudentiel plus récent, atteste au contraire des limites de cette prohibition. À l'inverse, certaines jurisprudences dessinent les contours de l'interdiction frappant les actes sur succession future, en reconnaissant valables d'autres types d'actes juridique et en construisant la distinction entre eux et les pactes illicites.

Dans un arrêt en date du 3 avril 2002²⁷¹⁵, la distinction entre droit actuel et droit incertain avait participé à la consécration d'une promesse *post mortem*. Ainsi, « *ne constitue pas un pacte sur succession future prohibé la convention qui fait naître au profit de son bénéficiaire un droit actuel de créance qui s'exercera contre la succession du débiteur* »²⁷¹⁶. Un autre arrêt rendu le 22 octobre

²⁷¹⁰ B. BEIGNER, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²⁷¹¹ « Fasc. 20 : succession – pacte sur succession future », *JCI Civil Code*, LexisNexis édition, 2011.

²⁷¹² Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 1996, n° 94-13.072, publié au bull. 1996, I, n° 67, p. 44.

²⁷¹³ I. NAJJAR, *Op. cit.*, *loc. cit.*

²⁷¹⁴ Extrait de Cass. civ. 1^{ère}, 4 octobre 2005, n° 02-13.395, publié au bull. 2005, I, n° 361, p. 300.

²⁷¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, n° 00-10.301, publié au bull. 2002, I, n° 106, p. 83.

²⁷¹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, préc.

2014²⁷¹⁷ illustre particulièrement bien la délicatesse de ce sujet. En l'espèce, un homme avait rédigé une reconnaissance de dette au profit de sa concubine. Il avait également pris soin d'instituer sa concubine en tant que légataire de la quotité disponible. Après son décès, son fils considéra la reconnaissance de dette comme une donation déguisée (pacte sur succession future) au profit de la concubine. La procédure a mené les parties jusque devant les juges de cassation. Ces derniers ont estimé qu'une convention faisant naître un droit actuel de créance — comme le fait une reconnaissance de dette — ne constitue pas un pacte de succession future, y compris si ce droit actuel de créance n'aura vocation à s'appliquer que sur la succession du débiteur²⁷¹⁸. En l'espèce, à défaut d'un remboursement valable, il était prévu que ces sommes seraient payables au décès du débiteur. Par conséquent, la convention avait eu pour effet de reconnaître à la concubine un droit réel de créance, dont la seule exécution pouvait être différée. Il s'agissait donc ici, non pas d'un pacte sur succession future prohibé, mais d'une promesse *post mortem* licite. Les actes "sauvés" par l'autorité prétorienne sont de la catégorie des promesses *post mortem* et des pactes conditionnels. Ce traitement de faveur est justifié. En effet, si ces pactes ont pour objet et pour terme suspensif une succession future, ils ne produisent d'effets qu'une fois le décès survenu. L'établissement de la validité ou de la non-validité d'un de ces actes relève de l'art des magistrats²⁷¹⁹, même si, il faut le dire, la loi du 23 juin 2006²⁷²⁰ a permis d'éclaircir ce domaine²⁷²¹.

953. Un tempérament à cette prohibition existe à travers la notion de promesse *post mortem*. Ces dernières sont régulièrement accueillies par les juges²⁷²². Le nerf de la distinction semble être la qualité du droit. Le pacte portant sur un droit éventuel est interdit tandis que le droit actuel assorti d'une exécution suspensive est autorisé.

²⁷¹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 2014, n° 13-23.657, publié au bull. 2014, I, n° 175. Jurisprudence commentée par J.-G. MAHINGA, « De quelques considérations relatives aux pactes sur succession future », *Les petites Affiches*, 21 janvier 2015, n° 15, p. 9615. Également commentée par N. PETRONI-MAUDIÈRE, « La reconnaissance de dette dont l'exigibilité est reportée au décès ne constitue pas un pacte sur succession future », *L'essentiel du droit de la famille et des personnes*, Lextenso édition, 2014, n° 11, p. 6.

²⁷¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 2014, préc.

²⁷¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, Audience publique du 4 octobre 2005, n° 02-13.395, publié au bull. 2005 I, n° 361, p. 300. V. également à ce propos : F. BICHERON, « Pacte sur succession future et pacte *post mortem* : une distinction délicate », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2006, p. 77. Sur le même thème : C. GRARE-DIDIER, « Pacte sur succession future », *Revue des contrats*, Lextenso édition, 2006, n° 2, p. 481.

²⁷²⁰ L. n° 2006-728 du 23 juin 2006, préc.

²⁷²¹ G. RAOUL-CORMEIL, « 2^e commission : la persistance de la prohibition des pactes sur succession future », *Les Petites Affiches*, Lextenso édition, 2012, n° 183, p. 25.

²⁷²² Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2009, n° 07-16.087, non publié au bulletin.

2. *L'introduction possible du modèle argentin en droit français.*

954. Si les pactes sur succession future font l'objet d'une large prohibition en France, le droit positif et la pratique réelle ne sont pas pour autant vides de solutions parallèles. Leur existence témoigne d'un appel à la consécration de l'évolution des relations sociales et humaines initiée par le vieillissement démographique. Toutefois, elles ne permettent pas toujours de répondre à la fois au besoin de financement et à celui de préservation du patrimoine impératif pour le maintien à domicile.

955. La transposition de la pratique du pacte sur succession future telle qu'elle existe en Argentine, pourrait se trouver dans une forme de promesse *post mortem*, qui serait réalisée à titre onéreux. Celle-ci n'est pas une libéralité. Elle interviendrait en réaction d'un service rendu — dans l'hypothèse qui nous intéresse, en récompense de soins et d'une cohabitation. Dans ce cas, elle ne risquerait pas de porter atteinte à la réserve héréditaire, qui ne protège l'héritier réservataire qu'à l'encontre des libéralités. La validité d'un tel acte a déjà été reconnue par la jurisprudence, notamment en matière de promesse de vente. « *Ne constitue pas un pacte sur succession future mais une promesse post mortem valable, la promesse de vente de biens indivis provenant d'une succession ouverte mais non encore liquidée, dès lors qu'elle avait fait naître au profit du bénéficiaire un droit actuel pur et simple et que seule son exécution était différée jusqu'au décès de la promettante* »²⁷²³. Un usage adapté des promesses *post mortem* pourrait répondre au besoin de récompenser les personnes investies dans le soutien d'une personne âgée. Dans l'hypothèse où la récompense en question se matérialise dans un bien immobilier, la promesse *post mortem* peut être rapprochée du mécanisme du viager. Par analogie, les services rendus par l'aidant durant la période de cohabitation forment le bouquet de la promesse. Au décès de la personne aidée, le bien ou un droit portant sur le bien — selon ce qui aura été convenu entre les parties — pourrait passer dans le patrimoine de l'aidant.

956. La modification des rapports sociaux conduit indubitablement à la modification des rapports réels de droits. En la matière, le législateur est confronté à une évolution des pratiques qui dépasse largement les hypothèses assimilées par le droit positif, et s'oppose parfois à l'ordre juridique établi. Le modèle du pacte sur succession future tel que pratiqué en Argentine présente à la fois l'avantage de répondre instantanément au besoin de soutien, et celui de permettre un effet translatif du financement. Ainsi la personne concernée n'en supporte pas effectivement le poids, étant donné que

²⁷²³ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 1985, n° 84-11.795, publié au bull. 1985, I, n° 173, p. 155.

le paiement des services intervient après son décès. La transposition directe de ce mécanisme, si tant est qu'elle soit possible, ne pourrait obtenir un résultat identique. Dans l'hypothèse où le bien visé par le pacte compose la majeure partie du patrimoine du *de cuius*, alors sa donation à un tiers emporterait nécessairement la violation des règles liées à la réserve héréditaire et à la quotité disponible. Par ailleurs, dans l'hypothèse où le bien visé ne constitue qu'une part mineure du patrimoine du *de cuius*, alors le bénéficiaire de la donation devra s'acquitter de droits de succession importants. Face à l'importance des droits de succession, les bénéficiaires pourraient se trouver dans l'obligation de vendre le bien afin de payer les droits. Le résultat final de l'opération s'en trouverait donc amoindri. À cet égard, les règles de transmission *post mortem* pourraient être amenées à évoluer.

957. L'évolution permettant de préserver l'intérêt de l'opération de maintien à domicile, pourrait porter sur l'ensemble des règles successorales. Sous réserve qu'une telle proposition puisse être admise, cela consisterait, pour la personne aidée d'agir directement sur les règles de successorales. Le cas échéant, la personne pourrait faire le choix d'intégrer une nouvelle part de réserve héréditaire, au profit de son aidant. Cette possibilité devrait évidemment être rigoureusement encadrée par le législateur, et limitée — pourquoi pas à hauteur d'une demi part de celle réservée aux héritiers réservataires traditionnels. Une autre voie d'évolution — certainement moins ambitieuse — consisterait en l'attribution d'une partie de la quotité disponible bénéficiant de droits de successions moins importants lorsqu'ils sont dus par un aidant co-résident. Une telle évolution permettrait véritablement aux personnes âgées de récompenser les personnes investies et dévouées. Cela pourrait également venir à bout de leurs réticences à faire appel à autrui, et ainsi œuvrer au profit d'un soutien humain néo-familial.

Si le soutien fourni par l'aidant est avant tout fondé sur un élan altruiste, il ne devrait pas pour autant être obligatoirement étranger à l'idée d'une contrepartie. Par ailleurs, ce même élan n'a pas à être accepté par la personne qui reçoit le soutien. L'altérité est bien réelle dans ce lien de fait. L'aidant peut être désintéressé — cela existe —, mais l'aidé peut vouloir le récompenser. Dans ce cadre, imposer l'immédiateté à la contrepartie, c'est priver de nombreuses personnes âgées souffrant d'impécuniosité de récompenser leurs aidants. Au contraire, accepter que la contrepartie soit soumise à une condition suspensive — le décès de la personne aidée — c'est accepter qu'une personne puisse engager une partie de son patrimoine pour son bien-être immédiat. Ce raisonnement est également proche de celui de l'enrichissement sans cause. La personne aidée s'est enrichie de la possibilité d'être soignée et de rester à son domicile. Inversement, l'aidant s'est appauvri, du fait de ses efforts et investissements.

958. La possibilité de transposition en droit français de la pratique répandue en Argentine consistant en un échange entre une prise en charge, et des droits successoraux, semble peu concluante de prime abord. Les besoins de soins et de compagnie ressentis par les personnes âgées restent pourtant bien réels. Leur existante pourrait conduire à l'évolution des pratiques contractuelles et testamentaires. Une personne âgée dont l'état requiert une présence, et qui ne dispose pas des fonds nécessaires pour rémunérer du personnel, et dont les proches ne peuvent lui apporter un soutien constant, peut se retrouver dans une impasse. L'incapacité à financer une aide professionnelle est intrinsèquement liée à l'impossibilité de récompenser, via une libéralité, un proche aidant. Pour autant cette incapacité de financement à un instant T, ne signifie pas pour autant une incapacité de financement plus tardive. Or, dans l'hypothèse d'une personne âgée dépendante souhaitant rester à domicile et ayant des revenus modestes, la possibilité que sa faculté de rémunération d'un aidant s'améliore est faible. Par conséquent, la solution serait de puiser, non pas dans le patrimoine actuel, mais dans le patrimoine futur — c'est-à-dire au moment de l'ouverture de sa propre succession —, pour procéder à la contrepartie.

II. L'EXEMPLE FRANÇAIS : LE BAIL À NOURRITURE

959. Pour les personnes possédant un patrimoine modeste, les aides sociales sont insuffisantes pour assurer un maintien à domicile serein. La situation est aggravée lorsque la famille ne peut, ou ne veut pas, apporter son concours au soutien nécessaire à la personne âgée. « *Que dire de ceux qui ne font pas appel aux banques, qui ne peuvent pas recourir à l'aide sociale ou ne bénéficient pas de soutien familial ?* »²⁷²⁴ — questionne Madame Emilia SCHIJMAN. La pratique s'est orientée au profit d'un modèle contractuel original. Le contrat de bail à nourriture permet de répondre en un même temps : Au besoin de soutien nécessaire au maintien à domicile, à l'enjeu du financement de ce soutien, au désir de récompense éprouvé par la personne aidée envers son aidant, ainsi qu'au souhait d'accession à la propriété potentiellement éprouvée par une personne dévouée.

Le bail à nourriture peut être conclu entre une personne âgée et un tiers quelconque (A), mais ce n'est pas une obligation. Certaines personnes préfèrent négocier leur maintien à domicile avec leurs proches (B).

²⁷²⁴ E. SCHIJMAN, *Op. cit.*, p. 141.

A. LE BAIL À NOURRITURE EXTRAFAMILIAL

960. L'anticipation de la phase de vieillissement constitue une problématique classique du parcours de vie. Elle se décline principalement sous deux aspects : le financement de la phase de vieillissement, et l'organisation matérielle et concrète du soutien potentiellement nécessaire. Ces deux volets sont empreints d'un aléa important. L'un et l'autre dépendent du niveau de vie de la personne, de son état de santé, ainsi que de la réalisation ou non de certains marqueurs de vie — nombre d'enfants, veuvage, accident etc... Le droit positif français connaît d'ores et déjà un certain nombre de pratiques contractuelles qui permettent d'approcher de près ou de loin, l'idéal de prise en charge²⁷²⁵. « *Mais, hors de ces formes convenues, qu'en est-il ?* »²⁷²⁶. Ces interrogations mettent le doigt sur la richesse de la pratique sociale et contractuelle, qui dépasse largement les seules formes visibles et officielles. Il est impératif de trouver une autre voie, permettant le maintien à domicile de la personne sans peser de façon trop importante sur ses ressources.

961. Certains engagements permettent de répondre à ces besoins. S'ils ne font pas l'objet d'une grande attention de la part de la doctrine, ils mobilisent malgré tout l'attention des juges. Le bail à nourriture est de ceux-là. Il s'agit d'un rapport d'obligation qui se compose de deux entités différentes. D'un côté se trouve(nt) le ou les propriétaires âgés, et de l'autre, le ou les aidants. Les propriétaires s'engagent à céder la propriété de leur logement. Les cessionnaires doivent en échange procurer des soins et assurer le bien-être matériel et moral des personnes âgées. En fonction de ce qui est convenu dans le contrat, les obligations peuvent varier. Généralement, ces engagements conduisent à ce que les parties soient réunies physiquement au sein d'un seul logement. Il s'agit d'une forme contractuelle au service de la corésidence intergénérationnelle *extra* familiale et non institutionnelle.

En pratique, ce mécanisme est similaire au modèle du viager. Dans l'un et l'autre cas, le résultat est identique au terme du contrat — le logement devient la pleine propriété du cessionnaire au décès du cédant. La ressemblance s'arrête là cependant. L'équilibre des obligations contractuelles est délicat. Par ailleurs, l'étalement dans le temps de l'obligation contractuelle de l'acquéreur constitue un risque d'inexécution de ses obligations. Ces solutions étant bien souvent utilisées en dernier recours, elles concernent parfois des personnes âgées dépendantes, qui peuvent se trouver en difficulté pour dénoncer un manquement dans l'exécution du contrat. À ce titre, l'arrêt rendu par la

²⁷²⁵ Tel qu'il est pratiqué en Argentine via les pactes sur succession future.

²⁷²⁶ E. SCHIJMAN, *Op. cit.*, *loc. cit.*

troisième chambre civile de la Cour de cassation le 14 avril 2010²⁷²⁷, illustre parfaitement les risques encourus par certains cocontractants mal chanceux. En l'espèce, un homme âgé de 94 ans, avait cédé sa maison à une femme « *moyennant l'obligation pour celle-ci, de le loger, l'éclairer, le nourrir à sa table, l'entretenir, le blanchir et le soigner, tant en santé qu'en maladie, et lui fournir tout ce qui est nécessaire à l'existence, en ayant pour lui les meilleurs soins et bons égards* »²⁷²⁸. Quelques temps après, constatant que l'état de santé de son père s'était considérablement dégradé, et l'estimant incapable d'avoir pris la mesure de son engagement, sa fille intente une action en nullité de la vente pour insanité d'esprit, et subsidiairement, en résolution pour manquement de l'acquéreur à ses obligations contractuelles. La résolution judiciaire de la vente fut prononcée aux torts exclusifs de l'acquéreur. Cette sanction n'est aucunement à la hauteur des faits reprochés à l'acquéreur. « *Malgré les commandements qui lui avaient été délivrés à la requête de l'union des allocations familiales, Mme Y... avait manqué à ses engagements de résider de façon permanente dans la maison vendue, de nourrir à sa table le vendeur et de lui fournir les meilleurs produits et les menus qui lui plairaient, de l'emmener, à sa demande, en promenade, aux endroits et aux heures qu'il désirerait, de l'emmener dans les magasins faire des achats et de tenir à sa disposition une ligne téléphonique* »²⁷²⁹. Cette jurisprudence est un nouvel exemple de la grave défaillance du régime applicable au délit de délaissement. Une fois encore, la constitution du délit n'avait pu être reconnue, à défaut d'acte positif de délaissement. En l'espèce la matière contractuelle permet de “sauver les meubles” au sens propre comme au figuré, étant donné que l'état de la victime n'en retirera aucun dédommagement personnel — sa santé ayant été dégradée ne permet plus le maintien à domicile. Ici, le cédant avait été hospitalisé dans un état de dénutrition très avancée, avait subi des agressions morales, et s'était notamment vu privé de sa liberté d'aller et venir.

B. LE BAIL À NOURRITURE INTERFAMILIAL

962. Le bail à nourriture ne concerne pas exclusivement une personne âgée et un tiers quelconque. Certains baux à nourriture entrent optionnellement dans le cadre d'une donation entre une personne et ses héritiers présomptifs. L'intérêt est d'organiser contractuellement le soutien qui devra être apporté à la personne âgée en échange de la donation. Cette seconde hypothèse du bail à nourriture n'exclut pas le risque d'inexécution des obligations encouru par le cédant. Pour un bail à nourriture conclu entre un ascendant et ses descendants, les obligations de soutien sont contractées

²⁷²⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 14 avril 2010, n° 08-21.346, publié au bull. 2010, III, n° 84

²⁷²⁸ Extrait de Cass. civ. 3^{ème}, 14 avril 2010, préc.

²⁷²⁹ Extrait de Cass. civ. 3^{ème}, 14 avril 2010, préc.

classiquement. Elles existent néanmoins en l'absence de tout contrat, puisqu'en vertu de l'article 205 du Code civil, les enfants « *doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin* »²⁷³⁰. En dépit de l'origine légale de l'obligation d'aliment, les parties contractent une obligation détaillée. L'originalité de cet engagement quasiment vide de substance, — car d'ores et déjà imposé par la loi —, avait été relevée par les juges de la première chambre civile, à l'occasion d'un arrêt rendu le 19 janvier 1988²⁷³¹. L'intérêt de la stipulation contractuelle se trouve dans l'élargissement de la disposition légale. Cette dernière est en effet limitée aux cas où l'ascendant se trouve dans le besoin, tandis que l'engagement contractuel implique une linéarité dans le soutien. L'apport de cette jurisprudence est le suivant : lorsque la dégradation des relations entre les parties d'un contrat de bail à nourriture rend impossible l'exécution de l'obligation en nature, celle-ci peut être remplacée par une rente viagère. Cette substitution peut pallier le défaut d'investissement personnel des enfants, à conditions que la rente soit suffisante pour financer à la fois le train de vie de la personne âgée, et son maintien à domicile par des tiers.

PARAGRAPHE 2

LA SURVIVANCE DE LA VOLONTÉ, EFFETS ET LIMITES *POST MORTEM*

963. Le soutien apporté bénévolement à une personne âgée — soit par amitié, soit par le prisme d'une obligation légale d'aliment — réclame un investissement important. Les manifestations de soutiens font partie de la sphère privée. Théoriciens et praticiens ont conscience de la particulière insaisissabilité qui caractérise les interdépendances intergénérationnelles durant la période de vieillesse. La relation de soutien dépend de la qualité des interactions individuelles. Par conséquent, il y a autant de visions du soutien, que de soutiens réels effectifs. L'outil juridique le plus utile en la matière est la volonté. Il s'agit ici de consacrer la liberté : pour les uns, de solliciter une compensation, et pour les autres, de récompenser. Les émanations de l'expression de la volonté peuvent dépasser l'existence individuelle, en survivant au décès de la personne ayant exprimé son consentement. Ces manifestations enrichissent l'ensemble de droits qui sont également caractérisés par la faculté de survie. Les différentes composantes de ce *corpus* influent sur des situations concernant strictement l'individu — le traitement du corps sans vie notamment — (I) ou relativement à autrui (II).

²⁷³⁰ Extrait de l'art. 205 C. civ., tel que modifié par la L. n° 72-3 du 3 janvier 1972 – art. 3, *sur la filiation*, publiée au JORF n° 0003 du 5 janvier 1972, p. 145.

²⁷³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 19 janvier 1988, n° 85-18.339, publié au bull. 1988, I, n° 12, p. 9.

I. LA SURVIE DE LA VOLONTÉ POUR SOI-MÊME DURANT LA PHASE *POST MORTEM*

964. Les droits de la personne forment un *corpus* cohérent et structuré, à la fois dépendant et interdépendant de leur possesseur. L'existence de cet ensemble dépend intrinsèquement de l'existence d'une individualité. Cependant ce même ensemble de droits n'est pas absolument limité par l'existence de cette individualité. Une fiction de l'existence de l'individu est projetée et déclenche la mobilisation des droits. C'est ainsi que des droits sont reconnus avant même la naissance. Il en va de même pour l'autre extrémité de la vie. Les droits d'une personne ne cessent pas avec la mort. L'individu ne peut avoir la maîtrise objective de ses droits après sa mort, mais la déprise n'est pas absolue. La mort n'entraîne pas la fin totale de la volonté. Certes, cette dernière n'existe plus que partiellement. Elle ne peut plus être exprimée ou renouvelée — cela va sans dire. Cependant, elle peut perdurer. Le Droit permet effectivement à la personne de projeter sa volonté. Celle-ci est émise durant le vivant, et est respectée pendant la mort. Ainsi l'individu peut influencer la phase *post mortem* de son existence. La prévision de la phase qui suit le décès permet au futur *de cuius* de s'assurer de la survie de sa propre volonté.

L'enjeu du respect de la décision d'une personne pour elle-même, et qui trouverait nécessairement à s'appliquer après sa mort est cristallisé au sein du choix sur le mode (A) et le lieu (B) de l'inhumation. Il existe peu de souhaits plus légitimes que celui consistant à choisir le lieu où reposera son propre corps après que la vie l'ait quitté. En dépit de ce caractère, le contentieux reste omniprésent.

A. LA VOLONTÉ POUR SOI-MÊME ET LE RAPPORT AU MODE D'INHUMATION

965. Les droits reconnus à la personne constituent le socle nécessaire à l'expression de la volonté. La rémanence de ces droits (1) fonde la possibilité de projection de la volonté individuelle au-delà des limites de la vie (2). Ces concepts reconnaissent à l'individu — qu'il soit âgé ou non — la faculté d'exprimer sa volonté à propos du traitement qui sera réservé à son corps après son décès. Il s'agit de projeter sa volonté, et d'être en même temps assuré de la survie de certains droits reconnus à tous.

1. La rémanence des droits de la personne durant la phase post mortem

966. Un ensemble irréductible de droits survit au décès de la personne. Ce principe est notamment consacré par la lettre de l'article 16-1-1 du Code civil²⁷³², en vertu duquel : « *Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort* »²⁷³³. Le législateur a pris soin de préciser cette résurgence du droit au respect, pour toutes les formes que peuvent prendre les restes humains. « *Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence* »²⁷³⁴. Ce principe est assez large. Cependant l'effort de cette dynamique de respect devrait également s'appliquer à l'ensemble du vocabulaire légal et réglementaire. À titre illustratif, l'article R. 1335-1 du Code de la santé publique²⁷³⁵, réglementant le traitement des déchets issus des activités de soins, vise expressément les “déchets anatomiques humains”, c'est-à-dire des “fragments humains non aisément identifiables”.

Ces dénominations semblent de prime abord concerner les produits issus du corps humain, extraits à la suite d'une volonté ou d'un besoin de l'individu — à la suite d'un traitement médical par exemple. En réalité, elles concernent également les restes produits par une procédure d'inhumation. L'article précise en effet que : « *Sont assimilés aux déchets d'activités de soins, pour l'application des dispositions de la présente section, les déchets issus des activités d'enseignement, de recherche et de production industrielle dans les domaines de la médecine humaine et vétérinaire, ainsi que ceux issus des activités de thanatopraxie, des activités de chirurgie esthétique, des activités de tatouage par effraction cutanée et des essais cliniques ou non cliniques conduits sur les produits cosmétiques etc...* »²⁷³⁶. Le terme de déchet n'est pas adéquat pour désigner les restes des personnes défuntes, même s'il ne s'agit que de produits minimes. Le législateur devrait préférer au vocable déchet, celui de reste. En dépit de ces digressions, le principe général de respect dû au corps humain ne souffre que d'exceptions limitées. Ces droits généraux ne sont pas les seuls à survivre à leur possesseur. La volonté individuelle peut également faire l'objet d'une projection.

²⁷³² Art. 16-1-1 C. civ., tel que créé par la L. n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 – art. 11, *relative à la législation funéraire (I)*, publiée au JORF n° 0296 du 20 décembre 2008, p. 19538, texte n° 1.

²⁷³³ Art. 16-1-1 al. 1 C. civ., préc.

²⁷³⁴ Art. 16-1-1 al. 2 C. civ., préc.

²⁷³⁵ Art. R. 1335-1 CSP, tel que modifié par le D. n° 2016-1590 du 24 novembre 2016 – art. 1, modifiant le code de la santé publique et relatif aux déchets assimilés à des déchets d'activités de soins à risques infectieux et aux appareils de prétraitement par désinfection, publiée au JORF n° 0275 du 26 novembre 2016, texte n° 31.

²⁷³⁶ Extrait de l'art. R. 1335-1 CSP, préc.

967. Les activités professionnelles vouées à la prise en charge des dépouilles font l'objet d'une réglementation spécifique. La Code général des collectivités territoriales prévoit, notamment aux articles L. 2223-19 et suivants et R. 2223-23-5 et suivants, les modalités applicables à la mission de service public²⁷³⁷ assurée par le service extérieur des pompes funèbres. Cette qualité implique une universalité d'accès à ces services. Il est donc gratuit pour les personnes dépourvues de ressources suffisantes²⁷³⁸. Les services de pompes funèbres sont chargés de l'organisation et de la réalisation des différentes étapes allant du transport des corps à la mise en bière. Les entités prodiguant ces services doivent attester d'une habilitation fournie par le représentant de l'État à l'échelle départementale²⁷³⁹. Outre un certain nombre de conditions consacrées à la conformité des locaux, installations techniques et moyens de transport usités, cette habilitation impose une qualité de formation professionnelle. Les gérants et dirigeants de ces établissements doivent répondre à un bouquet de critères permettant d'attester de leur exemplarité personnelle et professionnelle²⁷⁴⁰. Les agents en contact direct avec les familles ou l'exécution des prestations funéraires doivent être titulaire d'un diplôme national²⁷⁴¹. Les ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne et d'un État partie à l'accord sur l'espace économique européen, doivent procéder à la reconnaissance de leurs qualifications professionnelles pour pouvoir exercer en France²⁷⁴². Au cours de la procédure conduisant à l'inhumation, la phase placée sous la responsabilité du thanatopracteur²⁷⁴³ est sans doute la plus délicate, concernant le respect et la dignité du corps. Celui-ci est chargé de la réalisation les soins de thanatopraxie visés aux articles L. 2223-19-1²⁷⁴⁴ et D.

²⁷³⁷ Art. L. 2223-19 CGCT, tel que modifié par la L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 – art. 214, *de modernisation de notre système de santé (1)*, publiée au JORF n° 0022 du 27 janvier 2016, texte n° 1.

²⁷³⁸ Art. L. 2223-27 CGCT, tel que modifié par la L. n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 – art. 20, *relative à la législation funéraire (1)*, publiée au JORF n° 0296 du 20 décembre 2008, p. 19538, texte n° 1.

²⁷³⁹ Art. L. 2223-23 CGCT, tel que modifié par la L. n° 2011-302 du 22 mars 2011 – art. 6, portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques (1), publiée au JORF n° 0069 du 23 mars 2011, p. 5186, texte n° 6. Également à ce propos : Art. R. 2223-56 et suivants du même Code.

²⁷⁴⁰ Art. L. 2223-24 CGCT, tel que modifié par L. n° 2017-86 du 27 janvier 2017 – art. 198, *relative à l'égalité et à la citoyenneté (1)*, publiée au JORF n° 0024 du 28 janvier 2017, texte n° 1.

²⁷⁴¹ Art. L. 2223-25-1 CGCT, tel que créé par la L. n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 – art. 2, préc. V. également à ce propos : les articles D. 2223-55-2 et suivants du même Code.

²⁷⁴² Articles L. 2223-47 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

²⁷⁴³ La profession est accessible via un diplôme national spécifique, visé à l'art. L. 2223-45 CGCT, tel que créé par la L. n° 96-142 du 21 février 1996, *relative à la partie Législative du code général des collectivités territoriales (1)*, publiée au JORF n° 47 du 24 février 1996, p. 2992. Si le professionnel est un ressortissant d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'espace économique européen, il doit répondre aux exigences imposées par l'article L. 2223-49 suivant, tel que modifié par l'Ord. n° 2015-1682 du 17 décembre 2015 – art. 11, *portant simplification de certains régimes d'autorisation préalable et de déclaration des entreprises et des professionnels*, publiée au JORF n° 0293 du 18 décembre 2015, p. 23339, texte n° 2. L'article D. 2223-122 du même Code, tel que modifié par le D. n° 2017-983 du 10 mai 2017 – art. 2, *relatif aux conditions d'intervention des thanatopracteurs et à l'information des familles concernant les soins de conservation*, publiée au JORF n° 0110 du 11 mai 2017, texte n° 98.

²⁷⁴⁴ Art. L. 2223-19-1 CGCT, tel que créé par la L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 – art. 214, préc.

2223-37²⁷⁴⁵ du Code précité. À ce titre, il doit procéder à la réalisation des soins de conservation « *dans le respect de la dignité de la personne décédée* »²⁷⁴⁶. Cette expression du respect de la dignité du corps sans vie par le professionnel est timidement consacrée à l'article R. 2223-132 du Code général des collectivités territoriales²⁷⁴⁷, qui décline l'étendue territoriale et temporaire de cette obligation. Les soins de thanatopraxie doivent ainsi être réalisés selon les critères de respect de la dignité de la personne décédée, tant dans la partie technique de préparation du corps, qu'au domicile du défunt. Aucune sanction n'est spécifiquement envisagée.

968. La procédure de préparation du corps permet une proximité physique entre le professionnel de soin, et le corps du défunt. Dans ces conditions, le thanatopracteur peut éventuellement remarquer des traces permettant de suspecter des actes de maltraitance, de violence ou encore de remettre en cause l'hypothèse d'une mort naturelle. La chambre criminelle de la Cour de cassation avait été saisie d'une affaire au cours de laquelle un thanatopracteur avait signalé des marqueurs incompatibles avec un décès naturel²⁷⁴⁸. Une telle jurisprudence justifie que soit soulevée la place cardinale des professions en contact avec des corps sans vie en ce qui concerne la dénonciation d'agissements criminels. Le rôle particulier du thanatopracteur devrait justifier que la qualité de "lanceur d'alertes" soit reconnue à cette branche professionnelle.

La consécration d'une obligation de moyens de lancement d'alerte pourrait être mise à la charge des professionnels dont les activités sont en lien direct avec les corps sans vie. L'obligation générale portée par l'article 434-3 du Code pénal²⁷⁴⁹ pourrait connaître une résonnance en droit spécial, et ainsi viser directement les professionnels de la thanatopraxie. Dans ce cadre, le Code général des collectivités territoriales devrait être enrichi d'un nouvel article. L'article R. 2223-132 pourrait être suivi d'un nouvel article R. 2223-132-1, potentiellement rédigé comme suit : "Lorsque la réalisation des soins de préparation et de conservation révèle des traces de maltraitance ou de violence, le thanatopracteur réalise tous les signalements qu'il jugera nécessaire". Ainsi le paragraphe consacré aux conditions d'intervention des thanatopracteurs appréhenderait, outre le devoir de respect de la dignité de la personne décédée à l'occasion de la réalisation des soins de conservation, un devoir de signalement de tout élément suspect sur le corps du défunt. Le rôle du thanatopracteur s'en trouverait complété, et par la même la survivance des droits du défunt, assurée.

²⁷⁴⁵ Art. D. 2223-37 CGCT, tel que modifié par le D. n° 2016-1758 du 16 décembre 2016 – art. 2, *relatif à la vaccination contre l'hépatite B des thanatopracteurs*, publiée au JORF n° 0294 du 18 décembre 2016, texte n° 34.

²⁷⁴⁶ Extrait de l'art. R. 2223-132 CGCT, tel que créé par le D. n° 2017-983 du 10 mai 2017 – art. 2, préc.

²⁷⁴⁷ Art. R. 2223-132 CGCT, préc.

²⁷⁴⁸ Cass. crim. 26 février 1997, n° 96-82.198, non publié au bulletin.

²⁷⁴⁹ Art. 434-3 al 1 CP, tel que modifié par la L. n° 2016-297 du 14 mars 2016 – art. 46, *relative à la protection de l'enfant (1)*, publiée au JORF n° 0063 du 15 mars 2016, texte n° 1.

Tout doit être mise en œuvre afin de permettre aux professionnels de signaler leurs doutes et suspicions. Ainsi, le personnel administratif et encadrant la procédure de préparation des corps ne doit pas constituer un obstacle au signalement.

969. On trouve une expression du respect dû au corps et à l'intimité nécessaires aux familles, à travers certaines dispositions applicables à la procédure d'inhumation. La structure de prise en charge est réglementée afin d'assurer un service décent et respectueux. L'article D. 2223-81²⁷⁵⁰ du Code général des collectivités territoriales impose par exemple, que le salon de présentation réponde à un objectif d'intimité. À cette fin, les éventuels vitrages reliant la pièce à l'extérieur doivent être occultés, une isolation phonique doit être mise en place selon des critères précis. Dans une autre veine, la chambre funéraire doit être équipée d'un mécanisme de ventilation assurant le renouvellement de l'air²⁷⁵¹, et les cases réfrigérées fonctionnent à des températures précises²⁷⁵². La salle de cérémonie et de remise d'urne cinéraire doit également avoir un isolement acoustique, et ses ouvertures doivent permettre le passage d'un cercueil en position horizontale²⁷⁵³. Toutes ces précisions techniques permettent d'assurer le respect dû à la période de deuil. Si elles protègent de façon effective les survivants au défunt, elles répondent également à un désir de discrétion et de dignité, largement partagé par les vivants, pour eux-mêmes et pour leurs proches.

2. La volonté individuelle projetée dans la phase post mortem

970. La survivance de droits ne permet pas de réelle individualisation de la phase *post mortem*. Celle-ci ne peut être assurée que par le biais d'une volonté exprimée. La résurgence de la volonté de l'individu est un phénomène également reconnu. Il s'agit du respect des dernières volontés de la personne. L'application du souhait exprimé subit nécessairement un effet translatif. La volonté est exprimée du vivant de la personne, elle est honorée après son décès. Certaines règles de droit viennent encadrer le choix du mode d'inhumation. Le choix individuel est limité à deux formes uniquement : l'inhumation et la crémation. Les autres modes existants, comme l'embaumement²⁷⁵⁴,

²⁷⁵⁰ Art. D. 2223-81 CGCT, tel que créé par le D. n° 2000-318 du 7 avril 2000, *relatif à la partie Réglementaire du code général des collectivités territoriales*, publiée au JORF n° 0085 du 9 avril 2000, p. 5469.

²⁷⁵¹ Art. D. 2223-82 CGCT, tel que créé par le D. n° 2008-318 du 7 avril 2000, préc.

²⁷⁵² Art. D. 2223-83 CGCT, tel que créé par le D. n° 2008-318 du 7 avril 2000, préc.

²⁷⁵³ Art. D. 2223-102 CGCT, tel que modifié par le D. n° 2007-328 du 12 mars 2007 – art. 3, *relatif à la protection des cendres funéraires*, publiée au JORF n° 61 du 13 mars 2007, p. 4736.

²⁷⁵⁴ La méthode d'embaumement est similaire à la thanatopraxie, à la différence qu'elle tend à une préservation du corps sur le long terme.

l'immersion²⁷⁵⁵, ou encore la cryogénisation²⁷⁵⁶ sont prohibés. Cette dernière méthode a d'ailleurs fait l'objet de plusieurs décisions de la Cour administrative d'appel²⁷⁵⁷ et du Conseil d'État²⁷⁵⁸.

Lorsque l'orientation de la volonté exprimée par le défunt est contestée, alors le juge apprécie *in concreto* les informations fournies par l'entourage, ainsi que le mode de vie observé par la personne de son vivant. Les allégations des proches sont parfois contraires. Dans ce cas, il est délicat de déterminer avec assurance quel était le choix du défunt. À titre illustratif, l'ordonnance rendue par la Cour d'appel de Paris le 3 juin 2005, relate l'opposition entre des enfants et la veuve d'un défunt. « *Suite au décès de M. B. survenu le 13 mai 2005 à Lille à l'âge de 55 ans, ses trois enfants majeurs nés d'une première union d'une part, sa veuve Mme R., qu'il avait épousée le 21 juillet 2000 d'autre part se sont opposés sur l'organisation de ses funérailles, les premiers souhaitant une incinération à laquelle la seconde s'est opposée au profit d'une inhumation* »²⁷⁵⁹. En l'absence de testament ou d'un écrit précisant l'organisation des funérailles par le défunt, le juge doit rechercher son intention par tous moyens.

971. Qu'il soit le fruit de la volonté antérieurement exprimée par le défunt, ou celui de ses ayants droits, la concrétisation de l'inhumation peut être suspendue ou retardée. Dans tous les cas, l'autorisation de fermeture du cercueil est soumise à l'obtention d'un certificat médical attestant le décès²⁷⁶⁰. Cette étape ne dépend donc pas de la volonté individuelle. Par ailleurs, conformément au principe énoncé depuis les origines du Code civil²⁷⁶¹, l'existence de circonstances, de signes, ou d'indices permettant de soupçonner une mort violente suspend toute procédure d'inhumation. Cette dernière ne pourra être réalisée « *qu'après qu'un officier de police, assisté d'un docteur en médecine ou en chirurgie, aura dressé procès-verbal de l'état du cadavre et des circonstances y*

²⁷⁵⁵ L'immersion était une pratique fréquemment utilisée pour les décès survenus en haute mer. Elle fait l'objet d'une interdiction implicite par l'article R. 2213-23 al 3 CGCT, tel que modifié par le D. n° 2011-121 du 28 janvier 2011 – art. 23, *relatif aux opérations funéraires*, publiée au JORF n° 0025 du 30 janvier 2011, p. 1926, texte n° 27 : « *Lorsque le décès s'est produit à bord d'un navire au cours d'un voyage, l'entrée du corps en France s'effectue au vu de la déclaration maritime de santé établie par le capitaine du navire et contresignée, le cas échéant, par le médecin du bord. Dans ce cas, le corps est placé dans un cercueil répondant aux conditions prévues à l'article R. 2213-27* ».

²⁷⁵⁶ Méthode de conservation par le froid.

²⁷⁵⁷ CAA, 3^{ème} chambre, 27 juin 2003, n° 02NT01704, inédit au recueil Lebon ; V. également à ce propos : J.-F. MILLET, « Conservation des corps et respect des dernières volontés », *AJDA*, Dalloz édition, 2003, p. 1871.

²⁷⁵⁸ CE, 5^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies, 29 juillet 2002, n° 222180, publié au recueil Lebon ; CE, 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, 6 janvier 2006, n° 260307, publié au recueil Lebon.

²⁷⁵⁹ Extrait de l'Ord. CA Paris, 1^{ère} chambre P., 3 juin 2005, n° 05/12024.

²⁷⁶⁰ Art. L. 2223-42 CGCT, tel que modifié par l'ord. n° 2016-462 du 14 avril 2016 – art. 3 (VD), *portant création de l'Agence nationale de santé publique*, publiée au JORF n° 0089 du 15 avril 2016, texte n° 40.

²⁷⁶¹ Art. 81 C. civ., tel que créé par la L. du 11 mars 1803, promulguée le 21 mars 1803.

relatives »²⁷⁶². Le respect de cette procédure est régulièrement assuré par la jurisprudence²⁷⁶³. Au-delà de ces situations spécifiques, la volonté du *de cuius* prime.

B. LA VOLONTÉ POUR SOI-MÊME ET LE RAPPORT AU LIEU D'INHUMATION

972. Le contentieux relevant du mode d'inhumation rivalise avec celui concernant le lieu de l'inhumation. Les caveaux familiaux font parfois l'objet de rivalités ou de vénération exacerbées, et certains héritiers se déchirent face à la volonté qui a pu être exprimée par leur proche.

973. Le 18 mars 2013²⁷⁶⁴, la Cour d'appel de Nouméa a eu à se prononcer sur un litige opposants les membres d'une même famille, sur le lieu d'inhumation de leur grand-mère. En l'espèce, trois entités de volonté étaient représentées. D'une part, la défunte avait exprimé de son vivant le souhait d'être inhumée dans le caveau familial auprès de son époux. Ce vœu était soutenu par une partie de ses descendants : « *Par acte du 28 février 2013, Lydie C..., Jacques Y..., Adèle D... et Michel B..., exposant que malgré la volonté manifestée par feu Marie E...veuve Y..., décédée le 23 février 2013, d'être inhumée auprès de son époux au cimetière du 5^{ème} kilomètre à Nouméa où avait été acquis un caveau familial* »²⁷⁶⁵. D'autre part, une autre branche de la famille aspirait à un autre lieu : « *Par conclusions du 1er mars 2013, les défendeurs ont conclu au débouté de la demande en soutenant que la défunte, d'origine mélanésienne et originaire de OUEGOA, était très attachée à sa terre natale où était enterré son fils Edouard Y..., décédé à l'âge de 18 ans, dont elle allait régulièrement fleurir la tombe* »²⁷⁶⁶. Les juges ont eu ici à mettre en balance les différentes aspirations de chacun. Pour les premiers de respecter le souhait exprimé, pour les autres, de reconnaître l'attachement de la défunte à un tout autre lieu. Les deux parties s'accordaient à reconnaître la volonté de la défunte. Cette même volonté avait d'ailleurs pu être exprimée très librement, conformément à la loi applicable en Nouvelle-Calédonie. Cette concordance avait permis aux juges d'appel de faire droit à la partie défendant la volonté exprimée par la défunte.

974. Lorsque le défunt n'a laissé aucune directive, le juge doit départager la volonté des héritiers. La formule consacrée en la matière : « à défaut de volonté exprimée par le défunt sur les conditions de ses funérailles, le juge doit désigner, parmi ses proches, le plus habilité à en décider ». Au sein d'une telle situation, le juge est amené à apprécier la réalité de la relation entretenue par le défunt

²⁷⁶² Extrait de l'art. 81 C. civ., préc.

²⁷⁶³ V. à ce propos : Cass. crim. 16 décembre 2016, n° 14-87.399, non publié au bulletin.

²⁷⁶⁴ CA Nouméa, ch. civ., 18 mars 2013, n° 13/00048.

²⁷⁶⁵ Extrait de CA Nouméa, ch. civ., 18 mars 2013, préc.

²⁷⁶⁶ Extrait de CA Nouméa, ch. civ., 18 mars 2013, préc.

et les personnes qui prétendent imposer un lieu pour son inhumation. Dans un arrêt rendu le 21 mars 2017, les juges, après avoir rappelé cette formule, ont pu départager plusieurs prétendants : « *En l'espèce, la Cour d'appel a elle-même constaté que Danielle A... 'n'a pas entretenu des relations très suivies avec sa famille, notamment avec sa mère qui réside en France, dans le département du Var'* » et qu'elle n'est « *'pas retournée à Madagascar pendant les dix années de son mariage'* » Et l'autorité prétorienne d'ajouter : « *En l'espèce, la cour d'appel a constaté que le conseil de M. Y...avait indiqué à l'audience qu'il 'ne s'opposera pas, si l'organisation des funérailles lui est confiée, que soient respectées les coutumes malgaches en matière de funérailles'* ». Cet unique contentieux a permis aux juges de tenir compte à la fois de l'intensité de la relation entre la défunte et les parties, ainsi que la volonté des parties de respecter les rites et traditions potentiellement chers à celle-ci. La volonté du défunt, même non exprimée de son vivant, fait l'objet d'une recherche complète et conforme à son mode de vie.

975. C'est également le cas lorsque le défunt a exprimé une volonté de façon insuffisamment claire et précise. La première chambre civile de la Cour de cassation s'est emparée de ce sujet à l'occasion d'un arrêt rendu le 31 mai 2017²⁷⁶⁷. Une femme avait exprimé sa volonté de ne pas être enterrée dans le caveau familial. Par la suite, elle avait conclu une convention obsèques, par laquelle elle précisait vouloir être inhumée dans le cimetière où était situé ce même caveau familial. Les pérégrinations du contentieux avaient conduit à considérer la volonté la plus récente comme contrariant la volonté ancienne. « *Le premier président a relevé que Valentine Y... avait précisé vouloir des obsèques religieuses et une inhumation au cimetière de Sauvagnas, dans lequel 'il existait' un caveau familial ; qu'en déduisant de cette mention qu'elle voulait être enterrée dans ce caveau, le premier président a outrepassé la volonté de la défunte* »²⁷⁶⁸. Les deux volontés ne s'opposaient pas, et appelaient à être articulées. La défunte pouvait être inhumée dans le cimetière où se trouvait effectivement le caveau familial, mais dans un autre caveau.

976. Au cours de sa vie, une personne peut être amenée à changer d'avis concernant le lieu de son inhumation. L'existence de plusieurs volontés divergentes peut être à l'origine de contentieux, en réveillant des volontés tierces — les héritiers peuvent trouver un intérêt à soutenir un choix plutôt qu'un autre. Il existe un consensus au profit du dernier avis exprimé. En outre, la distance ou la distension de la famille survivante faisant son œuvre, il arrive parfois qu'un conflit portant sur le lieu d'inhumation se déclenche postérieurement à une procédure d'inhumation. Le 18 janvier

²⁷⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 2017, n° 17-13.663, non publié au bulletin.

²⁷⁶⁸ Extrait de Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 2017, préc.

2013²⁷⁶⁹, la Cour d'appel de Fort-de-France s'était trouvée face à des héritiers déchirés. Un fils non reconnu s'était occupé de son père pendant les années précédant son décès, dans l'indifférence des autres enfants. À la suite du décès de l'ascendant, le fils avait fait procéder à l'inhumation du corps dans le caveau familial du côté maternel — de l'ex-épouse du défunt. « *Les Appelants soulignent que l'ex-épouse de Monsieur Éric François X... était restée très proche de son ex-époux avant son décès, raison pour laquelle elle a accepté que le défunt soit inhumé dans le caveau de sa famille. Ils contestent le fait que Monsieur Éric François X... ait été enterré en catimini et considèrent que les Intimés avaient le temps de se rendre aux obsèques de leur père, ce qu'ils n'ont pas fait* »²⁷⁷⁰. La spécificité des faits a permis aux juges de prendre toute la mesure de la situation afin d'empêcher l'exhumation et le transfert du corps du défunt.

La mise en place d'une Convention de vieillissement pourrait permettre de simplifier et de systématiser l'expression de la volonté de la personne concernant le traitement de son corps après son décès.

II. LA SURVIE DE LA VOLONTÉ POUR AUTRUI DURANT LA PHASE *POST MORTEM*

977. Le dévouement d'une personne envers une autre fait l'objet de multiples perceptions. L'engagement de l'un compense l'absence physique d'un autre, le financement assumé par le troisième est compensé par le soutien moral du quatrième etc... L'art juridique aurait beaucoup de mal à saisir l'ensemble des teintes de cette palette. La stratégie assumée est celle de laisser les volontés individuelles s'exprimer.

Le soutien d'un tiers durant la phase de vieillesse est régulièrement dispensé volontairement, et sans espérance de contrepartie. Il n'en demeure pas que ce soutien est coûteux en temps, en énergie, et induit parfois des dépenses imprévues. L'aidant est amené à prendre sur son temps de travail et de repos, et porte un poids moral important.

Ces éléments justifient une volonté de récompense. Celle-ci peut être exprimée par celui qui prodigue le soutien (A) ou bien par celui qui en bénéficie (B). Dans l'un ou l'autre cas, en l'absence d'une théorisation solide de cette pratique, l'autorité prétorienne veille à un équilibre répondant l'objectif d'équité.

²⁷⁶⁹ CA Fort-de-France, ch. civ., 18 janvier 2013, n° 10/00166.

²⁷⁷⁰ Extrait de CA Fort-de-France, ch. civ., 18 janvier 2013, préc.

A. MAÎTRISE ET DÉPRISE DE LA VOLONTÉ INDIVIDUELLE PAR LES RÉCLAMATIONS DE L'AIDANT

978. La volonté exprimée du vivant peut être mise à mal après le décès. Certains aidants estimant que leur investissement n'a pas été suffisamment récompenser, intentent une action en enrichissement injustifié (1) fondée sur l'existence d'une créance d'assistance (2).

1. L'action en enrichissement injustifié

979. Certains aidants, estiment que leur investissement personnel mérite dédommagement. Ils considèrent *a fortiori* que les frais qu'ils ont engagé au cours de la période de soutien, doivent être couverts. De tels positionnements peuvent être parfaitement assimilés ou au contraire être à l'origine de déchirements familiaux. Le raisonnement se situe ici dans le cadre des interactions individuelles, et dans la sphère privée. Aucun point de vue n'est absolu. Un article publié par l'Association Universitaire de Recherche et d'Enseignement sur le Patrimoine, a su résumer la situation : « *Convenons qu'il peut arriver que certaines attitudes ne soient pas totalement désintéressées, de même que certaines suspicions tiennent parfois lieu de bonne conscience aux absents* »²⁷⁷¹.

980. La jurisprudence admet depuis un certain temps qu'un enfant puisse aspirer à obtenir réparation pour son dévouement. Elle admet également qu'un enfant prétendre puiser dans l'actif successoral de ses parents pour se dédommager. C'est ce qui fut consacré par la première chambre civile de la Cour de cassation, à l'occasion de l'arrêt dit "FOURET" rendu le 12 juillet 1994²⁷⁷². Dans cette espèce, un frère et une sœur héritent de leurs parents. Au cours des opérations de liquidation et de partage de la succession, le fils demande une indemnisation par prélèvement sur l'actif successoral, « *pour le temps et les soins qu'il a consacré à ses vieux parents* ». Son pourvoi fut fondé sur l'enrichissement sans cause. La construction de cette théorie est d'origine jurisprudentielle²⁷⁷³. Dans l'arrêt qui nous intéresse, le principe de l'enrichissement sans cause était exposé par l'article 1371 du Code civil. Cet article disposait alors que : « *Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties* »²⁷⁷⁴. Les arguments du fils trouvèrent

²⁷⁷¹ AUREP, « Prestations rémunératoires des aidants : "récompenser n'est pas donner" », 28 mai 2013, newsletter n° 152. [en ligne] [consulté le 23 janvier 2018] < <http://www.aurep.com/newsletters/prestations-remuneratoires-des-aidants-recompenser-nest-pas-donner/> >

²⁷⁷² Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 1994, n° 92-18.639, publié au bull. 1994, I, n° 250, p. 181.

²⁷⁷³ Ch. Req. 15 juin 1892, Patureau c/ Boudier, GAJC, 12^{ème} éd., tome 2, n° 239.

²⁷⁷⁴ Anc. Art. 1371, dans sa formulation originelle, créé par la L. du 9 février 1804, promulguée le 19 février 1804.

ainsi grâce aux yeux des juges de la première chambre civile. Ceux-ci considérèrent que : « *Le devoir moral d'un enfant envers ses parents n'exclut pas que l'enfant puisse obtenir indemnité pour l'aide et l'assistance apportées dans la mesure où, ayant excédé les exigences de la piété filiale, les prestations librement fournies avaient réalisé à la fois un appauvrissement pour l'enfant et un enrichissement corrélatif des parents* ». Dans les faits, seule l'obligation classique d'aliment pesait sur le frère et la sœur. Sa mise en œuvre n'avait pas été sollicitée, si bien que le dévouement du fils était entièrement spontané. En serait-il autrement lorsque l'aidant effectif agit dans le cadre d'une obligation alimentaire ?

981. La notion de cause ayant disparu depuis la réforme du droit des contrats portée par l'ordonnance du 10 février de 2016²⁷⁷⁵, l'enrichissement sans cause est aujourd'hui appelé : enrichissement injustifié. L'article 1300 dispose à ce jour, que : « *Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui* »²⁷⁷⁶. La lettre poursuit dans un second alinéa en procédant à l'énumération des quasi-contrats. « *Les quasi-contrats régis par le présent sous-titre sont la gestion d'affaire, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié* ». Les dispositions consacrées spécifiquement à l'enrichissement injustifié sont consacrées par les articles 1303 à 1303-4 du Code civil. L'articulation des différentes informations livrées par ces articles, permet de dessiner les contours de ce mécanisme. Tout d'abord²⁷⁷⁷, l'enrichissement est réputé injustifié lorsqu'il a été causé par un acte ne résultant ni d'une obligation, ni d'une intention libérale de l'appauvri²⁷⁷⁸, ou si ce dernier l'a accomplie en vue d'un profit personnel²⁷⁷⁹. Ensuite, la faute de l'appauvri, ne lui fait pas totalement perdre le droit à l'indemnisation pour l'action fondée sur l'enrichissement injustifié²⁷⁸⁰. Enfin, l'action n'est ouverte qu'à défaut de toute autre voie d'action²⁷⁸¹. L'appauvrissement et l'enrichissement corrélatif sont évalués au jour du jugement²⁷⁸², et l'indemnité maximale pouvant être versée est égale à la valeur de l'enrichissement ou de l'appauvrissement, la moins importante²⁷⁸³ — l'appauvrissement peut être plus important que l'enrichissement et inversement.

²⁷⁷⁵ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, préc.

²⁷⁷⁶ Art. 1300 C. civ., tel que créé par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, préc.

²⁷⁷⁷ Les éléments sont présentés selon un ordre différent de celui imposé par le législateur.

²⁷⁷⁸ Art. 1303-1 C. civ., tel que créé par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, préc.

²⁷⁷⁹ Art. 1303-2 al 1 C. civ., tel que créé par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, préc.

²⁷⁸⁰ Art. 1303-2 al 2 C. civ., préc.

²⁷⁸¹ Art. 1303-3 C. civ., tel que créé par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, préc.

²⁷⁸² Art. 1303-4 C. civ., tel que créé par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, préc.

²⁷⁸³ Art. 1303 C. civ., tel que créé par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, préc.

Une remarque préalable à l'analyse de l'application du régime ainsi consacré de l'enrichissement injustifié aux situations qui nous intéressent. La méthodologie utilisée par le législateur est critiquable. La doctrine n'a pas manqué de soulever ce point²⁷⁸⁴. La lecture linéaire n'est pas adaptée, et les articles doivent nécessairement être articulés pour prendre tout leur sens. La structure de l'article 1303-2 témoigne de cette construction atypique. Alors que le premier de ces deux alinéas serait beaucoup plus à sa place au sein de l'article précédent, le second devrait au contraire enrichir l'article 1303-4 suivant. Ce dernier étant consacré au calcul de l'indemnité, et à la place de la mauvaise foi, l'insertion d'une précision quant à la faute serait parfaitement adaptée. Cependant ces digressions ne permettent pas encore de répondre à l'adaptation de ce régime juridique flambant neuf, aux demandes d'indemnisation sur succession des enfants dévoués.

Plusieurs éléments du régime juridique de l'enrichissement injustifié pourraient aujourd'hui s'opposer à la mobilisation de cette voie d'action, pour les aidants en mal de reconnaissance. L'article 1303-1 porte notamment deux éléments qui devraient fermer la porte de l'enrichissement injustifié. En vertu de cet article, « *l'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale* »²⁷⁸⁵. Or, dans les situations visées ici, l'appauvrissement de l'aidant peut être commandé par le biais de l'exécution d'une obligation d'aliment. Par ailleurs, le soutien à un proche, y compris en dehors d'une obligation alimentaire, résulte nécessairement d'une intention libérale. Cependant, comme le rappelle de façon suffisamment claire les articles 1303 e 1303-3, l'action d'enrichissement injustifié est intentée de façon subsidiaire. Ainsi, elle « *ne saurait servir à contourner les règles d'une action contractuelle, extracontractuelle ou légale dont dispose l'appauvri ; elle ne peut pas davantage suppléer une autre action qui se heurterait soit à une objection de droit, telle une prescription, une déchéance, une forclusion, ou encore l'autorité de chose jugée, soit même à l'obstacle factuel de l'absence de preuves* »²⁷⁸⁶.

2. La créance d'assistance

982. Un descendant ayant concouru au soutien d'un proche âgé peut réclamer une "créance d'assistance" au décès de celui-ci, par le biais d'une action fondée sur l'enrichissement injustifié. Cette créance doit revêtir une certaine teneur. Ainsi elle ne pourra être accueillie que si sa substance

²⁷⁸⁴ G. YILDRIM, « L'enrichissement injustifié, nouveau visage de l'enrichissement sans cause », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2016, p. 472.

²⁷⁸⁵ Art. 1303-1 C. civ., préc.

²⁷⁸⁶ G. YILDRIM, *Op. cit.*, loc. cit.

dépasse l'aide de base imposée par l'obligation alimentaire. Le montant estimé, sera dès lors inscrit au passif de la succession du *de cuius* ayant fait l'objet du soutien. Les juges assurent un contrôle assidu quant à la reconnaissance de la créance d'assistance. Il semblerait que l'investissement physique et moral ne puisse donner lieu à dédommagement. *A contrario*, la jurisprudence reconnaît l'existence d'une créance, lorsque l'aidant a engagé des fonds personnels pour le soutien de son proche.

983. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Limoges le 21 janvier 2016²⁷⁸⁷, fut l'occasion d'une nouvelle déclaration de l'importance de la teneur du soutien prodigué à une personne dépendante. L'affaire opposait plusieurs personnes. Celles-ci appartenaient toutes à une même famille, ainsi qu'à une même génération de petits-enfants. Il s'agissait de frères, de sœurs et de cousins, tous issus d'un même couple de grands-parents. Au décès de ces derniers, la succession fut ouverte au profit des petits-enfants — les enfants étant prématurément décédés. Par un acte du 28 octobre 2011, deux petites-filles ont assigné le reste des héritiers devant le tribunal de grande instance compétent. L'action fut intentée aux fins de liquidation de la succession des grands-parents, ainsi que de la fixation, d'une créance de 25 000 € sur la succession de chacun des grands-parents au profit des requérantes. Selon ces dernières, cette créance était née à raison de l'assistance qu'elles avaient prodiguée à leurs grands-parents, depuis 2008 et jusqu'à leurs décès. Ce contentieux fut l'occasion pour les juges de procéder à une analyse précise des faits, tout en participant à la délimitation des contours de la créance d'assistance. « *Il apparaît à la lecture des nombreuses attestations produites, que les appelantes ont effectivement prêté une assistance morale et matérielle à leurs deux grands-parents lorsqu'ils sont devenus dépendants* »²⁷⁸⁸. Les actions des requérantes furent par la suite énumérées : Courses, démarches administratives et sociales, compagnie, soins, préparation des repas etc... Le raisonnement de la Cour se poursuit de façon très logique. Les juges procédèrent au rappel de l'obligation naturelle pesant sur les descendants au profit des ascendants, et ont ensuite comparé la teneur de cette obligation, à l'ensemble de l'aide fournie par les requérantes. « *Il reste que l'attention et les prestations prodiguées n'ont pas excédé celles qu'exige l'obligation naturelle qui pèse sur les enfants à l'égard de leurs parents ou grands-parents. Les appelantes n'ont pas engagé de dépenses sur leurs fonds personnels, ni apporté des prestations qui auraient porté préjudice à leurs activités professionnelles pour pallier l'insuffisance des moyens dont disposaient les bénéficiaires de leur aide* »²⁷⁸⁹. La créance d'assistance ne peut embrasser les investissements

²⁷⁸⁷ CA Limoges, 21 janvier 2016, n° 14/007211

²⁷⁸⁸ Extrait de CA Limoges, 21 janvier 2016, préc.

²⁷⁸⁹ Extrait de CA Limoges, 21 janvier 2016, préc.

humains, et se borne aux investissements financiers. Ce même positionnement est le fruit d'un courant jurisprudentiel constant.

984. De nombreux contentieux reflètent la volonté de l'autorité prétorienne de maintenir une appréciation restreinte de la créance d'assistance. Il s'ensuit que les investissements strictement personnels ne sont pas accueillis. Par ailleurs, l'ensemble de la relation est pris en compte pour déterminer l'existence ou non d'un appauvrissement. Les avantages fournis par les personnes aidées à leur enfant aidant sont également appréciés. La première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi estimé le 1^{er} avril 2015²⁷⁹⁰, que : « *Les juges d'appel ont souverainement estimé que M. Pascal X..., bien qu'ayant porté assistance à ses parents, ne démontrait pas avoir dû exposer des frais particuliers pour assurer leur maintien à domicile et qu'il avait bénéficié en compensation d'avantages substantiels, de sorte qu'il n'avait subi aucun appauvrissement* »²⁷⁹¹. Il est ici question d'un contrôle global.

Par le biais de telles décisions, la jurisprudence se refuse de contribuer à la réification du soutien humain et des interdépendances intergénérationnelles. L'aide apportée à un proche ne peut lui conférer des prétentions supérieures sur la succession de la personne aidée. Par ailleurs, un tel positionnement jurisprudentiel permet de limiter le contentieux. Ainsi, la justice ne prend pas partie selon la nature et la densité des liens intimes et familiaux. Car, plus encore qu'une réelle recherche de dédommagement, ces contentieux révèlent surtout une volonté pour les aidants de faire échapper une partie de l'actif successoral aux héritiers désintéressés. Ce fondement réel de l'action se retrouve dans de trop nombreux litiges portés auprès des tribunaux. Il se lit presque ouvertement dans bon nombre de cas, comme en témoignent les extraits suivants : « *Cette assistance a procuré un réconfort et une présence affective de première importance pour les grands-parents des appelantes dont les autres petits enfants paraissent s'être désintéressés* »²⁷⁹². La limite entre le juge et le justicier n'a heureusement pas été franchie.

²⁷⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} avril 2015, n° 14-15.774, non publié au bulletin.

²⁷⁹¹ Extrait de Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} avril 2015, préc.

²⁷⁹² Extrait de CA Limoges, 21 janvier 2016, préc.

B. MAÎTRISE ET DÉPRISE DE LA VOLONTÉ POUR AUTRUI À TRAVERS LA PRATIQUE DU LEGS RÉMUNÉRATOIRE

985. Le fait pour un aidant, de souhaiter être dédommagé sur le montant de la succession de son proche défunt, n'est pas toujours le fruit d'une initiative solitaire. La personne âgée bénéficiant du soutien d'un proche particulièrement dévoué peut aspirer à le récompenser. Ce sentiment est bien naturel, et plusieurs voies de droits permettent de le mettre en œuvre. Dans ce cadre, la personne aidée peut chercher à projeter sa volonté dans la phase *post mortem* en organisant la récompense de l'aidant. La désignation de l'aidant comme bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie est le mode le plus commode en la matière, puisque cela permet de concrétiser la récompense souhaitée pour l'aidant. Le problème est que le fruit d'un contrat d'assurance sur la vie ne permet pas de créer un réel rapport entre l'aide fournie et sa contrepartie financière. Cette faille peut paraître minime pour la plupart des personnes dans ces situations. Elle est pourtant de taille pour d'autres.

986. Certaines personnes souhaitent que les efforts de leurs aidants soient récompensés à juste titre — c'est-à-dire ni trop, ni pas assez. Pour ce faire, elles procèdent à des donations rémunératoires. Lorsqu'elles décident que la récompense sera versée après leur décès, elles mentionnent sur leurs testaments l'existence d'une dette d'assistance, pour laquelle l'aidant est désigné comme créancier. Dans l'un et l'autre cas, la rémunération se frotte au risque de qualification en libéralité. Si la jurisprudence en la matière reste assez rare, elle n'en demeure pas moins précise et structurée. La première chambre civile de la Cour de cassation s'est saisie à plusieurs reprises de cette pratique, notamment à l'occasion d'une série de trois arrêts. Le premier fut rendu au début de l'année 2004²⁷⁹³. Des époux avaient agi de concorde, en prévoyant dans leurs testaments, un droit à rémunération au profit de l'un de leurs trois fils, pour les soins qu'il leur aura prodigué jusqu'à leur mort, ainsi que pour le travail bénévole et les dépenses qu'il aura engagé à leur profit. Au décès du dernier des parents, le fils bénéficiaire de la disposition testamentaire, a assigné ses frères, afin que soit fixée la somme qu'il estimait due. La Cour d'appel de Douai ayant refusé de reconnaître la possibilité de déterminer un montant précis concernant l'aide et le soutien fournis par le fils prodige, ce dernier forma un pourvoi en cassation, qui fut accueilli favorablement. « *Un certificat médical en date du 31 mars 1994 établissait "que l'état de santé des parents X... avait nécessité l'aide d'une tierce personne à domicile de 1980 à 1985 pour M. X... décédé le 21 mars 1985 et de 1980 à 1992 pour Mme X... décédée le 8 mars 1992", d'où il résultait que le travail accompli était à tout le moins équivalent à celui résultant de l'assistance quotidienne d'une tierce*

²⁷⁹³ Cass. civ. 1^{ère}, 20 janvier 2004, n° 01-03799, non publié au bulletin.

personne »²⁷⁹⁴. Cette preuve indirecte permettait de déduire la teneur de l'engagement assumé par le bénéficiaire de la disposition testamentaire. En effet, « *si l'objet du legs n'était pas déterminé, il était donc tout au moins déterminable (coût d'une aide à domicile)* »²⁷⁹⁵. Ainsi la Cour de cassation permis qu'une estimation financière soit réalisée, en dehors du simple remboursement de dépenses concrètes.

Dans un autre arrêt rendu le 8 juillet 2010²⁷⁹⁶, la première chambre civile avait effectué un travail de rationalisation sur le montant estimable d'un legs rémunératoire. En l'espèce, une nièce dévouée avait été gratifiée d'un terrain estimé à près de 60 000 €. Au cours de la procédure contentieuse, les soins prodigués par la bénéficiaire de la disposition aux testeurs décédés furent plafonnés aux deux tiers de cette somme. Le tiers restant fut qualifié de libéralité, et reporté sur la quotité disponible de l'actif successoral. La portion dépassant la quotité disponible avait dès lors créé une dette de la nièce, dont l'héritier réservataire unique fut déclaré créancier. Dans ce cadre, la formule traditionnellement observée — « le caractère éventuellement excessif de la libéralité par rapport au service rendu ne lui fait pas perdre son caractère rémunératoire » — fait sens. Lorsqu'un legs censé récompenser un aidant pour ses bons soins, dépasse manifestement la valeur accordée au soutien reçu, alors seule la portion excessive est requalifiée en libéralité.

Lorsqu'il existe une disproportion manifeste de la libéralité, l'autorité prétorienne s'attache à un contrôle global. C'est ainsi que la première chambre civile de la Cour de cassation, a été amenée à l'occasion d'un arrêt rendu le 20 avril 2017²⁷⁹⁷, à casser un arrêt d'appel ayant fait œuvre de trop de rigidité. En l'espèce, le contentieux opposait un petit-fils et une petite-fille concernant la succession de leur grand-mère — le fils de cette dernière était décédé prématurément, et avait laissé ses deux enfants en représentation. La défunte avait, de son vivant, gratifié sa petite-fille de plusieurs dons manuels, si bien que cette dernière fut condamnée en appel à payer à son frère, plus de 40 000 €. La réalité était plus complexe que cela. La requérante faisant valoir que « *certaines versements correspondaient au remboursement des dépenses qu'elle avait exposées pour le compte de leur grand-mère* ». L'existence d'un engagement financier de la bénéficiaire des libéralités a permis à la Cour de cassation de casser l'arrêt d'appel. L'intention libérale de la défunte ne pouvait être

²⁷⁹⁴ Extrait de Cass. civ. 1^{ère}, 20 janvier 2004, préc.

²⁷⁹⁵ M. NICOD, « Le legs rémunératoire et l'assistance familiale », *Recueil Dalloz*, Dalloz édition, 2004, p. 2341.

²⁷⁹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 09-67.135, publié au bull. 2010, I, n° 169. Arrêt commenté par : S. DE LA TOUANNE, « Réduction d'un legs rémunératoire à sa juste valeur », *Dalloz actualité*, Dalloz édition, 23 juillet 2010. V. également à ce propos : Ch. VERNIÈRES, « Une libéralité rémunératoire peut être une libéralité », *AJ Famille*, Dalloz édition, 2010, p. 398.

²⁷⁹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 20 avril 2017, n° 16-14061, non publié au bulletin.

caractérisée uniquement par l'existence d'une disproportion entre les sommes effectivement versées et les sommes reçues en compensation.

987. Les presque quinze années qui séparent chacune de ces décisions de justice, dépeignent un courant jurisprudentiel constant et entièrement dévoué, sinon au soutien des personnes âgées, du moins à la recherche d'une équité dans l'usage du patrimoine successoral. La volonté projetée par les *de cuius* n'est pas respectée de façon absolue. Elle ne survit que partiellement.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

988. Sous réserve que la volonté soit clairement exprimée, elle devrait recevoir un respect des plus absolus. Le choix du lieu de vie est un enjeu central à cet égard, puisqu'il est la condition *sine qua non* d'un vieillissement correspondant à la volonté individuelle. Les besoins individuels liés au vieillissement se densifient au fur et à mesure du vieillissement démographique. Dans ce contexte, le droit du maintien à domicile est stratégique, et ne pourra s'épanouir pleinement qu'à travers l'axe de l'emploi et du service à domicile. Il serait cependant faux de croire que le maintien à domicile est la seule voie royale du vieillissement. De nouvelles formes d'habitat collectif se développent et permettent une cohabitation intergénérationnelle qui ne se limite plus à la sphère familiale.

989. Le poids donné à la volonté exprimée prend toute sa mesure après la mort de son hôte. Le renforcement de la volonté et de l'autodétermination durant la vieillesse ne sera pas effectif si le décès de porteur entraîne une déchéance totale de la volonté. La phase *post mortem* est révélatrice de l'autorité d'une volonté exprimée. Le porteur du choix n'est plus, son choix doit-il lui survivre ? À cet égard, l'acte testamentaire est la forme la plus aboutie de la survivance de la volonté après la mort. En dehors des pages d'un testament, la rémanence de la volonté laisse davantage de place au doute. C'est ainsi que les décisions prises par les proches du *de cuius* peuvent influencer la réalisation des souhaits exprimés de son vivant. En outre, lorsque la volonté n'a pas été clairement fixée *ante mortem*, son identification est capitale. Elle laisse toutefois une large place à l'entourage, censé transmettre les orientations souhaitées par le défunt.

CONCLUSION DU TITRE II

991. Si l'approche juridique spécifique à la vieillesse est jusqu'à ce jour reléguée au rang d'exception, elle pourrait devenir une règle. La théorisation d'un nouveau temps général de vie permettrait de passer outre les notions de vulnérabilité liée à l'âge et d'assurer une effectivité renforcée des droits durant la période de vieillesse. À cet égard, la mise en place de mécanismes visant à assoir la volonté individuelle exprimée pour soi-même ou au profit d'autrui, ou ayant vocation à produire des effets *inter vivos* ou *post mortem*, est nécessaire. Le consentement individuel doit être replacé au cœur de la période de vieillesse, afin d'assurer une autodétermination et une maîtrise du vieillissement. L'autonomie de la volonté trouverait ainsi une seconde jeunesse et ne saurait plus souffrir du reflet amoindri que renvoie aujourd'hui la société aux personnes âgées. Le législateur ne peut persister dans une conception d'adaptation de la société qui prend tous les airs d'un assistanat et d'un vieillissement subi.

992. Chaque élément qui compose la vie d'une personne entrant dans la vieillesse devrait être soumis à une décision individuelle et non contrariée. Prenant enfin la juste mesure du tournant démographique, la technique contractuelle pourrait faire montre de son dynamisme habituel et le transposer au profit des enjeux qui caractérisent la vieillesse. Le marché lié à l'offre d'habitat collectif adapté, aux travaux d'aménagements du parc immobilier devrait connaître une expansion à la hauteur de l'évolution démographique. Cependant, ces modifications ne seront viables qu'avec, et par le prisme d'un facteur humain à la hauteur. Le droit de l'aidant devra être développé, ainsi que le droit à l'accompagnement. Cela ne pourra pas être sans qu'une souplesse nouvelle soit apportée à la capacité de mobilisation du patrimoine individuel, que ce soit pour rémunérer le soutien physique, que pour le récompenser spontanément.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

993. Face aux limites de l'appréhension juridique de la vieillesse, l'adaptation de la société au vieillissement se fait plus pressante. L'ampleur du phénomène de transition démographique, ne se contentera pas de quelques ajustements juridiques et sociaux.

994. La proposition de post-majorité portée par cette seconde partie, consiste en la théorisation d'un droit propre à la personne âgée. Il s'agirait donc de partir des droits d'ores et déjà reconnus à la personne en raison de son âge, et de les organiser selon un statut juridique cohérent et structuré ; de combler les carences existantes, et d'apporter une réponse que n'offre pas encore l'ordre juridique actuel. L'alternative : Protéger ou ne pas protéger, prendrait donc une forme inédite. Alors qu'aujourd'hui, le destin juridique d'un adulte semble partagé entre la pleine capacité et les différents régimes de protection juridique, la situation pourrait évoluer en faveur des personnes âgées. Ces dernières pourraient jouir d'un régime juridique propre, protecteur mais respectueux de leur autonomie décisionnelle. La vieillesse deviendrait donc la deuxième période de l'existence protégée pour elle-même. Aux-côtés de la notion d'intérêt de l'enfant se dessinerait donc un intérêt de la personne âgée.

995. La post-majorité propose un nouveau temps général de vie juridique — la post-majorité — qui suivrait naturellement les périodes déjà en place que sont la minorité et la capacité. De cette façon, le législateur pourrait s'adonner à l'organisation d'une protection générale de la personne âgée, sans pour autant tomber dans le raisonnement propre aux régimes d'incapacité. L'objectif recherché est de permettre une protection globale mais non sclérosante, à l'instar de ce qu'offre déjà la logique du droit de la consommation au consommateur. Ainsi, la personne devenant à la fois sur-consommateur ou sur-citoyen durant sa vieillesse pourrait être assurée du respect d'une certaine stabilité dans l'efficience de ses droits tout au long de sa vie. Sous réserve que cette idée soit intégrée indifféremment des notions qui assoient classiquement la protection — vulnérabilité, fragilité etc... — la vieillesse pourrait être protégée simplement pour elle-même. De cette façon elle n'aurait pas à pâtir d'une quelconque évolution de sa place sociétale.

996. Au-delà des enjeux strictement relatifs à la structure juridique d'une post-majorité, ce concept pourrait prendre part à la modélisation d'une société véritablement adaptée au vieillissement. La post-majorité ne tend pas à l'édiction d'une quantité considérable de règles

nouvelles. Cela reviendrait à aller à l'encontre de la logique inhérente à ce principe, tout en se risquant à la sanction portée par l'adage *summum jus, summa injuria*²⁷⁹⁸. Il est néanmoins question de déterminer les outils juridiques nécessaires à la saine appréhension des nombreuses situations juridiques que la réalité démographique ne manquera pas d'apporter. Cela passerait nécessairement par la consolidation des liens de solidarité intergénérationnels, de l'autodétermination durant la phase de vieillesse, et de respect du consentement durant la phase post-mortem.

²⁷⁹⁸ Trop de règles crée l'injustice.

CONCLUSION GÉNÉRALE

997. Au fil de ces pages se dessinent différentes facettes de la vie d'une personne âgée, depuis le seuil souple de sa vieillesse et jusqu'au-delà du terme de son existence. Naissance, vie et fin de la vieillesse s'égrènent, et ce faisant, les effets de l'âge²⁷⁹⁹ avancé sur les aspects juridiques de la vie sont révélés.

998. La conception sociétale de la vieillesse est déterminante du point de vue des rapports de la personne entretient vis-à-vis de ses propres droits, mais également au niveau de ses interactions avec les tiers. Cette influence accroît les évolutions naturelles que l'âge apporte sur le mode de vie de la personne. Les prémices de la vieillesse annoncés par la fin de la vie active, enjoignent l'individu à adapter son mode de consommation ou son rapport aux soins et à la santé. La personne inactive et âgée, est amenée à se repositionner. Son comportement s'adapte naturellement aux effets de son propre vieillissement. Face à l'âge, les agissements des tiers évoluent également. Ces modifications sont parfois fondées sur l'empathie, le respect et l'altruisme que peuvent inspirer la figure de vieillesse. D'autres fois, elles répondent à des impulsions contraires. Certaines personnes se permettent alors de nier la volonté exprimée ou le consentement donné par une personne âgée, et imposent ainsi leurs propres volontés ou desseins. S'ajoutent à ce phénomène, des comportements sectaires dictés par un âgisme plus ou moins assumé. Ces attitudes sont plus ou moins permises par l'ordre juridique actuel, qui consent une certaine permissivité. La nature invasive et sourde de ces agissements explique les limites des sanctions édictées par l'ordre juridique.

999. L'appréhension juridique de la vieillesse s'avère être étrangère à la réalité biologique du processus de vieillissement. Le parcours de vie largement consacré se borne à la constatation de

²⁷⁹⁹ Si l'âge ne détermine pas l'accès aux droits de façon absolue — certains droits sont reconnus avant même la naissance —, il régle de façon décisive l'accès à la maîtrise pleine et entière du *corpus* juridique reconnu à la personne. À ce titre, l'âge de la majorité est le curseur dominant. Sous cet angle, l'âge apparaît comme le curseur d'accès ou d'"inaccès" à l'ensemble des droits de la personne, puisqu'il régle la segmentation juridique de l'existence. L'armature binaire, chère à la discipline, permet la distinction entre la phase de minorité et celle de majorité. Si la majorité constitue la mobilisation la plus évidente de ce curseur, elle n'en est pas l'unique émanation. De façon secondaire, mais extrêmement utile, l'âge contrôle l'accession et la sortie de la vie professionnelle. Il le fait de deux façons. La première est prégnante, à travers l'imposition d'un âge maximal de départ à la retraite. La seconde est latente, et agit par le biais des trimestres écoulés nécessaires au calcul de la retraite.

deux états généraux — la minorité et la majorité — dont seul le second offre une maîtrise pleine et entière des droits. Les effets de la vieillesse sur l'individualité font l'objet d'une conception ambivalente. La vieillesse est tantôt protégée, tantôt ignorée. Dès lors, la nécessité de protection d'une personne âgée ne se fait pas sous le prisme de son âge, mais sous celui de l'altération de ses facultés. La vieillesse n'est pas protégée pour elle-même, mais pour ses effets. Elle demeure un non sujet, alors même qu'elle occupe une place de premier ordre dans toute existence humaine. Chaque personne se trouve confrontée un jour ou l'autre à la vision de son propre vieillissement. Les seules variables étant la durée de vie qu'elle parcourra. Cette conception duale est trop rigide pour pouvoir s'adapter à la réalité. La majorité accomplie, l'âge n'est plus pris en compte qu'à de rares occasions. Soit la personne âgée est traitée comme n'importe quel majeur, soit elle est protégée par un régime spécial qui la conduit sur la voie de l'incapacité juridique. Si l'âge n'est pas totalement absent de la protection commune de la personne, — notamment à travers la notion d'affaiblissement lié à l'âge —, il doit faire l'objet d'un effort probatoire. L'affaiblissement dû à l'âge, la particulière vulnérabilité liée à l'âge doivent être prouvés au contentieux. En outre, l'âge n'est que peu ou prou pris en compte pour lui-même, et n'est accueilli que dans le cadre d'une situation globale de vulnérabilité. Cette particularité réduit de façon significative la protection générale de la personne.

1000. Au cœur d'une transition démographique majeure, les enjeux liés à la conception juridique de la vieillesse sont plus pressants que jamais. « *Trop de misères humaines dans le grand âge, qui soulèvent le cœur et insultent nos intelligences, sont présentes à nos yeux sans que de véritables remèdes n'y soient apportés ou si lentement et si partiellement* »²⁸⁰⁰ dénoncent Madame Florence FRESNEL et Monsieur Albert ÉVRARD. Le droit positif est le reflet de la construction progressive et constante d'une structure sociétale solide, censée œuvrer en faveur de l'intérêt général par le prisme de la mobilisation d'une éthique de liberté, de d'autonomie et de respect mutuel : « La liberté des uns s'arrête là où commence celles des autres ». Au regard de l'évolution démographique, du vieillissement de la population et de la partialité de l'adaptation de la société au vieillissement, la célèbre maxime semble aujourd'hui dépeindre une réalité plus contrastée : La liberté des uns s'arrête là ou s'impose celle des autres. L'âge s'impose implicitement comme un facteur de permissivité, comme s'il pouvait mettre un frein à la liberté de la personne, ou au contraire la renforcer.

1001. Une véritable transition juridique et sociale doit intervenir pour répondre aux besoins des personnes âgées. À l'instar de l'évolution démographique, ces besoins se densifient. La théorisation

²⁸⁰⁰ A. ÉVRARD, F. FRESNEL, « Droits des personnes âgées. Le retard de la France », *Études*, S.E.R., 2016/11, p. 42.

d'un statut juridique propre à la personne âgée devrait permettre de mettre des mots sur les défis qui s'imposent à la société. La création de droits spécifiques à cette catégorie de population, ou l'application spéciale des règles de droit générale, semblent de prime abord s'opposer au principe d'égalité. Il n'en est rien cependant, puisque ces modifications seraient nécessairement au service de l'intérêt général. « *Combien rapidement et que de fois nous changeons d'existence et de chimère ! [...] L'homme n'a pas une seule et même vie ; il en a plusieurs mises bout à bout, et c'est sa misère* » — peut-on lire dans les Mémoires d'outre-tombe de CHATEAUBRIAND. Il fut bien question dans cette étude, de la fugacité de l'existence et de son appréhension juridique. L'adaptation du *corpus* normatif ne doit pas être considéré comme une finalité, mais comme un moyen d'orientation de la société vers sa propre évolution sociodémographique. La proposition présentée à l'occasion de cette thèse, prend le parti d'un renforcement des mécanismes juridiques d'autodétermination, d'expression et de réception du consentement durant la vieillesse. Plus largement encore, il s'agit de proposer une appréhension de et pour la vieillesse, non seulement pour prendre la mesure de l'évolution démographique, mais surtout pour respecter le principe fondamental de liberté individuelle. L'idée consistant en l'insertion d'une *post-majorité* modifierait substantiellement l'ordre juridique établi, mais chercherait avant tout à répondre à un besoin de sécurisation des droits et de la liberté tout au long de l'existence.

1002. Prendre la mesure du vieillissement démographique pourrait passer par la reconnaissance d'un nouveau temps général de la vie juridique. Celle-ci serait dès lors segmentée entre la minorité, la majorité et la post-majorité. La reconnaissance d'une protection diffuse de la vieillesse devrait permettre de replacer la protection juridique des majeurs à sa juste place d'exception. En même temps, elle devrait pouvoir offrir une protection commune renouvelée. Cela dérogerait nécessairement au raisonnement applicable à l'ensemble des majeurs mais devrait conserver une nature générale. La post-majorité devrait permettre la consécration d'un nouveau positionnement juridique : Un géronto-droit qui s'assurerait du maintien d'un niveau d'efficience du *corpus* classique, en dépit de l'affaiblissement intrinsèquement lié au phénomène naturel du vieillissement. En outre, cette entité pourrait également lutter contre les atteintes extérieures portées aux personnes âgées. Les mesures concrètes devraient concourir au renforcement de l'autodétermination durant la période de vieillesse. Le consentement de la personne âgée doit recouvrer le poids attribué au consentement de n'importe quel majeur, sans avoir à souffrir d'une réception amoindrie et limitée. Les interdépendances transgénérationnelles ne peuvent se limiter au cadre familial entendu au sens strict. En effet, c'est en favorisant les interactions entre les générations que la société pourra véritablement répondre aux enjeux du vieillissement démographique. La promotion axiologique de

la vieillesse devrait ouvrir de nombreux possibles, tant au niveau technique et juridique qu'au niveau humain. C'est à cette fin que la présente conclusion est suivie de propositions de fin de thèse.

PROPOSITIONS DE FIN DE THÈSE

1003. Un faisceau d'éléments corrobore l'existence d'une appréhension juridique spécifique de la vieillesse. Fort de la consécration de cette période de la vie en tant que valeur sociale à protéger²⁸⁰¹, le législateur pourrait consentir à une protection plus grande encore. L'idée d'une post-majorité (I), propose une évolution de la perception juridico-sociale de la vieillesse et des personnes âgées (II) à chaque étape de la vieillesse. La théorisation d'un statut juridique propre à la personne âgée embrasserait donc l'entrée dans la vieillesse, son passage, et sa fin.

I. ESSENCE D'UN STATUT DE LA PERSONNE ÂGÉE AU SEIN DE L'ORDRE JURIDIQUE

1004. La proposition d'une théorisation d'une troisième phase générale de vie qui serait, à l'instar de la minorité et de la majorité, régie par son propre régime juridique (B), induit des modifications de la philosophie de l'ordre juridique (A).

A. LA CONSÉCRATION NORMATIVE DE LA PROTECTION DE LA VIEILLESSE

Proposition 1 : Théorisation d'une post-majorité²⁸⁰²

La création d'un statut juridique propre à la personne âgée est fondée sur le principe républicain de fraternité²⁸⁰³.

²⁸⁰¹ Organisation Internationale du travail, Convention C102, n° 102, *concernant la norme minimum de la sécurité sociale*, Genève, 28 juin 1952 entrée en vigueur le 27 avril 1955. Dans un même sens : P. LAROQUE, *et. al.*, *Commission d'étude des problèmes de la vieillesse du Haut comité consultatif de la population et de la famille*, 1962.

²⁸⁰² V. *ci-dessus* : Partie II, Titre I, Chapitre I. : Présentation du concept de post-majorité.

²⁸⁰³ V. *ci-dessus* : Partie II, Titre I, Chapitre II : La post-majorité au service des interdépendances intergénérationnelles.

La post-majorité se conçoit comme le réceptacle d'une protection générale de la vieillesse en tant que valeur sociale à protéger. Afin de mettre en œuvre l'adaptation juridique au vieillissement sans opérer de bouleversements superflus, la protection de la vieillesse pourrait passer par la théorisation d'un troisième temps de vie juridique. Ainsi, l'article 414 du Code civil pourrait être modifié :

Article 414 du Code civil : « *La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance* ». Proposition d'un alinéa supplémentaire : « À soixante-dix ans accomplis, chacun peut se prévaloir du régime de post-majorité ».

Proposition de rédaction pour l'article 414 du Code civil : « La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance.

À soixante-dix ans accomplis, chacun peut se prévaloir du régime de post-majorité ».

B. DE NOUVEAUX FONDEMENTS DE LA PROTECTION.

1005. La post-majorité emporterait une modification de l'appréhension juridique de l'âge (1). Le consentement pourrait faire l'objet d'une protection spécifique durant la vieillesse (2).

1. Le critère de l'âge

Proposition 2 :

L'âge comme fondement suffisant de protection

La post-majorité ouvre le bénéfice d'une présomption d'affaiblissement lié à l'âge. Le raisonnement actuellement suivi en matière d'affaiblissement lié à l'âge est préservé pour les majeurs :

“À soixante-cinq ans accomplis, celui qui prétend à l’affaiblissement lié à l’âge doit le prouver.
À soixante-dix ans accomplis, l’affaiblissement lié à l’âge est réputé établi”

La présomption d’affaiblissement lié à l’âge permet de bénéficier de l’ensemble des dispositions y faisant référence. À titre exemplaire : Les articles 221-4²⁸⁰⁴ relatif au meurtre, 222-10²⁸⁰⁵ relatif aux violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, ou 222-33²⁸⁰⁶ relatif au harcèlement sexuel n’auraient pas à être modifiés.

Proposition 3 :

L’âge comme circonstance aggravante

L’âge avancé de la victime constitue une circonstance aggravante²⁸⁰⁷.

Le juge prononce toujours les sanctions prévues par le Code, lorsque le crime ou le délit a été commis contre une personne âgée.

²⁸⁰⁴ Art. 221-4 CP, tel que modifié par la L. n° 2017-86 du 27 janvier 2017 – art. 171, *relative à l’égalité et à la citoyenneté*, publiée au JORF n° 0024 du 28 janvier 2017, texte n° 1.

²⁸⁰⁵ Art. 222-10 CP, tel que modifié par la L. n° 2017-86 du 27 janvier 2017 – art. 171, préc.

²⁸⁰⁶ Art. 222-33 CP, tel que créé par la L. n° 2012-954 du 6 août 2012 – art. 1, *relative au harcèlement sexuel (1)*, publiée au JORF n° 0182 du 7 août 2012, p. 12921, texte n° 1.

²⁸⁰⁷ V. *ci-dessus* : Partie I, Titre II, Chapitre I, Section II, Paragraphe 1, I, A, 3 : L’âge avancé comme critère d’aggravation de la peine.

Proposition 4 :

Le rôle de lanceur d'alerte²⁸⁰⁸

Le rôle de lanceur d'alerte doit être mis en avant. La société doit être actrice de la protection de la vieillesse. Toute personne ayant connaissance d'actes préjudiciables à l'intégrité d'une personne âgée doit en informer les autorités judiciaires ou administratives. L'article 434-3 du Code pénal fait d'ores et déjà référence à l'âge de la victime, sa lettre ne devrait donc pas être affectée, néanmoins le rôle du lanceur d'alerte souffre d'une trop grande discrétion. Des campagnes de sensibilisation sur devraient être mises en œuvre.

Dans une même veine, certaines professions devraient être particulièrement mobilisées. Le banquier en cas de transferts de fonds inhabituels, le personnel soignant en cas de blessures etc...

Proposition 5 :

Le droit à la non-connexion²⁸⁰⁹

L'exercice des droits et de la citoyenneté ne devrait pas être subordonné à d'autres compétences que celles de savoir lire et écrire de façon manuscrite. Le législateur devrait consentir au maintien des procédures administratives traditionnelles, en parallèle au développement des procédures dématérialisées et numériques, à travers la consécration d'un droit à la non-connexion.

²⁸⁰⁸ V. *ci-dessus* : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section II, §2, II : Le relai aux personnes âgées : Le rôle du lanceur d'alerte.

²⁸⁰⁹ V. *ci-dessus* : Partie II, Titre II, Chapitre I, Section I : Le statut de la personne âgée et la maîtrise des droits à l'heure du numérique.

2. Le consentement de la personne âgée

Proposition 6 :

Le respect du consentement *ante mortem*

Une Convention au service de la vieillesse²⁸¹⁰

La Convention de vieillissement offre une assise à la volonté de l'individu concernant les modalités d'organisation de sa vie durant sa vieillesse.

La Convention de vieillissement comprend une clause de fin de vie, par le truchement de laquelle l'individu exprime sa volonté concernant sa fin de vie.

La Convention de vieillissement permet à la personne âgée de désigner la personne de confiance²⁸¹¹, telle que mentionnée par l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique²⁸¹².

²⁸¹⁰ V. *ci-dessus* : Partie II, Titre II, Chapitre I, Section II, §2 : La maîtrise de la phase de vieillissement : Proposition d'une Convention de vieillissement.

²⁸¹¹ V. *ci-dessus* : Partie II, Titre I, Chapitre I, Section II, Paragraphe 2, II, B, 2 : La post-majorité en matière de santé : Le rôle de la personne de confiance.

²⁸¹² Art. L. 1111-6 Code de la santé publique, tel que modifié par la L. n° 2016-87 – art. 9, *créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie (I)*, publiée au JORF n° 0028 du 3 février 2016, texte n° 1.

Proposition 7 :

Le respect du consentement *ante mortem*

Réaffirmation du principe de respect du domicile

Le choix du mode de vie est libre tout au long de l'existence²⁸¹³.

Le consentement à l'hébergement en établissement spécialisé devrait être régi par un formalisme plus important, permettant de s'assurer de son intégrité²⁸¹⁴.

Proposition 8 :

Le respect du consentement *post mortem*

Traitement du corps sans vie²⁸¹⁵

Les volontés exprimées par le contractant d'une Convention de vieillissement sont appliquées en matière de mode et de lieu d'inhumation.

Proposition de rédaction pour un nouvel article R. 2223-132-1 du Code général des collectivités territoriales :

“Lorsque la réalisation des soins de préparation et de conservation révèle des traces de maltraitance ou de violence, le thanatopracteur réalise tous les signalements qu'il jugera nécessaire”.

²⁸¹³ V. *ci-dessus* : Partie II, Titre II, Chapitre II, Section I, Paragraphe 1 : Le droit et l'habitat durant la période de vieillesse.

²⁸¹⁴ V. *ci-dessus* : Partie I, Titre II, Chapitre I, Section I, Paragraphe 2, II : Les atteintes au mode de vie de la personne âgée.

²⁸¹⁵ V. *ci-dessus* : Partie II, Titre II, Chapitre II, Section II, Paragraphe 2, I : La survie de la volonté pour soi-même durant la phase *post mortem*.

II. SUBSTANCE D'UN STATUT JURIDIQUE PROPRE À LA PERSONNE ÂGÉE

1006. L'évolution du *corpus* juridique applicable aux personnes âgées prendrait notamment corps à travers l'édiction de sanctions pénales (A), mais également des normes sociales (B), fiscales (C) et contractuelles (D). L'enjeu de la capacité du majeur pourrait également connaître certaines modifications (E).

A. LA PROTECTION PÉNALE DE LA VIEILLESSE

Proposition 9 :

La présomption de post-majorité en matière d'abus²⁸¹⁶

L'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de situation de faiblesse fait l'objet d'une présomption lorsqu'il a été commis contre une personne âgée. L'article 223-15-2 du Code pénal²⁸¹⁷ dispose que : « *Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables...* ».

Proposition de modification de l'article 223-15-2 du Code pénal : « Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse **soit d'un mineur, soit d'une personne âgée**, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est

²⁸¹⁶ V. *ci-dessus* : Partie I, Titre I, Chapitre II, Section I, Paragraphe 2, II : La personne âgée face aux pratiques commerciales abusives.

²⁸¹⁷ Art. 223-15-2 CP, tel que modifié par la L. n° 2009-526 du 12 mai 2009, *de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (I)*, publiée au JORF n° 0110 du 13 mai 2009, p. 7920, texte n° 1.

apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables...’’

Proposition 10 :

Le délit de délaissement d’une personne âgée²⁸¹⁸

Modification du délit de délaissement. En l’état, le délit de délaissement n’offre pas une protection optimale. Le critère imposé d’une volonté de délaissement définitif réduit considérablement le champ d’action du délit. Par ailleurs, l’attention spécifique du législateur à l’égard du délaissement d’un mineur de quinze ans dans une section 1 : *Du délaissement de mineur*²⁸¹⁹, pourrait être transposé au profit des personnes âgées.

Proposition de modification du titre de la section 1 : *Du délaissement de mineur* :

“Du délaissement de la personne qui n’est pas en mesure de se protéger en raison de son âge’’

Les articles 227-1²⁸²⁰ et 227-2²⁸²¹ disposent respectivement de la sanction attribuée lorsque le délaissement d’un mineur de quinze ans a

²⁸¹⁸ V. ci-dessus : Partie I, Titre II, Chapitre I, Section I, Paragraphe 2, I, C : Le délaissement d’une personne âgée.

²⁸¹⁹ Code pénal, Partie législative, Livre II : Des crimes et délits contre les personnes, Titre II : Des atteintes à la personne humaine, Chapitre VII : Des atteintes aux mineurs et à la famille, Section 1 : Du délaissement de mineur.

²⁸²⁰ Art. 227-1 CP, tel que modifié par l’Ord. n° 2000-916 du 19 septembre 2000 – art. 3 (V), *portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs*, publiée au JORF n° 0220 du 22 septembre 2000, p. 14877, texte n° 23.

²⁸²¹ Art. 227-2 CP, version en vigueur au 1^{er} mars 1994, codifié par la L. n° 92-684 du 22 juillet 1992, *portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes*, publiée au JORF n° 169 du 23 juillet 1992, p. 9875.

entraîné une mutilation ou une infirmité composent actuellement la section intitulée : *Du délaissement de mineur*. L'article 227-1 est rédigé comme suit : « *Le délaissement d'un mineur de quinze ans en un lieu quelconque est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende, sauf si les circonstances du délaissement ont permis d'assurer la santé et la sécurité de celui-ci* »²⁸²².

L'article 227-2 est rédigé ainsi : « *Le délaissement d'un mineur de quinze ans qui a entraîné une mutilation ou une infirmité permanente de celui-ci est puni de vingt ans de réclusion criminelle.*

Le délaissement d'un mineur de quinze ans suivi de la mort de celui-ci est puni de trente ans de réclusion criminelle »²⁸²³. Le législateur pourrait consentir à fixer expressément des sanctions lorsque le délaissement concerne une personne âgée.

Proposition de modification des articles 227-1 et 227-2 du Code pénal :

“Le délaissement d'un mineur de quinze ans **ou d’une personne âgée** en un lieu quelconque est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende, sauf si les circonstances du délaissement ont permis d'assurer la santé et la sécurité de celui-ci”

“Le délaissement d'un mineur de quinze ans **ou d’une personne âgée** qui a entraîné une mutilation ou une infirmité permanente de celui-ci est puni de vingt ans de réclusion criminelle.

Le délaissement d'un mineur de quinze ans **ou d’une personne âgée** suivi de la mort de celui-ci est puni de trente ans de réclusion criminelle”.

²⁸²² Art. 227-1 CP, préc.

²⁸²³ Art. 227-2 CP, préc.

Sous réserve des modifications précédentes, la Section 2 : *Du délaissement d'une personne hors d'état de se protéger* portant les sanctions de base du délit de délaissement ne devrait plus avoir à traiter des situations où la victime n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge.

Proposition de modification de l'article 223-3 :

“Le délaissement, en un lieu quelconque, d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son état physique ou psychique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende”.

L'article 223-4 n'aurait pas à subir de modification.

La constitution du délit de délaissement ne devrait pas être soumise à l'existence d'une volonté d'abandon définitif.

Proposition 11 :

Le vol d'une personne âgée²⁸²⁴

Suppression de l'immunité en matière de vol intra familial

²⁸²⁴ V. ci-dessus : Partie I, Titre II, Chapitre I, Section I, Paragraphe 1, II, A : Le vol d'une personne âgée.

B. LA PROTECTION SOCIALE DE LA VIEILLESSE

Proposition 12 :

Droit de la personne âgée et droit du travail

Le vieillissement démographique ne devrait pas conduire à l'allongement proportionnel de la période d'activité imposée. Le législateur devra adopter une position sans équivoque vis-à-vis du critère de l'âge, notamment concernant l'âge de sortie de la vie active et d'entrée dans la retraite. Un âge plafond de la vie active ne devrait pas être imposé aux actifs souhaitant prolonger leur activité.

Proposition 13 :

Le soutien social de la vieillesse

*L'accompagnement judiciaire d'une personne âgée*²⁸²⁵.

L'accompagnement judiciaire concernant une personne âgée pourrait ne plus être subordonné à des conditions d'attribution d'aides sociales.

*Le mécanisme de récupération sur succession*²⁸²⁶. Le mécanisme de récupération sur succession devrait être supprimé.

*L'Allocation personnalisée d'autonomie*²⁸²⁷. La demande d'Allocation personnalisée d'autonomie émanant d'une personne âgée doit faire l'objet d'une décision prompte et rapide.

²⁸²⁵ V. ci-dessus : Partie I, Titre II, Chapitre I, Section II, Paragraphe 2, I, A, 1 : La mesure d'accompagnement judiciaire.

²⁸²⁶ V. ci-dessus : Partie I, Titre I, Chapitre I, Section I, Paragraphe 2, I, C : Les limites à la protection sociale de la vieillesse. Également : Partie I, Titre II, Chapitre II, Section I, Paragraphe 1, II, B : La personne âgée et le renoncement aux droits sociaux.

²⁸²⁷ V. ci-dessus : Partie I, Titre I, Chapitre I, Section I, Paragraphe 2, I, C, 2 : L'insuffisance de l'Allocation personnalisée d'autonomie.

Le proche aidant pourrait bénéficier d'une allocation temporaire durant son congé. Le financement de ce mécanisme pourrait être assuré par la caducité du droit au répit durant la période de congé.

Le mécanisme porté par les articles L. 232-3 et suivants du Code de l'action sociale et des familles pourrait être enrichi d'un volet concernant exclusivement les aidants. Les aidants répondant à un critère de ressources pourraient ainsi eux-mêmes bénéficier d'un soutien.

C. LE TRAITEMENT FISCAL DE LA VIEILLESSE

Proposition 14 :

Le soutien fiscal à l'aidant²⁸²⁸

Le débiteur d'une pension alimentaire versée au profit d'un ascendant admissible à l'Allocation personnalisée d'autonomie et qui rémunère en même temps un employé au domicile dudit ascendant devrait pouvoir déduire les deux formes de soutien.

Proposition 15 :

Le soutien fiscal aux donations transgénérationnelles²⁸²⁹

Les plafonds d'abattement en matière de donation intergénérationnelle entre vifs pourraient être modifiés.

Proposition d'une nouvelle formulation pour le premier alinéa de l'article 790 B du Code général des impôts²⁸³⁰ :

²⁸²⁸ V. *ci-dessus* : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section II, Paragraphe 2, I : L'aide aux personnes âgées : le rôle d'aidant.

²⁸²⁹ V. *ci-dessus* : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I, Paragraphe 2 : La sécurisation du lien patrimonial de la grand-parentalité.

²⁸³⁰ Art. 790 B al 1 CGI, tel que modifié par le D. n° 2008-294 du 1^{er} avril 2008 – art. 1, *portant incorporation au code général des impôts de divers textes modifiant et complétant certaines dispositions de ce code*, publié au JORF n° 0078 du 2 avril 2008, p. 5512, texte n° 15. Formulation actuelle : « Pour la perception des droits de mutation à titre gratuit entre vifs, il est effectué un abattement de 30 390 euros sur la part de chacun des petits-enfants ».

“Pour la perception des droits de mutation à titre gratuit entre vifs, il est effectué un abattement de 50 000€ sur la part de chacun des petits-enfants”

Proposition d’une nouvelle formulation pour le premier alinéa de l’article 790 G du Code général des impôts :

“Pour la perception des droits de mutation à titre gratuit entre vifs, il est effectué un abattement de 25 000 euros sur la part de chacun des arrière-petits-enfants du donateur”.

Proposition d’une nouvelle formulation pour l’article 790 G I du Code général des impôts :

“Les dons de sommes d'argent consentis en pleine propriété au profit d'un enfant, d'un petit-enfant, d'un arrière-petit-enfant ou, à défaut d'une telle descendance, d'un neveu ou d'une nièce ou par représentation, d'un petit-neveu ou d'une petite-nièce sont exonérés de droits de mutation à titre gratuit dans la limite de 50 000 €.

Cette exonération est subordonnée au respect des conditions suivantes:

1° Le donateur est âgé de moins de quatre-vingts ans, ou de moins de soixante-cinq ans lorsqu'il consent le don à un enfant ou à un neveu ou une nièce, au jour de la transmission ;

2° Le donataire est âgé de dix-huit ans révolus ou a fait l'objet d'une mesure d'émancipation au jour de la transmission.

Cette disposition ne s’applique pas aux dons consentis aux arrière-petits-enfants

Le plafond de 50 000 € est applicable aux donations consenties par un même donateur à un même donataire”.

D. LA CAPACITÉ CONTRACTUELLE DE LA PERSONNE ÂGÉE

Proposition 16 :

La protection du consentement du cocontractant ou consommateur âgé lors de la conclusion du contrat

*Un instrumentum adapté*²⁸³¹. La taille de police utilisée en matière contractuelle doit être supérieure ou égale à 10.

La protection du cocontractant âgé contre les clauses abusives. Le régime juridique du contrat d'adhésion offre une protection particulière du contractant. L'article 1171 du Code civil dispose à ce sujet que : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

*L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation »*²⁸³².

Dans le contexte d'une théorisation d'un droit propre à la personne âgée, la sous-section 3 : *Le contenu du contrat*²⁸³³, composée des articles 1162 et suivants du Code civil pourrait être enrichie d'une nouvelle disposition. Un article 1171-1 pourrait être inséré *in fine* à ladite sous-section.

²⁸³¹ V. ci-dessus : Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II, Paragraphe 2, I, A : Les avantages contractuels refusés à l'âge.

²⁸³² Art. 1171 C. civ., tel que modifié par l'Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, préc.

²⁸³³ Code civil, Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Sous-titre I^{er} : Le contrat, Chapitre II : La formation du contrat, Section 2 : La validité du contrat, Sous-section 3 : Le contenu du contrat.

Proposition de rédaction pour un nouvel article 1171-1 du Code civil :
“Toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat conclu avec une personne âgée est réputée non écrite”. De cette manière, le législateur pourrait lutter efficacement contre les abus contractuels dont pâtiennent les personnes âgées.

La protection du consentement du consommateur âgé²⁸³⁴. Le consommateur âgé devrait pouvoir bénéficier d’un délai de réflexion et de rétractation adapté.

L’article L. 221-18 du Code de la consommation dispose du délai de rétractation général : « *Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 221-23 à L. 221-25* ».

Proposition de modification de rédaction pour un nouvel alinéa ajouté à cet article :

“Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 221-23 à L. 221-25.

Le consommateur âgé dispose d’un délai supplémentaire de sept jours pour exercer son droit de rétractation dans les mêmes conditions”.

²⁸³⁴ V. *ci-dessus* : Partie II, Titre II, Chapitre I, Section II, Paragraphe 1, II : Le processus d’expression du consentement de la personne âgée.

Dans une même veine, l'article L. 224-79 du Code de la consommation traite du délai de rétractation en matière de contrats ayant un objet particulier : « *le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours francs pour se rétracter d'un des contrats mentionnés aux articles L. 224-69 et L. 224-70, sans avoir à indiquer de motif* ».

Proposition de rédaction d'un alinéa supplémentaire à cet article :

“ le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours francs pour se rétracter d'un des contrats mentionnés aux articles L. 224-69 et L. 224-70, sans avoir à indiquer de motif.

Le consommateur âgé de soixante-dix ans révolus bénéficie d'un délai supplémentaire de sept jours francs pour se rétracter dans les mêmes conditions”.

*Le démarchage à domicile d'une personne âgée*²⁸³⁵. L'abus de faiblesse dans le cadre d'une action de démarchage à domicile est constitué dès la première visite. Le caractère répétitif de la démarche n'est pris en compte qu'en tant que circonstance aggravante.

*Le vice de consentement par dol*²⁸³⁶. L'âge avancé doit être davantage pris en compte en cas de vice de consentement par dol.

²⁸³⁵ V. *ci-dessus* : Partie I, Titre I, Chapitre II, Section I, Paragraphe 2, II, B : Le contrôle du démarchage de la personne âgée.

²⁸³⁶ V. *ci-dessus* : Partie I, Titre II, Chapitre I, Section I, Paragraphe 1, I, A : L'âge et le dol.

E. LA CAPACITÉ JURIDIQUE DE LA PERSONNE ÂGÉE

Proposition 17 :

L'encadrement de l'autorité médicale durant la procédure de placement sous protection

*Consultations mémoire*²⁸³⁷. Le déroulement des consultations mémoire devrait être davantage encadré. Sa procédure devrait être étrangère aux critères productivistes qui sont actuellement mobilisés.

*Certificats médicaux circonstanciés*²⁸³⁸. Les certificats médicaux circonstanciés visant à la mise en place d'une procédure de protection juridique d'un majeur devraient être davantage encadrés.

Une grille de critères dédiée pourrait être imposée pour la réalisation des certificats médicaux circonstanciés

Proposition 18 :

L'information et le consentement du majeur protégé

*L'information du majeur durant la procédure de protection*²⁸³⁹. Même s'il ne s'agit que d'une obligation de moyen, l'information du majeur protégé est une priorité.

²⁸³⁷ V. *ci-dessus* : Partie I, Titre II, Chapitre I, Section III, Paragraphe 1, II, A, 1 : Le rôle du médecin dans l'objectivisation du déclenchement de la protection.

²⁸³⁸ V. *ci-dessus* : Partie I, Titre II, Chapitre I, Section III, Paragraphe 1, II, A, 1 : Le rôle du médecin dans l'objectivisation du déclenchement de la protection.

²⁸³⁹ V. *ci-dessus* : Partie I, Titre II, Chapitre I, Section III, Paragraphe 2, III, A, 3 : Critique de la mise sous protection juridique des majeurs.

La recherche de la volonté résiduelle²⁸⁴⁰. L'humanité persiste au-delà de la capacité à exprimer un consentement clair.

Le législateur devrait encourager la recherche permanente de la volonté résiduelle des majeurs protégés, y compris lorsque ceux-ci souffrent de maladies neuro-dégénératives.

Le contrôle de comptes durant la mesure de protection. Le contrôle des comptes du majeur protégé devrait être systématiquement effectué. Pour alléger la tâche du greffier en chef, une procédure de délégation au profit des huissiers de justice pourrait être envisagée. L'article 1254-1 du Code procédure civile, prévoit déjà la faculté pour le greffier en chef de solliciter l'assistance d'un huissier de justice, lorsque la situation s'y prête et que les ressources du majeur concerné par la mesure sont suffisantes pour assumer les frais. Cette procédure pourrait être généralisée.

Le greffier en chef devrait pouvoir entièrement déléguer le contrôle à un huissier de justice lorsque les ressources du majeur le permettent. Si elles ne le permettent pas, la procédure pourrait prendre être calquée sur la forme actuellement proposée — c'est-à-dire d'une action de contrôle menée conjointement par le greffier en chef et par l'huissier sollicité. Les frais pourraient être pris en charges. Le poids du financement d'une telle mesure est justifié par la gravité de la procédure de contrôle des comptes.

²⁸⁴⁰ V. *ci-dessus* : Partie I, Titre II, Chapitre I, Section III, Paragraphe 2, III, A, 2 : Le constat de l'altération des capacités.

Proposition de modification de l'article 1254-1 du Code de procédure civile :

“Pour l'application de l'article 511 du code civil, lorsque les ressources de la personne protégée le permettent et que le directeur de greffe l'estime utile, ce dernier peut solliciter, aux frais de la personne protégée, l'assistance d'un huissier de justice dans sa mission de vérification des comptes.

Le directeur de greffe l'estime utile, il peut déléguer la mission de vérification des comptes à un huissier de justice, aux frais de la personne protégée.

Les frais occasionnés peuvent être pris en charge si les ressources de la personne protégée ne permettent pas de solliciter le concours d'un huissier de justice.

La personne protégée et la personne désignée pour exercer la mesure de protection en sont informées par tout moyen ; ceux-ci peuvent déférer cette décision au juge des tutelles, qui statue sur la requête par une ordonnance non susceptible de recours.

L'huissier de justice peut consulter l'ensemble des pièces relatives aux comptes figurant dans le dossier de la personne protégée, au greffe de la juridiction qui le détient, sans autre restriction que les nécessités du service, et en conserver les copies nécessaires à l'exécution de sa mission, mais ne peut les communiquer à un tiers”.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

S. ABRAVANEL-JOLLY

Droit des assurances

Ed. Ellipses, 2^{ème} édition, 2017.

J.-J. AMYOT

Innommable et innombrable. De la vieillesse considérée comme une épidémie

Ed. Dunod, Coll. Santé Social, 2014.

J.-P. AQUINO, et al.

Anticiper pour une autonomie préservée : un enjeu de société

Comité avancée en âge. Prévention et qualité de vie, 2013.

L. ARAMA, A. EVY

La tutelle, mode d'emploi

Guide des familles de retraite plus, 2012, p. 33.

A. AYNES, X. VUITTON

Droit de la preuve, principes et mise en œuvre processuelle

LexisNexis édition, Coll. Procédures, Droit & professionnels, 2013, p. 46 et s.

Th. BARNAY, C. SERMET (dir) et al.

Le vieillissement en Europe ; aspects biologiques économiques et sociaux

Les études de la Documentation française, *La Documentation française*, Paris, 2007.

L. BARTHELEMY, J. BODARD, J. FEROLDI (dir)

Actions collectives "bien vieillir" : repères théoriques, méthodologiques et pratiques

Dossier santé en action, INPES, 2014.

B. BEIGNIER, R. CABRILLAC, H. LÉCUYER, et. al.,

Le Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités

Ed. Lamy, actualisation 2016, n° 204-3.

V.-L. BENGTON, A. LOWENSTEINE

Global Aging and Challenges to Families

Ed. Aldine DE GRUYTER, New York, 2003.

J.-F. BERT

Introduction à Michel FOUCAULT

Coll. Repère – Sociologie, 2011.

A. BILLAUT

Les 100 mots de la Grèce antique

Presses Universitaires de France, Coll. Que sais-je ?, 2012, p. 49.

M. BILLÉ, D. MARTZ

La tyrannie du ‘‘Bien vieillir’’. Vieillir et rester jeune

Ed. ÉRÈS, Coll. L’âge et la vie. Prendre soin des personnes âgées... et des autres, 2018.

J.-R. BINET (dir) et al.

Droit et vieillissement de la personne

Ed. LITEC Lexis Nexis, Coll. Colloques & Débats, Paris, 2008.

X. BIOY

Droits fondamentaux et libertés publiques

Ed. Lextenso LGDJ, Coll. Cours, 3^{ème} édition, 2014.

A. BLAIKIE

Ageing and popular culture

Cambridge University Press, 1999.

F. BRUGÈRE

L’éthique du ‘‘care’’

Ed. Presses Universitaires de France, Coll. Que sais-je ?, 3^{ème} édition, 2017.

M. BOURASSIN, Ch. COUTANT-LAPALUS (dir) et al.

Les droits des grands-parents. Une autre dépendance ?

Ed. Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Actes, 2012.

O. BOURGUIGNON, L. ROUSSEL

La Famille après le mariage des enfants : étude des relations entre générations

Ed. Presses Universitaires de France et INED, 1976.

J.-F. BURGELIN, J.-P. GRIDEL (dir).

Vieillissement démographique et Droit

Ed. Dalloz-Sirey, Coll. Thèmes et Commentaires, 1999.

L. BURGORGUE (dir) et al.

La vulnérabilité saisie par les juges en Europe

Ed. Pedone, Coll. Cahiers Européens, Paris, 2014.

V. CARADEC

Sociologie de la vieillesse et du vieillissement

Ed. Armand COLIN, Coll. Domaines et approches, 3^{ème} édition, 2012.

Les comportements résidentiels des retraités. Quelques enseignements du programme de recherche « vieillissement de la population et habitat »

Ed. Université des Sciences et Technologie de Lille, Coll. espace populations société, 2010.

J. CARBONNIER

Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur

Ed. LGDJ, 10^{ème} édition, 2001, p. 384.

J. CARBONNIER, P. CATALA, J. DE SAINT-AFFRIQUE, G. MORIN

Des libéralités : une offre de loi

Ed. Defrénois, 2003.

G. CASELLI, J. VALLIN, G. WUNSCH

Démographie. Analyse et synthèse VII, histoire des idées et politiques de population

Ed. INED, Coll. Manuels, 2006.

J.-F. CESARO (dir) et al.

L'égalité en droit social

Ed. LexisNexis, Coll. Actualité, 2012.

M. CHARLES et al.

Vieillir libre

SoPhot, Association Pour Que l'Esprit Vive, Paris, 2008, p. 5.

M. COLLET

Droit fiscal

Ed. PUF, Coll. Thémis Droit, 5^{ème} édition mise à jour, 2015.

G. CORNU

Vocabulaire juridique

Ed. PUF, 2014.

L'âge civil

Mélanges P. ROUBIER, Dalloz, 1961, t. II, p. 9.

M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY

Droit des sociétés

Ed. Litec, Coll. Manuels juris classeur, 15^{ème} éd., 2002.

Ch. DE JAEGER

La gérontologie

Ed. PUF, Collection Que sais-je ? 2008, 3^{ème} édition, p. 24-33.

Ph. DEVAL et al.

Guide du droit de la personne âgée

Ed. Mots composés, Coll. Guide juridique, Paris, 2010.

B. DUBREUIL (dir) et al.

La protection des personnes vulnérables

Ed. Le particulier, Coll. Guide encyclopédique, 2^{ème} édition, 2014.

F. DOUET

Précis de droit fiscal de la famille

Ed. LITEC, Coll. Litec Fiscal, Paris, 2011.

V. ÉGÉA

Libéralités, in Répertoire de procédure civile

Dalloz édition, 2012 actualisation 2016, n° 112 s.

L. FONTAINE

L'économie morale. Pauvreté, crédit et confiance dans l'Europe préindustrielle

NRF essais, Gallimard édition, 2008.

E. GALLANT

Capacité, in *Répertoire de droit international*

Dalloz édition, septembre 2015, n° 12.

F. GIRARD

Essai sur la preuve dans son environnement culturel

Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Laboratoire de droit privé & sciences criminelles, t. I, 2013, p. 19.

S. GOLTZBERG

L'argumentation juridique

Dalloz édition, Coll. Connaissance du droit, 2013, p. 72 et s

V. GOURDON

Histoire des grands-parents

Ed. Librairie Académique PERRIN, Coll. Pour l'histoire, 2001.

M. GRIMALDI

L'intérêt du testament-partage, in *Droit patrimonial de la famille*

Dalloz action, Livre IV, Chapitre 411, n° 411.33.

J.-C. HENRARD

Les défis du vieillissement. La vieillesse n'est pas une maladie !

Éd. La Découverte, Mutualité française, 2002.

M. HERZOG-EVANS

Droit de l'exécution des peines

Ed. Dalloz, Coll. Dalloz action, 5^{ème} édition, 2016-2017.

Cl. JAVEAU

Sociologie de la vie quotidienne

Presses Universitaires de France, Coll. Que sais-je ? 2^{ème} édition, 2011, p. 41.

J. JEAN, A. JEAN

Mieux comprendre la tutelle et la curatelle

Ed. Vuibert, Coll. Guid'utile, Paris, 2011.

C. LACOUR

Vieillesse et Vulnérabilité

Ed. Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Centre Pierre KAYSER, Aix en Provence, 2007, p. 70-71.

C. LALIVE D'EPINAY, S. CAVALLI

Le quatrième âge ou la dernière étape de la vie

Ed. Presses polytechniques et universitaires romandes, Coll. Le savoir suisse, Lausanne, 2013.

H. LE BRAS

Naissance de la mortalité. L'origine politique de la statistique et de la démographie

Éd. GALLIMARD – LE SEUIL, Coll. Hautes études, 2000.

N. LE DOUARIN, C. PUIGELIER (dir) et al.

Science éthique et Droit

Ed. O. JACOB, 2007.

E. LEVINAS

Le temps et l'autre

Ed. Fata Morgana, 1979.

E. LUISIN-PAGNOD, M. SOULARD-PECHBERTY, F. DURIEZ et al.

Protéger les personnes vulnérables. Regards croisés sur la protection de mandataire judiciaire à la protection des majeurs

Ed. L'Harmattan, Coll. Savoir et formation, 2014.

Ph. MALAURIE, L. AYNES

Les personnes, la protection des mineurs et des majeurs

Ed. Defrénois Lextenso éditions, coll. Droit civil, Paris, 5^{ème} édition, 2010.

Droit des personnes, la protection des mineurs et des majeurs.

Ed. Defrénois Lextenso éditions, coll. Droit civil, Paris, 8^{ème} édition, 2015.

Ph. MALAURIE, C. BRENNER

Droit des successions et des libéralités

Ed. LGDJ – Lextenso, Coll. Droit civil, 7^{ème} édition, 2016.

N. MAILLARD

La vulnérabilité une nouvelle catégorie morale ?

Ed. Labor et Fides, Coll. Le champ éthique, Genève, 2011.

D. MAINGUY

Contrats spéciaux

Dalloz édition, Série : Cours Dalloz, 10^{ème} édition, 2016.

D. MAINGUY, J.-L. RESAUD

Droit des obligations

Ellipses édition, Coll. Cours Magistral, 2008.

I. MALLON

Vivre en maison de retraite : le dernier chez soi

Ed. Presses Universitaires de Rennes, Coll. Le sens social, 2005.

Th. MARTIN et al.

Arithmétique politique dans la France du XVIII^{ème} siècle

Ed. INED, Coll. Classiques de l'économie et de la population, études & enquêtes historiques, 2003, p. 352.

A. MEMMI

La dépendance

Ed. Gallimard, 1979.

P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE

Technique contractuelle

Ed. Francis LEFEBVRE, 5^{ème} édition, 2017.

I. NAJJAR

Pacte sur succession future, in *Répertoire de droit civil*

Dalloz édition, 2012, actualisation 2015.

F. PETIT

Droit de la protection sociale

Ed. Gualino Lextenso, Coll. Master Pro, 2^{ème} édition, 2014.

L'essentiel du droit de la protection sociale

Ed. Gualino Lextenso, Coll. Les carrés, 2015.

P. POCHET

Les personnes âgées

Ed. La découverte, Coll. Repères, Paris, 1997.

G. RAOUL-CORMEIL (dir) et al.

Nouveau droit des majeurs protégés, difficultés pratiques

Ed. Dalloz, Coll. Thèmes Commentaires et Actes, 2012.

G. ROCHER

Introduction à la sociologie générale. L'action sociale

Ed. Points, Coll. Essais, Paris, 1968.

F. ROUVIÈRE (dir) et al.

Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité. Études de droit français et de droit comparé

Ed. BRUYLANT, 2011.

E. SAVAUX (dir) et al.

Répertoire de droit civil

Ed. Dalloz, (actualisation 2016).

Répertoire de procédure civile

Ed. Dalloz, (actualisation 2017).

H.-J. STIKER

Corps infirmes et société. Essais d'anthropologie historique

Ed. Dunod, 2013.

F. TERRÉ, D. FENOUILLET

Droit civil, les personnes : personnalité – incapacité – protection

Ed. Dalloz, Coll. Précis de droit privé, 8^{ème} édition, 2012.

J-P. TREGUER

Senior marketing, vendre et communiquer au marché des plus de 50 ans

Ed. DUNOD, 2000.

F. VIALLA (dir) et al.

Les grandes décisions du droit médical

Ed. LGDJ, 2^{ème} édition, 2014.

D. VIRIOT-BARRIAL (dir) et al.

Une nouvelle politique sociale du vieillissement : historique et prospective d'un défi

PUAM, Coll. Droit social, 2016.

A. VITTU et al.

Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles BOUBEAUX

Co-édition L.G.D.J., Lextenso, Dalloz, 2009.

F. WEBER

Le sang, le nom, le quotidien : une sociologie de la parenté pratique

Ed. Au Lieux D'être, Coll. Mondes contemporains, 2005.

Th. YAN

Le père, la famille et la cité (la lex pompeia et le système de poursuites publiques)

in *Mélanges de l'école française de Rome*, Antiquité, t. 93, n° 2, 1981, p. 643-715.

OUVRAGES SPÉCIAUX

THÈSES

S. ALVAREZ

Prévention et vieillissement : l'expérience individuelle du vieillissement face à la norme contemporaine du "bien vieillir"

Thèse de Doctorat de Sociologie, Grenoble, 2014.

S. AOUICI

Choisir le "bon moment" pour partir à la retraite. Analyse des décisions de fin de carrière des générations 1945-1950

Thèse de Doctorat de Démographie et Sociologie, Paris Ouest, 2015.

G. ARBUZ

Accompagner les expériences de vieillissement. Quel dispositif, quelles démarches privilégier ?

Thèse de Doctorat de Sociologie, Université du Havre, 2013.

F. AZEVEDO DOS SANTOS

Écoutes du vieillissement : la personne âgée dans la postmodernité

Thèse de Doctorat de Sociologie, Université Montpellier III, 2013.

I. BELASSENE

La personne âgée : quel usager du système de retraite ?

Thèse de Doctorat de Droit, Université d'Aix-Marseille 3, 2010.

J.-N. BIRABEN

Les hommes et la peste en France et dans les pays européens et méditerranéens

Thèse de Doctorat Ès-Lettres, Paris, 1975.

Ch. BRES

Le droit à l'accompagnement

Thèse de Doctorat de Droit, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, 2015.

G. BZOWSKI

L'instrumentalisation fiscale du droit de propriété

Thèse de Doctorat de Droit, Paris, 2011.

M.-L. CICILE-DELFOSSE

Le lien parental

Thèse de Doctorat de Droit, Université Paris II (Panthéon-Assas), 2001.

L. DUTHEIL-WAROLIN

La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé

Thèse de Doctorat de Droit, Limoges, 2004.

F. EL MIR EL AYOUBI

Peur de chuter, contrôle supraspinal de la marche et personne âgée : quelle relation ?

Thèse de Doctorat de Santé publique, Angers, 2015.

P. EYSSARTIER

La gestion de patrimoine privé à l'épreuve de l'abus de droit fiscal

Thèse de Doctorat de Droit, Bordeaux, 2014.

L. GATTI

La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne

Thèse de Doctorat de Droit, Poitiers, 2015.

M. Le GOUES

Le consentement du patient en droit de la santé

Thèse de Doctorat de Droit, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2015

I. GRANDGERARD-RANCE

La dépendance des personnes âgées dans une société en vieillissement

Thèse de Doctorat de Droit, Université Paris II, 2003.

Ch. GRIS

Les droits de l'enfant à l'épreuve des droits parentaux : l'exemple du rattachement familial de l'enfant

Thèse de Doctorat de Droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2013.

S. GUENNERY

L'hébergement de la personne âgée dépendante. Modélisation prospective : exemple de la région Poitou-Charentes

Thèse de Doctorat en Urbanisme, Environnement et Aménagement du territoire, Conservatoire national des arts et métiers, 2014.

F. LACHAL

Les nouvelles technologies : une réponse aux effets physiologiques du vieillissement et des maladies liées au grand âge

Thèse de Doctorat de Sciences de la santé, Limoges, 2015.

S. LAPALUS

Pierre RIVIERE et les autres : de la violence familiale au crime : le parricide en France au XIXème siècle (1825-1914)

Thèse de Doctorat d'Histoire, Université de Paris X – Nanterre, 2002.

F. LHUILLIER

Le droit des adultes vulnérables mais capables

Thèse de Doctorat en Droit, Lyon III, 2005.

P. MALHERBE

Les majeurs protégés en France

Thèse de Doctorat de Démographie, Bordeaux IV, 2012.

S. MAYER

Étude des obstacles à l'équité et à l'efficacité du système fiscal français

Thèse de Doctorat de Droit, Paris II, 2016.

L. MICHEL

De la "régressivité" de la volonté dans la protection des majeurs

Thèse de Doctorat de droit privé, Université d'Amiens, 2016.

F. MBALA MBALA

La notion philosophique de dignité à l'épreuve de sa consécration juridique

Thèse de Doctorat de Science juridique, Lille II, 2007.

M. SWEENEY

L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges

Thèse de Doctorat de Droit, Paris Ouest Nanterre La défense, 2010.

C. TERENCE SEIXA

Histoire des vieux, un regard sur le quotidien des personnes âgées au Brésil

Thèse de Doctorat de Sociologie, 2012.

R. TISSERAND

Mécanismes du rattrapage de l'équilibre et évaluation du risque de chute chez une population âgée autonome

Thèse de Doctorat de Biomécanique, Lyon 1, 2015.

S. TISSOT

Effectivité des droits des créanciers et protection du patrimoine familial

Thèse de Doctorat de Droit, Aix Marseille, 2015.

L. RAZÉ

L'âge en droit social. Étude en droit européen, français et allemand

Thèse de Doctorat de Droit, Rennes 1, 2013.

ARTICLES

J.-C.

« Mise en œuvre de la mesure d'accompagnement judiciaire »

Dalloz actualité, Dalloz édition, 2008.

« Protection juridique des mineurs et des majeurs »

Dalloz actualité, Dalloz édition, 2009.

« Réforme des tutelles — Un premier décret sur la procédure »

Juris associations, Dalloz édition, 2009, n° 391, p. 14.

« Réforme des tutelles — Accompagnement social et budgétaire : publication des décrets »

Juris associations, Dalloz édition, 2009, n° 392, p. 7.

D. ALAPHILIPPE

« Self-esteem in the elderly »

Revue thématique, Psychol NeuroPsychiatr Vieil, 2008, vol. 6, n° 3, p. 167-176.

Ch. ALBIGES

« Articulation entre devoir de mise en garde de la caution et exigence de proportionnalité »

Recueil Dalloz, Dalloz édition, 2017, p. 2573.

H. ALBIS

« Impact des évolutions démographiques sur l'épargne et les marchés financiers »

Revue d'économie financière, Association d'économie financière, 2016/2, n° 122, p. 165-178.

S. ALVAREZ

« Émergence et évolutions de la prévention dans les politiques de la vieillesse »

La Revue de l'Ires, I.R.E.S., 2016/1, n° 88, p. 33-61.

M- C. AMAUGER-LATTES

« La discrimination fondée sur l'âge : une notion circonstancielle sous haute surveillance »

Retraite et société, La Documentation française, Cnav., 2007/2, n° 51, p. 27-41.

J.-J. AMYOT

« Les tribulations de la coordination gérontologique : des stratégies aux usagers »

Vie sociale, ERES édition, 2010/1, n° 1, p. 25-42.

« Vieillesse, contrôle social et idéologie sécuritaire. Entre autonomie et dépendance »

Vie sociale, ERES édition, 2012/1, n° 1, p. 125-143.

J. ANKRI

« De la coordination à l'intégration. Petite histoire d'une recherche permanente de défragmentation du système d'aide et de soin aux personnes âgées »

ADSP, Politique de l'âge et santé, 2013, n° 85, p. 36.

L. APROBERT

« Les pensions de réversion du régime général : entre assurance retraite et assistance veuvage »

Retraite et société, La Documentation française, Cnav., 2008/2, n° 54, p. 94-106.

J- P. AQUINO

« Le Plan national “Bien vieillir” »

Retraite et société, La Documentation française, Cnav., 2007/3, n° 52, p. 152-157.

D. ARGOUD

« Le pouvoir gris à l'épreuve du territoire »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2012/4, n° 143, p. 63-76.

« L'isolement des personnes âgées. De l'émergence à la construction d'un problème public »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2016/1, vol. 38, n° 149, p. 25-40.

« Nouveaux acteurs, nouveaux enjeux : quel avenir pour l'action sociale vieillesse ? »

Vie sociale, ERES., 2016/3, n° 15, p. 101-115.

A.-P. ARISTON BARION PERES, T. FOSSIER

« Vulnérabilité et affaiblissement : quel statut civil pour la personne âgée ? Les exemples français et brésilien »

Droit de la famille, Lexis Nexis édition, n° 10, 2005, étude 20.

C. ARNOLD, M. LELIEVRE

« Niveau de vie et pauvreté des personnes âgées de 1996 à 2012 »

Retraite et société, La Documentation française, Cnav., 2015/1, n° 70, p. 21.

L. ARRONDEL, B. BARBINTI, A. MASSON

« Inégalité de patrimoine entre générations : les donations aident-elles les jeunes à s'installer ? »

Économie et statistiques, Persée édition, 2014, n° 472-473.

D. ARTEIL

« L'ascendant dans le nouveau droit des successions et des libéralités »

Deffrénois, Lextenso édition, 2007, n° 7, p. 477.

P. ARTU

« Vieillesse et déficit budgétaire de l'État »

Retraite et société, La Documentation française, 2006/1, n° 47, p. 35-63.

A. ASTAIX

« Lutte contre la fracture numérique. Proposition de loi relative à la lutte contre la fracture numérique »

Dalloz actualité, Dalloz édition, 15 décembre 2009.

J. ATTARD

« L'exécution de son devoir de conseil par le banquier »

RTD Com. Dalloz édition, 2013, p. 639.

P. AUBERT

« Les âges de sortie d'activité »

Revue française des affaires sociales, La Documentation française, 2012/4, n° 4, p. 79-83.

N. AUGRIS, C. BAC

« Évolution de la pauvreté des personnes âgées et minimum vieillesse »
Retraite et société, La Documentation française, Cnav. 2008/4, n° 56, p. 13-40.

V. AVENA-ROBARDET

« Trois avis en droit de la famille »
AJ Famille, Dalloz édition, 2013, p. 402.

J.-J. AYMOT

« Vieillesse, contrôle social et idéologie sécuritaire. Entre autonomie et dépendance »
Vie sociale, éditions ERES, 2012/I, n° 1.

D. AZINCOURT

« Conditions de validité et d'efficacité des donations »
AJ Famille, Dalloz édition, 2014, p. 593.

A. BABEAU, F. CHARPIN

« Une nouvelle vision des comportements des ménages »
Revue d'économie financière, Association d'économie financière, 2013/2, n° 110, p. 254.

A.-L. BAGUR

« L'assurance privée face à la dépendance »
Retraite et Société, La Documentation française, 2003/2, n° 39, p. 37-57.

L. BARTHELEMY, J. BODARD, J. FEROLDI (dir.)

« Dossier santé en action, Actions collectives “bien vieillir” : repères théoriques, méthodologiques et pratiques »
INPES, 2014, p. 26.

L. BARTHELEMY, S. PIN, L. RICHARD, J. FILIATRAULT

« Les déterminants socio-environnementaux de la santé des aînés »
La santé de l'homme, INPES, 2011, n° 411, p. 11.

Ph. BAS

« Les personnes âgées en situation de dépendance »
ADSP, éditorial, 2006, n° 56, p. 1.

A. BAUDRY-MERLY, L. HARDY

« Entre autonomie et contraintes. Dépasser des injonctions contradictoires »
Le sociographe, Champ social, 2015/2, n° 50, p. 73-85.

M. BAUER

« Le respect de la personne âgée dépendante en institution »
VST – Vie sociale et traitement, ERES, 2005/2, n° 86, p. 116-134.
« Réforme de la protection des majeurs : les nouveaux professionnels »
AJ Famille, Dalloz édition, 2009, p. 61.

M. BAUER, C. MEAR

« La réforme de la protection juridique : quel profit pour les majeurs protégés ? »

Vie sociale, ERES, 2010/3, n° 3, p. 151-161.

É.-É. BAULIEU

« La quête de la jouvence »

Les Tribunes de la santé, Presses de Science Po., 2006/4, n° 13, p. 69-75.

M. BEAULIEU, M. CREVIER

« Contrer la maltraitance et promouvoir la bientraitance des personnes âgées. Regard analytique sur les politiques publiques au Québec »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2010/2, n° 133, p. 69-87.

A. BELIARD, *et al.*

« « C'est pour son bien ». La décision pour autrui comme enjeu micro-politique »

Sciences sociales et santé, John Libbey Eurotext, 2015/3, vol. 33, p. 5-14.

A. BÉLIARD

« Théories diagnostiques et prise en charge : le recours à une consultation mémoire »

Retraite et société, La Documentation française, 2008/1, n° 53, p. 147-165.

N. BELORGEY, É. PINSARD, J. ROUSSEAU

« Naissance de l'aidant. Les pratiques des employeurs face à leurs salariés soutenant un proche »

Genèse, Belin édition, 2016/1, n° 102, p. 67-88.

A. BERARD

« L'évolution de la politique de santé face à l'enjeu du vieillissement de la population »

Vie sociale, ERES, 2016/3, n° 15, p. 131-147.

C. BERNFELD, F. BIBAL

« Pretium pulchritudinis : de la disgrâce du dommage à l'inesthétique du préjudice »

La Gazette du Palais, Lextenso édition, 2013, n° 173.

Cl. BERR, M. ZINS

« Épidémiologie et parcours de vie : « Pour faire un vieux, il faut toute une vie » »

ADSP, Démographie et état de santé des personnes âgées, 2013, n° 85, p. 25.

M. BERTHEL, M.-C. PETER-BOSQUILLON

« Impact des évolutions démographiques sur les organisations sanitaires »

Gérontologie et société, Fondation nationale de gérontologie, 2012/3, n° 142, p. 15-30.

P. BERTHET

« La récupération des prestations d'aide sociale »

Journal du droit des jeunes, 2002/2, n° 212, p. 8-19.

« Obligations alimentaires et personnes âgées dépendantes »

AJ Famille, Dalloz édition, 2003, p. 250.

« Vieillesse de la population : le point sur la réforme – l'Allocation personnalisée d'autonomie après la loi d'adaptation au vieillissement... un verre à moitié vide »

AJ Famille, Dalloz édition, 2016, p. 100.

H. BERTHOUD-RIBAUDE

« Le sort de la société civile immobilière dans la procédure collective »

RTD com. Dalloz édition, 2003, p. 259.

H. BERTILLOT, M.-A. BLOCH

« Quand la “fragilité” des personnes âgées devient un motif d'action publique »

Revue française des affaires sociales, La Documentation française, 2016/4, n° 8, p. 107-128.

M. BESSIN

« Cour de vie et flexibilité temporelle. La crise des seuils d'âge : service militaire, majorité juridique [compte-rendu] »

Population, Ar Bs édition, Persée, 1994, n° 49-2, p. 538-540.

J.-F. BICKEL, S. CAVALLI

« De l'exclusion dans les dernières étapes du parcours de vie. Un survol »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2002/3, vol. 25, n° 102, p. 25-40.

M. BILLÉ

« Vieillir : les paradoxes de l'abdication »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2009/4, n° 131, p. 147-156.

L. BIZZINI, C.-H. RAPIN

« L'âgisme. Une forme de discrimination qui porte préjudice aux personnes âgées et prépare le terrain de la négligence et de la violence »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2007/4, n° 123, p. 263-278.

D. BLANCHET

« Démographie et soutenabilité du système de retraite : les réformes ont-elles tout résolu ? »

Informations sociales, CNAF, 2014/3, n° 183, p. 126-135.

H. BLASQUIET-REVOL et al.

« Les retraités : acteurs de la création d'activités »

Gérontologie et société, Cnav., 2011/3, n° 138, p. 52.

M. BODIER

« Les effets de l'âge et de génération sur le niveau et la structure de la consommation »

Économie et statistique, INSEE, n° 324-325, 1999, p. 167-172.

J.-P. BOIS

« Vincent GOURDON, Histoire des grands-parents »

Revue d'histoire moderne et contemporaine, Belin édition, 2002/5, n° 49-4 bis, p. 166-168.

G. BOISGUERIN, L. MAURO

« Les personnes âgées aux urgences : une patientèle au profil particulier »

Études et résultats, DREES, 2017, n° 1007, p. 1-6.

« Les personnes âgées aux urgences : une santé plus fragile nécessitant une prise en charge plus longue »

Études et résultats, DREES, 2017, n° 1008, p. 1-6.

C. BOISMAIN

« Présentation des travaux du Professeur Ian R. MACNEIL »

Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2016/1, vol. 76, p. 51-55.

C. BONNET, J-M. HOURRIEZ

« Quelle variation du niveau de vie suite au décès du conjoint ? »

Retraite et société, La Documentation française, Cnav., 2008/4, n° 56, p. 110-169.

M. BORGETTO

« L'accompagnement, entre droit et politique »

RDSS, Dalloz édition, 2012, p. 975.

H. BOSSE-PLATIERE

« L'esprit de famille... Après les réformes du droit des successions et des libéralités »

Informations sociales, CNAF, 2007/3, n° 139, p. 78-93.

M. BOTBOL-BAUM

« Pour sortir de la réification de la vulnérabilité, penser la vulnérabilité du sujet comme capacité »

Journal international de Bioéthique, ESKA, 2016/3, vol. 27, p. 13-34.

M. BOULMIER

« Habitat, territoires et vieillissement : un nouvel apprentissage »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2011/1, n° 136, p. 29-46.

J. BOURDIEU, L. KESZTENBAUM

« Comment vivre vieux dans le monde vieillissant ? Les personnes âgées en France, 1820-1940 »

Population, INED, 2007/2, vol. 62, p. 221-252.

E. BOURRIE

« La capacité de recevoir à titre gratuit de l'aide-ménagère à nouveau dans la tourmente »

AJ Famille, Dalloz édition, 2013, p. 639.

J. BOUTON

« Vers une généralisation du lanceur d'alerte en droit français »

Rev. Trav., Dalloz édition, 2014, p. 471.

A. BOZIO, A. GRAMAIN, C. MARTIN

« Quelles politiques publiques pour la dépendance ? »

Notes du Conseil d'analyse économique, Conseil d'analyse économique, 2016/8, n° 35.

I. BRIDENNE, C. METTE

« Le cumul emploi-retraite des salariés : constats et enjeux »

Revue française des affaires sociales, La Documentation française, 2012/4, n° 4, p. 136-159.

M. BRISSE

« La jurisprudence européenne sur les discriminations fondées sur l'âge »

Retraite et société, la Documentation française, 2007/2, n° 51, p. 286-291.

A. BRODIEZ-DOLINO

« La vulnérabilité, nouvelle catégorie de l'action publique »

Informations sociales, CNAF, 2015/2, n° 188, p. 10-18.

B. BROSSARD

« Jouer sa crédibilité en consultation mémoire. Les personnes âgées face à l'évaluation cognitive »

Sociologie, Presses Universitaires de France, 1/ 2013, Vol. 4, p. 1-17.

A. BRUGIERE

« Des technologies qui infantilisent et isolent ou des technologies créatrices de lien ? »

Gérontologie et société, Cnav., 2011/3, n° 138, p. 181-193.

F. BUSBY

« Les personnes âgées et la maltraitance »

AJ Famille, Dalloz édition, 2003, p. 259.

F. CADOU, N. KERSCHEN

« Le maintien à domicile des personnes âgées en France. De la prévention de la dépendance à l'alternative à l'hébergement en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes »

RDSS, Dalloz édition, 1994, p. 399.

A. CAMPÉON

« Les mondes ordinaires de la précarité et de la solitude au grand âge »

Retraite et société, la Documentation française, 2015/1, n° 70, p. 83-104.

« Solitudes en France : mise en forme d'une expérience sociale contemporaine »

Informations sociales, CNAF, 2015/2, n° 188, p. 20-26.

« Vieillesse isolées, vieillesse esseulées ? Regards sur l'isolement et la solitude des personnes âgées »

Gérontologie et société, Caisse nationale d'assurance vieillesse 2016/1 vol. 38, n° 149, p. 11-23.

A. CAMPÉON, B. Le BIHAN-YOUIYOU

« Développement des dispositifs d'aide aux aidants : une démarche d'investissement social ? »

Informations sociales, CNAF, 2016/1, n° 192, p. 88-97.

E. CAMBOIS, C. LABORDE, J.-M. ROBINE

« La “double peine” des ouvriers : plus d’années d’incapacité au sein d’une vie plus courte »
Population et sociétés, Bulletin mensuel d’information de l’institut d’études démographiques,
2008, n° 441.

E. CAMBOIS, J.-M. ROBINE

« Les espérances de vie sans incapacité : un outil de prospective en santé publique »
Informations sociales, CNAF, 2014/3, n° 183, p. 106-114.

V. CARADEC

« L’épreuve du grand âge »
Retraite et société, La Documentation française, 2007/3, n° 52, p. 11-37.
« “Jeunes” et “vieux” : les relations intergénérationnelles en question »
AGORA, Presses de Sciences Po, Coll. Débats/jeunesse, 2008/3, n° 49.

V. CARADEC, et al.

« Les deux visages de la lutte contre la discrimination par l’âge »
Mouvements, La Découverte, 2009/3, n° 59, p. 11-23.

J. CARBONNIER

« La sociologie juridique et son emploi en législation : communication de Jean Carbonnier à l’académie des sciences morales et politiques, Communications (23 octobre 1967), Paris, Académie des sciences morales et politiques, 1968, 91-98 »
L’Année sociologique, Presses Universitaires de France, 2007/2, vol. 57, p. 393-401.

R. CARIO

« Victimisation des aîné(e)s et aide aux victimes »
Revue de science criminelle et de droit pénal, Dalloz édition, 2002, p. 81.
« Les négligences à l’égard des aîné(e)s »
Les Petits affiches, Lextenso édition, 2004, n° 46, p. 3.

A. CARON-DEGLISE

« État des lieux de la protection des majeurs en France. Des principes à la réalité »
Informations sociales, Caisse d’allocations familiales, 2007/2, n° 138, p. 48-61.
« La formation des mandataires judiciaires de protection »
Informations sociales, Caisse nationale d’allocations familiales, 2007/2, n° 138, p. 54 à 55.
« Vieillesse et altération des facultés personnelles. Coconstruire un accompagnement responsable, cohérent et respectueux des droits des personnes »
Retraite et société, La Documentation française, 2014/2, n° 68, p. 23-40.

S. CAVALLI, J.-F. BICKEL, Ch. LALIVE d’ÉPINAY

« Les événements marquants du grand âge sont-ils des facteurs d’exclusion ? une analyse longitudinale »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2002/3, vol. 25, n° 102, p. 137-151.

A. CERF-HOLLENDER

« Le délit d'abus de faiblesse au moyen d'un acte juridique, et plus spécialement d'un testament : grand de sable ou tremblement de terre pour la sécurité juridique ? »

Les Petites affiches, Lextenso édition, 2015, n° 86, p. 52.

A. CERMOLACCE, F. DOUET, V. PERRUCHOT-TRIBOULET

« Ingénierie patrimoniale »

La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n° 50, 16 Décembre 2016, p. 1342.

H. CHAPUT, K. JULIENNE, M. LELIEVRE

« L'aide à la vieillesse pauvre : la construction du minimum vieillesse »

Revue française des affaires sociales, La Documentation française, I/2007, n° 1, p. 57-83.

F. CHALTIEL

« Vers un nouveau droit fondamental du lanceur d'alerte »

Revue de l'Union européenne, Dalloz édition, 2017, p. 593.

G. CHANTEPIE

« L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats »

AJ Contrat, Dalloz édition, 2016, p. 412.

« La lésion, entre désir et déni »

AJ Contrat, Dalloz édition, 2018, p. 104.

« La contractualisation en droit privé »

RFDA, Dalloz édition, 2018, p. 10.

P. De CHARENTENAY

« La pâle fraternité politique », *in* « La fraternité »

Études, S.E.R éditions, 2010/4, t. 412, p. 520.

K. CHARRAS, F. CÉRÈSE

« Être « chez-soi » en EHPAD : domestiquer l'institution »

Gérontologie et société, CNAV, 2017/1, vol. 39, n° 152, p. 169-183.

F. CHÉNEDÉ

« La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres »

AJ Contrats, Dalloz édition, 2018, n° 1, p. 25.

C. CHEVALLIER, H. XUAN, F.-X. ALBOUY

« Déterminants de l'inassurabilité du risque de longévité et marché de la rente viagère »

Revue française d'économie, 2011/4, vol. XXVI, p. 81-119.

A. COLVEZ, J.-M. ROBINE

« L'espérance de vie sans incapacité en France en 1982 »

Population, Persée, 1986, n° 6, p. 1025-1042.

I. CORPART

« Les droits et libertés des personnes âgées et vulnérables renforcés par la loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement »

Revue juridique personnes et famille, Wolters Kluwer – Lamy édition, 2016, n° 6.

P. COTELETTE

« Consommation et épargne : une relation tumultueuse »

Idées économiques et sociales, Réseau Canopé, 2013/4, n° 174, p. 41-50.

J. COUARD

« Parution du décret sur les services d'aide et d'accompagnement à domicile »

Droit de la famille, LexisNexis SA édition, 2016, n° 6, alerte 53.

G. COUDIN, B. BEAUFILS

« Les représentations relatives aux personnes âgées. Vieillesse et âge », actualité et dossier de santé publique, 1997, n° 21, p. XII.

J.-Ch. COUVENHES

« Les kryptoi spartiates »

Dialogues d'histoire ancienne, Presses Universitaires de Franche-Comté, 2014/Supplément 11 (S 11), p. 49.

N. COUZIGOU-SUHAS

« L'art d'être grand-père : de quelques aspects des transmissions intergénérationnelles »

AJ Famille, Dalloz édition, 2002, p. 94.

M. COZIAN

« Le charme des sociétés civiles immobilières : charme intact ou charme fané »

Revue de jurisprudence Commerciale, THOMSON REUTERS transactive, 2004, n° 2.

E. CRENNER

« Le niveau de vie des retraités. Conséquences des réformes des retraites et influence des modes d'indexation »

Retraite et société, La Documentation française, Cnav., 2008/4, n° 56, p. 41-69.

E. De CROUY-CHANEL

« Le Conseil Constitutionnel mobilise-t-il d'autres principes constitutionnels que l'égalité en matière fiscale »

Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, 2011, n° 33.

Ch. DAADOUCH

« La pré-majorité du mineur : avancée ou piège ? »

Journal du droit des jeunes, Ed. Association jeunesse et droit, 2007/1, vol. 261, p. 31-33.

J. DALEAU

« République numérique : après consultation problématique, la discussion parlementaire »

Dalloz actualité, Dalloz édition, 28 janvier 2016.

J. DAMON

« Changements démographiques et sécurité sociale. Défis et opportunité »

Informations sociales, CNAF édition, 2014/3, n° 183, p. 95.

L. DARGENT

« Mise en œuvre de la mesure d'accompagnement judiciaire »

Dalloz actualité, Dalloz édition, 2008.

C. DEBOUT

« La durée de perception de l'Allocation personnalisée d'autonomie : 4 ans en moyenne. Premiers résultats des données individuelles APA 2006-2007 »

DREES, Études et résultats, n° 724, 2010.

C. DÉCHAMP-LE ROUX

« La prévention des risques liés au vieillissement : un nouveau pacte social ? »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2012/5, Hors-Série n° 1, p. 81-91.

M. DELLA SANTA

« Les conséquences de l'urbanisation hellénistique sur la description de Sparte par Pausanias le périégète ».

Dialogues d'histoire ancienne, Presses Universitaires de Franche-Comté, 2014/Supplement11 (S 11), p. 84.

M. DELAUNAY

« Face à la révolution de l'âge : adapter la société au vieillissement »

ADSP, Haut conseil de la santé publique, 2013, n° 85.

L. DELPRAT

« Réforme des tutelles : premier état des lieux »

Vie sociale, ERES, 2010/3, n° 3, p. 49-60.

E. DELOUIS

« Le mandat de protection future : le point sur la mise en œuvre d'un contrat très attendu »

Petites affiches, Lextenso édition, 2010, n° 220, p. 25.

S. DÉOUX, et al.

« L'habitat, facteur de santé des trente dernières années de vie des aînés ? »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie 2011/1 n° 136, p. 91-103.

O. DESHAYES

« La formation des contrats »

Revue des contrats, Lextenso édition, 2016, n° hors-série, p. 21.

M. DION

« Le vieillissement »

L'Europe en Formation, Centre International de Formation Européenne, 2015/3, n° 377, p. 46-60.

« L'isolement et la solitude des personnes âgées au prisme du regard démographique »

Gérontologie et société, CNAV, 2016/1, vol. 38, n° 149, p. 55-66.

A. DIONISI-PEYRUSSE

« Vieillissement de la population : le point sur la réforme – l'acquisition de la nationalité française en faveur des immigrés âgés »

AJ Famille, Dalloz édition, 2016, p. 96.

Ch. DOURLENS

« Les usages de la fragilité dans le champ de la santé. Le cas des personnes âgées »

Alter European Journal of Disability Research 2, ELSEVIER MASSON, 2008, p. 156-178.

J. DOYON

« Le ‘‘père dénaturé au siècle des lumières »

in Familles et justices à l'époque moderne, Annales de démographie historique, Ed. BELIN, 2009/2, n° 118, p. 144.

E. DREYER

« Tout abus de faiblesse est gravement préjudiciable »

La Gazette du Palais, Lextenso édition, 2015, n° 055, p. 34.

P. DREYER

« Habiter chez soi jusqu'au bout de sa vie »

Gérontologie et société, Caisse nationale d'assurance vieillesse, 2017/1, vol. 39, n° 152, p. 9-23.

P. DREYER, A. SAINT-LAURENT

« Nouvelles technologies et sécurité dans l'habitat »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2012/2, n° 141, p. 57-62.

F. DROSSO

« Le viager ou les ambiguïtés du droit de propriété dans les travaux préparatoires du Code civil »

Droit et société, Éditions juridiques associées, 2001/3, n° 49, p. 895-911.

Y. DUBOIS, A. MARINO

« Évolution du rendement du système de retraite entre générations. Calculs par microsimulation pour les salariés du secteur privé »

Retraite et société, La Documentation française, Cnav., n° 73, 2016, p. 19-41, ISSN 1167-4687.

A. DUFOUR, Ph. DAVEAU, A. ROZENKIER

« Vieillir et conduire »

Retraite et société, la Documentation française, 2007/3, n° 52, p. 130-134.

C. DUMAS

« Mobilité des personnes âgées »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2012/2, n° 141, p. 63-76.

B. DUMONS, G. POLLET

« Aux origines du système français de retraite. La construction d'une solution politique au problème de la vieillesse ouvrière au tournant des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles »

Sociétés contemporaines, P.F.N.S.P., n° 24, 1995, p. 11-39.

J- J. DUPEYROUX

« L'âge en droit social »

Droit social, Dalloz, 2003, n° 12, p. 1041.

S. DYENS

« Le lanceur d'alerte dans la loi "Déontologie", un traitement toujours insuffisant »

AJ Collectivités Territoriales, Dalloz édition, 2016, P. 301.

« Le lanceur d'alerte dans la loi "SAPIN 2" : un renforcement en trompe-l'œil »

AJ Collectivités Territoriales, Dalloz édition, 2017, p. 127.

B. ENNUYER

« 1962-2007 : regards sur les politiques du "maintien à domicile" et sur la notion de "libre choix" de son mode de vie »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2007/4, n° 123, p. 153-167.

« À quel âge est-on vieux ? La catégorisation des âges : ségrégation sociale et réification des individus »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2011/3, n° 138, p. 127-142.

« Les malentendus de l'"autonomie" et de la "dépendance" dans le champ de la vieillesse »

Le sociographe, Champ social, 2013/5, hors-série 6, p. 139-157.

A. ÉVRARD, F. FRESNEL

« Droits des personnes âgées. Le retard de la France »

Études, S.E.R., 2016/11, p. 41-52.

B. EYRAUD, P. VIDAL-NAQUET

« La vulnérabilité saisie par le droit »

Revue justice actualités, 2013, p. 3-10.

B. EYRAUD, S. BASCOUGNANO

« Évaluer les (in)capacités civiles. Une enquête sur la médicalisation de la protection juridique »

Recherches familiales, UNAF édition, 2013/1, n° 10, p. 149-161.

A.-L. FABAS-SERLOOTEN

« Vieillissement de la population : le point sur la réforme »

AJ Famille, Dalloz édition, 2016, p. 90.

« Le care sasi par le Droit »

Revue Lamy Droit civil, 2017, n° 147.

B. FATAH

« La réforme des tutelles renforce le droit des personnes vulnérables »

Journal du droit des jeunes, Jeunesse et droit, 2007/8, n° 268, p. 32-36.

D. FAUCHER

« Quand les charmes de l'apport en nue-propriété à une société civile immobilière suivi de donation des parts sont définitivement reconnus »

La revue fiscale du patrimoine, Lexis Nexis, n° 12, 2008, comm. 139.

J. FAURE

« Mal-logement et vieillissement »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie. 2011/1, n° 136, p. 255-267.

Y. FAVIER

« Vulnérabilité et fragilité face au vieillissement : l'approche du droit français »

Revista Tematica Kairós Gerontologia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo 2013, vol. 15, p. 61-68.

« La preuve de la filiation : le droit et la vérité des filiations »

Recherches familiales, UNAF, 2010/1, n° 7, p. 17.

« Vulnérabilité et fragilité : réflexions autour du consentement des personnes âgées »

RDSS, Dalloz édition, 2015, p. 702.

L. FAVOREU et al.

« Jurisprudence du Conseil constitutionnel. 1er juillet - 30 septembre 2001 »

Revue française de droit constitutionnel, 2001/4, n° 48, p. 721-773.

L. FERMAUD

« La garantie des droits des personnes âgées dépendantes »

RDFA, Dalloz édition, 2016, p. 720.

D. FERRÉ, R. PILHERY

« Responsabilité du banquier à l'égard de son client franchisé : les contours de son obligation de conseil et de mise en garde »

AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, Dalloz édition, 2015, p. 482.

S. FERRÉ-ANDRÉ

« Introduction au "droit gérontologique" »

Defrénois, Lextenso édition, 2009, n° 2, p. 121.

A. FIZZALA

« Dépendance des personnes âgées : qui paie quoi ? L'apport du modèle Autonomix »

Les dossiers de la DREES, DREES, mars 2016, n° 1.

C. FLEURIOT

« Le Sénat adopte une proposition de loi sur la protection des lanceurs d'alerte. Proposition de L., 21 novembre 2012 »

Dalloz actualité, Dalloz édition, 23 novembre 2012.

« Protection des lanceurs d'alerte : adoption définitive. Proposition de loi relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte »

Dalloz actualité, Dalloz édition, 11 avril 2013.

Y. FLOUR

« Libéralités et libertés. Libéralités et personnes physiques »

Defrénois, Lextenso Édition, 1995, n° 17, p. 993.

D. FOLSCHEID

« À nouvelle vieillesse, étique nouvelle ? »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2013/1, vol. 36, n° 144, p. 19-30.

E. FORTIS

« La lutte contre l'abus de dépendance des personnes âgées »

RDSS, Dalloz édition, 1992, p. 481.

T. FOSSIER

« Patrimoine et intérêts juridiques, tradition et nouveauté »

AJ Famille, Dalloz édition, p. 52.

M. FOURNIER

« La retraite en trois temps »

Les Grands dossiers des sciences humaines, Sciences Humaines, n° 45, 2017, p. 74-75.

M. FOURRIQUES

« Contrôle fiscal des SCI familiales : droit de communication et contrôle sur place »

Les Petites affiches, Lextenso, 2006, n° 184, p. 3.

O. FOUQUET

« Le Conseil Constitutionnel et le principe d'égalité devant l'impôt »

Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, 2011, n° 33.

F. FRESNEL

« Le rôle de la famille dans le cadre de la nouvelle loi sur la protection des majeurs »

AJ Famille, 2009, p. 16.

« La protection de la personne : nouvelle mission des associations tutélaires »

Juris associations, Dalloz édition, 2013, n° 490, p. 24.

F. FRESNEL, M. PENINON-JAULT

« Protection juridique des majeurs : commentaire du décret du 5 décembre 2008 »

La Gazette du Palais, Dalloz édition, 2009, n° 29, p. 4.

M.-A. FRISON-ROCHE

« Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats »

RTD Civ., Dalloz édition, 1995, p. 573.

J. GALLOIS

« Infractions à la législation de la consommation : entre caractérisation et cumul »

Dalloz actualité, Dalloz édition, 2016.

B. GARBINTI, P. LAMARCHE

« Dossier : Qui épargne ? Qui désépargne ? Les revenus et le patrimoine des ménages »

INSEE, 2014, p. 29.

C. GATTO, V. AVENA-ROBARDER

« Dossier « obligation alimentaire et dépendance » : fiches pratiques des obligés alimentaires d'une personne âgée »

AJ Famille, Dalloz édition, 2014, n° 5, p. 279.

R. GAUDET

« La SCI est-elle un instrument de défiscalisation ? »

Les Petites affiches, Lextenso Édition, 2012, n° 70, p. 6.

E. GENNET, W. KRESSIG

« Chapitre 7. Les personnes âgées vulnérables dans les recherches biomédicales : quelles réponses du droit européen ? »

Journal international de bioéthique, ESKA, 2016/3, vol. 27, p. 115-144.

R. GENTILHOMME

« Vive la réincorporation à la masse d'une donation-partage transgénérationnelle ! »

Defrénois, Lextenso édition, 2011, n° 2, p. 153.

« Donation-partage transgénérationnelle et usufruit successif »

Defrénois, Lextenso édition, 2015, n° 9, p. 496.

« L'anticipation du décès du disposant d'une donation-partage transgénérationnelle »

Defrénois, Lextenso édition, 2016, n° 19, p. 1014.

A. GÉRARD

« Enjeux et stratégies de l'appropriation des espaces collectifs »

Gérontologie et société, CNAV, 2017/1, vol. 39, p. 143-154.

A. GILLET

« Patrimoine professionnel : le recours à la SCI comme méthode de gestion et transmission du patrimoine immobilier »

Les Petites affiches, Lextenso Édition, 2015, n° 202, p. 6.

P.-A. GIRARD

« Les interdits fondés sur une présomption de captation »

Defrénois, Lextenso édition, 2017, n° 15-16, p. 887.

Th. GIRAUD

« Le droit à la déconnexion »

Juris Associations, Dalloz édition, 2017, n° 552, p. 26.

O. GIRAUD

« L'introuvable démocratie du *care* ? La gouvernance multiscalaire des systèmes d'aide et de soins à domicile des personnes âgées entre néo-familialisme et privatisation : les cas de Hambourg et Édimbourg »

Revue européenne des sciences sociales, 2017, n° 55-1, p. 127-147.

V. GOMBAULT

« Deux ménages sur trois disposent d'internet chez eux »

INSEE première, INSEE statistiques, n° 1340, 2 mars 2011.

A. GOSSERIES

« La singularité de l'âge : réflexions sur la jurisprudence communautaire »

Mouvements, La Découverte, 2009/3, n° 59, p. 42-54.

A. GOTMAN

« Vers la fin de la transmission ? De l'usage du logement pour assurer ses vieux jours. Le prêt à hypothèque inversée »

Sociologie, Presses Universitaires de France, 2010/1, vol. 1, p. 141-159.

A. GOURIO

« Répétez après moi : la banque n'est pas tenue à une obligation de conseil en matière de crédit »

AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, Dalloz édition, 2015, p. 172.

A. GOUTTENOIRE

« Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents »

AJ Famille, Dalloz édition, 2008, p. 138.

A. GRAND

« Du rapport LAROQUE à la loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement : cinquante-cinq ans de politique vieillesse en France »

Vie sociale, ERES, 2016/3, n° 15, p. 13-25.

F. GRANET

« L'action en constatation de possession d'état d'enfant naturel est ouverte à toute personne justifiant d'un intérêt légitime (grands-parents) »

Recueil Dalloz, Dalloz édition, 1998, p. 355.

P. GRELLEY

« Contrepoint – Le *care* : revisiter le lien social ? »

Informations sociales, CNAF, 2015/2, n° 188, p. 53.

J.-P. GRIDEL

« La sénescence mentale et le droit »

La Gazette du Palais, Lextenso édition, 2001, n° 081, p. 4.

A. GUENGANT

« Équité, efficacité et égalisation fiscale territoriale »

Revue économique, Vol. 44, n° 4, 1993, p. 835-848.

A-M. GUILLEMARD

« Bulletin de liaison »

Comité d'Histoire de la Sécurité sociale, mars 1981, n° 9, p. 5-29.

P. GUILLET

« Éditorial Santé publique et grand âge »

Actualité et dossier en santé publique, La Documentation française, 1997 n° 20.

J. HAUSER

« La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes »

RDSS, Dalloz édition, 1992, p. 467.

« L'action en constatation de la possession d'état est prescrite par 30 ans »

RTD Civ. Dalloz édition, 1993, p. 337.

« Des incapables aux personnes vulnérables »

Droit de la famille, Lexis Nexis édition, n° 5, mai 2007, étude 14.

« Réforme des tutelles. Les acteurs de la protection : la famille et l'incapable majeur »

AJ Famille, Dalloz édition, 2007, p. 198.

« La notion d'incapacité »

Les Petites affiches, Lextenso édition, n° 164, du 17 août 2000, p. 3 et s., spécialement p. 8.

P. HEBEL

« Comprendre le consommateur âgé. Nouveaux enjeux et perspectives »

Retraite et société, La Documentation française, Cnav., 2015/1, n° 70, p. 175-176.

R. HEBERT

« Grandeurs et misères de l'allocation personnalisée d'autonomie en France »

Gérontologie et société, Fondation nationale de gérontologie, 2011/3, n° 138, p. 67-82.

R. HEBERT et al.

« Le système de mesure de l'autonomie fonctionnelle (SMAF) »

La Revue de gériatrie, n° 28(4), 2003, p. 323-334.

C. HELFTER

« Contrepoint – Grand âge, huis clos et maltraitance »

Informations sociales, Caisse nationale d'allocations familiales, 2015/2, n° 188, p. 66.

K. HENCHOZ, S. CABALLI, M. GIRARDIN

« Perception de la santé et comparaison sociale dans le grand âge »

Sciences sociales et santé, John LIBBEY Eurotext, 2008/3, vol. 26, p. 47-72.

J.-C. HENRARD *et al.*

« Actualité de la Santé Publique »

Haut conseil de la santé publique, 2013, n° 85, p. 10.

« Vieillissement et âge »

« Les représentations relatives aux personnes âgées. Vieillissement et âge »

Actualisé et dossier de santé publique, Haut Conseil de la Santé Publique, 1997, n° 21, p. 4.

P. HENRY, *et al.*

« Vieillissement actif et solidarité intergénérationnelle : constats, enjeux et perspectives »

Think tank européen pour la solidarité, Coll. Working paper, 2010.

F. HÉRAN

« L'inexorable privilège du vieillissement »

Alternatives économiques, Hors-série, n° 85, 2011, p. 26-27.

C. HÉRIN

« Le renforcement des droits des personnes âgées »

Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2014, n° 4, p. 10.

J. HOURNAU-BLANC

« Maladie d'ALZHEIMER et maladies apparentées – approches de la fin de vie. Espace national de réflexion éthique sur la maladie d'ALZHEIMER, contribution à la mission présidentielle de réflexion sur la fin de vie »

Jusqu'à la mort accompagner la vie, Presses universitaires de Grenoble, 2014/2, n° 117, p. 91-101.

J-M. HOURRIEZ

« Les revenus des retraités »

Retraite et société, La Documentation française, Cnav., 2015/1 n° 70, p. 139-144.

D. HOUTCIEFF

« Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats de la preuve et du régime des obligations : le droit schizophrène »

Gaz. Pal., 7 avril 2018, p. 14.

J. HUET

« L'existence d'un devoir de conseil du banquier »

Recueil Dalloz, Dalloz édition, 2013, p. 2921.

C. HUMMEL, V. HUGENTOBLE

« La construction sociale du « problème » intergénérationnel »

Gérontologie et société, Fondation nationale de gérontologie, 2007/4, n° 123, p. 71-84.

Ch. De JAEGER, P. CHERIN

« Les théories du vieillissement »

Médecine & longévité, ELSEVIER MASSON, 2011, vol. 4, p. 155-174.

G. JEHAANNIN

« Choc des âges ou friction générationnelle ? le rapport entre générations dans une société vieillissante »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2013/2, n° 145, p. 44.

A. JOURDAIN, G. GARDIN, Th. FRINAULT

« Épisode caniculaire et personnes âgées, éléments localisés de diagnostic, d'alerte et de plan d'urgence, synthèse des études réalisées dans les régions île de France, Centre, Bourgogne, Auvergne, Haute-Normandie et Franche-Comté »

Document de travail, Série études, Ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, Ministère de la santé et de la protection sociale, DRESS, 2004, n° 43.

G. HYDEN

« L'économie de l'affection et l'économie morale dans une perspective comparative : qu'avons-nous appris ? »

Revue du MAUSS, La Découverte édition, 2007/2, n° 30, p. 161-184.

F. JOLY

« Le pouvoir des aînés dans les mesures de protection juridique »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2012/4, vol. 35, n° 143, p. 185-188.

S. KASS-DANNO

« La réforme des régimes de protection des majeurs : le regard d'un juge des tutelles »

Vie sociale, ERES, 2010/3, n° 3, p. 131-149.

O. KAUFMANN

« La prise en charge des personnes âgées dépendantes ou handicapées en droit allemand »

RDSS, Dalloz édition, 2015, p. 786.

M. KEIM-BARGO

« Focus – le droit à la déconnexion »

Juris Tourisme, Dalloz édition, 2017, n° 194, p. 27

N. KERSCHEN

« La réforme française des retraites de 2010 : un exemple d'eupéanisation des politiques sociales »

Droit et société, Éditions juridiques associées, 2011, n° 77, p. 89-90.

F. KESSLER

« Le droit social et la dépendance des personnes âgées : état des lieux et perspectives »

RDSS, Dalloz édition, 1992, p. 499.

É. KILEDJIAN

« La vieillesse jusqu'au bout est une vie »

Jusqu'à la mort accompagner la vie, éditorial, Presses universitaires de Grenoble, 2014/4, n° 119, p. 5-10.

J. KLEIN

« Le mandat de protection future enfin opérationnel »

AJ Famille, Dalloz édition, 2009, p. 56.

M. KOHLI, H. KÜNEMUND

« La fin de carrière et la transition vers la retraite. Les limites d'âge chronologiques sont-elles un anachronisme ? »

Retraite et société, La Documentation française, 2002/2, n° 36, p. 81-107.

O. KUSNIK-JOINVILLE et al.

« La maladie d'ALZHEIMER et autres démences diagnostiquées chez les 60 ans et plus : caractéristiques de la population et recours aux soins des assurés du régime général en 2007 »

Pratiques et Organisation des Soins 2009/2, Vol. 40, p. 81-90.

C. LACOUR

« La personne âgée vulnérable : entre autonomie et protection »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2009/4, n° 131, p. 187-201.

C. LACOUR, L. LECHEVALIER HURARD

« Restreindre la liberté d'aller et venir des personnes âgées ? L'épineuse question de la capacité à consentir des personnes atteintes de troubles cognitifs »

RDSS, Dalloz édition, 2015, p. 983.

A. LAFERRÈRE

« Vieillesse et logement : désépargne, adaptation de la consommation et rôle des enfants »

Retraite et société, La Documentation française, Cnav., 2006/1, n° 47, p. 65-108.

M. LAMARCHE

« Substitution des grands-parents aux parents »

AJ Famille, Dalloz édition, 2008, p. 141.

« Le consentement des personnes vulnérables : le nouvel avis de la CNCDH peut-il aider à surmonter les difficultés pratiques ? »

Droit de la famille, LexisNexis SA édition, 2015, n° 7-8, alerte 51.

P.-O. LANG

« Quels marqueurs de fragilité pour quelles mesures ? »

La fragilité des personnes âgées, Presses de l'EHESP, 2013, p. 67-82.

B. LAPERCHE et al.

« Silver économie et géront'innovations, Réseau de recherche sur l'innovation »

Document de travail, 2014, n° 42.

G. LAROQUE

« Le libre choix du lieu de vie : une utopie nécessaire »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2009/4, n° 131, p. 45-51.

« Bientraitance, maltraitance, qu'en est-il en France ? »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2010/2, n° 133, p. 63-68.

S. LAUGIER

« L'éthique du *care* en trois subversions »

Multitudes, Association Multitudes, 2010/3, n° 42, p. 113-125.

A. LAUTMAN

« Préface », in F. BÉLAND *et al.*, *La fragilité des personnes âgées*.

Hors collection, Presses de l'EHESP, 2013, p. 5-6.

B. Le BIHAN

« La politique en matière de dépendance. En France et en Europe : des enjeux multiples »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2013/2, n° 145, p. 13-24.

F. Le BORGNE-UGEN

« Les protections juridiques pour les personnes du grand âge. Réduire l'incertitude dans des contextes de vulnérabilité »

Retraite et société, La Documentation française, 2014/2, n° 68, p. 41-61.

H. LÉCUYER

« Assurance vie et droit des successions : dyarchie ou symbiose ? »

AJ Famille, Dalloz édition, 2007, p. 414.

S. Le GAC-PECH

« Bâtir un droit des contractants vulnérables »

RTD civ, Dalloz édition, 2014, p. 581.

L. Le GALL

« Les forces du grand âge, n'en déplaise aux stéréotypes »

Jusqu'à la mort accompagner la vie, Presses Universitaires de Grenoble, 2014/4, n° 119, p. 35-43.

S. LEFEBRE

« Relations intergénérationnelles et vieillissement : nouvelles questions »

Retraite et société, La Documentation française, 2013/1, n° 64, p. 53-68.

B. LEGENDRE

« Fiscalité des retraités, redistribution et équité »

Revue économique, Presses de Science Po, 2014/6, vol. 65, p. 907-930.

A. Le GOFF

« *Care*, empathie et justice. Un essai de problématisation »

Revue du MAUSS, La Découverte, 2008/2, n° 31, p. 203-241.

V. LEGRAND

« Le nouveau droit international privé des successions »

Les Petites Affiches, Lextenso Édition, 2015, n° 99, p. 6.

J. LEONETTI

« Fin de vie : autonomie et vulnérabilité »

Le débat, Gallimard, 2014/5, n° 182, p. 132-143.

M. LEROY

« Découvrir la sociologie fiscale »

Regards croisés sur l'économie, La Découverte, 2007/1, n° 1, p. 94-100.

« L'actualité fiscale de l'assurance-vie »

La Gazette du Palais, Lextenso édition, 2012, n° 203, p. 15.

« L'art de doser l'avantage fiscal et l'effort d'épargne dans l'assurance vie »

L'essentiel Droit des assurances, Lextenso édition, 2012, n° 03, p. 7.

H. LETELLIER, Ch. LICHTENBERGER

« Testament de fin de vie et droit international »

Gazette du Palais, 2015, n° 267, p. 7.

C. LIENHARD

« Position procédurale des grands-parents lors de la séparation des parents »

AJ Famille, Dalloz édition, 2002, p. 88.

G. LOISEAU

« La puissance du cocontractant en droit commun des contrats »

AJ Contrat d'affaires – Concurrence - Distribution, Dalloz édition, 2015, p. 496.

« La déconnexion – Observations sur la régulation du travail dans le nouvel espace-temps des entreprises connectées »

Droit social, Dalloz édition, 2017, p. 463.

B. LUCAS, L. SGIER

« Soutenir la citoyenneté des personnes âgées en institution »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2012/4, vol. 35, n° 143, p. 83-86.

M. LYAZID

« Le vieillissement pose-t-il la question du droit ? »

Les Tribunes de la santé, 2005/2, n° 7, p. 81-88.

G. LYON-CAEN

« Différence de traitement ou discrimination selon l'âge »

Droit social, Dalloz édition, 2003, n° 12, p. 1047.

E. MACIA *et al.*

« La fin de la dépendance ? transformations contemporaines des corps-sujets vieillissants »
Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2013/2, n° 145, p. 167-177.

E. MACIA, N. CHAPUIS-LUCCIANI, G. BOËTSCH

« Stéréotypes liés à l'âge, estime de soi et santé perçue »
Sciences sociales et santé, John LIBBEY Eurotext édition, 2007/3, vol. 25, p. 79-106.

I.-R. MACNEIL

« Restatement (second) of contracts and presentiation »
Virginia Law Review, 1974, vol. 60, p. 589.
« The many futures of contracts »
Southern Californial Law Review, 1974, vol. 47, personne protégée. 738-741.

J. MAGAUD

« P. BOURDELAIS — l'âge de la vieillesse. Histoire du vieillissement de la population »
in Population, Persée édition, 1995, n° 1, p. 197.

Ph. MALAURIE

« La réforme des successions et des libéralités »
Deffrénois, Lextenso édition, 2006, n° 22, p. 1719.

H. MARCHAL

« Vieillir dans un quartier urbain composé de pavillons »
Gérontologie et société, CNAV, 2017/1, vol. 39, p. 27-40.

I. MARIA

« Responsabilité des associations tutélaires : étude critique de la réforme »
Juris association, Dalloz édition, 2013, n° 490, p. 28.
« Le MJPM désormais tenu au secret professionnel ? »
Droit de la famille, LexisNexis édition, 2016, n° 7-8, comm. 159.
« Rappel de l'impossible recours contre la décision plaçant sous sauvegarde de justice » *Droit de la famille*, LexisNexis édition, 2016, n° 4, comm. 95.

C. MARTIN

« Qu'est-ce que le social *care* ? Une revue de questions »
Revue française de Socio-économie, La Découvert, 2008/2, n° 2, p. 27-42.

I. MARTINACHE

« Comment la démographie influe-t-elle sur l'économie ? (et réciproquement) »
Idées économiques et sociales, Réseau Canopé, 2014/3, n° 177, p. 32-44.

R. MASSÉ

« Les sciences sociales au défi de la santé publique »
Sciences sociales et santé, John Libbey Eurotext, 2007/1, Vol. 25, p. 5.

C. MASSET

« À quel âge mouraient nos ancêtres ? »

Population & Sociétés, INED édition, 2002, n° 380, p. 1.

A. MASSON

« Trois paradigmes pour penser les rapports entre générations »

Regards croisés sur l'économie, La Découverte édition, 2010/1, n° 7, p. 11-24.

« L'épargnant propriétaire face à ses vieux jours »

Revue française d'économie, 2015/2, p. 129.

« Comment justifier une augmentation impopulaire des droits de succession »

Revue de l'OFCE, OFCE, 2015/3, n° 139, p. 267-326.

T. MATHE, P. HEBEL, M. PERROT ET D. ROBINEAU

« Comment consomment les seniors ? »

Cahier de recherche, CREDOC, n° 296, 2012, p. 5-46.

B. MATHIEU

« Pour une reconnaissance de “principes matriciels” en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme »

Recueil Dalloz, Dalloz édition, 1995, p. 211.

« La dignité, principe fondateur du droit »

Journal international de bioéthique, ESKA édition, 2010/3, vol. 21, p. 77-83.

Ch. MATHIEU

« Le droit à la déconnexion : une chimère ? »

Revue de droit du travail, Dalloz édition, 2016, p. 592.

B. MATTÉI

« Envisager la fraternité »

Revue Projet, 2010/5, n° 330, p. 66-74.

D. MAZEAUD

« Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats »

Recueil Dalloz, Dalloz édition, mai 2018, n° 17, p. 912.

K. MEGHRAOUI

« Les enjeux juridiques, comptables et fiscaux de la SCI »

Les Petites Affiches, Lextenso Édition, 2016, n° 253, p. 14.

M. MEKKI

« La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme ? »

Recueil Dalloz, Dalloz édition, mai 2018, n° 17, p. 900.

« Droit des contrats »

Recueil Dalloz, Dalloz édition, décembre 2016 - janvier 2018, n° 7, p. 371.

F. MELLERAY

« Codification, loi et règlement »

Cahiers du Conseil constitutionnel, Dossier loi et règlement, 2006, n° 19.

F. MELIN-SOUCRAMANIEN

« Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de Constitutionnalité ? »

Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 29, 2010.

A. MEMMI

« La vieillesse ou la dissolution des pourvoyances »

RDSS, Dalloz édition, 1992, p. 409.

M. MERCAT-BRUNS

« Discrimination fondée sur l'âge et fin de carrière »

Retraite et société, La Documentation française, Cnav., 2002/2, n° 36, p. 109-135.

« Avant-propos »

Retraite et société, La Documentation française, Cnav., 2007/2, n° 51, p. 4-9.

« La réforme des incapacités : un premier pas »

Retraite et société, La Documentation française, 2007/3, n° 52, p. 158-162.

« Âge et discrimination indirecte : une jurisprudence en gestation »

RDT, Dalloz édition, 2011, p. 441.

« Entretien avec Maryvonne LYAZID. La défense des droits des personnes âgées : des citoyens comme les autres »

Retraite et société, La Documentation française, 2014/2, n° 68, p. 143-150.

O. MESNARD

« Les bénéficiaires de l'allocation supplémentaire du minimum vieillesse »

Gérontologie et société, 2002/3, n° 102, p. 154.

A. MEYER-HEINE

« La solidarité à l'égard des personnes âgées en droit de l'Union européenne »

Revue de l'Union européenne, 2016, p. 6.

H. MICHEL

« La notion de fragilité des personnes âgées : apports, limites et enjeux d'une démarche préventive »

Retraite et société, La Documentation française, 2012/1, n° 62, p. 174-181.

M. MIKOU et al.

« La montée en charge des risques sociaux depuis 1945 »

Vie sociale, *ERES*, 2015/2, n° 10, p. 109-130.

N. MILOUDIA

« Réflexion sur la notion de groupe de contrat dans les opérations de dispensation des médicament en EHPAD sans PUI »

Les Petites affiches, Lextenso édition, 2016, n° 156, p. 6.

L. MORLET-HAÏDARA

« La dépendance : un nouveau défi pour l'assurance »

Gazette du Palais, Lextenso édition, 2009, n° 15, p. 3.

P. MORMICHE

« L'avenir des panthères grises sera-t-il vert (et rose) ? »

Actualité et dossier en santé publique, 1997, n° 21, p. XXXVI.

B. MORTAIN

« Des grands-parents aux petits-enfants : trois générations face à la transmission des objets »

Recherches et Prévisions, dossier : familles, vieillissement et générations, 2003, n° 71, p. 45-61.

R. MOULIAS, S. MOULIAS, F. BUSBY

« Édito. La "bientraitance" : qu'est-ce que c'est ? »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2010/2, n° 133, p. 10-21.

F. MOUREAU

« La place de l'avocat dans la nouvelle législation sur la protection des majeurs »

AJ Famille, Dalloz édition, 2009, p. 12.

E. MUIR

« L'âge saisi par le droit communautaire »

Mouvements, La Découverte, 2009/3, n° 59, p. 34-41.

P. MURAT

« Les enjeux d'un droit de la filiation. Le droit français et l'ordonnance du 4 juillet 2005 »

Informations sociales, CNAF, 2006/3, n° 131, p. 6-21.

D. NAHMIASH

« Quelques réflexions sur les mauvais traitements et la négligence exercés à l'endroit des personnes âgées »

Service social, Érudit, Québec, 1995, vol. 44, n° 2, p. 111-128.

S. NÉMOZ

« Le devenir de l'habitat intergénérationnel : une revisite socio-anthropologique »

Gérontologie et société, CNAV édition, 2017/1, vol. 39, n° 152, p. 207-220.

M. NICOD

« Solidarités familiales et dépendance économique des ascendants »

Droit de la famille, Dalloz édition, 2016, n° 6, dossier 19, p. 3.

S. NIQUÈGE

« Le lanceur d'alerte, un ami qui vous veut du bien ? »

AJFP, Dalloz édition, 2014, p. 249.

J. OGG

« La corésidence familiale entre génération adultes : un soutien réciproque »

Retraite et société, La Documentation française, 2015/1, n° 70.

J. OGG, C. CORDIER

« Précarité des retraités en France et en Europe »

Retraite et société, La Documentation française, Cnav., 2015/1, n° 70, p. 130-133.

J. OGG, S. RENAUT, L. TRABUT

« La corésidence familiale entre générations adultes : un soutien réciproque »

Retraite et société, La Documentation française, 2015/1, n° 70, p. 105-125.

C. OLLIVET

« Accompagner la vie dans le long mourir des malades d'ALZHEIMER »

Jusqu'à la mort accompagner la vie, Presses universitaires de Grenoble, 2014/2, n° 117, p. 13-21.

J.-M. PASTOR

« Les politiques publiques dans la République numérique »

Dalloz actualité, Dalloz édition, 11 décembre 2015.

J. PATARIN

« Le caractère autonome de la notion et de la charge de la preuve de l'insanité d'esprit du disposant »

RTD civ, *Dalloz édition*, 1996, p. 685.

L. PECAUT-RIVOLIER

« Saisir le juge des tutelles aux fins d'ouverture d'une mesure de protection »

AJ Famille, Dalloz édition, 2009, p. 25.

« Fiche pratique : Saisir le juge des tutelles aux fins d'ouverture d'une mesure de protection »

AJ Famille, Dalloz édition, 2009, p. 25.

« Assurance vie et majeur protégé »

AJ Famille, Dalloz édition, 2009, p. 26.

« Être candidat à la fonction de tuteur ou de curateur »

AJ Famille, Dalloz édition, 2009, p. 26.

« Être curateur : gérer les biens d'un majeur sous curatelle »

AJ Famille, Dalloz édition, 2009, p. 66.

« Être tuteur : gérer les biens d'un majeur sous tutelle »

AJ Famille, Dalloz édition, 2009, p. 67.

J. PELLERIN

« De la violence en institutions pour personnes âgées »

Laennec, Centre Laennec édition, 2014/1, t. 62, p. 41-53.

S. PELLET

« L'abus de dépendance est une violence ! »

L'essentiel Droit des contrats, Lextenso édition, 2016, n° 03, p. 4.

F. PERROTIN

« Un nouvel outil patrimonial : le mandat de protection future »

Petites affiches, 2009, n° 232, p. 3.

N. PETERKA

« Le mandat de protection future : bilan et perspectives »

Deffrénois, Lextenso édition, 2017, n° 08, p. 497.

F. PETIT

« Le droit à l'accompagnement »

Droit social, Dalloz édition, 2008, p. 413.

« Le droit à l'accompagnement : émergence d'un concept juridique »

Informations sociales, CNAF, 2012/1, n° 169, p. 14-21.

« Le bénéfice de l'âge. Quand l'âge devient source de bonification, non plus de discrimination »

Droit social, Dalloz édition, 2012, p. 252.

C. PHILIPPE

« Un droit pour les seniors ? »

Gérontologie et société, Fondation nationale de gérontologie, 2012, p. 143.

S. PIEDELIEVRE

« Réflexions sur la réforme des successions »

La Gazette du Palais, Lextenso Édition, 2002, n° 096, p. 2.

C. PIGUET, M. DROZ-MENDELZWEIG, M. GRAZIA BEDIN

« Vivre et vieillir à domicile, entre risque vitaux et menaces existentielles » *Gérontologie et*

société, CNAV, 2017/1, vol. 39, p. 93-106.

A.-L. PISSONDES

« Maltraitance des personnes âgées, un devoir d'intervention »

Professions Santé Infirmier Infirmière, EDIMARK, 2001, n° 30, p. 43.

D. PIVETEAU

« Le vieillissement de la population est-il une menace pour l'assurance maladie ? »

Laennec, Centre Laennec, 2011/2, t. 59, p. 18-30.

C. PIZZIO-DELAPORTE

« La particulière vulnérabilité du salarié »

La semaine juridique Social, LexisNexis édition, 2014, n° 22, p. 1222.

L. PLAMONDON

« Violence en contexte d'intimité familiale des personnes âgées »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2007/3, vol. 30, n° 122, p. 163-179.

D. POLLET

« Concilier le respect des libertés du majeur protégé et le devoir de protection »

AJ Famille, Dalloz édition, 2001, p. 544.

« L'obligation de remise annuelle du compte de gestion au majeur protégé »

AJ Famille, Dalloz édition, 2014, p. 362.

« Une loi liberticide et discriminante pour les personnes dépendantes »

AJ Famille, Dalloz édition, 2015, p. 247.

G. POLLET, D. RENARD

« Régime de retraite et paritarisme. La question des classes moyennes salariées dans la structuration de la protection sociale française »

Sociétés contemporaines, P.F.N.S.P., n° 24, 1995, p. 11-39.

J. PORTEUS et al.

« Habitat adapté, environnement de vie et grand âge : retour d'expérience du Royaume-Uni »

Retraite et société, La Documentation française, 2013/1, n° 64, p. 145-151.

B. QUENTIN

« Euthanasie : vrai pouvoir sur soi donné aux vieux ou simple angoisse des jeunes devant la douleur ? »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2012/4, vol. 35, n° 143, p. 173-184.

N. QUESTIAUX

« Approche politique du social »

Vie sociale, ERES, 2011/2, n° 2, p. 9-22.

E. QUIGNARD

« Lorsque la vie se termine au grand âge »

Laennec, 2013/3, tome 61, p. 19-31.

G. RABU

« Géopolitique du vieillissement démographique au XXIème siècle »

Politique étrangère, Institut français des relations internationales, 2010/4 (Hiver), p. 887-898.

G. RAOUL-CORMEIL

« Atouts et faiblesses du statut professionnel de mandataire judiciaire à la protection des majeurs »

Droit de la famille, LexisNexis édition, 2012, n° 12, dossier 13.

« 2^e commission : la persistance de la prohibition des pactes sur succession future »

Les Petites Affiches, Lextenso édition, 2012, n° 183, p. 25.

« Le financement de la protection judiciaire des majeurs : une question épineuse »

Juris associations, Dalloz édition, 2013, n° 490, p. 31.

« Dossier : “Majeurs protégés” : Nature juridique de la procédure devant le juge des tutelles »

AJ Famille, Dalloz édition, 2014, p. 148.

« Qu’est-ce qu’être protégé ? Le regard d’un juriste »

Le sociographe, Le Champ social, 2015/2, n° 50, p. 11-28.

T. RAPP et al.

« Focus. Aide publique au troisième âge en situation précaire : comparaison franco-américaine »

Les Tribunes de la santé, Presses de Science Po. édition, 2016/2, n° 51, p. 11-19.

L. RAVILLON

« Le statut juridique de la personne en état végétatif chronique »

RDSS, Dalloz édition, 1999, p. 191.

J.-E. RAY

« Grande accélération et droit à la déconnexion »

Droit social, Dalloz édition, 2016, p. 912.

M. REBOURG, F. Le BORGNE-UGUEN

« Les régulations de l’entraide familiale par le droit de la protection juridique »

Informations sociales, CNAF, 2015/2 n° 188, p. 100-106.

D. RENARD

« Une vieillesse républicaine ? L’État et la protection sociale de la vieillesse de l’assistance aux assurances sociales 1880-1914 »

Sociétés contemporaines, P.F.N.S.P édition, n° 10, 1992, p. 9-10.

S. RENAUT, J. OGG, A. CHAMAHIAN, S. PETITE

« Cadre de vie et conditions de logement des propriétaires vieillissants »

Gérontologie et société, Caisse nationale d’assurance vieillesse, 2017/1, vol. 39, n° 152, p. 57-75.

N. RENGOT

« La *Silver* économie : un nouveau modèle économique en plein essor »

Géoéconomie, Choiseul édition, 2015/4, n° 76, p. 44-45.

A. RENOUX, R. ROUSSEL, C. ZAIDMAN

« Le compte de la dépendance en 2011 et à l’horizon 2060 »

Dossiers solidarité et santé, DREES, 2014.

J.-F. RENUCCI

« La détention d’une personne âgée de 90 ans n’est pas un traitement inhumain »

Recueil Dalloz, Dalloz Édition, 2002, p. 683.

J.-L. RESPAUD

« Mots pour maux : brève exégèse de quelques propositions de loi... »

Revue générale de droit médical, 2004, n° 5, p. 291-314.

« Éditorial — lieux communs et règles spéciales »

Petites affiches, 2009, n° 131, p. 3.

Th. REVET

« Les critères des contrats d'adhésion »

Recueil Dalloz, Dalloz édition, 2016, n° 30, p. 1771.

« L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse »

Recueil Dalloz, Dalloz édition, 2018, n° 3, p. 124.

D. RIBES

« Droits fondamentaux et égalité fiscale »

Recueil Dalloz, Dalloz Édition, 2002, p. 1945.

R. RICCI

« Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique »

Droit et société, 2002/1, n° 50, p. 151-184.

S. RICHELLE, I. LOFFEIER

« Expériences de la vieillesse en établissement à deux siècles d'intervalles : l'humanisation en question »

Genèses, Belin éditions, 2017/1, n° 106, p. 30-49.

M. ROBERT-NICOUD, A. CARON-DEGLISE

« La pratique du juge des tutelles. Études de cas »

Informations sociales, CNAF, 2007/2, n° 138, p. 62-71.

S. ROCHA

« Transfert de revenus et pauvreté au Brésil »

Revue Tiers Monde, Armand Colin édition, 2011/1, n° 205, p. 191-210.

D. ROMAN

« Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? »

RDSS, Dalloz édition, 2005, p. 423.

« Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne »

RDSS, Dalloz édition, 2008, p. 267.

F. ROME

« Des dégâts des os »

Recueil Dalloz, Dalloz Édition, 2009, n° 21, p. 1401.

J. ROQUE

« La prémajorité »

Droit de la famille, LexisNexis SA édition, 2009, n° 4, étude 20.

C. ROTH

« Droit de visite et d'hébergement des grands-parents : pour deux réformes textuelles »

AJ Famille, Dalloz édition, 2010, p. 430.

G. ROUSSET

« Focus — Le rôle des aidants familiaux, une réponse à la vulnérabilité reconnue et encouragée par le droit »

Information sociales, CNAF, 2015/2, n° 188, p. 96-98.

D. ROY, C. MARBOT

« L'Allocation personnalisée d'autonomie à l'horizon 2040 »

Insee Analyses, n° 11, 2013.

N. S.-L

« La fraternité », in « La fraternité »

Études, S.E.R éditions, 2010/4, t. 412, p. 519-528.

N. SABER

« Face à l'épreuve du grand âge »

Jusqu'à la mort accompagner la vie, Presses universitaires de Grenoble, 2014/4, n° 119, p. 23-27.

P. SALIN

« Impôt sur le capital et équité fiscale »

Commentaire SA, 1978/3, n° 3, p. 279-285.

F. SAUVAGE

« Principales incidences de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve de l'obligation sur le droit des libéralités »

AJ Famille, Dalloz édition, 2016, p. 475.

E. SCHIJMAN

« L'héritage des pauvres. Économie et relations affectives en Argentine »

Ethnologie française, PUF édition, 2017/1, n° 165, p. 141-150.

M. SCHMITT

« L'adoption de l'enfant par ses grands-parents »

AJ Famille, Dalloz édition, 2002, p. 91.

M. SCHMITT, V. LEGER

« La notion de dépendance des personnes âgées en droit positif français »

AJ Famille, Dalloz, 2003, p. 248.

A. SÉRIAUX

« Le « testament de vie » à la française : une institution à parachever »

Recueil Dalloz, Dalloz édition,, 2012, p. 1195.

J.-F. SERRES

« Une mobilisation nationale contre l'isolement : la dynamique MONALISA »

Gérontologie et société, Caisse nationale d'assurance vieillesse, 2016/1, vol. 38, n° 149, p. 155-167.

J.-B. SEUBE

« Force majeure, sous-contrat et abus de faiblesse »

Revue des contrats, Lextenso édition, 2006, n° 3, p. 763.

M. SEYSSEAU, V. BELLAMY, E. RAYNAUD

« Les inégalités entre ménages dans les comptes nationaux »

INSEE Première, n° 1265, 2009.

M. SIERACZEK-ABITAN

« Les avantages fiscaux de la société civile immobilière »

Revue française Comptabilité, 2001, n° 334.

A.-B. SIMZAC

« Choisir d'habiter en logement-foyer : entre trajectoires individuelles et action publique »

Gérontologie et société, CNAV, 2017/1, vol. 39, p. 129-141.

A. SUPIOT

« La fraternité et la loi »

Droit social, Dalloz édition 1990, p. 118.

Ph. SVANDRA

« Le soin est-il soluble dans la bientraitance ? »

Gérontologie et société, Fondation Nationale de Gérontologie, 2010/2, n° 133, p. 23-31.

D. TABUTEAU

« Les nouvelles ambitions de la politique de prévention »

Droit social, Dalloz, 2001, p. 1085.

L. TALARICO

« Réforme de 2007 : enjeux et bilan cinq ans après »

Juris associations, Dalloz édition, 2013, n° 490, p. 19.

M. TENAND

« Vieillesse démographique : la fausse des dépenses de santé est-elle inexorable ? »

Informations sociales, CNAF, 2014/3, n° 183, p. 74-82.

A. TERRASSON DE FOGÈRE

« La maltraitance des personnes âgées »

RDSS, Dalloz édition, 2003, p. 176.

M. THOMAS-MAROTEL

« Les aides sociales deviennent récupérables sur le capital décès d'assurance-vie »

L'essentiel Droit des assurances, Lextenso édition, 2016, n° 01, p. 6

D. THOMSON

« Naître la bonne année ? âge, justice et génération dans les États modernes »

Persée édition, Coll. Société contemporaines, n° 10, 1992, *Solidarité entre générations au temps de retraite*, p. 47-65.

A. TOURNIAIRE-KASHARI

« Les enjeux du vieillissement actif et de la solidarité entre les générations dans l'Union européenne »

Informations sociales, CNAF, 2014/3, n° 183, p. 116-124.

S. VANLIERDE, I. BRIDENNE

« La réforme de la pension de réversion »

Retraite et société, La Documentation française, Cnav., 2006/2, n° 48, p. 238-239.

B. VAREILLE

« L'aide-ménagère n'est pas soumise à l'incapacité légale de recevoir de l'article 909 du Code civil »

Defrénois, Lextenso Édition, 2014, n° 13-14, p. 764.

F. VASSEUR-LAMBRY

« Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'Homme »

Droit de la famille, LexisNexis SA édition, 2011, n° 2, dossier 3.

F. VIALLA

« Accueil des personnes âgées en EHPAD : entre liberté et sécurité. Ambivalence mais non ambiguïté du discours juridique »

Médecine & Droit, ELSEVIER MASSON édition, Rubrique Droit civil, 2014, p. 109-115.

D. VIRIOT-BARRIAL

« La Cour de justice de la République et la santé »

Les Tribunes de la santé, vol. 14, no. 1, 2007, p. 55-71

« Les nouvelles obligations de la médecine libérale dans l'exercice de leur profession »

RDSS, Dalloz édition, 2011, p. 73.

S. VOLANT

« Un premier enfant à 28,5 ans en 2015 : 4,5 ans plus tard qu'en 1974 »

Division Enquêtes et études démographiques, INSEE Première, 2017, n° 1642.

S. VOLKOFF

« Les autres "pénibilités". Fragilisation de la santé, et vécu du travail en fin de vie active »

Retraite et société, La Documentation française, 2015/3, n° 72, p. 87-101.

J. YERPEZ, V. ETIENNE

« Conducteurs âgés. Éditorial »

Recherche transports sécurité, Necplus, Vol. 30, n° 119.

G. YILDRIM

« L'enrichissement injustifié, nouveau visage de l'enrichissement sans cause »

AJ Famille, Dalloz édition, 2016, p. 472.

S. ZOUAG

« Loi “vieillesse” »

Juris associations, Dalloz édition, 2016, n° 531, p. 9.

S. ZELENEV

« Vers une société pour tous les âges : saurons-nous relever le défi ou allons-nous manquer le coche ? »

Revue internationale des sciences sociales, ERES, 2006, p. 649 s.

ARTICLES COLLECTIFS

CFES

« Analyse critiques. Notes de lecture de : Vieillir en santé : résultats d'une étude qualitative sur les codes de communication des 60-85 ans : discussion et propositions pour l'action »

Retraite et société, la Documentation française, 2001/3, n° 34, p. 194-206.

« Commentaire de la décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000 »

Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, Conseil Constitutionnel, Cahier n° 10, p. 1-3.

« Décisions du Conseil Constitutionnel du 1^{er} octobre au 31 décembre 2012 »

Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, Dalloz, 2013/2, n° 39, p. 79-224.

Comité éditorial, « Politique(s) et vieillissement »

Politix, Edition De Boeck Supérieur, vol. 18, 2005/4, n° 72, p. 3-7.

Lexis Nexis, « Fasc. 20 : succession – pacte sur succession future »

JCl Civil Code, LexisNexis édition, 2011.

« Publication de la loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement »

Flash Defrénois, Lextenso édition, 2016, n° 02, p. 13.

« Vingt ans de réformes des retraites : quelle contribution des règles d'indexation ? »

INSEE Analyse, 2014, n° 14.

ACTES DE COLLOQUES, CONFÉRENCES

J.-P. CHAZAL

Vulnérabilité et droit de la consommation.

Colloque sur la vulnérabilité et le droit, Université P. MENDÈS-FRANCE, Grenoble II, 2000.

M. COZIAN

Le charme discret des sociétés civiles immobilières.

Conférence association Droit et Commerce, Tribunal de Commerce de Paris, 16 mars 1992.

Le charme des sociétés civiles immobilières : charme intact ou charme fané.

Conférence association Droit et Commerce, Tribunal de Commerce de Paris, 8 décembre 2003.

B. DUFOURCQ *et al.*

Vieillir dans son quartier, dans son village. Des aménagements à inventer ensemble, Forum national, 12-13 octobre 2004, Fondation de France.

Y. GUÉGANO

Les âges de départ à la retraite en France : éléments de cadrage.

Conseil d'orientation des retraites.

Les âges de départ à la retraite en France : évolutions et déterminants.

Actes de colloque, 2 décembre 2015, p. 9-24.

Colloque

État de santé de la population, apports, limites et perspectives de l'Enquête décennale Santé.

Paris, 4 décembre 2007.

Colloque

L'accès aux droits : construire l'égalité''.

Organisé par le Défenseur des droits, Paris, 2 décembre 2013.

Intervention de J.-L. HAURIE, *L'accès aux droits : construire l'égalité.*

Colloque

Prévenir la maltraitance et respecter la dignité des personnes âgées.

Fédération 3977 contre la maltraitance, Actes de colloque, 15 juin 2015.

Colloque

Vieillissement et citoyenneté.

Paris, 29 janvier 2004.

Intervention de B., ENNUYER, *La dépendance.*

Colloque

10 ans de droit de la non-discrimination.

Actes de colloque, octobre 2015.

Intervention de J. TOUBON, « L'avenir du droit de la non-discrimination »

Intervention de B. LOUVEL, « Avancées jurisprudentielles, allocutions d'ouverture »

Colloque

La discrimination liée au handicap, à la santé et à l'âge

Institut droit de la santé, Mars 2016, En partenariat avec le défenseur des Droits.

Intervention de D. VIRIOT-BARRIAL, « *Discrimination et des personnes malades* »

Intervention de J.-P. AQUINO, « *Avancée en âge et accès aux soins* »

RAPPORTS ET AVIS

Agence nationale de l'habitat, Caisse nationale d'assurance vieillesse

Rapport, Adaptation des logements pour l'autonomie des personnes âgées.

11 décembre 2013, Paris.

Assemblée Nationale

Rapport sur la maladie d'ALZHEIMER et les maladies apparentées.

Office parlementaire d'évaluation des politiques de santé.

Présenté par C. GALLEZ, 6 juillet 2006, n° 2454.

Projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs.

Présenté par P. CLEMENT, 28 novembre 2006, n° 3462, p. 4.

Rapport au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement.

Présenté par M. PINVILLE, n° 2155, 17 juillet 2014.

Projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2015.

Enregistré le 8 octobre 2014, n° 2252.

Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse des Travailleurs Salariés (C.N.A.V.T.S.)

Bulletin de liaison.

Comité d'Histoire de la Sécurité sociale, mars 1981, n° 9, p. 5-29.

Caisse Nationale de Solidarité pour l'Autonomie (C.N.S.A)

Conférence des financeurs de la prévention de la perte d'autonomie.

Les cahiers pédagogiques de la CNSA, avril 2017.

Comité consultatif national d'éthique

Avis, concernant la proposition de résolution sur l'assistance aux mourants, adoptée le 25 avril 1991 au Parlement européen par la Commission de l'environnement, de la santé publique et de la protection des consommateurs.

n° 26, 24 juin 2001.

Avis, fin de vie, arrêt de vie, euthanasie.

n° 63, 27 janvier 2000.

Avis, fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir.

n° 121, 13 juin 2013.

Observations, observations du CCNE à l'attention du Conseil d'État.

5 mai 2014.

Rapport, sur le débat public concernant la fin de vie.

21 octobre 2014.

Comité d'orientation de la filière Silver économie

Feuille de route Silver économie.

Présenté par P. BOISTARD, Ch. SIRUGUE, 2016, p. 2.

Comité scientifique pour l'évaluation de l'autonomie

Rapport du comité scientifique pour l'évaluation de l'autonomie.

Présenté par A. COLVEZ *et. al* (Dir).

Paris, Ministère de la Santé, de la Famille et des Personnes handicapées, 2003.

Commissariat général à la stratégie et à la prospective

La Silver économie, une opportunité de croissance pour la France.

2013.

Retours d'enquête sur la filière "Silver économie".

n° 2013-08, p. 7.

Commission des Communautés européennes

Relative aux personnes âgées.

Communication COM(90) 80 final, 24 avril 1990.

Face aux changements démographiques, une nouvelle solidarité entre les générations.

Livre vert, COM(2005) 94, 16 mars 2005.

L'avenir démographique de l'Europe, transformer un défi en opportunité.

Communication COM(2006) 571 final, 12 octobre 2006.

Une stratégie pour des retraites adéquates, sûres et viables.

Livre blanc, COM(2012) 55 final, 16 février 2012.

Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme

Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées.

Assemblée plénière du 27 juin 2013.

Publié au JORF n° 0176 du 31 juillet 2013, texte n° 101.

Avis sur le consentement des personnes vulnérables.

Assemblée plénière du 16 avril 2015.

Commission de réflexion sur la fin de vie

D. SICARD *et al.*, Rapport de la commission de réflexion sur la fin de vie, 18 décembre 2012.

A. CLAEYS, J. LEONETTI, Rapport de présentation et texte de la proposition de loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, 2014, p. 5.

Conseil de l'Europe et de l'Union européenne

Convention européenne des droits de l'Homme.

Rome, 4 novembre 1950.

Décision relative à des actions communautaires en faveur des personnes âgées.

Décision n° 91/49/CEE du 26 novembre 1990, publiée au JOCE L 28 du 2 février 1991.

Décision relative au groupe de liaison des personnes âgées.

Décision n° 91/544/CEE, 17 octobre 1991, publiée au JOCE n° L 296/42 du 26 octobre 1991, p. 42 s.

Décision relative à l'organisation de l'année européenne des personnes âgées et de la solidarité entre les générations.

Décision n° 92/440/CEE, 24 juin 1992, Publiée au JOCE L 245 du 26 août 1992.

Recommandation du comité des ministres aux États membres concernant les personnes âgées.

Recommandation, n° R(94) 9, 10 octobre 1994.

Conseil européen de Thessalonique, 19 et 20 juin 2003.

Conseil de l'Union européenne, n° 11638/03, 1^{er} octobre 2003.

Recommandation concernant le programme national de réforme de la France, et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la France pour la période 2012-2017.

Recommandation COM(2013) 360 final, 29 mai 2013.

Recommandation du Comité des Ministres aux États membres sur la promotion des droits de l'Homme des personnes âgées.

Recommandation, CM/Rec(2014) 2, 19 février 2014.

Conseil des aînés du Québec

Avis sur l'âgisme envers les aînés : état de la situation.

Québec, mars 2010.

Conseil économique et social

Les personnes âgées dans la société.

Avis, 23 mai 2001.

Les viagers immobiliers en France.

Présenté par C. GRIFFOND, 2008.

Conseil économique, social et environnemental

Projet de loi d'orientation et de programmation pour l'adaptation de la société au vieillissement de la société au vieillissement.

Avis, 2014, publié au JORF du 21 avril 2014, présenté par M. BOUTRAND et D. PRADA.

Conseil d'orientation des retraites

Retraites : un état des lieux du système français.

Rapport, 2013, n° 12.

Niveau des pensions et niveau de vie des retraités.

Assemblée plénière, 22 janvier 2014.

Évolutions et perspectives des retraites en France.

Rapport annuel, 2016.

La retraite des fonctionnaires et des autres régimes spéciaux.

Assemblée plénière, 2016, p. 1.

Conseil National du crédit et du titre

Les aspects financiers du vieillissement de la population.

Présenté par A. BRENDER, mars 2001.

Contrôleur général des lieux de privation de liberté

Rapport annuel d'activité 2012.

Dalloz édition, 2012.

Rapport annuel d'activité 2014.

Dalloz édition, 2014.

Rapport annuel d'activité 2016.

Dalloz édition, 2016.

Cour de cassation

Rapport annuel, 2009.

Cour de Justice de l'Union européenne

Rapport annuel, 2011.

Rapport annuel, 2016.

Cour des Comptes

Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale (RALFSS) pour 2003.

Chapitre XII, Santé et couverture maladie des personnes âgées, p. 361-403.

Rapport public thématique : la politique en faveur de l'assurance vie.

Évaluation d'une politique publique, janvier 2012.

Direction Générale de la Cohésion Sociale

Rapport sur l'habitat collectif des personnes âgées autonomes, préconisations du groupe de travail relatif aux établissements d'hébergement pour personnes âgées dont les logements-foyers et aux autres formes d'habitat avec service (hors loi 2002-2)

Paris, 25 novembre 2013.

Fondation Médéric ALZHEIMER

C. LACOUR, Rapport de recherche, *Liberté d'aller et venir en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes*, septembre 2010, n° 2, p. 2.

Haute Autorité de Santé

Maladie d'ALZHEIMER et maladies apparentées : annonce et accompagnement du diagnostic ; recommandations de bonne pratique, 2009.

Institut National de la Santé et de la Recherche Médicale.

Inspection Générale Des Affaires Sociales

F. BAS-THERON, C. BRANCHU

Rapport définitif : Évaluation du dispositif de lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des personnes handicapées mis en œuvre par les services de l'État dans les établissements sociaux et médico-sociaux, Rapport n° 2005.179, 2006.

DUPAYS, S. PAUL, D. VOYNET

Rapport n° 2014-095R : Les résidences avec service pour personnes âgées.

Avec le concours du Conseil général de l'environnement et du développement durable, février 2015.

P. VIENNE, J.-Y. LAFFONT

Rapport. Expertise sur les modalités de gestion des directives anticipées de fin de vie. Rapport n° 2015-11 R, 2015.

Institut National de Prévention et d'Éducation pour la Santé

Les déterminants socio-environnementaux de la santé des aînés.

La Santé de l'Homme, INPES, n° 411, 2011.

Institut national de la santé et de la recherche médicale

Observatoire régional de la Santé de Midi-Pyrénées

Étude sociologique sur les conditions d'entrée en institution des personnes âgées et les limites du maintien à domicile. Synthèse.

Présenté par J. MANTOVANI, Ch. ROLLAND et S. ANDRIEU, 2007.

Institut de recherche et documentation en économie de la santé

Enquête sur la santé et la protection sociale.

IRDES, 2012, présentée par N. CÉLANT, S. GUILLAUME, TH. ROCHEREAU.

Le Défenseur des droits

D. BAUDIS

Rapport annuel d'activité 2011.

République française, 2011.

J. TOUBON

Rapport annuel d'activité 2014.

République française, 2014.

Rapport annuel d'activité 2015.

République française, 2015.

Rapport : Protection juridique des majeurs vulnérables.

République française, 2016.

Observatoire National des Populations Majeures Protégées par les UDAF

Rapport annuel 2014.

Rapport annuel 2016.

Parlement européen

Résolution sur la situation et les problèmes des personnes âgées dans la Communauté européenne du 18 février 1982.

Publiée au JO n° C 66 du 15 mars 1982, p. 71.

Résolution sur les aides aux personnes âgées.

Publiée au JOCE n° C 88 du 14 avril 1986, p. 17.

Résolution sur une action communautaire visant à améliorer la situation des personnes âgées dans les États membres de la communauté.

Publiée au JOCE n° C 148 du 16 juin 1986, p. 61.

Rapports publics

M. ROCARD

Livre blanc sur les retraites

1991, p. 75.

M. BOULMIER

Rapport, Bien vieillir à domicile : enjeux d'habitat, enjeux de territoires.

Rapport remis à B. APPARU, secrétaire d'État au logement et à l'urbanisme, 2 juin 2010.

F. DEKEUWER-DEFOSSEZ

Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, publié par La Documentation française, Décembre 1999.

D. HÉMON, E. JOUGLA

Rapport sur la surmortalité liée à la canicule d'août, 2002.

Rapport remis au Ministre de la Santé et de la protection sociale, 2004.

L. BROUSSY

L'adaptation de la société au vieillissement de sa population : France année zéro !

Mission interministérielle sur l'adaptation de la société française au vieillissement de sa population, Rapport présenté à M. DELAUNAY, janvier 2013.

J.-P. AQUINO

Rapport : anticiper pour une autonomie préservée : un enjeu de société, février 2013

Comité avancée en âge prévention et qualité de vie.

Plan national d'action de prévention de la perte d'autonomie.

Remis à L. ROSSIGNOL en septembre 2015.

A. CLAEYS, J. LEONETTI

Rapport de présentation et texte de la proposition de loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, 2014.

A. KISKAS, V. DESJARDINS, J.-P. MEDIONI,

Rapport de la mission sur la maltraitance financière à l'égard des personnes âgées dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux, 2011.

B. METTLING

Rapport Transformation numérique et vie au travail.

Rendu à M. EL KHOMRI en qualité de Ministre du travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, mandaté par son prédécesseur F. REBSAMEN, 2015.

Sénat

La libération des détenus âgés.

Document de travail, Série législation comparée, 2001, n° LC98.

La protection juridique des majeurs.

Document de travail, Série législation comparée, 2005, n° LC148.

Rapport sur le projet de loi, adopté par assemblée nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs.

Rapport d'information, présenté par G. ROCHE, rapport n° 624, 2014-2015, p. 13

H. RICHEMONT

Rapport visant à autoriser le cumul de l'allocation de solidarité aux personnes âgées avec les revenus professionnels.

Session ordinaire de 2006-2007, n° 212.

I. DEBRE

Session ordinaire, 2012, n° 181, p. 14.

Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation et de contrôle de la sécurité sociale et de la commission des affaires sociales sur la situation du régime de retraite.

Session extraordinaire, P 2014-2015, 15 juillet 2015, n° 624.

JURISPRUDENCE ET NOTES D'ARRÊTS

JURISPRUDENCE

JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

CEDH

Arrêt BRONDA c. Italie, 9 juin 1998, n° 14565/05.

Arrêt SAWONIUK c. R.-U., 29 mai 2001, requête n° 63716/00.

Arrêt H. M. c. Suisse, 26 février 2002 requête n° 39187/98.

Arrêt PAPON c. France, 25 octobre 2002, requête n° 54210/00.

Arrêt FARBTUHS c. Lettonie, 2 décembre 2004, requête n° 4672/02.

Arrêt DODOV c. Bulgarie, 17 janvier 2008, requête n° 59548/00.

Arrêt WATTS c. R.U, 4 mai 2010, requête n° 53586/09.

Arrêt NISTOR c. Roumanie, 2 novembre 2010, n° 14565/05.

Rendu définitif le 2 février 2011.

Arrêt HEINISCHI c. Allemagne, 21 juillet 2011, requête n° 28274/08.

Arrêts GROSS c. Suisse, 14 mai 2013 et 30 septembre 2014, requêtes n° 67810/10.

Arrêt CONTRADA n° 2 c. Italie, 11 février 2014, requête n° 7509/08.

Arrêt MANUELLO et NEVI c. Italie, 2^{ème} section, 20 janvier 2015, n° 107/10.

Rendu définitif le 20 avril 2015.

CJCE

Arrêt, W. MANGOLD c. R. HELM, 22 novembre 2005, Affaire C-144/04.

Arrêt, M.-L. LINDORFER, 11 septembre 2007, Affaire C-227/04 P.

Arrêt F. PALACIOS DE LA VILLA c. CORTEFIEL Servicios SA, 16 octobre 2007, Affaire C-411/05.

Arrêt B. BARTSCH c. BSH Altersfürsorge GmbH, 23 septembre 2008, Affaire C-427/06.

Arrêt The Queen c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, 5 mars 2009, Affaire C-388/07.

CJUE

Arrêt R. PRIGGE, M. FROMM, V. LAMBACH c. Deutsche Lufthansa AG, 13 septembre 2011, Affaire C-447/09.

Arrêt SALABERRIA, 15 novembre 2016, Affaire C-258/15.

JURISPRUDENCE INTERNE

JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

Conseil Constitutionnel

Décision, n° 73-51 DC, du 27 décembre 1973, dite “*taxation d’office*”.

Publiée au JO du 28 décembre 1973, p. 14004.

Décision, n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, à propos de la loi n° 86-75 du 17 janvier 1986, *relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité*.
Publiée au JORF du 18 janvier 1986, p. 920.

Décision, n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, à propos de la Loi relative au respect du corps humain et Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.
Publiée au JORF du 29 juillet 1994, p. 11024.

Décision, n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *relative à la diversité de l'habitat*.
Publiée au JORF du 21 janvier 1995, p. 1166.

Décision, n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, *relative à la Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*,
Publiée au JORF du 23 juillet 1996, p. 11108.

Décision, n° 98-405 DC, du 29 décembre 1998, *sur la non-conformité partielle de la loi de finance pour 1999*.
Publié au JO du 31 décembre 1998, p. 20138.

Décision, n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, à propos de la loi de finances rectificative pour 2000.
Publiée au JORF du 31 décembre 2000, p. 21204.

Décision, n° 2006-539 DC, *relative à l'immigration et à l'intégration*.
Publiée au JORF du 25 juillet 2006, p. 11066.

Décision, n° 2012-662 DC, du 29 décembre 2012, *loi de finance pour 2013*.
Publiée au JORF n° 0304 du 30 décembre 2012, p. 20966, texte 3.

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

Cour Administrative d'Appel

CAA, Bordeaux, 3^{ème} chambre, 30 mai 2000, n° 97BX02254, publié au recueil Lebon.

CAA, 3^{ème} chambre, 27 juin 2003, n° 02NT01704, inédit au recueil Lebon.

Conseil d'État

CE, 30 novembre 1923, n° 48.688, dit “*Couitéas*”, publié au recueil Lebon.

CE, Sect, 4 février 1944, n° 62.929, dit “*Sieur GUIEYSSE*”, publié au recueil Lebon.

CE, Sect., 9 mars 1951, n° 92.004, dit “*Société des concerts du conservatoire*”, publié au recueil Lebon.

CE, 29 décembre 1995, n° 145008, dit “*SCI résidences et services*”, inédit au recueil Lebon.

CE, 16 octobre 1998, n° 171017, dit “*SARL Société rhodanienne d'intendance et de services*”, inédit au recueil Lebon.

CE, 5^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies, 29 juillet 2002, n° 222180, publié au recueil Lebon.

CE, 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, 6 janvier 2006, n° 260307, publié au recueil Lebon.
CE, 1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies, 6 février 2006, n° 259385, *Département de Dordogne*, publié au recueil Lebon.
CE, 1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies, 6 février 2006, n° 262312, mentionné dans les tables du recueil Lebon.
CE, 1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies, 20 mars 2013, n° 345885, inédit au recueil Lebon

JURISPRUDENCE JUDICIAIRE

Juridictions de première instance

T. Civil Papeete, 10 janvier 1993.
TGI Bordeaux, 15 décembre 1993.
TGI Paris, 6 juin 2007.
TGI Bordeaux jurisprudence, 9 octobre 2008, n° 07/08375.
TI Nice, 4 février 2009, n° 01/00602.
TGI Mont de Marsan, 8 octobre 2009, n° 09/00686.
TGI Avignon, 5 janvier 2010.
TGI Angers 26 avril 2010, n° 10/00171.
TGI ARRAS, 19 mai 2011, n° 10/02024.

Cour d'Appel

CA Paris, 17 avril 1992.
CA Papeete, 26 octobre 1995.
CA Rennes, 15 novembre 1999.
CA Paris, 6^{ème} chambre section B, 23 mai 2002.
CA Paris, 21 septembre 2004, n° 01/21493.
CA Paris, 1^{ère} chambre P., 3 juin 2005, n° 05/12024.
CA, Reims, 26 janvier 2006, CT0120.
CA Aix-en-Provence, 11 septembre 2007, n° 06/06990.
CA Paris, 10 avril 2008, n° 07/11288.
CA Douai, 3^{ème} chambre, 1 avril 2010, n° 09/02450.
CA Angers, 26 janvier 2011, n° 10/01339.
CA Lyon, 1^{ère} chambre civile A, audience publique, 17 novembre 2011, n° 10/01483.
CA Nîmes, 1^{ère} chambre civile B, 21 juin 2011, n° 10/00709.
CA Versailles, 31 août 2011, n° 10/03526.
CA Versailles, 14 septembre 2011, n° 10/01834.
CA Lyon, 1^{ère} ch. civile a, 17 novembre 2011, n° 10/01483.
CA Lyon, 2^{ème} chambre, Audience publique, 9 janvier 2012, n° 11/02734.
CA Douai, 9 février 2012, 11/04420.
CA Aix-en-Provence, 10^{ème} chambre, 15 février 2012, n° 09/04252.

CA Douai, ch. de la protection juridique, 5 octobre 2012, n° 12/03322.
 CA Fort-de-France, ch. civ., 18 janvier 2013, n° 10/00166.
 CA Nouméa, ch. civ., 18 mars 2013, n° 13/00048.
 CA Limoges, ch. civile, 18 décembre 2013, n° 11/01118.
 CA Angers, ch. sociale, Audience publique du 18 mars 2014, n° RG : 12/02328.
 CA Angers, ch. sociale, Audience publique du 18 mars 2014, n° RG : 12/02339.
 CA Limoges, Chambre civile, Audience publique, 24 juin 2014, n° 13/00804.
 CA Limoges, Chambre civile, Audience publique, 24 juillet 2014, n° 13/00813.
 CA Bastia, Audience publique, 12 novembre 2014, n° 13/007651.
 CA Rennes, 6^{ème} chambre b, 18 novembre 2014, n° 13/08118.
 CA Angers, ch. sociale, Audience publique, 25 novembre 2014, n° 13/00686.
 CA, Paris, Pôle 1, ch. 1, du 2 décembre 2014, n° 14/20331.
 CA Rennes, 6^{ème} chambre b, 24 février 2015, n° 13/08906.
 CA Angers, 31 mars 2015, n° 13/01929.
 CA Rennes, 6^{ème} chambre b, 26 mai 2015, n° 14/00648.
 CA de Basse-Terre, 2^{ème} chambre civile, 5 novembre 2015, n° 15/00124.
 CA Limoges, 21 janvier 2016, n° 14/007211.
 CA Limoges, Chambre civile, Audience publique, 22 février 2016, n° 15/00623.
 CA Angers, 1^{er} mars 2016, n° 13/03330.
 CA Chambéry, ch. civile section 1, 23 janvier 2018, n° 16/00918.
 CA Paris, pôle 4 ch. 9, 25 janvier 2018, n° 15/11412.
 CA Versailles, 25 janvier 2018, n° 16/02.603.

Cour de Cassation

Chambre des requêtes

Cass. Req., 13 décembre 1875, DP 1876, 1, p. 176.
Cass. Req., 13 juillet 1886, DP 1887, 1, p. 119.
Ch. Req., 15 juin 1892, Patureau c/ Boudier, GAJC, 12^{ème} éd., tome 2, n° 239.

Chambre mixte

Cass. ch. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13.592, publié au bull. mixte, 2004, n° 4, p. 9.
Cass. ch. mixte, 23 novembre 2004, n° 02-11.352, publié au bull. mixte, *Op. cit.*, *loc. cit.*
Cass. ch. mixte, 23 novembre 2004, n° 03-13.673, publié au bull. mixte, *Op. cit.*, *loc. cit.*
Cass, ch. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12.769, publié au bull. mixte, 2007, n° 13.

Chambre civile

Cass. ch. civile, 11 janvier 1933, publié au bull. n° 14, p. 22.
Cass. civ. 16 décembre 1940, *dit* « *Tignon* », JCP 1941, II, 1655.
Cass. civ. 1^{ère}, 18 janvier 1972, n° 83-10.653, publié au bull. civ. I, n° 233.
Cass. civ. 1^{ère}, 5 décembre 1978, n° 77-12.330, publié au bull. 1978, I, n° 376.

Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 1979, n° 77-10.082, publié au bull. civ. I, n° 152.

Cass. civ. 1^{ère}, 10 juillet 1984, n° 70-10.321, publié au bull. civ. I, n° 21.

Cass. civ. 1^{ère}, 10 octobre 1984, n° 83-13.894, publié au bull. civ. 1984, n° 254.

Cass. civ. 1^{ère}, 17 avril 1985, n° 84-11.908, publié au bull. 1985, I, n° 118.

Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 1985, n° 84-11.795, publié au bull. 1985, I, n° 173, p. 155.

Cass. civ. 1^{ère}, 19 janvier 1988, n° 85-18.339, publié au bull. 1988, I, n° 12, p. 9.

Cass. civ. 1^{ère}, 10 janvier 1990, n° 88-10.343, publié au bull. 1990, I, n° 7, p. 6.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 1990, n° 87-14.293, publié au bull. 1990, I, n° 58, p. 43.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 1990, n° 88-12.622, publié au bull. 1990 I, n° 157, p. 112.

Cass. civ. audience publique du 11 janvier 1933, publié au bull. n° 14, p. 22.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 1994, n° 92-18.639, publié au bull. 1994, I, n° 250, p. 181.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 1996, n° 94-13.072, publié au bull. 1996, I, n° 67, p. 44.

Cass. civ. 2^{ème}, 18 décembre 1996, n° 95-12.711.

Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1998, n° 96-11.250, publié au bull. 1998 I, n° 99, p. 66.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 novembre 1998, n° 96-20.236, publié au bull. 1998, I, n° 311, p. 215.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 octobre 1999, n° 97-17.017, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, n° 98-17.806, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, n° 99-14.089, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 octobre 2001, n° 00-10.665, publié au bull. 2001 I, n° 256, p. 162.

Cass. civ. 1^{ère}, 8 janvier 2002, n° 99-18.097, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 mars 2002, n° 99-15598, publié au bull. 2002, I, n° 86.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, n° 00-10.301, publié au bull. 2002, n° 106, p. 83.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 janvier 2004, n° 01-03799, non publié au bulletin.

Cass. civ. 3^{ème}, 28 janvier 2004, n° 02-18.603, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 2005, n° 02-16.992, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 4 octobre 2005, n° 02-13.395, publié au bull. 2005 I, n° 361, p. 300.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 janvier 2006, n° 03-16.783, non publié au bulletin.

Cass. civ. 3^{ème}, 22 février 2006, n° 05-12.032, publié au bull. 2006, III, n° 46, p. 37.

Cass. civ. 1^{ère}, 4 juillet 2006, n° 04-20.269, publié au bull. 2006, I, n° 348, p. 299.

Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2007, n° 05-20.243, publié au bull. 2007, I, n° 218.

Cass. civ. 3^{ème}, 3 oct. 2007, n° 06-16.716, publié au bull. 2007, III, n° 165.

Cass. civ. 1^{ère}, 24 septembre 2008, n° 07-16.002, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 14 janvier 2009, n° 08-11.035, publié au bull. 2009, I, n° 2.

Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2009, n° 07-16.087, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2009, n° 08-20.153, publié au bull. 2009 I, n° 158.

Cass. civ. 3^{ème}, 14 avril 2010, n° 08-21.346, publié au bull. 2010, III, n° 84.

Cass. civ. 1^{ère}, 14 avril 2010, n° 09-13.851, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 2010, n° 09-65.163, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 09-67.135, publié au bull. 2010, I, n° 169.

Cass. civ. 1^{ère}, 26 janvier 2011, n° 10-10.935, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2011, n° 10-20.554, publié au bull. 2011, I, n° 104.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 2011, n° 10-21.036, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, n° 10-18.960, publié au bull. 2011, I, n° 134.

Cass. civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, n° 10-11.894, publié au bull. 2011, I, n° 186.

Cass. civ. 1^{ère}, 26 septembre 2012, n° 11-15.263, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2012, n° 11-23.494, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2012, n° 11-23.396, publié au bull. 2012, I, n° 237.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2013, n° 11-21.892, publié au bull. 2013, I, n° 34.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2013, n° 12-17.183, publié au bull. 2013 I, n° 35.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 septembre 2013, n° 12-25.160, publié au bull. 2013, I, n° 193.

Cass. civ. 3^{ème}, 20 octobre 2013, n° 12-22.720, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 23 octobre 2013, n° 11-28.113, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 novembre 2013, n° 12-25.681, publié au bull. 2013, I, n° 223.

Cass. civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, n° 13-10.533, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 15 janvier 2014, n° 12-22.950, publié au bull. 2014, I, n° 2.

Cass. civ. 2^{ème}, 23 janvier 2014, n° 13-11.362, publié au bull. 2014, II, n° 23.

Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2014, n° 13-18.550, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2014, n° 12-29.803, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 2014, n° 13-18.555, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 9 juillet 2014, n° 13-10.710, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 24 septembre 2014, n° 13-16.581, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 2014, n° 13-23.657, publié au bull. 2014, I, n° 175.

Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} avril 2015, n° 14-15.774, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 2015, n° 14-14.904, publié au bull. 2015, I, n° 110.

Cass. civ. 1^{ère}, 21 octobre 2015, n° 14-21.337, publié au bull. 2016, n° 838.

Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 2015, n° 14-23.662, publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 décembre 2015, n° 14-29.285, publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 10 février 2016, n° 15-13.019, non publié au bulletin.

Cass. civ. 2^{ème}, 12 mai 2016, n° 15-15.158, publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 2016, n° 15-16.160, publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 8 décembre 2016, n° 16-20.298, publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 11 janvier 2017, n° 15-27.784, publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 2017, n° 16-10.340, publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 avril 2017, n° 16-14.061, non publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 2017, n° 17-13.663, non publié au bulletin.
Cass. civ. 1^{ère}, 15 novembre 2017, n° 16-24.832, publié au bulletin.
Cass. civ. 3^{ème}, 12 avril 2018, n° 17-15.566.
Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2018, n° 16-20.419, publié au bull.
Cass. civ. 3^{ème}, 29 mars 2018, n° 17-13.641 et 17-13.963, non publié au bulletin.
Cass. civ. 1^{ère}, 7 février 2018, n° 17-10.818, publié au bull.
Cass. civ. 1^{ère}, 7 février 2018, n° 17-10.818, publié au bull.

Chambre commerciale

Cass. com. 26 mars 2008, n° 06-21.944, non publié au bulletin.
Cass. com. 4 novembre, 2008, n° 07-19.870, F.-D, DGI c/ BENETEAU, non publié au bulletin.

Chambre criminelle

Cass. crim. 16 mars 1989, n° 88-83.445, publié au Bull. crim. 1989, n° 133, p. 342.
Cass. crim. 26 février 1997, n° 96-82.198, non publié au bulletin.
Cass. crim. 1er février 2000, n° 99-84.378, publié au Bull. crim 2000, n° 52, p. 143.
Cass. crim. 29 novembre 2000, n° 00-80.522, non publié au bulletin.
Cass. crim. 12 décembre 2000, n° 00-82.392, non publié au bulletin.
Cass. crim. 14 novembre 2000, n° 00-80.870, non publié au bulletin.
Cass. crim. 17 janvier 2001, n° 00-84.466, publié au Bull. crim., 2001, n° 16, p. 40.
Cass. crim. 15 octobre 2002, n° 01-86.697, non publié au bulletin.
Cass. crim. 16 novembre 2004, n° 03-87.968, non publié au bulletin.
Cass. crim. 22 mars 2005, n° 04-81.312, publié au Bull. crim. 2005, n° 99.
Cass. crim. 19 avril 2005, n° 04-83.902, publié au Bull. crim. 2005, n° 138.
Cass. crim. 21 février 2006, n° 05-85.865, non publié au bulletin.
Cass. crim. 16 mai 2006, n° 05-82.885, non publié au bulletin.
Cass. crim. 13 novembre 2007, n° 07-83.621, publié au Bull. crim, 2007, n° 273.
Cass. crim. 26 mai 2009, n° 08-85.601, publié au Bull. crim. 2009, n° 104.
Cass. crim. 23 juin 2009, n° 08-82.411, publié au Bull. crim. 2009, n° 131.
Cass. crim. 7 octobre 2009, n° 09-80.175, non publié au bulletin.
Cass. crim. 3 novembre 2009, n° 08-88.438, publié au Bull. crim, 2009, n° 182.
Cass. crim. 8 juin 2010, n° 10-82.039, publié au Bull. crim. 2010, n° 102.
Cass. crim. 27 avril 2011, n° 10-82.200, non publié au bulletin.
Cass. crim. 8 février 2012, n° 11-81.162, non publié au bulletin.
Cass. crim. 9 octobre 2012, n° 12-80.412, publiée au Bull. crim. 2012, n° 213.
Cass. crim. 16 décembre 2014, n° 13-86.620, publié au Bull. crim. 2014, n° 270.
Cass. crim. 2 septembre 2015, n° 14-82.651, non publié au bulletin.
Cass. crim. 8 mars 2016, n° 14-88.347, publié au Bull. crim. 2016 n° 69.
Cass. crim. 10 août 2016, n° 16-83.401, non publié au bulletin.

Cass. crim. 29 novembre 2016, n° 16-82.650, non publié au bulletin.

Cass. crim. 16 décembre 2016, n° 14-87.399, non publié au bulletin.

Cass. crim. 17 janvier 2017, n° 15-87.376, non publié au bulletin.

Cass. crim. 18 janvier 2017, n° 16-80.178, non publié au bulletin.

Cass. crim. 18 janvier 2017, n° 15-85.511, non publié au bulletin.

Cass. crim. 8 février 2017, n° 16-81.194, non publié au bulletin.

Cass. crim. 8 mars 2017, n° 15-84.430, non publié au bulletin.

Cass. crim. 11 mai 2017, n° 16-83.625, non publié au bulletin.

Cass. crim. 11 juillet 2017, n° 17-80.421, publié au bulletin.

Cass. crim. 21 mars 2018, n° 16-86.974, non publié au bulletin.

Chambre sociale

Cass. soc. 17 février 2004, non publié au bulletin.

Cass. soc. 30 avril 2009, n° 07-43.935, publié au Bull. 2009, V, n° 118.

Cass. soc. 9 février 2010, n° 08-45.251, non publié au bulletin.

Cass. soc. 3 mai 2018, n° 16-26796, non publié au bulletin.

COMMENTAIRES ET NOTES D'ARRÊTS

Commentaires anonymes ou collectifs

CEDH

« Le licenciement injustifié d'une infirmière en gériatrie après l'ouverture par elle d'une action pénale contre son employeur pour des carences dans les soins administrés », *Communiqué de presse du Greffier de la Cour*, CEDH 115 (2011), 21 juillet 2011. [en ligne] [consulté le 9 mai 2018] < <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-3613246-4094994&filename=003-3613246-4094994.pdf> >.

« Testament-partage transgénérationnel : validité de principe, Cour de cassation, 1^{ère} civ. è novembre 2012 »

Recueil Dalloz, Dalloz édition, 2012, p. 2660.

« Abus de faiblesse et démarchage à domicile, caractérisation et cumul des infractions »

Recueil Dalloz, 2016, p. 652.

Commentaire de décision n° 2014-891 DC du 20 mars 2014.

Conseil Constitutionnel.

« Conditions d'intervention des médecins dans les établissements d'hébergement de personnes âgées. Arrêt rendu par la Conseil d'État »
AJDA, Dalloz édition, 2013, p. 1488.

L. ATTUEL-MENDES

« Responsabilité partagée des gérants de tutelle successifs »
AJ Famille, Dalloz édition, 2005, p. 26.

C. BERLAUD

« Condamnation d'un médecin pour omission d'empêcher la maltraitance de personnes âgées »
La Gazette du Palais, Lextenso édition, 2013, n° 311.

F. BICHERON

« Pacte sur succession future et pacte *post mortem* : une distinction délicate »
AJ Famille, Dalloz édition, 2006, p. 77.

M. BOMBLED

« Viol aggravé commis sur une personne particulièrement vulnérable en raison de son âge »
Dalloz actualité, Dalloz édition, 27 septembre 2010.

B. BOULOC

« Démarchage à domicile. Domaine d'application »
RTD com. Dalloz édition, 2005, p. 620.
« Protection des consommateurs. Abus de faiblesse »
RTD com. Dalloz édition, 2005, p. 860.
« Abus de confiance »
RTD Com. Dalloz édition, 2015, p. 764.

P. BOUZAT

« Abus de confiance. Aide-ménagère, Procuration sur compte »
RTD Com. Dalloz édition, 1991, p. 312.
« Démarchage à domicile. Démarchage frauduleux, Non-respect du délai de réflexion »
RTD com. Dalloz édition, 1991, p. 482.

M. BRUGGEMAN

« La validité du legs consenti par une personne âgée à son aide-ménagère »
RDSS, Dalloz édition, 2013, p. 1124.

M. BRUSORIO-AILLAUD

« Droit de visite des grands-parents et intérêt de l'enfant »
AJ Famille, Dalloz édition, 2009, p. 128.

F. CHÉNEDE

« Les grands-parents biologiques face à l'accouchement sous x »
AJ Famille, Dalloz édition, 2009, p. 350.

« Les grands-parents biologiques face à l'accouchement sous X., Ordonnance rendue par le Tribunal de grande instance d'Angers »

AJ Famille, Dalloz édition, 2009, p. 455.

« L'accouchement sous X évince les grands-parents biologiques. Jugement rendu par Tribunal de grande instance d'Angers »

AJ Famille, Dalloz édition, 2010, p. 278.

« Les grands-parents face à l'accouchement sous x : l'épilogue de l'affaire d'Angers »

AJ Famille, Dalloz édition, 2011, p. 156.

C. Le DOUARON

« Rapports entre l'enfant né "sous x" et les grands-parents biologiques »

Dalloz actualité, Dalloz édition, 2009.

D. EVERAERT-DUMONT

« Aide sociale : récupération sur le bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie »

Petites affiches, Lextenso édition, 2006, n° 240, p. 12.

Ch. GOLDIE-GENICON

« Variations autour des promesses *post mortem* »

Revue des contrats, Lextenso édition, 2015/2, p. 321-324.

C. GRARE-DIDIER

« Pacte sur succession future »

Revue des contrats, Lextenso édition, 2006, n° 2, p. 481.

M. GRIMALDI

« Un testament-partage peut être transgénérationnel »

RTD Civ., Dalloz édition, 2013, p. 164.

J. HAUSER

« La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes »

RDSS, Dalloz édition, 1992, p. 467.

« Grands-parents : obligation alimentaire et droit de visite »

RTD Civ., Dalloz édition, 1994, p. 844.

« Constatations de la possession d'état : qui peut agir ? »

RTD Civ., Dalloz édition, 1997, p. 406.

« Accouchement sous x : l'enfant n'a ni mère, ni père, ni grands-parents »

RTD Civ., Dalloz édition, 2008, p. 466.

« Vulnérable ou protégeable : deux notions à ne pas confondre »

RTD Civ., Dalloz édition, 2010, p. 761.

C. HOUIN-BRESSAND

« Le changement de compte du majeur protégé »

La Gazette du Palais, Lextenso édition, 2015, n° 216, p. 8.

E. JOB

« Des grands-parents sont irrecevables à faire constater la possession d'état d'enfant naturel de leur petit-fils »

Recueil Dalloz, Dalloz édition, 1996, p. 605.

« L'action en constatation de possession d'état d'enfant naturel est ouverte à toute personne justifiant d'un intérêt légitime (grands-parents) »

Recueil Dalloz, Dalloz édition, 1998, p. 299.

J. LASSERRE CAPDEVILLE

« Le délit de délaissement d'une personne implique un acte matériel positif du prévenu exprimant de sa part la volonté d'abandonner définitivement la victime »

AJ Pénal, Dalloz édition, 2013, p. 39.

D. LEGEAIS

« Responsabilité bancaire. Absence de devoir de conseil du banquier »

RTD Com. Dalloz édition, 2015, p. 340, à propos de l'arrêt Cass. com. 13 janvier 2015, n° 13-25.856, non publié au bulletin.

N. LEVILLAIN

« Le testament-partage fait au profit de descendants de degrés différents est valable, Cour de cassation, 1^{ère} civ. 7 novembre 2012 »

AJ Famille, Dalloz édition, 2013, p. 58.

J.-G. MAHINGA

« Retour sur le pacte sur succession future ou la consécration du pacte conditionnel »

Les Petites Affiches, Lextenso édition, 26 janvier 2012, n° 19, p. 5.

« De quelques considérations relatives aux pactes sur succession future »

Les petites Affiches, 21 janvier 2015, n° 15, p. 9615.

« Le droit de retour légal et le droit de retour conventionnel »

Les Petites Affiches, Lextenso édition, 22 janvier 2016, n° 16, p. 11-14.

I. MARIA

« Rappel de l'impossible recours contre la décision plaçant sous sauvegarde de justice »

Droit de la famille, LexisNexis édition, 2016, n° 4, comm. 95.

J. MARROCHELLA

« Validité du testament-partage transgénérationnel — Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2012 »

Dalloz actualité, Dalloz édition, 20 novembre 2012.

Y. MAYAUD

« Le délaissement d'une personne hors d'état de se protéger, ou du droit à... rester maître chez soi ! »

RSC, Dalloz édition, 2008, p. 342.

D. MAZEAUD

« Le majeur en tutelle peut conclure un PACS pour peu que, comme pour tout contrat, son consentement soit libre et lucide »

RTD Civ., Dalloz édition, 2018, p. 78.

M. MERCAT-BRUNS

« Prévention de la discrimination fondée sur l'âge et diversification des normes juridiques »

Retraite et société, La Documentation française, 2007/2, n° 51, p. 147-173.

« Âge et discrimination indirecte : une jurisprudence en gestation »

Revue de droit du travail, Dalloz édition, 2011, p. 441.

J.-F. MILLET

« Conservation des corps et respect des dernières volontés »

AJDA, Dalloz édition, 2003, p. 1871.

S. MOISDON-CHATAIGNER

« L'avenir d'un enfant né sous x est-il auprès de ses grands-parents maternels ? »

RDSS, Dalloz édition, 2011, p. 329.

« Aller et venir en toute liberté pour le majeur protégé. Le respect de ses choix pour son lieu de vie et ses déplacements »

Le sociographe, Champ social, 2015/2, n° 50, p. 51-61.

M. NICOD

« Le legs rémunérateur et l'assistance familiale »

Recueil Dalloz, Dalloz édition, 2004, p. 2341.

L. PECAUT-RIVOLIER

« Responsabilité de l'État pour faute dans le fonctionnement de la tutelle »

AJ Famille, Dalloz édition, 2006, p. 328.

« L'adoption par un majeur sous tutelle nécessite le constat par le juge des tutelles de sa capacité à ester en justice à cette fin »

AJ Famille, Dalloz édition, 2007, p. 355.

N. PETRONI-MAUDIÈRE

« La reconnaissance de dette dont l'exigibilité est reportée au décès ne constitue pas un pacte sur succession future »

L'essentiel du droit de la famille et des personnes, Lextenso édition, 2014, n° 11, p. 6.

D. POLLET

« Où les juges soutiennent le mariage d'un "vieux" avec une "jeune" étrangère »

AJ Famille, Dalloz édition, 2015, p. 176.

G. RAOUL-CORMEIL

« La sauvegarde de justice et la rescision pour lésion d'une vente immobilière »

L'essentiel du droit de la famille et des personnes, Lextenso édition, 2014, n° 01, p. 2.

« Premier arrêt de la Cour de cassation rendu au visa de l'article 427 du Code civil »

L'essentiel du droit de la famille et des personnes, Lextenso édition, 2015, n° 3, p. 3.

« Les conditions d'ouverture d'une tutelle au profit d'une personne en fin de vie »

AJ Famille, Dalloz édition, 2017, p. 68.

« La rémunération du mandataire judiciaire à la protection des majeurs est subordonnée à un travail effectif ! »

AJ Famille, Dalloz édition, 2017, p. 145.

« Rôle du juge des tutelles qui autorise une personne en tutelle à rédiger son testament »

AJ Famille, Dalloz édition, 2017, p. 250.

H. ROBERGE

« Pas de pension de réversion pour les pacsés — Cour de cassation, 2^{ème} civ. 23 janvier 2014 »

AJ Fam., Dalloz édition, 2014, n° 3, p. 197.

G. ROYER

« Le délit de délaissement suppose un acte positif, exprimant de la part de son auteur la volonté d'abandonner définitivement la victime »

AJ Pénal, Dalloz édition, 2008, p. 88.

D. VIRIOT-BARRIAL

« Cotisation forfaitaire des infirmiers à domicile. Commentaire sous Cass. 2^{ème} Civ., 17 décembre 2015, n° 14-29.007 »

La semaine juridique – Entreprise et affaires, LexisNexis, 2016.

F. SAUVAGE

« Les renonciations anticipées aux droits de retour »

Revue Juridique Personnes et Famille, Lamy édition, 2015, n° 12, p. 40-42.

S. De La TOUANNE

« Réduction d'un legs rémunérateur à sa juste valeur »

Dalloz actualité, Dalloz édition, 23 juillet 2010.

Th. VERHEYDE

« La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux »

Recueil Dalloz, Dalloz édition, 2009, p. 1397.

« Mettre sous mesure de protection judiciaire une personne qui refuse de se faire examiner par un médecin habilité ? »

Recueil Dalloz, Dalloz édition, 2010, p. 2052.

« Vérification des comptes de tutelle : assistance du greffier en chef par un huissier de justice »

AJ Famille, Dalloz édition, 2012, p. 100.

« La rémunération des MJPM a un caractère forfaitaire dont le montant ne peut être diminué par le juge des tutelles »

AJ Famille, Dalloz édition, 2014, p. 564.

« Ne tirez plus sur les professionnels de la tutelle ! »

AJ Famille, Dalloz édition, 2014, p. 579.

Ch. VERNIÈRES

« Une libéralité rémunératoire peut être une libéralité »

AJ Famille, Dalloz édition, 2010, p. 398.

M. VÉRON

« La connaissance de l'état de vulnérabilité de la victime »

Droit pénal, Dalloz édition, 2010, n° 1, comm. 1.

« La vulnérabilité due à l'âge »

Droit pénal, LexisNexis SA édition, 2011, n° 6, comm. 70.

« La preuve de la vulnérabilité »

Droit pénal, LexisNexis SA édition, 2012, n° 5, comm. 65.

« Le défaut d'intervention en présence d'un "comportement maltraitant" envers des personnes âgées »

Droit pénal, Dalloz édition, 2013, n° 12, comm. 166.

E. VIGANOTTI

« On n'a pas le droit de priver les grands-parents de tout contact avec leur petite-fille »

AJ Famille, Dalloz édition, 2015, p. 101.

DOCUMENTS WEB

SITES SPÉCIAUX

France ALZHEIMER.org

< <http://www.franceALZHEIMER.org/comprendre-maladie/maladies-apparent%C3%A9es> > [en ligne] [consulté le 3 mars 2017].

< <http://www.franceALZHEIMER.org/la-maladie-d-ALZHEIMER/l-%C3%A9volution-de-la-maladie/145> > [en ligne] [consulté le 03 mars 2017].

< <http://www.franceALZHEIMER.org/la-maladie-d-ALZHEIMER/d%C3%A9finition-de-la-maladie-d-ALZHEIMER/104> > [en ligne] [consulté le 23 février 2017].

GALLICA.BNF.fr

< <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k42975n/f3.item> > [en ligne] [consulté le 13 décembre 2017]. M. DE LIANCOURT, *Rapport fait au nom des comités, rapports de mendicité et de recherches sur la situation de la mendicité de Paris*, 30 mai 1790, numérisation proposée par BnF Gallica.

< <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k97490d/f1.image> > [En ligne] [consulté le 20 février 2018]. G.-LOUIS LECLERC DE BUFFON, *Histoire naturelle générale et particulière avec la description du Cabinet du Roy*, en 36 volumes. Parus entre 1749 et 1789.

< <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k209942s> > [en ligne] [consulté le 14 février 2018], *La réforme sociale en France : de l'observation comparée des peuples européens*, 1874.

< <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9768116v> > [en ligne] [consulté le 16 février 2018], A.-M GUILLEMARD, *La vieillesse et l'État*, in *Bulletin de liaison*, Comité de l'Histoire de la Sécurité Sociale, Association pour l'étude de l'Histoire de la Sécurité Sociale, mars 1981, p. 5.

PORTAIL DU GOUVERNEMENT & SITES ASSOCIÉS

< <http://www.cor-retraite.fr> > [en ligne] [consulté le 06 décembre 2016].

PORTAIL DU GOUVERNEMENT

< <http://www.gouvernement.fr/action/la-reforme-des-retraites> > [en ligne] [consulté le 24 janvier 2017].

< <http://www.gouvernement.fr/action/l-adaptation-de-la-societe-au-vieillissement> > [en ligne] [consulté le 30 juillet 2017].

< <http://www.gouvernement.fr/action/le-plan-maladies-neuro-degeneratives-2014-2019> > [en ligne] [consulté le 3 mars 2017].

< <https://www.impots.gouv.fr/portail/particulier/emploi-domicile> > [en ligne] [consulté le 28 mars 2018].

< <https://www.pour-les-personnes-agees.gouv.fr/beneficier-daides/les-aides-domicile/les-aides-fiscales-pour-laide-domicile> > [en ligne] [consulté le 28 mars 2018]

< <http://www.pour-les-personnes-agees.gouv.fr/choisir-un-hebergement/vivre-dans-un-etablissement-medicalise/les-usld-unites-de-soins-de-longue> > [en ligne] [consulté le 13 juin 2017].

< <https://www.pour-les-personnes-agees.gouv.fr/actualites/les-prix-2017-des-ehpad-disponibles-sur-le-portail> > [en ligne] [consulté le 28 mars 2018].

< <http://www.securite-sociale.fr/Historique-du-systeme-francais-de-Securite-sociale> > [en ligne] [consulté le 5 Avril 2014].

< <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F18537> > [en ligne] [consulté le 28 avril 2017].

< <http://www.vie-publique.fr/actualite/dossier/retraites-2013-debat/reformes-retraites-1993-2012.html> > [en ligne] [consulté le 8 décembre 2016]

< <http://www.vie-publique.fr/decouverteinstitutions/financespubliques/protectionsociale/financement/que-sont-ita.html> > [en ligne] [consulté le 30 mars 2017]

< <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/collectivites-territoriales/competences-collectivites-territoriales/quelles-sont-competences-exercees-par-departements.html> > [en ligne] [consulté le 12 mai 2017].

< <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/protection-sociale/retraites/qu-est-ce-que-fonds-solidarite-vieillesse.html> > [en ligne] [consulté le 13 février 2017] : Vie publique, *Qu'est-ce que le Fonds de solidarité vieillesse ?*

CNSA

< <http://www.cnsa.fr/documentation/memo12-2016-web.pdf> > [en ligne] [consulté le 3 mars 2017], « L'implication de la CNSA dans le plan Maladie neurodégénératives 2014-2019 », n° 12, 2006.

< <https://www.cnsa.fr/parcours-de-vie/maia> > [en ligne] [consulté le 16 avril 2018].

DREES

< <http://drees.social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/fiche8-2.pdf> > [en ligne] [consulté le 30 mars 2017].

< <http://drees.solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/er183.pdf> > [en ligne] [consulté le 21 mars 2018], DREES, *études et résultats*, juillet 2002, n° 183.

< <http://drees.solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/fiche7-9.pdf> > [en ligne] [consulté le 21 mars 2018], DREES, « Les retraités et les retraites », édition 2017.

< <http://www.ehpad-fr.org/> > [en ligne] [consulté le 14 juin 2017].

< http://www.experimentation.jeunes.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_final_EVAL_ASDO_API_175.pdf > [en ligne] [consulté le 21 septembre 2017].

< http://www.fng.fr/html/droit_liberte/charte_pdf/20_ANS_CHARTE_ET_COMMISSION.pdf > [en ligne] [consulté le 09 mai 2014].

INED.fr

< <https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/tous-les-pays-du-monde/> >

[en ligne] [consulté le 23 février 2018], INED, *Monde, estimations 2018*, source : World population Prospects. Nations Unies. 2015.

< <https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/france/evolution-population/population-totale/> > [en ligne] [consulté le 20 février 2018], INED, *population totale*.

< <https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/france/structure-population/population-sexe-ages/> > [en ligne] [consulté le 20 février 2018], INED, *population par sexe et âge au 1^{er} janvier 2018*.

< <https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/france/structure-population/centenaires/> > [en ligne] [consulté le 20 février 2018]. INED, *nombre de centenaires. Évolution et projection*.

INSEE.fr

< <https://www.ined.fr/fr/lexique/transition-demographique/> > [en ligne] [consulté le 20 février 2018].

< <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1892086?sommaire=1912926> > [en ligne] [consulté le 14 février 2018], *Pyramide des âges : population par âge*, Coll. Insee Références, Rubrique : Population, 2016, p. 26.

< <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1892088?sommaire=1912926> > [en ligne] [consulté le 23 février 2018], *Estimations de population, population totale par sexe et âge au 1^{er} janvier 2018, France métropolitaine*, paru le 16 janvier 2018.

< <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2407793#tableau-Donnes20052013> > [en ligne] [consulté le 13 février 2017] INSEE, *Statistiques, Allocataires du minimum vieillesse*, série longue 2005-2013

< <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2496218> > [en ligne] [consulté le 20 février 2018], N. BLANPAIN, G. BUISSON, *21 000 centenaires en 2016 en France, 270 000 en 2070 ?* Division enquêtes et études démographiques, INSEE, *INSEE première*, 2016, n° 1620.

< <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2502743?sommaire=2502768#titre-bloc-6> > [en ligne] [consulté le 20 mars 2018], INSEE, *Enquête SRCV, Insee résultats, pauvreté en conditions de*

vie de 2004 à 2014 ; insuffisance de ressources selon l'âge de la personne de référence, paru le 19 janvier 2017.

< <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3052741> > [en ligne] [consulté le 20 mars 2018], INSEE, *Chiffres-clés*, taux de pauvreté selon l'âge et le sexe en 2016, paru le 12 septembre 2017.

< <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3305173?sommaire=1912926> > [En ligne] [consulté le 23 février 2018], S. PAPON, C. BEAUMEL, *Bilan démographique 2017, plus de 67 millions d'habitant en France au 1^{er} janvier 2018*, INSEE, division enquêtes et études démographiques.

PORTAIL DE LA JUSTICE

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

< http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank/download/2012662D_Cccc_662dc.pdf > [en ligne] [consulté le 29 mars 2017]. « Commentaire de décisions du Conseil Constitutionnel n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, *relative à la loi de finances pour 2013*, Décision n° 2012-661 DC du 29 décembre 2012, *relative à la loi de finance rectificative pour 2012* ».

< http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/simplification.pdf > [en ligne] [consulté le 30 novembre 2017]. Conseil constitutionnel, *Codification, simplification et Constitution*, 2005.

COUR DE CASSATION

< https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/arret_n_11058.html > [en ligne] [consulté le 31 mars 2007].

AUTRES SITES

< www.anah.fr > [en ligne] [consulté le 14 décembre 2017].

< http://www.avocat-perigueux-laboetie.fr/sites/avocat-perigueux-laboetie.fr/IMG/pdf/referentiel_ca_indemnisation.pdf > [en ligne] [consulté le 28 juin 2017].

< <http://www.aurep.com/newsletters/prestations-remuneratoires-des-aidants-recompenser-nest-pas-donner/> > [en ligne] [consulté le 23 janvier 2018] AUREP, « Prestations rémunératoires des aidants : “récompenser n’est pas donner” », 28 mai 2013, newsletter n° 152.

< <http://www.cnpgeriatrie.fr/wp-content/uploads/2013/01/Livre-blanc-de-la-g%C3%A9riatrie-modifi%C3%A9.pdf> > [en ligne] [consulté le 23 novembre 2011] C. JEANDEL, *et al.*, *Livre Blanc de la gériatrie française*, 2011.

< http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/People_in_the_EU_%E2%80%93_statistics_on_demographic_changes > [en ligne] [consulté le 7 septembre 2017]. Eurostat, *Satistics Explained*, fichier : structure de la population selon les principaux groupes d'âge.

< https://www.francetvinfo.fr/16-ans-possibilite-d-une-pre-majorite_419713.html > [en ligne] [consulté le 13 février 2018].

< <https://www.gob.mx/> > [en ligne] [consultés le 11 août 2017].

< <https://www.gob.mx/prospera> > [en ligne] [consultés le 11 août 2017].

< <http://www.hcsp.fr/explore.cgi/avisrapportsdomaine?clefr=246> > [en ligne] [consulté le 13 février 2017].

<http://www.ich.org/fileadmin/Public_Web_Site/ICH_Products/Guidelines/Efficacy/E7/Step4/E7_Guideline.pdf > [en ligne] [consulté le 7 septembre 2017]. International conference on harmonisation of technical Requirements for registration of pharmaceuticals for human, *ICH Harmonised Tripartite Guideline, Studies in support of sepcial populations : geriatrics E7, 24 June 1993* ; Conférence internationale sur l'harmonisation des techniques relatives à l'enregistrement des produits pharmaceutiques destinés à l'Homme, *ICH ligne tripartite harmonisée, études à l'appui de populations spéciales : gériatie E7, 24 juin 1993*.

< http://www.ifop.com/?option=com_publication&type=poll&id=1419 > . [En ligne] [consulté le 20 février 2018], *Les français et le Bien Vieillir*. Étude IFOP, février 2011.

< <http://www.ipubli.inserm.fr/bitstream/handle/10608/6807/?sequence=9> > [en ligne] [consulté le 7 février 2018]. J. TRINCAZ, « Personne âgée : quelles représentations sociales ? Hier et aujourd'hui », *Communications*, Université Paris Est Créteil.

< http://www.jurisdefi.com/upload/fichiers/publications/PLAQUETTE_PACTE_DUTREIL.pdf > [en ligne] [consulté le 19 octobre 2017]. Ch. BONHOMME, D. MATHELIE GUINLET, « Le pacte Dutreil : formalités », *Juris défi*, Coll. Pratique, 2013.

< <http://www.lagazettedescommunes.com/424447/loi-vieillissement-maintenant-il-va-falloir-lappliquer/> > [en ligne] [consulté le 8 novembre 2017]. I. RAYNAUD, « Loi vieillissement : maintenant il va falloir l'appliquer ! », *La Gazette des communes*.

< <http://www.musee-armee.fr/lhotel-des-invalides/lhotel-national-des-invalides.html> > [en ligne] [consulté le 19 février 2018].

< http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_gisela_bester_e_vanessa_maito.pdf > [en ligne] [consulté le 11 août 2017]. G. MARIA BESTER, V. PONTAROLA MAITO, inclusão democrática de passageiros idosos no brasil a Partir da lei nº 10.741/2003 e efetividade do novo direito Fundamental ao transporte interestadual.

< <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/17763/1/Eva%20Chautard.pdf> > [en ligne] [consulté le 11 août 2017]. E. CHAUTARD, *as políticas sociais atuais permitem a manutenção e apoio aos idosos no domicilio ? Complementaridade do paoio cotidiano de idosos no domicilio na frança e a assistência multiprofissional ao idoso no brasil. Mestrado e membre serviço social*, São Paulo, 2015.

< <http://www.silvereco.fr/allegement-de-csg-pour-les-retraites-modestes-premiers-effets-sur-les-retraites/3172515> > [en ligne] [consulté le 30 mars 2017].

« Vieillissement et qualité de vie », *Organisation Mondiale de la Santé* < http://www.who.int/ageing/about/fighting_stereotypes/fr/ > [en ligne] [consulté le 12 juin 2017]

« Maltraitance des personnes âgées », *Organisation Mondiale de la Santé*, Aide-mémoire, 2015, n° 357 < <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs357/fr/> > [en ligne] [consulté le 17 août 2016].

« Vieillissement et santé », *Organisation Mondiale de la santé*, Aide-mémoire, n° 404, 2015, < <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs404/fr/> > [en ligne] [consulté le 8 février 2018].

M. AIACH, B. DESPUJOL, B. PROISY, G. THILBAULT, *Dossier : Services à la personne : bilan économique et enjeux de croissance*, OLIVER WYMAN et MARSH & Mc. LENNAN Cie. < <http://www.afortis-sap.fr/upload/Services%20%C3%A0%20la%20personne%20%20bilan%20%C3%A9conomique%20et%20enjeux%20de%20croissance.pdf> > [en ligne] [consulté le 8 janvier 2018]

C. GUIBET LAFAYE, *Paradigmes interprétatifs de la dissolution du lien social*, < <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00373332> > [en ligne] [consulté le 14 mai 2018]

K. LARA SILVA, *et al.*, « Internação domicilia no Sistema único de saúde », *Saúde Pública*, 2005 < <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v39n3/24792.pdf> > [en ligne] [consulté le 11 août 2017].

J. TRINCAZ, « Personnes âgées : quelles représentations sociales ? Hier et aujourd'hui ». < <http://www.ipubli.inserm.fr/bitstream/handle/10608/6807/?sequence=9> > [en ligne] [consulté le 14 mai 2018]

ŒUVRES ILLUSTRATIVES

J. ANOUILH, F. POULENC

Les chemins de l'amour.

Pièce *Léocadia*, 1940

L. ARAGON

J'arrive où je suis étranger.

Recueil, *La Diane française*, 1944

*Ce qu'il m'a fallu de temps pour
comprendre.*

Recueil *Le roman inachevé*, 1956.

ARISTOTE

Éthique à Nicomaque

H. de BALZAC

Le curé de village.

Ed. Gallimard, coll. La Pléiade, 1976, t.

X, p. 1103

E.-F. BUCKLEY

Légendes de la Grèce antique.

Librairie Payot et Cie, 1931, p. 23.

CICÉRON

De officiis, Traité des devoirs.

Ed. Hachette et Cie, Traduction
française par E. SOMMER, 1877

A. de LAMARTINE

Consolation.

Recueil *Nouvelles méditations
poétiques*, 1823

S. de BEAUVOIR

La vieillesse.

Gallimard., 1970, t. 1, p. 20-21.

ÉPICURE

*Lettre à Ménécée et autres lettres sur le
bonheur.*

Ed. Librio, Coll. Philosophie, 2017.

F. FABIÉ

Savoir vieillir.

Recueil *Ronces et lierres*, 1921.

K. GIBRAN

Le Prophète.

1923.

V. HUGO

Où est donc le bonheur ?

Recueil, *Les feuilles d'automne*, 1831

*Le droit et la loi, introduction au livre
Actes et Paroles.*

Ed. La librairie nouvelle, Paris, 1875.

Ah ! vous voulez la lune.

Recueil *L'art d'être grand-père*, 1877.

F. NIETZSCHE

Considérations inactuelles.

T. III, §4

R.-F. S. PRUDHOMME

La vieillesse.

Recueil *Les solitudes*, 1969.

F. La ROCHEFOUCAULD

*Réflexions ou Sentences et Maximes
morales.*

Ed. Gallimard, Coll. Folio classique,
présentée et établie par Jean LAFOND,
2^{ème} édition, 1976.

L. SEPLÚVEDA

Le vieux qui lisait des romans d'Amour.

Éditions Métailié suites, 2004.

R. VIVIEN

Extrait du poème *Vieillesse
commençante.*

Recueil *Haillons*, 1910.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	9
SOMMAIRE	13
INTRODUCTION	15
I. Les origines de la vieillesse	20
A. Les histoires de la vieillesse	20
B. La place sociétale de la vieillesse	26
II. La vie de la vieillesse	36
A. Le droit positif de la vieillesse	36
B. Les atteintes aux personnes âgées	43
III. La proposition d'une renaissance de la vieillesse	48
A. Le séquençement du temps de vie	48
B. La post-majorité, proposition d'un statut juridique propre à la personne âgée	52
 PREMIÈRE PARTIE	
LES DROITS LA PERSONNE ÂGÉE : RECONNAISSANCE D'UNE POST-MAJORITÉ	57
 TITRE PREMIER — DE L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DES DROITS DE LA PERSONNE ÂGÉE	63
 CHAPITRE I	
La protection sociale et le traitement du patrimoine de la personne âgée	65
SECTION I	
Le niveau de vie et le soutien social de la personne âgée	66
PARAGRAPHE 1	
Le niveau de vie de la personne retraitée	67
I. Les pensions de retraite, ressources principales	67
A. L'impact des systèmes de retraite et de sécurité sociale sur la place sociétale de la personne âgée	68
B. L'impact du montant de la pension de retraite sur le niveau de vie de la personne âgée	70
II. Les pensions de retraites, ressources non exclusives	72
A. Les personnes âgées et l'épargne	72
B. Les personnes âgées et la précarité	75
PARAGRPAHE 2	
Le soutien social de la personne âgée	79
I. L'aide sociale à la personne âgée	80
A. L'identification de la vieillesse comme risque social	80
B. L'âge comme mode de régulation du soutien social	82

C. Les aides sociales de la vieillesse : L'allocation de solidarité pour les personnes âgées et l'allocation personnalisée d'autonomie	83
II. La protection de la santé de la personne âgée	91
A. L'orientation pro-vieillesse de la politique santé	91
B. Le risque dépendance comme vecteur d'orientation de la post-majorité santé	106
SECTION II	
Le patrimoine de la personne âgée et sa fiscalité	111
PARAGRAPHE 1	
La spécificité de la personne âgée comme sujet du droit fiscal	112
I. La vieillesse, objectif de l'impôt	112
A. La redistribution de l'impôt au profit de la vieillesse	112
B. Les avantages fiscaux consentis au vieillissement et leurs limites	114
II. La vieillesse, moyen de l'impôt	115
A. L'impôt sur le revenu des retraités	115
B. La fiscalité de la dépendance	116
PARAGRAPHE 2	
La spécificité du patrimoine de la personne âgée et de sa transmission	117
I. Le démembrement de la propriété d'une personne âgée	118
A. Le lien intrinsèque entre âge et mécanisme de viager	118
B. La lien entre l'âge et le démembrement de propriété	122
II. La transmission traditionnelle <i>ante et post mortem</i>	129
A. La transmission <i>ante mortem</i> du patrimoine	130
B. La transmission post mortem du patrimoine et son imposition	131
Conclusion du Chapitre I	135
CHAPITRE II	
La consommation et la capacité contractuelle de la personne âgée	138
SECTION I	
La personne âgée : consommateur particulier	139
PARAGRAPHE 1	
Les effets de l'âge sur la consommation	139
I. Les effets de la vieillesse sur la consommation	140
A. Les effets d'âge sur le mode de consommation	140
B. Les effets de génération sur le mode de consommation	141
II. Les effets de la vieillesse sur l'économie	143
A. La personne âgée, acteur pressenti pour l'économie	143
B. La <i>silver</i> économie, actrice pressentie pour l'adaptation de la société au vieillissement	145
PARAGRAPHE 2	
Les effets de l'âge sur le droit de la consommation	147
I. La protection de l'âge saisie par le droit de la consommation	147
A. La prégnance de l'âge en droit de la consommation	147
B. La protection de l'âge par le droit de la consommation	148

II.	La personne âgée face aux pratiques commerciales abusives	149
A.	La prohibition de l'abus de faiblesse ou d'ignorance d'une personne âgée	150
B.	Le contrôle du démarchage de la personne âgée	154
SECTION II		
La personne âgée : cocontractant particulier		157
PARAGRAPHE 1		
De l' <i>homo contractus</i> au <i>senex contractus</i>		158
I.	L'âge dans le droit des contrats	158
A.	Le droit des contrats face au critère de l'âge	158
B.	La réforme du droit des contrats face au critère de l'âge	159
II.	Les effets de l'âge sur la relation contractuelle	161
A.	Les avantages contractuels refusés à l'âge	162
B.	Les avantages contractuels consentis à l'âge	163
C.	Les avantages contractuels pressentis au profit de l'âge	164
PARAGRAPHE 2		
La contractualisation croissante de la vieillesse		167
I.	La personne âgée dans la relation contractuelle	167
A.	L'exécution du contrat et les risques liés à l'âge	167
B.	L'outil contractuel au service de la protection liée à l'âge	172
II.	L'âge dans la technique contractuelle	176
A.	Les contrats liés à l'âge, l'exemple des contrats d'assurance	176
B.	L'avènement de nouvelles figures contractuelles liées à l'âge	180
Conclusion du Chapitre II		183
Conclusion du titre I		184
TITRE II — POUR UNE COHÉRENCE DES DROITS DE LA PERSONNE ÂGÉE		187
CHAPITRE I		
Les atteintes à la personne âgée et les modèles de protection		189
SECTION I		
Les atteintes spécifiques à la personne âgée		191
PARAGRAPHE 1		
Les atteintes au patrimoine de la personne âgée		192
I.	Les violences nées d'une relation contractuelle	192
A.	L'âge et le dol	192
B.	L'âge et les violences financières	194
II.	Les violences nées indépendamment d'une relation contractuelle	195
A.	Le vol d'une personne âgée	195
B.	L'abus de l'âge et ses conséquences ante et <i>post mortem</i>	200
PARAGRAPHE 2		
Les atteintes à la personne âgée		203
		813

I.	Les violences contre la personne âgée	203
A.	La violence par action	203
B.	L'insuffisante consécration de l'omission sanctionnable concernant une personne âgée	209
C.	Le délaissement d'une personne âgée	212
II.	Les atteintes au mode de vie de la personne âgée	217
A.	Le choix de vivre en institution	217
B.	Le quotidien en institution	229
SECTION II		
Le modèle de protection commune de la personne âgée : L'équilibre recherché entre égalité et protection		236
PARAGRAPHE 1		
Les moyens de la protection commune de la personne âgée		237
I.	Le critère de l'âge dans la jurisprudence	237
A.	Les manifestations du critère de l'âge dans la jurisprudence	237
B.	L'éventail des droits spéciaux liés à l'âge	242
II.	Les limites de la protection : L'exemple de l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial	247
PARAGRAPHE 2		
Les limites de la protection commune de la personne âgée		249
I.	L'existence d'une discrimination fondée sur l'âge	249
A.	Les manifestations de la discrimination fondée sur l'âge	249
B.	Le traitement de la discrimination fondée sur l'âge	253
II.	Le rapport aux droits de la personne âgée	259
SECTION III		
Le modèle de protection spéciale par l'incapacité : L'équilibre recherché entre liberté et protection		261
PARAGRAPHE 1		
La capacité juridique mise à l'épreuve du vieillissement démographique		261
I.	L'existence d'un besoin de protection lié à l'âge	262
A.	La protection juridique du majeur âgé	262
B.	Les interactions entre l'âge et principe de protection	273
II.	Les acteurs de la protection liée à l'âge	279
A.	Les acteurs de la prise de décision de placement : l'interdépendance des autorités médicales et juridiques	279
B.	Les acteurs de la mise en œuvre de la protection et la confusion des sphères privées et professionnelles	293
PARAGRAPHE 2		
La contingence de l'incapacité dans la protection juridique		300
I.	Le panel de protection juridique des majeurs	301
A.	Les premières strates de protection juridique	301
B.	Les strates renforcées de la protection juridique	309
II.	L'étendue de la protection juridique des majeurs	319
A.	La protection extra-patrimoniale du majeur	319

B.	La protection patrimoniale du majeur	321
III.	L'incomplétude de régimes dérogatoires mutilés	324
A.	Les limites théoriques de la protection juridique des majeurs	324
B.	Les limites pratiques de la protection juridique des majeurs	335
	Conclusion du Chapitre I	345
	CHAPITRE II	
	Vers la reconnaissance des droits de la personne âgée : Entre spécificité et diversité	348
	SECTION I	
	Les particularismes de la vieillesse embrassés par le droit	349
	PARAGRAPHE 1	
	La personne âgée comme sujet spécial de droits	349
I.	Des ruptures naturelles à rapprocher	350
A.	La perte de capacités entraînée par le vieillissement	350
B.	Les altérations pathologiques ou accidentelles liées au vieillissement	352
II.	Des ruptures juridiques à prendre en compte	354
A.	La personne âgée et du renoncement aux soins	354
B.	Le mécanisme de récupération sur succession et le renoncement aux droits sociaux	359
	PARAGRAPHE 2	
	La personne âgée et le besoin de droit adapté	364
I.	La préservation de l'instrumentalisation de l'incapacité	364
A.	La protection inadéquate de la personne âgée	364
B.	Les rapports entre protection spéciale et protection générale	368
II.	Les leurre du principe d'égalité	370
A.	La nécessité de repenser l'égalité	371
B.	La nécessité d'un droit de la personne âgée comme émanation renforcée d'un droit reconnu à tous	372
	SECTION II	
	Les solutions préexistantes de prise en compte de la vieillesse	374
	PARAGRAPHE 1	
	L'élan d'adaptation de la société au vieillissement en France et dans l'Union européenne	375
I.	l'adaptation de la société française au vieillissement	375
A.	L'adaptation de la société au vieillissement : un projet d'envergure	376
B.	L'adaptation de la société au vieillissement : un premier bilan mitigé	381
II.	La consécration de droits au niveau supranational	392
A.	Les fondations européennes de la protection de la personne âgée	392
B.	La consolidation de la protection de la personne âgée en Europe et dans l'Union européenne	399
	PARAGRAPHE 2	
	La consécration de droits au niveau national : l'aboutissement du <i>estatuto do idoso</i> statut national de la personne âgée au Brésil	404
I.	La création du statut de la personne âgée au Brésil	405

A.	La personne âgée comme sujet de droits	405
B.	La consolidation du statut de la personne âgée au Brésil	406
II.	L'étendue du statut national de la personne âgée au Brésil	409
A.	Le volet patrimonial du statut de la personne âgée au Brésil	409
B.	Le volet extrapatrimonial du statut de la personne âgée au Brésil	411
	Conclusion du Chapitre II	413
	Conclusion du titre II	414
	CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	416
	SECONDE PARTIE	
	LE DROIT DE LA PERSONNE ÂGÉE : THÉORISATION DE LA POST-MAJORITÉ	419
	TITRE I — UNE POST-MAJORITÉ AU SERVICE DE LA CONVERGENCE DES DROITS DE LA PERSONNE ÂGÉE	423
	CHAPITRE I	
	Présentation d'une post-majorité consolidée	425
	SECTION I	
	Le choix d'une post-majorité	426
	PARAGRAPHE 1	
	Les solutions de droit envisageables	426
I.	La protection de la vieillesse par la création d'un nouveau régime spécial	427
A.	Le principe de création d'une nouvelle strate spécialisée de protection : un régime spécial de protection juridique du majeur âgé	428
B.	Les limites de la création d'un nouveau régime de protection juridique pro-vieillesse	432
II.	L'application particulière de la règle générale au profit des personnes âgées	433
A.	La possible extension de la pratique d'application particulière de la règle générale	433
B.	Les limites du principe d'application particulière de la règle générale	434
	PARAGRAPHE 2	
	La solution envisagée d'une post-majorité	436
I.	Qu'est-ce que la post-majorité ?	436
A.	L'hybridation conceptuelle du principe de majorité et des régimes spéciaux de protection	437
B.	L'objet de la post-majorité	442
II.	Qui sont les post-majeurs ?	445
A.	Les sujets naturels de la post-majorité	445
B.	L'exclusion des critères concurrentiels classiques	453
	SECTION II	
	Contextualisation du concept de post-majorité	456

PARAGRAPHE 1	
Les interactions de la post-majorité et des principes de droit positif	457
I. La post-majorité mise en corrélation avec les principes d'égalité et de dignité	457
A. L'égalité et le retour aux fonctions primaires du droit	458
B. La dignité comme principe directeur du droit de la personne âgée	462
II. La post-majorité ou l'affranchissement de la notion de vulnérabilité	471
A. Post-majorité et vulnérabilité : Concordance d'objectifs et divergence de moyens	471
B. La transcendance de la protection de la vieillesse comme finalité à la notion de vulnérabilité	475
PARAGRAPHE 2	
Le régime juridique de la post-majorité	480
I. Impact de la post-majorité sur la protection commune de la personne âgée	481
A. Le rapport aux droits au sein de la post-majorité	481
B. La présomption au service de la protection des personnes âgées	490
C. Le statut de la personne âgée et la procédure contentieuse	497
II. Impact de la post-majorité sur la protection juridique des majeurs	500
A. La post-majorité et la protection juridique classique des majeurs	500
B. La post-majorité et la protection programmée de la personne	505
Conclusion du Chapitre I	507
CHAPITRE II	
La post-majorité : Confluence des interdépendances intergénérationnelles	509
SECTION I	
La solidarité des plus âgés aux moins âgés	512
PARAGRAPHE 1	
L'expression d'un lien extra-patrimonial de la grand-parentalité	513
I. Le droit à la grand-parentalité	514
A. Le droit des grands-parents à la constatation de la possession d'état	514
B. Le droit des grands-parents et l'adoption de leurs petits-enfants	521
II. Les droits de la grand-parentalité	526
A. Le droit de connaître ses petits-enfants	526
B. Le devoir de connaître ses petits-enfants	531
PARAGRAPHE 2	
La sécurisation du lien patrimonial de la grand-parentalité	535
I. Le soutien intergénérationnel immédiat	536
A. Le soutien intergénérationnel imposé aux grands-parents : l'obligation d'aliment	536
B. Le soutien intergénérationnel spontané au profit des petits-enfants	538
II. Le soutien intergénérationnel programmé au profit des petits-enfants	547
A. La donation-partage	548
B. La transmission successorale aux petits-enfants	554
SECTION II	
La solidarité des moins âgés aux plus âgés	562

PARAGRAPHE 1	
Le soutien intergénérationnel patrimonial Au profit des ascendants âgés	563
I. La solidarité familiale et la dépendance économique des ascendants	563
A. Les causes du besoin économique de l’ascendant	563
B. Les solutions successorales aux besoins économiques de l’ascendant, une ressource limitée	565
II. L’existence d’une obligation d’aliment au profit des ascendants	566
A. L’autorité parentale comme fondement de l’obligation d’aliment envers l’ascendant	566
B. La protection du devoir de l’enfant envers ses ascendants	568
PARAGRAPHE 2	
Le soutien intergénérationnel extrapatrimonial au profit des personnes âgées : Un droit à l’accompagnement	574
I. L’aide aux personnes âgées : le rôle d’aidant	575
A. Les fondations du statut d’aidant	575
B. Teneur et évolution des droits de l’aidant	580
II. Lien et relai aux personnes âgées : Le rôle du lanceur d’alerte	593
A. La post-majorité et Le lien social, moyen de survivance de l’individualité	593
B. La post-majorité et le rôle du lanceur d’alerte	595
Conclusion du Chapitre II	601
Conclusion du Titre I	603
TITRE II — LA POST-MAJORITÉ AU SERVICE DE L’AUTODÉTERMINATION DE LA PERSONNE ÂGÉE	605
CHAPITRE I	
La post-majorité et l’émancipation de la prise de décision de la personne âgée	607
SECTION I	
Le renforcement du consentement durant la vieillesse	609
PARAGRAPHE 1	
La protection du consentement durant la période de vieillesse	610
I. La volonté placée au centre de la vieillesse	610
A. La volonté face aux réponses sociétales	610
B. L’existence embryonnaire d’une conception subjective du consentement	614
II. Le processus d’expression du consentement de la personne âgée	615
A. La préparation et l’expression du consentement de la personne âgée	616
B. Le retrait du consentement de la personne âgée	619
PARAGRAPHE 2	
La protection de la capacité d’expression de la volonté de la personne âgée à l’heure du numérique	620
I. La fracture numérique, davantage humaine que matérielle	620
A. Les inégalités matérielles causées par l’outil numérique	621
	818

B.	La rupture d'égalité juridique causée par l'outil numérique : l'exemple de la télédéclaration	622
II.	L'effectivité des droits à l'heure du numérique : proposition d'un droit à la non-connexion	624
SECTION II		
	La maîtrise de la vieillesse : proposition d'une convention de vieillissement	628
PARAGRAPHE 1		
	Une convention de vieillissement au service de la volonté durant la vieillesse	629
I.	Principe d'une convention de vieillissement	629
II.	Régime juridique d'une convention de vieillissement	630
PARAGRAPHE 2		
	Une clause de fin de vie au service de la volonté durant la vieillesse	631
I.	La théorisation progressive de la maîtrise de la fin de vie	632
II.	Le droit de la personne âgée et la fin de vie	633
	Conclusion du Chapitre I	638
CHAPITRE II		
	La post-majorité et la mise en œuvre de la volonté de la personne âgée	639
SECTION I		
	L'autodétermination concernant le mode de vie durant la vieillesse	640
PARAGRAPHE 1		
	Le droit au maintien à domicile	641
I.	Le respect du choix de maintien à domicile	641
A.	Le choix du maintien à domicile	641
B.	La réalisation du choix de maintien à domicile	645
II.	L'axe de l'emploi à domicile	653
A.	Les différents régimes de l'aide à domicile	654
B.	La philosophie éclectique de l'aide à domicile	656
PARAGRAPHE 2		
	Le droit de l'habitat collectif	662
I.	la cohabitation intergénérationnelle intrafamiliale	662
A.	Le développement souhaitable d'une "parenté pratique"	663
B.	Les moyens d'incitation à la cohabitation intergénérationnelle intrafamiliale	665
II.	L'habitat collectif extrafamilial	668
A.	Les évolutions souhaitées de l'habitat collectif	668
B.	Le développement souhaité de l'habitat collectif intergénérationnel extra familial	671
SECTION II		
	L'autodétermination durant la phase de vieillissement et sa survie <i>post mortem</i>	673
PARAGRAPHE 1		
	La volonté exprimée <i>inter vivos</i>	674
I.	L'exemple argentin : le pacte sur succession future	674
A.	Le pacte sur succession future solutionnant la prise en charge individualisée de la phase de vieillissement	674

B.	Entraves et dérivés à la transposition du modèle argentin en droit français	677
II.	L'exemple français : le bail à nourriture	684
A.	Le bail à nourriture extrafamilial	685
B.	Le bail à nourriture interfamilial	686
PARAGRAPHE 2		
La survivance de la volonté, effets et limites <i>post mortem</i>		687
I.	La survie de la volonté pour soi-même durant la phase <i>post mortem</i>	688
A.	La volonté pour soi-même et le rapport au mode d'inhumation	688
B.	La volonté pour soi-même et le rapport au lieu d'inhumation	694
II.	La survie de la volonté pour autrui durant la phase <i>post mortem</i>	696
A.	Maîtrise et déprise de la volonté individuelle par les réclamations de l'aidant	697
B.	Maîtrise et déprise de la volonté pour autrui à travers la pratique du legs rémunérateur	702
Conclusion du Chapitre II		705
Conclusion du Titre II		706
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE		707
CONCLUSION GÉNÉRALE		709
PROPOSITIONS DE FIN DE THÈSE		712
I.	Essence d'un statut de la personne âgée au sein de l'ordre juridique	712
A.	La consécration normative de la protection de la vieillesse	712
B.	De nouveaux fondements de la protection.	713
II.	Substance d'un statut juridique propre à la personne âgée	718
A.	La protection pénale de la vieillesse	718
B.	La protection sociale de la vieillesse	722
C.	Le traitement fiscal de la vieillesse	723
D.	La capacité contractuelle de la personne âgée	725
E.	La capacité juridique de la personne âgée	728
BIBLIOGRAPHIE		732
TABLE DES MATIÈRES		811