Les rapports entre vieillissement et discrimination en droit : une fertilisation croisée utile sur le plan individuel et collectif

Marie Mercat-Bruns

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/8641>

DOI : 10.4000/revdh.8641

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Marie Mercat-Bruns, « Les rapports entre vieillissement et discrimination en droit : une fertilisation croisée utile sur le plan individuel et collectif », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 17 | 2020, mis en ligne le 24 février 2020, consulté le 19 octobre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/8641> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.8641>

Ce document a été généré automatiquement le 19 octobre 2020.

Tous droits réservés

Les rapports entre vieillissement et discrimination en droit : une fertilisation croisée utile sur le plan individuel et collectif

Marie Mercat-Bruns

- 1 Jusqu'à présent le droit civil ignore en principe le vieillissement du sujet de droit majeur. À l'exception de certaines dispositions de la loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement¹ qui vise une série de codes (Code civil, Code de la santé publique, Code de l'urbanisme), c'est l'âge qui est envisagé². Le juge en revanche, peut, dans l'appréciation des préjudices subis par une personne âgée, prendre en considération son grand âge. De même, il peut tenir compte de la perception trop rapide de risques associés au vieillissement de la personne dans ses rapports avec d'autres en matière contractuelle. Ainsi les magistrats ou le Défenseur des droits peuvent constater le refus d'accès aux biens et services, en matière d'assurance³ ou de crédit à la consommation⁴. L'État peut aussi anticiper les effets du vieillissement en mettant à la retraite des contrôleurs aériens sur la base d'une exception légale à la non-discrimination⁵. Sans être mentionné, le vieillissement de la personne est parfois confondu par sa famille avec la vulnérabilité pour demander une tutelle et peut risquer de limiter la capacité juridique au mépris des droits fondamentaux⁶. À cet égard, a récemment été réaffirmé le droit de vote pour tous, y compris pour les majeurs sous tutelle⁷. Enfin, la caractérisation par le juge de l'abus de faiblesse tient compte évidemment des conséquences éventuelles du grand âge⁸.
- 2 Eu égard à ce traitement casuistique du vieillissement de la personne, on peut se demander ce qu'apporte la problématique des discriminations. On peut d'ailleurs s'interroger en sens inverse sur l'apport de l'approche en termes de vieillissement pour appréhender les discriminations. Au premier abord, on peut penser que le vieillissement n'apporte rien au droit de la non-discrimination qui mentionne déjà l'âge comme critère prohibé. On peut penser à l'opposé que l'évocation du vieillissement

apporte tout car on sait précisément que l'âge véhicule des préjugés, des stéréotypes, en particulier l'âge avancé qui est perçu négativement en raison des risques associés au vieillissement.

- 3 C'est sur cette contradiction, cette tension, cette ambivalence, que se situe notre réflexion. Il ne s'agit pas ici de rappeler toutes les règles juridiques qui mentionnent l'âge⁹. L'intérêt est plutôt d'envisager les rapports entre vieillissement et discrimination, de montrer comment, en droit, l'un éclaire l'autre. Quelques cadrages s'imposent. Dans son sens large, on comprend le vieillissement comme le processus biologique et social que vit chaque individu de façon relative et qui peut varier selon le contexte de vie de chacun et selon son rapport à autrui¹⁰. La discrimination, elle, est définie par l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008¹¹ sous ses formes directes¹² et indirectes¹³. La loi y assimile aussi le harcèlement discriminatoire et l'injonction de discriminer¹⁴. La discrimination directe suppose donc une « situation » où l'âge est pris en compte pour effectuer une différence de traitement qui n'est pas objectivement justifiée, alors que la discrimination indirecte part d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique, « neutre en apparence », autrement dit, sans lien *a priori* avec l'âge, mais qui « produit un désavantage particulier » - non justifié ou non proportionné - au détriment d'une ou plusieurs personnes âgées.
- 4 Ces définitions du vieillissement et de la discrimination, qui renvoient à des processus dynamiques de relations, nous en disent un peu plus sur la façon dont les catégories juridiques peuvent être bousculées par le processus du vieillissement ou par le contrôle des différences de traitement qu'opère la discrimination. L'analyse des rapports entre vieillissement et discrimination éclaire la façon dont une notion peut enrichir l'autre et interroge sur la cohérence des catégories juridiques mobilisées. Le vieillissement – comme processus complexe – permet de mieux comprendre les discriminations au-delà de l'âge en s'intéressant à la personne par-delà son statut civil. Pourtant il révèle aussi les contours parfois trop rigides des catégories juridiques comme la capacité ou le consentement, qu'il est opportun d'interroger (I). À l'inverse, il est possible d'embrasser toutes les dimensions envisageables de la discrimination fondée sur l'âge, notamment la reconnaissance progressive de discriminations systémiques¹⁵ et les efforts pour une meilleure inclusion des personnes vieillissantes. Apparaissent alors tous les facteurs, à la fois individuels et structurels, à l'origine des défis multiples que pose le vieillissement à nos sociétés tels que la récurrence de préjugés, les entraves à l'accès au droit des personnes en fin de vie et la promotion des mécanismes de conciliation entre vie personnelle et vie professionnelle qui concernent l'ensemble des générations, soucieuses du « *care* »¹⁶ (II).

I - Le vieillissement pour mieux comprendre les discriminations

- 5 L'âge comme critère de discrimination peut masquer le vieillissement. On peut considérer que le vieillissement est propre à la personne et donc ignoré par les catégorisations du droit : la capacité des personnes, les statuts liés à l'emploi, la retraite, la perte d'autonomie n'évoquent pas directement le vieillissement. Mais dans la pratique, il existe des stéréotypes liés au vieillissement, une représentation négative associée à l'âge avancé, qui produisent des discriminations au détriment des individus vieillissants (A). En outre, le vieillissement - comme processus - permet d'interroger la

cohérence de certaines catégories comme la capacité ou le consentement, lesquelles sont liées à l'idée d'autonomie de la volonté du sujet de droit (B).

A – Le vieillissement sous tension

- 6 Le vieillissement de la personne comme processus dynamique n'a pas d'influence, en principe, sur le fait d'être un sujet de droit, pleinement capable. C'est certes une caractéristique universelle propre à chaque être humain et elle est invisible aux yeux de la loi. Le vieillissement se manifeste, le cas échéant, dans les faits, mais n'influence pas le contenu ou les titulaires des transactions civiles du quotidien des majeurs, présumés capables, quels que soient leurs choix personnels et patrimoniaux (1). On peut alors se demander pourquoi les représentations des risques du vieillissement associé à l'âge se manifestent par des préjugés et aboutissent malgré tout à porter préjudice aux personnes vieillissantes dans l'accomplissement d'actes juridiques (2).

1 - Le vieillissement inhérent à la personne mais non saisissable par le droit

- 7 En principe, le droit est aveugle au vieillissement en dehors du seuil de l'âge matérialisé par la majorité¹⁷. Si le consommateur est vieillissant, c'est son pouvoir d'achat faible ou fort qui va déterminer son positionnement de simple partie vis-à-vis du professionnel le plus offrant¹⁸ ou, à la rigueur, qui va indiquer sa vulnérabilité comme contractant, au-delà de son âge, lorsqu'il s'agit d'un démarchage à domicile¹⁹ des personnes à mobilité réduite²⁰. Aujourd'hui, les personnes âgées constituent même des cohortes ayant un certain pouvoir économique par rapport aux actifs avec la « *silver économie* »²¹, en dehors des difficultés plus spécifiques des femmes qui ont plus souvent de faibles pensions²². Si une personne âgée est en maison de retraite, c'est son statut de résident, bénéficiaire de droits fondamentaux, qui va lui permettre d'obtenir, en principe, le respect de sa vie privée, un choix d'heure de coucher, un droit de visite, un droit à une vie sexuelle. Même si une personne vieillissante est placée sous tutelle, la récente réforme de la justice va préserver l'exercice de son droit de vote comme droit fondamental de la personne²³. Au travail, le salarié en fin de carrière est valorisé par l'ancienneté qui peut se traduire par des droits accrus. Il peut obtenir un éventuel reclassement en cas d'inaptitude au poste et un droit à une retraite à taux plein, sous réserve de ses trimestres travaillés et de son âge. Mais ce n'est pas son vieillissement qui constitue une condition directe d'ouverture de droits²⁴. Autrement dit, la personne vieillissante est un acteur juridique, un sujet qui mobilise des droits en fonction de la situation juridique dans laquelle il est. Le statut de la personne ne dépend pas, en principe, exclusivement de son âge, ni *a fortiori* du processus de vieillissement.
- 8 Pourtant, on observe que le vieillissement comme fait juridique peut avoir un effet car il est souvent associé à l'âge avancé et à certaines représentations négatives afférentes.

2 - L'âge comme présomption du vieillissement : une corrélation source d'explications des discriminations

- 9 Autant la loi ne favorise pas une prise en compte du vieillissement individuel de la personne, autant, dans les faits révélés par le contentieux, l'âge avancé est associé au vieillissement et aux risques de fragilités physiques et mentales, parfois stéréotypées²⁵. Comme l'ont observé statistiquement les économistes, les acteurs du marché que sont

les entreprises préfèrent parfois anticiper les risques éventuels associés à l'âge en refusant de contracter pour garantir la sécurité juridique des transactions. Ces pratiques, qui pensent appréhender les effets du vieillissement associé à l'incapacité – de fait présumée – ou la fragilité dans les hypothèses d'une demande d'accès à des biens et services, reproduisent en réalité des biais cognitifs connus²⁶ et constituent des entraves non rationnelles à l'inclusion des personnes âgées dans la sphère économique²⁷. Le phénomène de présomption de fait est connu en droit : il permet de déduire un fait connu d'un fait inconnu²⁸. L'âge est le fait connu et le vieillissement comme processus évolutif et variable d'un individu à l'autre n'est pas connu. Il cristallise les peurs et est donc nuisible à la sécurité des transactions juridiques. Ce phénomène s'observe dans l'emploi²⁹ et hors emploi, dans le secteur marchand ou dans le secteur public, et peut par exemple conduire à une priorité moindre de ces personnes âgées dans l'accès à certains soins de rééducation³⁰.

- 10 En effet, l'âge est parfois assimilé au vieillissement et cela se traduit par des refus de crédit³¹, de location de voiture ou d'assurance³². Le préjudice subi incite même à se demander dans quelle mesure il n'en résulte pas, pour des personnes âgées capables, une incapacité de jouissance au-delà d'une incapacité d'exercice puisque, dans ce cas, les personnes ne sont pas représentées (elles sont présumées avoir leur pleine capacité d'exercice). Au fond, la période du vieillissement plus avancé de la personne consommatrice entre 70 et 90 ans, peut être traversée par des entraves à l'activité économique, des empêchements de contracter. De même, sous couvert de protection des résidents, les personnes travaillant dans les établissements pour personnes âgées sont frappées d'interdictions de profiter de libéralité de la part des résidents (incapacités de jouissance spéciales).
- 11 Le critère de l'âge associe le vieillissement à un état de santé dégradé mais « les juges du fond rappellent que la prise en compte d'un tel risque est une discrimination sanctionnant le refus de vente d'une assurance automobile en raison de l'âge »³³ : « le législateur a pris soin d'opérer une distinction entre l'âge et l'état de santé, il ne peut dès lors être procédé à un amalgame entre ces deux motifs en considérant que l'âge avancé induit nécessairement une santé défaillante. »³⁴.
- 12 C'est dans ce contexte de préjugés sur le vieillissement que se pose la question des limites qu'offrent certaines catégories juridiques qui cherchent, de façon parfois rigide, soit à protéger (mesures de protection de l'incapacité), soit à libérer (notion d'autonomie et de consentement). Cela interroge aussi sur leur cohérence, leur justification et leur adaptation aux évolutions actuelles du droit qui envisagent les droits fondamentaux de la personne vieillissante.

B – Les catégories juridiques interrogées par le vieillissement

- 13 Le vieillissement renvoie soit à des données individuelles liées à la trajectoire d'une personne dans un contexte donné, soit à un groupe, une cohorte d'âge, une génération, qui peut avoir vécu certaines expériences propres (vieillissement des *baby-boomers*, des migrants, des femmes en milieu rural). Dans cette perspective, la lutte contre la discrimination fondée sur l'âge ne peut pas juste consister soit - sous couvert de discriminations positives³⁵ - à prendre en compte ce critère d'identification de l'état civil pour accorder des droits nouveaux selon la spécificité des personnes ou des groupes, soit au contraire à ignorer l'âge pour que la personne soit traitée comme toute

personne privée, au risque de traiter de la même façon des personnes dans des situations différentes renforçant les inégalités de fait³⁶. Face à ce dilemme que pose la différence, l'appréhension du vieillissement exige d'envisager la dynamique des relations qui se nouent en raison de l'avancée en âge. En d'autres termes, il s'agirait d'améliorer le cadre dans lequel la différence liée à l'âge se manifeste (vie urbaine, emploi, gestion du patrimoine ou vie personnelle) et prévoir sans doute des adaptations dans l'environnement ou dans le cadre contractuel et intime : cadre architectural (modifications du mobilier urbain), cadre des mesures de protection (assouplissement dans la prise en compte de la capacité d'exercice liée aux actes patrimoniaux), accompagnement de tiers dans les choix personnels intrinsèquement liés aux actes de la vie courante, au domicile ou en établissement³⁷.

- 14 Dans la perspective d'une éventuelle discrimination fondée sur l'âge, la prise en compte du vieillissement de la personne propose une grille de lecture des inégalités qui dépasse les critères de l'âge, du handicap, même du sexe de la personne et peut poser la question de la pertinence de certaines catégories juridiques telles qu'elles ont été établies pour encadrer les rapports entre les individus. En effet, les notions de capacité au sens individuel (1) et collectif (3 et 4), d'autonomie, de consentement (2) méritent d'être revisitées.

1 – Le vieillissement et un autre regard sur la capacité accompagnée

- 15 En matière de capacité par exemple, perdure une vision du tout ou rien, parfois binaire, du couple capacité d'exercice/incapacité d'exercice, qui n'est pas toujours atténuée par l'introduction judiciaire de la gradation des mesures de protection (la tutelle, la curatelle, la sauvegarde de justice³⁸) ou autres mécanismes de représentation comme le mandat de protection future ou l'habilitation. Certes, ces mesures doivent répondre à un choix conforme aux principes de nécessité, de subsidiarité, de proportionnalité et d'individualisation de la mesure³⁹, mais cela suppose encore souvent, pour certains régimes de protection, d'être dans le processus d'évaluation de l'état de la personne par le juge, influencé, en pratique, par l'orientation d'un certificat médical.
- 16 Le choix législatif en France est pour l'instant de ne pas assouplir davantage le droit des personnes et de ne pas recourir à la mise en place d'une mesure unique de protection qui aurait pu être modulée par le juge réduisant l'enjeu autour de la forme de protection⁴⁰. Dans d'autres pays pourtant, a été introduite une réflexion pour repenser la capacité⁴¹ par l'émergence d'un mécanisme d'accompagnement de la personne sans prononcer d'incapacité. Dans certains États fédérés des États-Unis, cela se nomme la prise de décision accompagnée (*supported decisionmaking*)⁴². Ce processus ne limite pas la capacité juridique, mais propose une forme de soutien des décisions prises par les proches ou des professionnels sans intervention du juge et sans évaluer la qualité de la décision prise. Ces dispositifs américains qui dépendent des États fédérés ressemblent, à de multiples égards, aux modèles belges et espagnols d'accompagnement⁴³. Cette réflexion est en cours en France⁴⁴.
- 17 La prise de décision accompagnée présente différents intérêts en privilégiant une auto-détermination de la personne accompagnée, gage de son bien-être. En maintenant la capacité juridique, la prise de décision accompagnée ne correspondrait pas à un modèle unique. Cette aide à la décision intervient lorsque les personnes majeures vulnérables, préservant leur capacité, choisissent des amis, des membres de leur famille ou des professionnels qui les aident à comprendre les situations et les choix auxquels elles font

face pour prendre leurs propres décisions⁴⁵. Cela ressemble à l'exigence du consentement éclairé du médecin bienveillant ou du professionnel de bonne foi, à qui incombe désormais une obligation de renseignement de l'autre partie au contrat⁴⁶. La technique de prise de décision accompagnée rappelle ce qui se produit pour tous les majeurs, quel que soit leur âge, lorsqu'ils prennent des décisions concernant la réparation de leur voiture, la signature de documents juridiques ou le consentement à un acte médical : toute personne capable se met en quête de conseils, d'éclairages, d'informations d'amis, de la famille ou de professionnels qui ont une plus forte connaissance ou expertise dans le domaine, afin de faire des choix éclairés.

- 18 Par exemple, une personne âgée peut avoir besoin de l'aide ponctuelle dans la prise d'une décision de vente d'un bien immobilier sans vouloir être représentée, accepter d'être éclairée sur la gestion courante de ses biens, mais tenir fortement à son autonomie dans les valeurs et préférences qu'elle peut avoir sur la façon dont elle prend les décisions, ne voulant en aucun cas être placée sous un régime de protection. Le mécanisme d'accompagnement de la capacité dans le droit israélien ou canadien œuvre dans ce sens en tirant les expériences de suivi de personnes jeunes ayant des fragilités du point de vue mental, tout en aspirant à une certaine indépendance⁴⁷.
- 19 En outre, le vieillissement peut être perçu, non pas de manière négative (déchéance, altération complète des facultés mentales) mais de façon positive (accumulation du savoir, sagesse et expérience de toute une vie). Même lorsqu'une personne âgée est sous un régime de protection, son vieillissement n'est pas monolithique. Ce n'est pas parce qu'elle est placée sous tutelle qu'elle ne peut plus vouloir jouir de chaque instant de la vie, prendre des décisions parfois même fantaisistes, peu raisonnables. « Certains majeurs agissent de façon irrationnelle, parfois au détriment de leur intérêt ou de celui des autres, et cela n'enlève rien à leur qualité de personne⁴⁸ comme nous l'enseigne l'article 12 de la Convention internationale sur les droits des personnes handicapées »⁴⁹. En effet, si la logique des mesures de protection suit celle de l'affirmation des droits fondamentaux et le respect d'une certaine marge d'autonomie du majeur, elle suppose d'accepter une marge d'erreur dans les décisions prises par les majeurs vulnérables⁵⁰.
- 20 Certes, « une incapacité civile, au XXI^e siècle, n'a jamais pour effet de remettre en cause la personnalité juridique de tout majeur »⁵¹, mais lorsque les personnes âgées sont soumises à un régime de protection, il existe inévitablement, pour certains, un ressenti de « mort civile », une perte relative de reconnaissance de leur discernement⁵². Une fois privée de sa capacité, la personne, d'une part, est vue par les tribunaux comme n'ayant plus le même statut légal et, d'autre part, n'est plus crédible dans ses déclarations et sa signature dans la société civile⁵³.

2 – Le vieillissement et un autre regard sur l'autonomie et le consentement comme conditions du lien social

- 21 Sont mises en exergue l'autonomie de la volonté de la personne, l'existence et l'intégrité du consentement comme fers de lance, entre autres, du droit des obligations ou des décisions personnelles en matière de bioéthique. Mais la question de la qualité du consentement du majeur n'est sans doute pas le seul souci des majeurs âgés vulnérables. La qualité du lien social avec autrui est cardinale. Selon certains auteurs, « la personne, sujet de droit, se caractérise par ses relations avec les autres êtres humains »... « Quelqu'un n'est une personne que par rapport aux autres »⁵⁴. En droit des contrats, la capacité d'exercice, si elle est considérée isolément, ne doit pas nier le

rapport à l'autre dans la capacité de la personne de jouir des relations qui se nouent dans une vie sociale⁵⁵.

- 22 L'article 12.3 de la Convention internationale sur les droits des personnes handicapées exige d'accorder le « soutien nécessaire aux personnes pour exercer leur capacité ». Ce soutien doit être inconditionnel et ne doit pas glisser vers une décision prise « pour » la personne sans l'insérer dans un parcours de vie et des relations tissées avec un entourage. Envisager l'accompagnement par le cercle de soutien implique non pas de compenser un défaut de capacité mais de co-construire⁵⁶ un cadre des rapports entre la personne et le réseau d'aides.
- 23 Au fond, ne peut-on pas inverser cette grille de lecture et penser que le droit devrait se développer en prenant en compte, de façon dynamique, le vieillissement de la personne au regard de la perte d'autonomie que constatent les proches, avec la volonté de préserver ses libertés et sa faculté de résilience ? Cela incite à réfléchir davantage à l'encadrement des relations que nouent les personnes vieillissantes avec leur entourage.
- 24 Ainsi, comme l'a souligné le dernier rapport de l'OIT sur l'avenir du travail et l'égalité des genres⁵⁷, l'évolution du droit et des politiques sociales doit s'éloigner d'un accent uniquement mis sur l'autonomie de la personne et se focaliser sur le « care », la valorisation du soin non rémunéré, souvent accompli par les femmes et la prise en compte de la qualité de la relation entre les personnes âgées en perte d'autonomie et leurs aidants, quels que soient leur âge et leur sexe. En outre, les congés pour aidants sont encouragés par la nouvelle directive européenne relative à la conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle de juin 2019⁵⁸ - sous l'impulsion du socle européen des droits sociaux⁵⁹ - mais ne sont guère rémunérés dans les États membres de l'Union européenne. La loi du 22 mai 2019 visant à favoriser la reconnaissance des proches aidants⁶⁰ a été adoptée mais se limite à trois mesures assez secondaires. La première consiste en l'ajout, dans la liste des sujets soumis à la négociation collective au sein des entreprises, de la conciliation du statut d'aidant avec la vie professionnelle des salariés concernés. La deuxième mesure se borne à étendre l'expérimentation du « baluchonnage » (ou relayage) aux agents civils de l'État⁶¹. La troisième intègre, dans le dossier médical partagé de la personne aidée, un volet relatif aux éventuels aidants familiaux.
- 25 La réflexion sur les incidences du vieillissement dans les rapports humains et professionnels permet donc de créer des ponts entre l'emploi des aidants et les relations avec l'entourage vieillissant ou malade. C'est un changement de paradigme dans le droit qui cloisonnait auparavant les étapes de la vie entre le droit du travail et le droit de la protection sociale : formation, emploi et retraite. Désormais les normes au travail doivent prendre en compte, non seulement la situation des actifs autonomes, mais aussi leurs droits et devoirs auprès des personnes âgées dépendantes dont ils ont la charge dans la sphère privée.
- 26 La réflexion sur le vieillissement transforme donc le regard sur les discriminations. D'une appréciation sur le statut d'une personne en raison de son âge, il se déplace vers une appréhension juridique éventuelle des liens sociaux que le vieillissement engendre et exige. Cette observation en suscite une autre sur l'évolution vers un droit social de la personne qui tienne compte de la nécessaire réforme de la prise en charge de la dépendance.

3 – Le vieillissement collectif et l’approche intégrée de la capacité dans la prise en charge de la dépendance

- 27 La prise en compte de la dimension collective du vieillissement permet de s’interroger plus largement sur le cloisonnement entre la protection sociale et la protection civile. Les risques collectifs de vulnérabilité des personnes physiques incitent à l’intégration transversale des questions de capacité dans la mise en œuvre de l’ensemble des politiques publiques (autrement dit le *mainstreaming*)⁶². Une approche intégrée de la capacité⁶³ signifierait que la réforme sur le financement d’un risque dépendance comme politique globale⁶⁴, devrait traiter également des questions de financement et de gestion des mesures de protection à destination des personnes âgées pour garantir la qualité du suivi social et juridique des personnes en perte d’autonomie. Pour l’instant la présentation du projet de Grande loi Autonomie qui devait intervenir fin 2019 a été reportée à l’été 2020⁶⁵. Par analogie, le *gender mainstreaming*⁶⁶ en Europe a permis de prendre en compte, en France, l’égalité femmes/hommes en amont des politiques de logement, de santé, d’emploi pour mieux comprendre les enjeux financiers et juridiques du congé parental.
- 28 L’approche intégrée de la capacité suppose que l’évolution de la protection sociale et la prise en charge financière des personnes plus dépendantes soient coordonnées avec l’action des mandataires, responsables d’une partie des tutelles et curatelles, celle des associations familiales et celle du nouveau juge chargé du contentieux de la protection⁶⁷. Il s’agirait donc de réfléchir à la prise en charge plus globale de personnes précaires en raison de leurs trajectoires ou de leur lieu de résidence (femmes immigrées, population rurale vieillissante...).

4 – Le vieillissement collectif comme justification pour évaluer les normes d’organisation du travail et de la société

- 29 Le vieillissement permet de réinterroger plus profondément certaines normes implicites sur lesquelles reposent le droit des personnes, le droit du travail et le droit public.
- 30 Que ce soient les normes d’évaluation du travail, qui sont parfois peu adaptées aux fins de carrière (valorisation des performances physiques, de l’apparence physique, de rythmes de travail effrénés ou de disponibilité forte par le biais d’heures supplémentaires), ou les normes d’organisation de la cité (aménagement urbains le plus souvent pour des personnes valides), le vieillissement des personnes contraint à modifier l’organisation du travail et les cadres de vie autour des aménagements raisonnables que dicte le droit du handicap⁶⁸. La lutte contre l’isolement numérique et l’accueil dans les lieux d’accès au droit (maisons de la justice et du droit, points d’accès au droit) complètent les efforts pour compenser les facteurs d’exclusion des citoyens qui affectent particulièrement les personnes vieillissantes.
- 31 Et à l’inverse, le vieillissement se prête facilement aux efforts de valorisation des « capacités »⁶⁹ de chacun, quelles que soient ses fragilités, à partir du potentiel des personnes (terminologie issue de la Convention internationale des droits des personnes handicapées) pour éliminer les obstacles à la pleine participation des personnes à la vie sociale, politique et professionnelle. S’agissant de la meilleure représentation des majeurs protégés, l’article 11 de la loi du 23 mars 2019 de programmation et de réforme

pour la justice abroge l'article L5 du Code électoral, ce qui interdit dorénavant de priver les majeurs en tutelle de leur droit de vote.

- 32 Le vieillissement collectif de la population incite à repenser plus profondément le fonctionnement des institutions en raison du nombre croissant de personnes plus vulnérables physiquement, avec une meilleure espérance de vie des femmes et des hommes, et la prise de conscience progressive du caractère universel du vieillissement : toute personne est potentiellement vieille⁷⁰. En outre, certaines personnes âgées qui viennent de partir à la retraite sont plus disponibles pour contribuer autrement à la société civile et à la préservation de l'environnement.
- 33 Dans ce contexte de réveil possible de la société civile et des cohortes de personnes âgées pour la reconnaissance de leurs droits, une discussion juridique peut aussi s'engager à partir des discriminations qu'elles subissent plutôt que du vieillissement qui les caractérise et ce débat mérite un traitement plus transversal.

II – Les discriminations pour mieux comprendre le vieillissement

- 34 Comme des enquêtes sociologiques⁷¹ l'ont montré, le vieillissement suscite, à travers les différentes périodes de l'histoire, diverses stigmatisations par des représentations négatives qui portent préjudice directement aux personnes âgées. Elles sont susceptibles d'entraîner des processus d'aliénation dans l'emploi comme dans leur vie privée en cas de conflit familial, ou de les affecter en tant que consommateurs⁷² ou usagers des services publics dématérialisés⁷³ et des médias.
- 35 La vision courante des discriminations est étroite et envisage les différences de traitement strictement individuelles fondées sur l'âge alors que les discriminations les plus prévalentes sont souvent plus subtiles, plus complexes, et plus difficiles à combattre⁷⁴. L'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations⁷⁵, n'inclut pas moins de quatre notions pour définir la discrimination : la discrimination directe, la discrimination indirecte, le harcèlement discriminatoire et l'injonction de discriminer⁷⁶. Les plus courantes, à savoir la discrimination directe (différence de traitement fondée sur l'âge) et la discrimination indirecte (critère ou pratique qui est susceptible d'entraîner un désavantage particulier au détriment des personnes âgées) illustrent, de façon distincte ou combinée, que la discrimination peut prendre à la fois des formes individuelles et collectives (A) et nécessite en conséquence des solutions qui sont à la fois de nature individuelle et collective (B).

A – Les discriminations systémiques comme cadre d'analyse fécond pour comprendre le vieillissement

- 36 Le critère de l'âge n'étant pas une donnée sensible protégée par la CNIL, il se prête facilement à l'observation statistique. Aussi est-il relativement aisé de montrer qu'un nombre élevé de salariés plus âgés a été congédié ou qu'un nombre élevé de consommateurs âgés n'a pas eu accès à un certain type de contrats d'assurance. En revanche, il peut être opportun d'envisager les inégalités structurelles volontaires et involontaires qui se perpétuent en fonction de l'âge.

- 37 Dans une décision de 1987 la Cour Suprême du Canada, montrait l'utilité de la notion de discrimination systémique pour saisir « une situation d'inégalité cumulative et dynamique résultant de l'interaction, dans un contexte (marché du travail, espace de soins, espace d'éducation, espace public), de pratiques, de décisions ou de comportements individuels ou institutionnels, ayant des effets préjudiciables, voulus ou non, sur les membres de groupes visés »⁷⁷. Dans l'emploi, par exemple, l'analyse des discriminations peut s'en tenir à l'analyse économique néoclassique selon laquelle l'interdépendance des agents économiques permettrait de résorber les exclusions temporaires de groupes ou les rigidités dans l'évolution professionnelle de travailleurs plus exposés aux discriminations. En revanche, si le marché du travail est vu comme structurellement segmenté selon « une vision d'un double marché du travail, les membres des groupes ciblés par le droit de la non-discrimination, comme les femmes, les travailleurs âgés et handicapés, les personnes LGBT ou les personnes de certaines origines, se trouvent relégués dans un marché secondaire » où la discrimination est récurrente et protéiforme⁷⁸.
- 38 Dans cette perspective, le risque de discrimination lié au vieillissement a un effet sur les personnes, voulu ou non, qui comporte ou provoque de nombreux risques d'aliénation dépassant la simple différence de traitement intentionnelle fondée sur des préjugés relatifs à l'âge. Les discriminations systémiques en raison de l'âge révèlent une combinaison de discriminations directes et indirectes⁷⁹ qui peuvent précipiter une personne âgée dans un établissement. Par exemple, on refuse à une personne âgée l'achat à crédit d'un appartement avec un ascenseur ; son assureur lui fait passer une visite médicale liée à l'obtention d'un prêt pour rénover son ancien appartement. Cette visite la désavantage par rapport à d'autres clients. Et comme les descendants de la personne ne veulent pas qu'elle reste à son domicile, ils décident de la placer dans un établissement pour personnes âgées auquel elle se résigne à contrecœur.
- 39 Le processus de discrimination au-delà de l'aspiration à l'égalité - qui est le but et son pendant - permet de comprendre de façon contextuelle et comparative (entre les générations) la nécessité de penser autrement les pratiques commerciales, éducatives, numériques, sociales qui, de façon récurrente, créent des entraves à l'inclusion des personnes vieillissantes dans la société.
- 40 La quête des discriminations systémiques fondées sur l'âge ne sert pas à monter une génération contre une autre⁸⁰. Elle sert à révéler les pratiques volontaires ou non qui perpétuent des cloisonnements par génération dans les activités sociales, médicales, économiques au sein de la société à cause d'une mauvaise représentation de seuils d'âge et la présence de règles, notamment dans les conventions collectives, apparemment neutres, mais qui désavantagent en réalité de façon disproportionnée les personnes vieillissantes⁸¹.
- 41 La discrimination fondée sur l'âge touche plusieurs cohortes d'âges différents (jeune âge, âge avancé) et cela affecte plus particulièrement les femmes âgées qui vivent plus longtemps et qui peuvent être dans une situation précaire, en raison des montants plus faibles de leurs pensions⁸². Ce dernier type de profil renvoie aussi aux discriminations multiples ou intersectionnelles lorsque les femmes vieillissantes ont une situation parfois aggravée par des difficultés économiques ou leur origine⁸³. En outre, celles-ci ne vont pas toujours, du fait du genre, exprimer leurs vœux ou réclamer leurs droits⁸⁴.
- 42 La discrimination systémique étant dévoilée dans ses contours, elle requiert des solutions qui permettent d'intégrer les personnes vieillissantes.

B – Les solutions de lutte contre les discriminations systémiques liées à l'âge : une perspective à envisager pour appréhender l'inclusion des personnes vieillissantes

- 43 Si on pointe les discriminations fondées sur l'âge comme systémiques, c'est précisément pour trouver des solutions systémiques qui tendent vers l'inclusion des personnes vieillissantes, au-delà d'une vindicte individuelle sur l'âgisme ambiant⁸⁵.
- 44 S'impose alors le défi de l'accès au droit des personnes âgées et avec lui la nécessité de faciliter leur information juridique et de prévenir de telles discriminations systémiques en matière de formation au travail (dans les offres d'emploi) et d'accès au logement (dans les conditions de placement au sein d'établissements spécialisés)⁸⁶. Sauvegarder les conditions d'exercice des libertés des personnes devient également une des conditions de cette autonomisation juridique⁸⁷, tout en préservant de façon globale la cohésion sociale et la solidarité entre générations⁸⁸.
- 45 Les personnes âgées sont un groupe hétérogène et donc la mutualisation de leurs intérêts pour lutter contre des pratiques d'exclusion collective, voulue ou non, contre l'État, les collectivités, des établissements et des acteurs privés de la vie économique (employeurs, banques, assurances, biens et services) est rendue plus délicate par la variété des parcours des personnes vieillissantes.
- 46 Certes, il existe depuis 2016, une action de groupe qui permettrait à des associations de défense des personnes âgées ayant travaillé pendant cinq ans sur la discrimination de viser, par exemple, des pratiques récurrentes de refus de vente en raison de l'âge en matière de consommation⁸⁹. Mais leur sort doit être commun : « lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent un dommage causé par une même personne ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée en justice au vu des cas individuels présentés par le demandeur »⁹⁰. L'intérêt d'une telle action est surtout d'avoir un objectif double : non seulement celui « d'engager la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices subis » mais aussi de façon proactive, pour l'avenir, celui « de faire cesser le manquement ». Les mesures demandées dans les actions collectives à l'étranger⁹¹ peuvent être un suivi des personnes lésées afin de garantir le respect des mesures d'inclusion dans une entreprise, des publicités dans l'établissement alertant sur les risques de discriminations passées, des formations supplémentaires à l'intention de cadres recruteurs ou de vendeurs pour les sensibiliser aux risques de discriminations fondées sur l'âge, en dehors de la question de la sanction financière.
- 47 En outre, indépendamment de l'action de groupe, il est possible de promouvoir la mixité des âges dans des guides d'appropriation du droit qui permettent d'avoir une approche intergénérationnelle. Les familles, les couples, les célibataires ou même les enfants à l'école peuvent être sensibilisés aux droits fondamentaux (dont la non-discrimination), au droit de la consommation, aux mesures de protection, au consentement à l'acte médical et aux droits et libertés des personnes âgées y compris celles vivant en établissement.
- 48 Cette étude sur les rapports entre vieillissement et discriminations révèle que les inégalités de traitement liées à l'âge ont une nature variable et se manifestent à la fois

au niveau individuel et dans un ensemble d'espaces collectifs où peuvent être liés des enjeux de protection civile et sociale de la personne. On peut penser que l'impulsion européenne en faveur d'une égalité des genres plus inclusive - à travers des mesures d'action positive plus variées⁹² - aura une incidence sur les discriminations fondées sur l'âge.

NOTES

1. Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement.
2. V. Marie MERCAT-BRUNS, *Vieillesse et droit à la lumière du droit français et du droit américain*, LGDJ 2001.
3. Par exemple, Cass. Crim 7 avril 2009, n° 08-88017.
https://juridique.defenseurdesdroits.fr/index.php?lvl=notice_display&id=6250&opac_view=-1
Délibération n° 2010-53 du 1^{er} mars 2010.
4. Décision 2018-099 du Défenseur du 29 mars 2018 relative à un refus de crédit à la consommation opposé à une personne en raison de son âge.
5. Conseil d'État, 4 avril 2014, Ministre de l'Ecologie, du développement durable et de l'énergie c. M. Z, n° 362785, V. aussi Gabrielle HÉBRARD, « La limite d'âge des "aiguilleurs du ciel" passe le cap du Conseil d'État sans convaincre », *Revdh*, juin 2014 <https://journals.openedition.org/revdh/846>.
6. Anne CARON DEGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes 2018*, Rapport interministériel, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_pjm_dacs_rapp.pdf.
7. Article 11 de la loi 23 mars 2019 n° 2019-22 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.
8. En matière de testament, Cass. Crim., 15 novembre 2005, n° 04-86051.
9. On pense par exemple à la protection sociale qui connaît des âges pivot d'ouverture de droit ou de protection (le droit du travail s'est d'abord construit sur une limitation du travail des enfants en 1841 puis en 1874).
10. Juliette RENNES, « Âge biologique versus âge social : une distinction problématique », *Genèses* 117, décembre 2019, p. 109.
11. Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations
12. Loi de 2008, art. 1 « Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable. ».
13. Loi 2008, Art. 1 : « Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au

premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés. ».

14. La discrimination inclut : 1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ; 2° Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2.

15. Pour la définition, V. *infra* II.

16. Claude MARTIN, « Qu'est-ce que le social care ? Une revue de questions », *Revue Française de Socio-Économie* 2008/2 (n° 2), p. 27.

17. V. à quelques exceptions près, l'âge limite pour la procréation médicalement assistée, la dispense de participation à un jury d'assises après 70 ans..., J. CAZALS, *L'âge et le droit privé*, Thèse Paris II 1976 ; Gérard CORNU, « L'âge civil », in *Mélanges ROUBIER*, Dalloz 1961, t II, p. 9 et s. ; Jean-Pierre GRIDEL, « L'âge et la capacité civile », D 1998, p. 90.

18. Bertrand FAGE, *Droit des obligations*, LGDJ, 2019 p. 88, 106.

19. Article 121-21 du Code de la Consommation.

20. Hervé HUDEBINE, « De la dépendance... à la fragilité et à la vulnérabilité dans les politiques de la vieillesse en France ? » in François Béland et Hervé Michel, *La fragilité des personnes âgées*, (2013), Presses HESESP, p. 229.

21. Numa RENGOT, « La Silver Économie : un nouveau modèle économique en plein essor », *Géoeconomie* 2015/4 n° 76, p. 43.

22. Grégoire NORMAND, « Retraites : des écarts considérables entre les hommes et les femmes, presque du simple au double », *La Tribune*, 17 juil. 2019 ; « La pension des femmes résidant en France est nettement inférieure à celle des hommes : elle est inférieure de 42 % pour les seuls droits directs, et de 29 % si l'on tient compte de la réversion », *Étude DREES* Juil. 2019 n° 1119.

23. Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la Justice : l'article 11 prévoit l'abrogation immédiate de l'article L5 du code électoral et interdit dorénavant de priver les majeurs en tutelle de leur droit de vote.

24. Gérard LYON-CAEN, *Une vieillesse sans droit*, Recueil Dalloz, 1991, p. 111.

25. Pierre BOURDIEU, *La "jeunesse" n'est qu'un mot*, *Questions de sociologie*, Minuit, 1980 ; Lucio BIZZINI, « 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*, 2007/4 (vol. 30 / n° 123), p. 263.

26. Bernard ENNUYER, « Un florilège des représentations modernes de l'âge et de la vieillesse », *Silomag*, n° 9, juin 2019. URL : <https://silogora.org/un-florilege-des-representations-modernes-de-lage-et-de-la-vieillesse/>

27. Stéphane CARCILLO et Marie-Anne VAILFORT, « Les discriminations au travail : femmes, ethnicité, religion, âge, apparence », LGBT, Sciences Po Les Presses, 2018, p. 73.

28. V. l'article 1354 du Code civil ; Roger DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, LGDJ 1950, p. 1-3 ; Xavier LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit des preuves*, LGDJ 1994, p. 356, 362.

29. V. un cadre vieillissant mis de côté en raison de son âge, Cass. Soc. 15 novembre 2017, n° 16-14.281 ; V. aussi Léa FLAMAND, Christel GILLES, Alain TRANNOY, « Discriminations selon l'âge », *Revue de littérature et effet de l'âge sur les conditions d'emploi et de salaire à partir de l'enquête Emploi*, France Stratégie, n° 2018-5 novembre.

30. Haute Autorité de Santé, *Accident vasculaire cérébral, Pertinence des parcours de rééducation/réadaptation après la phase initiale de l'AVC*, Note de problématique, mai 2019, p. 35.

31. Délibération de la Halde n° 2010-207 du 27 septembre 2010 : L'établissement de crédit X, filiale de F, a refusé d'attribuer une carte de paiement adossée à une réserve de crédit plusieurs

réclamants en raison de leurs âges. En effet, la politique contractuelle de F fixe une limite à 80 ans pour l'octroi de ses cartes. Le Collège de la haute autorité estime que le refus opposé aux réclamants est manifestement contraire aux articles 225-1 et 2 du Code pénal. Le collège décide de porter à la connaissance de la CNIL et l'ensemble des acteurs du milieu financier la présente délibération.

32. Décision du Défenseur 14-8980 : L'assureur d'une société de location de véhicules entre particulier avait fixé des limites d'âge pour le bénéfice des garanties d'assurance des véhicules. En conséquence, la société de location a répercuté les conditions d'assurances sur les conditions de location.

33. Maëlle DREANO, *La non-discrimination en droit des contrats*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz 2018, p. 305.

34. CA Nîmes, 6 nov. 2008, RG n° 08/100901, inédit.

35. Delphine THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, PUAM 2013, p. 23.

36. Le Conseil d'État a pu être attaché à une conception formelle de l'égalité en ce sens que les effets de l'application d'une règle en cause ne sont pas toujours pris en considération au regard des discriminations indirectes, V. L. Cluzel, *Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi*, RFDA mars avril 2010, n° 2, p. 309.

37. Entre l'égalité concrète et l'égalité formelle, V. Martha MINOW, "Making the difference : inclusion and exclusion and American law", 1990 Cornell University Press, p. 15.

38. Articles 433, 467, 440 du Code civil.

39. Cass. Civ. 1re, 21 novembre 2018, FS-P+B, n° 17-22777.

40. V. Anne CARON-DÉGLISE, *Rapport de mission interministérielle. L'évolution de la protection juridique des personnes*, sept. 2018.

41. Marie MERCAT-BRUNS, « Comment repenser la capacité de la personne majeure vulnérable ? Perspectives transatlantiques au croisement du droit civil et du droit social » RDT 2018, p. 31.

42. A. FRANK JOHNS, « Person-Centered Planning in Guardianship : A Little Hope for the Future », Utah L. Rev. 2012, n° 3 p. 1541.

43. V. Cristina GUILARTE MARTIN-CALERO, « La Cour de cassation espagnole et la Convention de New York relative aux droits des personnes handicapées : un nouveau paradigme », *Dr. fam.* 2017, n° 3, dossier 25, n° 25 ; Nicole GALLUS, « L'accompagnement des vulnérabilités en droit belge », *Dr. fam.* 2017, n° 3, dossier 25, n° 24.

44. Sur les contours possibles de la notion d'accompagnement en France, v. not. Hugues FULCHIRON, « L'accompagnement des personnes âgées vulnérables : nouveau concept juridique, nouvelle conception de la protection », *Dr. fam.* 2017, dossier n° 19, p. 15 ; Gilles RAOUL-CORMEIL, « Accompagnement et protection des intérêts patrimoniaux », *Dr. fam.* 2017, dossier n° 23, p. 15.

45. Leslie SALZMAN, « Guardianship for Persons with Mental Illness- A legal & appropriate alternative ? », Saint Louis Univ. Journal of Health Law and Policy 2011 n° 4, p. 279, 306-311.

46. Article 1112-1 du Code civil, issu de la réforme du droit des contrats de 2016.

47. Rebecca Naomi DAVIES, Shirlyi WERNER and Amanda SINAI, « Guardianship and supported decision making in Israel », *Advances in Mental Health and Intellectual Disabilities*, vol. 11 No. 2, 2017, pp. 54-64 ; Tim STAINTON, « Supported decisionmaking in Canada : principles, policy and practice », *Research and practice in Intellectual and developmental Disabilities*, Vol 3 2016, p. 1.

48. Gérard QUINN, « Personhood and Legal Capacity : Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD », Concept Paper, Harvard Law School, 20 févr. 2010.

49. Emilie PECQUEUR, Anne CARON-DÉGLISE et Thierry VERHEYDE, « Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes

handicapées. La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 est-elle compatible avec l'article 12 de cette convention ? », *D.* 2016, p. 958.

50. Xavier LAGARDE, Pour une notion plus large de la vulnérabilité « réelle » des personnes selon les situations, v. Xavier LAGARDE, « Avant-propos », in « Troisième partie : Étude : Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Rapport de la Cour de cassation 2009*, p. 63.

51. David NOGUÉRO, « Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes âgées », *RDSS* 2016, p. 964.

52. François DUBET, *Ce qui nous unit. Discriminations, égalité et reconnaissance*, Seuil, 2016.

53. Marie MERCAT-BRUNS, « Comment repenser la capacité de la personne majeure vulnérable ? Perspectives transatlantiques au croisement du droit civil et du droit social », *RDT* 2018, p. 9.

54. V. Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ/Lextenso, 2017, p. 21 ; Marie MERCAT-BRUNS, « Introduction », in Marie MERCAT-BRUNS (dir.) *Personne et discrimination. Perspectives historiques et comparées*, Dalloz, 2006, p. 1.

55. Sur le droit à une vie sociale par le contrat, v. Judith ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible". Les interférences du droit des contrats, du droit du marché, et des droits, de l'homme », in *Melanges Geneviève VINEY*, LGDJ, 2008, p. 852.

56. Anne CARON-DÉGLISE, « Vieillesse et altération des facultés personnelles. Co-construire un accompagnement responsable et respectueux des droits des personnes », *Retraite et soc.* 2014, p. 23.

57. Marie MERCAT-BRUNS, « L'égalité des genres comme mode de transformation des normes, Seconde partie : L'avenir du travail selon le rapport « Travailler pour bâtir un avenir meilleur » : quelques éclairages », *Droit social* 2020, p. 17.

58. Directive (UE) 2019/1158 du Parlement Européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la directive 2010/18/UE du Conseil.

59. Déclaration du Président Juncker sur la proclamation du socle européen des droits sociaux, 17 novembre 2017, https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights_fr.

60. Loi n° 2019-485 du 22 mai 2019 visant à favoriser la reconnaissance des proches aidants.

61. Le baluchonnage est un service de remplacement temporaire d'aidants familiaux vivant avec un proche malade ou handicapé.

62. Sur cette même démarche d'intégration de questions juridiques dans des politiques publiques globales, soutenue par le Conseil de l'Europe, v. <https://lc.cx/gmWm>.

63. V. Marie MERCAT-BRUNS, « Comment repenser la capacité de la personne majeure vulnérable ? Perspectives transatlantiques au croisement du droit civil et du droit social », *RDT* 2018, p. 11.

64. Quatre mois de concertation ont été nécessaires à Dominique LIBAULT, pour proposer 175 mesures. Il estime ainsi à 9,2 milliards d'euros les dépenses supplémentaires annuelles qu'il serait indispensable de financer à l'horizon 2030 pour faire face à la montée du nombre de personnes très âgées, avec notamment la perspective d'un doublement du nombre de personnes dépendantes d'ici à 2050. Cette évolution supposerait également la création 80.000 postes dans les EHPAD (+25 %), doublée d'un plan de rénovation de 3 milliards d'euros sur dix ans, et une nette amélioration de la prise en charge à domicile. Dominique LIBAULT, *Rapport Grand âge et autonomie*, mars 2019, https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_grand_age_autonomie.pdf.

65. https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/01/29/le-projet-de-loi-en-faveur-du-grand-age-sera-presente-a-l-ete-2020_6027634_3224.html.

66. Sandrine DAUPHIN et Réjane SÉNAC, « Gender mainstreaming. Analyse des enjeux d'un concept-méthode », *Cahiers du genre*, 2008, n° 44, p. 5. Le concept de *mainstreaming*, approche intégrée des questions, se traduit après dans la loi, v. L. n° 2014-873, 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, une loi qui traite de l'égalité à la fois dans le travail salarié (égalité), le travail indépendant (des femmes), en droit pénal (violences) et en droit de la sécurité sociale (prestations pour l'éducation).
67. V. art. 95 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice prévoit un juge des contentieux de la protection (article 95 de la loi) dans le cadre de la refonte des Tribunal d'Instance et Tribunal de Grande Instance en un nouveau Tribunal Judiciaire, création d'une juridiction spécialisée.
68. Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.
69. V. Martha C. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice : disability, nationality, species membership*, Harvard University Press, p. 155.
70. Martha A. FINEMAN, « The Vulnerable Subject : Anchoring Equality in the Human Condition », *Yale Journal of law and feminism*, 2008, n° 20, p. 2.
71. Benoît EYRAUD, *Protéger et rendre capable : la considération civile et sociale des personnes très vulnérables*, Erès, 2013, p. 253.
72. Christophe CAPUANO, *Que faire de nos vieux : une histoire de la protection sociale de 1880 à nos jours*, Sciences Po Les Presses, p. 203.
73. Comme le dénonce le Défenseur des droits dans un rapport annuel en 2019, <https://www.francebleu.fr/infos/societe/le-rapport-annuel-du-defenseur-des-droits-presente-ce-mardi-1552320648>.
74. Halde : Actions, limites et enjeux (Dir. Daniel BORRILLO, La Documentation Française 2007, p. 8 ; Discriminations, pratiques, savoirs, politiques (Dir. Eric FASSIN, Jean-Louis HALPÉRIN), La Documentation Française 2008, p. 14 ; Antoine LYON-CAEN, « Variation sur la discrimination ou le pluriel derrière le singulier », in Gérard BORENFREUND, Isabelle VACARIE, *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Dalloz Thèmes et commentaires 2013, p. 54.
75. Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.
76. Marie MERCAT-BRUNS, « Les différentes figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ? », *RDT* 2020, p. 25.
77. Action du Travail c. CN, [1987] 1 R.C.S. 1114 ; Marie MERCAT-BRUNS, « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *Revue des droits de l'homme*, 2018/14, <https://journals.openedition.org/revdh/3972?lang=en>
78. Marie-Thérèse CHICHA PONTBRIAND, *Discrimination systémique-Fondement et méthodologie : des programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Y. Blais 1989, p. 52.
79. Marie MERCAT-BRUNS (Dir.), *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit : action de groupe et discrimination systémique ; algorithmes et préjugés ; réseaux sociaux et harcèlement*, Société de législation comparée, Coll. TEE Vol 14 2020, p. 12.
80. Louis CHAUVEL, *Le destin des générations*, PUF 1998.
81. En matière de médaille du travail, Cass. Soc. 30 janvier 2019 n° 17-23251.
82. https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/11/28/la-reforme-des-retraites-penaliserait-encore-plus-les-femmes_6020798_3232.html.
83. Isabelle DAUGAREILH, « Les discriminations multiples : une opportunité pour repenser le droit à la non-discrimination », *Hommes et migrations* 2011, p. 34.
84. Marie MERCAT-BRUNS, « La discrimination multiple à la lumière de la discrimination indirecte » in Mireille EBERHARD, Jacqueline LAUFER, Dominique MEURS, Frédéric PIGEYRE et Patrick SIMON, *Genre et discriminations*, Éditions IX° février 2017.

85. V. l'Observatoire de l'âgisme, <http://www.agisme.fr/spip.php?article1>.
86. V. l'étude du Défenseur des droits s'agissant des discriminations fondées sur l'âge et leur prévention, https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_fic_age.pdf.
87. Terme plus souvent utilisé pour l'accès au droit des femmes sur le plan international, <https://www.unwomen.org/fr/what-we-do/hiv-and-aids/access-to-justice>.
88. La solidarité entre les générations, l'autre défi de la dépendance, <https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/la-solidarite-entre-les-generations-lautre-defi-de-la-dependance-1030832>.
89. La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle prévoit un titre v sur l'action de groupe (art. 60 à 92) qui fixe son cadre général devant les juges judiciaires et administratifs et définit de nouveaux domaines dont la discrimination.
90. Art. 62, Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.
91. Pour un exemple d'action collective au Québec, <http://www.cdpdj.qc.ca/action-collective/Pages/default.aspx>.
92. Christopher MCCRUDDEN, « Gender-based positive action in employment in Europe : a comparative analysis of legal and policy approaches in the EU and EEA », oct. 2019, p. 12.

RÉSUMÉS

Le vieillissement et la discrimination renvoient à des processus dynamiques qui influent sur les relations humaines. L'analyse des rapports entre vieillissement et discrimination éclaire la façon dont une notion peut enrichir l'autre et interroge sur la cohérence des catégories juridiques mobilisées. Le vieillissement dans sa dimension individuelle – comme processus complexe et variable – permet de mieux comprendre les discriminations au-delà de l'âge en s'intéressant à la personne par-delà son statut civil. Le vieillissement révèle aussi les contours parfois trop rigides des notions comme la capacité ou le consentement. À l'inverse, il est possible d'embrasser toutes les dimensions de la discrimination fondée sur l'âge, notamment la reconnaissance progressive de discriminations systémiques et les efforts pour une meilleure inclusion des personnes vieillissantes. Apparaissent alors tous les facteurs, à la fois individuels et structurels, à l'origine des défis multiples que pose le vieillissement à nos sociétés tels que la récurrence de préjugés, les entraves à l'accès au droit des personnes en fin de vie et la promotion des mécanismes de conciliation entre vie personnelle et vie professionnelle qui concernent l'ensemble des générations, soucieuses du « *care* ».

Aging and discrimination are both dynamic processes which influence human relations. The analysis of the interaction between aging and discrimination sheds light on the way each notion enriches the other and encourages further reflection on the coherence of legal categories which are grasped. Aging in its individual dimension - as a complex and variable process - can inform age discrimination by focusing on the person beyond his/her civil status. Aging can also reveal a risk of rigidity in notions like legal capacity and consent. Conversely, it is useful to embrace variegated forms of systemic age discrimination and efforts for better inclusion of the elderly. This approach can expose individual and structural factors that contribute to the multiple challenges of aging in our societies, including age biases, barriers to access justice at the end of one's life, and the need to promote work life balance for all generations to cope with issues of parental care.

INDEX

Mots-clés : vieillissement, discrimination, discrimination systémique, capacité, « care », personnes âgées, consentement, accompagnement, handicap, conciliation, fin de vie, vulnérabilité

Keywords : aging, discrimination, systemic discrimination, capacity, care, elderly, consent, support decision making, disability, work life balance, end of life, vulnerability

AUTEUR

MARIE MERCAT-BRUNS

Marie Mercat-Bruns est Maîtresse de conférences en droit privé, HDR au Conservatoire National des Arts et Métiers (CNAM), Copilote de l'Axe Genre, Droit et Discriminations du laboratoire LISE CNRS Professeure affiliée à l'École de droit de Sciences Po