Le vieux, une figure de la vulnérabilité en droit

Camille Bourdaine-Mignot et Tatiana Gründler

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/8744>

DOI : 10.4000/revdh.8744

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Camille Bourdaine-Mignot et Tatiana Gründler, « Le vieux, une figure de la vulnérabilité en droit », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 17 | 2020, mis en ligne le 10 février 2020, consulté le 10 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/8744> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.8744>

Ce document a été généré automatiquement le 10 décembre 2020.

Tous droits réservés

Le vieux, une figure de la vulnérabilité en droit

Camille Bourdair-Mignot et Tatiana Gründler

- ¹ Si les « personnes âgées » ne constituent pas une catégorie juridique en tant que telle¹, il apparaît que certains textes se réfèrent expressément à ce groupe² pourtant mal défini³, ou bien visent un âge particulier, plus ou moins avancé (60⁴, 65⁵, 70⁶, 75 ans⁷), ou encore renvoient à l'âge de la personne – sans plus de précision –⁸. Le droit se préoccupe des vieux. Pourquoi ? Quelle(s) figure(s) des vieux dessine-t-il ? On pressent que cet intérêt du droit est essentiellement lié à un souci de protection d'une personne qu'il estime, plus qu'une autre, mais aussi comme d'autres (les mineurs, les personnes handicapées...), vulnérable⁹. Nombre de dispositions juridiques sont effectivement destinées à prendre en compte la vulnérabilité¹⁰ des personnes âgées dans deux de ses dimensions, lesquelles sont d'ailleurs étroitement liées : une vulnérabilité intrinsèque, fondée sur une fragilité physique et/ou cognitive de la personne, et une vulnérabilité extrinsèque, d'ordre économique, liée à une perte inéluctable de revenus du travail. C'est essentiellement au regard de la première que le droit pénal par exemple sanctionne tout comportement abusif consistant à profiter de la particulière vulnérabilité d'une personne en raison de son âge¹¹. Et c'est pour tenter de compenser les risques liés à la seconde que de très nombreux instruments juridiques instituent un droit aux pensions vieillesse¹². Certes, il arrive que le droit se réfère à l'âge avancé de la personne dans un autre souci que celui de la protéger, par exemple pour tenir compte de son expérience¹³ ou encore pour favoriser les nouvelles générations sur le marché de l'emploi¹⁴, mais force est de constater que cela demeure marginal et que c'est donc bien l'image de la vulnérabilité que le droit renvoie le plus souvent au grand âge.
- ² D'un point de vue historique, cela se vérifie. L'obligation pesant sur la collectivité de protéger la personne âgée devenue - du fait de son âge - incapable de subvenir à ses besoins est consacrée de manière implicite dès 1793¹⁵, avant de l'être explicitement dans la Constitution de la II^e République¹⁶. Le lien était ainsi déjà établi entre ce que l'on appellerait aujourd'hui une fragilité physique et une vulnérabilité économique. Le Préambule de 1946 s'inscrit dans cette même perspective quand il affirme que 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. 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. »

- 3 À l'instar de cette disposition constitutionnelle, dans plusieurs textes juridiques, le vieux est associé à d'autres populations traditionnellement considérées comme vulnérables : ici la mère ou l'enfant ; là les personnes handicapées¹⁷, là encore les personnes malades, infirmes, souffrant d'une déficience physique/psychique ou encore enceintes¹⁸. Il arrive en outre que des textes, tel le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, fassent expressément le lien entre personnes âgées et vulnérabilité¹⁹. D'ailleurs certains vont jusqu'à réclamer cette association sémantique, plus exactement à proposer qu'elle soit préférée à celle communément faite entre personne âgée et dépendance, jugée trop stigmatisante. Ainsi « le Conseil de l'âge souhaite (...) que l'on n'utilise plus les termes de "dépendance", "personnes âgées dépendantes" » mais que l'on se réfère « aux situations de "vulnérabilité" et aux "personnes vulnérables" » et propose « que cette nouvelle terminologie soit intégrée dans les textes légaux et réglementaires »²⁰. Il y a sans doute là une forme de politiquement correct mais il est indéniable que ce type de recommandation participe du projet de (re)placer la personne âgée dans la communauté de ses semblables, tous susceptibles d'être affectés par une cause de vulnérabilité. Il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'en droit, la terminologie renvoie à des catégories, lesquelles sont nécessairement réductrices. Le changement terminologique ainsi proposé, qui semble refléter l'état du droit positif, accentue donc l'assignation des vieux à une catégorie spécifique, celle des personnes vulnérables. Si cette prise en compte juridique de leur possible, voire probable, vulnérabilité est absolument nécessaire - le droit ayant une fonction de protection des personnes²¹ -, elle n'en demeure pas moins risquée, par l'exclusion qu'elle sous-tend. Associer la personne âgée à une personne vulnérable permet au droit de faire œuvre de protection (I). Mais l'assimilation qu'engendre inévitablement une telle association comporte des risques, tel celui de conduire à des situations d'exclusion, contre lesquels le droit doit lutter (II).

I - La protection de la personne âgée perçue comme vulnérable

- 4 De l'association justifiée qu'opère le droit entre personnes âgées et vulnérabilité, il résulte un ensemble de règles protectrices de ces sujets. Comme pour toute personne vulnérable, deux voies sont empruntées pour assurer la protection voulue : la première consiste à garantir aux personnes âgées les mêmes droits qu'à tout un chacun (A) ; la seconde vise à leur appliquer des règles propres, de nature à répondre à leurs besoins spécifiques (B)²².

A - Le vieux, un Homme comme les autres

- 5 Le souci général d'assurer l'égalité des droits aux personnes âgées (1) est particulièrement appuyé dans le champ de la santé (2).

1 - Un souci général d'assurer l'égalité des droits

- 6 Garantir que les personnes âgées jouissent effectivement des droits reconnus de manière générale est un objectif du droit international des droits de l'homme bien que, à la différence d'autres groupes vulnérables tels que les femmes ou les enfants, ces personnes ne bénéficient pas à ce jour d'un instrument dédié. Ainsi, dans l'une de ses observations générales, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CODESC) constate que le Pacte éponyme « ne contient pas de référence explicite aux droits des personnes âgées (...) toutefois, étant donné que les dispositions du Pacte s'appliquent pleinement à tous les membres de la société, il est évident que les personnes âgées doivent pouvoir jouir de la totalité des droits reconnus dans le Pacte »²³. Les experts internationaux ont en conséquence demandé aux États parties de décrire dans leurs rapports périodiques la situation des personnes âgées en ce qui concerne chacun des droits consacrés²⁴. On peut également citer, au niveau régional cette fois, l'article 25 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui « reconnaît et respecte le droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle »²⁵. L'enjeu de tels textes est clair : assurer l'égalité des droits au profit des personnes âgées.
- 7 Cette logique est également à l'œuvre en droit interne. Le droit civil ne fait aucunement de la personne âgée un sujet de droit particulier. Elle est un majeur comme les autres, la distinction fondamentale étant, on le sait, entre le mineur et le majeur. Il n'existe pas de sous-catégorie du majeur âgé²⁶ ni même de régime spécifique qui lui serait applicable²⁷. Dès lors, la personne âgée jouit des mêmes droits (et obligations) que tout autre majeur. Pourtant, le droit éprouve parfois le besoin de rappeler que telle ou telle règle s'applique notamment aux plus âgés d'entre les majeurs : les « personnes âgées ». Cette préoccupation transparaît en particulier dans le domaine sanitaire.

2 – Un souci appuyé dans le champ de la santé

- 8 Nous avons eu l'occasion de rappeler que le bloc de constitutionnalité consacre le droit à la protection de la santé de tout individu et, en particulier, du vieux travailleur. Dans le Code de la santé publique il arrive aussi - à propos de la santé mentale ou des soins palliatifs - que le vieux soit explicitement visé. Ainsi, il est précisé que le projet territorial de santé mentale doit répondre aux problématiques des populations à risques spécifiques que sont les personnes âgées (mais également les enfants, les adolescents, les personnes en situation de handicap, les personnes en situation de précarité...)²⁸. Quant à l'article L1112-4 de ce même code, il dispose que les établissements de santé et médico sociaux doivent mettre en œuvre les moyens propres à prendre en charge la douleur des patients qu'ils accueillent et à assurer les soins palliatifs exigés par leur état, le dernier alinéa du texte prenant soin d'insister sur le fait que « les obligations prévues pour [c]es établissements (...) s'appliquent notamment lorsqu'ils accueillent des mineurs, des majeurs protégés par la loi ou des personnes âgées ». Ces deux exemples révèlent que les personnes âgées sont susceptibles de constituer, aux yeux du législateur, la population cible d'une politique plus générale.
- 9 On peut alors s'interroger sur les raisons d'une telle explicitation législative. En tant qu'Homme, qui plus est majeur, la personne âgée est concernée par les règles de droit générales, que ce soit en qualité de débiteur ou de créancier. *A priori* de telles spécifications paraissent donc inutiles. Sans doute, le législateur est-il mu ici par un

souci de pragmatisme : s'assurer que les personnes âgées demeureront réellement des sujets de droit jusqu'au terme de leur vie. Alors que, s'agissant des enfants, la conquête fut qu'ils passent d'objets de droit à sujets de droit, l'enjeu pour les vieux est qu'ils ne passent pas de l'état de sujets à celui d'objets. En raison des stéréotypes présents dans la société, le risque existe que les vieux soient oubliés au moment de l'élaboration et/ou de la mise en place d'une politique, le décideur public ayant plus spontanément à l'esprit l'image d'un homme, actif, blanc, issu de la classe moyenne. À cela il convient d'ajouter que les personnes âgées sont sans doute moins susceptibles que d'autres d'exiger les droits dont elles sont pourtant titulaires. Enfin, du fait de leur âge, elles sont plus fragiles et donc plus concernées *a priori*. D'une manière générale, le droit s'efforce de garantir aux personnes vulnérables le respect de leurs droits²⁹.

- 10 Toujours dans un souci de protection, le droit va parfois au-delà du simple rappel de l'application de droits existants aux personnes âgées, pour tenir compte des besoins spécifiques de ces personnes âgées.

B - Le vieux, un individu à besoins spécifiques

- 11 Le renforcement, pour les personnes âgées, de droits reconnus à tous traduit une prise en considération de certaines spécificités (1), laquelle peut aller jusqu'à la création de règles propres à ces personnes (2).

1 - Le simple renforcement des droits existants

- 12 On trouve en droit international des droits de l'homme des droits qui sont interprétés de manière spécifique au profit d'une personne considérée comme vulnérable. Il en est ainsi particulièrement du logement des personnes âgées. L'article 11 du PIDESC stipule par exemple que « Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris (...) un logement ». Or le Comité onusien a eu l'occasion d'en offrir une lecture spécifique pour les personnes âgées, considérant que, pour elles, ce logement « ne doit pas être envisagé comme un simple abri car, outre ses caractéristiques physiques, il a une signification psychologique et sociale dont il faut tenir compte »³⁰. Les experts en déduisent que « les politiques nationales devraient aider les personnes âgées à continuer à vivre à leur domicile le plus longtemps possible moyennant la restauration, l'aménagement et l'amélioration des logements et leur adaptation aux capacités d'accès et d'usage des personnes âgées »³¹. Cet exemple illustre que les obligations pesant sur les États peuvent être accrues s'agissant des personnes âgées.
- 13 Pas plus que le Pacte de 1966, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950 ne mentionne les personnes âgées. Mais la Cour européenne propose parfois une lecture idoine des droits de la Convention quand la violation alléguée concerne une personne âgée³². De manière générale on observe que la Cour abaisse le seuil à partir duquel elle considère que l'État viole ses obligations issues de la Convention quand la personne est vulnérable. Or, aux yeux du juge, l'âge apparaît constituer une cause possible de vulnérabilité. Ainsi, s'agissant de l'article 3 qui trouve à s'appliquer en détention, si le seul grand âge ne suffit pas à caractériser des traitements inhumains et dégradants³³, les pluripathologies pouvant lui être associées sont de nature à entraîner le constat d'une violation étatique³⁴. De même, la Cour a pu conclure à une violation de l'article 5§1 CEDH par le Danemark en raison de l'âge de la

victime. Une femme de 67 ans avait été retenue plus de 24 heures au commissariat en raison d'une altercation qu'elle avait eue avec un contrôleur de bus dans lequel elle voyageait sans billet. Ce qui conduit en l'espèce la Cour à constater le manquement de l'État, c'est le fait qu'elle n'a pas été présentée à un médecin, malgré son âge avancé, et qu'à sa sortie elle a fait un malaise nécessitant trois jours d'hospitalisation³⁵. L'âge conduit également la Cour à être plus exigeante quant aux délais des procédures juridictionnelles³⁶ comme de ceux opposés aux personnes souhaitant procéder à une opération de changement de sexe³⁷. Ces cas révèlent que, pour abaisser les seuils de violation des droits fondamentaux, la Cour est animée par plusieurs considérations, en particulier la fragilité physique d'une personne âgée et son espérance de vie réduite. Comme le souligne un auteur, « la protection spéciale des personnes vulnérables correspond à une exigence d'adéquation de la norme commune, qui fonde soit la prise en considération de particularités dans la mise en œuvre de la norme soit plus rarement une exception. L'esprit de la protection ne réside pas dans la constitution d'un droit exorbitant du droit commun, mais dans la réalisation de celui-ci : le souci d'une protection effective, joint à une approche de l'égalité qui implique de traiter de manière différenciée les situations différentes, entraîne la nécessité d'une protection spécifique. (...) La vulnérabilité élargit l'accès au juge européen et impose une vigilance accrue dans le contrôle du respect de la Convention »³⁸.

- 14 En droit interne, un tel abaissement des seuils n'apparaît pas aussi évident, même lorsque le logement de la personne âgée est en cause, comme le montre un arrêt relativement récent où la vulnérabilité d'un homme âgé de 87 ans - menacé d'expulsion et contraint de détruire la maison qu'il avait fait bâtir, avec sa défunte épouse, sur une parcelle agricole qu'il exploitait - n'a pas permis d'infléchir la position de la Cour de cassation sur le droit du véritable propriétaire du terrain³⁹.
- 15 Dans l'ensemble des cas envisagés, c'est l'interprète du texte - comités d'experts ou juges - qui donne une coloration particulière au droit garanti en raison de l'âge de son titulaire. Il arrive aussi que ce soit le texte lui-même qui organise un régime plus favorable aux personnes âgées, que ce soit dans le bénéfice d'un droit ou dans l'application d'une sanction. Ainsi, le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoit qu'on ne peut opposer à une demande de regroupement familial les ressources de l'étranger dans le cas particulier où le demandeur est une personne âgée de plus de 65 ans⁴⁰. Si l'âge n'est pas ici le seul critère, il fait partie des conditions - au même titre que la durée du lien marital et la durée de résidence dans l'hexagone - à une dérogation à la règle de droit commun. Le Code pénal comporte quant à lui plusieurs dispositions qui atténuent la sévérité d'une règle quand l'auteur de l'infraction étranger est âgé. Ainsi, la France doit s'abstenir d'extrader un étranger auteur d'une infraction dans son État d'origine dès lors que l'extradition est susceptible d'avoir sur lui « des conséquences d'une gravité exceptionnelle en raison, notamment, de son âge ou de son état de santé »⁴¹. En outre, lorsqu'un étranger est condamné à une peine privative de liberté sans sursis, l'interdiction de séjour qui l'accompagne « cesse de plein droit lorsque le condamné atteint l'âge de soixante-cinq ans »⁴². Le droit civil connaît aussi des règles plus favorables aux personnes âgées. En matière de bail, la protection du preneur âgé est en effet renforcée. Le bailleur ne peut s'opposer au renouvellement du contrat de location en donnant congé dans les conditions du droit commun, dès lors que le preneur est âgé de plus de 65 ans et dispose de ressources inférieures à un certain plafond⁴³. Ces dispositions spécifiques traduisent une nouvelle fois l'importance accordée au logement des personnes âgées et, au-delà, à la

conservation de leur environnement habituel, afin de ne pas augmenter leur vulnérabilité. Cette protection de la vulnérabilité des personnes âgées passe parfois par l'édiction de règles spécifiques.

2 - L'élaboration de règles propres

- 16 Marque de solidarité d'une société à l'égard de ses anciens, le mécanisme des pensions vieillesse, que ce soit par le biais de retraites ou de l'aide sociale, est destiné à se substituer aux revenus que les personnes âgées ne sont plus en mesure/ou ne doivent plus avoir à se procurer par leur travail. Le Conseil national de la résistance inscrivait d'ailleurs parmi les mesures à appliquer dès la Libération « une retraite permettant aux vieux travailleurs de finir dignement leurs jours ». Et dans la plupart des instruments contemporains de protection des droits de l'homme figure ce droit spécifique aux personnes âgées⁴⁴.
- 17 Au-delà des revenus, on trouve dans les différents ordres juridiques des droits qui bénéficient indirectement aux personnes âgées dépendantes, ceux accordés aux aidants. En reconnaissant dans le champ de l'emploi une égalité de traitement aux personnes assumant des responsabilités familiales, la Charte sociale européenne révisée était précurseuse⁴⁵. Depuis, la France a mis en place le droit au répit⁴⁶, le congé du proche aidant⁴⁷ et le congé solidarité familiale permettant d'accompagner une personne en fin de vie⁴⁸ jusqu'à peut-être bientôt accorder un véritable statut aux aidants⁴⁹. Ceci serait particulièrement bienvenu lorsque l'on sait qu'en France 11 millions de citoyens sont aidants et que la lourde charge affective et physique que cela génère risque de conduire à l'épuisement tout en fragilisant plus spécifiquement les personnes les plus vulnérables, notamment sur le marché de l'emploi.
- 18 Le droit pénal est un autre pan du droit qui se soucie particulièrement des vulnérabilités. Dans plusieurs de ses dispositions, le Code pénal considère la victime « au prisme de la vulnérabilité due à son âge »⁵⁰. Plus précisément la vulnérabilité a trait à l'élément moral de l'infraction : l'auteur doit attenter à la personne en raison de sa vulnérabilité liée à l'âge. Ainsi en est-il des délits de délaissement⁵¹, de non dénonciation de mauvais traitement⁵² et d'abus de faiblesse⁵³. Ensuite, et c'est le cas le plus fréquent, la vulnérabilité de la victime liée à son âge peut être une circonstance aggravante de la peine⁵⁴.
- 19 Plusieurs branches du droit tiennent compte de la vulnérabilité de la personne âgée et tentent d'y répondre, soit en adaptant la règle générale, soit en érigeant une règle spécialement pour elle. Dans le champ des droits de l'homme cela a pu conduire à l'adoption d'un instrument de protection dédié aux personnes âgées. C'est le cas du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des personnes âgées adopté en 2016⁵⁵. Néanmoins, si l'idée d'un instrument spécifique aux personnes âgées a pu être discutée au sein des Nations Unies, des réticences sont apparues. Il a notamment été souligné qu'un tel instrument « n'apporte[rait] pas de réelle valeur ajoutée en la matière » alors que d'autres questions apparaissent plus préoccupantes et notamment le risque de discrimination des personnes âgées⁵⁶. Le droit ne peut ignorer qu'en assimilant les personnes âgées à une population vulnérable, il génère une certaine forme d'exclusion contre laquelle il doit lutter.

II - Le risque d'exclusion de la personne âgée assignée à sa vulnérabilité

- 20 Le risque de l'exclusion est inhérent à la vulnérabilité. Mais on peut se demander si le fait même de rattacher une population – celle du grand âge – à la catégorie « personnes vulnérables » n'est pas lui aussi de nature à alimenter l'exclusion⁵⁷. Le droit tente d'y remédier en mettant en place des dispositifs de lutte contre les discriminations (A) et d'autres destinés à favoriser l'autonomie des personnes (B).

A - Le vieux, une personne ne devant pas être discriminée

- 21 Afin de lutter contre les discriminations à l'égard de populations vulnérables – ce compris les populations âgées –, le droit a assez tôt interdit le traitement différencié des personnes fondé sur des critères liés à la situation de vulnérabilité identifiée (1) puis il a modifié l'angle de vue pour exiger une adaptation du milieu à la personne vulnérable (2).

1 - L'interdiction de traiter différemment

- 22 La prise de conscience du risque de discrimination pesant sur les personnes vulnérables s'est traduite, en droit international des droits de l'homme, par l'adoption de textes destinés précisément à lutter contre les discriminations : d'abord les discriminations raciales puis celles à l'égard des femmes et, plus récemment, celles dont sont victimes les personnes en situation de handicap. On note l'absence à ce jour de texte dédié aux personnes âgées. L'utilité d'un instrument spécifique a pourtant été sérieusement envisagée⁵⁸ et discutée mais elle se trouve concurrencée par l'idée alternative d'englober les personnes âgées dans la catégorie largement entendue de personnes en situation de handicap.
- 23 Le droit interne n'est pas en reste. Lorsque le Code pénal érige en infraction la discrimination fondée sur l'âge, c'est pour appréhender tous les âges de la vie, dont le grand âge. Pour preuve, le législateur a ajouté il y a quelques années la perte d'autonomie à la liste des motifs de discrimination⁵⁹.

2 – L'exigence d'adapter le milieu

- 24 Le principe de non-discrimination a évolué pour ne pas se contenter de prohiber une norme ou pratique explicitement fondée sur un critère interdit, mais pour considérer les effets réels de cette norme ou pratique qui, d'apparence neutre, est en réalité défavorable à une catégorie de personnes. La lutte contre les discriminations s'est ainsi étendue aux discriminations indirectes. À cet égard, la Convention internationale sur les personnes en situation de handicap est significative, en ce qu'elle prend en compte les effets du milieu sur la personne. Dans cette perspective, elle définit le handicap, non comme une qualité intrinsèque du sujet, mais comme le résultat de la rencontre entre ses caractéristiques personnelles et un milieu⁶⁰. Dès lors c'est le milieu qui va devoir être modifié pour ne plus constituer un obstacle pour la personne handicapée. À cet égard, le logement fait l'objet d'une attention particulière des pouvoirs publics. On compte en effet de nombreuses normes imposant ou facilitant son adaptation. Ainsi la Charte sociale européenne précise par exemple que les États parties s'engagent à

mettre à disposition des personnes âgées des « logements appropriés à leurs besoins et à leur état de santé ou [des] aides adéquates en vue de l'aménagement du logement »⁶¹. Cette logique est aussi connue du droit interne comme le révèle la loi de 2015 au titre évocateur de « loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement »⁶². Concrètement, on trouve en droit français un certain nombre d'aides destinées à faciliter l'aménagement du logement habituel d'une personne âgée⁶³ ou encore le développement d'un habitat inclusif. Il s'agit d'un lieu de vie offrant un accompagnement et des services individualisés pour l'aide et la surveillance pouvant comprendre des soins⁶⁴. Au-delà du logement, d'autres adaptations en faveur des personnes âgées sont exigées. Ainsi le Code de la santé publique organise une prise en charge spécifique des urgences médicales pour le patient âgé du fait de sa polyopathie et de son risque de dépendance. L'idée est de mettre en place une filière spécifique afin qu'il ne passe pas par le service des urgences⁶⁵ mais soit orienté vers un service d'hospitalier *ad hoc*, c'est-à-dire le service gériatrique et, à défaut, vers le service spécialisé dans la pathologie aiguë du patient⁶⁶. Dans un autre ordre d'idées ce même code impose que dans les notices des médicaments l'énumération des informations nécessaires avant la prise du produit tienne compte « de la situation particulière des (...) personnes âgées »⁶⁷. Cela peut s'expliquer aisément par le risque accru d'interactions médicamenteuses chez les personnes âgées résultant des multiples pathologies dont elles sont susceptibles d'être affectées⁶⁸.

- 25 Outre ces dispositifs de lutte contre les discriminations qui vont jusqu'à impliquer l'adaptation du milieu de vie des personnes âgées, celles-ci sont aussi très largement visées par le mouvement général cherchant à ériger l'autonomie comme principe fondamental.

B - Le vieux, une personne dont l'autonomie est recherchée

- 26 Les réflexions actuelles qui tendent à promouvoir l'autonomie des personnes vulnérables dont les personnes âgées (1) trouvent un écho particulièrement important dans le champ de la protection juridique des majeurs (2).

1 - L'autonomie générale des personnes âgées favorisée

- 27 Le réflexe de protection auquel invite tout constat de vulnérabilité contient en germe le risque d'une atteinte plus ou moins importante à l'autonomie des personnes concernées. Pourtant il convient de « ne plus opposer respect de l'autonomie et prise en compte de la vulnérabilité »⁶⁹. C'est pourquoi, tant en droit international qu'en droit interne, les textes n'ont eu de cesse d'affirmer ce principe d'autonomie pour les personnes vulnérables⁷⁰. S'agissant précisément des personnes âgées, que ce soit au niveau des Nations Unies ou du Conseil de l'Europe, de nombreux instruments non contraignants recommandent aux États de garantir l'autodétermination des personnes dépendantes, par exemple en leur donnant accès à des services (sociaux et juridiques) destinés à renforcer leur capacité d'autonomie⁷¹.

2 - La capacité des personnes âgées préservée

- 28 Pour les personnes âgées en particulier, il est impératif que vulnérabilité ne rime pas de manière systématique avec incapacité juridique. Le risque pour ces personnes réside

dans le recours parfois inapproprié à des mesures de protection juridique qui, en droit interne où la loi de 2007 a pourtant œuvré en faveur d'une autonomie accrue des personnes protégées, demeurent inscrites dans une logique binaire : capacité/incapacité juridiques. Aussi certaines mesures frappent-elles encore la personne à protéger d'incapacité. Ce sont d'ailleurs celles qui sont le plus fréquemment prononcées⁷², et ce malgré le triptyque - nécessité, subsidiarité, proportionnalité - qui, d'après les pouvoirs publics français, peut seul justifier une atteinte au principe de capacité⁷³. C'est pourquoi on assiste actuellement à une réflexion conduisant à remplacer les mesures substitutives - telles la tutelle - par un système de décision assistée⁷⁴. Plus que l'intérêt supérieur d'un individu envisagé abstraitement, c'est le respect de la volonté incarnée de la personne vulnérable qui est recherché, quitte à admettre de sa part certaines erreurs de jugement, au moins dans la même mesure que pour tout un chacun⁷⁵. Cette nouvelle orientation est particulièrement importante s'agissant des personnes âgées pour qui les mesures prononcées sont bien souvent, dans les faits, définitives. Rares sont en effet les décisions de justice qui lèvent une mesure de tutelle ordonnée pour une personne âgée dont la souffrance provoquée par la mise en place d'une telle mesure est parfois supérieure à l'utilité de la protection qui en résulte. Si le seul constat d'une grande vulnérabilité de la personne âgée ne suffit pas à justifier l'ouverture d'une telle mesure⁷⁶, la mise en place de celle-ci conduit généralement à considérer que la personne a définitivement perdu son autonomie, ce qui est éminemment regrettable. Il ne faut toutefois pas se leurrer : l'appel au respect de l'autonomie individuelle a ses limites. D'aucuns soulignent que la vision de la déchéance du vieux, imposée dans nos sociétés occidentales, est d'autant plus forte que l'on place l'autonomie individuelle au cœur de notre société⁷⁷. Dès lors, il faudra sans doute penser d'autres voies que celle de l'autonomie individuelle entendue strictement⁷⁸ - qui s'impose parfois tel un *diktat* - pour œuvrer en faveur de l'inclusion des vieux.

- 29 À cet égard les propos de la philosophe Cynthia Fleury pourraient inspirer le juriste : « Il faut (...) se soucier de rendre "capacitaires" les individus, c'est-à-dire de leur redonner aptitude et souveraineté dans ce qu'ils sont ; comprendre que la vulnérabilité est liée à l'autonomie, qu'elle la densifie, qu'elle la rend viable, humaine ; travailler à faire que cette vulnérabilité soit pour autant la moins irréversible possible (...) ; promouvoir une vision de la vulnérabilité qui ne soit pas déficitaire mais, tout au contraire, inséparable d'une nouvelle puissance régénératrice des principes et des usages. La vulnérabilité est une combinaison d'hyper-contraintes, qui sont souvent d'emblée dévalorisées, stigmatisées par la société comme étant non-performantes, invalidantes et créatrices de dépendances. Mais elle nous invite, nous, les "autres", à mettre en place des manières d'être et de se conduire, précisément autres, aptes à faire face à cette fragilité pour ne pas la renforcer, voire pour la préserver, au sens où cette fragilité peut être affaire de rareté, de beauté, de sensibilité extrême »⁷⁹.

NOTES

1. V. toutefois Diane ROMAN qui relève qu'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 » (Diane ROMAN, « Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne », *RDSS* 2008, pp. 267-276, spéc. p. 267).
2. À titre d'exemple, l'article L149-2 du Code de l'action sociale et des familles relatif à la composition du Conseil départemental de la citoyenneté et de l'autonomie précise que ce conseil comporte notamment des représentants des « personnes âgées ».
3. On peut discuter de la pertinence même de l'expression « personnes âgées », visée dans un certain nombre de textes, mais jamais définie (V. sur ce point Michel BORGETTO, « La personne âgée, sujet de protection du droit », *RDSS* 2018, p. 757). Lorsqu'il s'agit simplement de rappeler que ces personnes ont les mêmes droits que tous (v. *infra* I-A), l'imprécision n'est pas gênante. Elle l'est davantage quand il s'agit de leur octroyer une protection particulière. Le plus souvent, ce qui est en réalité visé derrière l'expression « personnes âgées », ce sont les vieux en perte d'autonomie. Ainsi le Code de l'action sociale et des familles comporte-t-il un titre entier (le titre III) consacré aux « personnes âgées », lequel concerne l'aide à domicile et l'accueil, l'allocation personnalisée d'autonomie et la prévention de la perte d'autonomie.
4. À titre d'exemple, v. article L314-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile relatif à la délivrance de plein droit de la carte de résident permanent.
5. À titre d'exemple, v. article 25-8 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation.
6. À titre d'exemple, v. article L111-2 du Code de l'action sociale et des familles relatif notamment aux conditions d'obtention des allocations aux personnes âgées pour les personnes de nationalité étrangère.
7. À titre d'exemple, v. article D245-3 du Code de l'action sociale et des familles, à propos de la limite d'âge pour solliciter la prestation de compensation du handicap pour les personnes dont le handicap répondait, avant l'âge de soixante ans, aux critères posés par la loi.
8. À titre d'exemple, v. article 225-1 du Code pénal qui énumère les critères à partir desquels une distinction entre les personnes est jugée discriminatoire.
9. Cet article est le prolongement d'une réflexion sur la vulnérabilité menée à l'occasion du colloque organisé par Augustin BOUJEKA et Marjolaine ROCCATI, *La vulnérabilité en droit international, européen et comparé*, 11 octobre 2019, Université Paris Nanterre, « Existe-t-il des droits et des principes fondamentaux propres aux personnes vulnérables ? », à paraître. L'interrogation portait notamment sur les rapports entre vulnérabilité et universalité des droits de l'Homme.
10. Selon Aline VIGNON-BARRAULT, « la vulnérabilité peut prendre diverses formes : psychique, intellectuelle, physique, économique, familiale. La vieillesse a cette particularité qu'elle cristallise toutes les formes de vulnérabilité » (Aline VIGNON-BARRAULT, « Les droits fondamentaux de la personne âgée », *RDSS* 2018, p. 759).
11. Le Code pénal emploie l'expression « particulière vulnérabilité, due à son âge, maladie, infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse » et sanctionne à ce titre par exemple l'abus de faiblesse. On retrouve la même prise en compte de la fragilité cognitive dans le Code de la consommation qui précise que le caractère déloyal d'une pratique commerciale visant une catégorie particulière de consommateurs ou un groupe de consommateurs vulnérables en raison notamment de leur âge s'apprécie au regard de la capacité moyenne de discernement de la catégorie ou du groupe (article L121-1 du Code de la consommation). S'agissant de la fragilité physique des personnes âgées, elle est envisagée par le Code de la santé publique lorsqu'il renforce l'obligation vaccinale pesant sur les professionnels

exerçant dans un établissement hébergeant des personnes âgées, en raison des risques accrus de contamination de cette population vulnérable (article L3111-4 du Code de la santé publique).

12. V. notamment en droit international et européen l'article 23 de la Charte sociale européenne révisée qui mentionne le droit des personnes âgées à une protection sociale, l'article 34 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui prévoit une prestation dépendance et vieillesse, l'article 7 du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, relatif aux droits des personnes âgées (31 janvier 2016), qui reconnaît un droit à une pension retraite et autres formes de sécurité sociale. En droit interne, le Code de l'action sociale et des familles prévoit quant à lui 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 » et que « Les personnes âgées de plus de soixante ans peuvent obtenir les mêmes avantages lorsqu'elles sont reconnues inaptes au travail » (article L113-1).

13. À titre d'exemple, l'article 294 du Code électoral prévoit qu'en cas d'égalité des suffrages, c'est le plus âgé des candidats au Sénat qui est élu. Ce type de disposition montre une autre vision de l'âge, gage de sagesse, et traduit sans doute également la marque de respect qui est due aux anciens.

14. À titre d'exemple, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, dite loi MACRON a instauré une limite d'âge d'exercice de la profession de notaire à 70 ans dans le but clairement exprimé de favoriser le renouvellement générationnel de la profession.

15. En son article 21, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, sur laquelle s'ouvre la Constitution (jamais appliquée) de l'an I affirme que « Les secours publics sont une dette sacrée » et, sans citer les personnes âgées, le texte les inclut en précisant que « La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler ». Soulignons que la Déclaration de 1793 prévoyait en outre qu'était citoyen tout étranger domicilié en France qui « nourrit un vieillard » (article 4).

16. La Constitution de 1848 consacre, même si c'est à titre subsidiaire, la solidarité collective à l'égard des anciens en prévoyant que la société « fournit l'assistance aux enfants abandonnés, aux infirmes et aux vieillards sans ressources » dès lors que « leurs familles ne peuvent [les] secourir » (article 13).

17. Dans le Code de l'action sociale et des familles notamment (article L142-1 sur le Haut conseil de l'enfance, de la famille et de l'âge ou encore art L149-1 sur le logement inclusif).

18. V. notamment l'article 223-15-2 al.1^{er} du Code pénal relatif au délit d'abus frauduleux.

19. L'article 744-6 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dispose que « L'évaluation de la vulnérabilité vise, en particulier, à identifier les mineurs, les mineurs non accompagnés, les personnes en situation de handicap, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés d'enfants mineurs, les victimes de la traite des êtres humains, les personnes atteintes de maladies graves, les personnes souffrant de troubles mentaux et les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle, telles que des mutilations sexuelles féminines ».

20. HCFEA, Conseil de l'âge, *Avis sur la terminologie du grand âge*, 30 septembre 2019 http://www.hcfea.fr/IMG/pdf/hcfea_-_conseil_de_l_age_-_avis_terminologie_grand_age_vf-4.pdf

Dans son avis sur les enjeux éthiques du vieillissement, le Comité consultatif national d'éthique appelait aux mêmes changements terminologiques : « Les normes verbales sont signifiantes d'une modification de notre regard et d'une forme de discrimination ou d'exclusion, sans que ceux qui l'utilisent ne s'en rendent compte. Il serait nécessaire de refonder certains termes très usités comme celui de « personne âgée » qui, d'une part est imprécis et d'autre part peut être discriminatoire », Avis 128, mai 2018, p. 11, https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/ccne_avis_128.pdf

21. V. notamment Diane ROMAN qui souligne la nécessité d'une telle protection (Diane ROMAN, « Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne », *op.cit.*).
22. Les intitulés des deux sous-parties renvoient volontairement à ceux de notre article précité.
23. CODESC, « Droits économiques sociaux et culturels des personnes âgées », *Observation générale* n° 6, 1995, §10.
24. *Ibid.*, §15.
25. Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée le 7 décembre 2000.
26. Il est vrai qu'il serait difficile de fixer un âge seuil au-delà duquel on passerait de la majorité à la post-majorité, les gériatres soulignant que l'âge chronologique est rarement pertinent, moins encore que pour le mineur.
27. V. en sens inverse, Caroline GÉRARD et sa proposition d'un statut de la personne âgée, *Les droits de la personne âgée. Proposition d'un statut de post majorité*, Thèse, Université d'Avignon, 2018. V. également Michel BORGETTO qui discerne « un véritable statut de la personne âgée qui est en train de se construire au fil des textes » (Michel BORGETTO, *op. cit.*), Didier GUÉVEL, « Et si l'on reparlait de "séniorité" ? », *Dalloz* 2018, Cahier n° 22, édito, p.1201 ou encore Sylvie FERRÉ-ANDRÉ, « L'émergence d'un droit "gérontologique" », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles GOUBEAUX*, Dalloz/LGDJ, 2009, p. 131.
28. Article R3224-5 III du Code de la santé publique.
29. En ce sens, l'article L142-1 3° du Code de l'action sociale et des familles précise que, dans le cadre de ses missions, le HCFEA « formule toute proposition de nature à garantir, à tous les âges de la vie, le respect des droits et la bientraitance des personnes vulnérables ainsi que la bonne prise en compte des questions éthiques ».
30. CODESC, *op.cit.*, §33, reprenant des recommandations du Plan d'action international de Vienne sur le vieillissement.
31. CODESC, *op.cit.*
32. Yannick LECUYER, « La prise en compte du vieillissement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDSS* 2018, p. 769.
33. Cour EDH, 7 juin 2001, *Papon c. France*, req. n° 64666/1. Le requérant soutenait que son maintien en détention était du fait de son âge (90 ans), contraire à l'article 3 de la Convention européenne.
34. V. notamment Cour EDH 2 décembre 2004, *Farbtuh c. Lettonie*, req. n° 4672/02 dans lequel la Cour a jugé qu'en raison de son âge, de son infirmité et de son état de santé, la détention était constitutive d'une violation de l'article 3 ; ou encore Cour EDH 11 février 2014 *Contrada c. Italie*, req. n° 7509/08 pour une violation à l'égard d'un détenu âgé de 83 ans, affecté de plusieurs pathologies graves et complexes. Yannick LECUYER écrit à propos de ces décisions que « l'âge avancé (...) la dépendance et la perte d'autonomie qui lui font cortège jouent souvent comme un facteur d'aggravation de la vulnérabilité », *Ibid.* En droit interne, s'il n'existe pas de régime spécial de détention pour les personnes âgées, leur situation est prise en compte lors de la procédure d'orientation déterminant l'affectation de la personne condamnée (article D74 du Code de procédure pénale). V. sur ce point François FOURMENT qui souligne également « le nombre croissant des détenus âgés dans les établissements pénitentiaires » reprenant les chiffres de la Direction de l'administration pénitentiaire : 2903 en 2014 contre 359 en 1980 (François FOURMENT, « La protection de la personne âgée en droit pénal substantiel », *RDSS* 2018, p. 809).
35. Cour EDH 25 septembre 2003, *Vasileva c. Danemark*, req. n° 52792/99.
36. V. pour un requérant âgé de 71 ans au début de la procédure, le manque de diligence des tribunaux polonais reproché par le juge européen (Cour EDH 9 mars 2004, *Jablonská c. Pologne*, req. n° 60225/00).
37. Cour EDH 8 janvier 2009, *Schlumpf c. Suisse*, req. n° 29002/06.

38. Céline RUET, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, pp. 317-340, spéc. p. 329). V. aussi Jean-Yves CARLIER, « Des droits de l'homme vulnérable à la vulnérabilité des droits de l'homme, la fragilité des équilibres », *RIEJ* 2017, n° 79, pp. 175-204, spéc. p. 187.

39. Cass. civ. 3^e, 17 mai 2018, n° 16-15.792, note Jean-François BARBIÈRI, *LPA* 2018, n° 216, pp. 7-11. Dans cette affaire, un couple de personnes âgées revendiquait la propriété de la maison dans laquelle il vivait depuis de nombreuses années. La demande ne pouvant aboutir sur le terrain de la prescription acquisitive (faute pour le couple de remplir les conditions de l'usucapion), le mari (devenu veuf en cours de procédure) invoquait, pour contester la décision qui avait ordonné son expulsion ainsi que la démolition de la maison, l'ingérence disproportionnée dans son droit au domicile (tel que garanti par l'article 8 de la CEDH), soulignant que son grand âge – 87 ans – le rendait « particulièrement vulnérable ». La Cour de cassation a rejeté sa demande, estimant, d'une part, que l'ingérence était fondée et légitime puisqu'elle s'appuyait sur les articles 544 et 545 du Code civil, visant à garantir au propriétaire le droit au respect de ses biens et, d'autre part, qu'elle était proportionnée, l'expulsion et la démolition étant en l'espèce les seules mesures de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le fonds.

40. Il faut également que l'étranger réside régulièrement en France depuis au moins vingt-cinq ans et que la demande de regroupement concerne son conjoint, avec lequel il justifie d'une durée de mariage d'au moins dix ans. Article L411-5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

41. Article 113-8-1 du Code pénal.

42. Article 131-32 du Code pénal.

43. Article 25-8 de la loi du 6 juillet 1989. Il est à noter que cette protection tombe lorsque le bailleur est lui-même âgé de 65 ans ou plus ou (et non plus *et*) dispose de ressources limitées (inférieures à un plafond déterminé).

44. V. notamment l'article 9 du PIDESC portant sur le droit à la sécurité sociale en général et lu par le Comité comme obligeant les États parties à « prendre des mesures appropriées pour instituer, de façon générale, des prestations d'assurance vieillesse obligatoires qui doivent être perçues à partir d'un âge déterminé » d'une part et des « prestations de vieillesse non contributives ou d'autres aides sociales en faveur des personnes âgées (...) ayant atteint l'âge (...) mais n'ayant pas occupé d'emploi » suffisamment longtemps d'autre part (*Observation générale* n° 6, *op. cit.*, §27 et §30). V. également le droit à la sécurité sociale (sans spécification sur la pension vieillesse) dans la Charte sociale européenne de 1961 (article 12) mais surtout l'article 23 de la version révisée qui stipule que « Toute personne âgée a droit à une protection sociale ». V. l'article 34 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui prévoit une prestation dépendance et vieillesse ou encore l'article 7 du Protocole africain qui reconnaît un droit à une pension retraite et autres formes de sécurité sociale.

45. Article 27 du texte de 1996 sur le droit des travailleurs ayant des responsabilités familiales à l'égalité des chances et de traitement visant à ce que ces travailleurs ne soient pas défavorisés dans leur emploi.

46. Il consiste en une somme allouée à l'aidant pour lui permettre de faire accueillir la personne aidée dans un établissement temporairement, le temps de son repos.

47. C'est un droit créé par la loi d'adaptation de la société au vieillissement consistant en une période de congé prise par l'employé afin d'aider un proche, que l'employeur ne peut refuser pendant un temps ne pouvant actuellement excéder 3 mois. La loi n° 2019-1446 du 24 décembre 2019, loi de financement de la sécurité sociale pour 2020 a prévu que ce congé soit indemnisé, dans des conditions prévues par décret. V. les articles L3142-22 et s du Code du travail.

48. C'est un congé qui suspend le contrat de travail devant être accordé par l'employeur quand l'employé – du secteur public ou privé – le demande pour assister des proches limitativement énumérés (ascendants, descendants, frères, sœurs, personne avec laquelle il partage son domicile

et patient dont il serait la personne de confiance), dont le pronostic vital est engagé. V. notamment l'article L3142-6 du Code du travail.

49. C'est ce qu'appelait de ses vœux le rapport LIBAULT qui énonçait 5 objectifs pour les proches aidants : 1/ simplifier la vie des proches aidants, faciliter leurs démarches et rendre leurs droits plus effectifs ; 2/ améliorer l'accompagnement financier des proches aidants ; 3/ mieux concilier le rôle de proche aidant et la vie professionnelle ; 4/ innover sur les territoires en faveur des proches aidants ; 5/ lutter contre l'isolement de la personne âgée en mobilisant les bénévoles de tous les âges (Dominique LIBAULT, *Concertation grand âge et autonomie*, mars 2019, p. 69 et s).

50. François FOURMENT, « La protection de la personne âgée en droit pénal substantiel », *op.cit.*

51. Article 223-3 du Code pénal.

52. Article 434-3 du Code pénal.

53. Article 223-15-2 du Code pénal. La question qui se pose alors est l'appréciation de cette vulnérabilité liée à l'âge. Peut-elle exister du seul fait de l'âge ou l'âge est-il simplement un indice de son existence, devant être corrélé à une altération des facultés mentales ? (V. Cass. crim., 27 nov. 2019, n° 18-87082, D (rejet)).

On peut citer également l'article 225-4-1 du même code qui fait de la vulnérabilité liée à l'âge l'une des circonstances nécessaires à la constitution d'une infraction, en l'occurrence la traite des êtres humains.

54. À titre illustratif, citons l'article 221-4.3 du Code pénal qui punit de réclusion à perpétuité le meurtre commis (...) 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.

55. Il existe au sein des Nations Unies un groupe de travail (résolution 65/182 de l'Assemblée générale du 21 décembre 2010) chargé d'élaborer une convention internationale relative aux droits des personnes âgées, projet auquel la France avait apporté son soutien en 2012 mais sur lequel la Commission nationale consultative des droits de l'homme s'est montrée peu favorable (Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées (Assemblée plénière du 27 juin 2013).

56. Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Ibid.*

57. En ce sens, Muriel FABRE-MAGNAN souligne que « certaines personnes sont en effet par principe étiquetées comme "vulnérables", avec le résultat paradoxal, repéré dans toutes les politiques de discrimination positive, qu'à chaque fois qu'on reconnaît une catégorie, même si c'est pour la protéger, on contribue à sa stigmatisation et à son maintien » (Muriel FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 86).

58. V. *supra*, note 56.

59. C'est la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement qui avait ajouté ce critère dans la liste des motifs prohibés par la loi du 27 mai 2008 et c'est la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, dite justice du XXI^e siècle, qui procède, dans un souci d'harmonisation des listes, à son inclusion dans le Code pénal.

60. Elle énonce dans son préambule que « le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres ».

61. Article 23 de la Charte sociale européenne révisée.

62. Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement

63. Début 2020, la ministre des solidarités et de la santé, Agnès BUZYN, lançait la stratégie globale « Vieillir en bonne santé 2020-2022 » et annonçait une subvention possible de 5000 € destinée à adapter les salles de bain, des personnes âgées et mettait même en place un site dédié : www.adaptation-douche.gouv.fr.

64. Guide de l'habitat inclusif pour les personnes handicapées et les personnes âgées, novembre 2017. V. en particulier l'article L281-1 du Code de l'action sociale et des familles.
65. Un tel passage n'apparaît pas adapté pour une personne dont les premiers soins consistent parfois simplement en une légère hydratation. V. Régis AUBRY, in « Touche pas à nos vieux ! ».
66. Article R6123-32-8 du Code de la santé publique. V. le rapport LIBAULT qui reprend cet objectif du « zéro passage aux urgences évitable » des personnes âgées en organisant l'admission directe des personnes âgées dans les services hospitaliers (Dominique LIBAULT, *Concertation grand âge et autonomie*, mars 2019, proposition 142, p. 155).
67. Article R5121-149 du Code de la santé publique.
68. 39 % des personnes âgées de plus de 75 ans prennent 3 fois par an au moins 5 médicaments en même temps (Chiffres repris par l'IRDES, « Prévalence de la polymédication des personnes âgées en France », 2015).
69. Aline VIGNON-BARRAULT, « Les droits fondamentaux de la personne âgée », *RDSS* 2018, p. 759.
70. À titre d'exemple, la Convention relative aux droits des personnes handicapées souligne que ces personnes jouissent « de leur autonomie et de leur indépendance individuelles, y compris la liberté de faire leurs propres choix ».
71. Dès 1991, avec les Principes des Nations Unies pour les personnes âgées 16 décembre 1991 Résolution 46/91.
72. En ce sens, v. Anne CARON-DÉGLISE, « Rapport de mission interministérielle sur l'évolution de la protection juridique des personnes » remis en septembre 2018. Ces chiffres sont toutefois à nuancer car il s'agit de statistiques nationales qui ont tendance à lisser les pratiques locales sans doute plus contrastées sur l'ensemble du territoire.
73. Comité des droits des personnes handicapées, *Rapport initial de la France*, 2016.
74. V. notamment la recommandation du Comité des droits des personnes handicapées du 9 octobre 2014.
75. V. Hugues FULCHIRON, « L'accompagnement des personnes âgées vulnérables : nouveau concept juridique, nouvelle conception de la protection », *Droit de la famille*, Lexis nexis, mars 2017, étude 19.
76. La Cour de cassation a eu récemment l'occasion de rappeler qu'il ne suffit pas, pour ouvrir une mesure de tutelle, que la personne âgée soit dans une situation de grande dépendance à l'égard d'un proche, il faut que soit médicalement constatée l'altération des facultés mentales de la personne ou de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté (Cass. civ 1^e, 13 février 2019, n° 18.13-386, com. Nathalie PETERKA, *JCP N* 5 juillet 2019, n° 27, p. 30).
77. V. Béatrice LECESTRE-ROLLIER, conférence du 23 janvier 2020 intitulée « Solidarité et vieillissement », in « Touche pas à nos vieux ! ».
78. « La vulnérabilité se trouve finalement prise dans nombre de préjugés et de stéréotypes. Il est certes légitime de sanctionner ceux qui profitent de la vulnérabilité d'autrui, mais, plutôt que d'abuser de ce palliatif, il serait sans aucun doute préférable de repenser une autonomie plus subtile. Cela suppose de déconstruire le mythe actuel de l'individu transparent et maître de lui-même, selon lequel le consentement exprimé est sensé marquer sans faillir la liberté du sujet. » (Muriel FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, op. cit, p. 92).
79. Cynthia FLEURY, *Le soin est un humanisme*, Tracts Gallimard, n° 6, 2019, pp. 7-8.

RÉSUMÉS

Le droit ne fait pas de la personne âgée une catégorie à laquelle un régime juridique propre serait applicable. Pour autant l'étude des différents corpus juridiques révèle que le droit se fait une certaine image des personnes âgées qu'il considère avant tout comme vulnérables et devant, à ce titre, être protégées. Il veille donc à la fois à ce qu'elles bénéficient, sans discrimination, des mêmes droits que tout être humain et à ce que les règles puissent - quand cela est nécessaire - être adaptées pour mieux répondre à leurs besoins. Mais le droit se trouve aujourd'hui face à un nouvel enjeu qui est de ne pas réduire les personnes âgées à cette vulnérabilité. Pour cela il doit sans doute abandonner le concept d'incapacité et inventer celui d'une autonomie graduée, respectueuse et protectrice du sujet fragile.

In law, the elderly do not belong to a category having its own legal regime. However, a review of the different legal corpus reveals that the law has a certain picture of the elderly and considers them above all as being vulnerable and therefore in need of protection. It thus ensures that they benefit, without discrimination, from the same rights as any human being and that the rules may be adapted, whenever necessary, so as to better meet their needs. However, the law is now faced with a new challenge which is to not reduce the elderly to this vulnerability. To do so, it must undoubtedly abandon the concept of incapacity and invent that of a graduated, respectful autonomy that is protective of fragile people.

INDEX

Keywords : elderly, vulnerability, discrimination, protection, autonomy, fundamental rights

Mots-clés : personnes âgées; vulnérabilité; discrimination; protection; autonomie; droits fondamentaux

AUTEURS

CAMILLE BOURDAIRE-MIGNOT

Camille Bourdaire-Mignot est maîtresse de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre, CEDCACE EA 3457

TATIANA GRÜNDLER

Tatiana Gründler est maîtresse de conférences en droit public à l'Université Paris Nanterre, CTAD / CREDOF UMR 70/74