

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La personne âgée vulnérable

Lacour, Clémence

Published in:
Gérontologie et Société

Publication date:
2009

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Lacour, C 2009, 'La personne âgée vulnérable: entre autonomie et protection', *Gérontologie et Société*, numéro 131, pp. 187-201.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LA PERSONNE ÂGÉE VULNÉRABLE : ENTRE AUTONOMIE ET PROTECTION

Clémence LACOUR

Fond. Nationale de Gérontologie | *Gérontologie et société*

2009/4 - n° 131
pages 187 à 201

ISSN 0151-0193

Article disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.cairn.info/revue-gerontologie-et-societe-2009-4-page-187.htm>

Pour citer cet article :

LACOUR Clémence, « La personne âgée vulnérable : entre autonomie et protection », *Gérontologie et société*, 2009/4 n° 131, p. 187-201. DOI : 10.3917/g.s.131.0187

Distribution électronique Cairn.info pour Fond. Nationale de Gérontologie.

© Fond. Nationale de Gérontologie. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.



LA PERSONNE ÂGÉE VULNÉRABLE :

entre autonomie et protection

CLÉMENCE LACOUR

DOCTEUR EN DROIT, UNIVERSITÉ TOULOUSE 1 CAPITOLE, CENTRE DE DROIT PRIVÉ (EA 1920)

Un statut protecteur de la vulnérabilité commence à se dessiner en droit. Le développement des règles protectrices des personnes vulnérables n'est toutefois pas sans incidence sur la condition civile des personnes âgées affaiblies. Il s'accompagne en effet d'un recul de leur liberté individuelle en matière personnelle et d'une fragilisation de leur capacité juridique au plan civil, compromettant leur autonomie.

FRAIL OLDER PEOPLE: BETWEEN AUTONOMY AND PROTECTION

A legislative outline of a protection of vulnerability status is beginning to emerge. However the development of rules to protect vulnerable people affects the civil conditions of frail older people. It goes hand in hand with a diminishing of their personal individual freedom and the weakening of their legal civil abilities thus compromising their autonomy.

Cet article reprend des analyses développées par l'auteur dans:
Lacour C. (2007), *Vieillesse et vulnérabilité*, PUAM, 569 p.

À partir de 18 ans, l'autorité parentale et l'administration légale disparaissent, laissant le majeur libre de décider de son mode de vie et capable de tous les actes de la vie civile. L'adulte se caractérise par son autonomie: liberté d'initiative et de décision sur ses propres intérêts et pouvoir d'agir lui-même sans l'intervention ou l'autorisation de quiconque. Cet état de capacité et d'autonomie n'a pas de limite légale liée à l'âge; la condition civile du vieillard est donc celle de tout adulte. Cette condition peut cependant révéler des limites lorsque l'avancée en âge s'accompagne d'une certaine vulnérabilité.

La vulnérabilité peut être comparée à un défaut dans la cuirasse. Il s'agit d'un défaut de défense particulièrement important qui expose celui qui en est frappé à des atteintes lorsqu'il évolue dans la société et la norme juridique¹. La vulnérabilité de la personne âgée prend la forme d'une fragilité psychologique, d'une suggestibilité qui l'expose dans sa vie civile à des atteintes abusives à son consentement et qui peut la rendre inapte à prendre les décisions personnelles que sa santé ou sa sécurité requièrent (actes médicaux, choix du lieu de vie).

La personne âgée vulnérable occupe une situation intermédiaire par rapport aux catégories du droit civil. Elle n'est pas dépourvue de volonté, mais elle est affaiblie. Sa vulnérabilité se traduit par une diminution de l'autonomie décisionnelle. Cet état diffère de l'altération des facultés mentales justifiant l'ouverture d'un régime de protection juridique (sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle)². Les règles protectrices du consentement du droit commun des obligations sont également inadaptées car la vulnérabilité ne peut être assimilée à un trouble mental ni être à l'origine d'un vice du consentement³.

La vulnérabilité spécifique des personnes âgées pose donc un problème de protection car si le droit reconnaît la démence, il est peu sensible aux stades qui la précèdent.

La prise de conscience du besoin de protection des personnes vulnérables a abouti à une prise en considération croissante de la notion de vulnérabilité en droit. Un statut protecteur de la personne âgée fondé sur la vulnérabilité commence à se dessiner. L'examen des règles entourant le consentement montre ainsi que la vulnérabilité fédère un certain nombre de dispositions dans

1. Carbonnier J. (2000), *Droit civil, Les personnes*, Thémis PUF, n° 144 ; Cohet-Cordey F. (2000), Préface, in *Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. Cohet-Cordey (Dir.), PUG, p. 9.

2. Art. 425 et s. CC.

3. Le trouble mental ou le vice du consentement – erreur, dol ou violence – sont des causes de nullité des actes juridiques, art. 414-1 et 1109 CC.

diverses branches du droit : le droit pénal avec la protection de la personne d'une particulière vulnérabilité (lois du 22 juillet 1992 réformant le Code pénal), le droit de l'aide et de l'action sociale avec la définition du droit des usagers et l'encadrement juridique de l'entrée en institution (loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale), la mise en place d'un dispositif de surveillance et d'alerte en cas d'événements climatiques exceptionnels (loi du 30 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées) et la création de la mesure d'accompagnement social personnalisée (loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs), le droit médical avec la définition des droits du malade et l'encadrement juridique de la décision médicale (loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades) et le droit civil enfin avec la création de la mesure d'accompagnement judiciaire (loi du 5 mars 2007 précitée).

Cette évolution est très récente et a été lente à venir car le législateur et la doctrine ont longtemps refusé d'instaurer « la protection juridique des faibles »⁴, entretenant sciemment un état du droit inadapté aux personnes vulnérables. Le régime des incapacités est prévu pour prendre éventuellement en charge les personnes légères ou inexpérimentées et « notre droit n'a jamais admis que les personnes qui ne sont pas frappées d'incapacité jouissent d'une protection particulière »⁵.

Cette méfiance à l'encontre de la protection de la faiblesse s'explique par la peur de voir bouleverser la sécurité juridique, mais également par le risque de rupture de l'égalité civile entre les citoyens. Une législation tirant des conséquences de la vulnérabilité particulière du vieillard le stigmatise fatalement. Paul Ricœur souligne que le « *concept d'autonomie occupe tour à tour la place de condition de possibilité et celle de tâche à remplir* »⁶. Le Code civil pré suppose l'autonomie du citoyen et lui enjoint d'être autonome en dépit de sa vulnérabilité⁷. Considérer la vulnérabilité d'un individu risque d'affecter ce présumé d'autonomie. Il n'est ainsi pas exclu que la protection juridique particulière de la volonté du vieillard vulnérable se retourne à terme contre lui.

L'examen des règles protectrices donnant statut à la vulnérabilité particulière de la personne âgée montre en effet le risque qu'une

4. Ancel, *Travaux préparatoires de la commission de réforme du Code civil, année 1947-1948*, Procès-verbal de la réunion du 4 juin 1948, p. 204.

5. Mazeaud, *Travaux préparatoires de la commission de réforme du Code civil, année 1947-1948*, op. cit., p. 203.

6. Ricœur P. (1997), « Autonomie et vulnérabilité », in *La justice et le mal*, A. Garapon, D. Salas (Dir.), éd. O. Jacob, coll. Opus, p. 163.

7. Ricœur P., « Autonomie et vulnérabilité », préc.

protection fondée sur cette notion fait courir à son autonomie, qu'elle concerne la protection de sa personne ou de ses biens.

LA PROTECTION DE LA PERSONNE ET LE RECUIL DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE

La protection de la personne est la plus difficile à mettre en œuvre. L'activité personnelle d'un individu prend essentiellement la forme de faits juridiques dont le contrôle est extrêmement ardu. Cela revient en outre à intervenir dans un domaine régi par la liberté individuelle depuis l'accession de l'individu à la majorité. Les prémisses d'une protection des intérêts purement personnels des individus vulnérables sont néanmoins perceptibles en droit. La loi admet ainsi de plus en plus qu'un tiers puisse prendre des décisions d'ordre personnel au nom d'une personne âgée vulnérable. L'investissement d'autrui d'un pouvoir de décision à l'égard d'un adulte capable marque un recul de la liberté individuelle. Actuellement, deux critères justifient ce passage d'une situation d'autonomie à une forme de gouvernement de la personne : celui de l'inaptitude à exprimer son consentement et celui de danger.

L'INAPTITUDE DE LA PERSONNE ÂGÉE VULNÉRABLE À EXPRIMER SON CONSENTEMENT

En principe, la personne âgée, même vulnérable, prend elle-même les décisions touchant sa personne. Le législateur vient d'ailleurs au secours de sa volonté en développant l'encadrement juridique des deux questions fondamentales pour elle : celle des soins et celle de sa prise en charge sociale et médico-sociale. La personne âgée vulnérable est, tout d'abord, assurée que son consentement sera recueilli préalablement à toute intervention thérapeutique⁸. Un protocole de recueil du consentement est en outre précisé dans plusieurs hypothèses : le refus de soins et la limitation ou l'arrêt du traitement pour les malades en fin de vie, les recherches biomédicales et les différents prélèvements sur la personne⁹.

8. Art. L. 1111-4 CSP.

9. Art. L. 1111-4, al. 2, L. 1111-10, L. 1121-6, L. 1121-8 et L. 1122-1 et s. CSP.

10. Loi n° 2002-02 rénovant l'action sociale et médico-sociale, JO 3 janvier 2002, p. 124.

La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale¹⁰ est venue quant à elle encadrer les relations de l'utilisateur et des établissements ou services sociaux et médico-sociaux. Ses droits sont énumérés et une procédure de vérification et de recueil

de son consentement lors de l'entrée en institution est notamment organisée¹¹.

11. Art. L. 311-3 CASF.

La liberté de décision de la personne âgée vulnérable trouve toutefois sa limite dans son aptitude de fait à exprimer son consentement. Un vide juridique entoure la prise de décision en matière personnelle dès lors que l'individu est hors d'état d'exprimer sa volonté¹². Il est particulièrement aigu lors de l'entrée en institution qui intervient sans contrôle légal particulier chez les vieillards privés de volonté non placés sous un régime de protection¹³. Ce problème conduit le législateur à rechercher un interlocuteur autre que la personne empêchée et il tend de plus en plus à confier un pouvoir de décision à autrui lorsque l'individu hors d'état d'exprimer sa volonté est confronté à des choix personnels.

12. Esper C. (1991), «Les problèmes posés par le recueil du consentement aux soins des incapables majeurs», *Gérontologie et Société*, n° 59, p. 60; Calloch P. (2000), «La protection de la personne du sujet âgé par le tuteur ou le curateur», *Gérontologie et Société*, n° 93, p. 133.

Suite à la constatation de l'absence de solution claire en présence des patients inaptes à prendre une décision médicale, l'idée s'est ainsi fait jour de permettre à ces personnes de nommer un représentant, un mandataire, auquel elles délègueraient un pouvoir de décision en matière médicale en cas de survenance d'une inaptitude. Cela a conduit à la consécration en 2002 de la personne de confiance¹⁴ et à l'extension ultérieure de ce dispositif aux situations de fin de vie¹⁵ et au consentement en matière de recherches biomédicales¹⁶. Il s'agit toutefois d'une institution inaboutie. La personne de confiance n'a en effet qu'un rôle consultatif s'agissant des actes thérapeutiques¹⁷. Elle est le simple témoin de la volonté du malade. De manière étrange et un peu inquiétante, elle se voit au contraire dotée du pouvoir de consentir à des recherches biomédicales sur des personnes hors d'état d'exprimer leur volonté¹⁸.

13. Ce problème a précisément motivé l'adoption de la mesure 39 du plan Alzheimer 2008-2012 qui vise à combler le vide juridique entourant le recueil du consentement lors de l'entrée en institution.

14. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO 5 mars 2002, p. 4118.

15. Art. L. 1111-6 CSP, issu de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, JO 23 avril 2005, p. 7089.

16. Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, JO 11 août 2004, p. 14277.

17. Art. L. 1111-4 CSP.

18. Art. L. 1122-1-2 et L. 1122-2 CSP.

19. Art. 477 et s. CC, issus de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

La création du mandat de protection future par la loi du 5 mars 2007 s'inscrit dans la même veine¹⁹. Le mandataire peut se voir confier la protection de la personne avec celle des intérêts patrimoniaux. Autrement dit, il peut se voir reconnaître la faculté de prendre des décisions relatives à la personne du mandant lorsque celui-ci n'est pas en état de prendre une décision personnelle éclairée. Dans l'optique de ses concepteurs, le mandat de protection future est un moyen de régler le problème du consentement aux soins. Il fournirait de la même manière un interlocuteur aux autorités sociales ou médico-sociales lorsque la question de l'entrée en institution se pose.

Ces premiers développements de la délégation d'un pouvoir de décision en matière personnelle ne concernent en principe que les individus dont la vulnérabilité est telle qu'elle empêche l'expression de leur volonté. Mais le critère de l'inaptitude de fait à exprimer un consentement libre et éclairé est plus difficile à mettre en œuvre qu'il n'y paraît. La frontière séparant l'autonomie de la soumission à une autorité extérieure n'est pas clairement tracée. La difficulté est effectivement de s'assurer que la simple vulnérabilité n'est pas assimilée à l'absence de volonté et que la personne âgée garde la maîtrise de sa vie privée.

Les personnes âgées vulnérables sont les premières à souffrir de la labilité de ce critère. La démence sénile pose des difficultés d'appréciation importantes au regard de l'exigence d'un consentement libre et éclairé²⁰. Les troubles cognitifs atteignant les vieillards se distinguent par leur caractère évolutif. En outre, s'ils diminuent leur discernement, ce n'est souvent que de manière partielle.

L'expression de la volonté des personnes âgées vulnérables est par ailleurs facilement mise en doute. Dès lors qu'elles sont affaiblies, elles sont rapidement frappées d'une présomption de démence²¹. De ce fait, l'appréciation de la faculté de consentir des personnes âgées vulnérables se mâtine de critères supplémentaires: nature de l'acte, bénéfique que la personne âgée pourrait en retirer par rapport au risque encouru²². Bref, sa volonté est passée au crible de son intérêt objectif. Ce renforcement des exigences entourant l'expression de la volonté du vieillard vulnérable a pour résultat de fragiliser considérablement son pouvoir de décision. Ses choix devront être solidement motivés et conformes à ses intérêts, sans quoi ils ne pourront prospérer.

Le critère de l'aptitude de fait d'un individu à exprimer son consentement a néanmoins le mérite de laisser la personne âgée pourvue de volonté en principe libre de ces choix. Or il tend actuellement à être remplacé par celui de danger pour justifier l'intervention dans la vie personnelle des individus.

LE DANGER EN COURU PAR LA PERSONNE ÂGÉE VULNÉRABLE

Que faire lorsqu'une personne âgée adopte des conditions de vie dangereuses pour sa santé et sa sécurité? Dans quelle mesure

20. Ploton L. (1999), «Pertinence du refus manifesté par les personnes âgées démentes», in *Vieillesse démographique et droit, vers un droit de la vieillesse?*, Dalloz, p. 15.

21. «Compte tenu des aléas entourant le diagnostic et la banalisation médiatique de la maladie d'Alzheimer, tous les troubles psychiques présentés par des personnes âgées ont fini par en porter les stigmates. Si bien que les troubles cognitifs finissent par coloniser toutes les autres souffrances psychiques, qu'il s'agisse d'états dépressifs ou d'anxiété. Par ce phénomène d'assimilation qui finit par renvoyer dans la démence un nombre croissant de personnes âgées, celles-ci se trouvent de fait exclues des circuits d'information et de décision les concernant. C'est la disqualification sociale»: Amyot J.J. & Villez A. (2001) *Risques, responsabilité, éthique dans les pratiques gériatologiques*, Dunod, Action sociale, p. 138; dans le même sens: Maisondieu J. (1996), *Le crépuscule de la raison: comprendre pour les soigner les personnes âgées dépendantes*, Paris, Bayard; Maisondieu J. (1999), «Fin de vie: démence ou suicide?», *Gérontologie et Société*, n° 90, p. 84.

22. Doumeng V. (2002), *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, Puam, n° 1478; Ploton L., «Pertinence du refus manifesté par les personnes âgées démentes», préc.

doit-on respecter son droit à ne pas recevoir d'aide²³? Jusqu'à récemment, la liberté du vieillard interdisait de s'immiscer dans sa vie privée. La protection de l'État ne pouvait s'imposer qu'aux individus frappés d'une altération de leurs facultés mentales. Mais l'intervention auprès des adultes est de plus en plus justifiée par la caractérisation d'une situation de danger pour l'intéressé²⁴.

L'organisation du signalement des mauvais traitements à l'égard des personnes vulnérables est une première illustration de ce phénomène. Le Code pénal favorise le signalement de la maltraitance à l'égard des personnes âgées en incriminant d'une part le fait, pour quiconque ayant eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles sur une personne vulnérable, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives²⁵, et en ménageant d'autre part une faculté de révélation pour les professionnels astreints au secret témoins de tels faits²⁶.

L'obligation de dénoncer les mauvais traitements à l'encontre des personnes âgées vulnérables ne fonctionne véritablement pleinement qu'à l'égard des particuliers. Les professionnels qui ont pourtant le plus de chances d'être témoins de ces faits disposent au contraire d'une liberté de conscience. Cet état du droit est néanmoins le plus adapté à la situation des personnes âgées vulnérables. La possibilité de signaler contre leur volonté les mauvais traitements dont ils sont victimes constitue déjà en soi une restriction à leur autonomie. Instaurer un signalement obligatoire engendrerait une atteinte encore plus importante à leur liberté. L'exemple des pays étrangers ayant adopté un système de déclaration obligatoire des mauvais traitements n'est en outre pas probant. Les provinces maritimes du Canada ont ainsi adopté un système de déclaration obligatoire des abus et des négligences, mais il apparaît finalement moins efficace que celui fondé sur le volontariat²⁷.

La possibilité d'un contrôle des ressources sociales lorsque les difficultés qu'éprouve leur destinataire menacent sa santé ou sa sécurité est encore une manifestation de la modification de l'approche de la protection des individus vulnérables. Ce mécanisme de contrôle existe depuis 1966 sous le nom de tutelle aux prestations sociales adultes. Il a été rénové et élargi à l'occasion de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs afin de mieux répondre au besoin de protection des adultes vulnérables.

23. Hydle I. (1990), « Violence invisible contre les personnes âgées », *Gérontologie et société*, n° 54, p. 25.

24. Beulieu M. (2003), « Considérations psychosociales et éthiques de la victimisation des aîné(e)s », in *La victimisation des aînés, Négligences et maltraitements des aînés*, Actes des XVII^e assises de l'INAVEM, L'Harmattan, coll. Sciences Criminelles, p. 67.

25. Art. 434-3 CP.

26. Le principe de liberté de conscience des professionnels résulte de la combinaison des articles 434-3, al. 2, et 226-14 du Code pénal.

27. V. Robertson G.B. (1995), « Les approches juridiques canadiennes face aux mauvais traitements et à la négligence à l'endroit des aînés », in *Mauvais traitements auprès des personnes âgées : stratégies de changement*, Maclean M.J. (dir.), Pub. Association canadienne de gérontologie, éd. Saint-Martin, Montréal, p. 83.

28. Art. L. 271-1 CASF.

Le nouveau dispositif comprend tout d'abord une nouvelle mesure d'action sociale : l'accompagnement social personnalisé. Il s'agit d'une mesure purement administrative à la charge du département destinée aux personnes percevant des prestations sociales et dont la santé ou la sécurité est menacée par les difficultés qu'elles éprouvent à gérer leurs ressources²⁸. Elle repose en principe sur le volontariat et prend la forme d'un contrat entre l'intéressé et le département. Toutefois si la personne en difficulté refuse de signer le contrat ou n'en respecte pas les clauses, la mesure d'accompagnement social personnalisée peut devenir obligatoire dans certaines limites. En cas de risque d'expulsion, le montant du loyer est ainsi prélevé sur les prestations sociales du locataire et directement versé au bailleur, ceci à condition que l'intéressé dispose de ressources suffisantes pour assurer sa subsistance et celle des personnes dont il a la charge et qu'il soit resté plus de deux mois sans acquitter ses obligations locatives²⁹. La mesure d'accompagnement social personnalisé est limitée dans le temps : le contrat dure de six mois à deux ans et le prélèvement obligatoire ne peut excéder deux ans renouvelables. Dans tous les cas, la mesure est limitée à quatre ans.

29. Art. L. 271-5 CASF.

30. « MASP : la contrainte à partir d'où et jusqu'à où ? Analyse et préconisations de l'ANAS », Légilise F., présidente, Puech L., vice-président, <http://anas.travail-social.com/>

Cette réforme modifie profondément le travail des assistants des services sociaux du département, ainsi que le souligne l'Association Nationale des Assistants de Service social³⁰. Ils disposent dorénavant d'un outil de coercition sur des adultes capables. Cette nouvelle mesure contient en germe la possibilité d'une aide imposée puisqu'en cas de refus du contrat ou de son non respect, une mesure obligatoire est envisageable. Cet aspect coercitif se ressent d'autant plus que le législateur a introduit un lien de cause à effet entre l'échec d'une mesure d'accompagnement social personnalisé et l'ouverture d'une mesure judiciaire de protection contraignante.

31. Art. 495 et s. CC.

Le nouveau dispositif de prise en charge des majeurs vulnérables comprend en effet un volet juridique. Il prévoit qu'une mesure d'accompagnement judiciaire peut être ouverte si l'accompagnement purement social n'a pas permis de rétablir une gestion satisfaisante des prestations sociales et que la santé ou la sécurité de la personne majeure concernée en est compromise³¹. Un représentant est nommé à la personne en difficulté afin qu'il perçoive ses prestations et les verse sur un compte ouvert au nom du majeur vulnérable. La mesure entraîne une incapacité de gestion pour les

prestations visées. Elle est limitée à deux ans. Un renouvellement est possible par décision spécialement motivée sans que la durée totale puisse excéder quatre ans.

L'adoption de ce dispositif de protection à la fois social et juridique marque bien le recul de la liberté individuelle qui découle de la prise en compte de la vulnérabilité. Dorénavant un adulte capable et pourvu de volonté peut être privé de la gestion de certains de ses biens en raison de ses difficultés économiques et de son refus d'accepter un contrôle administratif.

Le dispositif protecteur mis en place par la loi du 30 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie³² est une dernière illustration de la tendance actuelle à remplacer le critère d'incapacité mentale par celui de danger pour permettre l'intervention auprès des adultes vulnérables. L'émotion suscitée par la mortalité liée à la canicule de l'été 2003 a conduit à l'adoption d'un mécanisme de veille et d'alerte au profit des personnes âgées et des personnes handicapées destiné à fonctionner en cas de risques exceptionnels. Ce dispositif suppose le recensement préalable des individus concernés. Afin de favoriser l'intervention des services sociaux, les maires recueillent des éléments relatifs à l'identité, l'âge et le domicile des personnes âgées et des personnes handicapées. Ce recueil peut intervenir à la demande de l'intéressé, mais également à la demande d'un tiers (?), sauf opposition de la personne concernée ou de son représentant légal.

32. Loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées, JO 1^{er} juillet 2004, p. 11944.

La situation de vulnérabilité, présumée qui plus est, des personnes âgées et des personnes handicapées est à l'origine ici d'un véritable fichage. Pour défendable que soit le but de protection recherché, il n'en résulte pas moins une atteinte disproportionnée à l'intimité de la vie privée des intéressés.

Ces trois exemples de dispositifs protecteurs à destination des personnes vulnérables, notamment âgées, montrent comment la vulnérabilité peut constituer un motif de restriction du pouvoir d'une personne de décider de son mode de vie et d'immixtion dans sa vie privée. Le caractère déstabilisant que peut avoir la notion de vulnérabilité pour l'autonomie des personnes concernées se retrouve à l'équivalent en matière de protection des biens.

...

...

LA PROTECTION CONTRE L'EXPLOITATION PATRIMONIALE ET LE RISQUE DE REMISE EN CAUSE DE LA CAPACITÉ JURIDIQUE

Les personnes âgées vulnérables sont particulièrement exposées à la spoliation de leurs biens. Le danger est omniprésent. À titre d'exemple, on peut citer les nombreux démarcheurs à domicile qui poussent par tous moyens leurs victimes à acheter des produits, se font remettre des chèques, leur font contracter des emprunts. Ou encore les professionnels avec lesquels la personne vulnérable entre en contact à un moment ou à un autre : banquier qui obtient une assurance vie au bénéfice de son épouse, dépanneur qui vend un poste TV d'occasion au prix du neuf, directeur de maison de retraite, notaire, médecin, plus particulièrement les aides à domicile et les femmes de ménage. Enfin, les proches sont également concernés : famille, voisins, amis.

Ce comportement déloyal consistant en l'exploitation éhontée de la situation de vulnérabilité d'une partie pour obtenir des avantages indus est difficile à appréhender en droit. Le droit civil édicte des incapacités spéciales de faire certains actes qui frappent l'individu dans sa dernière maladie ou lorsqu'il est hébergé en établissement ou chez des particuliers. Il s'agit d'une protection très limitée qui repose en outre sur une interdiction d'agir.

Face à cette situation de vide juridique, la sanction de l'abus de situation de faiblesse se développe depuis quelques années en droit pénal. Cette forme de protection semble plus respectueuse de l'autonomie des personnes âgées car elle intervient *a posteriori* si un abus a été commis. Elle s'avère pourtant déstabilisante pour la capacité des personnes vulnérables.

DES INTERDICTIONS LIMITÉES D'AGIR EN DROIT CIVIL

En droit civil, la protection de la vulnérabilité passe par l'incapacité. Il s'agit d'incapacités spéciales en ce sens qu'elles sont limitées à certains actes. Ces règles donnent véritablement statut à la vulnérabilité dans la mesure où elles frappent des personnes capables, mais dont la situation d'infériorité à un moment donné justifie une protection particulière. Le législateur craint en effet que dans certaines circonstances une personne ne profite de sa position dominante pour obtenir d'une autre des libéralités ou

des actes à titre onéreux particulièrement avantageux. Il attache donc aux actes obtenus dans ces circonstances une présomption irréfragable³³ de captation qui entraîne automatiquement leur nullité. La conséquence est une incapacité ponctuelle des personnes concernées, l'auteur de l'acte comme le bénéficiaire.

Trois situations retenues par le législateur intéressent spécifiquement les personnes âgées.

– La dernière maladie

L'article 909 du Code civil interdit, sauf exception³⁴, aux membres des professions médicales et de la pharmacie de recevoir une libéralité (donations ou legs) de la part des personnes qu'ils ont traitées durant leur dernière maladie. Cette interdiction s'applique également aux ministres du culte. La loi du 5 mars 2007 l'a étendue aux auxiliaires médicaux afin d'intégrer dans le champ de l'incapacité tous les individus non médecins qui ont participé au traitement du malade avant sa mort³⁵.

– L'hébergement en établissement ou chez un particulier

L'article 1125-1 du Code civil interdit, sauf autorisation de justice, à toute personne travaillant dans un établissement hébergeant des personnes âgées ou dispensant des soins psychiatriques de se rendre acquéreur ou cessionnaire d'un droit appartenant à une personne admise dans l'établissement ou de prendre à bail le logement de cette personne. L'article L. 331-4 du Code de l'action sociale et des familles interdit à toutes personnes propriétaires, administrateurs ou employés dans certains établissements³⁶ de profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur par des personnes hébergées. La loi du 5 mars 2007 a étendu cette interdiction aux personnes morales remplissant les mêmes fonctions, ainsi qu'aux bénévoles qui interviennent au sein des ces établissements et aux associations auxquelles ils adhèrent. Une interdiction équivalente frappe le particulier qui héberge à titre onéreux à son domicile des personnes âgées ou des personnes handicapées³⁷. La présomption de captation ainsi édictée n'est applicable qu'aux établissements expressément visés et à condition que l'auteur de l'acte y soit hébergé lors de la rédaction. Un vieil homme peut ainsi valablement gratifier une aide-soignante employée dans un hôpital général³⁸. De même, une vieille dame peut établir un testament en faveur du directeur d'une maison de retraite dans laquelle elle a séjourné une fois de retour chez elle³⁹.

33. Une présomption irréfragable ne peut être combattue par la preuve du contraire.

34. Les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, proportionnées aux facultés du disposant et aux services rendus, sont valables. Il en va de même des dispositions universelles faites aux parents jusqu'au quatrième degré inclus si le décédé n'a pas d'héritiers en ligne directe, à moins que le bénéficiaire ne soit lui-même l'un d'entre eux.

35. Loi n° 2007-308 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

36. Il s'agit des établissements soumis à autorisation (art. L. 312-1 CASF) et des établissements tenus à déclaration (art. L. 321-1 à 322-1 CASF).

37. Art. L. 443-6 CASF.

38. Civ. 1^{re}, 31 mai 1989, *Bull. civ. I*, n° 221, p. 148.

39. Civ. 1^{re}, 24 octobre 2000, *RJPF* 2001-1/50, note CASEY, J.

– Le placement sous un régime de protection

Il s'agit de la dernière situation en date à avoir retenu l'attention du législateur. Depuis la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes au nom desquelles ils exercent leurs fonctions ne peuvent bénéficier d'une libéralité de la part de la personne protégée, quelle qu'en soit la date⁴⁰.

40. Art. 909, al. 2, CC.

Ces différents textes visent à empêcher qu'un commerce juridique s'instaure entre certains professionnels – médecins, auxiliaires médicaux, personnels d'établissement et dernièrement mandataires judiciaires à la protection des majeurs – et la personne dont ils s'occupent. L'inconvénient de ces règles est d'interdire de manière définitive à une personne d'en gratifier une autre quel qu'ait été le dévouement de cette dernière et en dépit du lien d'amitié qui peut les unir. Par leur caractère absolu, ces interdictions font bon marché d'une liberté particulièrement précieuse pour les personnes âgées, celle de récompenser les personnes qui leur témoignent de l'attention et de l'affection⁴¹. Pour cette raison, certains auteurs proposent de les faire disparaître ou du moins d'atténuer leur caractère absolu en permettant aux individus gratifiés de faire la preuve de leur bonne foi ou bien encore en prévoyant dans chaque cas la possibilité de demander une autorisation préalable au juge afin qu'il vérifie l'intégrité de la volonté du disposant⁴².

41. Thomas P., Hazif C., Pradère C. & Darrieux P. (1996), « Dépendance affective de la personne âgée et abus de faiblesse », *Gaz. Pal.*, 2, p. 805.

42. Flour J. & Souleau H. (1991), *Les libéralités*, 3^e éd., par Souleau H., coll. U. Droit civil ; Beignier B., note sous CA Orléans, 21 février 1995, JCP, éd. N, 1997, II, p. 495.

43. MM. Jean Carbonnier, Pierre Catala, Jean de Saint-Affrique et George Morin ont ainsi proposé une nouvelle rédaction de l'article 909 CC dans leur ouvrage *Des libéralités, Une offre de loi*, Défrénois, 2003, p. 27 : « Les docteurs en médecine ou en chirurgie, les pharmaciens, les administrateurs d'établissements de santé et toute autre personne qui, à titre professionnel, auront soigné, assisté ou hébergé un malade au cours de la maladie dont il est mort ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'il aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie ».

Ce n'est cependant pas l'avis de toute une partie de la doctrine plutôt favorable à une rénovation et à une extension de ces incapacités qui permettraient d'englober toutes les situations dans lesquelles un professionnel soignerait, assisterait ou hébergerait une personne âgée⁴³. Les retouches apportées par la loi du 5 mars 2007 à l'article 909 du Code civil sont une manifestation de cette tendance. Mais, indépendamment même de l'atteinte injustifiée à l'autonomie de la volonté des nombreuses personnes concernées, une telle extension aboutirait à une sorte d'incapacité générale de disposer de leurs biens pour les individus malades ou hébergés incompatible avec le principe de capacité des citoyens. Les incapacités spéciales concernent des individus juridiquement capables. C'est précisément pour cette raison que leur champ d'application est par nature restreint.

•••

•••

LA SANCTION DE L'ABUS DE FAIBLESSE EN DROIT PÉNAL

Le droit pénal est le seul à apporter une réponse adaptée au besoin de protection du consentement des personnes vulnérables en incriminant directement et de manière générale depuis 1994 le comportement consistant à exploiter l'infériorité d'une personne pour la conduire à passer un acte déséquilibré⁴⁴.

Le Code pénal punit de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende le fait d'abuser frauduleusement de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne particulièrement vulnérable en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, ou en raison d'un état de sujétion psychologique ou psychique, afin de conduire cette personne à un acte ou à une abstention gravement préjudiciable⁴⁵.

Le délit d'abus de faiblesse suppose la réunion de trois éléments constitutifs. La victime doit tout d'abord être particulièrement vulnérable. Le grand âge seul ne suffit pas pour caractériser cet élément. Il doit s'accompagner d'un affaiblissement des facultés physiques ou psychiques mettant la personne hors d'état de se protéger⁴⁶. En jurisprudence, la situation de vulnérabilité a notamment été caractérisée en cas de surdité, de cécité ou de mauvaise vue, de troubles de la mémoire ou de la compréhension, de situation de dépendance physique ou psychique, de fragilité psychologique, d'éthylisme, de détresse morale liée à des deuils récents.

La réalisation d'un abus est ensuite nécessaire. Il réside dans le fait de conduire la personne, c'est-à-dire d'employer des manœuvres ayant pour but de diminuer son libre arbitre afin de la faire agir dans le sens que l'on entend. La notion d'abus confère au délit une large portée. Elle recouvre toutes sortes de manœuvres, même les plus légères : le mensonge, la simple contrainte morale, la menace d'abandon.

Enfin, l'abus de faiblesse suppose l'obtention d'un acte ou d'une abstention gravement préjudiciable pour la victime. Ces actes ou abstentions peuvent être aussi bien de nature juridique (contrat, procuration, testament, prêt ou renonciation à une succession, non inscription d'une hypothèque, non résiliation d'une assurance vie dans les délais) que matérielle (jeûne, refus de soins, changement de lieu de vie).

44. Le délit d'abus de faiblesse dirigé contre un majeur est sanctionné depuis la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection du consommateur (art. L. 122-8 C. consom.). Le champ d'application de ce délit est néanmoins restreint : il est réservé au consommateur et il ne peut avoir lieu que dans des circonstances limitativement énumérées apparentées au démarchage (L. 122-9 C. consom.).

45. Article 223-15-2 CP.

46. Crim., 13 janvier 2004, Pourvoi n° 03-83.204.

Ainsi conçu, l'abus de faiblesse est la sanction la plus avancée de la déloyauté contractuelle. Il réprime la simple captation qui n'est plus une cause de nullité des libéralités en droit civil depuis le Code civil de 1804. Ce trait distinctif est encore accentué par la jurisprudence qui a tendance à présumer l'existence d'un abus de faiblesse dès lors qu'un individu obtient d'une personne particulièrement vulnérable un acte avantageux⁴⁷.

47. Crim., 3 septembre 2003, Pourvoi n° 02-85.535: La victime était très vulnérable et les actes obtenus exorbitants. Elle n'avait en outre aucune raison de gratifier les prévenus. L'arrêt conclut donc à l'existence d'un abus; dans le même sens: Crim., 16 octobre 2007, pourvoi n° 06-88.897; Crim., 7 octobre 2003, Pourvoi n° 03-81.324.

48. CA Versailles, 9 mars 2005, Juris-Data n° 2005-272775, *Dr. famille* 2005, comm. n° 171, obs. de Lamy B.; *AJ famille* 6/2005, Jurispr. p. 236, obs. Grimaldi C.; Crim., 15 novembre 2005, pourvoi n° 04-86.051; Crim., 15 novembre 2005, *Contrats conc. consom.* 2006, comm. n° 52, obs. Raymond G.; *Dr. pénal* 2006, comm. n° 29, obs. Véron M.; *JCP* 2006, II, 10057, note Maréchal J.Y.; *RSC* 2006, p. 883, obs. Ottenhof R.; Crim., 21 octobre 2008, D. 2009, p. 911, note Roujou de Boubée, G.

49. Art. 2 CPP.

50. Crim., 29 mai 2001, Pourvoi n° 00-86.461: outre le préjudice correspondant aux virements frauduleux qui s'élèvent à 190.000 F (28.963 €), une somme de 10.000 F (1.524 €) sera accordée à la victime en réparation du préjudice moral; pour des réparations intégrales, voir également: Crim., 26 septembre 2001, Pourvoi n° 00-84.548; Crim., 5 décembre 2001, Pourvoi n° 01-80.698; Crim., 27 janvier 2004, Pourvoi n° 03-81.295.

La jurisprudence a en outre considérablement atténué la condition tenant au préjudice. À l'origine, un préjudice matériel d'ordre patrimonial était exigé. Depuis peu, l'abus de faiblesse est constitué en présence d'un préjudice purement moral. Il suffit de caractériser une atteinte à la liberté de consentir de la victime. Ceci a pour conséquence de faire entrer l'obtention d'un testament dans les faits incriminés au titre de l'abus de faiblesse⁴⁸. Or cet acte ne porte aucune atteinte actuelle au patrimoine de l'intéressé mais préjudicieux seulement à ses héritiers.

Ce renforcement dans la défense du consentement se fait cependant au détriment de la stabilité des conventions passées par la personne âgée vulnérable. La sanction pénale s'intéresse en principe à la punition d'un comportement illicite, mais elle permet tout de même une remise en cause indirecte des actes consentis à la suite de ce comportement. La victime d'une infraction pénale peut en effet obtenir réparation du dommage qu'elle subit en recherchant la responsabilité civile délictuelle du délinquant⁴⁹. Pour cela, elle a le choix entre se constituer partie civile devant la juridiction pénale ou saisir la juridiction civile. Plusieurs arrêts accordent ainsi à la victime d'un abus de faiblesse d'importantes indemnisations équivalentes à la valeur de l'acte préjudiciable⁵⁰.

Or permettre à une personne âgée d'invoquer sa faiblesse pour revenir sur ses engagements fragilise en retour l'expression de sa volonté au plan juridique. Il n'y a aucune raison pour que le doute instillé fonctionne à sens unique. Les tiers peuvent détourner la règle à leur propre compte afin d'éviter de subir les conséquences juridiques d'un acte qui les dérange. Les héritiers sont déjà tentés d'utiliser l'abus de faiblesse pour contester les actes diminuant leur part successorale. C'est justement pour refréner l'engouement des héritiers pour la voie pénale que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation vient de préciser que le droit de

mettre en œuvre l'action publique est une prérogative de la victime qui a personnellement souffert de l'infraction⁵¹.

Le risque est ainsi de voir le vieillard vulnérable frappé d'une incapacité de fait de contracter et notamment de disposer de ses biens à titre gratuit. Le délit d'abus de faiblesse offre effectivement un fondement à la contestation de ses actes dès lors qu'un doute sur le caractère libre et éclairé de son consentement existe. Cette dévalorisation de l'expression de leur volonté peut compromettre à terme la capacité juridique des personnes âgées vulnérables.

Le caractère déstabilisant de l'abus de faiblesse pour la volonté des personnes vulnérables, déjà perceptible à l'échelle du droit pénal, n'empêche cependant pas l'idée de l'introduction en droit civil d'une sanction générale de l'exploitation de la situation de faiblesse de faire son chemin. Une sanction civile de l'abus de faiblesse rendrait possible la contestation directe de l'acte préjudiciable pour la victime. Il ne s'agit plus ici d'une réparation par équivalent à travers des dommages et intérêts, mais de la possibilité d'annuler l'acte litigieux lui-même. Le projet de réforme du droit des contrats présenté par la Chancellerie en 2008 propose ainsi d'étendre le champ d'application du vice de violence afin d'englober les cas d'exploitation d'une situation de nécessité ou de dépendance⁵². Des législations étrangères connaissent des dispositions équivalentes⁵³.

L'incidence globale de la vulnérabilité sur la condition civile des personnes âgées n'est pas neutre. Elle contribue à les priver du pouvoir de décider de leur mode de vie et facilite la remise en cause des actes qu'elles consentent. À moins d'avancer avec prudence, la protection de la personne âgée au nom de sa vulnérabilité risque de se solder par la perte de son autonomie. ■

51. L'héritier qui souhaite obtenir réparation de son préjudice ne peut exercer l'action civile devant la juridiction répressive que si l'action publique a été mise en mouvement par la victime elle-même ou par le ministère public. Hors ces cas, seule la voie civile lui est ouverte: Cass. Ass. plén., 9 mai 2008, Pourvoi n° 06.85-751, *Dr. pénal* 2008, Études n° 12, note Sanchez M.; *AJ Pénal* 2009, n° 9, p. 367, note Saas C.; *JCP* 2008, II, 10124, note Maréchal J.Y. Dans cette affaire, une vieille dame victime d'un abus de faiblesse décède avant d'avoir agi en justice. Sa fille saisit le tribunal correctionnel en agissant au nom de sa mère, pour obtenir réparation tant de son préjudice personnel que de celui de sa mère. Son action est rejetée.

52. *Projet de réforme du droit des contrats*, art. 63 : « Il y a également violence lorsque une partie abuse de la situation de faiblesse de l'autre pour lui faire prendre, sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, un engagement qu'elle n'aurait pas contracté en l'absence de cette contrainte ». Deux autres projets de réforme du droit des obligations proposent une disposition équivalente: *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport à M. Pascal Clément, Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Catala P. (Prés.), 22 septembre 2005, p. 73, art. 1114-3; *Pour une réforme du droit des contrats*, projet rédigé sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques, Terré F. (Prés.), art. 66.

53. Entre autres: l'Allemagne (§ 138 BGB), la Suisse (art. 21 CO), l'Italie (art. 1448 CC), le Danemark (art. 31 loi sur les contrats).