

Vulnérabilité et fragilité face au vieillissement: l'approche du droit français

Yann Favier

RESUME: Le vieillissement est souvent associé à la vulnérabilité ou à la fragilité, parfois aux deux sans qu'on sache véritablement ce que recouvrent ces termes. C'est particulièrement vrai en droit français qui préfère d'avantage insister sur le besoin de protection que sur l'état de la personne considérée comme « fragile », « âgée », « vulnérable ». Pour autant, si le droit français n'ignore pas la vulnérabilité ou la fragilité en raison de l'âge, c'est comme un rapport social singulier pouvant comporter des conséquences juridiques et non comme un statut.

Mots clés: Vulnérabilité; Fragilité; Vieillesse; Droit Français.

Introduction

Dans la sphère des rapports de droit privé, la notion de vulnérabilité n'est pas à proprement parler juridique. Si la vulnérabilité n'apparaît pas *instituée* en tant que telle en droit privé, elle est tout de même *appliquée* au droit privé. La vulnérabilité apparaît en droit dans un rapport de force lorsqu'il apparaît nécessaire de compenser une inégalité considérée soit comme « naturelle » et résultant d'un fait considéré comme objectif (l'âge ou l'état de santé) ou comme résultant d'une situation volontairement instituée entre personnes privées (dans un rapport d'obligations). Le droit faisant appel à des *notions a priori* – les « qualifications » juridiques —, il appréhende difficilement cette notion, car il est très difficile de définir *a priori* la vulnérabilité ; on parlera plus volontiers de facteurs de vulnérabilité et de situations de vulnérabilité, sans que cela d'ailleurs aide à en définir le sens. Il en résulte une

difficulté de qualification générale et, partant l'impossibilité de définir une catégorie juridique autonome autour de ce qui n'est qu'une notion indéterminée mais non dépourvue d'utilité. Symptôme dans les relations entre personnes privées, la vulnérabilité pourrait toutefois relever pour l'essentiel d'un discours juridique (plutôt que d'une catégorie). Elle semble toutefois conquérir une autonomie hors de la sphère des relations d'ordre privé, dès lors que l'intérêt social est en cause, comme le révèle par exemple l'étude du droit pénal.

La vulnérabilité : un rapport social avant d'être un rapport d'âge

Les nuances dans la prise en compte de la particulière vulnérabilité, tiennent ainsi plus franchement à la nature juridique des rapports particuliers institués entre personnes privées qu'à une institution juridique déterminée : contractuels entre consommateurs et professionnels ou entre employeurs et employés (la subordination impliquant ou provoquant une certaine vulnérabilité) familiaux entre parents et enfants (à la vulnérabilité correspond une autorité et une responsabilité parentales), conjugaux entre membres d'un couple (la vulnérabilité subie, par l'âge ou la maladie, ou provoquée dans le cas des violences familiales)... De façon plus surprenante, c'est également vrai dans le domaine de la protection des majeurs antérieur ou postérieur à la loi du 5 mars 2007, qui ne définit pas la personne protégée comme vulnérable mais comme relevant d'un ensemble de règles juridiques qui organisent sa représentation ou son assistance, par le contrat ou la décision de justice. Le surplus n'est qu'une application des principes généraux de validité des actes juridiques comme celui, plus ancien encore que le code civil, selon lequel on ne peut faire d'acte juridique valable si l'on n'est pas sain d'esprit. La promotion des droits dits personnels dans la protection des majeurs n'y a d'ailleurs rien changé : il s'agit d'un simple aménagement des règles de représentation et d'assistance à des décisions d'une importance matérielle ou symbolique particulière pour la personne protégée.

De façon très révélatrice, on observe dans la partie du code civil relative aux majeurs protégés l'utilisation de périphrases et de notions vagues pour évoquer les personnes protégées ou à protéger telles que celles « d'altération » des facultés personnelles, de personnes « hors état » de manifester sa volonté ou de formulation négative, comme celle de personne qui « ne peut pas » accomplir seul un acte qui lui causerait un « préjudice » (mais cette fois uniquement pour graduer la nullité des actes juridiques). Pour définir la personne à protéger, le code civil la décrit comme « toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales,

soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté » (425 C. civ.) : il appartient au médecin de définir la vulnérabilité, pas au juriste ! D'ailleurs, « la mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé » (433 C. civ.), degré d'altération qui ressort des seules constatations médicales. La vulnérabilité est un fait qui se constate. A propos de l'esprit du droit français des incapacités, un célèbre juriste écrivait en 1920 que : « Le défaut d'âge, l'affaiblissement ou la perte des facultés intellectuelles sont des causes physiques d'incapacités; la loi se borne à les constater et à en déterminer l'étendue»¹.

La vulnérabilité et l'âge

En se cachant derrière le fait, médicalement constaté ou non, de la vulnérabilité, le droit civil contemporain ne fait que suivre les grands principes du droit français issus de la Révolution française marqués par la doctrine philosophique et juridique de l'autonomie de la volonté tout autant que par le farouche refus d'instituer des statuts personnels différenciant les citoyens majeurs ou émancipés. Pour ces raisons, il est difficile de créer, comme cela existe dans certains droits², un statut des personnes âgées, même si certains auteurs croient déceler la création d'un « droit gérontologique »³ comme d'autres ont pu voir un « droit des mineurs » dans le corpus de textes qui régissent le grand ou le jeune âge. S'agissant des personnes âgées (dont on serait bien en peine de donner une définition juridique), si l'expression de « droit gérontologique », utilisée dans d'autres pays, apparaît progressivement en France, c'est dans le domaine de l'aide et de l'action sociales qu'il apparaît dans le droit des établissements spécialisés (EHPAD) et de dispositifs tels que l'allocation personnalisée d'autonomie (APA).

A ce propos, le droit de l'aide et de l'action sociales fait allusion à la vulnérabilité, notamment en raison de l'âge sous divers critères « objectifs » parmi lesquels, on trouve notamment le critère de l'âge (art. L 113-1 CASF : « Toute personne âgé de soixante-cinq ans privée de ressources suffisantes peut bénéficier, soit d'une aide à domicile, soit d'un placement chez des particuliers ou dans un établissement ;les personnes âgées de plus de soixante ans peuvent obtenir les mêmes avantages lorsqu'elles sont reconnues inaptes au

¹ Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil*, 8^{ème} éd., T. 1, LGDJ, 1920, n.°1613.

² Au Brésil notamment : Ariston Barion Pérès Ana-Paula et Fossier T., « Vulnérabilité ou affaiblissement : quel statut civil pour les personnes âgées ? Les exemples français et Brésilien », *Dr. Famille* 2005, Etude 20.

³ Ferre-Andre S., « Introduction au « droit gérontologique » : Defrénois 2009, doct. 38880, p. 121.

travail ») ou celui de l'insuffisance de ressources (V. par ex. CASF, art. L 115-3, visant la situation de « toute personnes ou famille éprouvant des difficultés particulières, au regard notamment de son patrimoine, de l'insuffisance de ses ressources ou de ses conditions d'existence, a droit à une aide de la collectivité pour disposer de la fourniture d'eau, d'énergie ou d'électricité »). Aucune définition des personnes en situation de vulnérabilité sociale, physique ou psychologique ne semble toutefois être apportée à la lecture des règles spéciales régissant le droit de l'aide et de l'action sociale, faute de pouvoir créer des « catégories » d'usagers ou de bénéficiaires.

A peine le droit français reconnaît-il indirectement la notion de vulnérabilité, notamment appliquée à l'âge. S'agissant des personnes âgées (dont on serait bien en peine de donner une définition juridique), si l'expression de « droit gérontologique », utilisée dans d'autres pays, apparaît progressivement en France, c'est dans le domaine de l'aide et de l'action sociales qu'il apparaît dans le droit des établissements spécialisés (EHPAD) et de dispositifs tels que l'allocation personnalisée d'autonomie (APA).

De manière plus générale, la vulnérabilité apparaît dans un rapport de force lorsqu'il apparaît nécessaire de compenser une inégalité considérée soit comme « naturelle » et résultant d'un fait considéré comme objectif (l'âge ou l'état de santé) ou comme résultant d'une situation volontairement instituée entre personnes privées (un rapport d'obligations) mais altérée par un élément tenant à la personne (son âge, son état de santé) ou au rapport singulier avec un cocontractant (rapport entre profane et professionnel par exemple) .

Vulnérabilité et fragilité

Alors que la notion de « fragilité » est entrée progressivement dans le vocabulaire gériatrique du fait de l'identification d'une sous-population de personnes âgées à plus grand risque de mortalité et ayant un excès de morbidité avec incapacité secondaire⁴, le droit français ne connaît pas cette notion appliquée à la personne. Le concept de fragilité lui est inconnu, tout autant que celui de vulnérabilité (à l'exception du droit pénal) et pourtant il utilise ces deux notions dans des dispositifs très variés de protection juridique des personnes et de politiques sociale, pénale et (bien qu'insuffisamment) dans les droits fondamentaux. Le grand âge étant un processus, il ne relève pas d'une catégorie juridique. La fragilité qui lui est

⁴ Dramé Moustapha et al., « La fragilité du sujet âgé : actualité – perspectives », *Gérontologie et société*, 2004/2 n.° 109, p. 31-45.

Favier, Y. (2012, dezembro). Vulnérabilité et fragilité face au vieillissement: l'approche du droit français. *Revista Temática Kairós Gerontologia*, 15(6), "Vulnerabilidade/Envelhecimento e Velhice: Aspectos Biopsicossociais", pp. 61-68. Online ISSN 2176-901X. Print ISSN 1516-2567. São Paulo (SP), Brasil: FACHS/NEPE/PEPGG/PUC-SP

parfois associée est prise en compte principalement au travers de normes protectrices du consentement ou de normes protectrices de la personne et de son intégrité physique et morale. Nous pourrions à cet égard faire l'hypothèse d'un droit symptomatique dans le sens où il révélerait l'état de la personne âgée au travers des dispositifs qu'il met en place : peut-elle ou non consentir à son entrée en établissement, peut-elle ou non signer l'acte de vente de son logement etc. Il n'en est pas moins utile en ce qu'il exprime une nécessaire adaptation du droit au fait, renforçant les principes d'effectivité des droits, exigeant la participation des intéressés à leur protection, réaffirmant le primat des droits fondamentaux sur les nécessités et les usages sociaux ou les volontés familiales.

L'approche pénale

Relevant d'une sphère mixte privée et publique, le droit pénal aborde la vulnérabilité d'une manière moins diffuse. Il n'est plus question de rapports privés fondés sur le dogme de l'autonomie de la volonté et de la liberté individuelle, mais de défense sociale : le droit est ici proche des politiques publiques, son expression prenant corps autour d'une « politique pénale » développée par ses promoteurs que sont les procureurs de la République et le ministre de la justice. On trouve la notion développée autour de quelques infractions parmi lesquelles :

- L'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne particulièrement vulnérable (article 223-15-2 du code pénal) ;

- L'abus de faiblesse ou de l'ignorance d'une personne à l'occasion d'un démarchage à domicile (article L. 122-8 du code de la consommation) ;

- L'abus de personnes vulnérables ou dépendantes pour obtenir la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli, ou pour les soumettre à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine (articles 225-13 et 225-14 du code pénal).

Elle est aussi utilisée comme une circonstance aggravante dans les infractions commises contre l'intégrité de la 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 » (Violences : C. pén. art. 222-8 ; Viol : C. pén., art. 222-24 ; violences sexuelles : C. pén., art. 222-29...).

La loi pénale étant d'interprétation stricte, la jurisprudence est régulièrement amenée assez souvent à préciser le domaine de la vulnérabilité légale, de manière parfois assez restrictive. Dans un arrêt du 8 juin 2010⁵, la chambre criminelle de la cour de cassation affirmait par exemple que la seule circonstance que la victime d'un viol soit âgée de soixante-dix ans au moment des faits ne suffit pas pour caractériser sa particulière vulnérabilité, circonstance aggravante prévue à l'article 222-24 du code pénal. Lorsque la chambre criminelle a eu à se prononcer sur la qualification d'abus de faiblesse dans le droit de la consommation, elle a refusé l'idée que « la vulnérabilité [soit] révélée par les circonstances de la cause ». Elle a au contraire jugé que « le délit d'abus de faiblesse [...] suppose pour être caractérisé, l'existence d'un état de faiblesse ou d'ignorance de la victime, préalable à la sollicitation et indépendant des circonstances dans lesquelles elle a été placée pour souscrire l'engagement » alors que dans un autre domaine (dons manuels contre de fausses promesses de mariage), elle jugeait que l'abus de faiblesse doit s'apprécier au regard de l'état de particulière vulnérabilité au moment où est accompli l'acte gravement préjudiciable à la personne⁶. De telles précisions sur l'appréciation de la vulnérabilité, son caractère relatif, la prise en compte dans le temps, les critères d'âge, ne sont guère utilisées en matière civile, marquant ainsi le domaine spécifique du droit pénal. On pourrait ici faire le lien entre la prise en compte de la vulnérabilité dans les politiques publiques et sa reconnaissance dans la sphère pénale : il s'agit dans les deux cas d'une action publique (au sens propre en matière pénale). En ce sens, il n'est pas anodin de constater que le singulier renforcement des pouvoirs du parquet en matière de protection des majeurs, issu de la loi du 5 mars 2007 relative à la protection des majeurs coïncide avec l'émergence de ce terme dans le discours juridique.

Conclusion: l'utilisation croissante du terme de vulnérabilité dans le discours juridique

Plus que technique, l'utilisation du terme de vulnérabilité semble ressortir d'une politique. Comme il existe une politique familiale qui prend notamment appui sur des instruments juridiques (le droit des prestations familiales, l'aide et l'action sociales familiales etc.), la politique en faveur des personnes vulnérables, principalement en raison de l'âge ou

⁵ Cass. Crim. 8 juin 2010n° 10-82.039 (n° 3492 F-P+F)

⁶ Cass. Crim., 26 mai 2009, n° 08-85.601.

du handicap, voire la protection des consommateurs, utilise des dispositifs juridiques variés qui ne forment pas véritablement une unité conceptuelle. Toutefois, comme le montre la littérature publiée depuis une dizaine d'années⁷, cette notion est très souvent évoquée par les juristes et plus seulement dans la matière du droit pénal ou du droit de l'aide sociale. Il n'existe pratiquement pas une année sans qu'une manifestation scientifique ou une thèse⁸ n'évoque une « problématique de la vulnérabilité », soit pour décrire un champ plus vaste que celui des incapables majeurs, et signifier ainsi le caractère relatif de leur « incapacité » de droit (toute personne est plus ou moins vulnérable selon les circonstances), soit pour décrire de nouveaux champs d'investigations transversaux issus le plus souvent de politiques publiques : politiques en faveur des handicapés vulnérables, des victimes de violences familiales, des consommateurs etc. Dans le domaine des « incapables majeurs », la tendance vers la création d'un droit des personnes vulnérables s'est affirmée en même temps que se développait une réflexion critique autour d'une réforme trop longtemps attendue (pendant près de 10 ans !) de la loi du 3 janvier 1968 relative à la protection des majeurs. Il s'agissait alors de récuser la notion trop globalisante « d'incapacité », tout spécialement en matière personnelle au profit de celle, plus neutre, de personne vulnérable⁹. Pour autant, la loi du 5 mars 2007, n'a pas choisi ce terme, même si les débats parlementaires y font constamment allusion.

La vulnérabilité est générique. Or le droit appelle des notions précises, instituées et, pour tout dire statutaires. L'expression « des personnes protégées » (qui sous-entend l'existence d'une mesure judiciaire ou un dispositif contractuel) que l'on retrouve désormais dans un nouveau titre XIème du Livre 1^{er} du code civil renvoie à une notion qui a paru plus appropriée en même temps que disparaissait, du moins en apparence, la notion globale d'incapable juridique, réservée à la discussion sur le maintien des actes juridiques passés par une personne protégée ou en voie de l'être. Quant à la fragilité, elle ressort davantage d'un facteur de risque associé ou non à un symptôme qui lui seul déclenchera un besoin de

⁷ Cohet-Cordey, Frédérique (dir.). *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2000

⁸ V. not. : Dutheil-Warolin, Lydie, *La notion de vulnérabilité de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*. Thèse de doctorat. Faculté de droit et de sciences économiques, Université de Limoges (Dir. J. Leroy), 2004 ; Lhuillier, Fabrice, *le droit des adultes vulnérables mais capables*, Thèse de Doctorat en Droit. Faculté de Droit, Université Jean Moulin Lyon 3 (Dir. J. Rubellin-Devichi), 2007

⁹ Voir à ce sujet : T. Fossier, « Démocratie sanitaire et personnes vulnérables », *La semaine juridique (JCP)* 2003, n°21 p. 931.

protection auquel on associera des droits civils (protection juridique) et/ou sociaux (prestations).

De l'absence de définition précise des notions de vulnérabilité et de fragilité, il en résulte une difficulté de qualification générale et, partant l'impossibilité de définir une catégorie juridique autonome autour de concepts certes indéterminées mais non dépourvues d'utilité sociales, spécialement dans l'approche juridique du vieillissement.

Bibliographie citée

Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil*, 8^{ème} éd., T. 1, LGDJ, 1920, n°1613.

Ariston Barion Pérès Ana-Paula et Fossier T., « Vulnérabilité ou affaiblissement : quel statut civil pour les personnes âgées ? Les exemples français et Brésilien », *Dr. Famille* 2005, Etude 20.

Ferre-Andre S., « Introduction au « droit gérontologique » : Defrénois 2009, doct. 38880, p. 121.

Dramé Moustapha et *al.*, « La fragilité du sujet âgé : actualité – perspectives », *Gérontologie et société*, 2004/2 n° 109, p. 31-45

Cour de cassation : Cass. Crim. 8 juin 2010 n° 10-82.039 (n° 3492 F-P+F)

Cour de cassation : Cass. Crim., 26 mai 2009, n° 08-85.601.

Cohet-Cordey, Frédérique (dir.). *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2000

Dutheil-Warolin, Lydie, *La notion de vulnérabilité de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*. Thèse de doctorat. Faculté de droit et de sciences économiques, Université de Limoges (Dir. J. Leroy), 2004

Lhuillier, Fabrice, *le droit des adultes vulnérables mais capables*, Thèse de Doctorat en Droit. Faculté de Droit, Université Jean Moulin Lyon 3 (Dir. J. Rubellin-Devichi), 2007

T. Fossier, « Démocratie sanitaire et personnes vulnérables », *La semaine juridique (JCP)* 2003, n°21 p. 931.

Recebido em 01/12/2012

Aceito em 12/12/2012

Yann Favier - Maître de conférences, CDPPOC, Faculté de droit de Chambéry - Université de Savoie (France)

E-mail: yann.favier@univ-savoie.fr