

Revue du notariat

LE MANDAT DE PROTECTION FUTURE FRANÇAIS DANS LE CONTEXTE D'ÉMERGENCE D'UN DROIT « GÉRONTOLOGIQUE » OU COMMENT LA FRANCE APPRÉHENDÉ LES SOINS DE VIEILLESSE

Sylvie FERRÉ-ANDRÉ

LA PROTECTION DU PATRIMOINE
Volume 111, numéro 2, septembre 2009

URI : id.erudit.org/iderudit/1044877ar

DOI : [10.7202/1044877ar](https://doi.org/10.7202/1044877ar)

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

FERRÉ-ANDRÉ, S. (2009). LE MANDAT DE PROTECTION FUTURE FRANÇAIS DANS LE CONTEXTE D'ÉMERGENCE D'UN DROIT « GÉRONTOLOGIQUE » OU COMMENT LA FRANCE APPRÉHENDÉ LES SOINS DE VIEILLESSE. *Revue du notariat*, 111(2), 299–314. doi:10.7202/1044877ar

Tous droits réservés © Sylvie FERRÉ-ANDRÉ, 2009

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne. [<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>]



Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. www.erudit.org

**LE MANDAT DE PROTECTION FUTURE
FRANÇAIS DANS LE CONTEXTE
D'ÉMERGENCE D'UN DROIT
« GÉRONTOLOGIQUE » OU COMMENT
LA FRANCE APPRÉHENDÉ LES SOINS
DE VIEILLESSE**

Sylvie FERRÉ-ANDRÉ*

I-	L'expression de la volonté, garante de la protection de la personne très âgée	303
	A- L'anticipation par la France de la dépendance juridique	303
	B- L'anticipation par la France de la dépendance économique.	306
II-	L'expression de la volonté parfois insuffisante dans la protection de la personne très âgée	309
	A- Une singulière vulnérabilité.	310
	B- La délicate question de la fin de vie	312

* Professeur, Directeur du MASTER de droit notarial et du Diplôme supérieur de Notariat, Faculté de droit, Université Jean Moulin Lyon III.

*« Plus ne suis ce que j'ai été,
Et ne le saurais jamais être ;
Mon beau printemps et mon été
Ont fait le saut par la fenêtre. »*

Clément Marot

Comme la population canadienne, la population française vieillit. Sur le modèle d'autres législations, notre droit s'est adapté par touches successives à ce phénomène démographique et sociologique. En France, le début du XXI^e siècle a marqué une réaction juridique au renversement annoncé de la pyramide des âges. Les comportements démographiques avaient évolué après la Seconde Guerre mondiale : moins d'enfants¹, une longévité accrue. Ils nous obligent aujourd'hui à revoir nos modes de gestion de la sécurité sociale, des retraites par répartition, de la protection d'une nouvelle vulnérabilité des personnes très âgées et à inventer les moyens à mettre en œuvre économiquement à titre individuel ou collectif pour prendre en charge le vieillissement².

En France, comme dans la plupart des pays occidentaux, le vieillissement de la population est au cœur des préoccupations dans de nombreux domaines, des sciences humaines aux sciences médicales. Le droit n'échappe pas au phénomène. En ce début de troisième millénaire, le droit français aborde avec sérénité l'émergence d'une nouvelle discipline que nous avons qualifié de « droit gérontologique »³.

La longévité dans les pays occidentaux est aujourd'hui vertigineuse. En France, au cours des 25 dernières années, l'espérance de vie des hommes et des femmes aura gagné environ six ans. Elle atteignait en 2004 76,6 ans pour les hommes et 83,8 ans pour les

-
1. Même si la France reste le deuxième État le plus nataliste d'Europe après l'Irlande.
 2. Ainsi en 2004 n'a-t-on pas hésité à légiférer pour supprimer un jour férié afin de financer les besoins de la dépendance suite aux conséquences dramatiques de la canicule de l'été 2003 (Loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées, J.O. 1^{er} juillet 2004, p. 11944, art. 2).
 3. Voir notre article, « L'émergence d'un droit gérontologique », dans *Mélanges Gilles Goubeaux*, Dalloz, L.G.D.J., 2009.

femmes et en janvier 2007 elle était de 84,5 ans pour les femmes et de 77,6 ans pour les hommes⁴. La longévité accrue des hommes et des femmes, l'annonce d'une déferlante de centenaires dans les années 2050, soumettent la société française à de nouveaux défis. Il lui faut trouver comment traiter juridiquement le quatrième âge et la vulnérabilité qui l'accompagne souvent.

Identifier le quatrième âge n'est pas chose aisée. Le chiffrer n'est pas souhaitable. L'âge est une mesure polyvalente. Il n'est pas et ne peut être un « âge civil »⁵ comme celui qui détermine le passage de la minorité à majorité, de l'enfance à l'âge adulte. Tout au plus pourrait-on admettre qu'il est celui de la dépendance⁶. Dépendance physique souvent, intellectuelle parfois, tant sont perfides les maladies neuro-dégénératives, économique enfin, particulièrement pour les femmes. Ces mères de familles qui par choix ou soumission ont vécu le stéréotype de la femme au foyer, enfantant, nourrissant, soignant, sans aucun statut social ou économique propre en retour, qui à l'heure du veuvage aujourd'hui, d'un veuvage morganatique né des nouveaux modes de conjugalité demain, constituent la majorité de cet âge crépusculaire⁷.

Le grand âge, le nombre des années, ce grand nombre est souvent peine ou tourment, synonyme de suprême pauvreté parfois, pas toujours économique, trop souvent relationnelle, empreinte de solitude et d'abandon affectif.

En France, on a longtemps considéré que la protection juridique des personnes âgées se spécifiait par son absence d'autonomie normative, du moins en apparence⁸. Pourtant, il nous semble que le début du XX^e siècle a marqué un tournant. À mesure que s'est rénové le droit ces dernières années, des pans nouveaux se sont mis en place, spécifiques de l'appréhension du quatrième âge naissant. Un droit patrimonial d'abord, extrapatrimonial ensuite, dans lequel la personne reste au cœur de sa prise en charge, où l'expression de l'autonomie de sa volonté conserve autant qu'il est possible une

4. La France en faits et en chiffres, INSEE janvier 2008, bilan démographique.

5. Expression empruntée à G. CORNU, « L'âge civil », dans *Mélanges Roubier*, t. 2, Paris, Dalloz, 1961, p. 9 et s.

6. Voir C. DEBBASCH et J.M. PONTIER, « La société française », 4^e éd., Paris, Armand Colin, 2001.

7. Approximativement en 2011-2012 la courbe des plus de 60 ans devrait croiser pour ensuite dépasser celle des moins de 20 ans.

8. J. HAUSER, « La protection de l'incapacité des personnes âgées », dans F. KESSLER (dir.), *La dépendance des personnes âgées*, Paris, Sirey, 1997, p. 159.

place majeure. Celle qui est nécessaire au maintien de la dignité de la personne. Demain, souvent, l'expression de la volonté se fera garante de la protection de la personne très âgée (I). Aujourd'hui, pourtant, l'expression de la volonté est parfois insuffisante dans la protection de la personne très âgée (II). C'est dans ce contexte juridique qu'est né le mandat de protection future.

I- L'expression de la volonté, garante de la protection de la personne très âgée

D'apparition récente, le « droit gérontologique » est fondé sur la mise en œuvre de la volonté de la personne qui anticipe sa dépendance, qu'il s'agisse de dépendance juridique ou de dépendance économique.

A- L'anticipation par la France de la dépendance juridique

En 1999, une recommandation du Comité des ministres des États membres du Conseil de l'Europe suggérait « qu'il conviendrait de prévoir et d'organiser les dispositions juridiques qu'une personne encore douée de sa pleine capacité serait en mesure de prendre pour prévenir les conséquences de toute incapacité future ». Avant cela, le Québec, précurseur et l'Allemagne au début des années 1990, avaient respectivement créé, « le mandat en prévision de l'incapacité » et « le mandat pour soins de vieillesse » (die altervorsorgevollmacht). Puis, l'Espagne, le Danemark, l'Italie, l'Angleterre ou la Suisse avaient adopté des législations similaires. La France restait en retard. Il a fallu attendre la loi du 5 mars 2007 pour qu'enfin la France entre dans l'évolution avec le « mandat de protection future »⁹, au centre de la réforme des incapacités. Complet, le mandat de protection future permet à toute personne majeure (ou mineure émancipée) ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle – on pense principalement à la personne déjà âgée anticipant le quatrième âge – de désigner toute personne physique ou une personne morale¹⁰ de la représenter pour le cas où elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts.

Le mandat de protection future français vise surtout, comme ses homologues étrangers, « les soins de vieillesse ». Pas plus que faire un testament ne fait mourir, sauf lyrisme romantique, signer

9. Art. 477 à 494 du Code civil.

10. Dans les conditions de l'article 480 C. civ.

un tel mandat ne rend inapte. Il n'empêche que rares sont les jeunes personnes qui se sachant en bonne santé anticipent leur mort, encore moins leur déchéance lointaine. La peur d'une fin toujours trop proche persiste depuis la nuit des temps. Surtout, le choix d'un mandataire de protection future ne s'accommode pas d'une trop longue anticipation.

Prenant en compte l'allongement de la durée de la vie et l'augmentation du nombre de personnes très âgées bientôt dépendantes, le droit des personnes vulnérables s'attache à garantir la permanence de la qualité de sujet de droit jusqu'au bout de la vie à chaque individu. Cet attachement se manifeste notamment par le rappel des notions de liberté individuelle et d'autonomie de la volonté qui accompagne la réforme du 5 mars 2007, comme dans de nombreuses autres lois contemporaines. La loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 est marquée par l'idée que le régime de protection des personnes très âgées comme de toute personne vulnérable doit garantir le respect des droits fondamentaux et des libertés de la personne¹¹.

Ainsi, le mandat de protection future permet à la personne âgée de désigner pour l'avenir, c'est-à-dire le jour où elle ne pourra plus pourvoir seule à ses intérêts¹², en raison de son affaiblissement¹³, un ou plusieurs mandataires chargés de la représenter. Membre de la famille parfois, juristes ou thérapeutes de proximité, d'autres fois, mandataires crépusculaires, ils auront l'humaine et pénible tâche d'accompagner la personne très âgée devenue dépendante et diminuée dans les actes juridiques et personnels du quotidien. Contrairement au mandat de droit commun, le mandat de protection future ne devient pas automatiquement caduc du fait de l'ouverture d'un régime d'incapacité¹⁴.

11. Ph. MALAURIE, « La réforme de la protection juridique des majeurs », Rép. not. Defrénois, avril 2007, art. 38569, p. 557 et s. ; T. FOSSIER et T. VERHEYDE, « La réforme des tutelles. La protection de la personne », (2007) 4 *AJ famille* 160 et s.

12. Art. 481 C. civ.

13. Cet affaiblissement est constaté par un certificat médical émanant d'un médecin agréé, choisi sur une liste établie par le procureur de la République et remis au greffe.

14. Pour une étude d'ensemble, voir Jézabel JANNOT, « Le mandat de protection future, « figure libre d'assistance » ? », dans *La revue des notaires*, mars 2007 p. 10 et s. et mai 2007, p. 15 et s.

Dans le régime français, c'est là sa dignité comme son danger, le mandant est et reste capable après la déclaration médicale d'inaptitude¹⁵, contrairement à la situation de la personne au Québec qui devient incapable une fois que l'autorité judiciaire a homologué le mandat. Contrairement au dispositif québécois, le dispositif français reste purement contractuel, respectueux de l'autonomie de la volonté exprimée par la personne. La volonté seule justifie l'accompagnement juridique et personnel donné au(x) mandataire(s). La famille que l'on n'aura pas choisie en qualité de mandataire, celle qui oubliait la visite, l'anniversaire, la petite attention, celle qui a laissé s'installer l'oubli, l'amnésie, se creuser le fossé, reste en dehors de la protection, le juge aussi. La capacité naturelle est et reste liberté publique¹⁶ malgré l'affaiblissement. La protection judiciaire n'aura jamais été aussi subsidiaire.

Dans le mandat de protection future français, pourtant inspiré de presque vingt ans d'expérience québécoise, tout est contrat et individualité. Tout est liberté. Le mandant lui-même aura fixé l'étendue du mandat. Notarié, le mandat peut prévoir une gestion complète du patrimoine du mandant et la protection de sa personne, sauf en ce qu'elle a de plus intime¹⁷.

Le mandat de protection future s'inscrit en France dans le contexte juridique du développement des mandats de prévision à l'image du mandat à effet posthume¹⁸ organisé dans le Code civil par la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités et qui permet à une personne de donner mandat à une autre d'administrer ou de gérer tout ou partie de sa succession pour le compte de ses héritiers.

Au cœur de la mise en œuvre de sa protection, la personne très âgée trouve, avec le mandat de protection future, dans l'autonomie de sa volonté le moyen de ne pas sortir du droit commun de la capacité puisque, comme l'écrivait Gérard Cornu en 1961, « La pleine capacité n'a pas d'âge extrême [...] »¹⁹. Le maintien de la capacité

15. Voir, sur ce point, très critique, Ph. MALAURIE, précité, note 11, p. 567.

16. Thèse BETAILLOLE-GONTHIER, « La capacité naturelle », Bordeaux, 1999.

17. Art. 479 C. civ. Par exemple la reconnaissance d'enfant sera toujours du seul pouvoir du mandant, jamais du mandataire.

18. Art. 812 et s. C. civ. Voir M. GRIMALDI, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », D. 2006, p. 2551 ; « Le mandat à effet posthume », Rép. Not. Defrénois, art. 38509, p. 3 et s. ; J. CASEY, « Le mandat posthume », dans *Dr. famille*, déc. 2006, p. 9.

19. G. CORNU, « L'âge civil », précité, note 5, p. 15.

reste le meilleur moyen de ne pas exclure ou marginaliser, ni juridiquement, ni économiquement.

B- L'anticipation par la France de la dépendance économique

Le mouvement de la vie en direction de la mort conduit souvent l'homme à une attitude contradictoire entre d'une part, la volonté de transmettre de l'ancienne aux nouvelles générations, et d'autre part la nécessité d'adapter sa volonté à la réalité de ses besoins.

Le comportement culturel et économique traditionnel français est fondé sur la transmission du patrimoine, souvent anticipée, des plus âgés aux plus jeunes, pour l'essentiel, en raison de l'existence de la réserve héréditaire, des parents à leurs enfants²⁰. D'un autre côté, il paraît juste à chacun de jouir personnellement des richesses qu'il a accumulées sa vie durant. Cette opposition est d'autant plus marquée aujourd'hui en France que le vieillissement démographique impose la recherche d'outils et de solutions économiques adaptées aux besoins de prise en charge et de financement des personnes les plus âgées. Le « prêt viager hypothécaire » s'inscrit dans cette problématique.

Innovation issue de l'ordonnance du 23 mars 2006 consacrée aux sûretés²¹, inspirée du « reverse mortgage »²² anglo-américain, le prêt viager hypothécaire, outil juridique, économique et financier, relève du droit du crédit aux particuliers²³ et vise à permettre aux personnes les plus âgées de mobiliser la valeur de leur logement pour assurer leur subsistance au cours des dernières années de leur vie, sans avoir à en aliéner la propriété.

La valeur économique que représente le patrimoine immobilier des personnes âgées est particulièrement importante²⁴. Sa mobilisation présente un intérêt évident dans la mise en œuvre du finance-

20. Voir J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 9^e éd., 1998, p. 340.

21. Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, J.O. n° 71 du 24 mars 2006, p. 4475

22. On retient le terme « *lifetime mortgage* » au Royaume-Uni.

23. M. GRIMALDI, « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », JCP éd. N. suppl. au numéro 20, mai 2006, étude p. 9 ; G. KHAIRALLAH, « Hypothèque rechargeable et prêt viager hypothécaire : aspects internationaux », Rép. Not. Defrénois, 2007, art. 38610, p. 929 et s.

24. Pour un panorama d'ensemble de la situation française « Le patrimoine immobilier des retraités », C. Minodier et C. Rieg, Insee Première n° 984, Division logement, I.N.S.E.E., septembre 2004.

ment des besoins futurs de la personne très âgée, à l'ultime étape de la dépendance. Pourtant, l'attachement à la terre, aux racines, à la maison de famille hier, au cadre de vie aujourd'hui, font de l'immeuble d'habitation le support privilégié de la transmission du patrimoine entre générations. Pour éviter la perte de richesse éventuelle que représente la « vente en viager »²⁵ du logement de la personne très âgée, qui s'est longtemps pratiquée en France, le prêt viager hypothécaire constitue aujourd'hui un moyen juridique et économique nouveau adapté aux besoins du quatrième âge mont-

À grands traits présentée, la technique est la suivante. Comme son nom l'indique, le prêt viager hypothécaire est un prêt accordé par une banque²⁶ et garanti par une hypothèque sur le logement de l'emprunteur, dont le remboursement en capital et en intérêts est différé au décès de ce dernier, d'où le qualificatif d'hypothèque inversée parfois retenu²⁷. Le souscripteur²⁸ du prêt viager hypothécaire bénéficie d'une avance de trésorerie viagère, dont le remboursement repose en principe exclusivement sur sa succession²⁹. Au décès de l'emprunteur, le terme de l'opération est atteint et ses héritiers ont le choix ou bien de vendre le logement pour payer la dette successorale, ou bien d'acquitter la dette avec d'autres fonds pour conserver le bien. Faute d'héritiers ou s'ils manquaient de diligence, le prêteur fait lui-même réaliser la vente et se paye sur le prix. La technique est simple, fiable et encadrée par le Code de la consommation³⁰ et le droit des sûretés³¹.

25. La vente en viager consiste en une vente de la nue-propriété de son bien, la plupart du temps, par une personne âgée qui s'en réserve la jouissance sa vie durant (viager occupé) moyennant une portion du prix payée par l'acquéreur en capital, « le bouquet », et le solde du prix moyennant rente viagère annexée.

26. En France à l'heure actuelle, seul le Crédit foncier propose le prêt viager hypothécaire.

27. Pour la justification de la terminologie et une parfaite maîtrise de la technique, voir l'excellent mémoire de Thibault PENNANEAC'H, « Prêt viager hypothécaire et *reverse mortgage* en droit comparé », Master II droit notarial Lyon III, promotion 2006-2007, sous la direction de S. FERRÉ-ANDRÉ.

28. Un prêt viager hypothécaire peut également être souscrit conjointement par un couple propriétaire en commun ou en indivision de son logement. Dans ce cas, l'engagement parvient à son terme au décès du dernier survivant des époux.

29. La vente du logement avant le décès du souscripteur est possible. Elle suppose alors l'exigibilité de la créance.

30. Le Code de la consommation lui consacre un nouveau chapitre, articles L. 341-1 et s. L'aspect le plus rassurant de la réglementation du contenu des offres de prêt viager hypothécaire en droit français et comparé est la limitation plafonnée de la dette de l'emprunteur à la valeur du bien qu'il a donné en garantie.

31. Le droit des sûretés lui consacre une seule disposition, l'article 2432, alinéa 2 C. civ.

L'originalité du système est que le prêt viager hypothécaire repose sur une inversion du principe économique mis en œuvre dans le prêt hypothécaire classique. Dans un prêt hypothécaire classique, la dette de l'emprunteur se réduit au fil du temps et des remboursements. Plus le débiteur rembourse et plus la valeur économique disponible de son logement augmente. Le prêt viager hypothécaire, au contraire, crée une dette qui augmente avec le temps, ce qui réduit d'autant la valeur disponible du bien affecté en garantie. Concrètement, l'opération repose sur une accumulation des intérêts non remboursés qui restent dus au prêteur jusqu'à l'arrivée du terme du prêt. C'est ce qui justifie que le montant du prêt en capital varie selon l'âge de l'emprunteur. Le montant du prêt est directement lié à l'espérance de vie résiduelle de l'emprunteur au jour du contrat. Plus l'emprunteur est âgé et plus le montant du prêt est potentiellement élevé. L'expérience de droit comparé montre que le prêt viager hypothécaire permet d'emprunter un capital variable de 20 % à 60 % de la valeur du logement hypothéqué, selon l'âge auquel il est mis en place.

Le mécanisme économique rappelle incontestablement celui, plus traditionnel, de la vente en viager. Il n'empêche qu'il existe une différence juridique importante entre les deux techniques. La vente en viager est un contrat aléatoire risqué et alléchant pour chacune des parties. Il n'en est rien du prêt viager hypothécaire. Simple prêt, son remboursement est certain dans le principe dès l'origine. Seule la date du remboursement et son montant restent incertains mais sans jamais dépasser la valeur vénale du bien.

Conçu pour des personnes âgées dont le revenu est faible mais le patrimoine immobilier suffisant, le prêt viager hypothécaire se présente comme un élément à part entière du « droit gérontologique » émergent. Il préfigure l'adaptation nécessaire de l'outil bancaire français à l'effondrement de la solidarité collective lié au renversement de la pyramide des âges. Son développement dans de nombreux pays occidentaux est lié à la baisse annoncée et généralisée des pensions de retraites sous la pression grandissante du vieillissement démographique et la concentration de la richesse des personnes âgées dans leur habitation.

Le logement, dernier bastion de l'autonomie, dernier refuge avant le « mourir » et la chambre partagée, l'abandon de l'animal de compagnie, la disparition du mobilier familial, puis trop vite, la dégradation, l'humiliation consciente d'abord et pour finir la perte

précipitée des repères. Sa maison, son chez-soi, ce lieu où chacun espère se maintenir. Mourir dans « son lit ». Le logement, protégé entre les mains du conjoint survivant³², vieille dame encore digne dans la loi du 3 décembre 2001 et dont la protection sort renforcée au stade de l'aliénation par la loi du 5 mars 2007.

Loin d'une quelconque influence hégémonique du droit anglo-américain sur les autres systèmes juridiques, il faut voir dans le prêt viager hypothécaire un outil de l'évolution de notre droit contemporain adapté aux évolutions démographiques actuelles. Son attractivité récente dans les pays asiatiques les plus développés économiquement est là encore une solution à la montée très importante du vieillissement liée à une politique fanatique de dénatalité depuis des décennies et qui laisse aujourd'hui à la charge de l'enfant roi unique le lourd fardeau de multiples ascendants âgés.

Anticipée et volontaire, la mobilisation du « capital dormant » au service de la dépendance est une illustration supplémentaire de l'émergence puissante et nécessaire d'un « droit gérontologique » français dans lequel chacun entend assumer ce qu'il sera demain.

Parfois pourtant, l'autonomie de la volonté devient insuffisante, voire rebelle ennemie de la protection de la personne très âgée.

II- L'expression de la volonté parfois insuffisante dans la protection de la personne très âgée

Il n'existe pas en droit français de « Code des droits du vieillard »³³ et l'on s'en trouve soulagé. Longtemps « le législateur des incapacités s'est intéressé à la jeunesse, non à la sénilité ». Délicat, le droit des incapacités fait part des avènements, « non des déchéances ou des éliminations »³⁴. Au contraire, le droit contemporain s'est persuadé de la nécessité d'affirmer prolonger le plus possible la liberté juridique de toutes les personnes vulnérables afin d'assurer leur dignité malgré la dégradation annoncée ou amorcée de leurs facultés. Pourtant la protection parfois nécessaire de la personne très âgée entraîne une limite à son autonomie et à sa volonté. Ce

32. Art. 764 C. civ.

33. F. CHABAS, « La protection du vieillard », dans *Droit et patrimoine*, octobre 1996, étude p. 54 et s.

34. G. CORNU, « L'âge civil », précité, note 5, p. 15.

serait « la vraie dignité de la personne » que de l'accepter³⁵. La personne très âgée est aussi parfois une personne vulnérable mais à ce titre, elle est appréhendée en droit comme un sujet singulier.

A- Une singulière vulnérabilité

La norme juridique française appréhende parfois la personne très âgée en tant que personne vulnérable, habile à être protégée. En droit européen, l'article 25 de la Charte européenne des droits fondamentaux consacré aux personnes âgées dispose que « l'union reconnaît et respecte le droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle ». Bien plus que l'affirmation de droits effectifs, ce texte désigne les orientations politiques choisies en faveur des personnes âgées pour influencer la législation interne des États membres³⁶. Suivant cet objectif, notre législation appréhende dans quelques branches du droit la personne très âgée comme un sujet de droit singulier en raison de sa vulnérabilité qui bénéficie à ce titre d'une protection particulière de sa personne ou de son patrimoine.

Ainsi, en France, il existe un véritable droit pénal de la vieillesse³⁷. Parfois la vulnérabilité liée à la vieillesse crée l'infraction³⁸, d'autres fois elle s'érige en circonstance aggravante³⁹. En complément du droit pénal, le Code de l'action sociale et des familles vise à prévenir et lutter contre la maltraitance des personnes âgées. L'adoption le 14 mars 2007 d'un plan national de développement de la « bientraitance » et de renforcement de la lutte contre la maltrai-

35. Ph. MALAURIE, « La réforme de la protection juridique des majeurs », Rép. Not. Defrénois, 2007, art. 38569, p. 562.

36. P. LAGRANGE, « L'état des personnes. Les personnes vulnérables », dans L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La France face à la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, Belgique, Bruylant, 2005, p. 223.

37. G. LAUNOY, « Le parquet un acteur polyvalent de la protection », dans *Vieillessement démographique et droit. Vers un droit de la vieillesse ?*, Paris, Dalloz, 1999, p. 59.

38. C'est le cas notamment du délaissement en un lieu quelconque d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique, visé par l'article 223-3 du Code pénal. C'est le cas également de l'abus de faiblesse visé par l'article 313-4 du Code pénal qui consiste à abuser frauduleusement de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne particulièrement vulnérable pour l'obliger à un acte ou à une abstention qui lui est gravement préjudiciable.

39. Par exemple, en matière de violence, de meurtre, de vol, d'escroquerie ou encore d'extorsion.

tance des personnes âgées et des personnes handicapées ou encore la création d'un comité national de vigilance et de lutte contre la maltraitance des personnes âgées constituent autant d'outils qui tentent de rendre effective la protection due par la société à la personne très âgée.

En droit civil, outre le nouveau droit des « incapacités »⁴⁰ qui déclare après la jurisprudence assurer la protection de la personne aussi bien que de son patrimoine⁴¹, s'est imposé depuis longtemps déjà une protection de l'intégrité physique de la personne âgée dans la loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation⁴². De même la jurisprudence française, par tradition, fait une appréciation concrète des vices du consentement, au regard de l'âge avancé de la victime, particulièrement en matière de libéralités⁴³ et sanctionne efficacement l'abus de faiblesse, rejetant vigoureusement les prétentions des héritiers lorsque, trop vite, ils assimilent grand âge et insanité d'esprit⁴⁴ dans la mesure où la personne très âgée n'est pas « l'aliéné ». Sa capacité est de règle, sa protection toujours exception, une exception singulière que la loi du 5 mars 2007 a su porter. La montée du vieillissement impose au législateur français de mettre en place des moyens juridiques appropriés afin de garantir aux personnes très âgées le maintien de leur liberté individuelle et de leur autonomie sans nier parfois la nécessité de les protéger. Cette volonté s'inscrit dans un contexte international nouveau⁴⁵ de rappel de la citoyenneté de la personne très âgée.

C'est dans ce contexte qu'ont vu le jour en France, les lois Kouchner et Léonetti de 2002 et 2005 relatives à la fin de vie.

40. Devenu droit de la protection juridique des majeurs avec la loi du 5 mars 2007.

41. T. FOSSIER et T. VERHEYDE, « La réforme des tutelles. La protection de la personne », (2007) 4 *AJ famille* 160.

42. Raphaële FAIVRE, « La personne âgée : sujet de droit », communication, Colloque Besançon, « Vieillir seul et avec les autres. Personnes âgées, aidants familiaux, professionnels : la place de chacun pour une dynamique citoyenne », organisé le 15 octobre 2007 par l'Institut régional du vieillissement de Franche Comté en partenariat avec le Conseil Général du Jura.

43. Les termes « démence sénile », « imbécillité sénile » ... fondent les conclusions des héritiers évincés.

44. Pour des références nombreuses, voir G. CORNU, « L'âge civil », précité, note 5, p. 27.

45. Le second programme d'action sur le vieillissement arrêté à Madrid en 2002 lors de la seconde assemblée mondiale sur le vieillissement, réaffirme cet objectif. Voir A. EVRARD, « La personne âgée dans le droit international et européen des droits de l'homme », Belgique, Les éditions namuroises, 2005, p. 45.

B- La délicate question de la fin de vie

La loi du 4 mars 2002⁴⁶ suivie de la loi du 22 avril 2005⁴⁷ donnent à la personne, pour la première fois en droit français, une certaine maîtrise de sa fin de vie. La nouvelle législation dote la personne majeure encore saine d'esprit de la faculté de se prémunir contre un état éventuel de grande vulnérabilité même si sur le plan médical des progrès importants restent à faire.

Précurseur, l'article L.1111-6 du Code de la santé publique (ci-après « CSP »)⁴⁸ qui instaure en France « la personne de confiance » a envisagé pour la première fois la possibilité de refus de l'acharnement thérapeutique. La loi du 4 mars 2002 sonnait le glas de l'isolement ou de la toute puissance médicale et préfigurait une nouvelle déontologie fondée sur le contrat de soins dans lequel le patient a enfin le pouvoir de dire non à l'acharnement thérapeutique. De patient, il devient acteur de son destin. En 2002, le choix du contrat fut novateur dans la mise en œuvre de la protection. Contrat écrit, il est révocable *ad nutum*, ce qui assure le respect de la volonté de la personne. Néanmoins, on remarque que l'ouverture d'un régime de protection judiciaire de la personne malade très âgée demandée par la famille, par exemple, va nécessiter la confirmation de la mission de la personne de confiance ou sa révocation. On en oublie l'autonomie de la volonté. Cette disposition aurait pu être modifiée lors de la substitution du droit des personnes vulnérables au droit des incapacités par la loi du 5 mars 2007. On regrettera qu'elle ne l'ait pas été.

Plus audacieux, les articles L.1111-10 et L1111-11 du Code la santé publique⁴⁹, issus de la loi du 22 avril 2005 relative aux droits

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

47. Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie et modifiant le Code de la santé publique, J.O. 23 avril 2005, p. 7089. Pour les commentaires, voir Ph. MALAURIE, Defrénois, 2005, art. 36228, p. 1389 et s. ; E. PUTMAN, (2005) *Revue Juridique personnes et famille* 6.

48. Art. L1111-6 CSP : « Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. ». Pour une analyse exhaustive de ce texte, lire S. BERRE, « La protection juridique des personnes âgées », dans *Congrès jeune notariat*, 2006, n°s 107 et s.

49. Art. L.1111-10 CSP : « Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, qu'elle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée (à suivre...)

des malades et à la fin de vie, définissent les conditions dans lesquelles le corps médical peut être autorisé à ne pas pratiquer l'acharnement thérapeutique. Le patient exprime directement sa volonté ou laisse des directives anticipées pour le jour où il serait hors d'état de manifester sa volonté. Les directives anticipées sont inspirées du droit comparé. Le « testament de vie » qui existait dans d'autres législations européennes ou américaines⁵⁰ a inspiré les directives anticipées. Elles restent néanmoins en retrait par rapport à leurs inspiratrices européennes dans la mesure où, en France, la volonté de la personne en fin de vie ne s'impose pas au médecin. La personne exprime ses souhaits seulement. Il ne s'agit pas d'un acte unilatéral d'autorité, comme l'eût été un testament mais d'une simple manifestation de volonté. L'avis médical est susceptible de primer les directives anticipées. Seul le médecin conserve la maîtrise du traitement. Il reste responsable de l'ultime choix.

Issues du Code de la santé publique seulement, ces dispositions ont le mérite d'exister. Peut-être serait-il bon cependant qu'elles fassent un jour leur entrée dans le Code civil français, non plus sous les articles 16 et suivants des codes d'éditeurs mais au sein de ces articles, en tant que droits fondamentaux de la personne, qu'elles touchent à ce titre la personne très âgée, pis encore une personne plus jeune atteinte dans son corps prématurément. Mais ce serait alors pour sortir du « droit de la mort », légitimement situé au titre du droit administratif, entrer dans « un droit de mourir », civil et

(...suite)

des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical.

Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L.1110-10. »

Art. L.1111-11 CSP : « Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment.

À condition qu'elles aient été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne, le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant.

Un décret en Conseil d'Etat définit les conditions de validité, de confidentialité et de conservation des directives anticipées. »

50. Voir pour le droit québécois, J.-L. BAUDOUIN, « Situation légale et jurisprudentielle entourant les volontés de fin de vie », (2005) 4(5) *Entracte* 6. Pour le droit européen, voir H. LETTELLIER et C. LICHTENBERGER, « Testament de vie et droit international », *Gaz. Pal.*, 23-24 septembre 2005, doct., p. 7 ; J. PICARD, « Testament de vie : dispositions de dernières volontés médicales, France, Allemagne, Espagne », *J.C.P.*, éd. N., p. 1783.

fondamental, et relancer ainsi la délicate question d'« un droit à la mort » : la question de l'euthanasie active.

Où est la place du « droit de mourir », quelle place la volonté peut-elle réellement occuper, dans la détermination de l'heure de la mort, éthique ou juridique, le débat reste ouvert.

Manquerait d'humilité celui qui prétendrait connaître la vérité et la réponse à la question posée.

Émergent, le « droit gérontologique » français est un droit d'appréciation, non de classification. Il n'est pas droit d'exclusion mais de protection. Il n'est en rien droit de discrimination mais droit d'efficience dans la mise en œuvre de la protection de la personne très âgée, le rempart protecteur de la dégradation de la personne et de ses ressources. Humaniste, le « droit gérontologique » se veut artisan du bâton de vieillesse, un droit respectueux de la dignité de la personne maintenue autant que faire se peut dans le sein du droit commun. Il est un droit qui s'attache à garantir la permanence de la qualité de sujet de droit tout au long de la quatrième saison de la vie de l'individu, par une utilisation appropriée d'outils juridiques parfois créés pour endiguer le « phénomène historiquement nouveau de vieillesse de masse »⁵¹.

51. J.-P. GRIDEL, « Le droit de la vieillesse, état des lieux, hypothèses de transformation. Rapport de synthèse », dans *Vieillesse démographique et droit. Vers un droit de la vieillesse ?*, Paris, Dalloz, 1999, p. 130.