

## Revue de droit du travail 2018 p.31

### Comment repenser la capacité de la personne majeure vulnérable ? Perspectives transatlantiques au croisement du droit civil et du droit social

Marie Mercat-Bruns, Maître de conférences, HDR au CNAM/LISE CNRS et professeure affiliée à l'École de droit de Sciences Po

#### L'essentiel

« Nous aurions pu être des créatures incapables d'empathie, insensibles à la douleur et à l'humiliation des autres, indifférents à la liberté...incapables de raisonner, d'argumenter, d'être d'accord ou en désaccord. La présence forte de ces traits dans les vies humaines ne nous dit pas quelle théorie de la justice il faut choisir, mais elle nous dit que la quête de la justice est difficile à anéantir de la société humaine, et peu importe que nous la menions de façons différentes » (1).

Le droit des incapables majeurs ou, de façon plus positive, le droit des majeurs protégés, est exposé à une critique récurrente et protéiforme en France et aux États-Unis (2). Malgré des réformes successives dans les deux pays, la question de la capacité est souvent abordée de manière binaire ou cloisonnée (3) : tantôt comme une force permettant à son titulaire de jouir d'une marge d'autonomie dans l'exercice de ses droits, tantôt comme une illustration du seuil au-dessous duquel il n'existe que faiblesse ou vulnérabilité à protéger (4). Parallèlement, la capacité des personnes morales émerge avec une plus grande visibilité par sa reconnaissance dans la réforme du droit des contrats (5) et l'extension des droits fondamentaux de la personne morale aux États-Unis (6). L'affirmation des droits fondamentaux des personnes morales (7) influe même, outre-Atlantique, sur l'exercice des droits fondamentaux de la personne physique (8). Une observation en miroir permet de cerner les enjeux posés par l'évolution des règles relatives à la capacité de la personne physique des deux côtés de l'Atlantique. Certes, les droits fondamentaux de la personne humaine (9) ou la Convention internationale des droits des personnes handicapées (10) affirment une volonté de diversifier les mesures de protection ou d'accompagnement (11). Le but est de préserver le plus possible la capacité restante de la personne vulnérable. En France, elle est censée s'épanouir par le mandat de protection future (12), la redéfinition des contours des mesures judiciaires (13) et, plus récemment, les mesures d'anticipation (14) et d'habilitation (15). Aux États-Unis, l'attachement à la capacité se manifeste dans certains États, par la reconnaissance formelle d'une mesure d'accompagnement de la personne, sans prononcer d'incapacité (*supported decisionmaking* - ci-après *prise de décision accompagnée* (SDM)) (16). Cependant, ce tournant se traduit également par un contournement relatif des juges et des acteurs de manière générale dans la mise en oeuvre de certaines mesures, pourtant conçues initialement pour préserver les droits des personnes (17). Le regard outre-Atlantique permet de montrer les intérêts de cette évolution du droit des personnes dans les deux pays (I). En revanche, il dévoile sans doute certaines de ses limites (II), en l'absence d'une réflexion sur la construction de la notion individuelle de capacité et sur le sens des mesures de protection à l'aune de la prise en charge collective des risques de vulnérabilité de tous les individus dans le temps et dans l'espace (18). En effet, une vision croisée du droit civil et du droit social révèle que la vulnérabilité de la personne (19) ne peut plus se penser uniquement de façon individuelle. Elle exige une réflexion sur les normes juridiques collectives posant un cadre d'appréciation systémique (20) de la vulnérabilité des personnes physiques et des nouveaux modes de prévention de l'exclusion sociale des individus (21).

#### I. - L'intérêt des nouvelles mesures d'accompagnement préservant la capacité du majeur

### **vulnérable à la lumière de l'évolution des dispositifs américains**

Avant d'aborder l'intérêt des nouvelles mesures d'accompagnement aux États-Unis, il faut reconnaître au préalable que, même en l'absence d'un concept juridique d'accompagnement en France<sup>(22)</sup>, les deux pays ont diversifié les formes de protection permettant parfois de conserver la capacité de la personne, malgré les altérations physiques ou mentales dont elle peut souffrir<sup>(23)</sup>.

### **Diversification des mesures de protection et de leurs alternatives en France**

Dans le cadre des mesures judiciaires, la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 consacre la dissociation entre mesure de protection des biens et protection de la personne pour préserver la capacité selon l'acte, notamment le respect de la volonté du majeur pour certains actes éminemment personnels<sup>(24)</sup>. La sauvegarde de justice offre également une voie sans perte de capacité<sup>(25)</sup>.

En dehors des mesures judiciaires, les lois relatives à l'adaptation de la société au vieillissement<sup>(26)</sup> et la loi de modernisation de la santé<sup>(27)</sup> ont permis de développer le recours à la personne de confiance et aux directives anticipées<sup>(28)</sup>. Dans le Code civil, le mandat de protection future préserve la capacité et peut viser certains actes. L'habilitation<sup>(29)</sup>, qui offre une souplesse indéniable au protecteur, semble finalement ne pas pouvoir s'assimiler à une mesure d'accompagnement<sup>(30)</sup>. L'avant-projet d'ordonnance prévoyait de moduler le périmètre des pouvoirs de la personne habilitée en fonction de la nature de ses liens avec la personne protégée<sup>(31)</sup>. L'ordonnance du 15 octobre 2015 y a renoncé et l'article 494-6 ne fait aucune distinction en fonction de la personne habilitée. Avec l'habilitation familiale, la classification tripartite des actes conservatoires, d'administration et de disposition disparaît. En outre, étant une mesure de représentation parfaite en matière patrimoniale, l'habilitation générale, comme la tutelle, a pour conséquence de priver la personne protégée de la capacité d'effectuer les actes confiés à son protecteur<sup>(32)</sup>. Cependant, les autorités publiques ont la possibilité de jouer un rôle plus important car la confirmation de l'acte nul en matière d'habilitation est plus ouverte qu'en cas de curatelle ou tutelle<sup>(33)</sup>. Le juge judiciaire et le procureur de la République peuvent sans doute suivre ces mesures d'habilitation grâce à l'application des articles 416 et 417 du Code civil<sup>(34)</sup>.

### **Diversification des mesures de protection et de leurs alternatives aux États-Unis**

Pour mieux comprendre l'intérêt de la diversification des mesures aux États-Unis, il faut préciser en amont qu'elle relève du droit de chaque État fédéré<sup>(35)</sup> qui complète les principes issus de la *common law*. Sur le fondement de la doctrine de *parens patriae* présente en droit anglais, l'État devait protéger les personnes vulnérables<sup>(36)</sup>. Mais, selon l'historienne du droit S. Blumenthal, à la différence d'une vision de l'état des personnes tirée d'une conception royale anglaise du statut des personnes, le droit américain a privilégié une vision de la « personne par défaut »<sup>(37)</sup>. Imprégnés de la philosophie des lumières, de grands juges comme Oliver Wendell Holmes souhaitaient le plus possible présumer que « l'homme d'une intelligence ordinaire et d'une prudence raisonnable »<sup>(38)</sup> était doté d'une capacité juridique en écartant uniquement par exception, le malvoyant, l'enfant et le fou. Les juges étaient plus préoccupés par le caractère raisonnable des actes des majeurs et la question de leur responsabilité que par le fait de statuer sur la condition psychologique de l'être humain. Il en découlait une vision plus souple, téléologique, souvent fonctionnelle de l'incapacité, au cas par cas, en fonction de l'acte à accomplir. Ce n'est qu'avec l'avènement de la médecine que l'appréciation judiciaire de l'état mental est devenue un mode de contrôle de l'individu d'inspiration plus scientifique pour écarter la capacité juridique. S'est justifiée alors la représentation du majeur (*substitute decisionmaking*) après un diagnostic sur l'altération de ses facultés<sup>(39)</sup>. Les États ont ensuite progressivement enrichi leurs régimes de protection. La représentation du majeur peut être plus ciblée en fonction de la capacité d'accomplir certains actes personnels ou patrimoniaux, à l'image du droit français avec l'assistance qu'offre la curatelle, outre l'application des principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité<sup>(40)</sup>. Cette première évolution a été accélérée par une forte influence du contrôle de constitutionnalité des lois des États fédérés et des garanties procédurales accordées au majeur<sup>(41)</sup>.

Donc, il existe, malgré des divergences de système, **un véritable recentrage sur la personne du majeur dans la diversification, le choix et la mise en oeuvre des mesures de protection de**

**chaque côté de l'Atlantique.** Aux États-Unis, un concept de *prise de décision accompagnée* (SDM) a même été introduit. Ce processus qui ne limite pas la capacité juridique mais propose une forme de soutien des décisions prises par les proches ou des professionnels sans intervention du juge et sans évaluer la qualité de la décision prise. Ces dispositifs américains qui dépendent des États fédérés ressemblent, à de multiples égards aux modèles belges et espagnols d'accompagnement<sup>(42)</sup>. Aux États-Unis, cette évolution est fondée sur d'autres justifications. Elles sont tirées d'une rhétorique forte des droits fondamentaux appliquée aux personnes vulnérables (respect des libertés et de la non-discrimination), d'un discours nouveau sur l'altération des facultés mentales tiré du droit du handicap<sup>(43)</sup> et d'un constat sur la lourdeur des mesures de protection judiciaire pour le majeur, leur entourage et les juges eux-mêmes. Il est opportun de cartographier les intérêts de cette *prise de décision accompagnée* (SDM), pour le majeur (A), la famille et les juges (B). L'ambition actuelle de la loi et des juges aux États-Unis et en France est de ne recourir, en principe, au mécanisme de représentation qu'en dernier ressort, avec parcimonie, en distinguant les intérêts en présence.

### **A. - Intérêt de l'accompagnement aux États-Unis (SDM) pour le majeur vulnérable : échapper à la tutelle en fournissant une aide informelle à la décision**

Vis-à-vis du majeur, le renvoi de plus en plus fréquent à la *prise de décision accompagnée* (SDM) part d'une critique assez virulente du modèle de la tutelle aux États-Unis. Cette technique propose donc une alternative à la tutelle, qui favoriserait l'autonomisation juridique des majeurs (*legal empowerment*), ayant des altérations des facultés mentales et des difficultés à exprimer leurs préférences, à prendre des décisions et à mener leur vie, sans les obliger à recourir à un mécanisme de représentation<sup>(44)</sup>. La *prise de décision accompagnée* (SDM) est une pratique de soutien à la décision par un réseau de personnes de l'entourage (professionnels et non professionnels) qui permet de préserver la capacité juridique du majeur, en tenant compte des caractéristiques de sa personnalité<sup>(45)</sup>. Conçue à l'origine pour les personnes plus jeunes atteintes de déficiences ou troubles mentaux, une série de lois des États fédérés et de décisions de justice soutenues par la doctrine américaine s'y réfère de plus en plus pour les personnes vulnérables plus âgées<sup>(46)</sup>. Sur ce point, la discussion actuelle en France sur la création d'un concept juridique d'accompagnement des personnes âgées vulnérables cherche aussi à s'éloigner d'une « logique linéaire » : « une mesure de protection succède souvent à une autre », menant inéluctablement à l'usage d'un mécanisme de « substitution » dans l'exercice des droits<sup>(47)</sup>.

### **Critiques de la tutelle :**

Un petit retour historique aux États-Unis montre les différents reproches faits depuis longtemps au mode de protection tutélaire et ses conséquences. Dès 1987, le Représentant américain Claude Pepper en commission parlementaire expliquait que « le majeur « protégé » *lambda* avait moins de droits que le criminel condamné. En désignant un tuteur, le juge peut accorder à une autre personne le pouvoir de décider du lieu de vie de la personne, quel traitement médical lui sera administré et dans des cas rares, le moment de sa mort » (en cas d'arrêt de traitement). C'est... la sanction civile la plus lourde... à l'exception de la peine de mort »<sup>(48)</sup>.

À partir des années 70, la tutelle est critiquée pour ses effets sur la qualité de vie du majeur. Ce constat a abouti, dans les législations des États, à un contournement du dispositif tutélaire par la pratique plus fréquente de la *prise de décision accompagnée* (SDM). La protection tutélaire reposerait sur une dichotomie fictive en droit entre capacité d'exercice retirée et capacité de jouissance préservée : « même quand elle fonctionne, la tutelle renvoie à une sorte de mort civile pour l'individu qui ne peut participer à la société sans une médiation à travers les actions d'un autre dans le meilleur des cas »<sup>(49)</sup>. « L'absence de prise de décision aurait une incidence sur le bien-être du majeur dans les compétences que chacun acquiert pour vivre de façon indépendante »<sup>(50)</sup>. Or, sans mort civile<sup>(51)</sup>, les juges français constatent aussi aujourd'hui que le majeur sous tutelle perd effectivement non seulement l'exercice de ses droits et sa possibilité de signer des actes mais sa parole n'est pas toujours entendue dans la société civile<sup>(52)</sup>.

La tutelle accorde très souvent au tuteur, au-delà d'un pouvoir, une autorité quasi complète sur la vie des personnes vulnérables<sup>(53)</sup>. Elle concerne des actes personnels et patrimoniaux du majeur,

touchent des libertés fondamentales en matière de soins et de logement et surtout affectent indirectement la capacité du majeur à tisser des liens sociaux<sup>(54)</sup>, par l'impossibilité de conclure seul des contrats<sup>(55)</sup>. L'exigence forte des juges américains portait alors sur les garanties procédurales (*due process*)<sup>(56)</sup>, en raison de la limitation des droits fondamentaux que peut entraîner la pratique des tuteurs<sup>(57)</sup>.

En outre, à la différence du droit français, la mise en oeuvre de la tutelle s'expose à l'interdiction des discriminations fondées sur le handicap. En effet, depuis un arrêt *Olmstead v. L.C., ex rel. Zimring*<sup>(58)</sup>, toute personne soumise à un régime de protection excessive ou indue peut être considérée comme subissant des discriminations. Deux femmes sous tutelle qui souffraient de handicaps mentaux ont considéré que l'État de Géorgie violait la loi interdisant la discrimination fondée sur le handicap en les hospitalisant dans une institution spécialisée au lieu de leur proposer un milieu collectif ouvert dans un quartier. La Cour suprême a considéré la décision de l'isolement institutionnel... comme une forme de discrimination<sup>(59)</sup>... « Ces choix perpétuent des présomptions selon lesquelles ces personnes sont tellement isolées qu'elles sont incapables ou ne seraient pas dignes de participer à la vie sociale, aux activités de la vie courante notamment les relations familiales, sociales, le travail, l'indépendance économique, l'accès au savoir et l'éducation et l'enrichissement culturel »<sup>(60)</sup>. Face à ces critiques, la loi interdisant les discriminations fondées sur le handicap<sup>(61)</sup> et la Convention internationale des droits des personnes handicapées, non ratifiée à ce jour par les États-Unis (par son article 12-3), prévoient un instrument juridique qui exige des gouvernements des obligations positives d'aménagement raisonnable ; « les États Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique ».

### **Intérêts de la prise de décision accompagnée :**

Dans ce contexte, la *prise de décision accompagnée* (SDM) offrirait différents atouts au majeur en privilégiant une auto-détermination accompagnée, gage du bien-être de toute personne. En maintenant la capacité juridique de la personne, la *prise de décision accompagnée* (SDM) ne correspondrait pas à un modèle unique. Cette aide à la décision intervient lorsque les personnes majeures vulnérables, préservant leur capacité, choisissent des amis, des membres de leur famille ou des professionnels qui les aident à comprendre les situations et les choix auxquels ils font face pour prendre leurs propres décisions<sup>(62)</sup>. Cela ressemble à l'exigence du consentement éclairé du médecin bienveillant ou celui du professionnel de bonne foi, à qui incombe une obligation de renseignement de l'autre partie au contrat, désormais dans la réforme du droit des contrats<sup>(63)</sup>.

La technique de *prise de décision accompagnée* (SDM) rappelle ce qui se produit pour tous les adultes lorsqu'ils prennent des décisions concernant la réparation de leur voiture, la signature de documents juridiques ou le consentement à l'acte médical : toute personne capable se met en quête de conseils, d'éclairages, d'informations d'amis, de la famille ou de professionnels qui ont une plus forte connaissance ou expertise dans le domaine, afin de faire des choix éclairés<sup>(64)</sup>.

Pléthore de textes juridiques d'États américains, de décisions judiciaires, d'autorités publiques et d'auteurs de doctrine se réfèrent à cette technique. Ce suivi de la *prise de décision accompagnée* (SDM) est d'intensité variable : d'un soutien informel de personnes qui « parlent « avec » et non « pour » la personne ayant une altération des facultés mentales<sup>(65)</sup> à la constitution de « micro-conseils » ou de cercles de soutien<sup>(66)</sup>. La technique de SDM s'inscrit dans un cadre précis : respect de principes (autonomie de l'individu vulnérable, présomption de la capacité de prendre des décisions sur la même base qu'autrui (art. 12 de la Convention internationale) ; reconnaissance de l'intention de la personne comme fondement du processus de prise de décision sans retirer l'exercice du droit de prendre des décisions ; reconnaissance des altérations des facultés seulement pour justifier l'assistance d'un interprète, l'assistance technologique ou l'usage d'un langage simple<sup>(67)</sup>). La technique ne met pas l'accent sur la vulnérabilité de la personne mais sur la qualité des relations nouées avec autrui selon les préférences du majeur sans jugement sur la qualité de la décision »<sup>(68)</sup>.

Les législateurs ont même élaboré des politiques locales et nationales dans ce sens. En 2009, au Texas,

le législateur a créé un programme pilote pour fournir des services de *prise de décision accompagnée* (SDM) aux personnes qui avaient des déficiences cognitives dans les différents quartiers (69). En 2014, le législateur de Virginie, en session, a même exigé du responsable public des affaires sanitaires et sociales d'étudier la technique de la *prise de décision accompagnée* (SDM) et de « recommander des stratégies pour améliorer son usage en Virginie afin de garantir que les individus...aient la possibilité de participer aux décisions essentielles de leur vie » (70). La même année, l'Administration fédérale américaine chargée de la prise en charge à domicile ou en foyer a financé une formation nationale et un centre d'assistance technique pour la SDM (71). Enfin l'objectif de la *prise de décision accompagnée* (SDM) est de s'articuler avec l'application des lois des États fédérés sur la tutelle. Au Texas, la loi prône la subsidiarité des mesures de protection (72).

En France, le principe de « nécessité » (73) des mesures existantes dans la loi de 2007 est compatible avec un accompagnement informel des personnes majeures vulnérables qui veulent préserver leur capacité (74). La technique de prise de décision accompagnée (SDM) n'est donc ni un mécanisme de protection tutélaire, ni un mécanisme d'assistance avec contreseing comme la curatelle en France car il n'y a pas de formalisation légale de l'aide. Par ailleurs, aucune assimilation n'est possible avec la sauvegarde de justice puisque la technique SDM présume que la personne a un réseau de soutiens pour ne pas être sujette à des abus de faiblesse ou à des lésions.

L'intérêt de cette technique de *prise de décision accompagnée* (SDM) est également reconnu par les juges et l'entourage.

## **B. - Intérêts de l'accompagnement pour les juges et l'entourage : l'éclairage des arrêts**

Le droit d'une personne de prendre ses propres décisions est inscrit dans la Constitution fédérale et les Constitutions des États fédérés comme valeur supérieure à d'autres normes, sous contrôle des juges (75). Ce droit ne devrait pas dépendre de la qualité de la décision prise (76). Pour les juges, les amis et la famille, l'intérêt semble dériver d'une confiance forte accordée aux proches et au majeur, assortie d'une reconnaissance de l'accompagnement possible de ses choix. Les décisions de justice évoquant cette technique concernent davantage les personnes plus jeunes (77).

En 1999, la Cour suprême de Pennsylvanie a renversé une décision qui plaçait Patricia Perry sous tutelle car « elle avait déjà en place un cercle de soutien pour l'accompagner et lui permettre de prendre des décisions rationnelles concernant ses finances et répondre aux exigences essentielles en matière de santé et sécurité » (78). En 2012, une juridiction à New York a prononcé une main levée de tutelle de Dameris L... car elle pouvait « s'engager dans un processus de *prise de décision accompagnée* » (SDM) (79). La juridiction avait des preuves que le majeur avait l'aptitude de vivre en sécurité dans son quartier avec le soutien de famille, d'amis et des professionnels de la santé mentale (80). En 2013, pour éviter une tutelle, une femme trisomique, Margaret Hatch a présenté des preuves qu'elle prenait ses propres décisions avec le soutien d'amis et professionnels de santé. Le juge de première instance a procédé en deux temps : pendant un an, mise sous tutelle nommant ses amis comme tuteurs temporaires et ensuite transition vers le modèle de *prise de décision accompagnée* (81). Le jugement fait explicitement référence à la technique d'accompagnement.

Enfin en tant qu'*amicus curiae* (82), l'association américaine de défense des droits des personnes âgées a soutenu, devant une cour d'appel du Texas, un majeur vulnérable, Tonner, qui souhaitait préserver sa capacité et dépendre d'un réseau de prise de décision accompagnée (SDM). Le renvoi à la technique se fonde aussi sur la loi fédérale américaine consacrant les droits fondamentaux des personnes qui ont un handicap mental (83). Selon leur avis, les études en psychologie montrent « qu'en enlevant la capacité « juridique » de prendre des décisions, la tutelle limite la capacité d'autodétermination, un besoin humain fondamental (84). Cette « forme de contrôle sur leur vie permet de prendre des décisions complexes ou simples, courantes ou radicales dans la vie... Dans ce contexte seulement, les majeurs deviennent agents (85) de leur vie au lieu que d'autres agissent sur eux » (86). En France, les mesures de protection participent au droit des personnes mais s'avèrent parfois aussi glisser vers un droit sur les personnes (87). En somme, du point de vue des juges, une fois cette technique retenue, les mesures de protection ne servent que de filet de sécurité et cette prise

de décision accompagnée (SDM) allège en principe la mission des juges qui ne doivent plus assurer le suivi de la mesure<sup>88</sup>.

Pour les familles, cette technique qui implique l'approbation du majeur peut à la fois être moins lourde sur le plan procédural mais peut demander un investissement personnel plus grand pour organiser l'aide à la décision. Elle garantit au moins à des membres de la famille bienveillants de favoriser une relative autonomie du majeur tout en garantissant son suivi<sup>89</sup> : « l'incapacité d'exercice du majeur entraînerait son désengagement ; il s'intéresse moins aux décisions prises par le biais de son représentant<sup>90</sup> ; cela peut aggraver son isolement »<sup>91</sup>. Chez les majeurs plus jeunes, valoriser l'autodétermination du majeur pourrait réduire, au contraire le risque de vulnérabilité en lui permettant d'identifier plus facilement les situations d'abus de faiblesse ou de maltraitance vis-à-vis de l'entourage<sup>92</sup>. Cependant, comme pour la curatelle, un des désavantages de la *prise de décision accompagnée* (SDM) pour les familles et les juges serait la complexité de la prise de décision du majeur lorsque surviennent des tensions entre les personnes du réseau de soutien et le majeur.

Des difficultés éventuelles dans la mise en oeuvre de cette technique (SDM) incitent à en comprendre les limites. Cette analyse requiert un examen plus approfondi à la fois des catégories juridiques fondatrices, comme la capacité, sur laquelle se fondent ces innovations juridiques mais aussi du cadre collectif dans lequel elles s'insèrent.

## **II. - Les limites des nouvelles formes d'accompagnement préservant la capacité aux États-Unis et en France**

Les nouvelles mesures ou techniques d'accompagnement cherchent à simplifier ou contourner les procédures très lourdes caractérisant les régimes de protection aux États-Unis et en France. En revanche, elles peuvent simultanément occulter une réflexion plus poussée sur la notion juridique de capacité elle-même (A) et son insertion dans un cadre plus global qui revisite les rapports entre capacité et vulnérabilité au croisement du droit civil et du droit social (B).

### **A. - Limites des nouvelles formes d'accompagnement en France et aux États-Unis sans réfléchir à la notion de capacité**

Différentes logiques sous-tendent les règles qui saisissent la fragilité de la personne. Dans une perspective historique, en droit romain<sup>93</sup> mais aussi en *common law*<sup>94</sup>, en dehors de l'incapacité de jouissance de certaines catégories, dont les esclaves, la tutelle était la réponse humanitaire à la vulnérabilité de la personne. En France, dans une logique similaire, l'abus de faiblesse révèle l'atteinte faite à la personne capable ou incapable sous l'égide du droit pénal. Sur le plan civil, la violence économique a été consacrée comme une atteinte spécifique à l'intégrité du consentement de la personne capable avec une certaine vision de son état de dépendance<sup>95</sup>. D'autres perçoivent l'absence de protection contractuelle comme une atteinte à la dignité de la personne humaine<sup>96</sup>. Aux États-Unis, la préoccupation première est davantage l'atteinte aux droits fondamentaux de la personne vulnérable en raison de la prévalence de la non-discrimination fondée sur l'âge et le handicap<sup>97</sup>. Face à ces différentes formes d'atteinte à la personne, notre propos cherche à dépasser la question des limites procédurales des nouveaux mécanismes préservant la capacité pour incorporer une réflexion sur la personnalité du majeur<sup>98</sup> en lien avec sa capacité.

### **Limites procédurales de ces nouveaux mécanismes sans réfléchir à la notion de capacité d'exercice**

Dans tous les régimes de protection, la situation du majeur vulnérable est souvent envisagée au regard de la restriction des actes à accomplir. Pour sauvegarder les droits de la personne, les solutions proposées sont souvent d'ordre procédural en France et aux États-Unis dans une logique de garanties des droits de la défense pour minimiser l'atteinte aux libertés de la personne. Selon une logique strictement contentieuse, « quelle que soit la mesure, elle ne peut être décidée qu'en suivant une *procédure* garantissant les droits, après vérification de l'altération des facultés, qui est simplement un des facteurs à prendre en considération, sans être un déclencheur automatique »<sup>99</sup>.

La discussion autour des limites du mandat de protection future, de l'habilitation<sup>(100)</sup> et de la technique *prise de décision accompagnée (SDM)* aux États-Unis s'articule dans le même sens. Or de nombreux dangers et risques peuvent résider aussi dans le *désengagement du juge*, pour des raisons budgétaires, sous couvert d'une injonction à l'autonomie de la personne, si elle ne fait pas l'objet d'autres suivis. Se rajoute, en France, une entrave à l'accès au droit du majeur vulnérable en l'absence d'informations accessibles sur les démarches administratives à accomplir, notamment en matière de santé et de protection sociale. En outre, ces processus d'accompagnement peu contraignants en droit demeurent un peu flous : le travail en réseau rend l'évaluation de son effectivité plus compliquée<sup>(101)</sup>. De surcroît, les autorités et les financeurs français ne sont pas coordonnés entre eux : communes, départements, État et les interventions privées sont insuffisamment régulées. En l'absence du suivi qu'impose une mesure de protection, qui est l'arbitre en cas de difficultés du majeur face aux familles et aidants, aux services sociaux, aux médecins et au regard de la prise en charge financière, notamment liée à la protection sociale ?

De nombreuses questions en pratique relatives aux prises de décision accompagnées (SDM) restent en suspens aux États-Unis et exigent des études empiriques comparant les décisions prises pour des majeurs sous tutelle et celles prises en utilisant la technique de SDM<sup>(102)</sup> : comment sensibiliser les majeurs, encore capables, à ces options pour qu'ils anticipent leur mise en place à leur demande avant que la fragilisation de leur état leur en empêche ? Que constitue la technique SDM dans des circonstances particulières, comme celle des personnes âgées démentes ou affaiblies mentalement, en dehors des jeunes majeurs qui ont une activité ? Quelles sont les bonnes pratiques en matière de SDM en cas de malveillance de tiers, hors du cercle de soutien ? Comment identifier les questions de responsabilité partagée d'un réseau d'aide ou d'un cercle de soutien ou les questions de leurs devoirs vis-à-vis des majeurs ? Quelles sont les limites de la rationalité des décisions selon les préférences du majeur ?<sup>(103)</sup> Comment organiser des possibilités de comptes rendus informels si la capacité est intacte sans intervention du juge ?<sup>(104)</sup> Peut-on considérer, enfin que la technique de prise de décision accompagnée (SDM) n'est ni plus ni moins une attention portée sur la capacité à consentir ?<sup>(105)</sup>

### **Limites des formes d'accompagnement imposant une réflexion sur la notion de capacité des personnes physiques**

Au-delà du jugement sur l'encadrement de la capacité d'exercice, l'analyse outre-Atlantique permet d'envisager les contours de la notion de capacité d'exercice elle-même. Aux États-Unis, la dichotomie d'office entre capacité d'exercice et capacité de jouissance empêcherait de réfléchir à l'influence de la personnalité au sens large<sup>(106)</sup> dans le cadre des régimes de protection. En effet, l'intérêt d'inscrire, dans le droit positif, la technique de *prise de décision accompagnée (SDM)* est de permettre au majeur vulnérable d'agir, de consentir en accord avec ses préférences, tout en préservant sa capacité d'exercice. La question de la qualité du consentement du majeur n'est sans doute pas le seul souci des majeurs vulnérables qui conservent ou non leur capacité. Selon certains auteurs, « la personne, sujet de droit, se caractérise par ses relations avec les autres êtres humains »... « Quelqu'un n'est une personne que par rapport aux autres »<sup>(107)</sup>.

### **La personnalité du majeur au-delà de la capacité**

À la lumière de l'article 12 de la Convention internationale sur les droits des personnes handicapées, certains auteurs invitent à reconsidérer la personne, sujet des régimes de protection et la notion de capacité<sup>(108)</sup>. Sans bien entendu faire la confusion entre la personnalité juridique et la capacité<sup>(109)</sup>, l'article 12 propose, au fond, un changement de paradigme par « un respect de la personnalité du majeur vulnérable en tant que sujet de droit », au-delà de la capacité d'exercice. La personnalité juridique reflèterait, la manière dont la société évalue les rapports entre les personnes et les rapports entre la personne et l'État<sup>(110)</sup>. Or un glissement peut s'opérer parfois par la représentation au point de chosifier l'individu vulnérable par la barrière de la représentation. Elle substitue une volonté par une autre. L'incapacité d'exercice permet, par exemple, une évaluation trop hâtive par le représentant de la rationalité des désirs du majeur qui peut ignorer ses préférences intimes. En outre, sa personnalité peut se traduire par des choix dans sa vie privée et une volonté

d'autodétermination, présente dans les droits de la personnalité, sur lesquels le majeur peut avoir du mal à s'exprimer<sup>(111)</sup>. Enfin, certains majeurs capables agissent de façon irrationnelle, parfois au détriment de leur intérêt ou de celui des autres, et cela n'enlève rien à leur qualité de personne<sup>(112)</sup>.

Dans une logique similaire, en France, les juges remarquent que « la pratique de la loi par les professionnels doit encore évoluer, notamment en matière de curatelle renforcée. Il est aujourd'hui encore difficile, en curatelle renforcée, de faire respecter le principe de la libre disposition par le majeur protégé de l'excédent des revenus prévu par l'article 472 du Code civil, à cause de la réticence de certains mandataires. Ils évoquent alors un risque de dilapidation des fonds ou la nécessité d'une épargne « de prudence », à cause du maintien, dans certains ressorts, des « bons d'alimentation »<sup>(113)</sup>. De leur côté, « les magistrats craignent de voir engager leur responsabilité s'ils n'assurent pas une sécurité maximale pour toutes les décisions prises au nom de la personne protégée »<sup>(114)</sup>. En outre, selon certains, la mise en oeuvre des mesures pourrait être enrichie par une perception plus nuancée de la vulnérabilité des personnes<sup>(115)</sup>.

La critique de l'incapacité, sous couvert des mesures de « protection », réside dans la volonté de poursuivre des efforts de normalisation et de rationalisation des comportements des majeurs (des personnes adultes) en considération de risques en termes de sécurité, de responsabilités personnelles et collectives qui seraient toujours objectives. En négligeant la personne du majeur, les régimes de protection peuvent alors favoriser l'influence subjective et arbitraire des préférences de la famille et privilégier l'efficacité de la prise en charge médico-sociale de l'État, sans intervention des juges et des acteurs sociaux et médico-sociaux surchargés et des majeurs eux-mêmes résignés.

En France et aux États-Unis, la notion de capacité est donc largement « statutaire » (tirée de la loi) mais il faudrait aussi résister, pour les mêmes raisons, à une vision de la « capacité en fonction des résultats »<sup>(116)</sup>. En effet, si la logique des mesures de protection suit celle de l'affirmation des droits fondamentaux et le respect d'une certaine marge d'autonomie du majeur, elle suppose d'accepter une marge d'erreur dans les décisions prises par les majeurs vulnérables. L'article 12.3 de la Convention exige d'accorder le « soutien nécessaire aux personnes pour exercer leur capacité ». Ce soutien doit être inconditionnel et ne doit pas glisser vers une décision prise « pour » la personne sans l'insérer dans un parcours de vie et des relations tissées avec un entourage. L'exigence de comprendre l'accompagnement par le cercle de soutien ne nécessite plus de compenser un défaut de capacité<sup>(117)</sup> mais de co-construire<sup>(118)</sup> un cadre des rapports entre majeur et réseau d'aides.

### **Rapports entre capacité et attributs de la personnalité juridique comme lien social :**

Dans l'optique du droit français, la question de la capacité juridique de la personne vulnérable pour qu'elle puisse suivre le cheminement d'une volonté à un consentement exprimé ne peut pas se cantonner à une réflexion sur les conditions d'expression et de recueil de ce consentement. Cela suppose la prise en compte de la personnalité humaine du majeur, ce qui fait son essence et l'intention de l'exprimer. Ceci va au-delà d'une analyse de la capacité du majeur vulnérable de discerner les conséquences de l'acte. Sans doute, la formulation même d'une capacité de « jouissance » en droit français révèle davantage « sa dimension bénéfique » pour la personne. C'est la raison pour laquelle les incapacités de jouissance sont, par principe, spéciales<sup>(119)</sup> comme « amputations partielles de la personnalité juridique »<sup>(120)</sup>. En outre, en droit des contrats, la capacité d'exercice, si elle est considérée isolément, ne doit pas nier le rapport à l'autre dans sa capacité de jouir des relations qui se nouent dans une vie sociale<sup>(121)</sup>. La capacité d'exercice liée à la conclusion d'un contrat, même de moindre d'importance (acte d'administration), participe souvent à l'affirmation de la personnalité de l'individu dans ses rapports aux autres. Selon X. Lagarde, « on comprend en effet que, sous l'angle du droit, la personne vulnérable est celle qui n'est pas en mesure d'exercer les attributs de la personnalité juridique »<sup>(122)</sup>.

La réflexion européenne des droits de l'homme semble faire écho au débat américain<sup>(123)</sup> : la capacité légale est une construction qui autorise de reconnaître et de valider les actes et décisions d'une personne. Le retrait de la capacité d'exercice entraînerait, en pratique, une aliénation supplémentaire, une atteinte aux droits humains fondamentaux. Dénier la capacité légale peut vouloir dire que la

personne se voit retirer par une autorité légale ses droits de prendre des décisions sur son lieu de vie, ses relations, la manière dont elle gère ses finances, ses transactions du quotidien, ses choix de vie, de mariage, de parentalité mais aussi parfois sa citoyenneté (vote, syndicalisme). Ce déni l'enferme et l'exclut d'un accès à la justice sur des bases égales à celles des autres. Une fois privée de sa capacité, la personne est, d'une part, vue par les tribunaux comme n'ayant plus le même statut légal et d'autre part, elle n'est plus crédible dans ses déclarations et sa signature. Il faudrait sortir du « raisonnement juridique qui part du statut du majeur protégé ou d'une évaluation du résultat des décisions prises pour lui » (124) : favoriser une approche fonctionnelle de l'accompagnement selon la nature de la décision en envisageant « la personne avant la loi » (125). Cette réflexion est proche de l'état d'esprit de la loi de 2007 et les principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité des mesures, délicats, pour le juge, à appliquer.

Cette perception positive de la capacité de la personne vulnérable comme le fil permettant de maintenir une vie sociale sur le plan individuel ne peut se priver d'une réflexion plus collective, notamment dans un contexte mondial où la capacité de la personne morale, en tant que groupe, est mise en exergue. Les risques collectifs de vulnérabilité des personnes physiques incitent à l'intégration transversale des questions de capacité (autrement dit le *mainstreaming* (126)) dans la mise en oeuvre de l'ensemble des politiques publiques.

### **B. - Les mesures d'accompagnement et la prise en compte des risques collectifs de vulnérabilité dans les politiques publiques : pour une approche intégrée de la capacité (*mainstreaming*) au croisement du droit civil et du droit social ?**

L'évolution du droit constitutionnel aux États-Unis et celle du droit administratif (127) et du droit de la protection sociale en France (128) montrent qu'il est difficile d'ignorer, au titre de la hiérarchie des normes, une réflexion plus globale sur la personne. Celle-ci devrait s'insérer dans une discussion plus large sur les valeurs fondamentales de la société et la manière dont la vulnérabilité des personnes majeures est appréhendée au croisement du droit civil et du droit social (129). En France, « ce sont les rapports entre la sécurité sociale et les différentes formes de solidarité civile qui doivent être pensés » (130).

Pour le constitutionnaliste Robert Post, « la vie privée est une notion contingente qui dépend davantage de la façon dont on appréhende les valeurs collectives des citoyens à un moment donné et la façon dont on se rassemble en tant que société civile. Il s'agit moins d'une question sur les limites de l'intrusion de l'État dans les rapports privés » (131). Dans une certaine mesure, la construction de la personne, et *a fortiori* celle de la personne vulnérable, dépend également de la place des valeurs de la société à un moment donné. Le renvoi à la dignité de la personne humaine sert cette logique. Selon l'article 8 de la Conv. EDH, l'appréciation judiciaire de l'autodétermination de la personne dépend parfois moins d'une question d'autonomie de la personne et le reflet de ses valeurs et préférences, perçues parfois arbitrairement comme faisant partie d'un groupe (132), que de celles de la société à un moment donné (133). Dans un tout autre domaine, les espaces de liberté des sociétés privées peuvent expliquer l'absence de rationalité de leurs décisions à un moment donné, sans que leur capacité soit mise en doute (la banque Lehman Brothers aux États-Unis).

Ainsi la réflexion sur la capacité des majeurs, dans une perspective comparée, ne peut pas faire l'économie d'une analyse des rapports entre les mesures de protection et l'évolution du système juridique et social dans son ensemble. En clair, repenser la capacité des majeurs dans une perspective internationale, voire universelle, incite à donner du sens à une approche institutionnelle des facteurs collectifs qui aggravent les risques de vulnérabilité des majeurs. En outre, « dans nos pays [en Europe], la solidarité nationale instituée par la sécurité sociale demeure adossée à la solidarité civile, et au premier chef à la solidarité familiale qui, bien que restreinte à un cercle plus étroit de personnes, n'en demeure pas moins bien vivante » (134).

Dans cette perspective européenne en quête de sens (135), il est possible d'envisager une analyse plus large sur le « capacité-mainstreaming » comme le « gender-mainstreaming ». Il s'agit d'une approche intégrée des questions de capacité, comme l'approche intégrée de l'égalité des sexes, à chaque étape de

la mise en oeuvre d'une politique publique (préparation, décision, mise en oeuvre, évaluation) et qui concerne tous les acteurs impliqués dans la définition, la mise en oeuvre et l'évaluation des politiques (136). La loi d'adaptation de la société au vieillissement reflète une logique similaire lorsqu'elle inscrit le vieillissement comme phénomène qui doit être anticipé. Il devient un enjeu de l'évolution des politiques de la ville, des politiques sociales, des politiques de logement, de l'accès aux droits civiques des personnes en établissement (137).

L'intérêt de cette démarche en droit réside dans le fait qu'elle s'inscrit parfaitement dans les débats en droit des contrats sur l'inclusion sociale et la protection de la partie la plus faible dans les rapports contractuels soit au nom de la dignité humaine (138), soit au nom de la préservation du droit des contrats fondé, pour certains, sur l'idée du social (139). D'ailleurs, même dans la perspective de lutte contre les discriminations fondées sur le handicap, la Convention internationale exhorte aussi les États à penser aux changements structurels pour faire face à l'obligation d'aménagement raisonnable des personnes dans les politiques de logement, d'accès aux biens et services, politiques de l'emploi et politiques de la santé, renforcée récemment par la loi Égalité et citoyenneté (140).

Cette analyse collective de la capacité du majeur par le truchement de l'approche intégrée de la capacité (*mainstreaming*) se justifie sur plusieurs plans au croisement du droit civil et du droit social. Elle touche le fondement des règles civiles pour la protection des majeurs. Elle renvoie à une problématique plus large d'accès au droit des personnes vulnérables. Enfin elle exige une vision de la capacité qui envisage la vulnérabilité en fonction du parcours de vie antérieur de chacun ou des ressorts de chaque génération, au-delà de la prise en charge individuelle par le droit de la sécurité sociale.

### **Approche intégrée de la capacité (mainstreaming) et fondement du droit des majeurs protégés**

La primauté de la personne comme sujet présumé autonome conditionne l'ensemble des normes de référence du droit civil et du droit social à partir desquels est évaluée la personne. Les travaux du Professeur Fineman sont éclairants à cet égard (141). En effet, l'incapacité, l'inaptitude, l'invalidité pour ne citer que celles-ci partent d'un modèle du travailleur, du retraité, de l'étudiant, de l'enfant qui nie le fait que toute personne est potentiellement fragile, vulnérable à un moment donné car c'est là le propre de la condition humaine (142). Si les valeurs communes qui fondent la façon de penser la personne et la société résident dans la façon de concevoir la vulnérabilité, cela oblige à réorienter les politiques de façon transversale sur les institutions en charge de la gestion des risques de vulnérabilité. Selon Fineman, il existe une série d'institutions qui permettent aux personnes de faire face aux épreuves qui les vulnérabilisent et qui valorisent trois types d'atouts nécessaires aux personnes humaines : les *atouts matériels* (influence structurelle des institutions qui gèrent le droit patrimonial, le droit des biens, le droit fiscal comme les notaires, l'État, le barreau en France), les *atouts humains* (les institutions chargées de l'éducation et de la santé renforçant le potentiel de chacun de rebondir après une épreuve et la mise à distance possible) et les *atouts sociaux* (les réseaux familiaux, amicaux et les associations qui y contribuent) (143).

Il s'agit de penser le fondement et l'évolution du droit relatif aux capacités des personnes à travers un discours de valorisation de la résilience des majeurs par les autorités en charge des structures et les réseaux familiaux, sanitaires et sociaux qui constituent les atouts indispensables au système global de protection. Trop souvent, le fondement du droit des incapacités est cantonné à une vision négative et passive de la vulnérabilité individuelle des personnes.

En France, certains civilistes proposent une évolution du cadre d'analyse des sources de la vulnérabilité : « elle se détache ainsi progressivement de l'incapacité. À cet égard, l'évolution la plus significative est dans la diversification des causes. Parce que le droit civil a peu à peu admis le principe de sa coexistence avec un droit social, l'appréciation d'une situation de faiblesse a porté, non plus seulement sur les caractéristiques personnelles de l'individu, mais également sur les conditions économiques de son existence. On protégeait l'incapable, on a aussi protégé le surendetté » (144).

### **Approche intégrée de la capacité (mainstreaming) et accès au droit**

Il n'est plus possible de réfléchir à la capacité des majeurs sans envisager le difficile accès au droit des personnes vulnérables dans leur ensemble. La Convention internationale des droits des personnes handicapées nous y invite (145). Dans chaque pays, le respect individuel de la capacité relative des majeurs vulnérables n'a de sens que si sont pris en compte le cadre collectif du non-recours au droit (146), l'accès non effectif à la justice et au droit (147) et les solutions envisagées au niveau international sur l'autonomisation par le droit des populations précaires (148). Il n'est pas suffisant d'instaurer des modes de protection qui entraînent un contournement des juges. Il existe une urgence à inscrire les recherches sur la vulnérabilité des majeurs dans une quête sur l'accès plus souple aux tribunaux, dans un suivi des personnes vulnérables par les conseils généraux en amont des interventions judiciaires (149). En outre, l'action de groupe permet désormais aux associations d'agir en tant que collectif lorsque la vulnérabilité suscite une discrimination, un déni de santé ou une atteinte à l'environnement (150). Une lecture systémique (151) détecterait peut-être des entraves à l'accès au droit des personnes vulnérables, produites par la conjugaison des discriminations directes et indirectes fondées sur l'âge, l'état de santé, le lieu de résidence ou le handicap.

### **Approche intégrée de la capacité (mainstreaming) et parcours de vie**

Enfin, le cadre d'analyse de l'approche intégrée de la capacité (*mainstreaming*) ne peut négliger une réflexion sur la capacité des personnes et l'émergence de la vulnérabilité dans le temps comme concept inhérent à un parcours, notion phare en droit social aujourd'hui (152). Selon le Professeur suisse M. Oris (153), la construction de l'État social s'est d'abord fondée sur une vision objective des risques sociaux de vulnérabilité au fondement du droit de la sécurité sociale sous l'influence de Bismark et de Beveridge (154). Puis s'est développée une vision plus subjective du parcours de vie des personnes avec une individualisation des droits sociaux (155). L'articulation des deux dimensions nous amène à faire apparaître, certes, la dynamique de vulnérabilisation selon les cohortes d'âges à travers des désavantages cumulatifs qui peuvent apparaître dans une vie (guerre, précarité, deuil, accident, etc.). Mais s'il faut tenir compte de la précarisation des statuts (156), il faut aussi considérer ces désavantages cumulatifs individuels non seulement comme des sources de vulnérabilité plus fortes dans les trajectoires de vie mais aussi comme des moteurs de résilience des individus selon leur cohorte d'âges et les événements historiques collectivement traversés. Les études démographiques montrent effectivement que les risques d'aggravation de l'état de vulnérabilité des personnes dépendent du contexte vécu. Les personnes moins éduquées ou les femmes migrantes vieillissantes, par exemple, n'auront pas forcément le même ressenti, la même résistance pour affronter les autres épreuves de la vie (maladie, précarité).

Ainsi les normes juridiques collectives qui cherchent à anticiper les états de vulnérabilité qui peuvent mettre en jeu le droit des incapacités doivent tenir compte aussi de la construction des vulnérabilités non pas seulement à « l'instant T » de la détermination judiciaire de l'incapacité mais aussi en fonction des parcours de vie comme « une construction des inégalités, entre et à l'intérieur des cohortes de naissances » (157). Il serait alors possible en matière de prévention des risques sociaux, démarche familière en santé publique et en droit de la sécurité sociale, de suivre les cohortes. Il faudrait tenter d'anticiper comment, chaque génération exposée antérieurement à d'autres situations de vulnérabilités (crise économique régionale, période de guerre, actes de terrorisme), peut faire l'objet d'une information sur mesure relative à la question de directives anticipées, de mesures de protection futures, d'habilitation ou de mandat de protection future. Le non-recours au droit des majeurs protégés, en dehors de l'urgence, reflète souvent une résistance ou une méfiance dans les comportements générationnels vis-à-vis du droit vu comme inefficace ou répressif, installés dès l'école, au travail et dans les services de soins. L'accès aux prestations sociales en France dès l'enfance et pendant toute la vie permettrait de diffuser très tôt, par génération, des guides d'appropriation du droit comme l'illustrent certaines expériences étrangères (158).

\* \* \*

Notre propos a voulu mettre en valeur des dynamiques similaires aux États-Unis et en France qui font évoluer les mesures de protection en cherchant à préserver, en principe, la capacité sans forcément réfléchir à cette notion sous tensions. En outre, saisir les entraves, provisoires ou permanentes, à la

pleine participation à la société des personnes majeures vulnérables est cardinal pour comprendre les frontières de la justice (159). Dans cette perspective, si la priorité est donnée à l'anticipation des risques de vulnérabilité des majeurs, la configuration du système social et juridique dans son entier mérite également d'être examinée. Les réformes récentes du droit des personnes vulnérables en France et aux États-Unis se limitent trop souvent à l'assouplissement des mécanismes de gestion de l'incapacité et l'énonciation des droits fondamentaux de la personne, sans mécanisme de contrôle ou de suivi adéquat, en dehors de la présence toute symbolique et sans cesse repoussée du juge judiciaire.

**Mots clés :**  
**CONTRAT DE TRAVAIL** \* Consentement \* Capacité \* Personne majeure vulnérable

(1) A. Sen, *L'idée de justice*, Flammarion, 2010 p. 490.

(2) En France, v. T. Fossier, « La réforme des tutelles : vingt ans d'histoire », in M. Bauer, T. Fossier et L. Pecaut-Rivolier, *La réforme des tutelles : ombres et lumières*, Dalloz, 2006, p. 195 ; G. Raoul-Cormeil, « Propos introductifs », in *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, Dalloz, 2012, p. 1 s. ; T. Verheyde, « Dossier "Majeurs protégés : les nouveautés" : capacité ou non du majeur à protéger à exprimer sa volonté : des incohérences », *AJ fam.* 2016. 236 ; aux États-Unis, v. M. Kapp, « Reforming guardianship reform : reflections on disagreements, deficits and responsibilities », *Stetson L. Rev.* n° 31 2002, p. 1047.

(3) O. Lewis, « Advancing legal capacity jurisprudence », *European Human Rights Law Review*, n° 6, 2011, p. 700.

(4) En cela la personnalité juridique permettrait aux majeurs protégés de toujours « être aptes à être titulaires passifs de droits subjectifs », v. F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes*, Dalloz, 2012, p. 47.

(5) C. civ., art. 1145, al. 2 ; ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, loi de ratification en cours d'adoption ; elle va de pair avec une responsabilité sociale des entreprises, v. F. G. Trébulle, « Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur "l'entreprise citoyenne" », *Rev. soc.* 2006. 41.

(6) J. Powell et S. Menendian, « Beyond public/ private : understanding excessive corporate prerogative », *Kentucky L. Journal* n° 100 2011-2012, p. 42 ; R. Post, *Citizens divided : Campaign finance reform*, Harvard University Press 2014.

(7) P. Spinosi, *L'entreprise et les droits fondamentaux*, Conférence au tribunal de commerce de Paris, 6 mars 2017.

(8) *V. Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. (2014) : arrêt dans lequel la Cour suprême a reconnu la liberté religieuse d'une société familiale à capital fermé qui a primé sur le droit à une prise en charge de prestations de santé de ses salariés par l'Obama Care.

(9) V. C. civ., art. 41, al. 2.

(10) Même si certains considèrent que l'interprétation de la protection juridique des majeurs en France à la lumière de l'article 12 de cette convention par le comité onusien des droits des personnes handicapées doit être nuancée, v. D. Noguéro, « Pour la protection à la française des majeurs protégés

malgré la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes âgées », RDSS 2016. 964  ; E. Pecqueur, A. Caron Deglise et T. Verheyde, « La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 est-elle compatible avec l'article 12 de cette convention ? », D. 2016. 958 .

(11) Sur les contours possibles de la notion d'accompagnement en France, v. not. H. Fulchiron, « L'accompagnement des personnes âgées vulnérables : nouveau concept juridique, nouvelle conception de la protection », Dr. fam. 2017, dossier n° 19, p. 15 ; G. Raoul-Cormeil, « Accompagnement et protection des intérêts patrimoniaux », Dr. fam. 2017, dossier n° 23, p. 15.

(12) C. civ., art. 477 s.

(13) Depuis notamment la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs avec la reconnaissance légale de la protection de la personne du majeur.

(14) Par exemple avec les directives anticipées de l'art. L. 1111-11, CSP, ou la nomination de la personne de confiance (CSP, art. L. 1111-6).

(15) V. C. civ., art. 494-1 s.

(16) La *prise de décision accompagnée* (SDM) sans incapacité, reconnue formellement soit dans les politiques des autorités publiques des États fédérés, soit dans les décisions de justice des États fédérés, v. *infra* I-A.

(17) V. Larribeau-Terneyre, « La réforme de la protection des majeurs : protéger mieux, davantage de personnes et à moindre coût », Dr. fam. 2007. Repère 3.

(18) M. Fineman, « The Vulnerable Subject : Anchoring Equality in the Human Condition Yale Journal of Law and Feminism », 2008 n° 2, p. 2, V. *infra* II-B.

(19) V. X. Lagarde, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel 2009.

(20) V. les travaux et l'action de la Commission ontarienne des droits de la personne sur les discriminations systémiques, autrement dit les obstacles récurrents à l'accès aux biens et service, à l'hôpital, au service de santé ou à l'éducation des personnes présentant des troubles de santé mentale, v. aussi dans l'emploi M. Mercat-Bruns, « L'identification de la discrimination systémique », RDT 2015. 672 .

(21) V. A. Caron Deglise et M. Mercat-Bruns, *La personne en questions*, ouvrage en cours de rédaction.

(22) H. Fulchiron, préc.

(23) On n'évoquera pas les mesures d'accompagnement sans altération des facultés : la mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) ou judiciaire (MAJ) : CASF, art. L. 271-1 et L. 271-8 ; C. civ., art. 495 à 495-9 ; C. pr. civ., art. 1262 à 1263.

**(24)** C. civ., art. 415.

**(25)** C. civ., art. 433.

**(26)** L. n° 2015-1776, 28 déc. 2015, relative à l'adaptation de la société au vieillissement.

**(27)** L. n° 2016-41, 26 janv. 2016, de modernisation de notre système de santé, Chap. III évoque même mieux accompagner l'usager dans son parcours de santé, v. not. art. 92.

**(28)** CSP, art. L. 1111-11 et L. 1111-6.

**(29)** L'habilitation familiale est une nouvelle institution du droit de la famille, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janv. 2016. Elle résulte des dispositions de l'ord. n° 2015-1288, 15 oct. 2015. Elle est ordonnée par le juge des tutelles en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts d'une personne qui se trouve hors d'état de manifester sa volonté par l'application des règles du droit commun de la représentation ou par les stipulations du mandat de protection future conclu par l'intéressé. La demande peut être présentée au juge par l'une des personnes mentionnées à l'art. 494-1, C. civ., ou par le procureur de la République à la demande de l'une d'elles.

**(30)** C. civ., art. 494-8 : l'habilitation familiale prive la personne protégée de la capacité d'effectuer les actes confiés à son protecteur, v. N. Peterka, A. Caron-Deglise et F. Abellot, *Protection de la personne vulnérable*, Dalloz Action, 2017-2018, p. 79 ; V. Montourcy, « Les majeurs protégés : les nouveautés : habilitation familiale », AJ fam. 2016. 192  ; même si elle ne concerne que les personnes « hors d'état de manifester leur volonté, v. T. Verheyde, préc., spéc. p. 236.

**(31)** Seuls les ascendants et les descendants pouvaient se voir confier de larges pouvoirs de représentation et non le conjoint - sauf dans l'habilitation entre époux - le partenaire de Pacs, le concubin, les frères et soeurs, Avant-projet, v. G. Raoul-Cormeil, « L'habilitation familiale ou la tutelle simplifiée (à propos de l'avant-projet d'ordonnance prise en application de la loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015) », Gaz. Pal. 4-6 oct. 2015, p. 5.

**(32)** L'habilitation familiale générale doit faire l'objet d'une publicité dans un souci de protection des tiers en marge de l'acte de naissance de la personne protégée (C. civ., art. 494-6, al. 8 et C. pr. civ., art. 1260-12, al. 1. Ce n'est pas le cas de l'habilitation familiale spéciale).

**(33)** Le régime de l'action en nullité des actes faits par la personne protégée sous habilitation familiale déroge à celui des actes faits par la personne en curatelle ou en tutelle puisque, dans ces deux régimes, la confirmation de l'acte nul est réservée aux seuls actes dont l'annulation procéderait d'un abus des pouvoirs du protecteur. V. C. civ., art. 465 *in fine* et décr. n° 2008-1484, 22 déc. 2008. En revanche, la généralité des termes de l'art. 494-9, C. civ., paraît ouvrir la possibilité de confirmer les actes entachés de nullité en raison du défaut de capacité de la personne protégée ; cette confirmation ne sera possible que sur autorisation préalable du juge des tutelles, pendant que la mesure d'habilitation familiale est en cours et dans le délai de prescription de 5 ans prévu à l'art. 2224, C. civ.

**(34)** Les art. 416 et 417, C. civ., sont applicables à l'habilitation familiale puisque les art. 494-1 à 494-12 se situent dans le chapitre du Code civil relatif aux « mesures de protection juridique des majeurs ».

En l'absence de tout texte contraire, les art. 416 et 417 sont donc applicables, de sorte que le juge comme le procureur de la République ont un pouvoir de surveillance générale sur ces mesures. Le juge pourrait dessaisir le protecteur de sa mission en cas de manquement caractérisé (C. civ., art. 417, al. 2), au besoin d'office ou sur demande de la personne protégée si celle-ci est avisée de ces droits.

**(35)** Il existe une loi modèle, Adult Guardianship and Protective Proceedings Jurisdiction Act (2007) : <https://lc.cx/gmWq>.

**(36)** V. M. Mercat-Bruns, *Viellissement et droit à la lumière du droit américain et du droit français*, LGDJ, 2001, p. 391.

**(37)** S. Blumenthal, *Law and the Modern Mind : Consciousness and Responsibility in American Legal Culture*, Harvard Univ. Press 2016 p. 2.

**(38)** O. W. Holmes, « Privilege, Malice, Intent », Harv. L. Rev. 1894, p. 8 ; O. W. Holmes, *The Common law*, Little Brown 1881, p. 5, 51, 108.

**(39)** Par exemple, à partir des années 1970 dans l'État de New York, v. N. Posner, « The End of Parens Patriae in New York : Guardianship Under the New Mental Hygiene Law Article 81 », Marquette Law Rev. n° 7, 1996, p. 603.

**(40)** C. civ., art. 415, 425 et 428.

**(41)** V. J. Redding, « Constitutional deficiencies in Oklahoma Guardianship law », Tulsa L. Rev. 1979 n° 13, p. 579.

**(42)** V. C. Martin-Calero, « La Cour de cassation espagnole et la Convention de New York relative aux droits des personnes handicapées : un nouveau paradigme », Dr. fam. 2017, n° 3, dossier 25, n° 25 ; N. Gallus, « L'accompagnement des vulnérabilités en droit belge », Dr. fam. 2017, n° 3, dossier 25, n° 24.

**(43)** M. Levin, « Striking for the Guardians and Protectors of the Mind : The Convention on the Rights of Persons with mental disabilities and the future of guardianship law », Penn State L. Rev. 2013 n° 117, p. 1159.

**(44)** L. Salzman, « Guardianship for Persons with Mental Illness- A legal & vappropriate alternative ? », Saint Louis Univ. Journal of Health Law and Policy 2011 n° 4, p. 279, 306-311.

**(45)** A. Johns, « Person-Centered Planning in Guardianship : A Little Hope for the Future », Utah L. Rev. 2012, n° 3 p. 1541.

**(46)** K. Glen, « Changing Paradigms : mental capacity, legal capacity, guardianship », Columbia Human Rights Law Rev. 2012, n° 44, p. 93.

**(47)** V. H. Fulchiron, préc.

(48) C. Pepper, *Abuses in Guardianship of the Elderly and Infirm : a National Disgrace*, H. R. Rep. n° 100-641, at 1 (1987).

(49) R. Dinerstein, « Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities : the Difficult Road from Guardianship to Supported Decision-Making », *Hum. Rts. Brief*, 2012, vol. 19, p. 8.

(50) L. Salzman, préc., p. 279, spéc. p. 289-293 ; J.-L. Wright, *Guardianship for Your Own Good : Improving the Well-Being of Respondents and Wards in the USA*, 33 *Int'l J. Law & Psychiatry* 2010, p. 350.

(51) Sur l'ancienne mort civile et la perte de la personnalité, V. B. Teyssié, *Les personnes*, Lexis Nexis, 2016 p. 172.

(52) V. E. Pecqueur, T. Verheyde et A. Caron Deglise, préc. : « À ces difficultés s'ajoute une résistance de la société civile. Il est encore délicat aujourd'hui pour les personnes sous mesure de protection de faire valoir leurs droits : impossibilité de retirer leur argent au guichet lorsque leur carte a été perdue, refus de se voir remettre un dossier de demande de logement (« C'est votre curateur qui doit le demander »), voire une simple attestation de droits de la caisse primaire d'assurance maladie... ».

(53) Juge D. Hardy, « Who Is Guarding the Guardians ? A Localized Call for Improved Guardianship Systems and Monitoring », 4 *Nat. Academy of Elder Law Attorneys Journal*, 2008 p. 1, 7.

(54) *Guardianships : Little Progress in Ensuring Protection for Incapacitated Elderly People : Audition devant le Sénat*, S. Spec. Comm. on Aging, 109th Cong., p. 3-4 (2006).

(55) V. la loi en Floride : Fla. Stat. Ann. § 744.3215 (2006).

(56) *Cruzan v. Dir., Mo. Dep't of Health*, 497 U.S. 261, 278 (1990) : la liberté fondamentale dans le consentement à l'acte médical ; *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78, 95 (1987) : le droit fondamental dans l'acte de se marier ; *Moore v. City of East Cleveland, Ohio*, 431 U.S. 494, 503-06 (1977) : le droit fondamental à une vie familiale justifiant le droit de vivre ensemble ; *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551, 570 (1972) : le droit de propriété comme droit de contrôler les décisions liées à cette propriété.

(57) *Sullivan v. Ganim*, N°. CV094030012, 2009 Conn. Super. Lexis 3516, p. 22 (Conn. Super. Ct. 10 déc. 2009).

(58) *Olmstead v. L.C. ex rel. Zimring*, 527 U.S. 581 (1999).

(59) *Olmstead*, préc., p. 600.

(60) *Olmstead*, préc., p. 600.

**(61)** Americans with Disabilities Act de 2008 (Public Law 110-325).

**(62)** L. Salzman, préc., p. 306.

**(63)** C. civ., art. 1112-1 ; ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, sous réserve de ratification en cours par la loi.

**(64)** Jenny Hatch Justice Project, Quality Trust for Individuals with Disabilities, Supported Decision-Making : An Agenda for Action (Rapport de 2014), v. <https://lc.cx/gmWq>.

**(65)** R. Dinerstein, préc., p. 10.

**(66)** N. Kohn, J. Blumenthal et A. Campbell, « Supported Decision-Making : a viable alternative to guardianship ? » Penn State Law Rev. 2013, p. 1113, spéc. p. 1123.

**(67)** R. Dinerstein, préc., p. 10.

**(68)** Si nécessaire, cet accompagnement vise aussi la communication du contenu des décisions à des tiers, L. Salzman, préc., p. 306.

**(69)** Le programme forme les volontaires comme soutien aux personnes dans leurs décisions relatives au lieu de vie, au choix des personnes avec lesquelles elles souhaiteraient vivre, Volunteer-Supported Decision-Making Advocate Pilot Program, Tex. Gov't Code Ann.§ 531.02446 (2009).

**(70)** V. Session en législature : H.J.Res. 190, Reg. Sess. (Virginie 2014).

**(71)** Administration for Community Living. U.S. Dep't of Health & Human Servs., Supported Decision Making Funding Opportunity HHS-2014-ACL-AIDD-DM-0084, 2014 : « la technique de la prise de décision accompagnée (SDM) comme "une alternative à la tutelle et une évolution des mesures de protection" ; les personnes "préservent le pouvoir de prendre des décisions avec l'aide de services et de soutiens appropriés" ».

**(72)** Au Texas, Tex. Estates Code Ann. § 1001.001(b) (2011).

**(73)** C. civ., art. 428

**(74)** V. H. Fulchiron, préc. ; G. Raoul-Cormeil, préc.

**(75)** La Constitution fédérale des États-Unis, 14<sup>e</sup> amendement : « aucun État ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ».

**(76)** Rapport Jenny Hatch Justice Project, préc., p. 6

(77) Pour une réflexion juridique sur l'application aux personnes plus âgées, atteintes de démence, v. J. Wright, « Protecting Who from What, and Why, and How ? : a Proposal for an Integrative Approach to Adult Protective Proceedings », *Elder L. J.* 2004, n° 12, p. 53.

(78) *In re Peery*, 727 A. 2d 539, 540 (Pa. 1999).

(79) *In re Dameris L.*, 956 N.Y.S.2d 848, 856 (N.Y. Sur. Ct. 2012).

(80) *In re Dameris*, préc., p. 854.

(81) *Ross v. Hatch*, n° CWF120000426P-03, slip op. at 7 (Va. Cir. Ct. 2 août, 2013).

(82) *Conclusions : Quality Trust for individuals with disabilities, AARP, National Resource center on supported decisionmaking and The Autistic Self Advocacy Network*, Amici curiae, Court of Appeals, Texas Seventh District N°. 07-13-00308-CV.

(83) Developmental Disabilities Assistance and Bill of Rights Act, 42 U.S.C. § 15001(b) (2012).

(84) E. Deci, *Intrinsic Motivation*, Plenum Publishing, 1975, p. 208.

(85) Sur le concept « d'agent » et la capacité de se mobiliser grâce au droit, v. K. Abrams, « From autonomy to agency : feminist perspectives on self-direction », *William and Mary Law Rev.* 1999, n° 40, p. 805.

(86) Des études ont été faites dans ce sens sur les enfants, v. M. Wehmeyer et *al.*, « Promoting Causal Agency : The Self-Determined Learning Model of Instruction », *Rev. Exceptional Child.* 2000, n° 66, p. 439.

(87) V. généralement G. Decoq, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ, 1960.

(88) M. Kapp, *Geriatrics and the Law : Understanding Patient Rights and Professional Responsibilities*, Springer 1999, p. 109.

(89) B. Winick, « The Side Effects of Incompetency Labeling and the Implications for Mental Health Law », 1 *Psychol., Pub. Pol'y & L.* 1995, n° 1, p. 6, 27.

(90) L. Salzman, préc., p. 291 : l'acte qui consiste à offrir des cadeaux à d'autres n'a plus d'intérêt si la capacité de gérer son argent est retirée.

(91) B. Winick, préc.

(92) I. Khemka et *al.*, « Evaluation of a Decision-Making Curriculum Designed to Empower Women with Mental Retardation to Resist Abuse », *Am. J. Mental Retardation* 2005, n° 110, p. 193.

(93) A.-J. Gérardin, « La tutelle et la curatelle dans l'ancien droit romain », *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1889, n° 13, p. 1.

(94) L. Frolik, « Guardianship Reform : When the Best Is the Enemy of the Good », 9 *Stan. L. & Pol'y Rev.* 1998, n° 9, p. 347, 350.

(95) C. civ., art. 1143 : personne physique ou morale ; v. débat sur la loi de ratification de l'Ord. 2016 ; pour la garde des Sceaux, acception large de l'état de dépendance entendue comme fragilité, *Dalloz actualité*, 7 déc. 2017, obs. G. Chantepie et M. Latina.

(96) V., en matière contractuelle, N. Molfessis, « La dignité de la personne humaine en droit civil », in M.-L. Pavia et T. Revet, *La dignité de la personne humaine*, *Economica*, 1999, p. 116.

(97) L. Salzman, « Rethinking Guardianship (Again) : Substituted Decision Making as a Violation of the Integration Mandate of Title II of the Americans with Disabilities Act », *U. Colo. L. Rev.*, 2010, n° 81, p. 157, 163.

(98) Sera évoquée la personnalité juridique et la personnalité « non juridique » (tempérament, valeurs et préférence du majeur), à rapprocher de l'autodétermination de la personne de l'art. 8 sur le droit à la vie privée de la Conv. EDH.

(99) D. Noguéro, préc.

(100) V. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy, « Panorama Majeurs protégés », *D.* 2016. 1523  ; D. Noguéro, « Les conditions de mise en oeuvre de l'habilitation familiale », *D.* 2016. 1510 .

(101) N. Kohn et *al.*, préc., p. 1113.

(102) N. Kohn et *al.*, préc., p. 1112.

(103) Il n'existerait pas la possibilité d'une « mauvaise » décision du majeur, v. N. Banner, « Can procedural and substantive elements of decision-making be reconciled in assessments of mental capacity ? », *Int. Journal of Law in Context*, 20136, n° 9, p. 71.

(104) Les Américains évoquent la notion d'*accountability* (au-delà de la responsabilité, une transparence dans les justifications de l'action) des personnes en soutien par le SDM.

(105) Elle permet simplement d'améliorer la qualité du consentement.

(106) On peut réfléchir à la fois à la personnalité juridique (qui permet d'être titulaire de droits et

obligations comme sujet et qui donne lieu aux droits de la personnalité (droit à la vie privée notamment) et à la personnalité dans son sens courant : « ensemble des comportements et attitudes qui caractérisent un individu ». Sous couvert de ce terme, on parle avant tout des sentiments, des comportements ou attitudes des individus.

**(107)** V. P. Malaurie et L. Aynès, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ/Lextenso, 2017, p. 21 ; M. Mercat-Bruns, « Introduction », in M. Mercat-Bruns (dir.) *Personne et discrimination. Perspectives historiques et comparées*, Dalloz, 2006, p. 1.

**(108)** G. Quinn, « Personhood and Legal Capacity : Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD », Concept Paper, Harvard Law School, 20 févr. 2010.

**(109)** V. Noguero, préc. : « Une incapacité civile, au XXI<sup>e</sup> siècle, n'a jamais pour effet de remettre en cause la personnalité juridique de tout majeur, à distinguer de la capacité ».

**(110)** G. Quinn, préc., p. 4.

**(111)** J.-M. Bruguière et B. Gleize, *Droits de la personnalité*, Ellipses, 2015, p. 41.

**(112)** G. Quinn, préc.

**(113)** V. A Pecqueur, T. Verheyde et A. Caron Deglise, préc.

**(114)** V. A Pecqueur et *al.*, préc.

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

**(116)** G. Quinn, préc., p. 14.

**(117)** J. Craigie, « Against a Singular Understanding of Legal Capacity », *Int J Law Psychiatry* 2015, n° 40, p. 6.

**(118)** V. A. Caron Deglise, « Vieillesse et altération des facultés personnelles. Co-construire un accompagnement responsable et respectueux des droits des personnes », *Retraite et soc.* 2014, p. 23.

**(119)** CASF, art. L. 116-4 et CSP, art. L. 3211-5-1.

**(120)** G. Cornu, *Les personnes*, Montchrestien, 2007, p. 28.

**(121)** Sur le droit à une vie sociale par le contrat, v. J. Rochfeld, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible". Les interférences du droit des contrats, du droit du marché, et des droits

de l'homme », in *Melanges G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 852.

(122) X. Lagarde, préc., p. 62.

(123) O. Lewis, préc.

(124) *Outcome based*.

(125) O. Lewis, préc.

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

(127) Affaire du lancer de nain, v. CE 27 oct. 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Lebon avec les conclusions ; AJDA 1995. 942 ; *ibid.* 878, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; *ibid.* 2014. 106, chron. M. Franc ; D. 1995. 257 ; RFDA 1995. 1204, concl. P. Frydman .

(128) V. J. Rochfeld, « La contractualisation des obligations légales : la figure du "contrat pédagogique" », in G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 269 ; L. Camaji, *La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des bénéficiaires de prestations sociales*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2008.

(129) Dans ce sens, v. X. Lagarde, préc., p. 61.

(130) V. A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, p. 166.

(131) R. Post, « The social foundations of privacy : community and self », *Calif. Law Review* 1989, n° 77, p. 957.

(132) V. CEDH 22 janv. 2008, n° 43546/02, AJDA 2008. 117 ; *ibid.* 978, chron. J.-F. Flauss ; D. 2008. 2038, obs. E. Royer ; note P. Hennion-Jacquet ; *ibid.* 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2008. 118, obs. F. Chénéde ; RDSS 2008. 380, obs. C. Neirinck ; RTD civ. 2008. 249, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 287, obs. J. Hauser .

(133) C. Martin, D. Rodriguez-Pinzon et B. Brown, *Human Rights of Older People : Universal and Regional Legal Perspectives*, Springer 2015, p. 2.

(134) A. Supiot, préc., p. 167.

(135) En écho, v. A. Lyon-Caen et S. Simitis, « L'Europe sociale à la recherche de ses références », RMUE 1993, n° 4, p. 109.

(136) S. Dauphin et R. Sénac, « *Gender mainstreaming*. Analyse des enjeux d'un concept-méthode »,

Cahiers du genre, 2008, n° 44, p. 5 ; le concept de *mainstreaming*, approche intégrée des questions, se traduit après dans la loi, v. L. n° 2014-873, 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, une loi qui traite de l'égalité à la fois dans le travail salarié (égalité), le travail indépendant (des femmes), en droit pénal (violences) et en droit de la sécurité sociale (prestations pour l'éducation).

**(137)** L. n° 2015-1776, 28 déc. 2015, d'adaptation de la société au vieillissement, Titre I : Anticiper la perte d'autonomie.

**(138)** V. T. Revet, « Commentaire de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions », RTD civ. 1998. 990 .

**(139)** C. Jamin, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in G. Lewkowicz, M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 178.

**(140)** L. n° 2017-86 relative à l'égalité et à la citoyenneté, qui étend à l'âge et au handicap l'application de l'interdiction des discriminations directes et indirectes dans l'accès aux biens et services

**(141)** M. Fineman, « The Vulnerable Subject : Anchoring Equality in the Human Condition », Yale Journal of law and feminism, 2008, n° 20, p. 2 ; en Argentine, les travaux de cette juriste américaine inspirent l'accompagnement civil et social, v. U. Basset, « La vulnérabilité à deux visages : entre soigné et soignant, entre accompagné et accompagnant », Dr. fam. 2017, n° 3.

**(142)** M. Fineman, préc., p. 2

**(143)** M. Fineman, préc.

**(144)** X. Lagarde, préc., p. 60.

**(145)** P. Weller, « Legal Capacity and Access to Justice : The Right to Participation in the CRPD », Laws 2016, 5(1), p. 13.

**(146)** V. *Enquête sur l'accès aux droits. Relations des usagères et usagers avec les services publics : le risque du non-recours*, Défenseur des droits, 30 mars 2017, p. 27.

**(147)** V. L. Cadiet, « Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », D. 2017. 522 .

**(148)** V. Traduction de « Legal empowerment », v. <https://lc.cx/gmW7>.

**(149)** « Faire assurer par les conseils généraux, en amont de toute intervention judiciaire, un accompagnement suffisant pour les personnes qui éprouvent des difficultés de gestion et qui souhaitent être aidées, en prévoyant un dispositif d'urgence », in P. Delmas-Goyon, *Le juge du 21<sup>e</sup> siècle. Un citoyen acteur, une équipe de justice*, Doc. fr. 2013, p. 45.

(150) L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice au 21<sup>e</sup> siècle, art. 60 s.

(151) M. Mercat-Bruns, « L'identification des discriminations systémiques », RDT 2015. 672 .

(152) V. la notion de *parcours* au croisement du droit du travail et du droit de la sécurité sociale dans la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

(153) M. Oris, « La vulnérabilité, une approche par le parcours de vie », Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, Comptrasec Univ Bordeaux, 2017, n° 1, p. 36.

(154) V. J.-J. Dupeyroux, M. Borghetto et R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 2015, p. 120.

(155) J.-P. Chauchart et R. Marié, « La couverture maladie universelle : résurgence de l'aide sociale ou mutation de la sécurité sociale ? », RFAS 2001, n° 4, p. 210.

(156) V. R. Castel, *Métamorphoses de la question sociale. Chronique du salariat*, Fayard, 1995.

(157) M. Oris, préc., p. 44.

(158) M. Mercat-Bruns, « Vieillissement, capacité et politique d'anticipation aux États-Unis », in D. Viriot-Barrial, *Une nouvelle politique sociale du vieillissement*, PUAM, 2016, p. 261.

(159) V. M. Nussbaum, *Frontiers of justice : Disability, Nationality and Species Membership*, Harvard University Press 2007 ; C. Audard, « Les frontières de la justice. Citoyenneté, capacité d'anticipation et handicap », Revue française d'éthique appliquée 2016, n° 2, p. 48.