

avant- propos

Marie Mercat-Bruns

Maître de conférences HDR Cnam, Lise et professeure
affiliée à l'École de droit de Sciences Po

Camille Bourdaine-Mignot

Maître de conférences (université Paris Nanterre)

Tatiana Gründler

Maître de conférences (université Paris Nanterre)

I. Présentation générale. De la lutte contre les exclusions à l'inclusion comme projet au cœur des politiques publiques du vieillissement

Le concept d'inclusion contribue sans doute, en matière de vieillissement, à intégrer plusieurs registres d'analyse des pratiques sociales et des règles juridiques inscrivant le combat pour l'égalité dans un processus qui dépasse les catégories de personnes discriminées et le constat de leurs différences de traitement.

L'inclusion est une notion relativement récente. C'est d'abord sous l'angle inverse – celui de la lutte contre l'exclusion – que la question de l'intégration des individus dans la société a été pensée, notamment à travers des mécanismes de protection sociale. Avant l'apparition du vocable « inclusion », d'autres notions exprimant également cette dynamique d'incorporation ont été utilisées, mais dans des champs spécifiques tels que l'emploi pour l'insertion et l'immigration pour l'intégration¹. L'expression « inclusion sociale »

1. Le langage de « l'insertion » provient des politiques sociales, notamment des politiques de l'emploi, v. G. Mauger, « Les politiques d'insertion. Une contribution paradoxale à la déstabilisation du marché du travail », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2001, n° 136-137, p. 5-14. DOI : 10.3917/arss.136.0005 : <https://www.cairn.info/revue-actes-de-la-recherche-en-sciences-sociales-2001-1-page-5.htm>. Le langage de « l'intégration » renvoie davantage aux politiques de l'immigration, v. C. Wihtol De Wenden, « La politique française d'immigration et d'intégration par ses acteurs », *Migrations Société*, 2008, n° 117-118,

a quant à elle été utilisée dans le discours public associé au travail social qui, pour certains, renvoie davantage à une finalité qu'à un processus². C'est seulement dans la dernière décennie que le mot « inclusion » – utilisé sans qualificatif – est apparu dans de nombreux discours politiques, programmes européens³, initiatives de politiques locales⁴, luttes militantes⁵ et politiques d'entreprise où il tend à supplanter le terme quelque peu fourre-tout de « diversité »⁶. Pour autant, le vocable n'est pas précisément défini. Il semble que l'inclusion se pense en lien avec l'égalité et qu'elle permet de surmonter les obstacles rencontrés dans la lutte contre l'exclusion ou celle contre les discriminations.

Ce numéro de *Retraite et société* propose d'emprunter cette grille de lecture de l'inclusion en quête d'une ambition plus proactive dans l'appréhension du vieillissement. Préalablement, afin de cerner le concept d'inclusion, celui-ci doit être pensé en association avec d'autres notions comme l'égalité, la non-discrimination et l'exclusion, et replacé dans le contexte de la protection sociale et des politiques du vieillissement.

1. Égalité, discrimination et inclusion

Qu'ils aient emprunté la voie de la lutte contre l'exclusion ou celle de la lutte contre les discriminations, les moyens utilisés dans un premier temps pour garantir l'égalité n'ont pas permis de penser celle-ci de manière globale. Dans un pays comme la France notamment, l'État providence s'est appuyé sur des catégories (retraités, assurés sociaux, chômeurs...) pour lutter contre les exclusions des plus vulnérables, sans pour autant développer une politique d'inclusion. Quant aux pays étrangers dans lesquels les politiques antidiscriminatoires ont prévalu sur les politiques sociales, ils n'ont pas échappé à l'approche catégorielle puisque le droit de la non-discrimination vise un critère prohibé (âge, sexe, origine, handicap), donc une catégorie de personnes. Or le combat pour l'égalité impose de dépasser une telle approche, ce que permet le concept d'inclusion.

Certains auteurs, qui ont réfléchi de façon interdisciplinaire à cette problématique, évoquent ainsi « l'architecture de l'inclusion » pour souligner les différentes échelles d'intervention que suppose la recherche d'une égalité plus structurelle⁷. Selon ces travaux, il s'agit « de créer les conditions pour permettre aux personnes, quelles que soient leurs caractéristiques, de révéler leur potentiel et de participer pleinement à la société. Cela peut passer par des interlocuteurs qui fonctionnent comme catalyseurs de changement

p. 47-49. DOI : 10.3917/migra.117.0047 : <https://www.cairn.info/revue-migrations-societe-2008-3-page-47.htm>

2. M. Jaeger, « L'inclusion : un changement de finalité pour le travail social ? », *Vie sociale*, 2015, n° 11, p. 43-54. DOI : 10.3917/vsoc.153.0043 : <https://www.cairn.info/revue-vie-sociale-2015-3-page-43.htm>

3. Stratégie européenne sur l'égalité 2020-2025 : https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-equality-strategy_fr#strategie-en-faveur-de-lgalit-hommes-femmes-2020-2025

4. L'Unesco a développé un réseau de villes inclusives et durables : <https://fr.unesco.org/themes/promouvoir-droits-inclusion/iccar>

5. Des ONG évoquent des stratégies inclusives : <https://www.aclusocal.org/en/inclusion-targets-whats-legal...>

6. Voir l'entreprise l'Oréal, leur service « Diversité et inclusion », <https://www.loreal.com/en/commitments-and-responsibilities-for-the-people/promoting-diversity-and-inclusion/>

7. S. Sturm, *The Architecture of inclusion: interdisciplinary insights on pursuing institutional citizenship*, Harvard J. L. & Gender, 2007, n° 30, p. 409.

en raison de leurs connaissances, leur influence, leur crédibilité dans des fonctions qui peuvent changer l'esprit des institutions et les personnes qui y travaillent. Par exemple ces personnes-ressources peuvent favoriser l'inclusion des personnes, usagers, travailleurs ou clients, en cultivant des relations stratégiques pour elles, en facilitant des collaborations et en sensibilisant aux formes de responsabilités qu'exige l'inclusion »⁸. En ce sens, l'inclusion implique la mise en place d'institutions intermédiaires – à l'instar du Défenseur des droits en France – qui, au-delà des cas individuels, sont chargées de repérer les risques globaux de discrimination, d'alerter sur les responsabilités qui en découlent et de proposer des modifications dans les pratiques à même d'enrayer ces risques. Une action inclusive doit ainsi combiner un niveau micro et macro⁹.

Sur le plan juridique, on trouve aussi à l'origine cette idée de combiner le micro et le macro dans le champ du handicap, où le terme d'inclusion a été utilisé pour la première fois. Il s'agit de proposer effectivement, au-delà de l'interdiction de pratiques discriminatoires, l'obligation positive de l'aménagement raisonnable d'un poste, d'une activité pour les personnes handicapées afin d'éliminer les obstacles à leur inclusion¹⁰. En d'autres termes, il s'agit à la fois de garantir que la personne ne sera pas discriminée (micro) mais aussi que l'environnement sera adapté afin que le handicap en général ne soit plus une entrave (macro). On le voit à travers cet exemple, au-delà de la recherche de solutions, le paradigme de l'inclusion implique de détecter les causes des obstacles – provisoires ou permanents – qui empêchent la participation des personnes aux différentes sphères de la vie en société. Cela suppose de ne pas partir des caractéristiques de la personne discriminée (âge, handicap), mais au contraire d'agir sur son environnement pour lui rendre celui-ci accessible. « Si on modifie en amont le cadre dans lequel sont construits les rapports sociaux de nature contractuelle, sociale, économique, la différence quelle qu'elle soit n'est plus imputable à la personne ou aux groupes¹¹. » Cela permet également de dépasser le « dilemme de la différence »¹², qui conduit soit à ignorer la différence et donc à occulter les difficultés auxquelles une personne fragile peut être confrontée (conformément à une approche formelle de l'égalité), soit, à l'inverse, à tenir compte de la différence pour accorder un droit spécifique à la personne (dans une approche concrète de l'égalité), en perpétuant alors une stigmatisation inhérente à la catégorisation.

Si l'on se penche à présent plus spécifiquement sur le Droit, on s'aperçoit qu'il est lui aussi traversé par le mouvement qui va de la lutte contre l'exclusion vers l'inclusion.

8. S. Sturm, précité, p. 410.

9. *Ibid.*, p. 409 : « Les parties prenantes participant à une réflexion interdisciplinaire sur l'inclusion ont compris le besoin de lier des niveaux micro et macro d'analyse en partageant un objectif commun : le développement de nouveaux cadres, de stratégies, d'espaces pour faire face aux inégalités structurelles et réfléchir à ce qui justifie la mobilisation de ce concept, à quel moment il intervient, quelles formes il peut prendre et comment le rendre durable. »

10. Voir Convention internationale des droits des personnes handicapées : <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities#:~:text=La%20pr%C3%A9sente%20Convention%20a%20pour,respect%20de%20leur%20dignit%C3%A9%20intrins%C3%A8que>

11. M. Minow, *Making a difference: Inclusion, exclusion and American law*, Cornell University Press, 1990.

12. M. Minow, précité.

2. Inclusion, exclusion et protection sociale

La lutte contre l'exclusion s'est traduite par une logique d'assurance et de minima sociaux. Le xx^e siècle, et plus spécialement sa seconde moitié, se caractérise par la mise en place de mécanismes assurantiels et assistanciers destinés à protéger l'individu contre les risques de l'existence (maladie, accident du travail, vieillesse, mais aussi pauvreté). Ainsi, la Sécurité sociale est créée en 1945 et s'inscrit dans la logique des assurances obligatoires rattachées au travail ; le dispositif est complété par l'aide sociale, dans une perspective plus assistancielle reposant sur l'impôt et la solidarité, dont on trouve trace dans le code de l'action sociale et des familles. La lutte contre l'exclusion sociale est donc déjà bien présente dans les esprits et les politiques publiques dans l'immédiat après-guerre. Il faut cependant attendre la fin des années 1980 pour qu'apparaisse une vision plus globale, qui se traduit notamment par des politiques élaborées autour de la notion d'exclusion¹³ : d'abord avec la création en 1988 du revenu minimum d'insertion (RMI) par une loi dont le titre évoque la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale et professionnelle¹⁴, puis avec la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions adoptée dix ans plus tard¹⁵.

Renouant avec les principes directeurs de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, le législateur répond alors à une situation de crise économique sans précédent depuis la fin de la guerre, en faisant de « *la lutte contre les exclusions (...) un impératif national fondé sur le respect de l'égalité de dignité de tous les êtres humains et une priorité de l'ensemble des politiques publiques de la nation* »¹⁶. De nombreux champs sont ainsi concernés – emploi, logement, santé, justice, éducation, culture, protection de la famille et de l'enfance – de façon à éviter toute exclusion de droits.

Déjà, une difficulté apparaît : faire en sorte que l'instrument de l'inclusion sociale ne réside pas dans un droit spécifique qui pourrait se révéler stigmatisant ; en d'autres termes, éviter que l'inclusion sociale ne passe par une forme d'exclusion juridique. Un équilibre est ainsi recherché entre « *la mise en place de solutions spécifiques [dont] des formes de discriminations positives en faveur des plus démunis* » et des actions s'inscrivant dans le droit commun « *afin d'éviter la formation d'un droit des exclus qui pourrait être (...) synonyme d'un droit de seconde classe* »¹⁷. Par ce texte de 1998, le législateur lutte contre les exclusions au moyen de deux leviers : l'accès effectif aux droits fondamentaux et des mécanismes de prévention de l'exclusion (tels que l'amélioration des procédures de surendettement, la prévention des expulsions locatives, la protection contre l'habitat indigne, la modification des procédures de saisies immobilières et l'octroi de moyens d'existence aux plus démunis [minima sociaux]).

13. J. Klanfer, « L'exclusion sociale », *Cahiers science et service – ATD*, vol. 2, Paris, 1965 ; J. Wresinski, « Le mouvement ATD Quart Monde ou la parole d'un peuple », *Projet*, mars 1979, p. 364.

14. La loi n° 88-1088 du 1^{er} décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion et à la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale et professionnelle (ensuite adaptée par la loi 92-722 du 29 juillet 1992 qui vise à lutter contre l'exclusion sociale sous toutes ses formes).

15. Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, dite loi Aubry.

16. Article 1^{er} de la loi de 1998.

17. Exposé des motifs de la loi de 1998.

Cette volonté d'éviter l'exclusion se retrouve dans un autre champ : celui du handicap. Dès 1975¹⁸, le législateur a eu pour ambition de garantir les droits fondamentaux des personnes handicapées : le droit au travail, le droit à une garantie minimum de ressources par le biais de prestations et le droit à l'intégration scolaire et sociale. Or, comme on l'a vu, le champ du handicap est marqué par un changement conceptuel qui conduit à penser différemment l'inclusion. Le concept de handicap a évolué pour se déplacer du sujet lui-même à son environnement. S'il était autrefois perçu comme une caractéristique individuelle affectant durablement l'autonomie de la personne, le handicap est aujourd'hui regardé à travers le prisme des difficultés qui en résultent pour les personnes touchées, notamment dans leur moindre participation à la vie sociale et dans « *le rôle que l'environnement peut jouer dans l'aggravation ou l'atténuation de ces difficultés* »¹⁹. Dès lors, l'inclusion suppose d'agir sur l'environnement pour que soit levé l'obstacle que constitue le handicap. Le droit reçoit cette acception renouvelée. Ainsi en est-il en droit interne avec la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances²⁰, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées et, en droit international, avec la Convention des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées de 2006. Une telle définition du handicap peut s'appliquer à toute personne momentanément ou plus durablement fragilisée, entravée et empêchée – mentalement ou physiquement – y compris des personnes âgées.

3. Vieillesse et inclusion

C'est donc plus particulièrement sur ce second volet que le numéro se focalise, même si bien sûr des mesures de nature à lutter contre l'exclusion sociale des personnes âgées occupent encore, dans la seconde moitié du xx^e siècle, les pouvoirs publics. Si on s'intéresse au sujet de l'inclusion sous cet angle, c'est aussi que la question de l'exclusion liée à la pauvreté ne concerne plus structurellement les personnes âgées dès lors que le risque vieillesse est couvert par le mécanisme de la retraite et a permis de sortir la vieillesse de la pauvreté. La question de l'inclusion liée au vieillissement apparaît donc aujourd'hui renouvelée²¹. À cet égard, le fameux rapport Laroque de 1962 fut précurseur puisqu'il précisait que « *l'accent doit être mis en priorité sur la nécessité d'intégrer les personnes âgées dans la société, en leur fournissant les moyens de continuer, le plus longtemps possible, à mener une vie indépendante, par la construction de logements adaptés, par la généralisation de l'aide-ménagère à domicile, par la création de services sociaux de toute nature, qui leur sont nécessaires, par l'organisation de leur occupation et de leurs loisirs* »²². L'idée d'adaptation de l'environnement, et plus globalement de la société, est donc, à l'époque déjà, présente dans la réflexion sur le vieillissement. Cet objectif sera explicitement visé par la loi de 2015 portant sur l'adaptation de la société au vieillissement²³, qui présente le vieillissement comme « *un défi majeur pour la société qui doit s'adapter dès à présent,*

18. Loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées.

19. Exposé des motifs de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005.

20. Loi n° 2005-102 précitée.

21. Elle est par ailleurs marquée aussi par des éléments conjoncturels tels que l'allongement de la durée de la vie, la modification de la pyramide des âges avec l'arrivée des baby-boomers à l'âge de la retraite, lesquels sont en outre plus que leurs prédécesseurs porteurs de revendications puisqu'ils ont lutté pour leurs droits (les femmes tout particulièrement).

22. Politique de la vieillesse : rapport de la Commission d'étude des problèmes de la vieillesse (dit *rapport Laroque*), 1962, p. 9.

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

pour permettre à tous de profiter dans les meilleures conditions sociales, économiques et de santé et le plus longtemps possible de ce formidable progrès »²⁴. Si l'ambition affichée était d'abord de prévenir et de prendre en charge la perte d'autonomie induite par le vieillissement, vue comme une condition première à l'inclusion, le gouvernement se voulait aussi porteur d'une vision plus large de l'inclusion englobant la consommation ou le logement, l'idée étant que les personnes âgées restent des citoyens à part entière et que l'expression de leurs choix doit être prise en compte. Cette loi embrassait donc un très large champ tout en ne constituant qu'un premier jalon exigeant d'être complété de déclinaisons et applications²⁵, lesquelles nécessitaient une volonté politique durable qui a manifestement fait défaut. En effet, 7 ans plus tard, la réforme de la prise en charge de la dépendance n'est qu'amorcée avec la création d'un 5^e risque encore embryonnaire²⁶, et avec des Ehpad largement décriés, qui n'ont pas été transformés quand la loi symbolique sur le grand âge est, elle, sans cesse repoussée. Pourtant, le sujet du vieillissement a continué d'occuper le devant de la scène politique, et de nombreux rapports²⁷ ont souligné son importance et ses enjeux compte tenu de l'évolution démographique. Il est à cet égard révélateur qu'à peine trois ans après cette loi de 2015, le Comité consultatif national d'éthique ait éprouvé le besoin de s'autosaisir pour rendre un avis particulièrement alarmant sur la situation de nos aînés, dont les constats reprennent ceux dressés 20 ans plus tôt, témoignant ainsi du fait qu'entre-temps l'intervention du législateur ne s'était pas traduite par une avancée significative²⁸. Peu de temps après, le Premier ministre mandatait Dominique Libault pour conduire une concertation sur le grand âge et l'autonomie et faire des propositions. Le rapport qui en a résulté, rendu le 28 mars 2019, a effectivement abouti à des propositions « pour passer de la gestion de l'indépendance au soutien de l'autonomie ». Mais alors même qu'il était commandé par le gouvernement et qu'il se cantonnait au volet « prise en charge de l'autonomie » (de la loi de 2015), ce rapport n'a pas été concrétisé. Doit-on en déduire que l'inclusion des personnes âgées n'est que discours ? Ces faits révèlent à tout le moins une impossibilité manifeste à passer du discours centré sur l'inclusion aux actes. En effet, 7 ans après la loi de 2015, rares sont les avancées qu'elle a entreprises (droits des aidants – congés et droit au répit –, réforme de l'allocation personnalisée d'autonomie (APA), l'instauration du 5^e risque n'étant quant à elle qu'au stade de l'ébauche. Le scandale des Ehpad montre que les problèmes de financement et de sous-dotation qui avaient pu être identifiés demeurent et font de ces structures des lieux de vie trop souvent non choisis et possiblement maltraitants²⁹.

24. Exposé des motifs de la loi du 28 décembre 2015.

25. É. Collin, « La loi portant adaptation de la société au vieillissement de la population : une prise de conscience équivoque », *JCP A*, 2016, 2120.

26. Nouvelle branche autonomie de la sécurité sociale créée avec la loi organique n° 2020-991 du 7 août 2020 relative à la dette sociale et à l'autonomie, loi de financement de la Sécurité sociale pour 2021.

27. « Comment faire face au déclin cognitif des personnes âgées dans la relation client », AMP et ACPR 2018 ; S. Bellon, O. Merieux, J.-M. Soussan, « Favoriser l'emploi des travailleurs expérimentés », 14 janvier 2020 ; Avis du DDD, « Les droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en Ehpad », mai 2021 ; rapport d'information (AN) de Mesdames M. Iborra et C. Fiat, « Les Ehpad », 2018, n° 769.

28. Avis n° 128, « Enjeux éthiques du vieillissement. Quel sens à la concentration des personnes âgées entre elles dans des établissements dits d'hébergement. Quels leviers pour une société inclusive pour les personnes âgées », 15 février 2018. Sur cet avis, v. C. Bourdair-Mignot et T. Gründler, « Dis-moi comment tu traites tes vieux, et je te dirais dans quelle société tu vis », *Revue des droits de l'homme*, juillet 2018.

29. J. Nabarrot, S. Piazza, A. Chandon-Piazza, « Le Syndrome de glissement à l'aune d'un placement en Ehpad : un acte ultime de résistance ? », *Topique*, 2022, n° 154, p. 77-89.

Finalement, bien que l'inclusion des personnes âgées soit dans tous les discours, on est bien loin d'une société inclusive aux vieillissements ! D'abord parce que le phénomène est trop souvent réduit à un seul de ses volets, celui de la dépendance, alors que nombreuses sont les personnes âgées autonomes ; ensuite parce que le problème de la dépendance ne reçoit pas encore de solutions pleinement satisfaisantes ; enfin parce que pour les personnes dépendantes, cette compensation des besoins n'est que la première étape d'une pleine participation à la vie sociale. Il convient donc de rechercher ce qu'il en est au-delà de ce discours normatif incomplet et ambivalent. Existe-t-il des dispositifs plus ciblés qui servent mieux cet objectif d'inclusion ?

Dans la continuité de travaux récents rapprochant inclusion et vieillissement³⁰, ce numéro pluridisciplinaire à dominante juridique se propose de mettre en exergue la portée et les limites du paradigme de l'inclusion dans le champ du vieillissement à travers différents contextes, certains relevant des acteurs privés (le champ de la consommation, y compris bancaire, des affaires, y compris l'entrepreneuriat), d'autres des acteurs publics (le champ de la santé ou de la citoyenneté). Certaines contributions s'attachent essentiellement aux discours normatifs (qui ne se réduisent pas à la loi mais intègrent la *soft law*, telle que les textes de bonnes pratiques notamment, et révèlent déjà à ce niveau une certaine ambivalence. D'autres se penchent davantage sur les pratiques pour révéler les multiples discriminations dont sont victimes les personnes âgées, lesquelles peuvent aller de l'ignorance de la règle à des comportements abusifs en passant par des comportements favorisant rendements et réductions des coûts plutôt que l'adaptation de la règle aux personnes vulnérables.

II. Présentation des contributions. Les vieux, des citoyens de seconde zone ?

Les enjeux du vieillissement sont très largement pensés au prisme de la fragilité et de la vulnérabilité. Il existe d'ailleurs des champs dans lesquels associer vieillesse et fragilité semble relever de l'évidence. La santé et tout ce qui repose sur le consentement sont de ceux-là, l'écoulement du temps altérant nécessairement la personne au moins dans son corps et parfois dans son esprit. Dès lors, la protection apparaît comme une réponse à apporter à cette fragilité. Un tel objectif, louable dans son principe, mérite d'être interrogé dans ses modalités. Une telle réflexion englobe la question des moyens, certes, mais surtout, la manière de concevoir l'intérêt de la personne et ce qui est le plus à même de le servir.

1. Une appréhension juridique de la personne âgée potentiellement excluante

Pour éviter que des personnes âgées soient exclues du marché, le droit se fait protecteur contre les discriminations mais aussi les abus dont elles pourraient être l'objet. Sont ainsi prévues des sanctions à l'encontre des acteurs économiques opposant un refus discriminatoire à l'accès aux biens et services à des personnes âgées, et à l'encontre de ceux abusant des consommateurs âgés. La contribution des juristes **Clara Giordano et Marie Mercat-Bruns**, intitulée « **La nouvelle action de groupe et la discrimination fondée sur l'âge : la lutte contre les discriminations systémiques et l'inclusion des consommateurs âgés** », identifie les discriminations directes ou indirectes dont le consommateur âgé peut être victime concernant l'accès au prêt bancaire, la location

30. *Société inclusive et vieillissement : discours, pratiques et controverses*, *Gérontologie et société*, 2022, vol. 44 / n° 167, 320 p.

de voiture, l'assurance... Elle présente l'intérêt d'explorer le champ contractuel duquel les seniors ne paraissent pas de prime abord exclus (et au contraire parfois recherchés de manière privilégiée si on pense à la *silver* économie). Surtout, elle mesure les effets de l'action de groupe qui permet d'agir depuis 2016 par la voie du droit contre les discriminations, notamment celles fondées sur l'âge. Les autrices soulignent son double intérêt : dans la phase précontentieuse qui permet de détecter et de prévenir des discriminations systémiques (ex. : algorithmes utilisés par les banques ou assurance/défaut d'accès au droit) et dans la phase contentieuse en servant de catalyseur à l'inclusion des consommateurs âgés dans des actions de groupe, « *par un accès mutualisé au droit des consommateurs âgés représentés par des associations* ».

De leur côté, les juristes **Camille Bourdaire-Mignot et Céline Chassang** s'intéressent aux réponses que le droit apporte aux abus de vulnérabilité liée à l'âge. L'article « **Le consommateur âgé : protéger sans exclure – la pertinence du droit pénal pour lutter contre l'abus de vulnérabilité liée au grand âge lors de la conclusion d'un contrat de consommation** » aborde la question à l'aune de l'article 23 de la Charte sociale européenne sur le droit des personnes âgées à une protection sociale. Les autrices montrent comment, en France, les outils du droit pénal – mais aussi ceux du droit de la consommation – qui sanctionnent l'abus de faiblesse *a posteriori*, une fois l'achat de biens ou de services réalisé, offrent non seulement un recours effectif aux personnes âgées vulnérables victimes d'abus ou à leurs ayants droit, mais au-delà, préservent aussi l'autonomie de ces personnes et leur permettent de demeurer des acteurs économiques à part entière. Le choix du législateur est à cet égard opportun en ce qu'il permet de protéger sans enfermer le consommateur âgé dans une catégorie définie par l'âge, vu comme un facteur automatique de vulnérabilité.

Ces deux contributions soulignent toutefois les risques d'ineffectivité du droit et des procédures en raison d'une faible conscientisation par les personnes âgées d'être victimes de discriminations et d'abus³¹ et de difficultés de preuves (de la vulnérabilité en particulier). Il en résulte la tentation, pour garantir la protection souhaitée, d'interdire l'accès aux contrats de consommation et donc d'exclure. Camille Bourdaire-Mignot et Céline Chassang reviennent dans leur article sur la requête introduite en ce sens par une fédération d'associations de personnes âgées devant le Comité européen des droits sociaux mettant en cause la loi française, qui refuse précisément d'ériger l'âge comme critère objectif de vulnérabilité.

Il arrive que cette protection prenne la forme d'une contrainte³², voire qu'elle soit source d'exclusion. Il existe un dispositif juridique dédié à la protection des majeurs vulnérables, quel que soit leur âge, donc y compris les personnes âgées. Bien que l'objectif de protection soit au cœur du dispositif – à tel point que, depuis la réforme de 2007³³, on ne parle plus de majeurs incapables mais de majeurs protégés –, les modalités de cette protection passent encore dans les cas d'altérations les plus graves par des incapacités³⁴ qui

31. Défenseur des Droits, *Études et résultats – Difficultés d'accès aux droits et discriminations liées à l'âge avancé*, octobre 2021, p. 11.

32. V. Défenseur des droits, *Les droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en Ehpad*, Rapport, mai 2021.

33. Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

34. H. Fulchiron, « L'accompagnement des personnes âgées vulnérables : nouveau concept juridique, nouvelle conception de la protection », *Droit de la famille*, mars 2017, n° 19.

empêchent la personne de s'engager seule sur la scène juridique. Concrètement, une personne sous tutelle risque de devoir être représentée pour l'ensemble de ses actes patrimoniaux, voire pour ses actes personnels. Elle était aussi traditionnellement privée purement et simplement du droit de vote jusqu'à la loi du 23 mars 2019³⁵. Exclu de la cité, le vieux peut aussi, en raison de la protection recherchée, l'être de la société. La crise sanitaire en a offert une illustration saisissante. Elle a conduit dès ses débuts à la décision des pouvoirs publics de fermeture des Ehpad, c'est-à-dire d'enfermement des personnes âgées à protéger³⁶. Cette décision a eu pour effet de priver les résidents de tout lien avec leurs proches, avec les intervenants extérieurs – qu'ils relèvent du champ paramédical ou de celui des loisirs. Dans l'article « **Accès aux soins : l'âge comme critère d'exclusion ? Les pleins et les déliés des recommandations éthiques au temps du Covid** », les juristes **Camille Bourdaire-Mignot et Tatiana Gründler** ont montré que l'enfermement des résidents a donné lieu, malgré les déclarations d'intention, à leur exclusion des services de soins critiques. À partir de l'étude des nombreux textes produits dans l'urgence afin de guider les professionnels des établissements médico-sociaux et hospitaliers dans une situation de crise aiguë, les autrices révèlent qu'au-delà de la réaffirmation de l'interdiction de discriminer sur le critère de l'âge, ce corpus de *soft law* a créé de véritables obstacles à l'accès au système de santé classique et favorisé la mise en place d'une organisation des soins dégradée pour la population âgée résidant en Ehpad. À travers l'étude d'une crise qui, certes, a eu un effet grossissant et a exacerbé les tensions, le sort réservé aux personnes âgées apparaît clairement. Alors même que les discours de bonnes pratiques ont affirmé qu'ils étaient prioritaires du point de vue de la protection (ici sanitaire), ils ont en réalité été relégués derrière les plus jeunes, pourtant moins vulnérables au regard de la menace considérée. Le vieux serait-il un citoyen de seconde zone ? Cette situation conjoncturelle amène à se demander si, pour des raisons structurelles, le vieux n'est pas systématiquement défavorisé dans les grands arbitrages par rapport à la population plus jeune.

2. L'invisibilisation des personnes âgées et le refus d'adaptation comme facteurs d'exclusion

En dehors de ce réflexe de protection aux travers multiples, les personnes âgées peuvent au contraire échapper à la vigilance des décideurs publics, voire être écartées par les acteurs privés. La dématérialisation des services publics offre une illustration de la première situation³⁷. Dans une logique de réduction des coûts et des délais, et, paradoxalement, d'accessibilité accrue, les pouvoirs publics ont procédé ces dernières années à la dématérialisation des services publics qui empêche de fait les personnes âgées souffrant particulièrement de la fracture numérique de procéder aux démarches en ligne.

35. C. Aynès, « Le vote du "fou". Citoyenneté et capacité à la lumière de la réforme du 23 mars 2019 », *Jus Politicum*, n° 26. T. Gründler et M. Mercat-Bruns, « Personnes âgées, discriminations et citoyenneté : quels enjeux juridiques spécifiques à la lumière du droit du handicap au niveau national et international ? », *Aequitas*, à paraître.

36. Le CCNE n'imaginait pas en 2018 à quel point son analyse en termes de ghettoïsation et de milieu concentrationnaire trouverait un tel écho deux ans plus tard.

37. Voir l'entretien de la Défenseure des droits dans le présent numéro. V. aussi « Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics », rapport du DDD 2019 et « Dématérialisation des services publics : trois ans après, où en est-on ? », rapport du DDD 2022.

Ces mutations affectant des services auxquels tout citoyen/administré doit avoir accès sont réalisées sans penser l'accès d'une partie de la population.

Plusieurs contributions permettent d'observer au contraire que, du côté des opérateurs privés, les personnes âgées sont au cœur des préoccupations, mais pas au bénéfice de leur inclusion. À l'opposé, pour éviter l'adaptation qu'impliquerait leur inclusion, les personnes âgées vont être sciemment écartées par les acteurs privés. Les sociologues **Clara Deville et Jeanne Lazarus**, dans leur article « **Déprise et vulnérabilité financière : les pratiques bancaires aux prises avec l'avancée en âge** », dévoilent à partir d'une étude de terrain menée auprès de personnels d'établissements bancaires que ces derniers peuvent se montrer rétifs à l'adaptation de leurs processus aux besoins spécifiques de leurs clients âgés. La possible fragilité (liée à un déclin physique, psychologique ou intellectuel) de ces derniers impliquerait de rompre avec une organisation routinière, ce que ces établissements ne semblent pas prêts à faire étant donné que la rentabilité du système repose en partie sur la standardisation des produits et des process. Les autrices montrent que ce défaut d'adaptation peut aller jusqu'à l'exclusion de l'accès aux produits financiers des personnes âgées, y compris celles ayant des ressources économiques. Cette non-adaptation de la part des banques peut participer au phénomène de déprise qui conduit ici les personnes âgées à renoncer à participer à la vie économique.

C'est aussi une difficulté d'adaptation que pointent **Barbara Lucas, Yves Delessert, Lea Sjier et Maëlle Meigniez**, dans leur contribution « **Quand le déni des droits s'appuie sur l'ignorance du droit. Pouvoir discrétionnaire et restriction de l'accès au vote dans les établissements pour personnes âgées en Suisse romande** ». Étudiant, à partir d'une enquête de terrain, l'effectivité des droits politiques dans les établissements médico-sociaux pour personnes âgées en Suisse romande, les auteurs révèlent que c'est moins le vieillissement que les pratiques de l'institution qui font obstacle au vote des résidents. Concrètement, les professionnels de ces structures hésitent à distribuer le matériel de vote ou à aider les résidents à remplir le bulletin de vote dans le cadre d'un vote par procuration, pourtant autorisé de ce côté des Alpes. Cela illustre que l'exclusion peut se jouer à deux niveaux : celui de la jouissance du droit et celui de l'exercice. La méconnaissance des règles, leur interprétation et la marge discrétionnaire laissée aux acteurs de terrain peuvent entraver l'exercice du droit.

3. L'exclusion au regard de l'enjeu économique pour l'entreprise

Dans sa contribution « **Le chef d'entreprise âgé** », la juriste **Aurélie Ballot-Léna** observe une profonde ambivalence du champ des affaires. Bien que la liberté d'entreprendre, à valeur constitutionnelle, vienne au soutien de l'inclusion des personnes âgées dans les fonctions de direction d'entreprise, le droit des affaires érige parfois l'âge en cause d'exception à ce principe. Cela tient à une perception de l'âge comme source de fragilité et de risque pour l'entreprise. Une fois encore, le vieux sort perdant d'un calcul coût/bénéfice pour l'entreprise. Malgré son expérience, il peut se voir écarté de la conduite des affaires en raison de son âge et a *fortiori* en raison d'une tutelle.

Quel que soit le contexte étudié, l'exclusion des personnes âgées n'est pas loin, soit en raison de mauvaises pratiques, soit en raison d'un excès de protection. Ces difficultés sont révélatrices de tensions et contradictions que l'on retrouve même dans le discours institutionnel sur l'inclusion sociale, lequel n'est pas dénué d'ambivalence. **Olivier Giraud**

et Barbara Rist proposent justement, dans leur article « **La citoyenneté sociale des aidants âgés : discours, instruments et pratiques de l'inclusion sociale** », une analyse du discours institutionnalisé de l'inclusion sociale et du discours apparenté du vieillissement actif. Les auteurs montrent que l'inclusion sociale (surtout dans les recommandations au niveau européen) est présentée comme exigeant à la fois une protection des individus fragiles et une adaptation de l'environnement. Pour permettre à tous de participer, doit être prévu un accompagnement personnalisé des individus concernés. Les auteurs soulignent que cette inclusion assigne aux personnes concernées un impératif d'insertion, lequel n'est pas exempt de critiques. Leurs travaux offrent en particulier une analyse du discours sur le rôle des aidants, révélant que l'enrôlement des aidants âgés dans l'aide à domicile est favorisé par les politiques inclusives en faveur de l'emploi des retraités, la volonté de limiter les dépenses publiques et la thématique du libre choix ; ils rappellent en conclusion les travaux d'un auteur³⁸ qui montrent que les politiques publiques en matière de vieillissement ont toujours été marquées par le souci de réduire les coûts.

Conclusion. Penser différemment l'âge

Les différentes contributions de ce numéro constituent un précieux stimulant pour penser le vieillissement au-delà de la seule vulnérabilité.

Penser le vieillissement au-delà de la vulnérabilité. Si les modalités d'appréhension juridique des personnes âgées mériteraient d'être repensées, il est tout aussi indispensable de s'interroger sur les raisons et les objectifs d'une telle prise en compte. Celle-ci repose sur une approche de la personne âgée à partir de ses fragilités qui, bien que réelles, sont réductrices. Ce lien entre vieillissement et fragilité a ceci de contestable qu'il occulte les forces liées au vieillissement, parmi lesquelles l'expérience, la sagesse, l'appropriation de la mort, la disponibilité... Dès lors que le vieillissement est systématiquement pensé à l'aune des performances, des « points forts » des plus jeunes, il pointe la fragilité par contraste et postule l'inadaptation des plus âgés à la société contemporaine. Si on inverse les éléments de comparaison, c'est-à-dire si on pense les vieux à l'aune des faiblesses des plus jeunes (inexpérience, indisponibilité, peur de la finitude...), le vieillissement n'apparaît plus aussi fatalement associé à la fragilité, mais au contraire à une certaine force, une ressource fiable et sécurisante. D'une certaine manière, la crise sanitaire a illustré cet aspect car les difficultés d'ordre psychologique apparues postérieurement au confinement ont touché bien davantage les jeunes (15-24 ans) que les vieux pour qui, certes, des syndromes de glissement ont été observés pendant le confinement mais pas sur le long terme après le plus fort de la crise³⁹.

Dépasser cette vision stéréotypée de la personne âgée fragile ne doit pas pour autant conduire à nier cette vulnérabilité quand elle est effectivement là.

Penser autrement la vulnérabilité (comme source de liens sociaux). Changer le regard sur les personnes âgées et donc leur place dans la société exige de les penser

38. C. Capuano, *Que faire de nos vieux ? Une histoire de la protection sociale de 1880 à nos jours*, Presses de Sciences Po, 2018.

39. V. notamment l'étude menée par la Drees, « Confinement du printemps 2020 : une hausse des syndromes dépressifs, surtout chez les 15-24 ans », *Études et résultats*, n° 1185, mars 2021.

prioritairement comme des personnes avant de les voir comme âgées. En tant que personnes, elles sont comme tout un chacun titulaires de droits, dont le droit à l'autonomie personnelle. Comment dès lors « assister une personne très vulnérable, la représenter, tout en respectant sa part d'autonomie ? Comment la rendre capable en prenant en compte son histoire biographique marquée par les injustices et les vulnérabilités ? »⁴⁰. Une piste consiste à chercher à dépasser les oppositions traditionnelles entre désirs et sécurité, entre liberté et protection de la personne âgée. Pour ce faire, il paraît utile de penser les personnes âgées à travers les liens sociaux. À cet égard, le droit ouvre certaines perspectives avec le concept de « discrimination par association ». Cette notion, qui a été développée par la Cour de justice de l'Union européenne⁴¹, permet de sanctionner une discrimination ne touchant pas l'individu porteur de la caractéristique (ici la personne handicapée) mais les personnes qui lui sont reliées parce qu'elles s'en occupent (ici sa mère)⁴². Une telle décision pourrait trouver une déclinaison à propos des aidants de personnes âgées dépendantes. L'intérêt d'une telle approche est d'envisager l'individu dans son contexte relationnel et de garantir une appréhension globale et inclusive de sa situation. Dans le même sens, les pouvoirs publics seraient bien inspirés de s'intéresser davantage aux différents bienfaits de la **mixité des générations**, au-delà de la solidarité entre générations qui évoque essentiellement un devoir. À l'instar de ce qui est fait pour la mixité des sexes, il faudrait réfléchir aux discours, aux instruments juridiques et aux pratiques sociales à même d'accompagner cette mixité, en se fondant sur les intérêts communs que partagent les différentes générations. Cela permettrait en outre de dissiper l'idée trop souvent avancée de conflit de générations⁴³, qui engendre un risque d'exclusion mutuelle, comme ce numéro l'a démontré notamment dans le champ de la santé⁴⁴. Ce qui devrait permettre de développer ce lien c'est aussi que les générations finissent par se confondre avec le passage du temps, puisque nous sommes tous potentiellement vieux ou « provisoirement jeunes »⁴⁵. Une autre voie consisterait à appréhender la fragilité et la vulnérabilité comme inhérentes à la nature humaine⁴⁶. Certains travaux incitent à repenser, collectivement, la vulnérabilité comme élément de la condition humaine et à la placer au cœur de toute politique publique⁴⁷. Si l'on considère, notamment sur le plan économique et face à la crise sanitaire, que toutes les personnes sont potentiellement fragiles plutôt qu'autonomes, les activités liées à la prise en charge de la vulnérabilité deviennent un atout pour préserver et répartir à long terme les ressources partagées. La responsabilité de l'État serait alors, par exemple, de revaloriser les

40. B. Eyraud, « Protéger et rendre capable : la considération civile et sociale des personnes très vulnérables », *Érès*, p. 54 et suiv.

41. CJCE, n° C-303/06, Arrêt de la Cour, S. Coleman contre Attridge Law et Steve Law, 17 juillet 2008.

42. V. article de M. Mercat-Bruns et C. Giordano dans ce numéro.

43. L. Chauvel, *Le destin des générations*, PUF, 2010. Sur cette question, v. aussi S. Guérin et P.-H. Tavoillot, *La guerre des générations aura-t-elle lieu ?*, Calmann-Lévy, 2017.

44. V. notamment l'article précité de C. Bourdairé-Mignot et T. Gründler dans le présent numéro.

45. M. Mercat-Bruns, « Vieillesse et droit à la lumière du droit français et du droit américain », *LGDJ*, 2001, p. 622.

46. A. Marcos, « Vulnerability as part of human nature », dans A. Masferrer, E. Garcia-Sanchez, *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights*, Springer, 2016, p. 29.

47. V. M. Fineman, « The vulnerable subject, *Yale Journal of Law and Feminism* 2008 », p. 21. Par analogie avec le *gendermainstreaming*, le *capacity mainstreaming*, v. M. Mercat-Bruns, « Comment repenser la capacité de la personne majeure vulnérable ? Perspectives transatlantiques au croisement du droit civil et du droit social », *Revue de droit du travail* 2018, p. 31.

métiers du *care* grâce auxquels les autres acteurs peuvent se consacrer à leurs propres activités économiques en s'émancipant des obligations familiales et sociales liées à la perte d'autonomie.

Placer la fragilité – qu'elle soit temporaire ou permanente – au centre de la réflexion sur l'inclusion dans le champ du vieillissement est indispensable. Mais cela exige la participation de toutes les parties prenantes qui vivent ces relations d'interdépendance⁴⁸ (résidents âgés en établissement, personnes âgées vivant à domicile, aidants, chefs d'entreprise, consommateurs...) pour témoigner du vécu de ces expériences à la fois communes⁴⁹ et singulières et alimenter ainsi les politiques publiques.

*

* *

En complément de ce dossier, la partie informative du numéro offre deux entretiens. Le premier, celui de la Défenseure des droits, **Claire Hédon**, évoque le problème des discriminations à travers les saisines reçues, les difficultés d'accès aux droits et la question des droits des personnes accueillies en Ehpad. Le second concerne la ville du Havre. **Florence Thibaudeau-Rainot**, adjointe au maire, chargée des affaires sociales, de la solidarité et de la santé et **Olivier Bouly**, directeur adjoint du pôle Personnes âgées au CCAS du Havre, s'interrogent sur l'architecture et l'urbanisme comme éléments d'inclusion et décrivent les actions politiques menées à travers différents projets en faveur des personnes âgées. La rubrique « Point sur » accueille également deux articles. Celui de **Diégo Pollet** pose la question d'inclure ou d'exclure la famille de la charge de la protection de ses aînés vulnérables et discute de la fiabilité des instruments juridiques. Enfin, celui d'**Oumaya Hidri Neys**, à travers une revue de littérature, traite des discriminations à l'embauche des travailleurs âgés et explique le décalage entre l'épaisseur statistique des discriminations en fonction de l'âge « avancé » et le nombre peu élevé d'affaires judiciaires, un décalage sans doute dû à la complexité du cadre législatif et au renforcement de la position des employeurs en cause.

48. Article de Barbara et Olivier Giraud, précité. T. Gründler et M. Mercat-Bruns, « Personnes âgées, discriminations et citoyenneté : quels enjeux juridiques spécifiques à la lumière du droit du handicap au niveau national et international ? », *Aequitas*, à paraître.

49. La grille intersectionnelle est une façon de comprendre la confluence des désavantages mais plus au cœur d'un groupe, M. Mercat-Bruns, « La discrimination et sa critique : quel intérêt ? », *RDT*, 2022, p. 289.