

Université de Limoges

Faculté de droit et de sciences économiques

LA NOTION DE VULNERABILITE DE LA PERSONNE PHYSIQUE EN DROIT PRIVE

Thèse de doctorat

Présentée et soutenue en public le 1^{er} octobre 2004

par Lydie DUTHEIL-WAROLIN

Membres du jury

M. Thierry GARE, Professeur à l'Université de Toulouse I (Rapporteur)

M. Jacques LEROY, Professeur à l'Université d'Orléans, Doyen de la faculté de droit,
d'économie et de gestion (Directeur de recherche)

M. Jean-Pierre MARGUENAUD, Professeur à l'Université de Limoges

M. Jacques-Henri ROBERT, Professeur à l'Université de Paris II, Directeur de
l'Institut de criminologie (Rapporteur)

RÉFÉRENCES

Les abréviations suivent pour l'essentiel les normes définies par le Syndicat national de l'édition telles qu'elles sont consignées dans le livret des règles usuelles en vigueur au sein du Département droit des éditions techniques (Jurisclasseur, Semaine juridique).

Les rares références qui n'apparaissent pas dans l'édition de 1993 sont citées selon son inspiration.

La rédaction des références bibliographiques dont le support est en ligne sur Internet sont notées ainsi que le préconise l'INSA de Lyon (<http://docinsa-lyon.fr>).

Les conseils donnés pour les références sur support papier ont également inspiré présentation générale de telles références (ordre de citation des différents éléments – auteur, titre, revue, éditeur, lieu, édition, etc. – et indication systématique soit du nombre de pages, soit des numéros de la première et de la dernière page de la référence.

Règles relatives aux citations récurrentes :

Les références d'arrêts ainsi que les références doctrinales sont en principe toujours complètes. Si de telles références doivent être citées plusieurs fois dans un court intervalle, il est renvoyé à la référence complète précédente.

Abréviations

Ibid. : renvoi à la note immédiatement précédente

op. cit. : ouvrage précité

art. préc. : article de doctrine précité

préc. : renvoi à la référence située avant la note qui précède immédiatement

p. : page

pp. : pages

s. : et suivantes

spéc. : spécialement

Sous-dir. : sous la direction de

Signalons deux abréviations particulières :

R.J.P.F. : Revue juridique personne et famille

Rec. A.D. : Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme

SOMMAIRE

INTRODUCTION	3
PARTIE I. DES CONDITIONS MATERIELLES	37
TITRE I. L'ORIGINE DE LA VULNÉRABILITÉ	41
<i>Chapitre I. Des faiblesses multiples</i>	43
Section I. Les origines intrinsèques de vulnérabilité de la personne	45
Section II. Les origines extrinsèques de vulnérabilité de la personne	77
Section III. Le cumul de différentes origines de vulnérabilité d'une personne	108
<i>Chapitre II. Une faiblesse évaluée</i>	121
Section I. L'évaluation ponctuelle.....	123
Section II. L'évaluation catégorielle	165
TITRE II. LA SITUATION DE VULNÉRABILITÉ.....	181
<i>Chapitre I. Le lien de corrélation entre faiblesse et atteinte risquée mis en évidence</i>	185
Section I. Un lien latent.....	186
Section II. Un lien patent	204
<i>Chapitre II. Le lien de corrélation entre faiblesse et atteinte risquée mis à l'épreuve</i>	239
Section I. Un fondement de protection au fond.....	240
Section II. Un fondement de protection procédural	269
PARTIE II. UNE CONDITION FONCTIONNELLE	313
TITRE I. LA PARTICIPATION TOPIQUE À LA QUALIFICATION D'UN ABUS DE SITUATION	317
<i>Chapitre I. L'abus de situation qualifié en dehors du droit pénal</i>	319
Section I. La qualification d'un abus de situation avéré	320
Section II. La qualification d'un abus de situation éventuel.....	351
<i>Chapitre II. L'abus de situation qualifié en droit pénal</i>	375
Section I. La prise en compte textuelle de la notion.....	376
Section II. La prise en compte jurisprudentielle de la notion.....	425
TITRE II. LA PARTICIPATION CONSTANTE À LA QUALIFICATION D'UNE ATTEINTE GRAVE.....	457
<i>Chapitre I. Le degré de gravité de l'atteinte</i>	459
Section I. La qualification de la seule gravité d'une atteinte existante.....	461
Section II. La qualification concurrente de la gravité et de l'existence d'une infraction	498
<i>Chapitre II. L'existence de l'éventualité de l'atteinte</i>	517
Section I. Le risque d'une atteinte à l'intégrité de la personne	520
Section II. Le risque d'une atteinte aux droits procéduraux de la personne	549
CONCLUSION GENERALE	577

INTRODUCTION

1. La vulnérabilité est sans doute le propre de l'homme, elle apparaît en effet comme l'essence même de sa vie¹. Puisque sa condition d'être de chair et de sang le rend éminemment vulnérable, l'homme n'existerait alors que par la vulnérabilité, « la possibilité d'une blessure qui ne prévoit aucune parade² ». La vulnérabilité en ce sens caractérise tous les hommes qui ne peuvent échapper à leur condition. Cette vulnérabilité universelle construit notre identité et lui appartient fatalement. Parfois, l'identité est d'autant plus développée que la vulnérabilité est grande. Mais, seules quelques figures emblématiques connaissent ce destin exceptionnel. Tel est l'apanage des grands hommes³, la vulnérabilité étant placée pour le commun des mortels sous les auspices de la faiblesse.

2. Dans la réalité de la femme ou l'homme de la rue, c'est en effet la souffrance, la peur et les ravages de la douleur, l'épreuve du désarroi qui font naître la vulnérabilité. Il se peut donc que certains soient plus perméables que d'autres à la vulnérabilité. La vulnérabilité apparaît alors relative et contingente. Elle n'est pas la vulnérabilité universelle, mais la vulnérabilité particulière de quelques-uns. Sur le plan logique, cette opposition se conçoit parfaitement. En effet, « on sait qu'en logique formelle – contrairement à ce que laisserait croire le langage vulgaire – le

¹ Voir Frédérique FIECHTER-BOULVARD, La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit, *In : Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Colloque sous la direction et la coordination de Frédérique COHEY-CORDET, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2000, pp. 13-14.

² Lévinas cité par Raphaël CELIS, Entre monde et infini, La condition de l'homme moderne chez Descartes et Lévinas : *Cahiers de l'école des sciences philosophiques et religieuses*, 1990, n° 8, pp. 43-66, p. 47.

³ Ce constat *a priori* paradoxal est celui de M. Pradel à propos de la maladie par laquelle l'homme révèle une particulière vulnérabilité : Jean PRADEL, *La condition civile du malade*, Thèse, Paris, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 1963, p. 11. L'auteur cite les exemples célèbres de la lente agonie de Pascal, la surdité de Beethoven ou la cécité du sculpteur Vidal pour finalement constater qu'il s'agit là d' « exceptions heureuses ».

particulier ne s'oppose pas au général mais à l'universel⁴ ». Cette vulnérabilité conçue comme relative et particulière correspond en outre à une approche tout à fait conforme à l'idée à laquelle le mot *vulnérabilité* renvoie de prime abord.

3. Le mot "**vulnérabilité**", prononcé à haute voix, renseigne sur le *signifiant*. « On pourrait dire que le signifiant relève de la forme, mais en précisant aussitôt, comme on le fait en général, que le signifiant est la forme phonique par laquelle se manifeste le signe : c'est donc à la base un son ou une suite de sons. [...] Le signifiant n'est pas un son matériel, purement physique, mais l'empreinte psychique de ce son, nommée image acoustique. Le signifiant ne va pas seulement à l'oreille ; par l'audition ou la lecture, il va à l'esprit où il rencontre le signifié auquel il est associé⁵ ». Le mot *vulnérabilité* se prononce lentement, pour ne pas inverser les syllabes, ne se crie pas, se dit, au contraire, d'une voix timide, presque hésitante. La sonorité du mot est assez douce dans la tonalité, les consonnes associées aux voyelles produisent un son léger, dénué de rudesse⁶. Cet ensemble de remarques permet de mieux cibler le signifiant du terme. Le mot comporte en lui-même une forte capacité d'évocation. En effet, il suggère la douceur, la délicatesse de ce qui est fragile... Mais, déjà, il est allé à l'esprit où il a rencontré le signifié.

4. Le signifié est le sens du terme *vulnérabilité* qui « appartient au fond. C'est la partie non sensible, l'élément purement intellectuel du signe. [...] C'est la représentation intellectuelle, l'idée de ce que désigne le nom⁷ ». Dans le langage courant, la vulnérabilité évoque la fragilité, la faiblesse d'une personne par rapport aux autres. Cette acception correspond d'ailleurs à la définition académique de la vulnérabilité : caractère de ce qui est vulnérable, fragilité, les exemples

⁴ Noël DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Préface de Henri Mazeaud, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 7, note n° 11.

⁵ Gérard CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, Domat, Droit privé, Montchrestien, 2^e éd., 2000, p. 34.

⁶ Le terme pourrait être rattaché aux termes dont la valeur expressive est, selon M. Gérard CORNU, "poétique" aux côtés des mots *alliance*, *précaire* et *complainte*, etc. ouvrage *préc.*, p.126.

⁷ *Ibid.* p. 34.

donnés sont ceux de la vulnérabilité de l'organisme, la vulnérabilité d'un argument, d'une théorie.

5. Le terme de *vulnérabilité* est relativement récent. La première attestation de son existence dans notre langue remonte à 1836⁸. Il est dérivé de l'adjectif *vulnérable*, datant de 1676, peu usité jusqu'au XIX^e siècle, où la littérature semble lui donner ses lettres de noblesse⁹. La *vulnérabilité* est définie comme le caractère de ce qui est vulnérable, donnée comme synonyme de fragilité. Il faut donc se référer à l'adjectif vulnérable pour avoir une approche plus poussée de la signification du terme. Celui-ci est directement hérité de l'adjectif latin *vulnerabilis*, e, issu du verbe latin *vulnerare* signifiant blesser, de *vulnus*, *eris* blessure, coup porté ou reçu. L'adjectif latin avait un sens double, il signifiait à la fois *vulnérable*, au sens de *qui peut être blessé*, mais aussi au sens de *qui blesse*¹⁰. Alors que l'adjectif français *vulnérant* s'est approprié ce second sens latin, l'adjectif *vulnérable* a gardé uniquement le premier sens, sans doute sous l'influence de l'adjectif anglais *vulnerable* signifiant uniquement *qui peut être blessé*. En effet, est vulnérable aujourd'hui, au sens propre, *ce qui peut être blessé, atteint, frappé* par des coups, par un mal physique, l'adjectif s'applique en ce sens à un être animé ou une partie du corps *exposés aux blessures, aux coups* et par extension à *la douleur physique, à la maladie*. Dans un second sens, acquis au milieu du XIX^e siècle, l'adjectif vulnérable qualifie une chose concrète *qui peut être attaquée, atteinte facilement, avec succès, qui offre une cible aux coups de l'adversaire*. Enfin, au sens figuré, l'adjectif peut s'appliquer à une personne, une partie de sa personnalité ou à une

⁸ Alain REY (Sous-dir.), *Le Grand Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert-VUEF, 2001. Il apparaît pour la première fois sous la plume d'Honoré de Balzac, *In : Œuvres diverses*, Bruges, Bibliothèque de la pléiade, (2 tomes), Gallimard, 1990. Etrange présage que ce terme naisse grâce à l'auteur de la *Comédie humaine*, qui avait entrepris, puis abandonné, des études de droit.

⁹ *Le Grand Robert*.

¹⁰ Félix GAFFIOT, *Dictionnaire illustré latin-français*, Paris, Hachette, 1934, p. 1697. Le second sens est d'ailleurs présenté comme l'unique sens de *vulnerabilis*, e par Guill. FREUND, *Grand dictionnaire de la langue latine*, 3^e Tome, Paris, Librairie de Firmin Didot frères, fils et Cie, p. 606.

chose abstraite. Ainsi en est-il *d'une personne très sensible, qui donne prise aux attaques morales, aux agressions extérieures et qui les ressent douloureusement, d'une chose discutable par ses insuffisances, qui prête à la critique, qui présente des imperfections ou des insuffisances*, au sens d'attaquable, critiquable¹¹.

6. Ainsi, si l'adjectif *vulnérable* s'est enrichi de sens, il ne s'est pas diversifié, toutes ces nuances n'occulent pas le sens premier, et général du terme auquel on ne peut s'empêcher de revenir. En ce qui concerne la définition du terme *vulnérabilité*, en tant que « caractère de ce qui est vulnérable », on peut considérer qu'elle emprunte exactement les mêmes nuances de sens que l'adjectif dont elle dérive. D'ailleurs, une des rares définitions plus élaborées du substantif *vulnérabilité* est « le caractère de ce qui est à la merci de la moindre agression, au propre comme au figuré¹² », ce qui recouvre l'ensemble des approches présentées pour l'adjectif vulnérable.

7. La vulnérabilité n'est donc pas universelle, mais, au contraire, éminemment relative et contingente. La sémantique utilisée dans l'ensemble des définitions présentées ci-dessus évoque toute cette relativité. Les termes sont ceux de personne *exposée* ou encore *très sensible, qui donne prise, qui ressent douloureusement*. La vulnérabilité vise une fragilité relativement importante, la vulnérabilité commune à tous ne suffit plus, en ce sens, à caractériser la vulnérabilité qui doit révéler une faiblesse particulière. D'ailleurs, l'adjectif peut s'employer suivant la construction *vulnérable à quelque chose*, on peut étendre cette construction par analogie grammaticale à la *vulnérabilité à quelque chose*, ce qui trahit incontestablement ce sens relatif. La vulnérabilité n'est pas conçue

¹¹ Cette définition avec toutes ses nuances et ses évolutions de sens est condensée mais exhaustive. Elle traduit la définition du terme vulnérable contenue dans quatre dictionnaires : Institut national de la langue française, Bernard QUEMADA (Sous-dir.), *Trésors de la langue française, Dictionnaire de la langue du XIX^e et XX^e siècle 1789-1960*, Paris, Gallimard, 1994 ; *Le Grand Robert, préc.* ; Larousse, Louis GUILBERT, René LAGANE, Georges NIOBEY (Sous-dir.), *Grand dictionnaire des lettres, Grand Larousse de la langue française en sept volumes*, Paris, Larousse, 1986 ; Emile LITRE, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, 1967.

¹² *Le Grand Larousse, préc.*

comme un postulat objectif, qui découle de l'ordre des choses, mais bien comme une notion dépendante des circonstances et de l'environnement de ce à quoi elle s'applique. Certes, tout être peut en soi être blessé ou atteint, mais certaines circonstances sont plus propices à ces agressions. En outre, le sens étymologique et concret de *possibilité d'être blessé*, implique que la vulnérabilité s'applique avant tout à un être appartenant au monde des êtres vivants, des hommes ou des animaux uniquement donc. La menace d'une blessure ne plane pas uniquement sur l'être humain¹³. La notion de vulnérabilité appliquée à l'animal va de soi car ici, il est considéré pour ce qu'il est en fait, un être vivant, et non pour ce qu'il est en droit : « L'animal n'est « être » que sous l'angle de la sensibilité¹⁴. » Mais si le terme *blessure* est pris dans son sens moral, la vulnérabilité ne concerne, parmi ces êtres vivant, que les hommes et exclut donc les animaux.

8. La vulnérabilité étudiée ici est donc celle de la personne physique car l'ensemble des personnes physiques forme un groupe cohérent¹⁵. En effet,

¹³ Serge VICENTE, *art. préc.* p. 66 et 67, l'auteur soulève le problème de la personnification de l'animal comme condition de la reconnaissance de sa vulnérabilité pour l'écarter : « plutôt que de heurter cette distinction immuable, n'est-il pas préférable de voir dans les choses vulnérables, des choses spécifiques impliquant une protection propre et indépendante de toute personnification ? ». Et plus loin, p. 71 : « En réalité, la nature vivante et sensible de l'animal demeure parfaitement compatible avec celle de chose » Mme Suzanne Antoine défend la soumission de l'animal au droit des biens avec la création de nouvelles catégories juridiques : les « organismes vivants » et les « biens naturels », *In* : L'animal et le droit des biens : D. 2003, Chron. pp. 2651-2654.

¹⁴ Thierry REVET, *art. préc.* p. 482. Sur la prise en compte par le droit de la souffrance de l'animal : Wilfrid JEANDIDIER, La protection pénale de l'animal, *In* : Mélanges offerts à Albert Chavanne, *Droit pénal, propriété industrielle*, Paris, Litec, 1990, pp. 81-93, pp. 88 et s. ; et, plus largement, de la sensibilité de l'animal : Jean-Pierre MARGUENAUD, L'animal dans le nouveau Code pénal, *art. préc.* p. 187 ; Michel DANTI-JUAN, *art. préc.* p. 478.

¹⁵ Toutefois un doute surgit s'agissant de l'être humain non né, il était possible de l'exclure a priori de notre étude : il n'est pas une personne physique à part entière nonobstant certains effets de la personnalité juridique qui lui sont parfois octroyés par le droit. Son statut est particulier. Cela dit, sa qualité de personne physique potentielle mérite qu'il soit évoqué, bien que la notion de vulnérabilité, telle qu'elle est aujourd'hui appréhendée par le droit, a peine à s'adapter à cet être spécifique. Voir notamment : Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les personnes, les incapacités*, Paris, Defrénois,

toutes les personnes physiques sans exception sont susceptibles de connaître les mêmes causes de vulnérabilité, même si elles ne les connaissent évidemment pas toutes effectivement. Au contraire, l'étude de la vulnérabilité qui inclurait la vulnérabilité de l'animal, des choses, de la personne morale¹⁶ ou même de groupes de personnes¹⁷ conduirait à des distinctions interminables sans cohérence

2003, n° 6 p. 11 et n° 300 pp. 104 s. ; Sophie JOLY , Le passage de la personne, sujet de droit, à la personne, être humain : *Droit de la famille*, n° 10, octobre 2001, Chron. 22, pp. 9-15 ; Claire NEIRINCK, L'embryon humain, une catégorie juridique à dimension variable ? D. 2003, Chron. pp. 841-845 ; Myriam BLUMBERG-MOKRY, L'embryon humain aux prises avec le droit : *L.P.A.* 2003, n° 48, pp. 12-19.

¹⁶ Le droit ne semble pas s'intéresser à la personne morale sous l'angle de la vulnérabilité. Il est vrai cependant que l'on pouvait imaginer une période légale pendant laquelle une société commerciale est considérée comme vulnérable. Notamment avant ou lors de la période suspecte, de la période d'observation. Cependant, l'organisation juridique de cette vulnérabilité de la société vise plus la protection des tiers, clients, créanciers, salariés que celle de la société elle-même directement. On peut aussi songer à la vulnérabilité cognitive d'une petite société, d'une association ou d'un syndicat face à des entités plus puissantes économiquement ou juridiquement. L'abus de puissance économique d'une société sur le marché peut également révéler la vulnérabilité d'entreprises plus petites qui en sont victimes. Mais, ainsi que le note justement un auteur, la protection contre l'exploitation abusive par une entreprise de la dépendance économique d'une autre vise la protection du marché et non celle directement de l'entreprise victime : Marie-Laure IZORCHE, La genèse du délit d'abus de faiblesse, *In* : Equipe de recherche sur la politique criminelle, Christine LAZERGES (Sous-dir.), *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Paris, Pédone, 1995, pp. 107-119, p. 113.

¹⁷ Il faut en effet distinguer la vulnérabilité de la personne physique qui peut donner lieu à une catégorie de personnes vulnérables (par exemple les personnes âgées déficientes) et la vulnérabilité d'un groupe entier de personne (par exemple une minorité ethnique). Dans le premier cas, c'est parce que chaque personne appartenant à la catégorie est vulnérable que la catégorie existe ; dans le second, c'est parce que le groupe entier est vulnérable que la personne appartenant à celui-ci peut être considérée comme vulnérable. L'exemple le plus explicite est la vulnérabilité de certains groupes, et en particulier celui des tsiganes, reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette vulnérabilité résulte du fait qu'ils constituent une minorité : une vulnérabilité n'est pas de même nature que celle d'une personne physique, elle doit donc être écartée. Cf notamment : CEDH, grande chambre, 18 janvier 2001, Chapman c. Royaume-Uni, req. n° 27238/95, *Rec. A. D.* 2001-I ; CEDH, grande chambre, 18 janvier 2001, Coster c. Royaume-Uni, req. n° 24876/94 ; CEDH, grande chambre, 18 janvier 2001, Jane Smith c. Royaume-Uni, req. n° 25154/94.

générale. D'ailleurs, c'est à la personne physique que l'on pense naturellement lorsque l'on évoque l'idée de vulnérabilité. La personne physique est celle à laquelle le droit s'intéresse avant tout et de manière prépondérante, rendons-lui cet honneur. Restreindre le domaine de la recherche permet sans aucun doute une analyse plus fine et plus précise de la notion.

9. Cette situation de la personne est étudiée en **droit privé**. Il n'est pourtant nullement question de s'interroger sur une quelconque différence entre la personne physique de droit privé et la personne physique de droit public. Ce sont les mêmes personnes, rien ne les distingue si ce n'est le droit auquel elles sont soumises. Leur vulnérabilité est donc identique et pourrait être prise en compte par ces deux droits comme elle l'est par le droit supranational qui tend irrémédiablement à une unification des droits de la personne en droit public et en droit privé, à travers notamment la promotion des droits de l'homme. Instaurer une dichotomie entre le droit public et le droit privé dans une étude centrée sur la vulnérabilité de la personne humaine semble donc artificiel et aberrant. La personne étant la même, sa vulnérabilité, de fait tout au moins, ne peut se modifier en fonction du droit qui s'applique.

10. Le choix d'étudier la vulnérabilité en droit privé plutôt qu'en droit public repose sur des considérations très pragmatiques. La première tient à l'incompétence certaine de l'auteur de ces lignes en matière de droit public, mais l'excuse est bien facile, tout le monde peut apprendre. La seconde sera donc privilégiée : la notion de vulnérabilité pénètre en effet le droit privé en premier lieu, et en particulier le droit pénal. Au contraire, le droit public ignore la notion. Au préalable alors, l'appartenance du droit pénal au droit privé, doit être admise car cette matière emprunte certains aspects au droit public, sur le plan institutionnel notamment. Pourtant, le droit pénal est pour cette étude rattaché au droit privé parce que la prise en compte de la vulnérabilité par le Code pénal révèle « le désir de protéger la victime ». Cette préoccupation majeure de protection des personnes et de leurs droits subjectifs représente un des buts du droit criminel lui donnant des

caractères de droit privé¹⁸. La notion de vulnérabilité, très présente en droit pénal, émerge incontestablement dans les autres domaines du droit privé. Sans doute, celui-ci est-il plus emprunt de considérations factuelles, la notion de vulnérabilité est donc plus adaptée à cette réalité. Le droit public est souvent plus éloigné de telles considérations, l'absence de la notion de vulnérabilité n'est donc pas surprenante en cette matière. Ainsi, la notion n'est pas employée en droit constitutionnel s'agissant aussi bien du bloc de constitutionnalité que de la jurisprudence constitutionnelle. Et, on peut admettre que « le mot « vulnérabilité » n'est [...] pas d'un usage répandu en droit administratif », bien que l'on puisse considérer certains agents de la fonction publique comme vulnérables. Pourtant, il est incontestable que la vulnérabilité de la personne sous-tend souvent certaines dispositions de droit public¹⁹. Mais pour autant, la notion n'apparaît pas expressément ou de manière suffisamment nette pour offrir un point de départ à une recherche fructueuse. L'étude de la vulnérabilité en droit public est donc exclue ici. A l'inverse, la notion s'adapte bien au droit privé, dont la nature est emprunte de considérations individuelles.

11. La vulnérabilité de la personne physique est une notion émergente en droit privé. C'est principalement en droit pénal qu'elle apparaît en premier lieu et qu'elle demeure aujourd'hui encore principalement présente. Il convient donc d'analyser en détail comment ce droit l'appréhende à la fois à travers

¹⁸ Jean PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, Manuels, Cujas, 14^e éd., 2002, p. 77, n° 77 ; Jean CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, Thémis, Droit privé, P.U.F., 27^e éd. refondue, 2002, p. 122, n°64 ; cette préoccupation de la victime en tant qu'elle peut demander réparation du dommage comme rattachant la matière au droit privé est classique, René GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, vol. I (6 Vol.), 3^e éd. par Paul GARRAUD, Paris, Sirey 1913 à 1926, n°27, p. 59.

¹⁹ Sur ces différents points voir : Elisabeth VALLET, La vulnérabilité et le droit constitutionnel ; Catherine RIBOT, La vulnérabilité en droit administratif ; Jean-Charles FROMENT, La vulnérabilité pénale des agents publics comme moteur de changement du droit de la fonction publique, In : *Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Colloque sous la direction et la coordination de Frédérique COHEY-CORDET, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2000, pp. 57-64, 311-321, 295-310, et en particulier pp. 57 et 311.

la législation, mais aussi la jurisprudence, qui constitue en l'occurrence une source précieuse d'informations. Une autre source fondamentale permet à la vulnérabilité des personnes de s'affirmer en droit, il s'agit de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme où la référence à la vulnérabilité semble faire boule de neige. Aussi, l'approche doctrinale de la protection juridique des personnes ne néglige-t-elle pas l'analyse sous l'angle de la vulnérabilité de la personne. Ailleurs, même si le recours à la vulnérabilité demeure plus discret, il est de plus en plus présent sous l'influence de ces sources majeures. Il est donc indispensable de faire un tour d'horizon général de la prise en compte de la notion en droit privé, tant par la loi que la jurisprudence, mais aussi par la doctrine, essentielle pour l'éclosion et l'épanouissement d'une notion.

12. Le **Code pénal** contient aujourd'hui une vingtaine d'articles se référant soit directement, soit indirectement à la vulnérabilité à propos de la victime d'une infraction pénale. La majorité de ces articles fait de la vulnérabilité de la victime une circonstance aggravante. La vulnérabilité semble d'ailleurs devenir incontournable aujourd'hui en tant que circonstance aggravante, le législateur y a recours quasiment systématiquement²⁰. Plus rares, quelques articles érigent la vulnérabilité en condition de l'infraction elle-même. Si cette notion semble aujourd'hui se développer, notamment depuis le Code pénal de 1992, le droit pénal ne la découvre que très tardivement. Ainsi, la vulnérabilité apparaît pour la première fois dans le Code pénal grâce à la loi n°80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs par le biais de la notion de *personne vulnérable*. Cette loi érigeait en circonstance aggravante du viol et de l'attentat à la pudeur le fait que la victime soit « une personne particulièrement

²⁰ Ainsi, la loi n°98-468 du 17 juin 1998 sur les mouvements sectaires, créant l'infraction de bizutage l'aggrave lorsqu'elle est commise sur une personne vulnérable. Surtout, la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure crée notamment les infractions de traite des êtres humains et d'exploitation de la mendicité et les aggrave naturellement lorsqu'elles sont commises sur une personne vulnérable notamment. Enfin, la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité aggrave l'abus de confiance lorsqu'il est commis au préjudice d'une personne particulièrement vulnérable.

vulnérable en raison d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale²¹ ». Le Code pénal de 1992 a repris sensiblement la même formule si ce n'est qu'il a substitué la notion de *personne vulnérable* à celle de *vulnérabilité*. En effet, une formule récurrente aggrave certaines infractions commises sur, ou à l'égard d' « une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur²² », au préjudice de celle-ci²³ ou enfin facilitée par la particulière vulnérabilité de cette personne²⁴. La particulière vulnérabilité d'une personne est une condition de l'infraction pour le délit d'abus de faiblesse²⁵ et pour celui, récent, de recours à la prostitution d'une personne vulnérable incriminé à l'article 225-12-1 du Code pénal. Enfin, la vulnérabilité, alléguée de son inséparable qualificatif *particulière*, conditionne la qualification de deux infractions sanctionnant la soumission à des conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne²⁶.

²¹ Articles 332 alinéa 3 et 333 de l'ancien Code pénal.

²² Meurtre, art. 221-4.3° du Code pénal ; empoisonnement, art. 221-5 alinéa 3 ; torture et actes de barbarie, art. 222-3.2° et de manière habituelle, art. 222-4 ; violences, art. 222-8.2°, art. 222-10.2°, 222-13.2°, et de manière habituelle, art. 222-14 ; viol, art. 222-24.3° ; agressions sexuelles autres que le viol, art. 222-29.2° ; proxénétisme, art. 225-7.2° ; bizutage, art. 225-16-2° (issu de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998) ; traite des êtres humains, art. 222-4-2-2° et exploitation de la mendicité, art. 225-12-6-2° (issus de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003).

²³ Extorsion, art. 312-2.2° ; escroquerie, art. 313-2.4° et dernièrement : abus de confiance, art. 314-2-4° (issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004).

²⁴ Vol, art. 311-4.2° ; destruction, dégradation, détérioration ne présentant pas de danger pour les personnes, art. 322-3.2°.

²⁵ Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, devenu l'article 223-15-2 du Code pénal depuis la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 élargissant l'ancienne infraction d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, ancien article 313-4 (abrogé par la loi du 12 juin 2001 précitée).

²⁶ Articles 225-13 et 225-14 du Code pénal, remaniés par la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure. Cette loi a en outre ajouté un art. 225-15 au Code pénal permettant l'interprétation de ces dispositions en ce qui concerne les notions de *personnes vulnérables ou dépendantes*.

13. Le Code pénal se fait donc le lit de l'émergence en droit de la vulnérabilité. L'expression « personne particulièrement vulnérable » apparaît même dans le titre de la section du Code pénal intitulée « Du recours à la prostitution de mineurs ou de personnes particulièrement vulnérables » créée par la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure. L'introduction, dans un Code pénal, d'un concept tel que la vulnérabilité marque incontestablement la prise en compte d'une donnée sociale nouvelle, d'une évolution des mœurs. Cette prise en compte, en tant que circonstance aggravante de nombreuses infractions, mais aussi en tant que condition préalable d'une infraction, exprime donc *une valeur sociale privilégiée*²⁷. La société créatrice de normes semble être très sensible au sort des personnes que leur faiblesse expose à des atteintes inacceptables. Ainsi, M. Robert Badinter, dans la présentation du projet de nouveau Code pénal en 1988, indique-t-il que ce code doit « exprimer les valeurs de notre temps » et donc être « inspiré par les droits de l'homme ». Or, « les atteintes à la personne humaine sont particulièrement *graves*, voire odieuses quand elles visent des *mineurs* et surtout des enfants âgés de *moins de quinze ans* ou des personnes particulièrement *vulnérables*²⁸ ». La prise en compte expresse de la notion de vulnérabilité exprime donc au-delà de son aspect technique et juridique un choix de société affirmé qui ne peut se cantonner à un seul domaine unique. Si le droit pénal est le premier domaine dans lequel s'exprime clairement ce choix, il ne peut en être le seul terrain d'expression. Il est clair que la vulnérabilité est une notion destinée à innover l'ensemble du droit privé.

14. Ainsi, la notion de personne vulnérable semble aujourd'hui trouver un terrain favorable en **droit civil**. En particulier en droit des contrats, un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 13 janvier 1999 retient qu'une personne vulnérable, en l'espèce l'ancienne adhérente d'une secte, séparée de son époux et ayant à charge ses enfants, peut être victime d'une violence morale

²⁷ Selon les termes de Cécile BARBEGER, Les personnes vulnérables, *In* : Actes du XIIIe Congrès de l'association française de droit pénal, Le nouveau Code pénal : deux années d'application, *Rev. jur. d'Ile-de-France*, 1994, n°44, pp. 179-191, p. 183 et *Rev. pénit.* 1996, n°3, pp. 179-191, p. 281.

²⁸ Commission de révision du Code pénal, *Projet de nouveau Code pénal*, présentation par Robert BADINTER, Paris, Dalloz, 1988, p. 39.

justifiant l'annulation de la vente de sa maison, sur le fondement de l'article 1112 du Code civil²⁹. Un tel emploi du qualificatif *vulnérable* semble pouvoir se rattacher à ce qu'un auteur qualifie de « prédisposition passive à la violence³⁰ ». Cet arrêt, et en particulier la notion de vulnérabilité à laquelle les juges ont recours, doit être considéré comme ayant un impact juridique non négligeable. En effet, l'arrêt a été abondamment commenté. En outre, lorsque dans l'édition de l'année 2000 de son ouvrage de droit civil sur les personnes le doyen Carbonnier consacre un paragraphe à la particulière vulnérabilité, une évolution quant à l'extension possible de la notion se dessine. La notion pénale est appliquée au droit civil, en référence à l'article 1112 du Code civil. Selon cet auteur, le mot vulnérabilité évoque une exceptionnelle sensibilité aux coups et blessures du corps et de l'esprit, un défaut de défense plus grand que dans la moyenne des humains³¹. Aussi, dans un intéressant article, le professeur Gridel évoque-t-il la vulnérabilité objective due au grand âge, non seulement protégée en droit pénal, mais aussi en droit civil³². L'apparition du terme de vulnérabilité dans un arrêt remarqué de la Cour de cassation, ainsi que sous la plume d'auteurs dont l'autorité est incontestable, est significative de la capacité de la notion à se développer en droit civil.

15. Mais la notion de vulnérabilité est également accueillie largement dans la **jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme** : celle-ci recourt facilement au terme de *vulnérabilité* lorsqu'elle est amenée à interpréter

²⁹ Cass. civ. 3^e, 13 janvier 1999 : *Bull.civ.* III, n° 10 ; *D.* 1999, Inf. rap. p. 38 ; *D.* 2000, J. pp. 76-80, note Christophe WILLMANN ; *Petites affiches* 1999, n° 239, pp. 4-5 et n° 242, pp. 4-5, note François MAGNIN ; *Defrénois*, 1999, pp. 749-751, obs. Philippe DELEBECQUE ; *Gaz. Pal.* 2001, 3, J. pp. 1583-1589, note Jean ROVINSKY ; *JCP* 1999, éd. G., I, Chron. 143, pp. 1076-1077, note Grégoire LOISEAU ; *Contrats, conc., consom.* 1999, p. 54, note Laurent LEVENEUR ; *RTD civ.* 1999, p. 382, obs. Jacques MESTRE.

³⁰ François MAGNIN, *Petites affiches* 1999, n° 242, note *préc.* p.4.

³¹ Jean CARBONNIER, *Droit civil, Les personnes, personnalité, incapacités, personnes morales*, Paris, P.U.F., Thémis, Coll. Droit privé, 22^e éd., 2000, p. 296. Le terme de vulnérabilité figure même à l'index de l'ouvrage p. 144. Il est notable, en outre, que le paragraphe en question est situé dans une partie traitant de la protection des majeurs en dehors du Code civil.

³² Jean-Pierre GRIDEL, La sénescence mentale et le droit : *Gaz. Pal.* 2001, 1, Doctr., pp. 4-12, p. 11.

certains articles de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³³. Notons que le rattachement de la jurisprudence européenne des droits de l'homme au droit privé est assez naturel, tout en méritant quelques justifications. Tout d'abord, les droits de l'homme sont l'affaire de tous et ceux-ci transcendent la distinction interne entre le droit public et le droit privé. Ensuite, il s'agit d'une juridiction internationale à laquelle cette distinction, de droit interne, ne s'applique évidemment pas. Mais plus précisément le recours, par cette juridiction à la *vulnérabilité* se fait dans un but de protection de l'individu et souvent de sanction de l'atteinte qui lui est portée. Ainsi, comme pour le droit pénal, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peut être rattachée au droit privé.

16. Cela dit, la notion de vulnérabilité n'apparaît dans aucun des articles ni de la Convention européenne des droits de l'homme, elle-même, ni de l'un de ses protocoles additionnels. Cette notion joue pourtant un rôle identique à certains concepts. En effet, si les termes de la Convention sont interprétés par la cour de manière autonome, c'est pour « réduire les zones d'inapplicabilité de la Convention et, ce faisant, participe[r] de la recherche de l'effectivité des droits proclamés³⁴ ». Or, dans tous les cas, on le constatera, la prise en compte de la vulnérabilité de la personne par la cour tend à cette même fonction. Elle participe à l'interprétation maximaliste des droits garantis par la convention quant à leur teneur³⁵. Il apparaîtra que la vulnérabilité contribue à envisager la situation de la

³³ Nom officiel rappelé par les professeurs Jean-Pierre Marguénaud et Frédéric Sudre notamment. *In*, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Connaissance du droit, Dalloz, 2^e éd., 2002, p.1 et *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Que sais-je ? P.U.F., 5^e éd., 2002, p. 3. Convention que l'on désignera dorénavant sous son appellation plus commune de Convention européenne des droits de l'homme.

³⁴ Frédéric SUDRE, Le recours aux notions autonomes, *In* : Institut de droit européen des droits de l'homme, Frédéric SUDRE (Sous-dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998, Faculté de Droit de Montpellier I, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 1998, pp. 93-131, p. 109.

³⁵ Michel MELCHIOR, Notion "vagues" ou "indéterminées" et lacunes dans la Convention européenne des droits de l'homme, *In* : Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA, *Protecting Human Rights* :

personne, de manière concrète, dans l'affaire en cause ; or, l'effectivité des droits passe, pour la cour, par cette appréciation des circonstances de la cause. Ainsi, la référence fréquente à la vulnérabilité des personnes dans la jurisprudence européenne, associée à cette fonction de renforcement de l'effectivité des droits de l'homme, conduit à penser qu'implicitement la cour considère que *la protection des personnes du fait de leur vulnérabilité est l'objet d'un consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe*³⁶. La cour admet que la vulnérabilité justifie une protection accrue de la personne. Celle-ci se manifeste de deux manières : soit par la sanction accrue de l'Etat ayant porté atteinte à cette personne, soit par une protection préventive des personnes considérées comme vulnérables. Il y a là une évolution juridique commune aux Etats membres marquant l'apparition d'une valeur sociale nouvelle.

17. Les **législations étrangères ou supranationales** se soucient aussi de la protection de la personne vulnérable. Dans le domaine des incapacités, la loi allemande datant du 12 septembre 1990 met d'avantage l'accent sur la protection que sur l'incapacité de la personne³⁷. La notion de personne vulnérable est alors plus appropriée que celle d'incapacité afin de présenter cette loi³⁸. Dans un domaine différent, relatif à la procédure, l'adjectif « vulnérable » semble aussi

The european Dimension / Protection des droits de l'homme : La dimension européenne, Köln, Berlin, Bonn, München, édité par Franz Mather - Herbert Petzold, Carl Heymans Verlag KG, 1988, pp. 411-419, p. 411.

³⁶ L'idée de consensus des Etats membres permet en effet à la cour de cadrer l'interprétation évolutive de la Convention. Pour que l'interprétation d'un article de la Convention puisse évoluer « à la lumière des conditions d'aujourd'hui », la cour exige qu'un degré de consensus suffisant se dégage du droit des Etats membres. Sur cette question voir : Jean-Pierre MARGUENAUD, *La cour européenne des droits de l'homme*, op. cit. pp. 39-41 ; François RIGAUX, Interprétation consensuelle et interprétation évolutive, In : Institut de droit européen des droits de l'homme, Frédéric SUDRE (Sous-dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, préc. pp. 41-62.

³⁷ Thierry VERHEYDE, La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français ? *J.C.P* 1993., éd. N., I. pp. 396-402, p. 396.

³⁸ Bertrand HOHL, Marie VALDING, Protection des personnes vulnérables. Le droit français devrait-il s'inspirer du droit allemand ? *Gaz. Pal.* 2000, mars-avril, Doctr. pp. 634-635.

trouver la bénédiction à la fois de la doctrine et des auteurs de textes légaux. Une recommandation du Conseil de l'Europe vise à ce que les Etats prennent des mesures pour assurer la protection des témoins vulnérables en particulier dans les cas de criminalité au sein de la famille³⁹. Cette volonté de protection des témoins vulnérables est particulièrement présente dans les droits anglo-saxons. Au Royaume-Uni, le Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 impose des mesures spéciales lorsque les témoins sont vulnérables ou susceptibles de faire l'objet de pressions⁴⁰. La vulnérabilité de la personne est donc une réalité de plus en plus prise en considération.

18. Cette évolution est aussi perceptible dans **la doctrine**, les auteurs semblent en effet assez enclins à s'intéresser au sort des personnes vulnérables. La nécessité de protéger ces personnes contre les atteintes qu'elles pourraient subir du fait de leur grande faiblesse semble s'imposer. Ainsi, dans le domaine médical ou biomédical, la vulnérabilité de la personne est une préoccupation récurrente, notamment en ce qui concerne les problèmes liés à la pratique d'actes de médecine d'exception⁴¹. En effet, le droit comparé et supranational s'intéresse au « droit à la santé des personnes vulnérables⁴² ». Cette vision large de la

³⁹ La protection des témoins contre toute manœuvre d'intimidation et les droits de la défense / Recommandation n° R (97) 13 du 10 décembre 1997 : *RUDH 1997*, Documentation, pp. 298-318, p. 299. La loi n° 2002-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne intervient d'ailleurs dans le sens d'une meilleure protection des témoins (art. 706-57 à 706-63 du Code de procédure pénale).

⁴⁰ Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, Part II, Chapter I : "Special measures directions in case of vulnerable and intimidated witnesses", [en ligne], Disponible sur : <<http://www.hmsso.gov.uk>>, (consulté le 11 avril 2003).

⁴¹ Relevant de techniques hors norme, par opposition aux actes relevant de la médecine ordinaire, qui sont des actes médicaux ordinaires. Cf. Lin DAUBECH, Les formes légales du consentement : *Gaz. Pal.* 1999, I, Doctr., Colloque, Le consentement aux actes médicaux, pp. 19-26.

⁴² Titre d'une chronique au Journal international de bioéthique. Pour un exemple d'article publié dans cette chronique : Patricia VLIÉGHE, Anne-Françoise GENNOTTE, Philippe CASPAR, Violation des droits de l'homme dans le cas des personnes mentalement retardées séropositives : état des lieux : *Journ. int. bioéth.* 1999, n° 1-2, pp. 57-68.

catégorie des personnes vulnérables se ressent de la même manière dans la doctrine française, en particulier en ce qui concerne les expérimentations. En ce domaine, s'agissant de la protection renforcée d'un nombre important de catégories de personnes, des auteurs utilisent la notion fédératrice de personnes vulnérables. Celles-ci regroupent les personnes incapables, mais aussi les personnes soumises à des pressions extérieures que sont les détenus ou les personnes en situation de dépendance⁴³. Sont vulnérables également : les femmes enceintes ou qui allaitent, les « incapables de fait dont l'état psychologique ou mental est pourtant altéré » et les personnes admises dans un établissement sanitaire ou social à d'autres fins que la recherche⁴⁴. Par ailleurs, les personnes privées de liberté, les malades en situation d'urgence, les personnes hospitalisées sans leur consentement et les personnes non affiliées à un régime de sécurité sociale sont quant à elles « particulièrement vulnérables⁴⁵ ».

19. Cependant, si la nécessité de protéger les personnes vulnérables s'impose, sous la plume doctrinale, comme fondement sociologique à toute une série de dispositions protectrices, cette référence à la vulnérabilité n'a *a priori* aucune signification juridique. Elle dénoterait simplement l'aspect "utile" d'un terme fédérateur en ce qui regroupe un ensemble de situations de faiblesses analogues donnant lieu à une protection juridique sous différentes formes. Le plus souvent, en effet, le droit protège des catégories de personnes vulnérables sans avoir recours au terme de vulnérabilité expressément. Seule l'analyse permet de reconnaître la vulnérabilité derrière ces dispositions.

20. Mais, la vulnérabilité existant juridiquement au-delà de l'utilisation du terme de *vulnérabilité* par la loi, la doctrine ou le juge est une conception à écarter. En effet, la vulnérabilité serait alors conçue comme un **abstract**. Les

⁴³ Christian BYK, Recherche médicale et droits de l'homme. Une approche européenne : *JCP* 1993 éd. G, I, 3719, pp. 484-488, p. 487.

⁴⁴ Bénédicte BEVIÈRE, *La protection de la personne dans la recherche biomédicale*, Thèse Rennes I, Francis Kernalegou (Sous-dir.), 1996, p. 82 et s.

⁴⁵ *Ibid.* p. 91 et s.

abstracts « sont extraits de concepts déjà connus, mais ils n'en sont qu'une émanation, une essence. Ils manifestent une appréhension différente des concepts juridiques traditionnels, abordés avec analyse et synthèse⁴⁶ ». Or, la vulnérabilité recouvre une matérialité que le droit prend en compte à travers d'autres notions telles celles de faiblesse, de dépendance, ou bien à travers des faiblesses de la personne physique visées ponctuellement, dues notamment à l'âge ou la maladie, la fragilité psychologique, la pauvreté, l'exclusion... Dès lors que le droit se préoccupe de ces personnes faibles, dans l'hypothèse où leur état ou leur situation les expose à un risque particulier d'atteinte, l'abstract de vulnérabilité est présent. L'abstract est alors la vulnérabilité de la personne que le droit prendrait en considération sans le dire. On pense à la protection des enfants, des personnes incapables, des personnes handicapées contre toutes les atteintes auxquelles ils sont exposés en raison de leur faiblesse, mais aussi à la sanction des atteintes physiques, morales ou des atteintes au consentement portées à des personnes en état de faiblesse. La vulnérabilité d'une personne serait ainsi considérée comme susceptible de recouvrir l'ensemble de ces situations juridiques dans lesquelles une faiblesse particulière amoindrit les capacités de défense d'une personne⁴⁷.

21. Mais, une telle approche présente deux inconvénients majeurs. Tout d'abord, la sanction et la prévention des atteintes aux faibles, si elles ne représentent évidemment pas la totalité de l'activité juridique, en représentent néanmoins une partie non négligeable. Rechercher la vulnérabilité de la personne dans toutes ces situations serait pour le moins obsédant. Ensuite, sur le plan logique, cela correspondrait à un cheminement surprenant : il s'agirait de partir d'une définition présupposée de la vulnérabilité pour, ensuite, la rechercher derrière

⁴⁶ Aline TERRASSON DE FOUGERES, *Le modèle en droit privé de la famille, Notion et fonction (Essai de droit comparé interne)*, Thèse Paris II, Gérard Cornu (Sous-dir.), 1994, p. 338. Ainsi, l'auteur dégage notamment l'abstract de ménage pour le mariage et le concubinage, l'abstract de foyer pour la filiation légitime, naturelle, l'autorité parentale (p. 339).

⁴⁷ Par exemple, considérer que la protection accordée au mineur en danger en droit civil est fondée sur sa vulnérabilité, abstract général auquel on peut se référer en dehors de toute utilisation du terme par la loi, la doctrine ou le juge.

un ensemble de dispositions juridiques⁴⁸. Or, une telle démarche propre aux sciences hypothético-déductives qui « partent toujours de définitions », n'est pas dans la logique du droit qui, selon M. Raymond Gassin, se rattache aux sciences empiriques dans lesquelles « les définitions ne sont toujours que des points d'aboutissement, des conclusions, au terme du travail d'induction qui est fait à partir de l'observation ». Il n'est donc pas pertinent d'envisager la vulnérabilité comme un abstract. La démarche propre aux sciences empiriques s'impose alors.

22. Notre recherche résulte, en effet, d'une progression proche de celle décrite par M. Yves Gaudemet à propos de la méthode du juge : au terme d'un raisonnement classique induction-déduction, « il s'agit partant de la pluralité des solutions d'espèce, de procéder par induction pour en exprimer un principe, une construction ou une catégorie de référence de portée générale ; à ce stade se succèdent les opérations de recensement des espèces, de comparaison et de mise en ordre, puis l'induction qui conduit à la découverte du concept. Mais le cheminement du juge ne s'arrête pas ici ; à la découverte du concept succèdera ce que l'on pourrait appeler la vérification de sa valeur et de son utilité ; il s'agit alors de déduire du principe les applications et les conséquences qu'il comporte et d'en mesurer l'intérêt⁴⁹ ». La méthode à suivre ne présente alors, en théorie au moins, que peu de difficulté : rechercher des constantes dans la prise en considération de la vulnérabilité par le droit en vue d'en dégager tant les conditions d'existence que le régime juridique.

23. La découverte juridique de la vulnérabilité ne peut alors avoir pour point de départ que les références expresses à la notion. Non seulement cohérente sur le plan logique, une telle approche permet en outre d'adopter une démarche honnête. Il n'est en effet pas anodin pour le juge, le législateur et la doctrine

⁴⁸ Raymond GASSIN, Les définitions dans les textes en matière pénale, *In* : *RRJ*, Cahiers de méthodologie juridique, n° 2, *Les définitions dans la loi et les textes réglementaires*, Colloque Aix-en-Provence, 11-12 septembre 1987, pp. 1019-1042, p. 1020.

⁴⁹ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Georges Vedel (Sous-dir.), L.G.D.J., Paris, 1972, p. 28.

d'utiliser un terme plutôt qu'un autre. Ainsi, le choix opéré par le législateur d'employer le mot *vulnérabilité* traduit le *pouvoir de nommer* appartenant à celui-ci. L'apparition récente du terme dans la sphère juridique s'apparente ainsi à une *création linguistique qui s'affirme comme support et renfort de l'innovation législative*⁵⁰. Plus largement, le juge et la doctrine contribuent à la création linguistique et donc à l'innovation en droit. Or, une notion ne peut espérer exister juridiquement en tant que telle qu'à la condition d'être nommée. Dès lors, la démonstration selon laquelle la vulnérabilité est **une notion juridique à part entière** devient possible.

24. Quelques indices de l'existence d'une telle notion peuvent être relevés dans les lignes de certains auteurs. Ceux-ci mettent en évidence la cohérence juridique de la notion de vulnérabilité. Ainsi, M. Thierry Fossier affirme que « la notion de personne vulnérable [...] est entrée dans le droit français interne par le vecteur du Code pénal (article 309-2 ancien et 220-10 nouveau). Sa transposition au droit privé n'est pas interdite ; elle inspire indirectement quelques propositions doctrinales ou textes civils supra légaux ou para légaux. Ainsi, l'adulte malade, infirme ou très âgé, l'enfant orphelin ou en danger constituent tout un ensemble de sujets de droits homogène en ce que l'autorité publique leur doit une protection renforcée⁵¹ ». L'intérêt de la notion, avec toutes les interrogations qu'elle comporte, se dévoile alors. Mme Aline Terrasson de Fougères constate en effet que « se dessine ainsi une nouvelle catégorie de majeurs protégés ou à protéger, non plus en raison de la seule « incapacité » traditionnelle, mais de l'état de faiblesse. La vulnérabilité reste à définir⁵² ». Mme Elisabeth Paillet affirme quant à elle que « la protection du majeur vulnérable peut se réaliser par différentes voies. Certaines ne portent pas atteinte à la règle, contenue dans l'article 488 du Code

⁵⁰ Gérard CORNU, *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, coll. Doctrine juridique, P.U.F., 1998, p.291.

⁵¹ Thierry FOSSIER, Droits de la défense et personnes vulnérables : *Rev. sc. crim.* 1998, pp. 57-68, n°3, p.57.

⁵² Aline TERRASSON DE FOUGERES, La maltraitance des personnes âgées : *RD sanit. soc.* 2003, pp. 176-186, p.184.

civil, de la capacité civile à dix-huit ans⁵³ ». M. Antoine Rétault note que « les difficultés que soulèvent la protection des personnes hospitalisées s'inscrivent dans le cadre plus général du problème de la protection des personnes vulnérables dans la loi⁵⁴ ». Ainsi, même si l'on se situe dans des domaines touchant de près le problème des incapacités, il est notable que la personne vulnérable, si elle peut être soumise à un régime de protection de nature civile en raison de sa vulnérabilité sur le plan matériel, relève d'une catégorie de personnes beaucoup plus large pour laquelle une protection juridique renforcée est nécessaire. L'existence juridique d'une notion de vulnérabilité se profile timidement.

25. Plus nettement, la vulnérabilité intéresse la doctrine dans une appréhension plus globale, avec l'organisation de réflexions d'ensemble autour de cette question. Ainsi, un colloque sur le thème de *vulnérabilité et le droit*, sous la direction de Mme Frédérique Cohet-Cordey, fut organisé par le Centre de droit fondamental de la faculté de droit de Grenoble le 23 mars 2000⁵⁵. De même, la Sous-commission du droit des majeurs vulnérables du Barreau de Paris, présidée par M^e Florence Fresnel, organise-t-elle des débats réguliers centrés sur la problématique de l'accès au droit des personnes vulnérables. L'existence même de telles réflexions et la richesse de leurs contenus témoignent de l'intérêt porté à la notion de vulnérabilité par le droit privé. Cette effervescence invite à une recherche approfondie sur la vulnérabilité qui tend à démontrer qu'il s'agit d'une notion juridique à part entière.

26. Dès lors, le concept de **notion juridique** doit être précisé et mis en perspective avec la vulnérabilité conçue comme telle. M. Yves Gaudemet, dans sa thèse intitulée *Les méthodes du juge administratif*, considère que les notions font

⁵³ Elisabeth PAILLET, Vieillesse, capacité et famille : *Dr. et patrimoine* 2000, pp. 54-60, p. 55.

⁵⁴ Antoine RETAULT, L'expérimentation sur le malade : soins ou recherche ? A propos de la loi Huriet en psychiatrie : *RTD civ.* 1998, pp. 57-70.

⁵⁵ Centre de droit fondamental, Faculté de droit de Grenoble, Frédérique COHET-CORDEY (Sous-dir.), *Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2000.

partie du système de concepts auquel se réfère le juge administratif, le concept est donc plus large. Ce système de concept est constitué de techniques et de constructions. Ces dernières comprennent, selon l'auteur, les théories, les principes, les notions, les catégories⁵⁶. Le concept de *notion* implique le souci « de trancher une difficulté particulière par le recours à un concept fonctionnel. Finalement c'est son caractère « opérationnel » qui caractérise la notion⁵⁷ ». Aussi, « le concept de notion se distingue de celui de théorie parce qu'il n'en a pas la puissance logique, de celui de principe parce qu'il présente un caractère plus immédiatement fonctionnel. Lorsque le juge invoque une notion, il est déjà sur le chemin de la solution, le temps de la consultation des grands principes est terminé [...] Les notions conservent ainsi un caractère souple ; le juge les modèle suivant le but qu'il veut atteindre plus qu'elles ne s'imposent à lui⁵⁸ ».

27. La vulnérabilité ne peut pas être considérée dès à présent comme un concept général qui transcende toute disposition où on peut la reconnaître. Elle ne s'impose à personne, elle n'est prise en compte que lorsque le législateur l'exige dans des dispositions ponctuelles, mais toujours en raison des circonstances d'une espèce particulière. Cette liberté quant à la prise en compte de la vulnérabilité est donc entre les mains du juge, lorsque cela lui paraît adéquat, et qu'une telle prise en compte va dans le sens de son raisonnement, le renforce. La vulnérabilité est utile au raisonnement juridique. Celui qui fait le droit puise, cueille la notion au gré de la solution qui s'impose à lui.

28. Toujours selon M. Yves Gaudemet, « une autre indication doit être cherchée dans le caractère prélogique des notions : le juge les découvre plus qu'il ne les construit ; il s'y réfère plus qu'il ne les définit ; la cohérence logique qui, nous l'avons dit, caractérise les théories, est ici entièrement absente. Il y a dans l'utilisation des notions un aspect intuitif ». Or, c'est bien ainsi sans aucun doute que fonctionnent tant le législateur, que le juge, voire la doctrine, lorsqu'ils utilisent

⁵⁶ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit. p. 25-49.

⁵⁷ *Ibid.* p. 37.

⁵⁸ *Ibid.* p. 38.

le terme de vulnérabilité, porteuse d'un sens fort tout en intuition. Le recours à ce mot semble bien plus relever dans un premier temps du rationnel ressenti que du rationnel pur. Peut-être qu'à l'exemple de l'équité, il serait possible de dire de la vulnérabilité qu'« elle se sent, elle ne se définit pas⁵⁹ ». Il est en effet possible de considérer que la prise en compte de la vulnérabilité relève de ce que Jean Carbonnier appelle la « logique du cœur ». « Le droit étant humain et l'homme étant sensible non moins qu'intelligent, il serait humain, pas trop humain, que le cœur eut sa place dans le droit au même titre que la raison⁶⁰ ». L'emploi par le législateur, les juges et la doctrine de ce terme relève incontestablement, pour une large part en tout cas, de ce ressenti, ou plus généralement de l'intuition.

29. Cette part intuitive explique que l'on préfère parler de notion de vulnérabilité plutôt que de *concept* de vulnérabilité. En outre, « pour qu'un « mot » devienne un « concept », il doit établir son espace propre, fonder son ordre ; il a une « histoire », qui le fait passer par d'autres concepts ou sur des plans divers⁶¹ ». Sans doute la vulnérabilité représente-t-elle un phénomène juridique un peu récent pour la considérer comme organisée et surtout comme ayant son « espace propre ». Parler de *concept de vulnérabilité* semble dès lors un peu abusif et tendrait à forcer, déformer la réalité de la place de la vulnérabilité dans le droit privé. Nous préférons en effet employer modestement les termes de *notion de vulnérabilité* plutôt que ceux de *concept de vulnérabilité*. Le concept semble, et cette remarque relève plus de l'intuition personnelle que de la réflexion rationnelle, plus abstrait, il a plus de mal que la notion à s'encreur dans la réalité matérielle, tout en pouvant être fonctionnel évidemment, c'est de manière moins nette peut-être. Il représente sans doute un champ plus large de potentiel d'une notion, une étape ultérieure dans son évolution juridique certainement plus transcendante, mais aussi

⁵⁹ Jean CARBONNIER, Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille, *In* : Centre national de recherches de logique, Travaux publiés par Chaïm PERELMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 99-112, p. 106.

⁶⁰ *Ibid.* p. 111-112.

⁶¹ Bernard EDELMAN, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau : *D.* 1997, Chron., pp.85-192, p. 185.

bien plus complexe⁶². Le présent de la vulnérabilité s'accorde mieux avec la notion, le concept de vulnérabilité étant peut-être l'avenir.

30. La vulnérabilité en tant que notion semble *a priori* difficile à cerner juridiquement : elle se manifeste de manière désordonnée sur la scène juridique et sous des formes très diverses. Ainsi, M. Christophe Willmann constate qu'on « ne peut s'empêcher d'éprouver un regret qui porte sur la faible lisibilité de la notion de vulnérabilité, notion fuyante, complexe et, semble-t-il, irréductible à une seule donnée⁶³ ». La vulnérabilité appartient donc à la catégorie des **notions floues**. Ce sont des notions dont « la dénomination, le signifiant restent constants, mais dont le domaine, le champ, le signifié sont mouvants, évoluent⁶⁴ ». La notion floue peut cependant être spécifiée, « à cet égard, le flou se distingue... du mou, car les notions floues ne relèvent d'un raisonnement logique qu'à la condition de se référer à une notion spécifiable, donc précise⁶⁵ ». La nature floue n'exclut en aucun cas la possibilité de préciser une notion⁶⁶, celle-ci doit avoir une structure logique. Au contenu indéterminé de la notion répondent des conditions qui la spécifient. La

⁶² Il est plus adéquat, me semble-t-il, de réserver le terme de concept à la liberté, de dignité, d'égalité, mais aussi de personne, d'entreprise, car ce sont des concepts juridiques fondamentaux unanimement reconnus, ce qui est loin d'être le cas de la vulnérabilité aujourd'hui.

⁶³ Christophe WILLMANN, note sous Cass. civ. 3^e, 13 janvier 1999 : *D.* 2000, J. pp. 76-80, p. 80.

⁶⁴ Robert LEGROS, Les notions à contenu variable en droit pénal, *In* : Centre national de recherches de logique, Travaux publiés par Chaïm PERELMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 21-37, p. 21.

⁶⁵ Mireille DELMAS-MARTY, Vers une autre logique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : *D.* 1988, Chron. pp. 221-224, p. 223, note n° 15.

⁶⁶ C'est pourquoi l'expression de « notion floue » a été choisie par préférence à d'autres expressions apparentées. Celles-ci en effet sont nombreuses : notions à contenu variable, notions confuses, équivoques, ambiguës, indéfinies ou même indéfinissables, imprécises, indéterminées, nécessitant un appel à des jugements de valeur, à l'appréciation des administrateurs ou des juges. Si l'expression notion à contenu variable est employée plus fréquemment, celle de notion floue est, semble-t-il, plus englobante. Elle désigne non seulement le caractère élastique et mouvant du contenu de la notion, mais elle implique en outre l'existence d'un critère qui est propre à cette notion, elle n'est donc pas uniquement tournée vers le contenu mais aussi vers le signifiant.

recherche de constantes, sans occulter le caractère fuyant et la complexité de la notion de vulnérabilité, est donc une finalité raisonnable que l'on peut atteindre à partir de l'étude de l'ensemble des prises en considération juridiques de la notion.

31. La cohérence de *la notion de vulnérabilité* semble alors se dessiner. Matériellement, la vulnérabilité est reconnue par le droit lorsqu'elle trouve son origine dans une *faiblesse caractérisée de la personne appelée à diminuer ses capacités de résistance face à une atteinte matérielle spécifique*. Ainsi, une personne très âgée, déficiente mentalement est-elle vulnérable matériellement face aux agressions physiques. Ces éléments constituent la réalité matérielle concrète recouverte par la *vulnérabilité* indispensable à sa prise en compte juridique. Sur le plan matériel, deux conditions sont nécessaires à l'existence juridique de la notion de vulnérabilité : la faiblesse caractérisée de la personne, *origine de la vulnérabilité*, et *la situation de vulnérabilité* par laquelle la personne est particulièrement exposée à une atteinte. En outre, systématiquement, le droit ne prend en compte la vulnérabilité de la personne que lorsque celle-ci peut participer à *la qualification juridique d'une atteinte*. La vulnérabilité de la personne âgée, décrite plus haut, n'est prise en compte par le droit que pour qualifier un délit de violences. Parfois, la vulnérabilité permettra de qualifier une atteinte qui n'est qu'éventuelle, un risque d'abus par exemple. Aussi, l'intérêt juridique de la notion apparaît-il nettement à travers sa fonction : la vulnérabilité permet de qualifier une atteinte, cette qualification permettra ensuite soit la sanction l'auteur, soit la protection de la personne contre une telle atteinte.

32. La vulnérabilité de la personne en droit privé s'organise apparemment selon un schéma sûr et presque idéal : une notion définie matériellement, une fonction juridique précise.... Mais malheureusement cette approche comporte de graves insuffisances. Plus précisément, la définition matérielle de la vulnérabilité présentée ci-dessus est impropre à faire de la vulnérabilité une notion juridique à part entière. Alors, à défaut d'existence d'une notion de vulnérabilité, la question de sa fonction perd naturellement toute pertinence. Il est donc indispensable de démontrer en détail **l'insuffisance de la**

seule approche matérielle de la vulnérabilité pour faire exister la notion. En effet, malgré l'éclairage essentiel qu'apportent ces conditions matérielles à la définition de la notion de vulnérabilité, deux ombres persistent sur la définition juridique de la notion. La première tient à la variabilité parfois incohérente de la prise en compte de la vulnérabilité par le droit malgré la réunion des conditions d'existence matérielles de la notion. La seconde tient à l'absence de réponse de ces conditions matérielles à la question fondamentale du rôle de l'atteinte dans la définition de la notion de vulnérabilité ; celle-ci une énigme insoluble. Ces impasses apparentes ne trouvent une issue que si l'on reconsidère la place que doit tenir la fonction dans la mise en lumière de la notion. *Ce n'est que si cette fonction devient elle-même une condition d'existence de la notion de vulnérabilité que les ombres se dissipent* et permettent d'envisager la vulnérabilité sous un autre jour.

33. S'il ne fait aucun doute que les conditions matérielles de la vulnérabilité expliquent en partie **la variabilité du contenu de la vulnérabilité** en droit, elles sont insuffisantes à l'expliquer complètement. La variabilité de la notion de vulnérabilité signifie que, sous ce terme unique, se cachent des réalités différentes prises en compte par le droit. Le caractère flou de la notion se manifeste par le caractère varié des formes sous lesquelles elle est prise en compte. Cette variabilité résulte de la condition tenant à l'existence d'un lien de corrélation entre l'atteinte en cause et l'origine de la vulnérabilité de la personne. Aussi le droit pénal vise-t-il tantôt la *particulière vulnérabilité* dont les origines sont des faiblesses d'origine physiques ou psychiques, tantôt seulement la *vulnérabilité* qui privilégie la vulnérabilité d'origine sociale ou économique. La Cour européenne des droits de l'homme retient la vulnérabilité des enfants et autres personnes faibles physiquement ou psychologiquement, mais aussi la vulnérabilité dont l'origine est une faiblesse due à la détention de la personne, à sa situation politique... Si, sur le plan matériel, la vulnérabilité prise en compte correspond à des réalités variées et variables d'un cas à l'autre, c'est que la personne se trouve dans chaque hypothèse face à des atteintes de natures différentes. Ce n'est que dans la mesure où l'atteinte est corrélative à la faiblesse en cause que la vulnérabilité sera juridiquement prise en considération. Le lien entre la faiblesse matérielle de la

personne et la nature de l'atteinte qu'elle risque de ce fait est donc à la source de la variabilité de la vulnérabilité dont le contenu varie d'une discipline à l'autre, mais aussi à l'intérieur d'une même discipline⁶⁷.

34. Mais, la variabilité du contenu de la vulnérabilité reste parfois inexplicable. Bien que sur le plan matériel, les deux conditions d'existence de la vulnérabilité soient réunies, le droit demeure indifférent à la vulnérabilité de la personne. Ainsi, de manière apparemment aléatoire, une réalité retient parfois l'attention du juge ou de la loi en tant qu'elle caractérise la vulnérabilité d'une personne, alors que cette même réalité, ou une réalité très proche, laisse ceux-ci totalement indifférents dans un autre domaine. Certes, l'indifférence du droit à la vulnérabilité est certainement plus générale que l'intérêt que celui-ci lui porte. Il n'est évidemment pas question de dénoncer ici toutes les situations que le droit pourrait, ou devrait, prendre en compte au titre de la vulnérabilité, mais de se faire l'écho d'une indifférence souvent incohérente à celle-ci.

⁶⁷ En effet, une discipline peut manifester « de l'indifférence aux classifications des autres disciplines » car « cette circonstance qu'une discipline utilise fréquemment un vocable ne suffit pas à faire que ce vocable lui « appartienne » et qu'elle ait seule vocation à en fixer le sens » ; cf. Jean-Louis GOUTAL, L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose : *Rev. sc. crim.* 1980, pp. 911-941, p. 933.

Ainsi, le droit pénal considère que la vulnérabilité intrinsèque diminue les capacités de défense ou de réaction face à des atteintes physiques ou visant à vicier le consentement. Il vise des origines plus larges de vulnérabilité notamment économique et sociale quand la nature de l'infraction constitutive de l'atteinte incrimine le fait de profiter de la détresse sociale. Encore plus précisément, la vulnérabilité n'aggraverait une infraction de violences commise sur une personne mentalement déficiente que si cette déficience l'a empêché de se défendre physiquement.

La Cour européenne des droits de l'homme prend en compte la vulnérabilité de la personne en détention lorsque l'atteinte qu'elle a subie constitue des traitements inhumains, dégradants ou des actes de tortures, les circonstances en cause montrent que la détention expose particulièrement la personne à ce type d'atteinte en corrélation directe avec la faiblesse de la personne.

De même, si en matière de bioéthique, la vulnérabilité des personnes mentalement déficientes placées sous un régime de protection conduit à l'interdiction des essais, c'est que cette catégorie est exposée aux abus, le lien de corrélation entre faiblesse et atteinte risquée est manifeste et justifie la réaction du droit.

35. Une telle indifférence se concrétise de deux manières : elle peut être absolue ou relative. Ainsi, dans une première hypothèse l'indifférence absolue du droit résulte de ce qu'une même faiblesse en corrélation avec le même risque d'atteinte entraîne ou non une prise en compte de la vulnérabilité par le droit. Certaines catégories de personnes ne bénéficient d'aucune protection en matière de recherche médicale alors que d'autres dont la situation de faiblesse est équivalente en bénéficient. Tel est le cas des personnes en état de coma et des incapables de fait. L'indifférence du droit à leur vulnérabilité est peu justifiée. En effet, les personnes en état de coma ne sont pas protégées de manière générale par la loi, alors que les personnes en état de mort cérébrale le sont spécifiquement en matière de recherche sans bénéfice individuel direct (la loi n'autorise la recherche que si le patient a exprimé son consentement de son vivant ou par le témoignage de la famille, selon l'article 1124-5 du Code de la santé publique). L'état d'inconscience de ces personnes crée un risque particulier en matière d'expérimentations ces sujets étant « des modèles humains presque parfaits qui constitueraient des intermédiaires entre l'animal et l'homme⁶⁸ ». La vulnérabilité de ces personnes est semblable à celle de la personne en état de mort cérébrale : faiblesse de même nature, risque d'atteinte identique. Pourtant, le droit protège dans un cas et reste indifférent dans l'autre.

36. De même, aucune protection spécifique des incapables de fait n'est-elle organisée par la loi, alors qu'une telle protection existe en ce domaine pour les personnes juridiquement protégées. Or, pour certaines personnes âgées dont l'état mental est détérioré, les mourants, les malades touchés par la maladie d'Alzheimer, « l'incapacité réelle ne correspond pas toujours au régime juridique de capacité dans lequel elles sont placées⁶⁹ ». L'état de santé fragilisant ces personnes est identique à celui d'une personne soumise à un régime du fait de cette altération de l'état de santé. Pourtant, le recueil de leur consentement se fait

⁶⁸ Propos de M. Milhaud, Comité national d'éthique, Rapport 1986, p. 19, cités par Bénédicte BEVIÈRE, *In* : *La protection de la personne dans la recherche biomédicale*, Thèse Rennes I, Francis Kernaleguen (Sous-dir.), 1996, n°180, p. 88.

⁶⁹ *Ibid.* n°179, p. 87.

selon les règles du droit commun en la matière (article L.1122-1 du Code de la santé publique). L'indifférence du droit à leur situation de vulnérabilité est peu cohérente.

37. Dans une seconde hypothèse, l'indifférence du droit à la vulnérabilité est relative. Deux situations se présentent alors : une même faiblesse exposant à deux types d'atteintes, seule l'une d'entre elles est prise en compte par le droit en tant que vulnérabilité, ou des faiblesses différentes rendant vulnérables aux mêmes types d'atteintes ou à des atteintes différentes, seule l'une d'entre elles est prise en compte. Des discriminations surprenantes dans la prise en compte de la vulnérabilité existent donc, quelques exemples les illustrent bien. Dans le délit d'abus frauduleux de l'état de faiblesse d'une personne vulnérable de l'article 223-15-2 du Code pénal, seule la *particulière vulnérabilité* de la personne est prise en compte ; c'est une origine de vulnérabilité liée à l'âge, la maladie, l'infirmité, l'état de grossesse ou une déficience. Or, matériellement d'autres faiblesses caractérisées sont susceptibles de donner lieu à une situation de vulnérabilité de la personne face aux abus de faiblesse. On songe aux personnes dont la vulnérabilité est d'origine sociale, économique ou culturelle risquant, du fait de cette faiblesse, d'être les victimes de tels abus. Ainsi, deux origines matérielles de vulnérabilité avérées face à la même atteinte (l'abus) ne suscitent pas une réaction uniforme du droit : l'une est prise en compte (particulière vulnérabilité) et pas l'autre (vulnérabilité d'origine sociale économique ou culturelle). De même, la Cour européenne des droits de l'homme retient la vulnérabilité ayant une cause physique ou psychique sous couvert de l'article 8 (arrêt *Dudgeon* notamment), alors que la vulnérabilité d'origine sociale ou culturelle mettant la personne en situation de vulnérabilité face à une atteinte à son intimité ou son intégrité n'est pas consacrée par la Cour. Deux faiblesses face à la même atteinte : la vulnérabilité de l'une est expressément prise en compte, l'autre non.

38. Au contraire, parfois la même faiblesse donne lieu à des situations de vulnérabilité incontestables face à différents types d'atteinte. Pourtant, le droit ne prend en considération la vulnérabilité que relativement à une seule de ces

atteintes risquées. En droit pénal, on l'a dit, de nombreuses infractions contre les personnes, et certaines infractions contre les biens, sont aggravées lorsque la personne est *particulièrement vulnérable*. Pourtant, curieusement, certaines infractions auxquelles les personnes particulièrement vulnérables sont également plus exposées que d'autres ne sont pas aggravées par la particulière vulnérabilité⁷⁰. Dans ce cas, les faiblesses de la personne sont identiques, ces faiblesses exposent ces personnes à plusieurs types d'atteintes et le droit ne retient la vulnérabilité que pour certaines d'entre elles et ce, sans logique apparente.

39. Il apparaît donc nettement que le droit est bien souvent indifférent à la vulnérabilité d'une personne qui correspond pourtant à la définition matérielle de la notion. En l'absence d'explication logique à la variabilité du contenu de la notion, les conditions matérielles dégagées sont insuffisantes à asseoir la cohérence de la vulnérabilité en tant que notion juridique à part entière. Mais, si la fonction est considérée comme une condition d'existence de la notion elle-même alors la variabilité du contenu de la notion de vulnérabilité s'éclaire : le droit ne prend en compte que ponctuellement la vulnérabilité, lorsque celle-ci peut l'aider à qualifier juridiquement une atteinte. Sont alors inévitablement laissées de côté les nombreuses situations dans lesquelles, pourtant, la vulnérabilité de la personne est matériellement constituée. Le tri opéré par le droit est ainsi justifié, la vulnérabilité n'est prise en compte que dans la mesure où elle est utile à la qualification d'une atteinte.

⁷⁰ On peut ainsi s'étonner que la provocation au suicide ne soit pas aggravée par la particulière vulnérabilité de la personne (article 223-1 du Code pénal) : cf. Pascale RENAUD-DURAND, La prise en compte de la vulnérabilité dans le nouveau Code pénal, *In* : Equipe de recherche sur la politique criminelle, Christine LAZERGES (Sous-dir.), *Réflexions sur le nouveau code pénal*, Paris, Pédone, 1995, pp. 120-130, p. 124. Il est surprenant aussi que le législateur n'ait pas aggravé les délits de harcèlement sexuel et de harcèlement moral (articles 222-33 et 222-33-1), l'enlèvement et la séquestration (articles 224-1 et suivants). De même, certaines infractions aggravées par la minorité ne le sont-elles pas, par assimilation, par la *particulière vulnérabilité* : on songe en particulier à la provocation à commettre des actes illicites ou dangereux (articles 227-18, 227-18-1, 227-19, 227-20, 227-21) ou le fait de favoriser la corruption d'un mineur (article 227-22).

40. Outre la variabilité du contenu, l'insuffisance des conditions matérielles de la vulnérabilité à en faire une notion juridique se manifeste relativement à l'atteinte. En effet, sur le plan matériel, la faiblesse de la personne doit l'exposer à une atteinte. Or, si les conditions matérielles tenant à la faiblesse caractérisée et à la situation de vulnérabilité sont identifiables et explicites, le mystère reste entier quant à **la nature et au rôle juridique précis de l'atteinte** en question. Evidemment, selon que la faiblesse de la personne est physique, psychique ou sociale, le type d'atteinte à laquelle la personne est plus particulièrement exposée sera soit une atteinte constituée par une violence physique, soit une atteinte au consentement, soit un abus de situation. Les atteintes prises en compte en droit pénal sont diverses, elles permettent d'établir une grande variété d'infractions : meurtre, empoisonnement, torture et actes de barbarie, violences, agressions sexuelles, proxénétisme, vol, extorsion, escroquerie, abus de confiance, destruction, dégradation, détérioration ne présentant pas de danger pour les personnes, bizutage, traite des êtres humains, exploitation de la mendicité, abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, recours à la prostitution d'une personne vulnérable, soumission à des conditions de travail contraires à la dignité humaine.

41. La diversité matérielle des atteintes en cause apparaît donc nettement sans que juridiquement aucun critère de tri entre ces diverses atteintes ne soit révélé. Dès lors de nombreuses questions subsistent. Toute atteinte est-elle susceptible d'apparaître face à une personne faible, ou doit-elle atteindre un certain degré de gravité pour être prise en compte au titre de la vulnérabilité ? Quelle est l'origine de l'atteinte, s'agit-il d'un acte humain ou d'un évènement ? Les infractions, les violations de la Convention européenne des droits de l'homme ou encore les actes en matière de recherche médicale laissent penser qu'il s'agit d'actes humains, est-ce alors la règle ? Dans ce cas, s'agit-il toujours d'actes volontaires ou peut-il s'agir d'imprudences ?

42. Aussi, le mystère est-il complet concernant la place de l'atteinte dans le processus juridique de prise en compte de la vulnérabilité. Il ne serait pas

illogique de considérer l'atteinte comme l'une des conditions de la vulnérabilité. Celle-ci serait constituée d'une faiblesse, d'une atteinte et d'un lien entre les deux (la nature matérielle de l'atteinte risquée dépendant de la faiblesse particulière de la personne) : du beau droit et un parallélisme séduisant avec les conditions de la responsabilité civile. Outre que cette analogie avec la responsabilité serait bien prétentieuse, s'agissant d'une notion qui ne peut en aucun cas prétendre à une telle assise juridique, cette conception est impossible. En effet, si l'atteinte doit exister ou menacer la personne vulnérable, elle reste toutefois extérieure à la vulnérabilité de la personne. Il est impossible de considérer l'atteinte comme complètement intégrée à la vulnérabilité. La faiblesse, condition originelle de vulnérabilité, doit seulement *être de nature* à exposer la personne à une atteinte spécifique.

43. Si la fonction de qualification d'une atteinte est intégrée à la définition de la notion de vulnérabilité et en est donc présentée comme une condition d'existence, l'énigme quant à la nature et le rôle de l'atteinte dans le schéma général de la prise en compte de la notion de vulnérabilité est éclaircie. L'atteinte est en quelque sorte "au bout de la chaîne", le maillon final qui permet de mettre en lumière avec justesse la place de la notion de vulnérabilité ; mais c'est aussi l'anneau qui contient tous les éléments de la vulnérabilité. En réalité, la qualification juridique de l'atteinte résulte de l'établissement matériel d'au moins deux éléments : l'atteinte matérielle, la vulnérabilité matérielle. L'atteinte matérielle (acte matériel attentatoire) est l'élément principal conduisant à la qualification de l'atteinte : le coup de poing (atteinte matérielle) est l'élément matériel principal débouchant sur la qualification de violence (atteinte), la *vulnérabilité matérielle* de la victime n'est prise en compte que de manière secondaire et non systématique dans la qualification de cette atteinte. Cette fonction de la vulnérabilité par rapport à l'atteinte montre que son rôle et son importance dans le droit restent très modestes. Elle est un élément accessoire et facultatif, pris en compte pour qualifier l'atteinte ; le principal élément de qualification d'une atteinte étant naturellement l'acte matériel attentatoire lui-même. La vulnérabilité est une de ces petites notions de droit qui font le grand droit, stimulent les grands principes sans appartenir à cette catégorie.

44. La notion devient alors techniquement utile. Elle répond à l'exigence d'une **notion fonctionnelle** ou « opérationnelle », conformément à l'approche précitée de M. Yves Gaudemet. C'est une notion à laquelle le juge ou le législateur peuvent avoir recours immédiatement sans s'interroger sur le mécanisme juridique dont elle procède et dont le caractère apparemment flou n'empêche pas l'existence de conditions spécifiques. La *notion* apparaît alors comme un outil juridique précieux soit dans une finalité de sanction de l'auteur de l'atteinte qualifiée, soit dans une finalité de protection de la personne vulnérable contre l'atteinte risquée. Ainsi, la notion de vulnérabilité ne peut avoir de finalité juridique que lorsque sont constatées tant les conditions matérielles de faiblesse et de situation de risque d'atteinte corrélatif, que la condition exigeant que la vulnérabilité ait pour fonction de participer à la qualification d'une atteinte.

45. *A priori*, on pourrait dénoncer ce paradoxe : la définition d'une notion ne devrait pas être constituée d'une condition relative à la fonction juridique de celle-ci. Or, la vulnérabilité ne peut être définie que grâce à *une définition réelle*, dite aussi *objective, substantielle, matérielle*, telle que conçue par M. Gérard Cornu. En effet, selon l'auteur « l'essentiel de la définition réelle est, en vérité, qu'à partir de la réalité qu'elle appréhende, elle détermine une notion juridique. Elle se définit comme la détermination directe d'un élément de l'ordre juridique, la détermination, en droit, d'un concept⁷¹ ». C'est à partir de la réalité qu'appréhende la notion de vulnérabilité en droit que l'on peut en donner une définition : on l'a dit, la vulnérabilité a une matérialité indispensable à son existence juridique. Mais, en outre, selon l'auteur, ce type de définition a « tendance à incorporer à la définition du concept juridique des éléments de son régime, au risque de devenir une définition encyclopédique. Le sens de la mesure (de la césure) est difficile à trouver. On évite, semble-t-il, l'écueil signalé en admettant dans la définition que les éléments essentiels de son régime (correspondant, par ex., à la fonction du concept : ainsi, la définition de l'erreur englobe-t-elle l'indication que l'erreur, vice du

⁷¹ Gérard CORNU, Les définitions dans la loi, in : *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 77-92, p. 81, n°10 et p. 82, n°13.

consentement, est une cause de nullité du contrat)⁷² ». Dès lors, rien ne s'oppose à ce que la notion de vulnérabilité soit définie grâce à une condition fonctionnelle, outre des conditions matérielles.

Cette thèse est donc divisée en deux parties :

Première Partie : Des conditions matérielles.

Seconde Partie : Une condition fonctionnelle.

⁷² *Ibid.* p. 83, note n°28.

PARTIE I

DES CONDITIONS MATERIELLES

46. C'est à travers sa manifestation matérielle que la notion de vulnérabilité apparaît de prime abord. La détermination précise de cette réalité concrète s'impose. Mais en tant que condition juridique, c'est naturellement au regard du droit que cette matérialité doit être examinée : il s'agit de présenter à quoi ressemble la vulnérabilité prise en compte par le droit. Deux éléments se dégagent alors : la vulnérabilité a toujours une origine et elle implique une certaine situation.

47. La première condition d'existence matérielle de la vulnérabilité d'une personne physique est son origine : la vulnérabilité trouve toujours sa cause dans une faiblesse, elle naît de son existence⁷³. Cette approche correspond à une définition génétique « qui consiste à considérer un objet à définir, soit dans son origine, soit dans son progrès, soit dans son devenir⁷⁴ ». Les termes employés par le Code pénal sont révélateurs quand ils visent la particulière vulnérabilité d'une personne « due à », donc causée par son âge, une maladie, une infirmité, une déficience physique ou psychique ou un état de grossesse⁷⁵. De même, la Cour européenne des droits de l'homme emploie les termes de « personnes

⁷³ Le terme de *faiblesse* est employé parce qu'il est commode pour désigner la réalité matérielle qui se trouve en fait derrière la vulnérabilité particulière d'une personne. Ce terme ne vise en aucun cas la faiblesse ni en tant que terme juridique général, ni en tant que notion juridique.

⁷⁴ Raymond GASSIN, Les définitions dans les textes en matière pénale, *préc.* p. 1033.

⁷⁵ Vulnérabilité, circonstance aggravante : Meurtre, art. 221-4.3° du Code pénal ; empoisonnement, art. 221-5 alinéa 3 ; torture et actes de barbarie, art. 222-3.2° et, de manière habituelle, art. 222-4 ; violences, art. 222-8.2°, art. 222-10.2°, 222-13.2° , et de manière habituelle, art. 222-14 ; viol, art. 222-24.3° ; agressions sexuelles autres que le viol, art. 222-29.2° ; proxénétisme, art. 225-7.2° ; vol, art. 311-4.2° ; extorsion, art. 312-2.2° ; escroquerie, art. 313-2.4° ; destruction, dégradation, détérioration ne présentant pas de danger pour les personnes, art. 322-3.2° ; bizutage, art. 225-16-2° (loi n°98-46 8 du 17 juin 1998) ; traite des êtres humains, art. 222-4-2-2° et exploitation de la mendicité, art. 225-12-6-2° (issus de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003) ; abus de confiance, art. 314-2-4° du Code pénal (issu de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004).

Vulnérabilité, condition préalable : abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, art. 223-15-2 ; recours à la prostitution d'une personne vulnérable, art. 225-12-1 du Code pénal.

spécialement vulnérables à cause, par exemple, de leur jeunesse⁷⁶ ». Il est donc indispensable que la vulnérabilité ait une origine matérielle précise pour que la vulnérabilité soit prise en compte par le droit (Titre I).

48. Après l'origine de la vulnérabilité, la seconde condition d'existence matérielle de la vulnérabilité repose sur une situation matérielle particulière de la personne. En effet la situation de vulnérabilité implique que la personne se trouve particulièrement exposée à une atteinte en raison de sa faiblesse ; la personne est alors moins apte qu'une autre à se défendre. L'origine particulière de vulnérabilité de la personne lui fait donc courir un risque d'atteinte spécifique. En effet, toute sorte de faiblesse, origine de vulnérabilité, ne fait pas peser un risque accru de subir une atteinte particulière, et inversement une certaine faiblesse n'accroît pas le risque de subir tout type d'atteinte. La caractérisation matérielle de la vulnérabilité dépend donc des circonstances, c'est une notion *située*. L'atteinte matérielle risquée est donc nécessairement en lien avec l'origine précise de la vulnérabilité de la personne : ce lien sera appelé *le lien de corrélation* entre l'origine de vulnérabilité et l'atteinte matérielle. Il est le critère de la situation matérielle de vulnérabilité de la personne constituant la seconde condition matérielle de la vulnérabilité (Titre II).

Cette partie est donc divisée en deux titres :

Titre I. L'origine de la vulnérabilité.

Titre II. La situation de vulnérabilité.

⁷⁶ CEDH, Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, req. n° 7525/76, *Série A* n° 45, § 62.

Titre I. L'origine de la vulnérabilité

49. La notion de vulnérabilité renvoie clairement à l'idée de faiblesse, de fragilité de la personne. Le droit appréhende donc assez naturellement la notion de vulnérabilité à travers cette faiblesse. Celle-ci est la manifestation matérielle la plus visible de la vulnérabilité : le fait le plus significatif *a priori* pour qualifier une personne de vulnérable. C'est pourquoi le droit aborde, en premier lieu, la notion de vulnérabilité à travers l'origine matérielle de celle-ci : une maladie, une déficience, un âge, mais aussi une situation économique ou sociale difficile... Il est donc nécessaire, dans un premier temps, de déterminer quelles faiblesses précises permettent de parler de vulnérabilité de la personne physique, en droit privé. Or, un tel inventaire montre que ces origines possibles de vulnérabilité relèvent de faiblesses multiples (Chapitre I).

50. Dans un second temps, il convient de s'interroger sur les conditions auxquelles le droit retiendra telle ou telle faiblesse comme origine de vulnérabilité. Comment le législateur, le juge, et éventuellement la doctrine, opèrent-ils le tri parmi les faiblesses susceptibles de qualifier la vulnérabilité de la personne ? Il apparaît que lorsqu'une origine particulière de vulnérabilité est retenue, elle se matérialise en une faiblesse caractérisée. L'origine matérielle de la vulnérabilité doit donc être considérée comme suffisamment importante. De ce point de vue, la vulnérabilité est appréciée en tant que standard matériel : la faiblesse à l'origine de la vulnérabilité est systématiquement évaluée (Chapitre II).

Ce titre est donc constitué de deux chapitres :

Chapitre I. Des faiblesses multiples.

Chapitre II. Une faiblesse évaluée.

CHAPITRE I. DES FAIBLESSES MULTIPLES

51. La prise en compte de la vulnérabilité de la personne, en droit privé, révèle que l'éventail des faiblesses susceptibles d'en être l'origine est extrêmement large. En particulier, le droit pénal vise une grande partie des causes de vulnérabilité, mais, celles-ci se retrouvent dans d'autres matières, interprétées plus ou moins extensivement. Aussi, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme fait-elle apparaître que la vulnérabilité peut résulter de faiblesses très spécifiques qui ne sont envisagées nulle part ailleurs. En outre, le domaine de la recherche médicale⁷⁷ et quelques décisions jurisprudentielles ponctuelles fournissent des indications précieuses sur certaines origines de vulnérabilité spécifiques.

52. Les origines de la vulnérabilité peuvent être présentées en trois catégories. D'abord, la vulnérabilité peut trouver son origine dans un état physique ou psychologique de la personne. Ce type de cause physiologique, naturelle sera nommée *cause intrinsèque de vulnérabilité* en tant qu'elle est liée à l'état de la personne elle-même (Section I). Ensuite, la vulnérabilité de la personne peut résulter d'une situation de la personne qui se trouve dans un environnement hostile, qui subit des conditions de vie difficiles. Ces conditions de vie doivent avoir un effet déstructurant. Elles ont des répercussions sur l'état physique ou moral de la personne. Ce type de vulnérabilité sera nommée *cause extrinsèque de vulnérabilité*, en tant qu'elle est liée, au départ, à la situation de la personne

⁷⁷ En ce domaine, la notion de vulnérabilité n'est pas employée expressément ni par le législateur ni par les juges. La doctrine en fait pourtant une notion phare, justifiant la protection mise en place. C'est la raison pour laquelle ce domaine est intégré à cette étude. Ainsi, voir notamment : Christian BYK, Expérimentation sur la personne humaine : protection du consentement, Art. 223-8 et 223-9 : *J.-Cl. Pénal* ; Recherche médicale et droits de l'homme. Une approche européenne : *JCP* 1993 éd. G, I, 3719, pp. 484-488 et Bénédicte BEVIÈRE, *La protection de la personne dans la recherche biomédicale*, Thèse Rennes I, Francis Kernaleguen (Sous-dir.), 1996, en particulier pp. 82 et s.

(Section II). Enfin, dans une troisième catégorie, sont regroupées les hypothèses dans lesquelles la vulnérabilité résulte de différentes origines. La vulnérabilité n'existe alors que par le cumul de plusieurs faiblesses intrinsèques ou extrinsèques qui serait insuffisantes individuellement pour être une cause de vulnérabilité (Section III).

Section I. Les origines intrinsèques de vulnérabilité de la personne

53. Il s'agit d'origines qui se rattachent à un état de faiblesse physique ou mental. Ainsi, le Code pénal vise expressément la « personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, une infirmité, une déficience physique ou psychique ou à l'état de grossesse » est apparente ou connue de l'auteur de l'infraction⁷⁸. On l'a vu, l'appréhension de la vulnérabilité à travers ses causes correspond à une définition de type génétique. Mais, en outre, la technique employée ici par le législateur pénal relève de l'énumération. Ce procédé est d'ailleurs utilisé assez souvent par le législateur⁷⁹, et en particulier par le législateur pénal⁸⁰. La question qui se pose alors est de savoir si l'énumération employée par le code est limitative ou non. La formule employée caractérise une énumération limitative puisqu'elle ne se termine pas par une expression du type : « ou toute autre cause relevant de l'état physique ou psychique de la personne ».

⁷⁸ Meurtre, art. 221-4.3° du Code pénal ; empoisonnement, art. 221-5 alinéa 3 ; torture et actes de barbarie, art. 222-3.2° et, de manière habituelle, art. 222-4 ; traite des êtres humains, art. 222-4-2-2° et exploitation de la mendicité, art. 225-12-6-2° (issus de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003) ; violences, art. 222-8.2°, art. 222-10.2°, 222-13.2° et, de manière habituelle, art. 222-14 ; viol, art. 222-24.3° ; agressions sexuelles autres que le viol, art. 222-29.2° ; abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, art. 223-15-2 (depuis la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001) élargissant l'ancienne infraction d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, art. 313-4 du Code pénal (abrogé par la loi du 12 juin 2001) ; proxénétisme, art. 225-7.2° ; recours à la prostitution d'une personne vulnérable, art. 225-12-1, alinéa 2 (issu de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003) ; bizutage, art. 225-16-2° (loi n° 98-468 du 17 juin 1998) ; vol, art. 311-4.2° ; extorsion, art. 312-2.2° ; escroquerie, art. 313-2.4° ; abus de confiance, art. 314-2-4° (depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004), destruction, dégradation, détérioration ne présentant pas de danger pour les personnes, art. 322-3.2°.

⁷⁹ Gérard CORNU, Les définitions dans la loi, *art. préc.* p. 79.

⁸⁰ Raymond GASSIN, Les définitions dans les textes en matière pénale, *art. préc.* p. 1037.

54. Pourtant, cette énumération, en apparence fermée, est en réalité une énumération ouverte. En effet, cette énumération est, selon l'expression de M. Raymond Gassin, « faussement close », car les termes employés sont « si larges que tout se passe comme si l'on avait affaire à une définition ouverte⁸¹ ». Les origines de vulnérabilité visées par le législateur englobent effectivement tous les états de la personne susceptibles de l'affaiblir physiquement ou psychologiquement. Au contraire, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme fait preuve d'une plus grande frilosité ; elle ne retient la vulnérabilité d'origine intrinsèque qu'en vertu de causes méticuleusement choisies. L'âge, ou plutôt certains âges de la vie de la personne, apparaît comme l'une des principales causes de vulnérabilité, elle est aussi la plus complexe. La vulnérabilité en raison de l'âge doit donc être examinée spécifiquement (§ 1) avant d'envisager les autres origines intrinsèques de vulnérabilité de la personne physique (§ 2).

§ 1. La vulnérabilité en raison de l'âge

55. Ainsi que le constate Mme Pascale Renaud-Durand : « l'ancien Code pénal prévoyait essentiellement comme cause de vulnérabilité l'état physique ou mental de la victime ; le viol comprenait en outre l'état de grossesse. [...] Le Code pénal retient [donc] une cause de vulnérabilité nouvelle : l'âge de la victime⁸². » Le Code pénal consacre cette cause de vulnérabilité précédemment déjà admise par la jurisprudence⁸³. En outre, la Cour de cassation donne une relative élasticité à la notion de vulnérabilité en raison de l'âge. Elle en remet

⁸¹ *Ibid.* p. 1038.

⁸² Pascale RENAUD-DURAND, La prise en compte de la vulnérabilité dans le nouveau Code pénal, *In : Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Paris, Ed. Pédone, 1995, pp. 120-130, p 125.

⁸³ Cass. crim., 17 mai 1993, Pourvoi n° 92-85.880. Le demandeur au pourvoi soutenait que la circonstance aggravante de viol commis sur une personne vulnérable en raison de son âge n'étant pas expressément visée par l'ancien art. 332, la Cour d'assises ne pouvait retenir cette circonstance pour aggraver sa peine. La chambre criminelle repousse cette argumentation pour admettre que la vulnérabilité de la victime peut résulter de son âge, malgré le silence du législateur.

l'interprétation à l'appréciation souveraine du juge du fond précisant que *la loi n'ayant pas déterminé l'âge d'où résulte la particulière vulnérabilité, en a confié l'appréciation aux juges*⁸⁴.

56. L'idée ici est que, durant sa vie, selon son âge, une personne n'a pas toujours la même capacité de résistance physique ou morale face aux agressions d'autrui. L'âge ne peut être une cause de vulnérabilité qu'à certains moments de la vie communs, en général, à toutes les personnes, mais propres, en particulier, à chacune d'entre elles. Ainsi, sont visés implicitement le jeune âge (A) et l'âge avancé (B), périodes de plus grande faiblesse dans la vie des femmes et des hommes.

A. Le jeune âge

57. La vulnérabilité de l'enfant est reconnue tant par le Code pénal que par la Cour européenne des droits de l'homme.

1. Dans le Code pénal

a. La genèse de l'idée de vulnérabilité de l'enfant

58. La prise en compte par le droit pénal du jeune âge n'est pas nouvelle : la protection de l'enfant en tant qu'être fragile, incomplet au physique comme au moral, est un fondement du droit pénal omniprésent dans l'esprit de l'Ancien droit ; il remonte, d'ailleurs, aux origines du droit⁸⁵. Dans l'Ancien droit, une telle protection apparaît dans les infractions d'attentats à la pudeur, de viol, de rapt, même si elle est associée à la protection de la morale religieuse. Ainsi, l'attentat à la pudeur avec violence associé au jeune âge de l'enfant justifie une répression

⁸⁴ Cass. crim., 4 mars 1998, Pourvoi n° 97-82.624. Sur la notion de particulière vulnérabilité : *supra* § 201 s.

⁸⁵ André LAINGUI, Histoire de la protection pénale des enfants : *RID pén.* 1979, pp. 521-533, p. 521.

sévère. En ce qui concerne le viol, le jeune âge ainsi que l'autorité de l'auteur sur la victime aggravaient la répression⁸⁶. Or, ces deux circonstances étaient fondées sur la faiblesse de l'enfant. Le jeune âge marque essentiellement une faiblesse physique de l'enfant ayant encore une constitution fragile. L'autorité de l'auteur, quant à elle, diminue les possibilités de résistance de l'enfant face à l'emprise psychologique dont il dispose sur lui. L'incrimination de l'inceste trouve la même justification. Mais, sous l'Ancien droit, d'autres fondements que sa faiblesse constitutionnelle justifiaient la protection de l'enfant. Le droit pénal protégeait l'enfant en tant que créature de Dieu, ou en tant que membre de l'Etat et de la famille⁸⁷.

59. Les dispositions de l'Ancien droit portaient en germe ce qui semble aujourd'hui aller de soi : la nécessaire protection renforcée de l'enfant, personne vulnérable par excellence. Le Code pénal de 1810 n'opère pas de transition franche quant au fondement de la protection de l'enfant et la conception issue de l'Ancien droit demeure. La protection renforcée de l'enfant en tant qu'être spécifiquement vulnérable n'est pas encore manifeste. Si, en effet, le Code pénal de 1810 protégeait les ascendants contre les violences commises par leurs descendants – la qualité de descendant était une circonstance aggravante – en revanche, aucune aggravation n'était prévue lorsque l'auteur était un ascendant de la victime. La victime mineure n'était, pas plus d'ailleurs que la victime majeure, protégée spécialement contre les mauvais traitements, de ses parents notamment.

60. Peu à peu pourtant, la faiblesse de l'enfant va devenir la raison essentielle de la protection que lui accorde le droit pénal. Ce constat est particulièrement remarquable si l'on examine l'évolution du droit concernant les mauvais traitements au XIX^e siècle. La répression des mauvais traitements infligés

⁸⁶ *Ibid.* p. 526. Ainsi, le condamné devant subir la peine de mort ordinaire en cas de viol, subira la peine de la roue lorsque les victimes sont des fillettes de moins de douze ans ou que le coupable avait autorité sur la victime, étant tuteur, pédagogue ou geôlier. Le condamné pour inceste est puni par le feu.

⁸⁷ *Art. préc.* p. 522.

aux enfants trouve un fondement principal : protéger leur grande faiblesse due à leur jeune âge. D'ailleurs, les auteurs de ces actes ont tenté d'invoquer un droit de correction des père et mère sur l'enfant pour se dégager d'une quelconque intention criminelle. La reconnaissance d'un tel droit aurait conduit à faire prévaloir la protection de la famille sur celle de l'enfant. La Cour de cassation a refusé de la consacrer pour des actes mettant en péril la vie et la santé d'enfants « qui, dans la faiblesse du premier âge, ne peuvent jamais être coupables de fautes graves⁸⁸ ». Plus tard, la loi du 19 avril 1898 dû intervenir pour protéger l'enfant contre les violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats, suite à des affaires d'enfants martyrisés ayant profondément ému l'opinion publique⁸⁹. A cette époque, une évolution notable apparaît, sur le plan social : l'enfant est un être à protéger pour lui-même, et non plus en tant que membre de l'Eglise, l'Etat ou la famille.

61. Ainsi, le droit pénal a su, à travers les siècles, élargir la protection accordée aux enfants sur le fondement de leur état de vulnérabilité « parce que l'enfant est un être faible, incapable de se défendre ni même de survivre sans la protection sociale⁹⁰ ». Se profile, derrière cette protection, l'idée de vulnérabilité qui n'apparaîtra expressément que tardivement en ce domaine. Toutefois, cette évolution est riche : elle permet de mieux comprendre l'apparition expresse de la notion de vulnérabilité en droit pénal aujourd'hui. Elle révèle la conception de l'enfant dans nos sociétés apparaissant comme l'être humain le plus intangible et dont la mise en péril représente le paroxysme de l'idée d'injustice. La protection juridique de cet être faible, dès la fin du XIX^e siècle, peut s'analyser comme l'ancêtre de la protection des personnes vulnérables, être faibles et protégés par le droit en tant que tels. Il faut avoir voulu protéger l'enfant parce qu'il est vulnérable, pour accepter l'idée de protéger d'autres personnes sur ce fondement, un siècle plus tard. C'est d'ailleurs lorsque l'on a voulu protéger les personnes vulnérables,

⁸⁸ Cass., sect. crim., 17 décembre 1819, S. 1819-1821, 1^e partie, p. 154.

⁸⁹ Cf. André LAINGUI, *art. préc.* p. 528. Ces dispositions se retrouvent en partie dans l'art. 312 de l'ancien Code pénal et seront renforcées par la loi du 13 avril 1954 restituant à l'infanticide sa qualification criminelle.

⁹⁰ *Ibid.* p. 521.

autres que l'enfant, que la notion de vulnérabilité apparaît expressément. Il y a là une maturation de la prise en compte juridique de la faiblesse des personnes tout à fait notable.

b. La vulnérabilité due au jeune âge et la minorité

62. Une rétrospective dans l'histoire récente du droit pénal était nécessaire afin de montrer l'importance que celui-ci accorde à la protection de l'enfant. Une telle importance n'est en effet pas sans incidence relativement à la vulnérabilité. Ainsi, le droit criminel accordait sa protection à l'enfant sur le fondement de sa fragilité soit physique, soit psychique, avant une prise en compte expresse de la vulnérabilité. Le droit actuel accorde indéniablement cette protection spéciale à l'enfant, au mineur plus généralement. Ce phénomène trouve son aboutissement le plus tangible évidemment dans l'existence d'un droit pénal spécial des mineurs, et plus particulièrement du mineur-victime. Mais, justement, la protection est très élaborée ; elle est fondée sur la minorité. Ainsi, si elle trouve sa justification dans l'idée de vulnérabilité de l'enfant, la notion de minorité est juridiquement suffisante pour la mise en œuvre de la protection. La minorité présume de manière irréfragable la vulnérabilité⁹¹. La notion de vulnérabilité n'est donc d'aucune utilité sur le plan juridique, de ce point de vue. La référence à la minorité est, en effet, suffisante et plus précise.

63. Ainsi, la notion de vulnérabilité prévue par le droit pénal ne peut pas se superposer à celle de minorité. Les deux qualifications sont alternatives

⁹¹ En ce sens : Jean PRADEL, Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 1995, n°632, p.438 ; et Mme Pascale RENAUD-DURAND va plus loin en affirmant que les personnes vulnérables sont assimilées aux mineurs in : La prise en compte de la vulnérabilité dans le nouveau Code pénal, *art. préc.* p. 121. De même, le Rapport de M. Christian Estrosi, préparatoire à la loi n° 2003-239 pour la sécurité intérieure, évoque « une présomption légale de vulnérabilité » concernant les mineurs victimes des infractions relatives aux conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine (art. 17 sexies (nouveau) du projet de loi, (art. 225-15-1 [nouveau] du Code pénal)). AN, *Rapport de M. Christian ESTROSI au nom de la Commission des lois sur le projet de loi pour la sécurité intérieure*, n°508, 18 décembre 2002.

qu'elles soient prévues en tant que circonstance aggravante ou en tant qu'élément constitutif de certaines infractions⁹². La notion de vulnérabilité ne peut donc trouver à s'appliquer qu'en dehors de la minorité expressément visée par le code. C'est d'ailleurs dans ce sens que se prononce la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 4 février 1998⁹³. Après avoir rappelé le principe selon lequel un même fait ne peut être retenu comme constitutif de deux circonstances aggravantes, la Cour de cassation censure la Cour d'appel ayant retenu à la fois la circonstance aggravante de minorité et celle de particulière vulnérabilité en raison de l'âge. De même, lorsque la minorité est visée comme condition préalable de certaines infractions et que la vulnérabilité l'est aussi : si la minorité est établie, il sera inutile d'établir en plus l'existence de la vulnérabilité. Ces deux éléments sont, en effet, toujours alternatifs, comme le confirme l'emploi dans le texte de l'article 225-15-2 du Code pénal de la conjonction « soit ». Si la minorité est expressément visée, la vulnérabilité en raison du jeune âge devient superflète, et relève alors d'un domaine subsidiaire.

64. Qu'en est-il si la minorité n'est pas prévue alternativement à la vulnérabilité due à l'âge, alors seule visée ?

c. Le jeune âge recouvert par la vulnérabilité

65. Pour le législateur, la vulnérabilité de la personne due à son âge recouvre vise sans aucun doute le jeune âge des individus. Les travaux préparatoires relatifs au livre du Code pénal traitant des infractions contre les personnes le confirment. La nouvelle circonstance aggravante de vulnérabilité due à l'âge vise un « âge nécessairement supérieur à quinze ans » puisque

⁹² Circonstance aggravante des infractions de meurtre, tortures et actes de barbarie, violences, viol, agressions sexuelles, du proxénétisme, élément constitutif de l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse.

⁹³ Cass. crim., 4 février 1998, Pourvoi n°97-86.090. Le prévenu avait été renvoyé par la chambre d'accusation devant la Cour d'assises sous l'accusation de viols sur mineure de quinze ans, personne particulièrement vulnérable en raison de son âge (circonstances aggravantes distinctes).

évidemment la circonstance aggravante de minorité est applicable en dessous de cet âge⁹⁴. Cette affirmation doit, toutefois, être nuancée tant l'ensemble des dispositions du Code pénal relatives à la vulnérabilité en raison du jeune âge révèlent une grande confusion. Ainsi, le Code pénal prévoit-il souvent, dans les articles se référant à la particulière vulnérabilité, des dispositions protégeant spécialement et directement les mineurs de quinze ans, mais aussi de dix-huit ans en tant que circonstance aggravante ou en tant que condition de l'infraction⁹⁵. Bien que la minorité soit expressément visée, le recours à la notion de vulnérabilité en raison du jeune âge est, dans ces hypothèses, tout à fait envisageable. Tout d'abord, lorsque la minorité de quinze ans est prévue en tant que vulnérabilité présumée, en visant l'âge comme origine de vulnérabilité le législateur pensait aux mineurs de quinze à dix-huit ans. Ensuite, la vulnérabilité des jeunes majeurs semble avoir été implicitement visée si l'on examine le délit de bizutage qui contient implicitement cette référence⁹⁶. En effet, la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 a créé le délit de bizutage, inséré dans le Code pénal à l'article 225-16. Ce délit est aggravé par la vulnérabilité de la victime, notamment en raison de l'âge. Or, tout le monde

⁹⁴ AN, *Rapport de M. Michel PEZET au nom de la Commission des lois sur le projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, Tome I, Exposé général – examen des art.*, n° 2121, 1990-1991, p. 59 ; voir aussi la discussion à propos de la minorité en tant que circonstance aggravante, *JO Sénat*, Séance du 24 avril 1991, pp. 660-661.

⁹⁵ Meurtre, tortures et actes de barbarie, violences, viol, agressions sexuelles (circonstance aggravante au-dessus de quinze ans), et proxénétisme, traite des êtres humains, exploitation de la mendicité (circonstance aggravante au-dessus de dix-huit ans), l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, recours à la prostitution de mineurs ou de personnes vulnérables (condition constitutive, au-dessus de dix-huit ans). Pour cette dernière infraction, ainsi que pour le proxénétisme, la peine encourue est soumise à un second pallier d'aggravation, lorsque que la victime est un mineur de quinze ans.

⁹⁶ On peut citer à cet égard la remarque pertinente de M. Renaud Dutreil lors des débats devant l'Assemblée nationale : « les victimes éventuelles des bizutages sont, la plupart du temps, des majeurs. Le bizutage étant un phénomène qui se développe dans les classes préparatoires ou dans les grandes écoles, il touche des étudiants qui ont passé l'âge de dix-huit ans ». *JOAN*, 2^e séance du 20 janvier 1998, p. 443.

conviendra que les victimes de tels agissements font en général plutôt partie de la catégorie « jeune âge » que de celle d'« âge avancé » !

66. Aussi, dans certains articles, la vulnérabilité des mineurs n'est-elle pas prévue de manière particulière à côté de la vulnérabilité des autres personnes. Les uns parce qu'il existe des dispositions spéciales pour les mineurs dans d'autres textes⁹⁷ ; les autres parce qu'ils définissent des infractions pour lesquelles le législateur n'a pas tenu à recourir spécifiquement à la notion de minorité, mais seulement à celle de vulnérabilité de la personne en général. La vulnérabilité n'est, alors, pas présumée comme pour la minorité, mais doit être prouvée. C'est le cas, tout d'abord, des infractions contre les biens prévoyant que la vulnérabilité est une circonstance aggravante lorsqu'elle facilite la commission de l'infraction ou est commise au préjudice de la personne⁹⁸. C'est aussi le cas du bizutage. Pour ces infractions donc, la vulnérabilité due au jeune âge peut viser tous les enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans et même au-delà en principe.

67. Le jeune âge d'une personne autorise donc, en droit pénal, la qualification de vulnérabilité due à l'âge. Qu'en est-il de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ?

2. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

68. Les enfants sont bien entendu la première catégorie de personnes vulnérables pour la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, dans des affaires où les autorités de l'Etat n'avaient pas pris les mesures nécessaires pour empêcher les mauvais traitements subis par des enfants, les juges précisent qu'en vertu de l'article 3 de la Convention, « les enfants et autres personnes vulnérables,

⁹⁷ Condition de travail contraires à la dignité de la personne, art. 225-13 et 225-14 du Code pénal / interdiction de principe du travail des mineurs de 16 ans, art. L. 211-1 du code du travail. Délaissement d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger, art. 223-3 du Code pénal / Délaissement d'un mineur, art. 227-1 du Code pénal.

⁹⁸ Vol, extorsion, escroquerie, abus de confiance, destruction, dégradation, détérioration ne présentant pas de danger pour les personnes.

en particulier, ont droit à la protection de l'Etat, sous la forme d'une protection efficace » les mettant à l'abri de tels mauvais traitements⁹⁹. Cette expression montre bien que, pour la cour, les enfants sont une catégorie particulière de personnes vulnérables. Cette reconnaissance de la vulnérabilité des mineurs se retrouve spécifiquement sous couvert de l'article 8 de la Convention dans l'arrêt *Stubbings et autres c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1996¹⁰⁰. Pour la cour, il est établi que les enfants font partie des personnes vulnérables.

69. Mais la vulnérabilité due à l'âge de la personne ne se limite pas à l'hypothèse du jeune âge ; elle vise principalement l'âge avancé de la personne.

B. L'âge avancé

70. La vulnérabilité due à l'âge avancé doit trouver son origine dans d'autres causes intrinsèques de vulnérabilité : une maladie, une déficience, bref, un amoindrissement physique ou psychique lié à la vieillesse. Or, dans la littérature juridique, la vieillesse des personnes, même leur grande vieillesse, est souvent associée à leur dépendance. Ainsi, la vieillesse apparaît comme un ensemble de ruptures de pourvoyances, cumulatives, progressives et surtout non réversibles : la pourvoyance étant la réponse à un besoin existant du fait de la dépendance de la personne¹⁰¹. La dépendance physique, psychique et économique est, dans la très

⁹⁹ CEDH, *A. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, req. n° 25599/94 : *Rec.* 1998-VI, § 22 ; aussi : CEDH, grande chambre, *Z. et autres c. Royaume-Uni*, du 10 mai 2001, req. n° 29392/95, § 73 visant *les enfants et autres personnes vulnérables*.

¹⁰⁰ CEDH, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, req. n° 22083/93 et n° 22095/93 : *Rec.* 1996-IV, § 64 ; aussi, CEDH, 1^{re} sect., *Covezzi et Morselli c. Italie*, 9 mai 2003, req. n° 52763/99, § 103.

¹⁰¹ Albert MEMMI, *La vieillesse ou la dissolution des pourvoyances*, *In* : Francis KESSLER (Sous-dir.), *La dépendance des personnes âgées*, Paris, Droit sanitaire et social, Série actions, éd. Sirey, 2^e éd., 1997, pp. 11-14, p. 12.

grande majorité des cas, liée au phénomène vieillissement¹⁰². Sur le plan mental, il s'agit d'un affaiblissement des facultés cérébrales et psychiques par l'effet de ce processus physiologique dégénèrescent qu'est le vieillissement¹⁰³. Cette approche du vieillissement est toutefois relativement fataliste, même si l'auteur la nuance ensuite.

71. Cette conception de la vieillesse n'est pas sans rappeler la conception antique du "vieillessement-décépitude" décrit par Mme Claudine Attias-Donfut¹⁰⁴. Mais, il faut insister sur le fait que « l'équation « vieux = dépendant » n'est heureusement pas systématiquement exacte. En revanche, l'hypothèse « très vieux = souvent dépendant » est fréquemment vérifiée. La tranche du « quatrième âge » se situe aux alentours de quatre-vingts ans¹⁰⁵ ». Cette remarque se veut toutefois générale, lorsque la personne très âgée a des problèmes de santé, est malade, une situation de dépendance peut apparaître. Mais la dépendance découle de la maladie, pas nécessairement seulement du grand âge ; il est des personnes âgées, très âgées fort bien portantes, et c'est heureux, soyons optimistes ! Il n'y a pas de lien obligatoire entre la vieillesse et la dépendance de la personne¹⁰⁶, éminemment variable d'un individu à l'autre. Dans la réalité quotidienne, la dépendance se manifeste par l'incapacité à entreprendre seul, à se suffire

¹⁰² Didier FROGER, 95^e congrès des notaires de France, Marseille 9-12 mai 1999, *Demain la famille, La dépendance des personnes âgées et la solidarité familiale* : JCP 1999, éd. N., I, pp. 484-488, p. 485.

¹⁰³ Jean-Pierre GRIDEL, *La sénescence mentale et le droit* : *Gaz. Pal.* 2001, 1, Doctr. pp. 4-12, p. 4.

¹⁰⁴ Claudine ATTIAS-DONFUT, *La construction sociale de la dépendance*, In : Francis KESSLER (Sous-dir.), *La dépendance des personnes âgées*, *op. cit.* pp. 15-24, pp. 20-21. « Pour Hypocrite, c'est une perte de chaleur et d'humidité qui conduit à un inéluctable déclin par dessèchement et refroidissement du corps. Pour Gallien, le même mécanisme qui fait croître l'embryon fait décliner le vieillard, jusqu'à la mort... Le corps maigrit, se ride, les membres deviennent faibles et mal assurés dans leurs mouvements, cette situation est appelée vieillesse. La représentation de la vieillesse associée à l'infirmité va traverser deux mille ans d'histoire occidentale ».

¹⁰⁵ Didier FROGER, *art. préc.* p. 487.

¹⁰⁶ Elisabeth FORTIS, *La lutte contre l'abus de dépendance des personnes âgées*, In : Francis KESSLER (Sous-dir.), *La dépendance des personnes âgées*, *op. cit.* pp. 176-192, p. 189.

matériellement et affectivement, à assumer seul certains choix ou certaines responsabilités, et à l'extrême, à vivre seul¹⁰⁷.

72. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas eu recours jusqu'alors à la notion de vulnérabilité s'agissant des personnes âgées. Il n'est pas exclu cependant qu'elle le fasse un jour. En effet, un arrêt donne quelques indications implicites sur les diverses origines possibles de la vulnérabilité dans la jurisprudence européenne. En dehors de la vulnérabilité des enfants, l'arrêt Dudgeon est le premier arrêt visant les personnes vulnérables en tant que catégorie digne de protection¹⁰⁸. Le requérant, en l'espèce, se plaignait de ce que la loi en Irlande du Nord réprimait pénalement les comportements homosexuels avec des jeunes de moins de vingt et un ans. La cour estime que, compte tenu de cette législation, celui-ci a subi et continue de subir une atteinte injustifiée à son droit au respect de sa vie privée, en violation de l'article 8. Selon la cour, « on ne saurait dès lors parler d'un "besoin social impérieux" d'ériger de tels actes en infraction, faute d'une justification suffisante fournie par le risque de nuire à des individus vulnérables à protéger¹⁰⁹ ».

73. Néanmoins, la cour reconnaît, dans cet arrêt, la nécessité d'un certain contrôle des comportements homosexuels « afin notamment de lutter contre l'exploitation et la corruption de personnes spécialement vulnérables à cause, par exemple, de leur jeunesse¹¹⁰ ». La cour cite les termes, qu'elle intègre à son propre raisonnement, d'une Commission de droit interne qui avait préconisé une telle législation pour protéger « les personnes vulnérables à cause de leur jeunesse ou de leur faiblesse de corps ou d'esprit, de leur inexpérience ou d'une situation de

¹⁰⁷ P. THOMAS, C. HAZIF-THOMAS, C. PRADERE et P. DARRIEUX, Dépendance affective de la personne âgée et abus de faiblesse : *La Revue Gériatrie* 1994, n°6, pp. 401-409, p. 402.

¹⁰⁸ CEDH, Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, req. n°7525/76 : Série A n°45 .

¹⁰⁹ *Ibid.* § 60.

¹¹⁰ *Ibid.* § 62.

dépendance naturelle [...] spéciale¹¹¹ ». Ici, toutes les causes de vulnérabilité intrinsèque semblent prises en compte implicitement par la cour. En particulier, la vulnérabilité due à la vieillesse est visée indirectement : à travers la vulnérabilité due à une faiblesse de corps et d'esprit ou celle due à une dépendance naturelle spéciale. Ainsi, bien qu'aujourd'hui aucun arrêt ne prenne en compte la vieillesse à travers la notion de vulnérabilité, les termes de la cour n'excluent pas une telle prise en compte à l'avenir.

74. La vieillesse ne pourrait alors être conçue comme une cause de vulnérabilité que si elle crée une dépendance à autrui "spéciale", donc particulière en l'espèce. La vulnérabilité pourrait ainsi résulter de ce que la personne âgée est dépendante physiquement d'autrui pour ses déplacements, de ce qu'elle soit soumise à un régime de protection conformément au droit interne, de ce qu'elle souffre d'une altération des facultés mentales du fait de son grand âge ou de toute autre incapacité naturelle réduisant son autonomie.

75. La notion de vulnérabilité trouve en effet, une application assez naturelle lorsqu'elle s'applique aux personnes âgées. En droit pénal notamment, les infractions commises contre ces personnes, comme contre les enfants, apparaissent comme des actes particulièrement odieux justifiant une répression sévère¹¹². Concernant en particulier le délit d'abus de faiblesse d'une personne vulnérable, les personnes âgées et très âgées constituent la catégorie que le législateur a entendu protéger à titre principal étant donné qu'il s'agit de la catégorie la plus exposée à ce type d'atteintes en pratique. D'ailleurs, la jurisprudence concernant cette infraction le prouve avec éclat. La majeure partie des arrêts concerne en effet des victimes souvent très âgées¹¹³.

¹¹¹ *Ibid.* § 49. Le rapport cité par la cour ajoute la vulnérabilité due à une dépendance juridique ou économique spéciale qui fait partie des causes extrinsèques de vulnérabilité.

¹¹² Rapport de M. Michel PEZET, *préc.* p. 60.

¹¹³ En ce sens Michel VERON, note sous Cass. crim., 29 novembre 2000 : *Dr. pénal* 2001, Comm. 70, p.12. Le même constat existe en droit de la consommation en ce qui concerne le délit d'abus de faiblesse dans le cadre du démarchage à domicile, Marie-Laure IZORCHE, Abus de faiblesse ou

76. Ainsi, le premier arrêt rendu par la Cour de cassation sur le fondement de l'article 313-4 du Code pénal (actuel article 223-15-2) concernait un couple de personnes âgées de quatre-vingt-six et quatre-vingt-quatre ans présentant des signes de détérioration intellectuelle. L'aide ménagère de ce couple, pleine des meilleures intentions... pour elle-même... s'était fait remettre des fonds importants en plus de son salaire. Elle a donc été condamnée à six mois d'emprisonnement avec sursis, et mise à l'épreuve pendant deux ans¹¹⁴. Les personnes très âgées présentent un double avantage pour les personnes peu scrupuleuses : elles sont affaiblies par l'âge ou la maladie tant psychologiquement que physiquement, et elles sont, dans bien des cas, titulaires d'un patrimoine actif attractif. L'importance du traitement juridique de ces questions est donc accrue¹¹⁵. En outre, la seule faiblesse physique des aînés laisse parfois place à des situations de maltraitance physique ou morale odieuse¹¹⁶.

77. L'importance de cette catégorie de personnes dont la vulnérabilité est susceptible d'être constatée fréquemment est d'autant plus marquée, qu'à part l'état de grossesse, en principe, l'ensemble des autres causes de vulnérabilité intrinsèque retenues en droit pénal touchent tout particulièrement les personnes âgées.

d'ignorance : *Rép. pén. Dalloz*, p. 5 : « Il arrive que des démarcheurs se spécialisent dans la prospection de dames âgées ».

¹¹⁴ Cass. crim., 30 avril 1996 : *Dr. pénal* 1996, Comm. 217, p. 8, note Michel VERON ; *Rev. sc. crim.* 1997, pp. 110-112, obs. Reynald OTTENHOF.

¹¹⁵ Jean HAUSER, La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes, *In* : Francis KESSLER (Sous-dir.), *La dépendance des personnes âgées*, *op. cit.* pp. 159-175, p. 160 ; voir aussi : Didier FROGER, La dépendance des personnes âgées et la solidarité familiale, *art. préc.* p. 486. L'actuelle protection des personnes très âgées en raison notamment de leur fréquente vulnérabilité et de l'importance de leur patrimoine peut être rapprochée de la protection des mineurs issus de riches familles par l'ancien délit d'abus des besoins, des faiblesses, ou des passions d'un mineur, qui était prévu par l'art. 406 de l'ancien Code pénal et n'a d'ailleurs jamais été très utilisé.

¹¹⁶ Sur cette question sensible : Robert CARIO, Victimization des aînés et aide aux victimes : *Rev. sc. crim.* 2002, pp. 81-94 et Aline TERRASSON DE FOUGERES, La maltraitance des personnes âgées : *RD sanit. soc.* 2003, pp. 176-186.

§ 2. Les autres causes de vulnérabilité intrinsèque

78. La conception de la vulnérabilité intrinsèque de la personne en droit pénal est incontestablement large au regard de la diversité des causes visées. La Cour européenne des droits de l'homme est quant à elle très sélective lorsqu'elle retient une telle vulnérabilité. Quatre causes principales de vulnérabilité intrinsèque en droit privé peuvent être dégagées de ces deux sources : la maladie (A), l'infirmité (B), les déficiences physiques ou psychiques (C) et la grossesse (D).

A. La maladie

79. La maladie rappelle à l'homme la vulnérabilité de sa condition : universellement, l'être humain est un malade potentiel. La maladie éveille en nous la peur de la souffrance, de la mort. Pour autant, il faut se garder de considérer la maladie à l'instar du médecin Custos « honorable praticien, qui, à l'exemple de ses confrères, guérissait les malades de toutes les maladies, excepté de celle dont ils mouraient¹¹⁷ ». La maladie n'est pas nécessairement fatale et les progrès de la médecine laissent espérer un destin moins funeste. En outre, toutes les maladies ne promettent pas une grande douleur et peuvent apparaître comme relativement sans gravité. Mais, malgré cette touche d'optimisme, la maladie au moment où elle sévit apparaît comme une cause indiscutable de vulnérabilité pour la personne. Ainsi, M. Jean Pradel, dans sa thèse *La condition civile du malade*, définit-il, la maladie comme étant : 1^o – un trouble pathologique, entraînant ou non une altération mentale, mais diminuant dans tous les cas les capacités de résistance du sujet. 2^o – un trouble interne. 3^o – un trouble progressif¹¹⁸. De même, M. Claude Lombois voit-il dans la maladie une altération de la santé, conformément à la définition du Littré. Il souligne en outre le caractère évolutif de la maladie, son

¹¹⁷ Jules Verne, *Le Docteur Ox*, Les œuvres de Jules Verne, Genève, Hachette, 1966, p. 31.

¹¹⁸ Jean PRADEL, *La condition civile du malade*, Thèse Poitiers, Gérard Cornu (Sous-dir.), Paris, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 1963, p. 20.

caractère discret, secret parfois¹¹⁹. Ces deux aspects rejoignent la définition de M. Jean Pradel. Celle-ci comporte en outre une précision essentielle pour le sujet qui nous occupe : « diminuant dans tous les cas les capacités de résistance du sujet ». La maladie est donc, par essence, une cause de vulnérabilité de la personne : l'amointrissement des facultés de résistance la caractérise.

80. Cette diminution des capacités de résistance peut aussi bien toucher les capacités de résistance physique que les capacités de résistance morale. A ce sujet, d'ailleurs, M. Pradel démontre que la distinction entre les maladies mentales et les autres maladies est vétuste, les distinguer « c'est commettre une erreur médicale doublée d'une erreur de pratique, car toute maladie diminue l'homme¹²⁰. » M. Claude Lombois reste, quant à lui, sur une position plus traditionnelle : « Tant qu'on n'aura pas trouvé le moyen de rendre l'aliéné lucide, ou tant qu'il ne sera pas démontré qu'une angine prive l'individu de sa raison, la distinction gardera de son intérêt ». Et cela, même s'il convient qu'elle peut être médicalement fautive. Cet auteur distingue donc « les malades physiques des malades mentaux, suivant que l'atteinte qu'ils ressentent lèse leurs facultés d'agir ou de vouloir¹²¹ ». Une position médiane sur cette question est exprimée par Claire Geoffroy, qui précise que « les maladies mentales, tout en gardant leur spécificité, n'appartiennent plus à des formes typiques bien définies, elles se diversifient¹²² ».

81. En tout état de cause, il ne fait aucun doute que lorsque le Code pénal prévoit la maladie comme cause de vulnérabilité sont comprises tant la maladie physique que la maladie mentale ; c'est d'ailleurs ainsi que l'entend la jurisprudence. De la sorte, la vulnérabilité est caractérisée pour une « psychonévrose dépressive et obsessionnelle » ou encore un état général

¹¹⁹ Claude LOMBOIS, *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils*, Thèse, Université de Poitiers, Faculté de droit et de sciences économiques, Paris, L.G.D.J., 1963, p. 12-13.

¹²⁰ Jean PRADEL, *thèse préc.* pp. 16-17.

¹²¹ Claude LOMBOIS, *thèse préc.* p. 19.

¹²² Claire GEFFROY, *La condition civile du malade mental et de l'inadapté*, Préf. Henri-Daniel Cosnard, Toulouse, Librairies techniques, 1974, p. 4.

« physique et psychique¹²³ » s'étant dégradé visant donc implicitement une maladie par son caractère évolutif. Cette dernière référence à l'état général physique et psychique, résultant d'un arrêt de la chambre criminelle du 12 janvier 2000, montre l'acception large de la maladie par les juges : une altération de l'état de santé, selon l'approche du professeur Lombois.

82. D'autres arrêts confirment cette conception extensive. Ainsi, la vulnérabilité de la victime peut-elle résulter *de ses difficultés de santé et de son état physique ou psychique*, ou encore de ce que celle-ci est *fatiguée, déprimée avec un sentiment d'abandon et de solitude et souffrant de décompensation dépressive*¹²⁴. Souvent, il faut deviner, ou du moins comprendre, que les juges visent bien la vulnérabilité due à une maladie, car il est rare que ceux-ci le précisent. C'est la nature de l'état décrit qui permet de le penser. Toutefois, des hésitations sont parfois permises : un arrêt du 27 mars 2001 retient la vulnérabilité d'une personne psychologiquement très éprouvée. Cette grande fragilité psychologique peut-elle être comprise comme une maladie ? *A priori*, il semble que non. Cependant, en l'espèce, la vulnérabilité ne pouvait résulter ni de l'âge de la victime, ni d'une infirmité, ni d'une déficience, ni d'un état de grossesse. C'est donc par élimination que l'on peut dire que la vulnérabilité était due à une maladie : la conception extensive de celle-ci est donc confirmée. Cette appréciation extensive se retrouve lorsque la seule qualité de personne hospitalisée permet au juge d'affirmer la vulnérabilité de la personne : selon un arrêt, les victimes « eu égard à leur

¹²³ Respectivement : Cass. crim., 8 juin 1994 : *Dr. Pénal* 1994, Comm. 232, pp. 7-8, note Michel VERON et Cass. crim., 12 janvier 2000 : *Bull. crim.*, n° 15 ; *Rev. sc. crim.* 2000, pp. 614-615, obs. Reynald OTTENHOF ; *D.* 2001, J. pp. 813-816, note Jean-Yves MARECHAL, Un abus de faiblesse préjudiciable sans préjudice.

¹²⁴ Respectivement : Cass. crim., 19 décembre 2000, Pourvoi n° 00-86.572 et Cass. crim., 6 mars 2001, Pourvoi n° 00-82.280.

hospitalisation dans un service [de psychiatrie], étaient particulièrement vulnérables¹²⁵ ».

83. Cette tendance à une appréhension large des origines de vulnérabilité intrinsèque par le juge pénal n'est pas une approche affectionnée par la Cour européenne des droits de l'homme, au contraire, extrêmement restrictive. La vulnérabilité d'une personne due à une maladie n'est, à ce jour, admise par la cour que lorsqu'il s'agit d'une maladie incurable grave en phase terminale. Ainsi, dans l'arrêt *Pretty contre Royaume-Uni* du 29 avril 2002, une personne paralysée et souffrant d'une maladie dégénérative incurable avait demandé au Ministère public de son pays une immunité de poursuite pour son mari s'il l'aidait à se suicider, ce qui lui a été refusé. Elle saisit alors la Cour européenne des droits de l'homme alléguant la violation des droits garantis par les articles 2, 3, 8 et 9 de la Convention. La cour considère qu'aucun des droits garantis n'a été enfreint par les autorités britanniques.

84. Sur le terrain de l'article 8-2 de la Convention, les juges considèrent que « la disposition légale incriminée en l'espèce, à savoir l'article 2 de la loi de 1961, a été conçue pour préserver la vie en protégeant les personnes faibles et vulnérables – spécialement celles qui ne sont pas en mesure de prendre des décisions en connaissance de cause – contre les actes visant à mettre fin à la vie ou à aider à mettre fin à la vie. Sans doute l'état des personnes souffrant d'une maladie en phase terminale varie-t-il d'un cas à l'autre. Mais beaucoup de ces personnes sont *vulnérables*, et c'est *la vulnérabilité de la catégorie qu'elles forment* qui fournit la *ratio legis* de la disposition en cause. [...] Il existe des risques manifestes d'abus, nonobstant les arguments développés quant à la possibilité de prévoir des garde-fous et des procédures protectrices¹²⁶ ». C'est donc la maladie

¹²⁵ Jugement du tribunal correctionnel de Toulouse du 16 octobre 2000, confirmé par la Cour d'appel de Toulouse le 3 mai 2001, et repris par CE, sect., 20 novembre 2002, n° 237984, Centre hospitalier Gérard Marchant.

¹²⁶ CEDH, 4^e sect., *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, req. n° 2346/02 : *JCP* 2003, éd. G., II, 10 062, pp. 676-682, note Carole GIRAULT ; Alain GARAY, Le droit au suicide assisté et la Cour

incurable de la personne, à un stade avancé, se manifestant par une faiblesse physique très importante, qui donne lieu à la vulnérabilité de la personne. La maladie n'est donc, selon la cour, une cause de vulnérabilité que lorsqu'elle mène à une issue fatale.

85. Cette prise en considération de la vulnérabilité du fait d'une maladie grave incurable en phase terminale dans l'arrêt *Pretty* semble consacrer la prise en compte d'une telle maladie dans l'arrêt D. c. Royaume-Uni du 2 mai 1997. En l'espèce, le Royaume-Uni est condamné pour violation de l'article 3 : une décision d'expulsion d'un non-national, un homme en phase terminale d'une maladie incurable, le sida ici, risquait de hâter sa fin de vie. La décision d'expulser le requérant constituait donc, selon la cour, un traitement inhumain « compte tenu des circonstances exceptionnelles et du fait que le requérant est parvenu à un stade critique de sa maladie fatale¹²⁷ ». La prise en compte de la maladie ne conduit pas ici à prévenir un risque d'abus, mais un risque de décès rapide. L'arrêt D. ne faisait certes pas référence à la vulnérabilité due à une telle maladie, mais l'arrêt *Pretty* semble s'en être inspiré pour la consacrer expressément, tout en confirmant une prise en compte parcimonieuse de l'altération de l'état de santé de la personne dans le constat de violation de l'un des droits garantis par la Convention.

86. La cour semble donc assez encline à retenir la maladie avérée comme cause de vulnérabilité de la personne. Cette tendance est consacrée par la reconnaissance récente de la vulnérabilité des personnes souffrant de troubles mentaux dans l'arrêt *Slimani c. France* du 27 juillet 2004. En l'espèce, il s'agissait d'une épilepsie, dont une crise au cours d'une rétention administrative dans des conditions déplorables, avait provoqué le décès de la personne¹²⁸.

européenne des droits de l'homme : le "précédent" de la dramatique affaire *Pretty* : *Gaz. Pal.* 2002, 2, Doctr. pp. 1244-1248. § 74.

¹²⁷ D. c. Royaume-Uni, 2 mai 1997, req. n° 30240/96 : *Rec.* 1997-III, § 52 et 53.

¹²⁸ CEDH, 2^e sect., *Slimani c. France*, 27 juillet 2004, req. n° 57671/00, § 28.

87. La vulnérabilité d'une personne, outre la maladie, peut aussi résulter d'une infirmité, selon la terminologie du droit pénal.

B. L'infirmité

88. L'infirmité est l'altération de l'une des fonctions de l'individu sans que sa santé générale en souffre¹²⁹. Ainsi, l'infirmité a un caractère définitif qui s'oppose au caractère évolutif de la maladie. Cette distinction n'est pourtant pas aussi nette qu'il paraît. L'infirmité est en effet, en principe seulement, non évolutive, alors que la maladie est évolutive. Mais les progrès de la médecine permettent d'espérer une évolution des infirmités, et au contraire certaines maladies peuvent apparaître définitives¹³⁰. Il est dès lors délicat de définir l'infirmité par rapport à la maladie.

89. Tout au plus faut-il noter que l'infirmité est moins une atteinte qu'un état ; en outre, l'infirmité se voit alors que la maladie est souvent discrète¹³¹. En droit pénal, cet élément n'est pas anodin. En effet, pour être retenue, la particulière vulnérabilité doit être apparente ou connue de l'auteur. Le caractère visible de l'infirmité élargit la prise en considération de cette cause de vulnérabilité par le juge. La jurisprudence retient d'ailleurs sans difficulté la vulnérabilité due à une infirmité physique¹³². Mais, cette remarque concerne plus particulièrement les infirmités physiques que les infirmités psychiques, souvent peu visibles. De plus, parfois, les juges déduisent cette vulnérabilité d'éléments extérieurs visibles, ainsi la vulnérabilité d'une femme de soixante-cinq ans est-elle retenue en partie parce

¹²⁹ *Le Grand Robert* ; l'étymologie du terme infirmité est révélatrice, du latin *infirmitas*, signifiant *faiblesse*, dans la langue classique l'infirmité désignait le caractère faible de l'homme, pouvant donner lieu déjà à une certaine vulnérabilité de celui-ci...

¹³⁰ Françoise MONEGER, La notion d'inadaptation en droit positif : *RD sanit. soc.* 1975, pp.441-457, p. 449.

¹³¹ Claude LOMBOIS, *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils, thèse préc.* p. 19.

¹³² Pour l'infirmité congénitale d'une main par exemple : Cass. crim., 10 janvier 1996, Pourvoi n°95-82.084 : *Bull. crim.*, n°11.

qu'elle était « contrainte de prendre appui sur une canne et tombait facilement¹³³ ». Cet arrêt montre que la conception de l'infirmité retenue par les juges est relativement large.

90. L'infirmité dont résulte la vulnérabilité de la personne dans le Code pénal est plus large que deux notions proches : l'infirmité permanente et le handicap. L'infirmité permanente se définit en droit pénal comme « une atteinte permanente à un organe des sens », ainsi en est-il d'une mutilation ou de la perte d'un organe¹³⁴. L'infirmité, origine de vulnérabilité, recouvre un état qui peut n'être dans la vie de l'individu que passager. Le handicap quant à lui regroupe des lésions irrémédiablement fixées, mais permet aussi de prendre en compte le ralentissement fonctionnel des maladies graves liées à des pathologies psychiatriques, cérébrales, viscérales (cardiovasculaires, respiratoires, digestives, endocriniennes)¹³⁵. On retrouve le caractère permanent à travers le caractère irrémédiable de la lésion tout en ayant une vision sans aucun doute beaucoup plus souple. Ce caractère rejoint, en partie, l'un des critères des déficiences, qu'elles soient d'ailleurs physiques ou psychiques.

C. Les déficiences physiques ou psychiques

1. L'appréciation lâche des états constitutifs de déficiences

91. Une déficience est, selon le dictionnaire Le Robert, une insuffisance, une faiblesse organique ou fonctionnelle. Ainsi, et c'est la difficulté, elle peut recouvrir certaines maladies ou infirmités. La notion est certainement plus vague et vise à tenir compte de toute faiblesse physique ou psychique, toute

¹³³ Cass. crim., 29 janvier 1997, Pourvoi n°96-82.838.

¹³⁴ Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial, Infraction des et contre les particuliers*, Paris, Précis, Droit privé, Dalloz, 4^e éd., 2003, pp. 58-59, n°56.

¹³⁵ Anne TRIOMPHE, Camille HERMANCE, *Droit des personnes handicapées en France*, Sceaux, Euredit, 1999, p. 17. Un guide barème sert de référence pour fixer le taux d'incapacité des personnes handicapées.

défaillance de l'individu. La jurisprudence est abondante en ce qui concerne la vulnérabilité due à une déficience psychique ou mentale. Celle-ci recouvre des réalités diverses¹³⁶. Parmi lesquelles on retrouve naturellement le handicap, car il vise bien une insuffisance fonctionnelle. Le handicap est sans aucun doute une origine de vulnérabilité de la personne. La difficulté est de déterminer s'il s'agit d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience, si l'on considère les termes du Code pénal. La terminologie est indécise sur ce point.

92. Cette remarque est confirmée, si l'on examine la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui reconnaît, de manière indirecte seulement, le handicap comme cause de vulnérabilité de la personne. En effet, l'arrêt *Stubbings et autres* du 22 octobre 1996, précité, précise que les enfants et autres personnes vulnérables ont droit à la protection de l'Etat. La cour avait expressément consacré la vulnérabilité des enfants dans cette affaire. La cour reprend ici un principe qu'elle avait déjà posé dans un arrêt *X. et Y. c. Pays-Bas* du 26 mars 1985¹³⁷, pour imposer cette obligation de protection des personnes vulnérables. L'obligation de protection des personnes vulnérables résulte donc indirectement de l'arrêt *X et Y*. Dans cette affaire, il s'agissait d'une enfant de onze ans, atteinte au moment des faits d'une déficience mentale, ayant subi des sévices sexuels. La cour avait considéré que cet état de la jeune fille justifiait une protection de l'Etat, obligation reprise et généralisée aux enfants et autres personnes vulnérables dans l'arrêt *Stubbings*. Ainsi, la cour admet-elle indirectement qu'une déficience mentale peut être une autre origine de vulnérabilité de la personne,

¹³⁶ Psychose schizophrénique : Cass. crim., 8 novembre 1989, Pourvoi n° 88-84.894 ; niveau mental très diminué : Cass. crim., 6 novembre 1991, Pourvoi n° 91-84.790 ; handicap physique et mental : Cass. crim., 6 mai 1996, Pourvoi n° 84-95.496 : *Juridisque Lamy Cour de cassation, [CD-rom]*, Vol. III ; débilité moyenne : Cass. crim., 12 novembre 1997, Pourvoi n° 96-83.550 ; insuffisance intellectuelle : Cass. crim., 23 février 2000, Pourvoi n° 99-87.683 ; déficience intellectuelle : Cass. crim. 27 avril 2000, Pourvoi n° 00-80.827 ; intelligence anormale à la limite de la débilité : Cass. crim., 12 décembre 2001, Pourvoi n° 01-86.972 et Cass. cri m., 20 mars 2002, Pourvoi n° 02-80.081.

¹³⁷ CEDH, *X. et Y. c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, req. n° 8978/80 : Série A n° 91, § 27. Cet arrêt est cité par la cour dans l'arrêt *Stubbings* pour justifier l'obligation de protection des personnes vulnérables dégagée.

même si dans l'arrêt *Stubbings* cette cause n'est pas directement visée, elle ne l'est directement que par le renvoi à l'arrêt X et Y.

93. Toutefois, dans cet arrêt, le fait qu'il s'agissait d'une enfant, suffisait à en faire une personne vulnérable aux yeux de la cour. Mais, dans la motivation de l'arrêt, la vulnérabilité due à la déficience mentale prime sur celle due au jeune âge de l'enfant. En effet, la condamnation de l'Etat pour violation de l'article 8 est fondée sur le fait qu'aucune procédure ne permettait d'obtenir, au pénal, la condamnation de l'auteur et, au civil, la réparation du dommage lorsque la victime est une personne handicapée mentale. C'est donc cet état, à l'exclusion de tout autre, qui fonde l'obligation posée dans l'arrêt X et Y, étendu à l'ensemble des personnes vulnérables dans l'arrêt *Stubbings*, et en fait une origine de vulnérabilité implicitement envisagée par la cour.

94. Il est indéniable qu'en droit interne, les juges du fond entretiennent cette imprécision dans la terminologie utilisée lorsqu'il s'agit de maladie, d'infirmité, de déficience. Même la Cour de cassation n'exige pas, lors de son contrôle, plus de précision. Aussi n'est-il pas rare que les juges du fond ne précisent pas l'origine de la vulnérabilité de la personne selon les termes légaux de maladie, d'infirmité ou de déficience, sans que la Cour de cassation ne les censure. En revanche, les juges du fond, comme la Cour de cassation, sont exigeants sur l'origine concrète de la vulnérabilité. La vulnérabilité peut ainsi être due au fait que la victime était *fatiguée*, *déprimée*, *dépressive* même, ce qui est une maladie, mais le juge ne qualifie pas cet état¹³⁸. De même, le juge peut-il constater que la vulnérabilité résulte du *handicap* sans autre précision, ou encore que la victime est *psychologiquement très éprouvée*, ce qui est précis concrètement, mais indécis juridiquement¹³⁹.

95. Ce constat permet de faire deux observations. D'abord, les notions de maladie, d'infirmité, de déficiences ne sont pas de véritables notions légales

¹³⁸ Cass. crim., 6 mars 2001, Pourvoi n°00-82.280.

¹³⁹ Respectivement : Cass. crim., 23 juillet 1996, Pourvoi n°96-82.233 et Cass. crim., 27 mars 2001, Pourvoi n°00-86.015.

dans la mesure où elles ne font pas l'objet d'une qualification expresse par le juge. Ensuite, il faut admettre que pour ne pas être qualifiées, elles sont néanmoins interprétées par le juge. La difficulté est le peu de lisibilité des distinctions entre maladie et infirmité, maladie et déficience, infirmité et déficience dans de nombreuses hypothèses, même lorsque l'on a recours à des approches précises de ces questions. Ce qui est certain, c'est que le législateur, lorsqu'il a précisé ces causes de vulnérabilité, a voulu ne rien laisser de côté, de manière à ce que toutes les causes intrinsèques de vulnérabilité possibles puissent éventuellement être prises en compte par le juge ; là est l'essentiel.

96. S'agissant d'ailleurs de la vulnérabilité due à une déficience physique ou psychique, il est évident que le juge pénal en a une appréciation large. Ainsi, si la vulnérabilité due à une déficience résulte souvent d'un handicap de la personne, d'une limitation intellectuelle ou d'une maladie mentale, la jurisprudence ne se limite pas à ces hypothèses.

97. La vulnérabilité de la personne peut aussi provenir d'un état passager d'inconscience.

2. L'inconscience entendue comme une déficience

98. Celle-ci pourrait avoir comme origine une maladie provoquant un malaise – on songe particulièrement à l'épilepsie ou au diabète –, elle résulte d'ailleurs parfois de l'état de coma ; mais, les juges retiennent plus souvent la vulnérabilité d'une personne dont l'inconscience a été provoquée par l'effet d'une substance et, plus rarement, par des coups reçus par la victime.

99. L'inconscience résulte ainsi, bien souvent, de l'effet d'un produit la provoquant : alcool, drogue, anesthésique... Dans un arrêt du 18 décembre 1991, la chambre criminelle ne rejette pas le principe selon lequel la chambre d'accusation peut retenir que la particulière vulnérabilité est susceptible de découler de l'ivresse de la victime. Celle-ci avait, en l'espèce, provoqué sa propre inconscience par l'absorption d'alcool. La chambre criminelle estime seulement qu'il

appartiendra à la Cour d'assises de retenir ou non cette qualification de vulnérabilité due à l'état d'ivresse dans sa décision¹⁴⁰. La Cour de cassation admet donc que l'état d'ivresse d'une personne soit à l'origine de sa vulnérabilité, même si elle a provoqué elle-même cet état. Cette analyse est confirmée par un arrêt du 21 janvier 2004, dans lequel la Cour de cassation avait constaté que la vulnérabilité de la victime résultait « de son état d'ébriété¹⁴¹ ».

100. Admettre la vulnérabilité de la personne dans ces conditions évite de porter un jugement sur le caractère délibéré du comportement de la personne, et, par conséquent, de faire dépendre la qualification du caractère volontaire, recherché, de l'état d'ivresse. Ce qui est important, c'est l'état provoqué, que la personne soit malade ou occasionnellement ivre. La même remarque peut s'appliquer d'ailleurs à la toxicomanie : l'état d'inconscience qu'elle peut provoquer pourrait donc être retenu au titre de la vulnérabilité due à une déficience. La toxicomanie doit être considérée comme une maladie, comme l'alcoolisme¹⁴². Or, la maladie est « un événement fortuit dans l'existence qui n'implique en rien la volonté du sujet¹⁴³ ». Donc, au fond, lorsqu'il s'agit de qualifier la vulnérabilité, ce qui importe est qu'elle trouve son origine dans l'inconscience objective provoquée, sans égard aux causes de l'inconscience, notamment un comportement que l'on pourrait juger, à tort ou à raison, fautif.

101. Dans un certain nombre d'affaires, ce n'est pas la victime elle-même, mais l'auteur qui provoque volontairement l'état d'inconscience de sa victime. Ainsi, un individu est reconnu coupable de viol sur personne particulièrement vulnérable en raison d'une déficience physique. Avant d'agresser la jeune fille, âgée de dix-sept ans, celui-ci avait enfoncé dans ses narines des cotons imbibés de liquide qui l'ont plongée dans un état de semi-inconscience.

¹⁴⁰ Cass. crim., 18 décembre 1991, Pourvoi n°91-85.607.

¹⁴¹ Cass. crim., 21 janvier 2004, Pourvoi n°03-82.360.

¹⁴² Xavier LAQUEILLE, Le drogué : délinquant ou malade ? *Rev. pénit.* 1995, pp.132-133, p. 133.

¹⁴³ Raymond GASSIN, Séduction idéologique ou réalisme scientifique ? Réponse à Francis Caballero : *Droits, Rev. fr. th. jur.* 1994, pp. 137-151, pp. 148-149.

Dans une autre affaire, c'est un gynécologue qui est condamné pour viols sur des personnes dont la particulière vulnérabilité était due à une déficience physique ou psychique. Les victimes étaient toutes des patientes que ce charmant médecin avait, avant de les agresser, anesthésiées au Valium, provoquant ainsi un état de semi-inconscience¹⁴⁴. S'agissant d'un cas d'abus de faiblesse, la vulnérabilité des victimes résultait, dans un arrêt du 10 décembre 2003, d'une « déficience provoquée par l'administration non thérapeutique, pendant plusieurs jours de substances médicamenteuses psychotropes¹⁴⁵ ».

102. L'auteur peut aussi choisir une méthode plus « musclée » pour plonger la victime dans l'inconscience : porter des coups à celle-ci. L'inconscience en résultant est alors une cause de vulnérabilité. Un arrêt de la Cour d'assises de Meurthe-et-Moselle du 24 octobre 1983 admet en effet qu'en raison des coups reçus, la victime se trouvait dans un état de déficience physique pouvant constituer une circonstance aggravante du crime de viol¹⁴⁶. Cette analyse est implicitement confirmée par la Cour de cassation qui, dans un arrêt antérieur, rendu le 18 mai 1983, précise que le même acte de violence ne peut être relevé à la fois comme constituant le délit de coups volontaires et la circonstance aggravante de vulnérabilité de la victime en raison d'une déficience physique consécutive auxdites violences accompagnant le crime de viol¹⁴⁷. C'est bien reconnaître que l'état d'inconscience ou de semi-inconscience provoqué par les violences peut être source de particulière vulnérabilité, indépendamment du crime ensuite perpétré.

103. L'inconscience d'une personne est, par ailleurs, incontestable lorsque la personne est en état de coma. Ces personnes ne sont pas protégées spécifiquement par la loi en matière de recherches biomédicales, alors que les

¹⁴⁴ Respectivement : Cass. crim., 12 mai 1987, Pourvoi n° 87-80.909 : *Juridique Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. I, et Cass. crim., 21 avril 1998, Pourvoi n°98-80.582.

¹⁴⁵ Cass. crim., 10 décembre 2003, Pourvoi n°02-86.863 : Bull. crim. n°141.

¹⁴⁶ C. assises Meurthe et Moselle, 24 octobre 1983 : *Rev. sc. crim.* 1985, p. 813, obs. Georges LEVASSEUR.

¹⁴⁷ Cass. crim., 18 mai 1983 : *Bull. crim.*, n°147.

personnes en état de mort cérébrale le sont (article 1124-5 du Code de la santé publique) ; les recherches les concernant sont dans ce cas limitées du fait de leur grande vulnérabilité. Ces états de coma peuvent donc être considérés, sans difficulté, comme des causes à part entière de vulnérabilité de la personne, tant de manière générale que, spécifiquement, en droit pénal.

104. Ce qui donne lieu à la vulnérabilité de la personne, c'est son inconscience ou sa semi-inconscience. Cette prise en compte marque incontestablement l'appréhension extrêmement large de la vulnérabilité due à une déficience physique ou psychique du fait, sans doute, de l'imprécision de cette notion. Les choses semblent plus tranchées en revanche en ce qui concerne l'état de grossesse.

D. La grossesse

105. L'état de grossesse de la femme est considéré comme une cause de vulnérabilité tant par le droit pénal que la recherche biomédicale et le droit européen.

1. Le droit pénal

106. Concernant la circonstance de vulnérabilité dans le Code pénal de 1992, on notera que le projet, proposé initialement par la commission mixte paritaire, avait adopté un texte ne prenant pas en compte, de manière spéciale, la vulnérabilité de la femme enceinte. Ainsi le texte visait uniquement « une personne particulièrement vulnérable en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou psychique¹⁴⁸. » C'est M. Jolibois, rapporteur devant le Sénat, qui a proposé un amendement tendant à prendre en compte la vulnérabilité due à l'état de grossesse. La circonstance aggravante a donc été reformulée, elle visait « une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une

¹⁴⁸ *JO Sénat*, Séance du 24 avril 1991, p 643.

maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse est apparente ou connue de l'auteur ». Le texte n'a pas été modifié jusqu'à son adoption définitive, hormis l'ajout de deux virgules ayant fait l'objet d'une discussion enflammée lors de cette séance. Cet amendement marque bien l'intention du législateur d'éviter au juge toute hésitation éventuelle sur le caractère vulnérable ou non de la femme enceinte.

107. Pourtant, on peut se demander, *a priori*, pourquoi une femme enceinte peut être considérée comme une personne vulnérable. A cet égard, lors de la séance du 24 avril 1991, devant le Sénat, la vulnérabilité de la femme dans cette hypothèse fut contestée. M. Sérusclat affirmait, en effet : « Je veux bien qu'on soit attentif à tous les cas qui pourraient fragiliser une personne, mais j'aimerais que l'on me dise *en quoi l'état de grossesse rend vulnérable une femme*, alors que chacun sait que cet état s'accompagne d'une exaltation de la plupart des défenses de l'organisme, notamment dans le domaine immunitaire. Donc, *en quoi la vulnérabilité d'une femme enceinte est-elle plus grande que celle d'un infirme, par exemple* ? Je crois que la vulnérabilité liée à l'état de grossesse est un peu un mythe »¹⁴⁹.

108. Cette affirmation est contestable si l'on considère, avec Mme Pascale Renaud-Durand, que si l'état de grossesse renforce les défenses de l'organisme de certaines femmes et non de toutes, il peut être également un handicap, surtout quand il s'agit de courir pour échapper à un agresseur¹⁵⁰. Aussi, et contrairement à ce qu'affirme M. Sérusclat, il n'est pas question d'admettre que la vulnérabilité d'une femme enceinte est plus grande que celle d'un infirme : l'amendement adopté les plaçait exactement sur le même plan. On peut ajouter qu'il est médicalement reconnu que la grossesse, en dehors de présenter un certain

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Pascale RENAUD-DURAND, La prise en compte de la vulnérabilité dans le nouveau Code pénal, *In* : Equipe de recherche sur la politique criminelle, Christine LAZERGES (Sous-dir.), *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Paris, Pédone, 1995, pp. 120-130, p. 125.

handicap physique à un stade relativement avancé, entraîne une vulnérabilité psychologique de la femme, parfois extrêmement fragilisée¹⁵¹.

109. Cet état particulier se manifeste d'ailleurs avec des caractéristiques différentes après la naissance du bébé, durant la maternité. A cet égard, M. Pierre Decheix fait une remarque très intéressante. Selon lui, le Code pénal vise la situation de faiblesse « *due ... à un état de grossesse* » et non « *pendant* » cet état de grossesse. L'auteur propose donc d'accorder la protection de la loi à la femme après son accouchement, puisque la vulnérabilité de celle-ci, pendant cette période, résulte bien de sa grossesse. Il semble, en effet, que le législateur ait envisagé, sans le vouloir, l'hypothèse de la vulnérabilité de la femme après son accouchement, pendant la maternité donc, en cas de simple déprime et en dehors d'une déficience psychique. Pour autant, cette analyse relève d'une interprétation large de la loi et trahit certainement l'intention du législateur. Il est donc peu probable que les juges se rallient à celle-ci ; elle est contraire au principe d'interprétation stricte de la loi pénale. D'ailleurs, cette question est superfétatoire étant donné que si la femme est dans un état dépressif ou extrêmement affaiblie suite à son accouchement, sa vulnérabilité relève alors plus d'une maladie, ou d'une déficience psychique. Dans cette hypothèse, la vulnérabilité peut être admise sans difficulté, elle est conforme à l'intention du législateur souhaitant englober le maximum de causes de vulnérabilité intrinsèque.

2. La recherche biomédicale

110. Il est intéressant de remarquer qu'à travers la protection des personnes reconnues comme étant vulnérables, les dispositions sur la recherche biomédicale protègent en particulier les femmes enceintes, parturientes ou qui

¹⁵¹ Voir à ce sujet : la synthèse de l'auteur sur l'état psychologique et psycho-pathologique de la femme avant et après la grossesse dans l'article de Pierre DECHEIX, Abus frauduleux d'un état de faiblesse, Art. 313-4, *J.-Cl. Pénal*, p. 8 et l'article (cité par M. Pierre DECHEIX) : Monique BIDLOWKI, Le bébé avant la naissance : particularités de la vie psychique de la femme enceinte, In : *Le fœtus et son entourage*, Genève, éd. Médecine et hygiène, 1989, pp. 51-59.

allaitent, ce qui relève d'une conception plus large de la grossesse et confirme la fragilité de cet état à tous les stades¹⁵². Cette fragilité est d'ailleurs à relativiser d'une personne à l'autre, et d'un moment à l'autre. Cette protection de la femme enceinte conduit en outre indirectement à la protection de l'enfant à naître, embryon ou fœtus, qui en ce domaine n'est pas sans poser de difficultés. En particulier, si l'on étend la question à la recherche sur l'embryon *in vitro*. Cet être est sans aucun doute vulnérable. Mais, cette vulnérabilité est spécifique et n'est pas comparable à celle d'une personne née. Les enjeux ne sont pas seulement juridiques : ils sont éthiques, scientifiques, philosophiques. La vulnérabilité ressemble à un principe ne souffrant d'aucune exception ; elle touche, de plus, un être vivant dont la personnalité juridique est discutée, offre un visage différent de celle des personnes *stricto sensu*. La vulnérabilité ne se rapporte à cet enfant qu'indirectement, car c'est de celle de la femme enceinte dont il est question.

3. Le droit européen

111. Cette conception large de la vulnérabilité de la femme avant et après l'accouchement est admise en droit communautaire, dans le cadre particulier du travail des femmes. En effet, la directive du Conseil des communautés européennes du 19 octobre 1992 *concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail* avait précédé le Code pénal dans cette reconnaissance de la vulnérabilité de la femme enceinte¹⁵³. La directive retient en effet « la vulnérabilité de la travailleuse enceinte, accouchée ou allaitante » afin de justifier les mesures qu'elle prévoit¹⁵⁴. La vulnérabilité, ainsi consacrée, est parfois reprise par la Cour de justice des communautés européennes. Ainsi, dans l'arrêt Boyle du 27 octobre 1998, la cour suggère que cette cause de vulnérabilité résulte

¹⁵² Art. L. 1121-4 du Code de la santé publique.

¹⁵³ Directive 92/85/CEE, *JOUE*. n° L348 du 28/11/92, pp. 1-8 [en ligne], Disponible sur : < <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/> > (consulté le 15/12/2003).

¹⁵⁴ Préambule de la Directive, considérant n°14.

de la condition biologique de la femme, avant et après sa grossesse¹⁵⁵. La vulnérabilité matérielle de la femme est donc le fondement de la disposition protectrice ; elle apparaît indiscutablement comme une cause intrinsèque de vulnérabilité en droit communautaire¹⁵⁶.

112. En revanche, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne retient pas cette cause de particulière vulnérabilité. Celle-ci peut être implicitement, et par une interprétation non téléologique, lue sous les termes de *faiblesse de corps et d'esprit* de l'arrêt Dudgeon : état parfois, mais non systématiquement, provoqué par la grossesse. Dans ce cas, le juge devrait choisir entre la vulnérabilité prouvée ou la vulnérabilité présumée. Dans le premier cas, une preuve médicale de la faiblesse de la personne, en l'espèce, devra guider l'appréciation du juge, ce qui semble la solution la plus raisonnable. Dans le second, l'état de grossesse de la femme présume sa vulnérabilité. Cette solution est plus contestable car il n'y a aucune appréciation de fait sur la fragilité de la femme, mais elle est plus sûre sur le plan juridique. La première solution serait certainement préférée par la cour, très attachée à ne caractériser la vulnérabilité que lorsqu'elle est manifestement avérée.

113. La vulnérabilité de la femme enceinte répond ainsi soit à une conception fort classique, en tant que période se situant entre la conception et la naissance de l'enfant, soit à une acception étendue à la maternité. Dans tous les cas, elle concerne la femme et non l'enfant.

114. Cette origine de vulnérabilité clôt l'exposé des origines de vulnérabilité intrinsèque. Celui-ci montre en effet que, matériellement, la vulnérabilité intrinsèque prise en compte en droit privé peut recouvrir toute faiblesse

¹⁵⁵ CJCE, Margaret Boyle c. Equal Opportunities Commission, 27 octobre 1998, C-411/96, § 40 et 41.

¹⁵⁶ Ce que rappellent aussi : l'arrêt Tele Danmark A/S du 4 octobre 2001, C-109/00, § 8 et les conclusions de l'avocat général Philippe Léger dans l'affaire MK. Alabaster c. Woolwich plc and Secretary of State for Social Security du 30 septembre 2003, C-144/02. Ces deux références sont [en ligne], Disponibles sur : < <http://curia.eu> >, page jurisprudence générale, (consulté le 16/01/2004).

de la personne, sans exception. Les origines extrinsèques de la vulnérabilité de la personne sont tout aussi diverses, mais leur contenu est plus évanescent.

Section II. Les origines extrinsèques de vulnérabilité de la personne

115. L'existence d'origines extrinsèques de vulnérabilité de la personne physique est révélée par différentes sources juridiques : le Code pénal éclairant, bien que moins exhaustif qu'en ce qui concerne les causes intrinsèques de vulnérabilité, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la doctrine et la jurisprudence de la Cour de cassation. La prise en compte de la vulnérabilité de la personne permet de dégager quatre principales origines extrinsèques de vulnérabilité : origine économique, sociale ou culturelle (§ 1), origine familiale (§ 2), origine politique (§ 3) et enfin la vulnérabilité résultant de la privation de liberté de la personne (§ 4).

§ 1. La vulnérabilité due à la situation sociale, économique ou culturelle

116. Tout d'abord, cette situation de fragilité de la personne doit être expliquée en tant qu'elle peut être, de manière générale, une cause matérielle de vulnérabilité (A). Il est ensuite intéressant d'examiner cette cause de vulnérabilité prévue spécifiquement par les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal (B), mais oubliée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (C).

A. Une origine de vulnérabilité générale

117. La vulnérabilité d'origine sociale, économique ou culturelle vise une infinie diversité de situations précaires. Les personnes socialement vulnérables sont celles que la société exclut peu à peu, quelle que soit la cause de cette mise à

l'écart. Ces personnes étant à la porte de l'exclusion sont très fragilisées¹⁵⁷ et peuvent donc être la proie d'individus peu scrupuleux.

118. Sur le plan culturel, par rapport à un modèle implanté et dominant, une culture très différente ou un bagage culturel faible vont, *de facto*, mettre certaines personnes ou certains groupes en situation de grande vulnérabilité. Cette forme de vulnérabilité est, en fait, une des nombreuses causes de vulnérabilité sociale. Elle est importante néanmoins. On songe, en effet, aux étrangers en situation irrégulière facilement victimes de la cupidité et du mépris de certains employeurs ou bailleurs ; mais aussi aux personnes disposées à croire à tous les miracles : de l'éponge magique à la prédiction d'un avenir riche et glorieux ! Ces personnes seront souvent victimes d'escroqueries, d'abus de faiblesse. Mais, si ces personnes sont vulnérables culturellement, elles le sont bien souvent en outre économiquement.

119. Selon un sociologue, « il est incontestable que le dénuement économique est la base de la plupart des situations de grande marginalité sinon de toutes. »... Pourtant, « il existe une pauvreté intégrée » qui n'est pas en marge « les situations marginales surviennent à l'aboutissement d'un *double* processus de décrochage : par rapport au travail et par rapport à l'insertion relationnelle. [...] En schématisant beaucoup, distinguons trois valeurs [...] : travail stable – travail précaire – non travail ; insertion relationnelle forte – fragilité relationnelle – isolement social. En couplant ces valeurs deux à deux on obtient trois zones, soit la *zone d'intégration* (travail stable et forte inscription relationnelle, qui vont souvent de paire), la *zone de vulnérabilité* (travail précaire et fragilité des soutiens relationnels) et la zone de marginalité, que je préfère appeler *zone de désaffiliation* pour bien marquer l'ampleur du double décrochage : absence de travail et isolement relationnel ». L'auteur définit enfin une quatrième zone, la *zone d'assistance* qui manifeste une prise en charge plus ou moins efficace par la société. Suite à la définition de ces quatre zones, il conclut que « la *zone de vulnérabilité*, en

¹⁵⁷ Robert CASTEL, La dynamique des processus de marginalisation : de la vulnérabilité à la désaffiliation : *Cah. rech. socio.* 1994, n°22, pp. 11-25.

particulier, occupe une position stratégique. C'est un espace social d'instabilité, de turbulence, peuplé d'individus précaires dans leur rapport au travail et fragiles dans leur insertion relationnelle¹⁵⁸ ».

120. La notion ou « l'idée de vulnérabilité » induit alors des « modes de gestion des difficultés sociales et économiques individuelles ou familiales¹⁵⁹ ». Les éléments retenus sont alors, outre les causes intrinsèques de vulnérabilité de la personne : « la pauvreté – et par là le niveau de ressources financières – et la situation professionnelle (actif/inactif, demandeur d'emploi, chômeur, retraité)¹⁶⁰ ». Le droit n'est donc pas indifférent à ces situations de précarité de la personne, et les prend parfois en compte, en tant que causes matérielles de vulnérabilité de la personne.

121. Ainsi en est-il du Code pénal, lorsqu'il incrimine des agissements qui tendent à profiter de manière inacceptable de ces personnes.

B. Une origine de vulnérabilité spécifique dans les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal

122. L'article 225-13 du Code pénal, modifié par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, punit de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait d'obtenir d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués ou insuffisamment rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli. L'article 225-14 du code punit des mêmes peines le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des

¹⁵⁸ *Ibid.* pp. 11, 13 et 16.

¹⁵⁹ Geneviève KOUBI, Les mesures prises en faveur des personnes défavorisées, *Réflexion sur les notions de faveur et de défaveur en droit public français* : *RRJ* 2003, pp. 1321-1335, p. 1332.

¹⁶⁰ *Ibid.*

conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine¹⁶¹. Ces infractions font référence à la *vulnérabilité*, sans que ne lui soit adjoint l'adjectif *particulière* ni que soit précisée aucune faiblesse susceptible d'en être l'origine. Celles-ci en ont dès lors une appréhension matérielle large. La vulnérabilité considérée ici ne trouve plus seulement une origine intrinsèque, mais également extrinsèque. Cette origine de vulnérabilité, extérieure à la personne, doit pourtant bien évidemment avoir des répercussions personnelles. La personne est perméable à un environnement ou à une situation hostiles qui la fragilisent.

123. Dans la présentation du projet de nouveau Code pénal, M. Robert Badinter constate qu'« il existe dans notre société des personnes dont la vulnérabilité n'est pas d'ordre physique ou psychique mais d'ordre social ou culturel¹⁶². » De même, les travaux parlementaires font-ils ressortir cette volonté de prendre en compte ici la vulnérabilité économique. Dans sa présentation du Livre II du projet de Code pénal devant le Sénat, le ministre délégué, M. Georges Kiejman, précise, s'agissant de l'incrimination des conditions inhumaines de travail et d'hébergement, qu'elle sanctionne les employeurs de travailleurs clandestins ou les « marchands de sommeil ». Il ajoute qu'il n'est pas tolérable que, dans notre société, des individus sans scrupule puissent exploiter la condition de faiblesse, le plus souvent économique, de certaines personnes¹⁶³.

124. Pour autant, si la vulnérabilité en ce domaine tend à prendre en compte des faiblesses d'origine économique, sociale ou culturelle, elle n'exclut en

¹⁶¹ Sur la loi pour la sécurité intérieure, voir notamment : Chantal CUTAJAR, La loi pour la sécurité intérieure (principales dispositions) : *D.* 2003, Chron. pp. 1106-1112 ; Claude LIENHARD, La loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, Les nouvelles infractions : *JCP* 2003, éd. G., Act., 185, pp. 597-599. Antérieurement à cette loi, ces articles incriminaient les mêmes faits, mais commis à l'égard d'une personne « en abusant de sa vulnérabilité ou de sa situation de dépendance ». Les peines encourues étaient moins sévères : deux ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

¹⁶² Commission de révision du Code pénal, *Projet de nouveau Code pénal*, présentation par Robert BADINTER, Paris, Dalloz, 1988, p. 41.

¹⁶³ *JO Sénat*, Séance du 23 avril 1991, p. 598.

aucun cas la vulnérabilité trouvant une origine intrinsèque, un état physique ou psychique. Une cour d'appel a ainsi retenu la vulnérabilité et l'état de dépendance d'une jeune femme handicapée, dont le travail n'était pas suffisamment rétribué¹⁶⁴. Les personnes âgées peuvent aussi être considérées comme vulnérables ou dépendantes, au sens de ces dispositions. Ainsi, contrevient à l'article 225-14, l'emploi d'une dame âgée de soixante ans hébergée dans une loge insalubre¹⁶⁵.

125. Mais, le plus souvent, la vulnérabilité résultera de l'environnement, de conditions de vie difficiles, de dépendances diverses ayant des répercussions fâcheuses sur la personne. C'est d'ailleurs en ce sens que la circulaire du 14 mai 1993, commentant les dispositions législatives du Code pénal, entend la vulnérabilité. Elle précise en effet que « ces incriminations protègent toutes les personnes vulnérables ou en situation de dépendance, et notamment de dépendance économique¹⁶⁶ ». La vulnérabilité est, pour ces infractions, une notion extrêmement large ; son indétermination est ici particulièrement ostensible et la doctrine n'a pas manqué de le remarquer¹⁶⁷. *A priori* donc cette « vulnérabilité » au sens des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal peut viser des catégories de

¹⁶⁴ CA Toulouse, 14 février 2002, cité par Sylvie MENOTTI, Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, articles 225-13 à 225-16 : *J.-Cl. Pénal*, p. 6, n°26.

¹⁶⁵ Cass. crim., 23 avril 2003, Pourvoi n°02-82.971 : *Bull. crim.*, n° 85 ; *Dr pénal* 2003, Comm. 107, pp. 11-12, note Michel VERON.

¹⁶⁶ Circulaire, Livre II, Titre II, Chapitre V, Section III. Des conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine.

¹⁶⁷ Sylvie MENOTTI, Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, articles 225-13 à 225-16, *J.-Cl. Pénal*, p. 5, n° 18 ; Christophe WILLMANN, Abus de situation de dépendance, *Rép. pén. Dalloz*, p. 4, n°19 ; Sandy LICARI, Des conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine résultant d'un abus de la situation de vulnérabilité ou de dépendance de la victime : *Rev. sc. crim. 2001*, pp. 553-569, p. 555 ; Christine LAZERGES, présidente, et Alain VIDALIES, rapporteur, Mission d'information commune sur les diverses formes de l'esclavage moderne, *Rapport d'information, L'esclavage, en France, aujourd'hui*, Tome I Rapport, Les documents d'information de l'Assemblée nationale, n° 3459, 2001, p. 53 ; Christine LAZERGES, Hubert DELESALLE, Les enjeux d'une nouvelle politique criminelle en matière de lutte contre l'esclavage (1^{re} partie) : *Rev. sc. crim. 2002*, pp. 169-187, p. 181.

personnes extrêmement diverses, ainsi par exemple : les personnes âgées, les personnes malades (séropositives ou toxicomanes), les personnes handicapées (handicap physique ou mental), les femmes enceintes ; mais aussi, les immigrés, les étrangers en situation irrégulière, les chômeurs, les travailleurs pauvres, les "sans-abri"¹⁶⁸. A cette liste, s'ajoutent évidemment les personnes que le Code pénal présume vulnérables, en vertu de l'article 225-15-1 : les mineurs et les personnes victimes des faits décrits par les articles 225-13 et 225-14 du code, à leur arrivée sur le territoire.

126. En l'absence de précision du législateur, le juge doit interpréter la notion de vulnérabilité conformément aux principes de légalité et d'interprétation stricte de la loi pénale ; tout cela avec le souci de cerner, au plus juste, l'intention du législateur. Or, les travaux préparatoires livrent de nombreuses pistes. Les textes ont tout d'abord été élaborés pour permettre de sanctionner les employeurs de travailleurs clandestins ou les « marchands de sommeil¹⁶⁹ ». Par conséquent, la sanction sévère de ceux qui profitent outrageusement des personnes en situation irrégulière, en matière de travail ou de séjour, semble être la *ratio legis* de ces dispositions.

127. La jurisprudence l'a d'ailleurs bien compris : les employeurs ou logeurs d'étrangers en situation irrégulière, dans les conditions inacceptables définies par les délits précités, sont condamnés¹⁷⁰. Dans tous les cas, ce n'est pas la situation irrégulière en elle-même qui donne lieu à la vulnérabilité, mais ce qu'elle

¹⁶⁸ Sylvie MENOTTI, *art. préc.* p. 5, n° 18.

¹⁶⁹ Commission de révision du Code pénal, *op. cit.* p. 42 ; Rapport M. Michel PEZET, *préc.* p. 183 ; Présentation du texte par Georges Kiejman, *JO Sénat*, Séance du 23 avril 1991, p. 598 ; Circulaire du 14 mai 1993.

¹⁷⁰ CA Paris, 13^e ch. B, 26 juin 1996 : *Dr. pénal* 1996, Comm. 243, pp. 6-7 et sur pourvoi : Cass. crim., 11 février 1998 : *Bull. crim.*, n° 53 ; *D.* 1998, Inf. rap. p. 89 ; *Dr. Pénal* 1998, Comm. 65, pp. 13-14, note Michel VERON ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 542-543, obs. Yves MAYAUD ; Cass. crim., 6 mai 1997 : *Bull. crim.*, n° 172 ; Cass. crim., 11 décembre 2001 : *Bull. crim.*, n° 256 ; *D.* 2002, Inf. rap. pp. 695-696 ; *RJPF* 2002, n° 4, pp. 10-11, par Agathe LEPAGE, Dignité humaine : la cour de Cassation demande aux juges du fond de motiver davantage leurs décisions.

recouvre immanquablement quant à la situation sociale et économique de la personne. Parfois les juges précisent cette situation. Ainsi, dans un arrêt du 11 février 1998, la vulnérabilité de la victime doit être constatée par les juges du fond puisque les faits font ressortir qu'il s'agit d'une jeune fille mineure, étrangère, dépourvue de titre de séjour et de travail, et sans ressource. Aussi, dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 juin 1996, un étranger en situation irrégulière est-il contraint d'accepter l'offre de location d'un logement exigu et vétuste pour pouvoir s'installer dans la région parisienne avec son enfant et sa femme enceinte, et y travailler. Les juges précisent que l'irrégularité de la situation de la personne la contraignait à accepter les conditions de travail ou de séjour imposées. La vulnérabilité résulte bien, dans ce cas, de la détresse économique ou sociale de la personne.

128. En outre, le nouvel article 225-15-1 du Code pénal, issu de la loi pour la sécurité intérieure du 18 mars 2003, précise que pour l'application des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal, sont considérés comme vulnérables ou en état de dépendance les personnes victimes des faits décrits par ces articles à leur arrivée sur le territoire français. Cette nouvelle disposition crée une véritable présomption de vulnérabilité à l'égard de ces personnes¹⁷¹. Elle vise ici les étrangers sans préciser si leur situation doit être régulière. En l'absence de distinction, on doit donc considérer que la vulnérabilité de ces personnes résulte du fait qu'elles sont étrangères, peu importe que leur situation soit régulière ou non.

129. Plus largement, les délits des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal visent la vulnérabilité de deux types de victimes : les salariés et les locataires. S'agissant des salariés, ce sont soit des personnes en situation irrégulière, soit des salariés « ordinaires » dont la situation économique et sociale est source de vulnérabilité¹⁷². Plusieurs exemples de cette dernière hypothèse peuvent être donnés. Par un arrêt du 7 janvier 1997, la Cour d'appel de Bordeaux a condamné un employeur pour soumission de personnes vulnérables à des conditions

¹⁷¹ Chantal CUTAJAR, La loi pour la sécurité intérieure (principales dispositions), *préc.* p. 1107.

¹⁷² Christophe WILLMANN, Abus de situation de dépendance : *Rép. pén. Dalloz*, p. 5, n°21.

contraires à la dignité humaine. Celui-ci avait, en effet, abusé de la vulnérabilité sociale et la dépendance économique de ses employés pour leur imposer de telles conditions de travail¹⁷³. Aussi, un arrêt de la chambre criminelle du 4 mars 2003 confirme-t-il la motivation des juges du fond qui avaient retenu, pour condamner le prévenu sur le fondement de l'article 225-14, la vulnérabilité sociale et économique des victimes « résultant de leur absence de qualification et de la situation particulièrement difficile de l'emploi en milieu rural¹⁷⁴ ».

130. Surtout, un arrêt du 23 avril 2003 casse une décision par laquelle les juges du fond avaient relaxé la directrice d'une grande surface ayant abusé de la situation de dépendance de plusieurs salariés ; elle les avait soumis à des conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine. Les juges ont été sanctionnés pour avoir considéré que les victimes « étant de nationalité française et titulaires d'un contrat de travail, ne sauraient se trouver en situation de dépendance ou de vulnérabilité vis-à-vis de leur employeur ». Selon les juges du fond, même si la conjoncture économique rendait leur choix de rompre leur contrat plus difficile, et même si certains étaient plus fragiles, les violences physiques et morales ne caractérisaient pas une atteinte à la dignité humaine. La Cour de cassation estime que les motifs tenant à la situation de vulnérabilité et de dépendance des victimes sont inopérants¹⁷⁵. Pour que la vulnérabilité soit constatée, une situation économique ou sociale réellement précaire de la personne est exigée : si elle est constatée, la vulnérabilité doit alors être retenue.

131. Outre les salariés, les locataires sont les victimes spécialement protégées par les articles 225-13 et 225-14 réprimant la soumission à des

¹⁷³ C.A. Bordeaux, 3^e ch. corr., 7 janvier 1997, Proc. Gén. près C.A. Bordeaux c./ Charbit : *JCP* 1997, éd. G., IV, 2420, p. 384 ; *Rev. sc. crim.* 1998, pp. 541-542, obs. Yves MAYAUD.

¹⁷⁴ Cass. crim., 4 mars 2003, Maxime B. : *Bull. crim.*, n°58 ; *Jurispr. soc. Lamy* 2003, n°122, pp. 8-9, note Marie HAUTEFORT, Qui impose des conditions de travail indignes prend le chemin de la prison ! ; *Dr. pénal* 2003, Comm. 83, pp. 12-13, note Michel VERON.

¹⁷⁵ Cass. crim., 23 avril 2003 : *Bull. crim.*, n° 85 ; *Dr. pénal* 2003, Comm. 107, pp. 11-12, note Michel VERON.

conditions de travail ou de logement contraires à la dignité humaine. Ceux-ci peuvent alors être considérés comme des victimes quel que soit le mode d'hébergement – individuel ou collectif – et quel que soit le statut juridique du mode de location¹⁷⁶. Ici encore, il peut s'agir de personnes en situation irrégulière, parce que cette situation est source dans la majorité des cas d'une vulnérabilité sociale ou économique, mais pas seulement. On peut, en effet, songer à bien d'autres situations où les origines de vulnérabilité sont hétéroclites. Ainsi, le délit de l'article 225-14 pourra être constitué « non seulement dans les hypothèses d'hébergement d'immigrés, mais également en cas d'hébergement de personnes âgées dans des maisons de retraite, d'hébergement de handicapés dans des centres spécialisés, d'hébergement des malades dans des cliniques ou des hôpitaux, ou d'hébergement de travailleurs agricoles, notamment de travailleurs saisonniers, dont l'exploitation constitue une réalité reconnue¹⁷⁷ ». On peut ajouter à cette liste notamment les personnes détenues, les étrangers retenus dans les zones d'attente... Toutes ces situations recouvrent des causes de vulnérabilité qui ne se limitent évidemment pas à la vulnérabilité économique et sociale, elles permettent seulement de montrer l'extraordinaire diversité des applications potentielles de ces textes, visant à réprimer des comportements particulièrement choquants mais aussi, malheureusement, plus fréquents qu'on ne l'imagine bien souvent.

132. En tout état de cause, c'est à titre principal la vulnérabilité d'origine sociale, économique et culturelle que le législateur a entendu viser à travers les délits d'abus de la vulnérabilité ou de la situation de dépendance de la personne pour soumission à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine. Cette origine de vulnérabilité implicitement, mais nécessairement,

¹⁷⁶ Christophe WILLMANN, *art. préc.* p. 5, n° 22. Ainsi, l'auteur de l'infraction n'est pas forcément le bailleur ou l'employeur mais "toute personne" : Cass. crim., 23 avril 2003, *préc.*, de ce fait, dans cette affaire, la présidente de la société syndic de copropriété a pu être condamnée.

¹⁷⁷ Sylvie MENOTTI, Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, *art. préc.* p. 13, n° 75. Cass. crim., 3 décembre 2002 : *Cah. soc. barreau* 2003, n° 148, pp. 134-135, note Frédéric-Jérôme PANSIER, Stage ou exploitation abusive de l'étudiant ; *Dr. Pénal* 2003, Comm. 30, pp. 13-14, note Michel VERON ; *Gaz. Pal.* 10 septembre 2003, n° 253, J., pp. 6-8.

visée en droit pénal est en revanche oubliée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

C. Une origine de vulnérabilité oubliée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

133. Si une telle origine de vulnérabilité a bien été admise indirectement par la cour dans l'arrêt *Dudgeon* du 22 octobre 1981 faisant indirectement référence à la vulnérabilité résultant d'une dépendance juridique ou économique spéciale¹⁷⁸, aucun arrêt n'a, à ce jour, qualifié l'une ou l'autre de ces situations de situations de vulnérabilité de la personne. Il est rare, de manière générale, que la cour prenne d'ailleurs en compte la situation sociale ou économique de la personne dans l'interprétation des droits garantis par la Convention. L'arrêt le plus cité en ce domaine est bien sûr l'arrêt *Airey c. Royaume-Uni* du 9 octobre 1979. Dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme, sans imposer à l'Etat le choix effectif des moyens pour parvenir à l'accès effectif à un tribunal impose à celui-ci d'assurer ce droit en pratique. Notamment, lorsqu'une personne n'a pas les ressources suffisantes pour se défendre convenablement, grâce à l'assistance d'un avocat en particulier, l'Etat peut instaurer un système d'aide judiciaire, mais aussi, par exemple, la simplification de la procédure¹⁷⁹.

134. En l'espèce, la requérante souhaitait obtenir une séparation de corps d'avec son mari, violent et alcoolique selon elle, le tribunal compétent en Irlande en la matière était la High Court, devant laquelle la procédure était complexe. Cette personne n'avait pas les ressources suffisantes pour se faire assister d'un avocat. Donc, en l'absence d'aide judiciaire en ce domaine dans l'Etat irlandais, la requérante était contrainte d'assurer seule sa défense, ce qui en pratique vouait à l'échec sa requête. L'Irlande est donc condamnée pour violation

¹⁷⁸ § 49.

¹⁷⁹ CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, req. n°62 89/73, Série A, n° 32, § 26.

de l'article 6-1 de la Convention, car « Mme Airey n'a pas bénéficié d'un droit effectif à la High Court pour demander un jugement de séparation de corps¹⁸⁰ ». La vulnérabilité due à l'insuffisance des ressources d'un individu est prise en compte, mais la cour ne recourt pas, même implicitement, à la notion de vulnérabilité de la personne.

135. La doctrine semble pourtant favorable à la prise en compte de cette vulnérabilité sur le fondement de l'article 3. En effet, M. Frédéric Sudre estime que « l'article 3, sous couvert du traitement dégradant, semble susceptible de permettre la sanction du discrédit social, que celui-ci résulte d'une réglementation anachronique, d'un statut juridique inadéquat dans la société ou d'une situation matérielle particulière¹⁸¹ ». De même, M. Jean-François Flauss voit dans la précarité des conditions de vie des individus une origine de vulnérabilité des personnes, tout en précisant que la cour se refuse à développer, via l'article 3 de la Convention, une sauvegarde de la condition économique et sociale des individus¹⁸². Cette position est également défendue par Mme Béatrice Maurer qui voit, en la personne en situation d'extrême pauvreté, une personne vulnérable. L'extrême pauvreté est comprise comme la violation cumulée, grave et durable de six droits, qui ne sont pas tous garantis par la Convention : un minimum de ressources, un logement, le respect de la vie privée et familiale, l'accès à la santé, à la justice et à

¹⁸⁰ *Ibid.* notons que ce droit n'est pas absolu et le droit à l'accès effectif à un tribunal « n'implique pas que l'Etat soit tenu de fournir une aide judiciaire gratuite dans toute contestation touchant un droit de caractère civil ».

¹⁸¹ Frédéric SUDRE, Article 3, *In* : Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT (Sous-dir.), *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^e éd., 1999, pp. 155-175, p. 165. Dès 1990, l'auteur s'était prononcé en faveur de ce que l'état de pauvreté entre dans le champ de protection de l'article 3, Frédéric SUDRE, note sous Comm. EDH, Van Volsem, 9 mai 1990, Décision d'irrecevabilité : *RUDH* 1990, pp. 349-353, arrêt pp. 384-385, p. 352.

¹⁸² Jean-François FLAUSS, Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (novembre 1998 – avril 2000) : *AJDA* 2000, Doctr. pp. 538-539, p. 539.

l'éducation¹⁸³. Selon l'auteur, l'intérêt de l'article 3 à ce propos est d'être très général et d'avoir pour véritable critère d'application un seuil de gravité¹⁸⁴. La vulnérabilité due à une situation d'extrême pauvreté pourrait donc être prise en compte par la cour pour établir le franchissement de ce seuil. Si la cour est aujourd'hui réticente¹⁸⁵, une telle conception de la vulnérabilité est envisageable, preuve que la vulnérabilité est susceptible de faire évoluer le droit européen dans un sens toujours plus protecteur des plus faibles. Une prise en compte de la vulnérabilité économique d'une personne en ce sens relèverait d'une conception très stricte, visant la situation économique de la personne très démunie, ce qui ne trahirait pas la rigueur constante de la cour dans la prise en compte des causes matérielles de vulnérabilité.

§ 2. La vulnérabilité due à une situation contractuelle

136. C'est la question de la vulnérabilité de la partie faible dans une relation contractuelle qu'il s'agit d'examiner ici. Ainsi, les contrats en matière de droit du travail, droit de la consommation, droit des baux, droit des assurances sont-ils parfois déséquilibrés. Ce déséquilibre est d'ailleurs la raison originelle de

¹⁸³ Béatrice MAURER, *Le principe du respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Coll. Monde européen et international, Jacques Bourrinet (Sous-dir.), La documentation française, 1999, p. 351.

¹⁸⁴ *Ibid.* pp. 351-352.

¹⁸⁵ CEDH, *Pancenko c. Lettonie*, 28 octobre 1999, Décision d'irrecevabilité, req. n° 40772/98 ; la Commission avait refusé de retenir une telle solution dans une décision critiquée avec virulence par l'auteur de la note : Comm. EDH, *Van Volsem*, 9 mai 1990, Décision d'irrecevabilité, *préc.* note Frédéric SUDRE. Un espoir pourtant de prise en compte de la vulnérabilité de la personne due à une extrême pauvreté existe avec l'arrêt CEDH, *D. c. Royaume-Uni*, 2 mai 1997, *préc.* s'agissant, en l'espèce, d'une vulnérabilité due à la maladie de la personne en fin de vie. L'expulsion du requérant malade risquait, on l'a vu, de hâter sa fin de vie, ce qui est contraire à l'art. 3. Les éléments pris en compte par la cour, pour condamner l'Etat souhaitant l'expulsion, sont : l'absence dans le pays d'accueil de traitement médical adéquat, l'absence de logement du requérant, de nourriture correcte, de soutien moral et psychologique et les conditions sanitaires défavorables.

l'existence de ces droits spéciaux. La partie faible au contrat n'a qu'un pouvoir de négociation limité, et risque de se voir appliquer un contrat désavantageux. La position de partie faible au contrat peut également exister dans le cadre d'un contrat de droit commun. Un problème épineux se dessine alors : la vulnérabilité peut-elle être due à la qualité de partie faible au contrat, en dehors de toute autre faiblesse intrinsèque ou extrinsèque de la personne ? La notion de partie faible n'est pas univoque¹⁸⁶. L'infériorité peut être « inhérente (insuffisance de discernement ou de connaissances) » ou « relative (position de force du contractant) » et un « contractant peut être vulnérable à la conclusion du contrat et se trouver plus tard en position plus équilibrée, voire supérieure¹⁸⁷ ».

137. La notion de partie faible semble trouver un terrain prédestiné relativement à la situation de subordination. C'est que le droit du travail constitue historiquement le droit précurseur dans la protection de la partie faible au contrat. Le droit du travail s'est construit à la fin du XIX^e siècle sur la base des inégalités entre notamment le travailleur et l'utilisateur de la force de travail, « de sorte que le droit du travail est le programme juridique dont ces inégalités sont la raison d'être¹⁸⁸ ». Le droit du travail a donc un rôle de protection du salarié. Selon M. Jean-Pierre Chauchard, « cette protection apparaissait comme une faveur de la loi accordée aux salariés, précisément parce qu'ils étaient en situation de partie faible à l'égard de leur employeur cocontractant¹⁸⁹ ». La qualification du contrat de travail repose aujourd'hui en principe sur le critère de la subordination¹⁹⁰. C'est donc l'idée de

¹⁸⁶ Marcel FONTAINE, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse), *In* : Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I, Dir. Jacques GUESTIN, Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, Dir. Marcel FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 615-652, p. 649, n° 52.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ Antoine LYON-CAEN, L'égalité et la loi en droit du travail : *Dr. soc.* 1990, pp. 68-75, p. 70, n° 5.

¹⁸⁹ Jean-Pierre CHAUCHARD, Subordination et indépendance : un Sisyphe juridique ? *Travail et protection soc.* 2001, n° 10, Chron. 22, pp. 4-5, p. 5.

¹⁹⁰ Alain SUPIOT, Les nouveaux visages de la subordination : *Dr. soc.* 2000, pp. 131-145, p. 140.

dépendance du travailleur qui permet la qualification. Il a été soutenu d'ailleurs que le besoin de protection n'est pas lié à la subordination juridique, mais au fait de dépendre économiquement d'un seul employeur¹⁹¹. En réalité, la subordination se manifeste souvent par une réelle dépendance¹⁹². Dès lors deux remarques s'imposent. En effet, d'une part le contrat de travail n'est pas toujours aujourd'hui inscrit dans un rapport inégal. En particulier le salarié n'est pas, comme le consommateur, systématiquement une partie faible, il a parfois un pouvoir de négociation aussi fort que celui de son employeur et par là le risque de déséquilibre du contrat lui-même disparaît. La vulnérabilité susceptible d'être consacrée ici ne peut donc être générale et présumée irréfragablement du fait de la relation de travail. D'autre part, « les rapports de domination économique qui avaient fondé la naissance du droit du travail s'étendent aujourd'hui bien au-delà des limites du travail salarié. Le droit du travail a donc vocation à devenir le droit commun de toutes les relations de travail, salariées ou non¹⁹³ ». Nous considérerons donc que la vulnérabilité, si elle peut être reconnue ici, s'applique à toute partie faible dans la relation de travail au sens large.

138. M. Gérard Couturier propose une typologie des multiples aspects de la situation d'infériorité caractérisant en fait l'existence de la partie faible au contrat de travail¹⁹⁴. Il distingue ainsi l' « *infériorité-conainte* » du candidat à

¹⁹¹ *Ibid.* Cette thèse a été proposée par certains auteurs dans les années 20, elle est aussi défendue notamment par un auteur allemand, le professeur Rolf Wank. Sur la réapparition jurisprudentielle de cette conception voir Jean-Pierre CHAUCHARD, *art. préc.*, p. 4. En outre, le concept de protection, en tant que fondement unique du droit du travail, est aujourd'hui remis en cause par certains, voir sur ce point l'étude de M. Georges SPYROPOULOS, *Le droit du travail à la recherche de nouveaux objectifs : Dr. soc. 2002*, pp. 391-402, *spéc.* pp. 392-394.

¹⁹² Gérard COUTURIER, *Les relations entre employeurs et salariés en droit français*, In : Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I, Dir. Jacques GUESTIN, Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, Dir. Marcel FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 143-164, n°10, p. 153.

¹⁹³ Alain SUPIOT, *art. préc.* p. 144. Ainsi, des principes généraux et droits fondamentaux doivent être reconnus à toute relation de travail.

¹⁹⁴ Gérard COUTURIER, *art. préc.* n°5, 6 et 7, pp. 147-150.

l'embauche qui n'est pas libre d'accepter ou de refuser le contrat, et n'est donc pas à même de négocier. Cette situation qui préexiste au contrat peut se poursuivre dans l'exécution de celui-ci. L'auteur présente ensuite l' « *infériorité-ignorance* » qui caractérise la situation dans laquelle la partie faible manque en fait de connaissances techniques, il ne dispose pas des informations juridiques et autres permettant d'avoir une représentation exacte de l'opération qui donne lieu à la conclusion du contrat. Le salarié en particulier peut n'être que peu informé des conditions d'embauche et des caractéristiques de l'emploi concerné. Enfin, l'auteur voit dans la relation entre salarié et employeur un aspect plus particulier qu'il nomme « *infériorité-vulnérabilité* ». Une telle vulnérabilité tient à deux facteurs. Tout d'abord, le salarié est vulnérable parce qu'il expose sa personne même, ce qui impose l'exigence d'une sécurité physique et le respect de sa personne. En outre, la vulnérabilité est caractérisée, selon l'auteur, par la situation de subordination dans laquelle le contrat place le salarié. Cette subordination ainsi que certaines obligations contractuelles du salarié sont susceptibles de mettre en cause les libertés fondamentales de celui-ci. Cette analyse montre de manière indéniable que la situation de subordination est en elle-même créatrice de vulnérabilité dans la relation de travail.

139. La protection des libertés fondamentales de la personne du salarié trouve une application tout à fait pertinente dans les analyses de la doctrine en matière biomédicale. Les personnes en situation de subordination salariale ou académique sont considérées comme étant en situation de faiblesse. De fait, « tout ce groupe de sujets peut être soumis à des pressions extérieures – de nature et de degré variables – susceptibles de fausser leur consentement à l'expérimentation¹⁹⁵ ». Or, le législateur n'a pas voulu envisager la situation de ces personnes « alors que l'histoire des pratiques en matière de recherche biomédicale montre qu'elles ne sauraient être ignorées¹⁹⁶ ». Il s'agit notamment des personnels

¹⁹⁵ Bénédicte BEVIÈRE, *La protection de la personne dans la recherche biomédicale*, Thèse Rennes I, Francis Kernaleguen (Sous-dir.), 1996, n°387, p. 202.

¹⁹⁶ Propos de M. Milhaud, Comité national d'éthique, Rapport 1986, p. 19, cités par Bénédicte BEVIÈRE, *La protection de la personne dans la recherche biomédicale, thèse préc.*, n°180, p. 88.

des établissements de santé et de laboratoire, des étudiants dans les domaines médicaux et paramédicaux. On peut y ajouter les militaires, les fonctionnaires de l'Etat. Cette vulnérabilité est due à une dépendance hiérarchique ou à la soumission à une autorité de fait impliquant la possibilité de sanctions disciplinaires, de blocages des perspectives professionnelles de la personne.

140. En outre, la jurisprudence considère parfois la vulnérabilité matérielle de la personne au regard de sa subordination. La Cour d'appel de Versailles avait relevé, s'agissant en l'espèce d'une femme élevant seule un enfant, que « les atteintes sexuelles dénoncées ont été commises sous l'effet d'une contrainte morale qu'il lui était difficile de contrecarrer du fait de sa vulnérabilité psychologique face à un employeur omnipotent¹⁹⁷ ». Un arrêt de la chambre criminelle du 23 octobre 2002 avait rejeté le pourvoi formé contre une décision ayant condamné un individu pour harcèlement sexuel en retenant expressément la vulnérabilité de l'employée. Selon la cour, l'auteur de l'infraction « exploitant la vulnérabilité de [la victime] du fait de ses résultats jugés insuffisants, a utilisé la situation de contrainte psychologique dans laquelle il l'a placée pour obtenir ses faveurs sexuelles et à cette fin a abusé de son autorité¹⁹⁸ ». Le juge prend en compte la vulnérabilité de ces salariées face à leur employeur : les relations de subordination dans les espèces en cause créent, en elles-mêmes, cette vulnérabilité. Une telle reconnaissance de la vulnérabilité montre la perméabilité des multiples aspects de la situation d'infériorité dans la relation de travail. Celle-ci atteste que la situation contractuelle d'une personne peut, en elle-même, dans certaines circonstances où la qualité de partie faible est constatée, donner lieu à une situation de vulnérabilité.

141. En dehors de la relation de subordination, l'existence de la vulnérabilité de la partie faible au contrat trouve une manifestation éclatante en droit de la consommation. Une mise en garde préalable s'impose pourtant. En effet, la vulnérabilité du consommateur ne doit évidemment pas être considérée sur le plan

¹⁹⁷ Cass. crim., 17 octobre 2001, Pourvoi n° 01-81.374 .

¹⁹⁸ Cass. crim., 23 octobre 2002, Pourvoi n° 02-82.039 .

matériel comme systématique. Dès lors, « tant que l'on protège des personnes à revenus modestes, et à connaissances juridiques infimes, il n'y a rien à dire. Mais est-il juste, est-il sain que des professionnels redeviennent consommateurs dès lors qu'ils contractent en dehors de leur sphère d'activité [...] une interprétation extensive de cette notion aboutit à une surprotection¹⁹⁹ ». Pourtant, une telle vulnérabilité est parfois reconnue à celui-ci en dehors de toute autre faiblesse. Un arrêt de la chambre criminelle approuve les juges du fond d'avoir considéré que « le consommateur [...], dans le domaine de la santé, est particulièrement vulnérable²⁰⁰ ». Il s'agissait en l'espèce d'une condamnation pour publicité de nature à induire en erreur, exercice illégal de la pharmacie et complicité d'escroqueries d'une personne ayant présenté un produit comme un "don du ciel" aux propriétés quasi-miraculeuses pouvant contribuer au soulagement et même à la guérison de maladies aussi graves que le cancer et le sida.

142. La vulnérabilité du consommateur est aussi reconnue en matière de démarchage à domicile, car pris au dépourvu il n'est pas à même d'apprécier l'offre dans de bonnes conditions²⁰¹. Aussi, dans un arrêt du 17 septembre 2002, la Cour de cassation a-t-elle rejeté le pourvoi formé contre un arrêt ayant condamné des personnes pour infractions au Code de la consommation et escroqueries. Selon les juges du fond, en effet, les techniques de vente utilisées « étaient en réalité des manœuvres dolosives, imaginées, conçues, mises au point et mises en œuvre pour abuser une clientèle "ciblée" comme vulnérable et obtenir indûment des commandes ». Il s'agissait en l'espèce de méthodes de vente mises au point par une chaîne de magasins vendant des éléments de cuisines, de salles de bains et

¹⁹⁹ Anne SINAY-CYTERMANN, Protection ou surprotection du consommateur ? *JCP* 1994, éd. G., I, 3804, pp. 511-515, p. 511, n°3.

²⁰⁰ Cass. crim., 5 février 1997, Pourvoi n°95-86.116.

²⁰¹ Conclusion de l'Avocat général Philippe LEGER, 1^{er} juillet 2001, Demande de question préjudicielle, CJCE, Georg Heiniger et Helga Heiniger contre Bayerische Hypo-und Vereinsbank AG, Affaire C 481-99 : [en ligne], Disponible sur : < <http://curia.eu> > page jurisprudence générale (consulté le 16/01/2004), n°33.

de cheminées et proposant des crédits pour les acquérir²⁰². La vulnérabilité s'applique ici à une catégorie entière de consommateurs. Les juges estimant que les techniques frauduleuses de vente impliquaient pour être efficaces le choix préalable d'une clientèle vulnérable. Mais alors la vulnérabilité matérielle ne se confond-elle pas avec le risque d'atteinte qui existe du fait même des circonstances du contrat ? Il semble que non, si l'on envisage la vulnérabilité du consommateur comme résultant soit de son ignorance concernant le produit qui lui est proposé, soit sa situation de dépendance économique face à son cocontractant. Dans ces situations, la vulnérabilité matérielle précède bien la situation contractuelle et ne résulte pas de l'atteinte subie par la personne du fait du contrat.

143. Dans un article sur la notion de consommateur, M. Jean-Pascal Chazal propose une définition originale de la notion de consommateur qu'il assimile à « *une règle de preuve* ». Face à la présomption irréfragable de position de faiblesse économique du consommateur en droit positif, qui conduit à une application systématique de la protection due à celui-ci en droit de la consommation, l'auteur propose une présomption simple conduisant à n'accorder cette protection que dans la mesure où la personne est effectivement vulnérable, au regard de la situation contractuelle en cause. Ainsi, la présomption de consommateur est écartée dans certaines hypothèses « dans lesquelles un consommateur, de par ses connaissances ou sa puissance patrimoniale, n'est pas en situation de vulnérabilité²⁰³ ». L'existence ou non d'une situation de vulnérabilité contractuelle, en fait, permettrait d'apprécier si la présomption de consommateur est ou non écartée. La qualité de partie faible peut donc effectivement conduire à la reconnaissance d'une vulnérabilité matérielle du contractant.

144. La situation sociale des individus peut inclure leur situation familiale qui en est donc l'un des aspects. La vulnérabilité résultant d'une telle situation, du fait de sa spécificité, doit toutefois être envisagée séparément.

²⁰² Cass. crim., 17 septembre 2002, Pourvoi n°01-85.891.

²⁰³ Jean-Pascal CHAZAL, Le consommateur existe-t-il ? *D.* 1997, Chron. pp. 260-266, p. 266, n°29.

§ 3. La vulnérabilité due à la situation familiale

145. La vulnérabilité résultant d'une telle situation a été retenue par des arrêts de manière autonome, en dehors de toute prescription légale. Un arrêt cependant, condamnant une bailleresse pour soumission d'une personne vulnérable à des conditions d'hébergement contraires à la dignité humaine, tient compte de la vulnérabilité d'une personne du fait de sa situation familiale. La Cour de cassation, dans l'arrêt du 11 février 1998 précité, retient ainsi la vulnérabilité du locataire, étranger en situation irrégulière. Les juges du fond avaient aussi retenu, pour caractériser le délit, le fait que vivaient dans le logement un enfant et une femme enceinte²⁰⁴. La situation familiale de la victime n'est donc pas anodine dans la caractérisation matérielle de la vulnérabilité de la personne.

146. La vulnérabilité d'origine familiale est retenue de manière franche et explicite dans un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 13 janvier 1999. Il s'agissait, en l'espèce, de l'annulation pour violence d'un contrat de vente d'immeuble conclu entre l'adhérente d'une secte et les dirigeants de celle-ci ; cet immeuble était destiné à accueillir les membres de la secte en question. Les juges du fond, dont le raisonnement est approuvé par la Cour de cassation, avaient constaté l'exercice par l'un des membres du groupe « de violences physiques et morales de nature à faire impression sur une personne raisonnable et à inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent, alors que, séparée de son époux et ayant à sa charge ses enfants, [la victime] était vulnérable²⁰⁵ ». La vulnérabilité familiale résulte ici à la fois d'une situation matrimoniale précaire et de la charge d'éducation représentée par

²⁰⁴ Cass. crim., 11 février 1998, *préc.* pourvoi contre : CA Paris, 13^e ch. B, 26 juin 1996, *préc.*

²⁰⁵ Cass. civ. 3^e, 13 janvier 1999 : *Bull.civ.* III, n° 10 ; *D.* 1999, Inf. rap. p. 38 ; *D.* 2000, J. pp. 76-80, note Christophe WILLMANN ; Petites affiches 1999, n° 239, pp. 4-5 et n° 242, pp. 4-5, note François MAGNIN ; *Defrénois*, 1999, pp. 749-751, obs. Philippe DELEBECQUE ; *Gaz. Pal.* 2001, 3, J. pp.1583-1583, note Jean ROVINSKY ; *JCP* 1999, éd. G., I, Chron. 143, pp. 1076-1077, note Grégoire LOISEAU ; *Contrats, conc., consom.* 1999, p. 54, note Laurent LEVENEUR ; *RTD civ.* 1999, p. 382, obs. Jacques MESTRE.

les enfants. Le recours à la notion de vulnérabilité par cet arrêt, sans fondement textuel, est ici intéressant, non seulement quant à l'origine de vulnérabilité relevée, mais en outre quant à l'extension potentielle de cette notion en droit privé.

147. Pourtant, ce recours autonome de la jurisprudence à la notion de vulnérabilité n'évacue pas la délicate question de son indétermination juridique. Comment savoir en effet quelle cause de vulnérabilité peut être retenue par le juge ? Pour répondre à cette interrogation, il faut sans doute faire appel à l'interprétation de la notion par le droit pénal, afin de cerner mieux le contenu de cette notion en droit civil. En cette matière, il faudra admettre un contenu particulièrement élastique puisque l'arrêt rapporté retient une cause de vulnérabilité qui n'est prévue ni par les textes en matière pénale, ni par la jurisprudence les interprétant, ni par la doctrine, pourtant prévoyante.

148. Ce n'est pas une innovation de cet arrêt de prendre en compte une faiblesse de la personne pour caractériser la violence²⁰⁶. Ce qui l'est totalement, c'est d'employer expressément la notion de vulnérabilité, afin de viser cette faiblesse. Nommer précisément la faiblesse en dehors de toute référence à la vulnérabilité suffisait sans aucun doute, et dans ce cas, même si l'idée de vulnérabilité de la personne était présente sous forme d'abstract. Qu'apporte alors la référence expresse à la notion de vulnérabilité ? Cette notion a certainement une utilité sémantique, tout d'abord, puisqu'elle permet de viser, en un seul mot, un ensemble de situations analogues, mais fort diverses dans leurs réalités matérielles. Grâce à son contenu élastique, la notion de vulnérabilité se révèle très pratique : elle est fédératrice. Le point commun de toutes ces personnes étant qu'elles se trouvent particulièrement exposées à un acte de violence, au sens civil ici, physique ou moral, visant à les conduire à conclure un acte juridique. Ensuite, la notion, bien qu'indéterminée, vague, naissante, n'est pas inconnue du droit privé.

²⁰⁶ Voir notamment la jurisprudence énumérée par François MAGNIN dans la note *préc.* aux *Petites affiches* 1999, n° 242, p. 4 ; l'auteur cite les personnes âgées, les personnes dont la santé est déficiente, ou ayant l'esprit affaibli, les femmes enceintes, et en particulier les « personnes cumulant ces caractéristiques ».

Le droit pénal a déjà fait sienne cette notion. Y recourir en droit civil n'est donc pas dénué de sens ; cela permet d'avoir une notion adaptable et utile dans tous les domaines où elle est susceptible de s'appliquer. Cette utilisation de la notion par l'arrêt du 13 janvier 1999 prouve que l'extension de la notion en droit privé est non seulement possible, mais en outre profitable.

149. La vulnérabilité due à la situation familiale des victimes est caractérisée de manière quelque peu imprécise, en revanche, dans une autre décision : un arrêt de la chambre criminelle rendu le 21 novembre 2001, en partie sur le fondement de l'article L. 122-8 du Code de la consommation. Cet article incrimine l'abus de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte.

150. En l'espèce, un "grand medium guérisseur" œuvrant sous le nom de "professeur Touba" a démarché de manière pour le moins insistante Pierre et Patrick Ranty. Selon les juges du fond « les Ranty particulièrement vulnérables en raison des épreuves qu'ils subissaient liées à la maladie de Mme Ranty, à l'âge de Pierre Ranty et au caractère frustré de Patrick Ranty²⁰⁷ ». Ce sont donc les problèmes de chacun des membres de la famille qui dans leur globalité définissent une situation familiale fragile. On note l'emploi de la terminologie de l'article 223-15-2 du Code pénal exigeant la *particulière vulnérabilité* de la victime dans l'application de l'article L. 122-8 du Code de la consommation qui ne contient pas une telle exigence²⁰⁸. Cet emploi montre ici encore que cette notion est porteuse d'un sens évocateur fort, qui conduit à son emploi par la jurisprudence en dehors de toute

²⁰⁷ Cass. crim., 21 novembre 2001, Fofana Ousmane : *Dr. pénal* 2002, Comm. 46, pp. 19-20, note Jacques-Henri ROBERT ; *Dr. soc.* 2002, pp. 214-216, obs. Jean SAVATIER

²⁰⁸ Voir aussi : Cass. crim., 29 avril 2003, Pourvoi n°02-86.654, dans lequel l'abus de faiblesse résulte expressément, selon la motivation de la Cour de cassation de la vulnérabilité particulière de la victime.

prescription légale. Bien qu'isolé, cet arrêt est l'illustration de l'adaptabilité de la notion de vulnérabilité à de nombreuses situations juridiques, dans des domaines variés.

151. Concernant plus précisément l'origine de la vulnérabilité dans cette affaire, le professeur Jacques-Henri Robert remarque que la faiblesse des clients résulte de circonstances très sommairement rappelées : « De là à dire que le seul fait d'avoir recours à un voyant est une preuve de faiblesse, il n'y a qu'un pas »²⁰⁹. Il n'y a en effet aucune précision quant à l'âge du père, la maladie de la mère, la situation du fils. Le fait d'être fruste semble être une cause de vulnérabilité pour le moins énigmatique. L'origine de la vulnérabilité a certainement le même caractère, le manque de précision des juges est condamnable. Une hypothèse peut être émise pourtant, n'y aurait-il pas en effet un certain euphémisme des juges, qui, avec tact, n'ont pas souhaité blesser l'amour-propre des membres de la famille en accablant le fils d'une légère insuffisance intellectuelle, difficile à établir sans leur concours.

152. Mais plus que tout, c'est certainement la situation de l'ensemble de la famille que le juge a entendu qualifier ici de vulnérabilité : elle existe du fait de l'accumulation des petits soucis de chacun. Cette situation de vulnérabilité a conduit les membres de la famille à se laisser berner par l'abusif guérisseur. Mais l'abus peut être exercé à l'encontre des personnes vulnérables dans de toutes autres circonstances.

§ 4. La vulnérabilité due à la situation politique

153. Cette origine de vulnérabilité est prise en compte par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans laquelle elle tient une place privilégiée. Si une telle prise en compte est explicite dans un certain nombre d'arrêts (A), elle est en revanche implicite dans d'autres arrêts (B).

²⁰⁹ Jacques-Henri ROBERT, note sous Cass. crim., 21 novembre 2001, *préc.*

A. L'origine politique de la vulnérabilité explicite

154. Cette origine particulière de vulnérabilité est prise en compte par la Cour européenne des droits de l'homme essentiellement dans des affaires où les manquements aux droits garantis par la Convention se sont déroulés dans des régions troublées politiquement : dans le sud-est de la Turquie principalement. C'est relativement à l'article 34 (ancien article 25-1) de la Convention que cette référence à la vulnérabilité d'origine politique apparaît de manière significative. En effet, dans un certain nombre d'affaires, des autorités étatiques se voient reprocher d'avoir entravé, par des pressions sur les requérants, le droit de recours individuel donnant accès au juge européen. Afin d'apprécier si ce droit a effectivement été enfreint, la cour a consacré une méthode selon laquelle « pour déterminer si des contacts entre les autorités et un requérant déclaré ou potentiel constituent des pratiques inacceptables du point de vue de l'article 25, il faut tenir compte des circonstances particulières de la cause. A ce propos, il faut envisager la vulnérabilité du plaignant et le risque que les autorités ne l'influencent²¹⁰ ». En outre, la cour a été amenée à préciser que compte tenu de la vulnérabilité des villageois requérants et de ce que, dans le sud-est de la Turquie, porter plainte contre les autorités peut fort bien susciter une crainte légitime de représailles, interroger les requérants sur leurs requêtes à la Commission constitue une forme de pression illicite et inacceptable qui entrave le droit de recours individuel, au mépris de l'article 25²¹¹.

²¹⁰ CEDH, Kurt c. Turquie, 25 mai 1998, req. n° 24276/94 : *Rec.* 1998-III, § 160 ; CEDH, Petra c. Roumanie, 23 septembre 1998, req. n° 27273/95 : *Rec.* 1998-VII, § 43 ; CEDH, grande chambre, Tanrikulu c. Turquie, 8 juillet 1999, req. n° 23763/94 : *Rec. AD*, 1999-IV, § 130 ; CEDH, grande chambre, Salman c. Turquie, 27 juin 2000, req. n° 2 1986/93 : *Rec. AD* 2000-VII, § 130 ; CEDH, 1^{re} sect., Akkoç c. Turquie, 10 octobre 2000, req. n° 2 2947/93 et n° 22948/93 : *Rec. AD* 2000-X, § 125 ; CEDH, 3^e sect., Demiray c. Turquie, 21 novembre 2000, req. n° 27308/95 : *Rec. AD* 2000-XII, § 61 ; CEDH, 4^e sect., Berktaş c. Turquie, 1^{er} mars 2001, req. n° 22493/93, § 207 ; CEDH, 4^e sect., Denizci et autres c. Chypre, 23 mai 2001, req. n° 25316/94 et n° 25317/94 : *Rec. AD* 2001-V, § 418.

²¹¹ CEDH, Akdivar et autres, 16 septembre 1996, § 105 ; CEDH, Kurt c. Turquie, § 160 ; CEDH, grande chambre, Tanrikulu c. Turquie, § 130 ; CEDH, grande chambre, Salman c. Turquie, § 130 ;

155. La vulnérabilité prise en compte par la Cour européenne des droits de l'homme résulte bien ici de la situation des personnes face aux autorités étatiques en raison du contexte politique particulier dans la région en cause : une vulnérabilité qui ne peut dans cette situation précise qu'être reconnue. C'est donc le contexte particulier qui permet de qualifier la vulnérabilité. Cette interprétation est confirmée par l'arrêt *Mc Kerr c. Royaume-Uni* du 4 mai 2001, une affaire où les autorités d'Irlande du Nord se voyaient reprocher de n'avoir pas fourni un recours effectif, conformément à l'article 13, suite au décès des trois passagers d'une voiture sur laquelle des policiers avaient fait feu. La cour estime qu'un recours effectif existait. Mais surtout, elle remarque que les affaires turques, où l'absence d'un tel recours avait été constaté, l'affaire *Salman* notamment, « étaient liées à la situation qui prévalait dans le sud-est de la Turquie, où les requérants étaient dans une position vulnérable du fait du conflit persistant entre les forces de sécurité et le parti des travailleurs du Kurdistan²¹² », situation qui n'est pas constatée dans l'arrêt *Mc Kerr*. La vulnérabilité peut donc avoir une origine politique en cas de troubles civils et d'affrontements politiques dans une région. Parfois, l'origine politique de la vulnérabilité est beaucoup moins évidente à la lecture des arrêts de la cour.

B. L'origine politique de la vulnérabilité implicite

156. L'arrêt *Akdivar et autres c. Turquie* du 16 septembre 1996 prend en compte « l'*insécurité* et la *vulnérabilité* dans lesquelles se trouvent les requérants depuis la destruction de leur maison et leur *dépendance* à l'égard de l'Etat pour la satisfaction de leurs besoins essentiels²¹³ ». Cette circonstance, ajoutée à celle de l'existence de troubles civils dans la région, justifie que les requérants soient dispensés de l'obligation d'épuisement des voies de recours

CEDH, 1^{er} sect., *Akkoç c. Turquie*, § 125 ; CEDH, *Demiray c. Turquie*, § 61 ; CEDH, *Berktaş c. Turquie*, § 207. Notons cependant que dans les arrêts *Demiray* et *Berktaş*, la cour n'a pas constaté la violation de l'art. 25-1.

²¹² CEDH, 3^e sect., *Mc Kerr c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, req. n° 28883/95 : *Rec. AD* 2001-III, § 172.

²¹³ CEDH, *Akdivar et autres*, *préc.* § 73.

internes, imposée par l'article 35-1 de la Convention (ancien article 26). La référence à la dépendance à l'égard de l'Etat disparaît l'arrêt *Mentes et autres c. Turquie* du 28 novembre 1997²¹⁴. Dans l'arrêt *Selçuk et Asker c. Turquie*, la référence à la vulnérabilité passe en tête²¹⁵. S'il ne faut sans doute pas exagérer la portée de cette petite modification, elle marque la prédominance de la vulnérabilité dans l'appréciation de la cour... Nous l'espérons en tout cas !

157. Il convient, dès lors, de préciser la teneur de cette vulnérabilité à laquelle la Cour européenne des droits de l'homme se réfère ici. Il ressort clairement des arrêts en cause que cette vulnérabilité résulte de la destruction des habitations des requérants : elle y fait suite. Une première approche conduit à appréhender la vulnérabilité comme découlant de la situation économique et sociale des intéressés, mais une telle approche est trompeuse, ou du moins incomplète, et cache la véritable origine de la vulnérabilité. Cette destruction a indubitablement mis ces personnes dans une situation de vulnérabilité économique et sociale. En effet, le logement est indispensable à la famille tant sur le plan économique que social. Les personnes, sans logement, sont donc plus exposées que les autres au dénuement économique et à l'exclusion sociale, telle est l'origine de leur vulnérabilité.

158. Mais la vulnérabilité est, dans la circonstance propre aux espèces, indissociable de l'insécurité de ces personnes. En effet les deux notions de *vulnérabilité* et d'*insécurité* peuvent apparaître comme proches puisque l'insécurité est la situation où l'on est menacé, exposé aux dangers²¹⁶, alors que la vulnérabilité est la situation où l'on est plus exposé que les autres à un danger ou plus généralement une atteinte. La nuance étant que l'insécurité est une situation appréciée globalement, la vulnérabilité une situation appréciée individuellement. L'insécurité du fait de la destruction du domicile résulte du fait que celui-ci protège matériellement les personnes.

²¹⁴ CEDH, *Mentes et autres c. Turquie*, 28 novembre 1997, req. n°23186/94 : *Rec.* 1997-VIII.

²¹⁵ CEDH, *Selçuk et Asker c. Turquie*, 24 avril 1998, réf. 23184/94 et 23185/94 : *Rec.* 1998-II, § 68.

159. Cependant, si la cour se réfère à la vulnérabilité et à l'insécurité des requérants, c'est face à l'Etat : pour justifier que les requérants n'aient pas eu à respecter la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Or, la vulnérabilité face aux autorités d'un Etat, est une vulnérabilité d'origine politique. Les personnes sont, dans ce contexte, sans défense contre ces autorités, à leur merci. Ainsi, si la vulnérabilité a bien pour origine la destruction des habitations des requérants, c'est parce que cette destruction a été diligentée par les autorités elles-mêmes, les forces de sécurité turques, en l'occurrence. Ceci explique clairement qu'ensuite les requérants soient en situation de vulnérabilité et d'insécurité, face à ces autorités ayant déjà commis des atteintes graves ; notamment lorsqu'ils portent plainte contre elles. Le contenu, l'origine de la vulnérabilité telle qu'elle est prise en compte par une juridiction, ou par le droit en général, ne peuvent être détachés du type d'atteinte que risque plus particulièrement la personne du fait de cette vulnérabilité. Ici, c'est la situation politique et non sociale ou économique qui a pour conséquence la vulnérabilité des personnes.

160. Un argument permet de confirmer cette analyse, privilégiant l'origine politique de la vulnérabilité dans ces affaires. En effet, dans l'arrêt *Mentes et autres*, les requérantes n'avaient saisi aucune autorité interne de leurs griefs sur le terrain de la Convention, contrairement aux requérants dans les affaires *Akdivar* ainsi que *Selçuk et Asker*. Elles s'étaient adressées à l'Association des droits de l'homme de Diyarbakir qui a directement porté l'affaire devant la Commission. Or, le juge De Meyer, dans une opinion partiellement dissidente, estime qu'il aurait fallu au moins essayer d'exercer les voies de recours internes, même si le contexte conflictuel de l'affaire n'était pas de nature à en favoriser l'exercice. Cette manière d'agir ne peut, selon ce juge, être justifiée « par la situation d'insécurité et de vulnérabilité des requérantes, l'association précitée, plus sûre d'elle-même et moins vulnérable que celles-ci, s'étant chargée d'emblée de la défense de leurs intérêts ». Ainsi, l'assistance juridique de ces personnes par l'association diminuait leur vulnérabilité, non pas d'origine économique ou sociale qui perdurait indéniablement,

²¹⁶ *Le Petit Robert*.

mais politique, car l'association a indiscutablement plus de poids sur ce terrain qu'un particulier, elle est moins vulnérable aux pressions politiques.

161. Les arrêts *Akdivar, Mentés et autres*, et *Selçuk et Asker* prennent donc bien en compte la vulnérabilité d'origine politique, inédite dans cette recherche. Mais la vulnérabilité consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme ne se limite pas à cette cause extrinsèque de vulnérabilité qui lui est spécifique, elle retient aussi la vulnérabilité ayant pour origine la privation de liberté de la personne.

§ 5. La vulnérabilité due à la privation de liberté

162. La grande vulnérabilité des personnes privées de liberté a été mise en lumière par des travaux en vue de la protection de cette catégorie de personnes contre les expérimentations en matière médicale. Ces personnes sont, en effet, perméables aux influences, aux pressions spécifiques du milieu carcéral²¹⁷. Ainsi, les prisonniers auraient des motivations de participer à des recherches que n'auraient pas les personnes ordinaires. Selon un auteur, « ces motivations incluent les pressions voilées ou discrètes ayant trait au soulagement de la monotonie et de la routine de la vie carcérale et à la tendance naturelle du désir d'évasion, à la possibilité d'obtenir des compensations (considérablement exagérées et déformées dans le contexte des prisonniers)...²¹⁸ » Certains vont même plus loin en affirmant que « l'état du détenu constitue, en terme médical, une pathologie en soi. On peut considérer qu'un détenu, en raison de son état de prisonnier, présente des troubles physiques ou psychologiques²¹⁹ ». Il faut en effet

²¹⁷ Bénédicte BEVIÈRE, *La protection de la personne dans la recherche biomédicale*, thèse préc. n°186, pp. 91-92.

²¹⁸ David WEISSTUB, *La recherche médicale en milieu carcéral* : *Journ. Int. bioéth.* 1997, n°1, pp. 87-93, p. 91

²¹⁹ Propos de M. Huriet In : Rapport Sénat n° 19, 11 octobre 1988, p. 40, cités par Bénédicte BEVIÈRE, thèse préc. n°186, p. 92.

souligner l'importance du suicide en milieu carcéral, la violence et la promiscuité entre codétenus, les conditions sanitaires de détention déplorables²²⁰ (qui pourraient dans bien des cas relever du délit de soumission à des conditions contraires à la dignité humaine d'ailleurs). La vulnérabilité des détenus trouve donc une origine intrinsèque, c'est certainement cette analyse qui est retenue lorsque la vulnérabilité des détenus justifie l'interdiction des expérimentations médicales sur ces personnes. Mais la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme consacre, quant à elle, une approche extrinsèque de l'origine de la vulnérabilité des personnes privées de liberté en s'intéressant, de prime abord, aux personnes en garde à vue, mais aussi à l'ensemble des personnes détenues.

A. De la vulnérabilité des personnes en garde à vue en particulier...

163. La cour a affirmé à plusieurs reprises que les personnes en garde à vue sont vulnérables, dans des affaires où des personnes sont décédées ou ont été blessées pendant leur garde à vue. La première utilisation du terme de *vulnérabilité* pour qualifier les personnes gardées à vue revient à la Commission dont la cour précise qu'elle souligne la « vulnérabilité des personnes gardées à vue » dans l'arrêt Tomasi c. France du 27 août 1992. En l'espèce, la France est condamnée sur le fondement de l'article 3 pour traitement inhumain et dégradant : le requérant avait été frappé violemment par les enquêteurs durant une garde à vue²²¹. Cette cause de vulnérabilité est ensuite toujours retenue, la vulnérabilité des personnes gardées à vue par les autorités est ainsi présumée. Les formulations consacrées sont alors sans ambiguïté : « les personnes en garde à vue sont vulnérables », « les personnes en garde à vue sont en situation de vulnérabilité »,

²²⁰ Xavier PIN, La vulnérabilité en matière pénale, *In* : Centre de droit fondamental, Faculté de droit de Grenoble, Frédérique COHET-CORDEY (Sous-dir.), *Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Colloque Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2000, pp.119-143, p. 141.

²²¹ CEDH, Tomasi c. France du 27 août 1992, req. n°12 850/87 : Série A n°241-A, § 113.

« les personnes en garde à vue se trouvent dans une position vulnérable²²² ». Dans tous les cas, la cour en conclut que « les autorités ont le devoir de les protéger » afin d'éviter évidemment que la personne ne décède ou ne soit blessée²²³. Par conséquent, la cour précise que, lorsqu'un individu est placé en garde à vue alors qu'il se trouve en bonne santé et que l'on constate qu'il est blessé au moment de sa libération, il incombe à l'Etat de fournir une explication plausible pour l'origine des blessures. Dans le cas contraire, l'obligation de protection des personnes en garde à vue, découlant des articles 2 ou 3, n'est pas respectée par l'Etat en cause.

164. La raison principale de cette vulnérabilité est exposée dans l'arrêt *Altay c. Turquie* du 22 mai 2001 : une personne en garde à vue est entièrement *sous le contrôle* de fonctionnaires de police²²⁴. La vulnérabilité trouve son origine dans une soumission physique de la personne face aux autorités, confirmée finalement dans toutes ces affaires par le décès ou les blessures des personnes, suite à des traitements inhumains ou à des tortures. Cette idée se retrouve dans l'arrêt *Berkay c. Turquie* du 1^{er} mars 2001 : la vulnérabilité d'une personne gardée à vue résulte de ce que « toute personne en détention [...] est entièrement aux mains des fonctionnaires de police²²⁵ ». Pour la cour, la personne en garde à vue est vulnérable parce que sous le contrôle, aux mains des autorités ; cette justification explique qu'elle étende alors la vulnérabilité à toutes les personnes détenues.

²²² Respectivement : CEDH, grande chambre, *Salman c. Turquie*, 27 juin 2000, § 99 ; puis, CEDH, 3^e sect., *Demiray c. Turquie*, 21 novembre 2000, § 42 ; CEDH, 1^{re} sect., *Abdurrahman Orak c. Turquie*, 14 février 2002, req. n° 31889/96, § 68 ; CEDH, 4^e sect., *Berkay c. Turquie*, 1^{er} mars 2001, req. n° 22493/93, § 167 ; CEDH, 1^{re} sect., *Rivas c. France*, 1^{er} avril 2004, req. n° 59584/00, § 38 et enfin, CEDH, 3^e sect., *Tanli c. Turquie*, 10 avril 2001, req. n° 26 129/95 : *Rec. AD* 2001-III, § 141.

²²³ Pour les cas de décès : arrêts *Salman c. Turquie*, *Demiray c. Turquie*, *Abdurrahman Orak c. Turquie* et *Tanli c. Turquie*. Pour les cas de blessures graves : arrêts *Berkay c. Turquie* et *Rivas c. France*.

²²⁴ CEDH, 1^{re} sect., *Altay c. Turquie*, 22 mai 2001, req. n° 2227 9/93, § 50.

²²⁵ § 167.

B. ... A la vulnérabilité des personnes détenues en général

165. Dans l'arrêt *Algür c. Turquie* du 22 octobre 2002, où pourtant il s'agissait de mauvais traitements survenus pendant une garde à vue, comme pour l'arrêt *Berktay*, les juges estiment qu'un « Etat est responsable *de toute personne en détention, car cette dernière, aux mains des fonctionnaires de police, est en situation de vulnérabilité* et les autorités ont le devoir de la protéger²²⁶ ». Dans toutes les affaires, où les personnes sont privées de liberté, en raison d'une garde à vue ou d'une condamnation, la vulnérabilité trouve son origine dans le fait que la personne est aux mains des autorités policières ou pénitentiaires, élément qui résulte de l'isolement de la personne, provoqué automatiquement par l'enfermement. Ainsi la cour, dans l'arrêt *Cotlet c. Roumanie* du 3 juin 2003 retient « la vulnérabilité du plaignant, enfermé dans un espace clos et ayant, de ce fait, peu de contacts avec ses proches ou avec le monde extérieur²²⁷ ». Cet élément vient renforcer l'existence d'une pression illicite et inacceptable de l'administration pénitentiaire sur le requérant ayant entravé le droit de recours individuel devant la cour au mépris de l'article 34 de la Convention. S'agissant ici d'un problème quant aux contacts avec les instances européennes, la cour insiste sur l'isolement du monde extérieur qui rend la personne vulnérable. Lorsque, au contraire, la question est placée sur le terrain de l'existence de mauvais traitements, la cour prend en compte le fait que la détention met la personne sous le contrôle des agents de l'Etat pour imposer une protection renforcée. Dans l'arrêt *Slimani c. France* du 27 juillet 2004, précité, la cour rappelle la vulnérabilité des détenus, mais surtout étend la

²²⁶ CEDH, 4^e sect., *Algür c. Turquie*, 22 octobre 2002, req. n° 32574/96, § 44 ; motivation reprise dans l'arrêt CEDH, 4^e sect., *Ayse Tepe c. Turquie*, 22 juillet 2004, req. n° 29422/95, § 38 ; CEDH, 2^e sect., *A. A. et autres c. Turquie*, 27 juillet 2004, req. n° 30015/96, § 66 ; dans l'arrêt CEDH, 4^e sect., *Aydin et Yunus c. Turquie*, 22 juin 2004, req. n° 32572/96 et n° 33366/96, § 31, la cour étend cette vulnérabilité de la personne détenue « aux mains des fonctionnaires de police ou *de l'établissement carcéral* ».

²²⁷ CEDH, 4^e sect., *Cotlet c. Roumanie*, 3 juin 2003, req. n° 38 565/97, § 71.

garantie de protection à toute personne privée de liberté et en particulier celles placées en *rétenion administrative*²²⁸.

166. La vulnérabilité due à la détention de la personne résulte d'éléments intimement liés. Ainsi, l'isolement physique et mental de la personne détenue par les autorités étatiques la rend de ce fait totalement à leur merci, la cour mettant l'accent sur l'un ou l'autre point selon l'atteinte en cause. Parfois, la vulnérabilité d'une personne résulte de plusieurs éléments distincts ajoutés les uns aux autres.

²²⁸ CEDH, 2^e sect., Slimani c. France, 27 juillet 2004, req. n° 57671/00, § 27 et 28.

Section III. Le cumul de différentes origines de vulnérabilité d'une personne

167. La vulnérabilité d'une personne a souvent, on l'a vu, une seule cause. Mais dans de nombreux cas, c'est la combinaison de plusieurs causes qui donne lieu à la situation matérielle de vulnérabilité de la personne. Une telle combinaison est présente tant lorsque le juge est amené à interpréter les dispositions du Code pénal visant la vulnérabilité de la personne (§ 1), que lorsqu'il la prend en compte dans d'autres domaines, sans s'appuyer sur un texte quelconque (§ 2).

§ 1. Dans le Code pénal

168. Les textes en matière pénale retenant la *particulière vulnérabilité de la personne due à l'âge, la maladie, l'infirmité, une déficience physique ou psychique ou un état de grossesse* invitent à rechercher l'une seulement de ces causes de vulnérabilité. Cependant, bien que la rédaction suggère que les origines de vulnérabilité citées sont alternatives et non pas cumulatives, la jurisprudence, prend bien souvent en compte plusieurs origines pour caractériser la vulnérabilité, notamment en ce qui concerne la vulnérabilité due à l'âge (A). La prise en compte de causes multiples de vulnérabilité d'une même personne semble tout à fait compatible, en revanche, avec la référence à la *vulnérabilité* des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal, qui ne précisent pas si cette vulnérabilité doit ou non avoir une seule et unique origine. La voie est donc libre pour le juge lorsqu'il interprète ces dispositions (B).

A. La vulnérabilité due à l'âge dans le Code pénal

169. La *particulière vulnérabilité de la personne due à l'âge* visée par le Code pénal, est souvent établie par le juge grâce à la prise en compte de plusieurs

éléments cumulés²²⁹. Ces éléments, qui sont autant de causes de vulnérabilité différentes, ne sont pourtant pas de ceux visés par le législateur. A cet égard, un arrêt apparaît symptomatique. La chambre criminelle, par un arrêt du 5 décembre 2001, estime qu'une Cour d'appel a caractérisé « la particulière vulnérabilité de la victime dont les intéressés, qui n'en ignoraient rien, ont abusé pour l'obliger à des actes et cessions gravement préjudiciables ». Dans cette affaire, condamnant les prévenus pour abus de faiblesse en vertu de l'article 313-4 du Code pénal (actuel 223-15-2), de nombreux éléments sont pris en compte par le juge pour établir la vulnérabilité de la victime. Celle-ci « née en 1905, n'avait pas fait d'études importantes, laissant son époux, décédé au moment des premiers contacts avec les prévenus, s'occuper de gérer leur patrimoine » qu'elle était d'ailleurs dans l'incapacité de gérer au mieux de ses intérêts, confondant les anciens et les nouveaux francs. Une expertise neuropsychiatrique permet aux juges du fond de relever que « les capacités intellectuelles de la victime lui permettaient de maîtriser imparfaitement les opérations simples [...], qu'il s'agissait d'un personnalité confiante et anxieuse, probablement fragile à l'égard du monde extérieur²³⁰ ».

170. Cet arrêt livre de nombreuses informations quant aux éléments susceptibles d'être pris en compte pour caractériser la vulnérabilité due à l'âge : que la personne est très âgée, elle a une personnalité très fragile, elle vit seule, elle est incapable de gérer son patrimoine confondant anciens et nouveaux francs et ne sachant pas faire les opérations simples à défaut d'études suffisantes. Le grand âge de la personne est sans doute bien inapte, à lui seul, à conduire à la prise en compte par les juges de la vulnérabilité de cette femme, bien que le fait d'être très âgée constitue déjà une petite part de sa vulnérabilité. Les autres origines partielles de vulnérabilité ne semblent pas pouvoir être considérées comme des causes à part entière de vulnérabilité. Elles seront, en revanche, toujours retenues à côté d'autres causes ; c'est donc de leur accumulation que résultera la vulnérabilité.

²²⁹ Notons qu'il n'est pas question d'étudier ici comment le juge apprécie cette notion de *particulière vulnérabilité* – étude qui sera faite plus loin –, mais de montrer simplement que lorsque qu'elle a pour origine l'âge, l'appréciation de celle-ci repose sur plusieurs faiblesses cumulées.

1. Le grand âge

171. La majeure partie des arrêts retenant la vulnérabilité due à un âge avancé dans le cadre de l'abus de faiblesse, rendus en vertu de l'article 313-4 du Code pénal, article 223-15-2 aujourd'hui, visent des victimes très âgées²³¹.

172. Le grand âge de la personne n'est cependant jamais pris en compte seul pour caractériser la vulnérabilité des personnes en cause. La vulnérabilité due à l'âge doit être précisée par les juges et ne peut être retenue en tant que telle. En effet, la vieillesse, même la grande vieillesse, ne doit pas faire présumer un état de faiblesse physique et psychique avancé. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 26 septembre 2001, la chambre criminelle rappelle la motivation des juges du fond selon laquelle « le seul âge, même avancé, d'une personne ne la rend pas particulièrement vulnérable au sens du droit pénal²³² ». La vieillesse de la personne constitue pourtant, dans tous ces arrêts, une première piste donnée au juge afin d'établir matériellement la vulnérabilité, qui ne pourra l'être effectivement que si d'autres éléments corroborent celui-ci. Ainsi, l'âge lui-même n'implique pas nécessairement la vulnérabilité de la personne, mais crée une suspicion, une indication plus ou moins forte de vulnérabilité que le juge doit confirmer grâce à d'autres éléments. Si ces éléments sont constatés, il est évident que la mention du grand âge de la personne par le juge convainc plus facilement de sa vulnérabilité.

²³⁰ Cass. crim., 5 décembre 2001, Pourvoi n°01-80.698 .

²³¹ Constat fait par M. Michel VERON ; cf. note sous Cass. crim., 29 novembre 2000 : *Dr. pénal* 2001, Comm. 70, p.12. Arrêts confirmant ce point : Cass. crim., 30 avril 1996, *Dr. pénal* 1996, Comm. 217, p.8, note Michel VERON ; *Rev. sc. crim.* 1997, pp. 110-112, obs. Reynald OTTENHOF ; Cass. crim., 17 janvier 2001 : *Bull. crim.*, n° 16 ; Cass. crim., 26 septembre 2001, Pourvoi n° 00-87.745 ; Cass. crim., 5 décembre 2001, Pourvoi n° 01-80.698 ; Cass. crim., 19 décembre 2001, Pourvoi n° 01-83.156 et aussi sans doute bien que l'âge ne soit pas précisé : Cass. crim., 19 juin 2002, Pourvoi n°01-87.471 et Cass. crim., 15 octobre 2002, Pourvoi n°01-86.697.

²³² Cass. crim., 26 septembre 2001, Pourvoi n°00-87.745 ; aussi : Cass. crim., 23 juin 1999, Pourvoi n°98-84.158.

173. Dans ce cas, le grand âge des personnes présume tout de même pour le juge un début d'affaiblissement qui, corroboré par d'autres éléments probants, permet de constater la vulnérabilité. Parmi ces éléments se trouve fréquemment la fragilité psychologique ou psychique.

2. La fragilité psychique

174. Le grand âge s'accompagne parfois d'un affaiblissement des facultés psychiques de l'individu. Cette fragilité est souvent déterminée, dans les espèces en cause, par des expertises psychiatriques des personnes. Ainsi, la fragilité psychologique de personnes de quatre-vingt-douze et quatre-vingt-sept ans permet au juge de qualifier matériellement ces personnes de particulièrement vulnérables²³³. Cette fragilité n'est ni une maladie, ni une déficience, ni une infirmité, au sens du Code pénal ; elle permet pourtant de constater l'abus de faiblesse d'une personne vulnérable. C'est, qu'à cet âge avancé, la fragilité face au monde extérieur, la suggestibilité, le besoin de l'autre conduisent à un affaiblissement exposant ces personnes aux abus. Il ne s'agit donc certainement pas d'une cause à part entière de vulnérabilité dans la mesure où, sans le grand âge, une telle origine ne serait peut-être pas retenue seule ; mais elle est une origine de vulnérabilité importante bien que partielle lorsqu'il s'agit d'une personne très âgée. Cette hypothèse doit être distinguée d'une situation voisine : la vulnérabilité due à l'âge, expressément retenue par le juge, est également due à une autre cause de particulière vulnérabilité à part entière, telle une déficience psychique²³⁴. Il ne s'agit plus alors de deux éléments qui se cumulent pour constituer matériellement la vulnérabilité, mais de deux éléments distincts qui peuvent en eux-mêmes constituer matériellement la vulnérabilité. L'hypothèse est à distinguer de celle évoquée ici : la fragilité de l'aîné ne suffit pas, à elle seule, à caractériser la vulnérabilité. Elle en est une origine parmi d'autres, notamment l'isolement de la personne âgée, souvent pris en compte.

²³³ Cass. crim., 29 novembre 2000 : *Dr. pénal* 2001, Comm. 70, p.12, note Michel VERON.

²³⁴ Cass. crim., 19 juin 2002, *préc.*

3. La solitude, l'isolement

175. La solitude de la personne résulte, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité du 5 décembre 2001, du veuvage de la personne. Avec l'âge qui avance, en effet, cette situation se retrouve relativement fréquemment. Bien qu'on puisse évidemment vivre seul et être malgré tout entouré, la vieillesse accentue souvent l'isolement réel des personnes. En effet, la vieillesse fait partie des nombreuses situations génératrices de solitude à côté du chômage, des ruptures conjugales, de la drogue, des maladies²³⁵. Ainsi, sur le plan social, la question de la solitude se cristallise dans celle de la vulnérabilité relationnelle²³⁶. Il semble acquis médicalement que « la misère relationnelle, la solitude due au repli sur soi sont tout aussi responsables que l'isolement dû à l'éclatement des familles. [...] l'insécurité affective, la quête assoiffée de reconnaissance ou simplement d'être encore digne d'intérêt rendent ainsi l'aîné vulnérable à la manipulation » ; « l'isolement où est réduit l'aîné et sa vulnérabilité affective et physique laissent souvent libre le terrain de l'abus de faiblesse avec la bonne conscience que donne l'aîné quand il est *complice de sa propre spoliation*²³⁷ ».

176. La solitude, ou plus largement l'isolement social, est donc un facteur supplémentaire de vulnérabilité, spécialement chez la personne âgée, que le droit est susceptible de prendre en compte comme l'a fait très nettement le juge pénal dans l'arrêt précité. Cette origine partielle de vulnérabilité s'apparente à une vulnérabilité d'origine extrinsèque, l'isolement résulte non de la personne, mais de son environnement social. Parfois, cet élément est relevé de manière encore plus explicite par les magistrats. Dans un arrêt du 17 janvier 2001, ils constatent « l'isolement dans lequel se trouvait » une femme âgée de quatre-vingt-neuf ans. Et, afin de cristalliser cet élément, il est précisé que « la personne qui lui prêtait

²³⁵ Claude MARTIN, Le « risque solitude » : divorce et vulnérabilité relationnelle : *Rev. int. d'action communautaire*, n°69, 1993, pp. 69-83, p.69.

²³⁶ *Ibid.* p. 70.

²³⁷ Ph. THOMAS, C. HAZIF-THOMAS, C. PRADERE et P. DARRIEUX, Dépendance affective de la personne âgée et abus de faiblesse : *La Revue Gériatrie* 1994, n°6, pp. 401-409, pp. 402 et 404.

habituellement assistance se trouvait absente » au moment des faits²³⁸. Cette remarque confirme qu'il s'agit bien d'une cause de vulnérabilité puisque, si la personne est aidée et conseillée par une tierce personne, elle n'est plus en situation de vulnérabilité, bien qu'elle soit faible ou dépendante. Le risque d'abus de faiblesse disparaît dans ce cas. Cet isolement de la victime est constaté dans l'arrêt précité, en plus de l'état de dépendance de la victime et d'une importante surdité. Il ne s'agit donc évidemment pas d'une cause à part entière de vulnérabilité, mais elle manifeste une fois de plus cette vulnérabilité aux origines "patchwork", si diverses.

177. Le faible niveau d'étude de la personne apparaît aussi curieusement comme l'un des éléments ayant contribué à reconn tre la vulnérabilité due à l'âge, dans l'arrêt du 5 décembre 2001.

4. Le faible niveau d'études

178. L'absence d'études relève certainement d'une vulnérabilité due à une origine culturelle, voire sociale : elle n'est pas une faiblesse en soi, elle le devient dans un monde où les études permettent souvent d'être mieux armé. Il est contestable qu'elle soit prise en compte au titre des causes de vulnérabilité dues à l'âge : le niveau d'instruction n'a rien à voir avec celui-ci. Cette vulnérabilité culturelle est pourtant l'un des éléments retenus dans l'arrêt précé du 5 décembre 2001 pour établir la vulnérabilité de la personne. Dans le délit d'abus de faiblesse, cette vulnérabilité d'origine culturelle répond d'ailleurs à la qualification de l'*ignorance* de la personne visée par la dénomination complète du délit : *délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse* soit d'un mineur, soit d'une personne vulnérable, soit d'une personne en état de suj tion²³⁹.

²³⁸ Cass. crim., 17 janvier 2001, *préc.*

²³⁹ Le faible niveau d'instruction de la personne est par ailleurs un élément permettant de caractériser, en dehors de toute référence à l'âge des personnes, le délit d'abus de faiblesse ou d'ignorance en droit de la consommation (art. L. 122-8 du code éponyme). Ainsi, l'ignorance est-elle constituée lorsque « le niveau d'instruction et l'aptitude au raisonnement sont très bas », CA Lyon, 19 septembre 1990 : *D.* 1991, J. pp. 250-253, note François RUELLAN ; ou encore en l'absence de maîtrise de la

179. Le faible niveau d'études participe à établir la vulnérabilité sans pouvoir en être la cause exclusive. Ainsi, dans un arrêt, les juges du fond avaient retenu la vulnérabilité due à l'âge d'une femme sexagénaire. Ils précisent que la victime « n'a jamais effectué seule la moindre démarche administrative ; elle ignore totalement l'argent qu'elle possède... elle a abandonné l'école à l'âge de onze ans, elle sait lire mais ne comprend pas ce qu'on lui fait lire, elle annonce et bute sur tous les mots, elle écrit phonétiquement, elle dit savoir compter mais ne connaît pas les tables de multiplication... elle ne sait pas rendre la monnaie²⁴⁰ ». Elle était, en outre, en état de dépression réactionnelle, suite au décès de son mari, et avait un caractère suggestible. La maladie et la fragilité psychique de la vieille dame ajoutées au faible bagage culturel constituent autant d'éléments permettant au juge de constater sa vulnérabilité.

180. Le grand âge des personnes permet donc au juge non seulement de retenir une vulnérabilité ayant des origines diverses, mais en outre étendre encore les origines de vulnérabilité en dehors de celles prévues expressément par la loi. Cette multiplicité des origines de vulnérabilité de la personne se retrouve dans le Code pénal lorsqu'il vise la « vulnérabilité » dans les articles 225-13 et 225-14.

B. La vulnérabilité des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal

181. Les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal incriminant le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance est apparent ou connu de l'auteur, à des *conditions de rémunération, de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine* sont des dispositions pour lesquelles les origines constituant la vulnérabilité de la victime peuvent être les plus

langue française, CA Paris, 13 mai 1996, M. Elhaik c./ Mme Hauroo : *Contrats, conc., consom.* 1996, Comm. 178, p. 19, note Guy RAYMOND.

²⁴⁰ Cass. crim., 29 mai 2001, Pourvoi n°00-86.461.

diverses²⁴¹. La vulnérabilité peut être caractérisée par la combinaison de causes intrinsèques, extrinsèques, ou des deux.

182. Un arrêt, en particulier, est révélateur de cette grande diversité possible des origines de la vulnérabilité d'une personne : une affaire d'esclavage domestique, ayant donné lieu à l'arrêt de la chambre criminelle du 11 décembre 2001. En l'espèce, un couple avait exploité une jeune femme. Les juges du fond avaient constaté que la jeune victime était « mineure, étrangère, dépourvue de titre de séjour et de travail et sans ressource », causes multiples de vulnérabilité s'il en est. L'arrêt de la Cour d'appel est cassé par la chambre criminelle parce qu'ayant constaté ces éléments, la cour avait néanmoins considéré que la vulnérabilité n'était pas caractérisée. C'est la preuve que la Cour de cassation exerce son contrôle sur les éléments retenus quant à la qualification de la vulnérabilité. La « vulnérabilité », au sens des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal, est donc un réceptacle extrêmement élastique. Le juge pénal peut ainsi être amené à combiner plusieurs éléments en vue de la qualification.

183. Cette vulnérabilité aux origines multiples peut être constatée par les juges, en dehors de tout texte.

§ 2. Dans la jurisprudence, en dehors de tout texte

184. En dehors des textes en matière pénale, la jurisprudence prend parfois en compte la vulnérabilité résultant de plusieurs éléments matériels. Tel est le cas d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 18 janvier 2000 (A). Surtout, la Cour européenne des droits de l'homme retient la vulnérabilité lorsque plusieurs causes en sont l'origine (B).

²⁴¹ En dresser une liste exhaustive semble donc difficile, ces éléments de faits divers constituent des indices à identifier dans chaque espèce ; Maria-Béatrix SALGADO, note sous Cass. crim., 23 avril 2003 : *JCP* 2004 éd. G, II, 10 015, pp. 193-195, p. 194.

A. Une affaire isolée, en matière de responsabilité professionnelle

185. Les faits relatés par les juges du fond dans une affaire, ayant donné lieu à un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, sont significatifs²⁴² : la vulnérabilité de la victime résulte de plusieurs éléments cumulés. En l'espèce, un avocat avait facturé à une cliente des honoraires sans commune mesure avec le travail accompli, dans une affaire sans difficulté ni complexité particulière, pour laquelle il n'avait pas déployé un zèle et une compétence spéciale, selon les termes de la cour. La victime était une femme fragile psychologiquement et « complètement démunie », selon les juges du fond. L'avocat avait omis de faire connaître à sa cliente la possibilité qu'elle avait de bénéficier de l'aide juridictionnelle, celle-ci lui ayant pourtant précisé par courrier qu'elle pourrait difficilement continuer à le payer. Selon les juges du fond « malgré la fragilité psychologique de [la victime, l'avocat] n'a pas hésité à poursuivre des prélèvements largement excessifs [...] profitant de la vulnérabilité d'une personne complètement démunie ». Les juges ajoutent que l'avocat « avait abusé de la fragilité psychologique et du désarroi de sa cliente ». La Cour de cassation rejette donc le pourvoi contre l'arrêt ayant confirmé l'arrêté du Conseil de l'Ordre ayant retenu à l'encontre de l'avocat le grief de fixation des honoraires sans tact ni mesure, prononcé contre lui l'interdiction d'exercer la profession d'avocat pendant six mois, et ordonné la privation du droit de faire partie du Conseil de l'Ordre pendant dix ans.

186. Ici encore, est prise en compte une vulnérabilité aux origines « patchwork » : la fragilité psychologique, la pauvreté, le désarroi se côtoient et s'assemblent pour constituer une vulnérabilité incontestable. Cette technique consistant à une accumulation d'éléments révélateurs de la vulnérabilité de la personne est aussi employée par le juge européen des droits de l'homme.

²⁴² Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 2000, Pourvoi n° 97-16.711 : *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. IV.

B. Une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

187. Lorsque la Cour européenne des droits de l'homme retient la vulnérabilité dont les origines sont diverses, elle est assez restrictive. Ce n'est donc qu'une situation très particulière de la personne qui emporte une telle spécificité : la vulnérabilité d'une personne victime de tortures.

188. Cette vulnérabilité a été dégagée par la cour dans l'arrêt *Aksoy c. Turquie* du 18 décembre 1996. Celui-ci impose aux Etats une obligation de mener une enquête approfondie et effective au sujet de cas de tortures sur le fondement de l'article 13 de la Convention. Selon les juges, une telle obligation est justifiée « eu égard à l'importance fondamentale de la prohibition de la torture et à *la situation particulièrement vulnérable des victimes de tortures*²⁴³ ». Ce principe est rappelé dans l'arrêt *Aydin c. Turquie* du 25 septembre 1997, qui confirme donc cette conception de la vulnérabilité²⁴⁴. La particulière vulnérabilité des victimes des tortures subies a des causes multiples liées nécessairement à la conception de la torture qui ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, la cour qualifie de torture une forme particulière de mauvais traitements en tenant compte de la distinction, que comporte l'article 3 de la Convention, entre cette notion et celle de traitements inhumains ou dégradants.

189. Pour que l'article 3 soit applicable, il faut que le mauvais traitement en cause atteigne un minimum de gravité. La cour différencie ensuite les traitements inhumains, les traitements dégradants et la torture : il y a donc deux paliers à l'intérieur de l'article 3 déterminés par la gravité des actes²⁴⁵. Ainsi, pour être dégradant, un mauvais traitement doit atteindre un niveau de gravité particulier et différent de l'élément habituel d'humiliation que comporte inévitablement les

²⁴³ CEDH, *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, req. n° 21987/93 : *Rec.* 1996-VI, § 98.

²⁴⁴ CEDH, *Aydin c. Turquie*, 25 septembre 1997, req. n° 23178/94 : *Rec.* 1997-VI, § 103.

²⁴⁵ Frédéric SUDRE, Article 3, *In* : Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT (Sous-dir.), *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^e éd., 1999, pp. 155-175, p. 158.

châtiments judiciaires²⁴⁶. Le traitement inhumain est celui qui provoque volontairement des souffrances mentales ou physiques d'une intensité particulière. Quant à la torture, elle recouvre des traitements inhumains délibérés provoquant de graves et cruelles souffrances²⁴⁷. Ces seuils de gravité permettant soit d'atteindre le minimum de gravité pour entrer dans le champ de l'article 3, soit de franchir les paliers à l'intérieur de l'article 3 sont susceptibles d'être abaissés par la cour suite à l'arrêt Hénaf c. France du 27 novembre 2003. En particulier, des actes qui étaient qualifiés de « traitements inhumains et dégradants » et non de « torture » pourraient recevoir une qualification différente à l'avenir²⁴⁸.

190. En tout état de cause, la particulière vulnérabilité des victimes de torture résulte de plusieurs éléments : des souffrances d'une particulière intensité, l'amoindrissement physique en découlant, le désarroi moral, l'isolement dû à l'enfermement et une entière dépendance des autorités. D'autres éléments tenant notamment à l'âge, à l'état physique ou psychologique de la personne peuvent, en outre, venir confirmer cette situation de vulnérabilité. Dans l'arrêt Aydin, il s'agissait d'une jeune femme : l'une des origines de vulnérabilité partielle de la personne peut donc être constituée par son sexe, élément qui, cumulé avec la jeunesse et la détention, permet la qualification de vulnérabilité. Le jeune âge des requérants est également pris en compte dans l'arrêt Bati et autres c. Turquie du 3 juin 1994 (dix-huit et seize ans). Quant à l'état physique, dans ce même arrêt la cour considère l'état de grossesse comme participant de la vulnérabilité de l'une des victimes des actes e tortures²⁴⁹. La multiplicité des origines de vulnérabilité est ainsi manifeste.

191. La reconnaissance par la Cour européenne des droits de l'homme de la vulnérabilité des victimes de torture semble avoir inspiré la législation communautaire. En effet, selon l'article 17-1 d'une directive du Conseil de l'Union

²⁴⁶ CEDH, 25 avril 1978, Tyrer c. Royaume-Uni : Serie A n°26.

²⁴⁷ CEDH, 18 janvier 1978, Irlande c. Royaume-Uni, req. n°5310/71 : Série A n°25, § 167.

²⁴⁸ CEDH, 1^{er} sect., 27 novembre 2003, Henaf c. France, req. n° 65436/01 : *J.C.P.* 2004 éd. G. I, 107, p. 181, obs. Frédéric SUDRE, § 55.

²⁴⁹ CEDH, 1^{er} sect., Bati et autres c. Turquie, 3 juin 2004, req. n°33097/96 et n°57834/00, § 122.

européenne datant du 27 janvier 2003 sont *des personnes vulnérables* : « Les mineurs, les mineurs non accompagnés, les handicapés, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés de mineurs et les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle²⁵⁰ ». Le droit communautaire consacre lui aussi la vulnérabilité établie par une ou plusieurs origines. La conception de la vulnérabilité en ce domaine confirme la diversité extrême des origines susceptibles de donner lieu à la vulnérabilité d'une personne.

192. L'origine de la vulnérabilité d'une personne est donc bien une faiblesse se manifestant sous des formes très diverses : faiblesse liée à la personne (intrinsèque), à ses conditions de vie (extrinsèque) ou au cumul de plusieurs fragilités. De manière constante donc le droit ne retient la vulnérabilité qu'à la condition que celle-ci trouve son origine dans une faiblesse. Cependant, de manière générale, aucune origine de vulnérabilité ne semble *a priori* exclue dans l'appréhension matérielle de la notion. L'origine de la vulnérabilité est donc caractérisée par son indétermination et son indéterminabilité sur le plan matériel, son contenu n'ayant aucun contour précis. La caractérisation de l'origine de vulnérabilité de la personne apparaît pourtant cohérente : elle consiste en une évaluation systématique de la faiblesse prise en compte.

²⁵⁰ Directive CE 2003/9 du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, Section 2, Chapitre IV, Art. 17 : [en ligne], Disponible sur : < <http://www.lexbase.fr> >, (consulté le 12.12.2003)

CHAPITRE II. UNE FAIBLESSE ÉVALUÉE

193. La multiplicité des origines confère à la vulnérabilité un contenu élastique. Celui-ci interdit une circonscription claire par la voie de l'énumération : une liste limitative des faiblesses susceptibles de donner lieu à la vulnérabilité ne peut être dressée. Or, la vulnérabilité est retenue juridiquement lorsque la faiblesse qui en est la cause est appréciée non pas qualitativement, mais quantitativement ; cette faiblesse doit être suffisamment importante pour être retenue. Une évaluation systématique de la caractérisation de la faiblesse permet d'établir la vulnérabilité matérielle²⁵¹. La démarche change : à la recherche d'un contenu général (déterminer l'ensemble des origines possibles de vulnérabilité) se substitue la mesure d'un contenu particulier (l'origine de vulnérabilité est évaluée dans chaque cas). La condition d'existence de l'origine de vulnérabilité n'est remplie que si la faiblesse est évaluée.

194. Cette évaluation fait de l'origine de la vulnérabilité – la faiblesse – un standard, et plus précisément un standard matériel. Dès lors, il faut s'entendre sur ce que l'on entend par standard matériel relativement à la vulnérabilité d'une personne ou d'un ensemble de personnes. Il s'agit d'un *standard matériel* parce que la réalité à apprécier est évaluée en termes de mesure, et non de comportement ; le *standard de comportement* (tel le classique bon père de famille) ne peut s'appliquer à l'évaluation de la faiblesse. Cette faiblesse doit pouvoir être placée sur *une échelle de valeur*²⁵² ce qui permettra de fixer le degré de faiblesse à partir duquel la vulnérabilité pourra être retenue. La faiblesse est un état de fait dont

²⁵¹ Souvent d'ailleurs dans ce chapitre le terme de *vulnérabilité* sera employé pour celui de *faiblesse*, par souci de simplicité. On se rappellera que la vulnérabilité ne se confond pourtant pas avec la faiblesse qui en est l'origine, son existence est conditionnée par d'autres éléments.

²⁵² Selon André-Jean ARNAUD (Sous-dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1993, 2^e éd.

il convient en effet d'apprécier la consistance et l'appréciation de la vulnérabilité comporte *une instruction expresse de procéder à cette évaluation*²⁵³. Cette technique est utilisée pour l'évaluation de la vulnérabilité d'une personne soit au cas par cas, c'est-à-dire de manière ponctuelle (Section I), soit pour l'évaluation de la vulnérabilité d'une catégorie entière de personnes (Section II).

²⁵³ *Ibid.*

Section I. L'évaluation ponctuelle

195. En vue d'établir que la vulnérabilité est suffisamment caractérisée, le juge évalue systématiquement la faiblesse de la personne dans le cas qui lui est soumis. Cette évaluation est donc présente, quelle que soit la raison pour laquelle le juge est amené à interpréter la *vulnérabilité* : apprécier la notion de « particulière vulnérabilité » au sens classique du Code pénal (§ 1) ou celle de simple « vulnérabilité » contenue dans les articles 222-13 et 225-14 du même code incriminant la soumission à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine (§ 2) ou encore lorsque les juges retiennent la vulnérabilité de leur propre initiative (§ 3).

§ 1. La « particulière vulnérabilité » dans le Code pénal

196. La majeure partie des articles du Code pénal, faisant référence à la notion de vulnérabilité vise la *particulière vulnérabilité* : celle-ci peut être due à l'âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse²⁵⁴. Ainsi, le législateur associe à la notion de vulnérabilité

²⁵⁴ Circonstance aggravante : meurtre, art. 221-4.3° du Code pénal ; empoisonnement, art. 221-5 alinéa 3 ; torture et actes de barbarie, art. 222-3.2° et, de manière habituelle, art. 222-4 ; traite des êtres humains, art. 222-4-2-2° et exploitation de la mendicité, art. 225-12-6-2° (issus de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003) ; violences, art. 222-8.2°, art. 222-10.2°, 222-13.2° et de manière habituelle, art. 222-14 ; viol, art. 222-24.3° ; agressions sexuelles autres que le viol, art. 222-29.2° ; proxénétisme, art. 225-7.2° ; bizutage, art. 225-16-2° (loi n° 98-468 du 17 juin 1998) ; vol, art. 311-4.2° ; extorsion, art. 312-2.2° ; escroquerie, art. 313-2.4° ; abus de confiance, art. 314-2-4° (depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004), destruction, dégradation, détérioration ne présentant pas de danger pour les personnes, art. 322-3.2°.

Condition de l'infraction : Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, art. 223-15-2 (depuis la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001) élargissant l'ancienne infraction d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, art. 313-4 du Code pénal (abrogé par

l'adjectif *particulière*. Celui-ci apparaît toutes les fois que suivent les causes de vulnérabilité intrinsèques précitées. Pour le législateur, le fait de qualifier la vulnérabilité de *particulière* invite explicitement le juge à évaluer la faiblesse matérielle à l'origine de cette vulnérabilité. La faiblesse doit en effet être suffisamment caractérisée pour être prise en compte. Cette interprétation de l'exigence légale de « particulière vulnérabilité » impose une évaluation en deux étapes successives (A). Elle conduit naturellement le juge à vérifier constamment l'existence d'une faiblesse suffisamment caractérisée, au cas par cas (B). La question de la preuve se pose alors nécessairement en vue d'évaluer cette « particulière vulnérabilité » (C).

A. Les étapes successives de l'évaluation

197. La jurisprudence ne semble pas accorder à l'adjectif *particulière* un quelconque intérêt. Cet adjectif n'ayant jusqu'alors posé aucun problème d'interprétation en tant que tel, *a priori* sa présence est superfétatoire. Pourtant, l'emploi de l'adjectif *particulière* n'est pas anodin. Le sens qu'il contient revêt une importance notable quant à l'interprétation de la notion de vulnérabilité des personnes. Selon une acception courante, l'adjectif signifie : *qui appartient en propre, qui ne concerne qu'un individu, qui donne à un être son caractère original, distinctif, spécifique, mais aussi qui présente des caractères hors du commun, qui est extraordinaire, remarquable*²⁵⁵. La vulnérabilité doit donc être propre à la personne, lui être spécifique, ceci implique que le juge devra préciser l'origine de la vulnérabilité dans l'espèce en cause. Mais cette précision est un préalable, la finalité de cette précision est de mesurer si la vulnérabilité est suffisamment caractérisée dans l'espèce en cause toujours.

la loi du 12 juin 2001) ; recours à la prostitution d'une personne vulnérable, art. 225-12-1, alinéa 2 (issu de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003).

²⁵⁵ *Le Petit Robert*.

1. Le préalable : la précision de l'origine de la vulnérabilité *in concreto*

198. L'idée de particularité comporte avant tout celle d'individualité. Le juge est donc invité à interpréter la vulnérabilité relativement à la personne en cause, à préciser l'origine de vulnérabilité qui lui est propre, personnelle.

199. La Cour de cassation exige d'ailleurs systématiquement des juges du fond qu'ils précisent en quoi la vulnérabilité est constituée. Elle a, en outre, indiqué que cette précision relevait de leur appréciation souveraine. Cette solution est explicite dans un arrêt de la chambre criminelle du 4 mars 1998 : *la loi, n'ayant pas déterminé l'âge d'où résulte la particulière vulnérabilité, en a confié l'appréciation au juge du fond. La cour ajoute qu'il ne lui appartient donc ni de rechercher ni d'apprécier les éléments de la conviction des juges*²⁵⁶. Très nettement donc la Cour de cassation pose le principe que les juges du fond doivent impérativement préciser ce qui rend cette vulnérabilité particulière à la personne en cause : la sanction de leur décision est encourue lorsque cette précision est absente ou insuffisante.

200. Ceci explique que la Cour de cassation vérifie, dans tous les cas, que les juges du fond ont bien recherché à quoi était due la vulnérabilité de la personne, en l'espèce. Ainsi, dans une affaire où il est reconnu que la victime était particulièrement vulnérable en raison d'une déficience mentale, le pourvoi reprochait à la Cour d'appel que cette cause de vulnérabilité était insuffisamment précisée pour établir la circonstance aggravante de vulnérabilité. La Cour de cassation rejeta le pourvoi. Elle constata, en effet, que les juges du fond avaient bien précisé les causes donnant lieu à la vulnérabilité de la victime, à savoir, en l'espèce, une hospitalisation suite à un épisode délirant, et l'existence d'une psychose schizophrénique constatée par expertise²⁵⁷.

²⁵⁶ Cass. crim., 4 mars 1998, Pourvoi n°97-82.624.

²⁵⁷ Cass. crim., 8 novembre 1989, Pourvoi n°88-84.894.

201. L'obligation de préciser, dans chaque espèce, les origines de la vulnérabilité de la personne, manifeste indéniablement que la « particulière vulnérabilité » du code pénal est appréciée *in concreto*. Il s'agit d'ailleurs d'un procédé d'appréciation sans surprise ici. En effet, « lorsque les notions juridiques contiennent ainsi une référence directe à la réalité humaine, il est aisé de comprendre qu'elles inclinent plus naturellement les juges à apprécier cette réalité telle qu'elle se présente à eux dans chaque cas particulier, c'est-à-dire *in concreto*²⁵⁸ ». Cette technique d'appréciation de la vulnérabilité a une finalité qui, bien que toujours proche de l'espèce, tend à une conception spécifique de la notion : elle permet dans un second temps l'évaluation de l'origine spécifique de vulnérabilité en tant que standard juridique.

202. L'appréciation *in concreto*, particulière à chaque espèce, ne s'oppose donc pas au caractère général de la technique employée pour l'apprécier²⁵⁹. Au contraire, cette technique d'appréciation apparaît comme le moyen de l'évaluation, préalable nécessaire à la mise en œuvre de cette technique.

2. La finalité : la caractérisation du degré de l'origine de vulnérabilité

203. Le sens de l'adjectif *particulière* indique que cette vulnérabilité doit être particulièrement caractérisée, c'est-à-dire que le juge doit être exigeant et restrictif quant à l'appréciation de la notion. Il doit déterminer le caractère spécial et remarquable de l'origine de la vulnérabilité de la personne qu'il avait au préalable précisée. L'exigence de caractérisation de la vulnérabilité indique donc que la faiblesse qui est à l'origine de la vulnérabilité doit être suffisamment importante pour être prise en compte. Cette interprétation restrictive est d'ailleurs justifiée par le fait

²⁵⁸ Noël DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Préface de Henri Mazeaud, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 8, n°9.

²⁵⁹ Noël Dejean de la Batie précise, on s'en souvient, « qu'en logique formelle – contrairement à ce que laisserait croire le langage vulgaire – le particulier ne s'oppose pas au général mais à l'universel ». La particularité dans l'appréciation de la vulnérabilité ne s'oppose donc pas à la généralité de la technique d'appréciation.

que les circonstances aggravantes sont une institution défavorable à la personne poursuivie : elle est donc exigée pour toutes les circonstances aggravantes²⁶⁰, mais prend tout son sens ici avec l'exigence d'une origine de vulnérabilité ayant un degré suffisamment important. Cette idée est renforcée par le fait que l'ancien Code pénal visait une personne particulièrement vulnérable. L'adverbe insistait davantage sur le sens restrictif que l'adjectif *particulière* qui le remplace aujourd'hui²⁶¹.

204. Ainsi, lorsque les juges du fond caractérisent suffisamment la vulnérabilité de la personne, ils n'encourent pas la sanction de la Cour de cassation ; en revanche, la sanction est encourue lorsque la vulnérabilité n'est pas caractérisée. Dans une affaire où deux personnes avaient été condamnées pour extorsion commise au préjudice d'une personne dont la vulnérabilité en raison de son âge est connue de son auteur, la chambre criminelle censura la Cour d'appel.

²⁶⁰ Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal général*, Coll. Droit fondamental, Droit pénal, P.U.F., 2^e éd., 1999, p. 583.

²⁶¹ La notion de *vulnérabilité* apparaît dans le Code pénal par la loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs par le biais des termes de *personne particulièrement vulnérable*. Le Code pénal de 1992 a repris la notion et il a substitué les termes de *particulière vulnérabilité* aux précédents.

Cette substitution s'explique, semble-t-il, par des commodités rédactionnelles. Le projet de nouveau Code pénal visait, comme auparavant, *une personne particulièrement vulnérable* (Commission de révision du Code pénal, *Projet de nouveau Code pénal*, présentation par Robert BADINTER, Paris, Dalloz, 1988, pour le meurtre par exemple art. 221-6 du projet, pp. 101-102). C'est suite à la volonté de ne faire jouer l'aggravation que lorsque la vulnérabilité est apparente ou connue de l'auteur, que la rédaction du texte a été modifiée.

En effet, suite à un amendement proposé par M. Jolibois, il a été décidé que la circonstance de vulnérabilité devait être apparente ou connue de l'auteur afin de respecter le principe de responsabilité pénale (*JO Sénat*, séance du 24 avril 1991, p. 643). Il était donc plus simple grammaticalement de viser *une personne dont la particulière vulnérabilité... est apparente ou connue de l'auteur* que de reprendre la formulation *une personne particulièrement vulnérable*. La qualité de vulnérabilité devenait alors sujet, et n'était plus seulement qualificative. Ce petit changement sans grande importance au départ a l'avantage d'orienter le projecteur sur la notion de *vulnérabilité*, qui passait sans doute plus inaperçue dans la rédaction antérieure. Un petit pas pour le législateur, un pas de géant pour cette thèse !

Celle-ci avait retenu la vulnérabilité de la victime du fait uniquement de ses soixante-quatre ans, alors que, selon la Cour de cassation, elle aurait dû préciser en quoi l'âge de la victime la mettait dans une situation de *particulière vulnérabilité*²⁶². En d'autres termes, les juges du fond auraient dû indiquer en quoi la personne avait ses capacités de défense amoindries. Dans cette affaire, un âge précis mais envisagé dans l'absolu est insuffisant à caractériser la vulnérabilité particulière de la personne. La vulnérabilité ne peut être qualifiée que si elle trouve son origine dans un élément de fait établissant une faiblesse suffisamment importante.

205. Dans l'arrêt de la chambre criminelle du 5 décembre 2001, déjà étudié, la prévenue, condamnée notamment pour abus de la situation de faiblesse d'une personne particulièrement vulnérable, soutenait que la loi fait obligation au juge pénal de qualifier la situation de vulnérabilité, d'en indiquer le degré et de préciser son caractère ostensible. Or, la particulière vulnérabilité était due, selon la Cour d'appel, à l'âge de la victime, née en 1905, des capacités intellectuelles réduites, et une personnalité confiante, anxieuse et fragile. La chambre criminelle estima que la Cour d'appel avait caractérisé la particulière vulnérabilité de la victime dont les intéressés avaient abusé²⁶³. La vulnérabilité de la victime était donc suffisamment caractérisée, remplissant ainsi l'exigence légale de particularité. Il est donc clair que la Cour de cassation exige la précision de l'origine de vulnérabilité *in concreto* et que cette précision a pour finalité la caractérisation de l'origine de vulnérabilité.

B. L'existence constante d'une évaluation

206. Les décisions des juges du fond ayant fait l'objet d'un contrôle de la chambre criminelle montrent que ceux-ci s'appliquent effectivement à évaluer la vulnérabilité, au cas par cas, afin de déterminer si elle est suffisamment

²⁶² Cass. crim., 23 juin 1999, Pourvoi n° 98-84.158.

²⁶³ Cass. crim., 5 décembre 2001, Pourvoi n° 01-80.698.

caractérisée. Ce constat est particulièrement manifeste en ce qui concerne la vulnérabilité due à l'âge, qui doit toujours être caractérisée par des causes précises. Mais l'appréciation judiciaire des autres causes de vulnérabilité confirme cette évaluation ponctuelle de la vulnérabilité.

1. Dans l'appréciation de la vulnérabilité due à l'âge de la personne

207. Afin de déterminer si l'âge d'une personne peut être à l'origine d'une « particulière vulnérabilité » au sens du Code pénal, le juge dispose de plusieurs options : soit fixer un seuil d'âge, soit caractériser la vulnérabilité due à l'âge fondée sur une autre cause de « *particulière vulnérabilité* » expressément prévue par le code²⁶⁴, soit la caractériser en prenant en compte tout élément de nature à établir une faiblesse due à l'âge. Si la solution consistant à retenir un seuil d'âge à partir duquel la vulnérabilité pourrait être retenue est évidemment exclue par la jurisprudence, celle-ci utilise volontiers les deux autres procédés.

a. L'exclusion d'un seuil d'âge

208. Tout d'abord, le juge pourrait rechercher un seuil d'âge en-dessous duquel ou au-dessus duquel il considérerait que la personne est vulnérable, créant ainsi une présomption. Cette technique est bien souvent employée par le législateur en ce qui concerne le jeune âge, notamment avec la notion de minorité de treize, quinze ou dix-huit ans. Cette technique du seuil est parfois utilisée par le législateur pour l'âge avancé, associé ou non au jeune âge. Ainsi en est-il, par exemple, lorsque l'article 3 alinéa second de la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation crée une catégorie de victimes surprotégées. Les mineurs de moins de seize ans et les majeurs de plus de soixante-dix ans ne peuvent se voir opposer leur faute volontaire. Ce même seuil de l'âge de soixante-dix ans a été choisi dans d'autres dispositions, tels l'article 15-

²⁶⁴ La maladie, l'infirmité ou une déficience physique ou psychique de la personne (excluons l'état de grossesse pour l'âge avancé !).

111 de la loi du 6 juillet 1989 relatif aux baux d'habitation afin maintenir dans les lieux ces personnes lorsqu'elles ne disposent que de peu de ressources financières et l'article 258 du Code de procédure pénale pour lequel cet âge justifie une demande de dispense des fonctions de juré d'assises.

209. La technique du seuil d'âge en vue de la qualification de la *particulière vulnérabilité* n'ayant pas été privilégiée par le législateur, est-il possible dès lors d'utiliser un seuil ? Certes, on l'a vu, la Cour de cassation affirme que *la loi, n'ayant pas déterminé l'âge d'où résulte la particulière vulnérabilité, en a confié l'appréciation aux juges du fond*²⁶⁵. Pour autant, la cour approuve la motivation selon laquelle « le seul âge, même avancé, d'une personne ne la rend pas particulièrement vulnérable au sens du droit pénal²⁶⁶ ». En effet, selon la chambre criminelle, les juges du fond doivent préciser, en l'espèce, en quoi l'âge de la victime la met dans une situation de particulière vulnérabilité²⁶⁷.

210. Il est heureux qu'une telle appréciation prévale car on se rappelle « l'heureuse absence de lien obligatoire entre vieillesse et perte d'autonomie²⁶⁸ ». En effet, « on constate heureusement que certaines personnes très âgées conservent toutes leurs facultés physiques et intellectuelles et que la date de naissance ne peut suffire à caractériser à elle seule la vulnérabilité²⁶⁹ ». Un seuil aurait eu pour effet de rendre totalement artificielle la notion de vulnérabilité : celle-ci doit rester proche du fait et révéler une situation dans laquelle la personne est nettement moins apte à se défendre qu'une autre. Si la caractérisation de la

²⁶⁵ Cass. crim., 4 mars 1998, Pourvoi n°97-82.624, pr éc.

²⁶⁶ Cass. crim., 26 septembre 2001, Pourvoi n°00-87.7 45.

²⁶⁷ Cass. crim., 23 juin 1999, Pourvoi n°98-84.158.

²⁶⁸ Elisabeth FORTIS, La lutte contre l'abus de dépendance des personnes âgées, *In* : Francis KESSLER (Sous-dir.), *La dépendance des personnes âgées*, Paris, Droit sanitaire et social, Série actions, éd. Sirey, 2^e éd., 1997, pp. 176-192, p. 177. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 2004, les juges ont considéré que la vulnérabilité d'une personne entre 79 et 82 ans n'était pas caractérisée l'état de vulnérabilité ne se présument pas et ne pouvant se déduire systématiquement de l'âge de la victime », Cass. crim., 4 mai 2004, Pourvoi n°03-83.524.

²⁶⁹ Michel VERON, note sous Cass. crim., 29 novembre 2000 : *Dr. pénal* 2001, Comm. 70, p.12.

vulnérabilité due à l'âge fondée sur un seuil est exclue, d'autres techniques sont, en revanche, utilisées.

b. La vulnérabilité due à l'âge fondée sur une autre cause légale de « particulière vulnérabilité »

211. De manière un peu curieuse, la jurisprudence tend souvent à prendre en compte, pour caractériser la vulnérabilité due à l'âge, un élément par ailleurs expressément prévu comme cause de vulnérabilité par le législateur : maladie, infirmité, déficience physique ou psychique.

212. Concernant le jeune âge, un arrêt manifeste indirectement cette tendance où la vulnérabilité est prise en compte alors que celle-ci n'ajoute rien à la qualification déjà retenue. Il s'agissait en l'espèce d'une affaire de viol aggravé et autres agressions sexuelles sur *mineurs de quinze ans particulièrement vulnérables du fait d'infirmités cérébrales graves*²⁷⁰. Lorsque la circonstance aggravante de minorité de la victime est retenue, il est inutile pour la cour de rechercher en outre l'existence de la circonstance aggravante de particulière vulnérabilité due à l'âge. Dans cet arrêt cependant, les juges du fond reconnaissent à côté de la minorité, origine de vulnérabilité présumée par le législateur, la vulnérabilité des victimes, qui ne faisait aucun doute pour les magistrats. La minorité n'exclut pas la vulnérabilité, même si juridiquement la prise en compte de cette dernière est inutile, l'infraction n'étant pas soumise à un double degré d'aggravation.

213. En dehors de cette qualification particulière, la mention de l'âge par le juge apparaît en fait comme un petit élément renforçant la vulnérabilité. Dans la mesure de l'importance de la vulnérabilité de la personne en l'espèce, l'indication de l'âge est un petit poids de plus. Il pèse peut-être peu dans la balance, mais la force de conviction qu'il emporte est indéniable. Ainsi, dans une affaire où la vulnérabilité d'une jeune fille est due à une déficience physique manifeste, car résultant d'une semi-inconscience, la Cour de cassation rappelle l'âge de la victime,

²⁷⁰ Cass. crim., 26 juin 1997 Pourvois n^{os} 96-82.346 et 97-82.128 ,.

qui avait été mentionné par les juges du fond, dans le but d'insister sur l'existence de cette vulnérabilité déjà incontestablement caractérisée²⁷¹.

214. La vulnérabilité due au jeune âge peut, selon les cas, viser tous les mineurs, les mineurs de quinze ans ou les jeunes majeurs. La question de sa caractérisation se pose alors systématiquement. Ainsi, si la vulnérabilité des très jeunes enfants ne fait évidemment pas de doute, on peut en revanche tergiverser sur l'immatunité, est-elle suffisante à caractériser la vulnérabilité ? Les juges montrent leur détermination à évaluer au cas par cas la vulnérabilité de la personne afin d'apprécier sa suffisante caractérisation. L'immatunité de la personne ne peut permettre la qualification de la particulière vulnérabilité que lorsqu'elle est insuffisante et manifeste²⁷². Cette immatunité caractérisée doit, semble-t-il, être constitutive d'une déficience, mais peu d'arrêts permettent de généraliser ce point de vue. La Cour de cassation a pourtant approuvé à deux reprises une telle qualification. Dans une affaire de viols et attentats à la pudeur, un non-lieu en faveur de l'auteur avait été prononcé, la vulnérabilité de la victime avait pourtant été constatée. La chambre criminelle précise que « l'arrêt attaqué a relevé que, selon l'expert psychiatre, la jeune fille, dont le niveau de développement intellectuel était assez médiocre par rapport à l'âge et à la personnalité encore peu structurée et immature avec demande affective de réassurance, apparaissait comme fragile et vulnérable ». La vulnérabilité due à une déficience psychique est par ailleurs retenue pour un jeune garçon dont les juges constatent les « limitations intellectuelles et [l'] immatunité²⁷³ ». un arrêt semble marquer une conception plus souple de l'immatunité. Le degré de maturité insuffisant, sans révéler une déficience, résulte

²⁷¹ Cass. crim., 12 mai 1987, Pourvoi n° 87-80.909 : *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. I.

²⁷² Cette appréciation restrictive de la vulnérabilité marque une vision différente de celle de la faiblesse de l'art. L. 122-8 du Code de la consommation. Dans l'interprétation de celle-ci, les juges sont en effet beaucoup plus souples puisqu'ils l'ont retenue pour de jeunes gens de « vingt, vingt et un, vingt-deux et vingt-trois ans » dont ils constatent le « manque évident de discernement » ; T. corr. Albi, 11 juillet 1985, Landriau : *Gaz. Pal.* 1985, 2, J. p. 588, note Jean-Paul DOUCET.

²⁷³ Cass. crim., 5 juillet 1995, Pourvoi n° 94-84.774 et Cass. crim., 19 mai 1999, Pourvoi n° 99-81.326.

du jeune âge et du fait que la victime « souligne bien à quel point elle ne comprenait pas ce qui se passait²⁷⁴ ». Le jeune âge est qu'un élément subsidiaire à l'existence de la vulnérabilité, mais il ajoute à son importance, et justifie logiquement la référence à l'immaturation.

215. La jurisprudence est particulièrement abondante en ce qui concerne l'âge avancé de la personne, avec des arrêts où l'on ne sait plus vraiment ce qui caractérise la vulnérabilité, le grand âge ou une autre cause. Dans une affaire particulièrement bouleversante, la directrice d'une maison de retraite avait été condamnée pour coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner, sur personne particulièrement vulnérable. En l'espèce, la victime était une *retraîtée* atteinte de la *maladie d'Alzheimer*, morte par le fait d'une aide-soignante l'ayant forcée à manger avec une cuillère²⁷⁵. Dans des affaires d'abus de faiblesse, la vulnérabilité est caractérisée pour des victimes âgées de quatre-vingt-six et quatre-vingt-quatre ans présentant des signes de détérioration intellectuelle, une victime âgée de soixante et onze ans et dont l'état de santé était altéré, une autre âgée de quatre-vingt-neuf ans en état de dépendance et souffrant d'une importante surdité, une victime de soixante-douze ans suggestible en état de d pression²⁷⁶. Dans toutes ces affaires, ce qui est frappant, est que les juges ne précisent pas la cause de vulnérabilité (maladie, infirmité) qu'ils constatent pourtant manifestement.

216. Les termes de certains arrêts sont parfois plus explicites visant expressément une victime dont la *vulnérabilité est due au grand âge, aux nombreux handicaps physiques* de la ou une victime * g e de plus de soixante-quinze ans et*

²⁷⁴ Cass. crim., 27 avril 2004, Pourvoi n 04-80788.

²⁷⁵ Cass. crim., 9 février 1993, Pourvoi n 92-86.039.

²⁷⁶ Respectivement : Cass. crim., 30 avril 1996 : *Dr. pénal* 1996, Comm. 217, p. 8, note Michel VERON ; *Rev. sc. crim.* 1997, pp. 110-112, obs. Reynald OTTENHOF ; Cass. crim., 2 avril 1998, Pourvoi n 97-83.771 ; Cass. crim., 17 janvier 2001 : *Bull. crim.*, n 16 et Cass. crim., 29 mai 2001, Pourvoi n 00-86.461.

*atteinte de diverses déficiences physiques*²⁷⁷. Il faut pourtant bien admettre que la vulnérabilité découle indéniablement des maladies, infirmités ou déficiences citées ; les causes de vulnérabilité étant alternatives, une telle interprétation doit l'emporter. Mais, évidemment, l'âge n'est sans doute pas neutre dans l'existence et la survenance de ces affaiblissements notoires, il est donc tout naturel qu'il soit mentionné dans ces affaires concernant des personnes très âgées. Cette multiplication d'éléments très intimement liés pour caractériser la vulnérabilité montre que la jurisprudence s'attache à évaluer la vulnérabilité, mesurer son importance réelle au cas par cas. Chaque élément de plus est un poids supplémentaire ajouté à la balance de la caractérisation. Les juges se soucient alors plus de montrer l'importance de la vulnérabilité par la précision des causes qui en sont l'origine que de cataloguer ces causes, en référence aux termes légaux : c'est l'évaluation qui prime. Cette tendance est confirmée lorsque les juges caractérisent la vulnérabilité due à l'âge par des éléments qui ne sont pas des causes légales caractérisées de particulière vulnérabilité.

c. La vulnérabilité due à l'âge caractérisée par un ensemble de conséquences personnelles liées à l'âge

217. Une approche de la vulnérabilité due à l'âge montre de façon juste la voie à suivre dans la conception que l'on doit en avoir. Un auteur vise la « vulnérabilité due à l'âge, ou, plus exactement, [la] vulnérabilité due aux conséquences personnelles de l'âge sur l'état physique ou psychique de chaque victime²⁷⁸ ». Cette idée explique que, très souvent, le plus souvent, on l'a vu, la jurisprudence prend en compte pour caractériser la vulnérabilité due à l'âge de nombreux éléments, conséquences plus ou moins directes de cet âge sur l'état de

²⁷⁷ Respectivement : Cass. crim., 19 décembre 2001, Pourvoi n° 01-83.156 ; Cass. crim., 3 mars 2004, Pourvoi n° 03-84.724.

²⁷⁸ Michel VERON, note sous Cass. crim., 29 novembre 2000 : *Dr. pénal* 2001, Comm. 70, p.12.

la personne. Les juges le reconnaissent parfois explicitement d'ailleurs²⁷⁹. Plus il y a d'éléments, plus l'importance de la vulnérabilité sera établie et la notion de vulnérabilité ainsi qualifiée.

218. L'un des arrêts les plus significatifs à cet égard est certainement l'arrêt du 5 décembre 2001 déjà analysé. Cet arrêt retient la particulière vulnérabilité de la victime d'un abus frauduleux de l'état de faiblesse. Celle-ci était en effet « née en 1905, n'avait pas fait d'études importantes, laissant son époux, décédé au moment des premiers contacts avec les prévenus, s'occuper de leur patrimoine » qu'elle était incapable de gérer seule. Une expertise permet en outre aux juges du fond de constater que « les capacités intellectuelles de la victime lui permettaient de maîtriser imparfaitement les opérations simples... qu'il s'agissait d'une personnalité confiante et anxieuse, probablement fragile à l'égard du monde extérieur²⁸⁰ ». Cet arrêt semble en effet exemplaire quant à l'exhaustivité des éléments d'affaiblissement de la personne, en lien plus ou moins direct avec son âge, parfois sans lien pour le faible niveau scolaire.

219. Cet arrêt a déjà été analysé en vue de montrer la multiplicité des causes de vulnérabilité relevant de l'âge avancé. Il met en lumière, en outre, que la multiplication des origines de vulnérabilité citées n'a d'autre finalité que d'établir la particulière caractérisation de l'origine de vulnérabilité, en l'espèce. Un seul élément, et même deux bien souvent, ne suffisent pas à établir la vulnérabilité, c'est le cumul de ces éléments qui permet de la caractériser. D'ailleurs, la vulnérabilité n'est pas retenue lorsqu'elle aspire à être caractérisée « sans autre élément qu'un âge qui ne peut être considéré comme symbole d'un état cacochyme et des troubles arthrosiques de nature banale²⁸¹ ». De fait, les magistrats relèvent tous les

²⁷⁹ Cass. crim., 13 janvier 2004, Pourvoi n° 03-832.04 . Les juges du fond avaient estimé que « pour être pris en considération, le grand âge doit s'accompagner d'un affaiblissement des facultés physiques ou psychiques » ; dès lors, malgré l'âge avancé des plaignants, le délit d'abus de faiblesse n'avait pas été retenu.

²⁸⁰ Cass. crim., 5 décembre 2001, Pourvoi n° 01-80.698 .

²⁸¹ Cass. crim., 25 février 1998, Pourvoi n° 97-81.024 .

éléments susceptibles d'évaluer que la vulnérabilité est suffisamment établie pour être qualifiée. Alors d'autres éléments que ceux pouvant être rattachés à des conséquences de l'âge directement sont relevés, tels l'absence d'instruction²⁸², l'isolement accentué par l'âge mais ne relevant pas d'une conséquence particulière à celui-ci. Ainsi, l'isolement, l'absence d'aide ou de soutien de quiconque, au moment des faits, sont des éléments caractérisant la vulnérabilité d'une très vieille dame, ajoutant un degré de plus à celle-ci²⁸³.

220. Parfois, sans que le juge puisse caractériser une cause à part entière de particulière vulnérabilité, telles une maladie, une infirmité ou une déficience, il relève plusieurs manifestations d'une réelle faiblesse. Dans un arrêt du 29 janvier 1997, la particulière vulnérabilité d'une *femme âgée de soixante-cinq ans contrainte de prendre appui sur une canne, et tombant facilement, atteinte en outre d'une fragilité psychologique* est considérée comme constituée, car suffisamment importante.

221. Outre celle due à l'âge, la jurisprudence recherche l'importance de l'origine de la vulnérabilité de la personne lorsqu'elle est due à d'autres causes.

2. Dans l'appréciation d'une autre cause de « particulière vulnérabilité » de la personne

222. En ce qui concerne la maladie, elle doit être relativement grave. Il ne s'agit donc ni d'un rhume ni de « troubles arthrosiques de nature banale²⁸⁴ ». Ainsi, la maladie de la victime susceptible de caractériser la particulière vulnérabilité peut être due à une « psychonévrose obsessionnelle grave » révélant une pathologie sévère ou bien à un diabète insulino-dépendant et une affection

²⁸² Cass. crim., 29 mai 2001, *préc.* l'absence d'instruction de la victime est extrêmement circonstanciée par les juges, elle s'ajoute à un état de dépression notamment, constitutive déjà donc d'une vulnérabilité due à une maladie.

²⁸³ Cass. crim., 17 janvier 2001, *préc.*

²⁸⁴ Cass. crim., 25 février 1998, *préc.*

intestinale inflammatoire rendant la victime particulièrement vulnérable aux atteintes physiques, ou encore à un état physique et psychique s'étant dégradé²⁸⁵. Les termes employés révèlent bien l'appréciation de l'importance de la gravité par les juges. La circonstance aggravante de particulière vulnérabilité en raison d'une maladie est en outre expressément retenue s'agissant d'une jeune fille, détentrice d'une carte d'invalidité à 80%, présentant un état de faiblesse physique et de fragilité psychologique. L'importance de cette vulnérabilité est amplifiée par la précision que la jeune fille sortait de l'hôpital, où elle avait été admise à la suite d'une tentative de suicide et qu'elle se trouvait encore sous l'effet de médicaments, portait une minerve et marchait avec une canne²⁸⁶. La maladie en cause est aussi particulièrement grave lorsqu'il s'agit d'une maladie génétique, caractérisée notamment par un déficit intellectuel²⁸⁷. Dans toutes ces affaires, les juges s'appliquent à démontrer que la cause de vulnérabilité est particulièrement grave donc importante.

223. Outre la maladie, la jurisprudence révèle que les infirmités ou déficiences caractérisant la vulnérabilité d'une personne doivent être importantes. Ainsi, par exemple, une déficience caractérisée par un niveau mental très diminué permet au juge de considérer la vulnérabilité comme suffisamment établie. De même, un grave handicap physique ajouté à une détérioration mentale permet de qualifier une particulière vulnérabilité²⁸⁸ : l'adjectif *grave* insiste bien d'ailleurs sur l'importance nécessaire de la vulnérabilité. Cet adjectif est aussi employé

²⁸⁵ Respectivement : Cass. crim., 8 juin 1994 : *Dr. Pénal* 1994, Comm. 232, pp. 7-8, note Michel VERON ; Cass. crim., 23 novembre 1999, Pourvoi n° 99-82.488 et Cass. crim., 12 janvier 2000 : *Bull. crim.*, n° 15 ; *Rev. sc. crim.* 2000, pp. 614-615, obs. Reynald OTTENHOF ; *D.* 2001, J. pp. 813-816, note Jean-Yves MARECHAL, Un abus de faiblesse préjudiciable sans préjudice.

²⁸⁶ Cass. crim., 12 janvier 2000, Pourvoi n° 99-82.409 (autre arrêt). Notons toutefois que ces derniers éléments sont principalement relevés pour démontrer l'apparence de la vulnérabilité pour l'auteur des violences volontaires.

²⁸⁷ Cass. crim., 13 février 2001, Pourvoi n° 00-87.733 .

²⁸⁸ Cass. crim., 10 octobre 2000, Pourvoi n° 99-83.138 . En l'espèce bien que la vulnérabilité soit établie, l'infraction n'est pas constituée.

concernant la caractérisation d'une particulière vulnérabilité due à une infirmité, de jeunes infirmes cérébraux étant atteints de « troubles neurologiques graves », la même signification se retrouve lorsque la vulnérabilité est retenue s'agissant d'un « autiste profond de vingt-huit ans », ou encore s'agissant d'un « déficient intellectuel majeur²⁸⁹ ». Le juge met dans la balance les faiblesses établies ; l'évaluation de l'importance de l'origine de la vulnérabilité en cause est alors possible. Elle débouche sur la caractérisation de cette origine de vulnérabilité lorsque la faiblesse atteint un degré de gravité incontestable.

224. En vertu d'un raisonnement similaire, l'inconscience d'une personne, même passagère, fait partie des causes de particulière vulnérabilité retenues par les juges, au titre d'une déficience²⁹⁰. Cette prise en compte témoignait d'une interprétation large de cette cause de vulnérabilité. Il est aisé toutefois de comprendre que cette interprétation n'est en fait pas large, mais au contraire stricte, s'agissant ici d'une cause de vulnérabilité particulièrement caractérisée. En effet, qui plus qu'une personne inconsciente est amoindri, inapte à se défendre ? Cette cause de vulnérabilité met en valeur la technique d'interprétation de la notion de vulnérabilité par le juge. Si celui-ci a effectivement une conception extrêmement large des causes pouvant donner lieu à la vulnérabilité d'une personne, donnant ainsi à la notion un contenu très élastique, l'évaluation, dans chaque espèce, de la suffisante caractérisation de la vulnérabilité permet d'opérer un tri très strict des éléments permettant la qualification.

225. La faiblesse qui donne lieu à la vulnérabilité de la personne, pour être ainsi évaluée, doit avant tout être établie devant le juge.

²⁸⁹ Cass. crim., 26 juin 1997, Pourvois n^{os} 96-82.346 et 97-82.128 ; Cass. crim., 10 mars 1993, Pourvoi n^o 91-85.850 ; Cass. crim. 27 avril 2000, Pourvoi n^o 00-80.827. Respectivement.

²⁹⁰ Voir notamment : C. assises Meurthe et Moselle, 24 octobre 1983 : *Rev. sc. crim.* 1985, p. 813, obs. Georges LEVASSEUR ; Cass. crim., 12 mai 1987, Pourvoi n^o 87-80.909 : *Juridique Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. I, et Cass. crim., 21 avril 1998, Pourvoi n^o 98-80.582.

C. La preuve nécessaire à l'évaluation

226. Dans le Code pénal, la particulière vulnérabilité de la personne est établie par l'une des causes citées. Deux techniques de preuve classiques se combinent alors pour l'établir : la preuve simple et la présomption.

1. La « particulière vulnérabilité » prouvée

227. La particulière vulnérabilité d'une personne étant due à des éléments souvent liés à l'état de santé des personnes (maladie, infirmité, déficience, et âge), les juges du fond peuvent recevoir à titre probatoire des certificats médicaux, et ont souvent recours à des expertises médicales. Il est une cause de vulnérabilité en particulier pour laquelle le certificat médical est indispensable, c'est l'état de grossesse²⁹¹. En effet, la simple preuve de cet état suffit à caractériser la vulnérabilité, sans autre condition. Aucune exigence de particulière caractérisation n'est imposée ici au juge, qui pourra toutefois préciser facultativement les éléments fragilisant la femme. Les certificats médicaux sont sans aucun doute un excellent moyen de preuve permettant d'établir l'existence de la particulière vulnérabilité de la personne²⁹². Ils peuvent être corroborés ou complétés par le recours à une expertise ordonnée par le juge.

228. Le recours à des expertises est particulièrement fréquent concernant les maladies, infirmités ou déficiences psychiques, souvent plus difficiles à évaluer qu'une déficience physique naturellement beaucoup plus visible. Le juge peut en effet ignorer la nature, et donc le degré de gravité, de certains états psychiques, même si ceux-ci sont par ailleurs décelables, l'expertise médicale s'impose alors. Un certain nombre d'arrêts contrôlés par la Cour de cassation

²⁹¹ Arrêts retenant cette cause de vulnérabilité : Cass. crim., 30 mars 1994, Pourvoi n° 93-82.950 ; Cass. crim., 17 juin 1998, Pourvoi n°98-81.636 ; Cass. crim. 27 juin 2000, Pourvoi n°99-87.379.

²⁹² Pour un certificat médical prouvant la détérioration intellectuelle de deux personnes âgées de 84 et 86 ans : Cass. crim., 30 avril 1996 : *Dr. pénal* 1996, Comm. 217, p.8, note Michel VERON ; *Rev. sc. crim.* 1997, pp. 110-112, obs. Reynald OTTENHOF.

révèlent un tel procédé probatoire²⁹³. L'expertise peut en outre permettre au juge d'évaluer l'état psychologique de la personne très âgée en particulier²⁹⁴.

229. Si les juges se réfèrent aux expertises, c'est parce qu'elles informent sur la nature de l'état de la personne. Elles contiennent parfois également d'autres éléments caractérisant l'importance de la vulnérabilité de la personne. Tel est le cas lorsqu'elles précisent les conséquences personnelles de cette origine de vulnérabilité. Ainsi, une expertise médico-psychologique décrit la victime comme « un déficient intellectuel majeur », origine donc de la vulnérabilité de la personne. Elle ajoute que celui-ci « est quasi-analphabète, éduicable uniquement pour les gestes quotidiens de la vie courante²⁹⁵ ». L'existence de la vulnérabilité est ici renforcée par ces éléments relevés par l'expertise. C'est le cumul de ces éléments qui permet au juge d'évaluer le degré de la vulnérabilité.

230. Quelquefois, le travail du juge est facilité par l'existence d'une "pré-qualification", lui permettant de présumer, dans un cas d'espèce, l'existence d'une origine de vulnérabilité.

2. La « particulière vulnérabilité » présumée

231. Il est des situations où l'évaluation du degré de faiblesse de la personne permet de caractériser assez facilement sa vulnérabilité. Ainsi en est-il notamment lorsque la personne est reconnue juridiquement incapable, dépendante ou handicapée. Une fois le handicap, la dépendance ou l'incapacité qualifiés juridiquement, la « particulière vulnérabilité » se trouve, semble-t-il, établie automatiquement. Il y a là une véritable présomption "du fait" du juge, même si elle est parfois implicite. Ces situations peuvent être appelées "pré-qualifications"

²⁹³ Cf. Cass. crim., 8 novembre 1989, Pourvoi n°88-84.894 ; Cass. crim., 30 juin 1993, Pourvoi n°92-85.585 ; Cass. crim., 27 avril 2000, Pourvoi n°00-80.827.

²⁹⁴ Cass. crim., 29 novembre 2000 : *Dr. pénal* 2001, Comm. 70, p.12, note Michel VERON ; Cass. crim., 5 décembre 2001, Pourvoi n°01-80.698.

²⁹⁵ Cass. crim. 27 avril 2000, *préc.*

puisque, impliquant nécessairement une faiblesse importante, elles sont d'un grand secours pour le juge lorsqu'il doit qualifier la vulnérabilité. La présomption de vulnérabilité résultant de l'existence d'une "pré-qualification" n'est pas générale, elle ne s'applique que dans l'espèce en cause. Ce n'est qu'un point de départ pour évaluer le degré de vulnérabilité d'une personne, qui est d'ailleurs bien souvent suffisamment convaincant.

232. *A priori*, en effet, les principes d'interprétation du droit pénal doivent interdire les présomptions défavorables à l'auteur. La présomption d'innocence interdit au juge de présumer l'un des éléments constitutifs d'une infraction, spécialement les éléments matériels, ceux-ci devant être établis par l'accusation²⁹⁶. Sans doute faut-il nuancer, il ne s'agit pas d'établir une présomption générale de vulnérabilité due par exemple à l'incapacité de la personne. En revanche, le juge doit apprécier les preuves qui lui sont soumises en l'espèce. Or, le système de l'intime conviction permet au juge d'apprécier, en toute liberté, leur valeur. Dès lors, le juge est libre de considérer, dans un cas d'espèce donné, que l'incapacité de la personne permet de caractériser une vulnérabilité suffisamment importante. Il s'agit d'un élément de conviction déterminant qui le conduit ponctuellement à utiliser la technique de la présomption. C'est une présomption simple évidemment, s'agissant d'une présomption de l'homme. Elle est constituée de tout indice, de tout élément de conviction appréciés par la réflexion du juge²⁹⁷. Il s'agit en effet selon l'approche classique d'un « vrai induit par le juge de situations ou de faits fragmentaires mais considérés comme significatifs » qui suppose « l'existence d'un fait objectivement connu et exclu[t] de la démarche rationnelle des considérations qui seraient personnelles au juge²⁹⁸ ». Le fait objectivement

²⁹⁶ Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR, Bernard BOULOC, *Procédure pénale*, Paris, Précis, Droit privé, Dalloz, 17^e éd., 2000, n° 128, p. 102-104.

²⁹⁷ Jean CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, Paris, Thémis, Droit privé, P.U.F., 27^e éd. refondue, 2002, p. 352, n° 177.

²⁹⁸ P. FORIERS, *Présomptions et fictions*, In : Centre national de recherches de logique, Travaux publiés par Chaïm PERELMAN et P. FORIERS, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp. 7-26, p. 9.

connu est, selon les cas, l'incapacité, le handicap, la dépendance de la personne, considérés, dans une espèce, comme significatifs de l'existence d'une vulnérabilité suffisamment caractérisée de la personne.

233. S'agissant du handicap, s'il recouvre, on s'en souvient, essentiellement une vulnérabilité due à une infirmité, il peut aussi découler d'une maladie, entraîner des déficiences. En droit social, en effet, les infirmes, aveugles, grands infirmes d'hier sont les « handicapés physiques, sensoriels ou mentaux » d'aujourd'hui²⁹⁹. La loi n° 75-534 du 30 juin 1975 *d'orientation en faveur des personnes handicapées* a relégué le terme d'infirmité au rang des vieilleseries, et celui de handicap l'a supplanté, tant dans le langage courant que juridique. Le juge pénal n'échappe pas au phénomène et retient, pour caractériser la vulnérabilité, le handicap, sans forcément préciser qu'il s'agit d'une vulnérabilité due à une infirmité ou une déficience. Un arrêt du 23 juillet 1996, concernant une affaire de viols et agressions sexuelles sur quatre jeunes femmes, montre que l'existence du handicap, en soi, permet au juge de caractériser la vulnérabilité³⁰⁰. Bien que les termes de la Cour de cassation ne soient pas explicites sur ce point, il s'agissait manifestement d'un handicap reconnu comme tel médicalement.

234. Il s'agit donc d'une faiblesse déjà reconnue, puisqu'en effet le handicap relève d'une classification juridique particulière³⁰¹. La reconnaissance du handicap d'une personne se fait selon des critères rigoureux prenant en compte de nombreuses déficiences³⁰². Cette reconnaissance étant acquise, le juge s'en sert,

²⁹⁹ Françoise MONEGER, La notion d'inadaptation en droit positif : *RD sanit. soc.*, 1975, pp. 441-457, p. 447.

³⁰⁰ Cass. crim., 23 juillet 1996, Pourvoi n°96-82.233 .

³⁰¹ Par Commissions départementales de l'Education spéciale (CDES) pour les mineurs et par Commissions techniques d'orientation et de reclassement professionnel (COTOREP) pour les majeurs.

³⁰² Un guide-barème décrit les éléments à prendre en compte pour évaluer et reconnaître l'existence d'un handicap. Sont ainsi cités les déficiences intellectuelles, psychiques, auditives, du langage, de la vision, locomotrices, respiratoires, métaboliques notamment d'un individu. Cf. Anne TRIOMPHE, Camille HERMANCE, *Droit des personnes handicapées en France*, Sceaux, Euredit, 1999, p. 17-18.

en toute cohérence, pour présumer la vulnérabilité de la personne. Ainsi, même si la présomption n'est pas nettement exprimée, elle transparaît et semble logique ici. L'idée d'une faiblesse caractérisée, dépistée préalablement, apparaît en droit social aussi pour ce qui concerne les personnes âgées dépendantes. La dépendance reconnue permet de considérer que la personne est matériellement incapable d'effectuer seule les gestes de la vie quotidienne, du fait notamment de son âge. Dès lors, il s'agit d'un indicateur certain de la vulnérabilité de la personne qui doit, semble-t-il, donner lieu à une présomption. Ainsi, un certificat médical attestant l'état de dépendance permet de caractériser sans contestation la vulnérabilité d'une femme âgée de quatre-vingt-neuf ans et souffrant d'une importante surdité³⁰³. Si d'autres éléments sont pris en compte, la dépendance permet la caractérisation indiscutable de la vulnérabilité. L'idée de présomption doit être retenue ici bien qu'il faille garder à l'esprit que le terme peut être utilisé en dehors de toute reconnaissance médicale de ces états, comme pour le handicap.

235. L'existence de la présomption de vulnérabilité est plus explicite lorsque l'incapacité d'une personne est établie. Dans cette hypothèse, le juge suppose l'existence d'une vulnérabilité de la personne due à son état de santé. En effet, l'incapacité d'un majeur peut être prononcée « lorsque les facultés mentales sont altérées par *une maladie, une infirmité ou une déficience due à l'âge* », selon les termes de l'article 490 du Code civil alinéa 1^{er}, ou lorsque l'altération des facultés corporelles empêche l'expression de la volonté, selon l'alinéa second du même article. Ce texte a certainement inspiré le législateur pénal, lorsqu'il précise les origines de la vulnérabilité car ces conditions ressemblent étrangement à celles exigées pour établir la particulière vulnérabilité d'une personne, à savoir qu'elle soit due à *l'âge, une maladie, une infirmité, une déficience physique ou psychique* notamment. Ce parallélisme dans la rédaction des textes conduit sans doute à une certaine analogie dans leur interprétation. Les juges, par économie de preuve, se servent d'une qualification déjà acquise.

³⁰³ Cass. crim., 17 janvier 2001 : *Bull. crim.*, n° 16, pp. 40-42.

236. C'est pourquoi, l'altération des facultés mentales de la personne est établie à partir du moment où un régime de protection a été mis en place. L'existence d'une présomption s'explique ainsi³⁰⁴. Celle-ci résulte en effet des termes d'un arrêt de la chambre criminelle du 22 mai 1996 dans lequel il est précisé que l'individu victime de l'infraction « était particulièrement vulnérable *puisque'il a été placé sous curatelle... puis sous tutelle*³⁰⁵ ». On peut certainement étendre cette présomption lorsque la personne a été soumise à une sauvegarde de justice étant donné que l'altération des facultés de la personne doit être constatée dans les mêmes conditions. Parfois, l'incapacité n'étant pas établie au moment des faits, mais ultérieurement, les juges la prennent toutefois en compte pour corroborer l'existence de la vulnérabilité au moment des faits, renforcer son importance³⁰⁶. Sans doute la présomption n'est-elle que simple, mais elle constitue un mode de preuve bien pratique en ce domaine.

237. Ainsi, la notion de « particulière vulnérabilité » du Code pénal est-elle qualifiée lorsque l'origine de vulnérabilité atteint un certain degré de gravité. On retrouve aussi constamment cette exigence dans l'appréciation de la « vulnérabilité » au sens des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal.

³⁰⁴ En outre, selon un syllogisme proche de l'égalité et extrêmement simpliste, les mineurs étant, on l'a vu, assimilés à des personnes vulnérables ; les majeurs sous tutelle étant assimilés aux mineurs par l'art. 495 du Code civil ; on peut en déduire que les majeurs sous tutelle peuvent être assimilés à des personnes vulnérables.

³⁰⁵ Cass. crim., 22 mai 1996, Pourvoi n° 95-82.988. Il faut préciser que dans cet arrêt la vulnérabilité n'est pas retenue au titre de circonstance aggravante d'une extorsion, mais en tant qu'élément matériel la constituant.

³⁰⁶ Cass. crim., 12 janvier 2000 : *Bull. crim.*, n° 15 ; *Rev. sc. crim.* 2000, pp. 614-615, obs. Reynald OTTENHOF ; *D.* 2001, J. pp. 813-816, note Jean-Yves MARECHAL, Un abus de faiblesse préjudiciable sans préjudice ; Cass. crim., 29 mai 2001, Pourvoi n°00-86.461 ; Cass. crim., 15 octobre 2002, Helliet, Pourvoi n°01-86.697.

§ 2. La « vulnérabilité » des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal

238. Ces textes incriminent le fait de soumettre une personne, dont la *vulnérabilité* ou l'état de dépendance est apparent ou connu de l'auteur, à des *conditions de rémunération, de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine*. Comme précédemment, la notion de vulnérabilité est qualifiée en prenant en compte une faiblesse préexistante à l'atteinte, ne résultant pas des circonstances de l'atteinte³⁰⁷. L'origine de vulnérabilité doit être "particulière", en dépit de l'absence de cette exigence dans les textes. Ce constat résulte de l'analyse tant des travaux préparatoires que de la jurisprudence. Cette faiblesse doit donc être suffisamment importante pour que la vulnérabilité de la personne soit retenue (A). Cette démarche conduit d'ailleurs à établir une présomption spécifique de vulnérabilité des personnes en situation irrégulière (B).

A. L'exigence de caractérisation de la « vulnérabilité »

239. Les travaux préparatoires attestent la volonté du législateur de n'admettre la qualification de la vulnérabilité que lorsque celle-ci est particulièrement caractérisée³⁰⁸. En effet, dans la présentation du projet de Code pénal en 1988, il est fait référence « aux personnes les plus faibles, les plus vulnérables³⁰⁹ ». L'intention était donc de viser implicitement une *particulière vulnérabilité*³¹⁰.

240. En toute logique, c'est ainsi que la jurisprudence a interprété la « vulnérabilité » à laquelle le législateur fait référence dans les articles 225-13 et

³⁰⁷ CA Paris, 11^e ch. A, 19 janvier 1998 : *Dr. pénal* 1998, Comm. 64, pp. 12-13, note Michel VERON.

³⁰⁸ Sandy LICARI, Des conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine résultant d'un abus de la situation de vulnérabilité ou de dépendance de la victime : *Rev. sc. crim.* 2001, pp. 553-569.

³⁰⁹ Commission de révision du Code pénal, *Projet de nouveau Code pénal*, présentation par Robert BADINTER, Paris, Dalloz, 1988, p. 39.

³¹⁰ En ce sens, Georges KIEJMAN, *JO Sénat*, Séance du 14 mai 1991, p. 940.

225-14 du Code pénal. Ainsi, bien que les textes n'exigent nullement que la vulnérabilité soit d'une *particulière importance*³¹¹, les juges s'appliquent à ne retenir la vulnérabilité que lorsque celle-ci trouve sa cause dans une faiblesse atteignant un certain degré. Comme il a déjà été dit, pour qu'une telle évaluation soit possible, l'origine précise doit être établie *in concreto*. Par exemple, il a été jugé que « si le législateur a voulu étendre la protection instituée par l'article 225-14 du Code pénal aux personnes socialement ou culturellement vulnérables, il n'a pas entendu inclure dans cette catégorie les personnes étrangères ou un ensemble de personnes étrangères, à raison de leur seule extranéité », et la Cour d'appel d'ajouter que « les éléments de l'espèce n'ont pas révélé l'existence d'une contrainte économique ou morale » susceptible de caractériser une vulnérabilité suffisamment importante³¹². Considérée comme trop "légère" par les juges du fond, la vulnérabilité due à une faiblesse n'est pas prise en compte dans la qualification du délit.

241. D'ailleurs, généralement, les juges se refusent à déduire la vulnérabilité ou la situation de dépendance de la victime de l'atteinte à la dignité. En effet, le fait d'être soumis à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité n'est pas, en soi, significatif de la vulnérabilité ou de situation de dépendance de la personne. Pourtant, une curieuse disposition remet partiellement en cause cette assertion. En vertu de l'article 225-15-1 du Code pénal, résultant de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure : « pour l'application des articles 225-13 et 225-14, les mineurs ou les personnes qui ont été victimes des faits décrits par ces articles à leur arrivée sur le territoire français *sont considérés comme des personnes vulnérables ou en situation de dépendance* ».

242. Dans cette hypothèse, l'existence d'une contrainte morale ou économique à l'origine d'une vulnérabilité extrinsèque n'a pas à être établie. L'arrivée sur le territoire de la personne suffit à caractériser sa vulnérabilité, si, par

³¹¹ Sylvie MENOTTI, Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, articles 225-13 à 225-16 : *J.-Cl. Pénal*, p. 5, n° 18.

³¹² CA Paris, 11^e ch. A, 19 janvier 1998, *préc.*

ailleurs, elle a été victime des actes en question. La démarche est assez surprenante, voire illogique, puisqu'elle consiste à constater la vulnérabilité d'une personne, non pas du fait de sa faiblesse directement, mais de ce que les actes qu'elle a subi *a posteriori* révèlent l'existence d'une faiblesse *a priori*. En d'autres termes, celle-ci devient présumée. Quels que soient les motifs qui inspirent cet article 225-15-1, la disposition a bien du mal à trouver sa place dans un schéma législatif qui fait du degré de faiblesse, dûment établi, l'une des conditions de la vulnérabilité³¹³.

243. Les juges sont souverains dans l'appréciation de la « vulnérabilité ». Néanmoins, tout contrôle de qualification de la Cour de cassation n'est pas exclu. Les juges doivent exposer les motifs propres à justifier leur décision, sans quoi la cassation est encourue. L'exigence de motivation montre bien que les causes doivent toujours être précisées *in concreto* pour que l'évaluation systématique de l'existence d'une faiblesse suffisamment caractérisée soit possible. Si les juges constatent la vulnérabilité sans la caractériser, de même que s'ils relèvent des causes caractérisant la vulnérabilité sans la constater, leur décision est censurée. Ainsi, dans l'affaire d'esclavage domestique du 11 décembre 2000, un couple avait été poursuivi sur le fondement des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal et relaxé de ce chef. La Cour d'appel avait constaté que la jeune fille victime était mineure, étrangère, dépourvue de titre de séjour et de travail et sans ressource. La cour énonçait pourtant que la vulnérabilité de la jeune fille ne pouvait résulter de sa seule extranéité, son état de vulnérabilité et de dépendance n'étant pas établi. Pour la Cour de cassation, cette motivation insuffisante et inopérante équivaut à une absence de motivation et doit entraîner la cassation³¹⁴. Les juges du fond ne

³¹³ Une telle disposition, tout en demeurant très critiquable, peut toutefois s'expliquer partiellement par l'existence d'une présomption de cette « vulnérabilité » dans la jurisprudence, lorsque la personne arrive sur le territoire et se trouve en situation irrégulière. Cf. B.

³¹⁴ Cass. crim., 11 décembre 2001 : *Bull. crim.*, n° 256 ; *D.* 2002, Inf. rap. pp. 695-696 ; *RJPF* 2002, n°4, pp. 10-11, par Agathe LEPAGE, Dignité humaine : la cour de Cassation demande aux juges du fond de motiver davantage leurs décisions. La cassation est aussi encourue du fait de la contradiction de motifs de la Cour d'appel qui constate que la soumission à des conditions de travail ou

peuvent pas, selon la Cour de cassation, constater que sont établis des éléments propres à caractériser une particulière vulnérabilité et exclure de recourir à cette qualification.

244. La cour exerce donc un contrôle de qualification des faits. Ici, la multiplicité des faiblesses relevées par les juges manifeste un degré de gravité suffisamment important, la qualification de la vulnérabilité devait donc logiquement s'ensuivre. Cet arrêt confirme bien que cette exigence de particulière caractérisation de la vulnérabilité est la condition nécessaire, mais suffisante pour la qualification.

245. Cette exigence de caractérisation est confirmée, de manière surprenante *a priori*, par le fait que la jurisprudence semble avoir tendance à considérer que les personnes en situation irrégulière sont vulnérables.

B. La présomption de vulnérabilité des personnes en situation irrégulière

246. Comme pour les présomptions de vulnérabilité citées relativement à la particulière vulnérabilité – concernant l'incapacité, le handicap ou la dépendance médicalement et juridiquement reconnus –, il semble que le juge pénal présume parfois la vulnérabilité des personnes en situation irrégulière de séjour ou de travail³¹⁵. La preuve d'une telle situation est significative de l'existence d'une vulnérabilité suffisamment caractérisée. Elle apparaît comme un élément déterminant de la situation de vulnérabilité ou de dépendance³¹⁶. D'ailleurs, ce type de situation est expressément visé dans les travaux préparatoires relatifs à

d'hébergement contraires à la dignité humaine « n'a pas été révélée » alors qu'elle retient par ailleurs que la jeune femme n'était pas rétribuée ou que sa rétribution était sans rapport avec le travail accompli.

³¹⁵ Sandy LICARI, Des conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine résultant d'un abus de la situation de vulnérabilité ou de dépendance de la victime, *art. préc.* p. 558.

³¹⁶ Agathe LEPAGE, *note préc.* p. 10.

l'adoption de ces articles³¹⁷. La jurisprudence ne fait que conforter la volonté affirmée du législateur.

247. Ainsi, dans l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 1997, la présomption de vulnérabilité de travailleurs en situation irrégulière est manifeste. En l'espèce, un importateur de chaussures fabriquées en Chine décide d'installer un atelier de production en France. Un contrôle révèle l'existence de trente-six postes de travail et la présence sur les lieux de dix-sept salariés dont douze chinois sans titre de séjour ni de travail, hormis l'un d'entre eux. Ils étaient employés clandestinement, six jours par semaine, de huit heures à vingt-deux heures, moyennant trois à quatre mille francs par mois, envoyés directement à leur famille en Chine, tableau malheureusement trop fréquent pour être qualifié de cas d'école ! L'employeur, l'esclavagiste serait-il plus juste de dire, est évidemment condamné, entre autres chefs, pour abus de vulnérabilité ou de situation de dépendance, à dix-huit mois d'emprisonnement, 300 000 francs d'amende et à l'interdiction du territoire français pendant dix ans. Le pourvoi portait sur cette dernière condamnation.

248. La motivation des juges du fond, rapportée par la Cour de cassation, fait nettement apparaître que la seule constatation que les onze chinois étaient sans titre de séjour ni de travail a permis de qualifier la vulnérabilité de ceux-ci. Evidemment, leur nombre et les circonstances de l'espèce étaient propices à cette constatation. Mais les juges ne cherchent ici, en aucun cas, à ajouter une quelconque motivation, l'irrégularité de la situation de ces étrangers présume leur extrême vulnérabilité. Dans les autres arrêts où cette situation est relevée, le juge

³¹⁷ Commission de révision du Code pénal, *Projet de nouveau Code pénal*, présentation par Robert BADINTER, Paris, Dalloz, 1988, pp. 41-42 ; AN, Rapport de M. Michel PEZET au nom de la Commission des lois sur le projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, Tome I, *Exposé général – examen des articles*, n° 2121, 1990-1991, p. 183 ; Présentation du livre II du projet de Code pénal par Georges KIEJMAN, *JO Sénat*, Séance du 23 avril 1991, p. 598 ; Circulaire du 14 mai 1993.

explique en quoi la situation irrégulière caractérise la vulnérabilité³¹⁸, ce n'est pas le cas ici. Cette présomption est une présomption simple³¹⁹. Néanmoins, la preuve contraire sera difficile à rapporter, en pratique, étant donné que, derrière la situation irrégulière d'un étranger, se cache, presque toujours, une situation économique et sociale de détresse le contraignant à accepter les pires conditions de vie. Mais on peut imaginer le cas d'une personne en situation irrégulière bénéficiant de l'aide d'une association, par exemple. L'aide apportée compensant la faiblesse résultant de cette situation de détresse, la vulnérabilité de la personne ne serait plus considérée comme suffisamment importante par le juge. Mais, il s'agit d'hypothèses relativement exceptionnelles, voire trop optimistes³²⁰...

249. De ce fait, selon les juges, une telle détresse n'est pas caractérisée en principe par la seule extranéité de la personne³²¹. Pourtant, en vertu de l'article 225-15-1 du Code pénal, « les mineurs ou les personnes qui ont été victimes des faits décrits par ces articles à leur arrivée sur le territoire français sont considérés comme des personnes vulnérables ou en situation de dépendance ». Dans ce cas, on l'a vu, si une personne a été victime des actes visés par les articles 225-13 et 225-14 du code pénal, le fait qu'elle soit juste arrivée sur le territoire suffit à caractériser sa vulnérabilité. La faiblesse est présupposée. Une personne tout juste arrivée sur le territoire étant étrangère, sa situation est alors soit régulière, soit irrégulière. Dans le premier cas, la présomption touche la personne du seul fait de son extranéité et la solution précitée est remise en cause. Dans le second cas, lorsque la personne est en situation irrégulière, la présomption jurisprudentielle est confirmée par la loi.

³¹⁸ Notamment : Cass. crim., 11 février 1998 : *Bull. crim.*, n°53, pp. 143-147 ; *D.* 1998, Inf. rap. p. 89 ; *Dr. Pénal* 1998, Comm. 65, pp. 13-14, note Michel VERON ; *Rev. sc. crim.* 1998, pp. 542-543, obs. Yves MAYAUD et Cass. crim., 11 décembre 2001, *préc.*

³¹⁹ Il serait excessif de considérer cette présomption comme irréfragable : Sandy LICARI, Des conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine résultant d'un abus de la situation de vulnérabilité ou de dépendance de la victime, *Rev. sc. crim.* 2001, pp. 553-569, p. 561.

³²⁰ Cette difficulté est relevée par Sandy LICARI dans l'*art. préc.* pp. 561-562.

³²¹ CA Paris, 11^e ch. A, 19 janvier 1998, *Dr. pénal* 1998, Comm. 64, pp. 12-13, note Michel VERON.

250. Cette disposition soulève une question supplémentaire : à partir de quel moment la personne n'est-elle plus considérée comme étant « à son arrivée sur le territoire français » ? La notion « d'arrivée sur le territoire » semble viser une période relativement courte. En vertu de l'article 225-15-1 du code pénal, donc, la présomption de vulnérabilité, dont bénéficie la personne étrangère soumise à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine, apparaît fugace. Lorsque la personne est en situation irrégulière, la présomption jurisprudentielle de vulnérabilité permet le maintien de cette présomption légale au-delà de la période « d'arrivée sur le territoire ». En revanche, lorsque la personne est en situation régulière dès son arrivée ou lorsque sa situation se régularise après son arrivée sur le territoire, ni la présomption de l'article 225-15-1 ni la présomption jurisprudentielle ne peuvent plus jouer.

251. Une telle analyse est confirmée par un autre élément. La mission d'information sur les diverses formes de l'esclavage moderne avait préconisé, en 2001, une incrimination élargie des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal. Aurait été sanctionné pénalement le fait d'offrir des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine, sans autre condition tenant notamment à la réalisation de cette incrimination au moyen d'un abus de vulnérabilité ou de situation de dépendance. En revanche, cette incrimination, plus large donc que l'incrimination actuelle, aurait été aggravée par deux circonstances : la minorité d'une part et la particulière vulnérabilité, d'autre part. Or, concernant cette dernière circonstance, il est intéressant de regarder les causes de vulnérabilité mentionnées. La vulnérabilité de la personne visée pouvait être due, de manière classique, à une maladie, une infirmité, une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse ; mais aussi, et l'innovation est là, à la situation administrative de la victime³²². Cette disposition virtuelle impliquait la caractérisation de la vulnérabilité

³²² Mission d'information commune sur les diverses formes de l'esclavage moderne, Christine LAZERGES, présidente, et Alain VIDALIES, rapporteur, *Rapport d'information, L'esclavage, en France, aujourd'hui*, Tome I Rapport, Les documents d'information de l'Assemblée nationale, n°3459, 2001, p. 194. On note la disparition dans les causes classiques de particulière vulnérabilité, de la vulnérabilité due à l'âge de la personne, ce qui est regrettable si l'on considère que cette cause peut

suffisamment importante et révélatrice de la détresse de la personne si la preuve de l'existence d'une situation administrative irrégulière était rapportée – étranger en situation irrégulière ou travailleur clandestin. Cette proposition confirme la tendance ponctuelle de la jurisprudence à présumer la vulnérabilité ou la situation de dépendance des personnes en situation irrégulière de travail ou de séjour.

252. Cette cause particulière de vulnérabilité entre dans le champ de la « vulnérabilité » telle qu'elle est entendue par les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal : une origine de vulnérabilité dont l'évaluation révèle l'importance. De la même manière, le juge ne retient la vulnérabilité de sa propre initiative qu'à partir du moment où elle trouve son origine dans une faiblesse suffisamment caractérisée.

§ 3. La vulnérabilité prétorienne

253. Lorsque le juge a recours à la notion de vulnérabilité en dehors de tout texte, il est remarquable de constater que la technique de qualification utilisée est identique : la notion de vulnérabilité doit atteindre un certain degré révélant qu'elle est évaluée tel un standard. Cette approche est celle du juge de droit privé interne (A), qu'il soit civil ou pénal, et celle du juge européen (B).

permettre de prendre en compte de multiples éléments marquant un degré de vulnérabilité important en dehors de la caractérisation de l'une des autres causes expresses de vulnérabilité.

Toutefois, la notion de situation administrative étant large, elle pourrait inclure l'état civil, donc l'âge de la personne. En outre, la jurisprudence pourrait élargir la vulnérabilité due à la situation administrative, par exemple, au fait d'avoir épuisé ses droits aux indemnités de chômage, au fait de ne pas bénéficier de la protection maladie, à la condition qu'elle soit suffisamment caractérisée.

A. L'évaluation dans la jurisprudence de droit privé interne

1. En droit civil

254. Dans l'arrêt du 13 janvier 1999, un contrat de vente d'une maison avait été annulé pour violence alors qu'il avait été imposé à une femme par les dirigeants d'une secte à laquelle elle appartenait. En effet, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir retenu l'exercice par l'un des membres du groupe de violences physiques et morales sur leur cocontractante alors que, « séparée de son époux et ayant à sa charge ses enfants, [elle] était vulnérable ». Les juges précisent que ces violences avaient conduit la victime à conclure l'acte de vente de sa maison en faveur de la société³²³. Certes, aucun terme ne suggère l'idée que le juge est exigeant quant à la qualification de la vulnérabilité. C'est un fait pourtant, deux éléments se cumulent : la solitude de la personne et la charge économique et morale que représente le fait d'élever ses enfants. On peut considérer ici, et l'on doit considérer en général, que la qualification de la vulnérabilité en droit civil, comme en droit pénal, lorsqu'il y est recouru, doit être conditionnée par une évaluation de celle-ci par le juge. Celui-ci doit constater qu'elle est suffisamment caractérisée.

255. D'ailleurs, les juges du fond, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 18 janvier 2000, ont pris en compte spontanément la vulnérabilité et l'ont caractérisée. En l'espèce, un avocat avait été condamné à diverses sanctions disciplinaires pour avoir facturé à l'une de ses clientes des honoraires excessifs. Or, en vue de justifier la sanction, le juge retient que la cliente en question était *une femme fragile psychologiquement et*

³²³ Cass. civ. 3^e, 13 janvier 1999 : *Bull.civ. III*, n° 10 ; *D.* 1999, Inf. rap. p. 38 ; *D.* 2000, J. pp. 76-80, note Christophe WILLMANN ; *Petites affiches* 1999, n° 239, pp. 4-5 et n° 242, pp. 4-5, note François MAGNIN ; *Defrénois*, 1999, pp. 749-751, obs. Philippe DELEBECQUE ; *Gaz. Pal.* 2001, 3, J. pp.1583-1589, note Jean ROVINSKY ; *JCP* 1999, éd. G., I, 143, pp. 1076-1077, note Grégoire LOISEAU ; *Contrats, conc., consom.* 1999, p. 54, note Laurent LEVENEUR ; *RTD civ.* 1999, p. 382, obs. Jacques MESTRE.

complètement démunie financièrement. L'accumulation des causes de vulnérabilité ainsi que l'emploi de l'adverbe *complètement* marquent bien l'existence d'une évaluation du degré de faiblesse caractérisant l'origine de la vulnérabilité³²⁴.

256. De même, la première chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt du 25 juin 1991, approuve un tribunal de grande instance d'avoir placé une personne sous le régime de la curatelle³²⁵. Le tribunal a, en effet, caractérisé l'altération des facultés mentales, exigée par l'article 490 du Code civil, en retenant *l'intelligence médiocre et globalement limitée de cette femme, une incapacité à l'autocritique*. En outre, les juges du fond constatent que celle-ci est *intoxiquée par l'alcool, sous-informée, sous-cultivée*. Pour la Cour de cassation, la décision de la placer sous le régime de la curatelle est justifiée. Les juges du fond ont caractérisé l'altération des facultés mentales en retenant que l'intéressée était incapable de la moindre autocritique, ce qui « la rend *particulièrement* vulnérable », et qu'elle était incapable d'organiser sa vie et la gestion de ses biens. Les termes employés par la cour sont explicites quant à la volonté jurisprudentielle de ne retenir la vulnérabilité qu'à partir du moment où elle est considérée comme relativement importante.

257. Qu'en est-il lorsque le juge pénal utilise la notion de vulnérabilité en dehors de tout texte ?

2. En droit pénal

258. Il arrive que, de lui-même, le juge pénal prenne en compte la vulnérabilité d'une personne. La vulnérabilité retenue relève alors toujours d'une faiblesse atteignant un certain degré, une évaluation s'impose donc.

259. Dans un arrêt du 22 mai 1996, la chambre criminelle de la Cour de cassation approuve la condamnation, pour extorsion de fonds, d'une prévenue

³²⁴ Motivation des juges du fond (dans les moyens de cassation annexés au pourvoi) : Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 2000, Pourvoi n°97-16.711 : *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. IV.

³²⁵ Motivation des juges du fond (dans les moyens de cassation annexés au pourvoi) : Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 1991, Pourvoi n°89-20.152 : *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. II.

ayant obtenu des libéralités de la part d'un homme particulièrement vulnérable. En effet, celui-ci avait été placé sous curatelle, puis sous tutelle : *il était relativement sourd, il ne voyait pas les petites lettres, il était difficile à comprendre et présentait un ralentissement cérébral patent*. En vue de commettre l'extorsion, la prévenue a aggravé sa vulnérabilité, en l'isolant du monde, et profité de celle-ci en exerçant son influence³²⁶. Le juge interprète ici la vulnérabilité de la même manière que lorsqu'il est amené à l'interpréter en application d'une disposition du Code pénal. Il évalue la suffisante caractérisation de la faiblesse donnant lieu à la vulnérabilité de la personne.

260. De même, dans une autre affaire d'extorsion, la chambre criminelle constate la vulnérabilité des victimes. Il s'agissait d'un couple de personnes âgées dans un état de faiblesse physique et mentale caractérisée, dont la vulnérabilité était due tant à des facteurs physiologiques, qu'à la solitude accentuée par les manœuvres de la prévenue³²⁷. Dans cette affaire, la méthode employée par les juges du fond pour caractériser la vulnérabilité s'apparente à celle qu'ils utilisent lorsqu'il s'agit de caractériser la « particulière vulnérabilité due à l'âge » du Code pénal. C'est, ainsi, l'accumulation de plusieurs faiblesses qui permet d'évaluer l'existence d'une vulnérabilité de la personne suffisamment conséquente. Cette évaluation est manifeste aussi, lorsque le juge pénal qualifie la victime de personne « plus que vulnérable » et précise qu'elle fait partie des personnes vulnérables « en raison de leur état physique ou psychologique, de leur âge ou de leur position hiérarchiquement inférieure³²⁸ ».

261. En droit privé interne, le juge qui choisit d'utiliser la notion de vulnérabilité au soutien de sa décision s'attache systématiquement à évaluer le degré de la faiblesse, qui donne lieu à la vulnérabilité de la personne. La vulnérabilité, parce qu'elle est soumise à l'appréciation du juge, qui la mesure au

³²⁶ Cass. crim., 22 mai 1996, Pourvoi n°95-82.988.

³²⁷ Cass. crim., 30 juin 1999, Pourvoi n° 98-85.440. Aussi : Cass. crim., 8 juin 1999, Pourvoi n° 98-81.800 et Cass. crim., 7 mars 2000, Pourvoi n°99- 83.819.

³²⁸ Cass. crim., 7 mars 2000, *préc.*

cas par cas, apparaît donc comme un standard juridique, en droit privé interne. La méthode employée par la Cour européenne des droits de l'homme permet de confirmer cette analyse.

B. L'évaluation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

262. Lorsque le juge européen retient la vulnérabilité d'une victime dans une affaire particulière, il est tout à fait manifeste qu'il apprécie si la faiblesse, à l'origine de cette vulnérabilité, est suffisamment caractérisée.

263. Il est nécessaire, à titre liminaire, de préciser la manière dont la Cour européenne des droits de l'homme retient la vulnérabilité d'une personne. En effet, l'existence d'une évaluation de la vulnérabilité n'est qu'implicite. La vulnérabilité n'est retenue que lorsque l'importance de la faiblesse en cause est incontestable en fait, et ainsi manifeste pour le juge. Par exemple, la cour retient la vulnérabilité de la victime due à des blessures suite à des tortures subies lors d'une garde à vue³²⁹. La vulnérabilité de la personne est dans ce cas manifeste et difficile à contester. Cependant, le fait que l'évaluation ne soit qu'implicite est un argument sérieux pour contester qu'elle soit véritablement effectuée par le juge. Le caractère manifeste de l'importance de l'origine de la vulnérabilité exclurait l'existence d'une évaluation, caractéristique de la présence d'un standard³³⁰ : l'évidence exclurait le standard.

264. Si le juge européen ne prend en compte la vulnérabilité qu'à partir du moment où elle est manifeste, c'est qu'ainsi il emporte indéniablement la conviction. Or, la fonction rhétorique des standards est ainsi exprimée par M.

³²⁹ Cf. 1.

³³⁰ Ainsi, concernant la notion d'excès, François Petit affirme : « mesurer l'excès n'est pas toujours possible. Si l'excès est manifeste, il ne sera même pas nécessaire de l'évaluer pour savoir dans quelles proportions il dépasse la mesure admise. L'évidence rendrait cela inutile » François PETIT, Observations sur la notion d'excès en droit privé, *RRJ* 2001, pp. 255-269, p. 255, n°3.

Stéphane Rials : « Le standard, par sa référence à l'idée de normalité, suscite l'adhésion de l'auditoire », et l'une des raisons de cette affirmation tient à ce que « les standards trouvent [leur contenu] dans le vivier de toutes ces évidences, vraies ou fausses, auxquelles le sens commun reconnaît l'aptitude à devenir des règles³³¹ ». La qualité de standard n'exclut pas que la notion soit retenue du fait de son évidence. Le juge européen évalue donc bien la vulnérabilité puisqu'il ne la prend en compte que lorsqu'elle a pour origine une faiblesse dont l'importance est évidente pour tous. « La chose parle d'elle-même », selon l'expression du doyen Carbonnier à propos de l'évidence conçue comme une preuve, qui n'a pas besoin d'être judiciairement administrée³³². Une telle méthode d'appréciation est primordiale s'agissant d'une notion dont le contenu est vague, indéterminé *a priori* et qui en outre ne figure pas dans la convention. La conception retenue par la cour ne doit donc pas s'exposer à la critique.

265. On rejoint la question du consensus susceptible d'exister entre les Etats membres du Conseil de l'Europe. Pour que la protection particulière de la personne vulnérable soit admise comme une valeur commune, il faut que la conception de la *vulnérabilité* retenue par la cour puisse être acceptée par les Etats. Une telle approche, indispensable pour l'interprétation des notions vagues de la Convention³³³, doit s'appliquer *a fortiori* pour l'interprétation des notions vagues auxquelles le juge européen a recours de sa propre initiative. La *vulnérabilité* est donc prise en compte seulement lorsque la faiblesse qui en est la cause est

³³¹ Stéphane RIALS, Les standards, notions critiques du droit, *In* : Centre national de recherches de logique, Travaux publiés par Chaïm PERELMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 41-53. p. 52.

³³² Jean CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, Paris, Thémis, Droit privé, P.U.F., 27^e éd. refondue, 2002, p. 360, n°180.

³³³ Michel MELCHIOR, Notion "vagues" ou "indéterminées" et lacunes dans la Convention européenne des droits de l'homme, *In* : Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA, *Protecting Human Rights: The european Dimension / Protection des droits de l'homme: La dimension européenne*, Köln, Berlin, Bonn, München, édité par Franz Mather-Herbert Petzold, Carl Heymans Verlag KG, 1988, pp. 411-419, p. 412, n°4.

manifestement caractérisée. Une conception trop large de cette faiblesse conduirait, sans aucun doute, à rejeter la nécessité d'une protection accrue des personnes, fondée sur leur vulnérabilité : le consensus entre les Etats membres à ce sujet disparaîtrait. En effet, les Etats n'accepteraient pas de renforcer la protection (ou d'être sanctionnés pour ne l'avoir pas fait) de personnes en raison d'une faiblesse qui n'est pas manifeste. La vulnérabilité est donc retenue par le juge européen lorsqu'elle est due à une faiblesse évidente : une infirmité résultant d'actes de torture, une situation politique très difficile, ou enfin, la détention de la personne.

1. La vulnérabilité due à une invalidité résultant de blessures suite à des tortures

266. Dans l'arrêt *Ilhan c. Turquie* du 27 juin 2000, la Cour européenne des droits de l'homme prend en compte la vulnérabilité d'un homme ayant subi des blessures graves lors de son arrestation par les gendarmes de son village. Le frère de cet homme peut introduire la requête à sa place, car celui-ci se trouve « dans une situation particulièrement vulnérable³³⁴ ». Une telle vulnérabilité, due à l'état de santé de la victime des blessures, avait pour conséquence qu'elle était dans l'incapacité matérielle de conduire la procédure devant le juge européen. La terminologie employée par la cour pour caractériser la vulnérabilité est évocatrice, elle constate « l'état d'invalidité et de vulnérabilité considérables » de la victime, et qu'eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, l'homme victime des blessures « peut prétendre s'être trouvé dans une situation particulièrement vulnérable ». La caractérisation de la vulnérabilité d'une personne ayant d'importantes séquelles à la fois physiques et psychiques suite à des tortures subies ne suscite pas vraiment la contestation. Par conséquent, elle atteint facilement un degré de gravité que la cour estime suffisant.

³³⁴ CEDH, grande chambre, *Ilhan c. Turquie*, 27 juin 2000, req. n°22277/93 : *Rec. AD* 2000-VII, § 55.

267. L'éventualité d'une prise en compte plus large de l'invalidité reste très incertaine, car la cour précise bien qu'elle retient la vulnérabilité à titre exceptionnel, dans cette affaire. La cour se ménage donc la possibilité, à l'avenir, de ne pas tenir compte à nouveau de la vulnérabilité particulière d'une personne incapable pour assouplir une condition de procédure. Malgré tout, la cour n'exclut pas de prendre plus largement en compte l'invalidité physique ou psychique d'une personne dans une affaire, si les circonstances particulières de l'espèce l'y conduisent. Néanmoins, pour qu'une telle invalidité permette d'établir la vulnérabilité d'une personne, elle devra être manifestement très grave.

2. La vulnérabilité due à la situation de troubles civils et politiques

268. C'est essentiellement dans le sud-est de la Turquie que ce type de vulnérabilité est constaté. En effet, il est parfois reproché aux autorités étatiques d'avoir entravé, par des pressions sur les requérants, le droit de recours individuel donnant accès au juge européen, garanti par l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme (ancien article 25-1). La cour précise alors que : « ... pour déterminer si des contacts entre les autorités et un requérant déclaré ou potentiel constituent des pratiques inacceptables du point de vue de l'article 25, il faut tenir compte des circonstances particulières de la cause. A ce propos, il faut envisager la vulnérabilité du plaignant et le risque que les autorités ne l'influencent³³⁵ ». Ainsi, dans de nombreuses affaires, dont la première est l'affaire Akdivar du 16 septembre 1996, la cour constate la situation de vulnérabilité des

³³⁵ CEDH, Kurt c. Turquie, 25 mai 1998, req. n° 24276/94 : *Rec.* 1998-III, § 160 ; CEDH, Petra c. Roumanie, 23 septembre 1998, req. n° 27273/95 : *Rec.* 1998-VII, § 43 ; CEDH, grande chambre, Tanrikulu c. Turquie, 8 juillet 1999, req. n° 23763/94 : *Rec. AD*, 1999-IV, § 130 ; CEDH, grande chambre, Salman c. Turquie, 27 juin 2000, req. n° 2 1986/93 : *Rec. AD* 2000-VII, § 130 ; CEDH, 1^{re} sect., Akkoç c. Turquie, 10 octobre 2000, req. n° 2 2947/93 et n° 22948/93 : *Rec. AD* 2000-X, § 125 ; CEDH, 3^e sect., Demiray c. Turquie, 21 novembre 2000, req. n° 27308/95 : *Rec. AD* 2000-XII, § 61 ; CEDH, 4^e sect., Berktaş c. Turquie, 1^{er} mars 2001, req. n° 22493/93, § 207 ; CEDH, 4^e sect., Denizci et autres c. Chypre, 23 mai 2001, req. n° 25316/94 et n° 25317/94 : *Rec. AD* 2001-V, § 418.

villageois requérants, et le fait que, dans le sud-est de la Turquie, porter plainte contre les autorités peut fort bien susciter une crainte légitime de représailles³³⁶.

269. Dans ces affaires, la vulnérabilité prise en compte par la Cour européenne des droits de l'homme résulte de la situation des personnes face aux autorités étatiques, en raison du contexte civil et politique troublé dans la région en cause. La vulnérabilité des habitants, portant plainte contre les autorités pour des actes dont ils sont victimes, mais vraisemblablement commis par ces mêmes autorités, ne fait guère de doute. Le contexte politique particulier et la situation de victimes d'exactions étatiques sont les éléments qui permettent de qualifier une vulnérabilité d'origine politique³³⁷. Cette rigueur dans la conception de la situation de vulnérabilité marque la volonté de la cour de ne prendre en compte la vulnérabilité que lorsqu'elle est manifeste, lorsque son degré de caractérisation ne prête pas à discussion.

270. Dans toutes ces affaires, la vulnérabilité du requérant est retenue ponctuellement par les juges. Il n'y a pas de catégorie générale de personnes vulnérables en raison d'un contexte politique troublé, mais les circonstances particulières d'une affaire peuvent conduire à admettre la vulnérabilité du requérant. Ainsi, la cour, dans l'arrêt *Akdivar et autres c. Turquie* du 16 septembre 1996, prend en compte « l'insécurité et la vulnérabilité dans lesquelles se trouvent les requérants depuis la destruction de leur maison et leur dépendance à l'égard de l'Etat pour la satisfaction de leurs besoins essentiels³³⁸ ». La prise en compte de la

³³⁶ Arrêts : *Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, § 105 ; *Kurt c. Turquie*, § 160 ; *Tanrikulu c. Turquie*, § 130 ; *Salman c. Turquie*, § 130 ; *Akkoç c. Turquie*, § 125 ; *Demiray c. Turquie*, § 61 ; *Berktaş c. Turquie*, § 207. Notons cependant que dans les arrêts *Demiray* et *Berktaş*, la cour n'a pas constaté la violation de l'art. 25-1.

³³⁷ Ce point a été développé au Chapitre I, Section II, § 4.

³³⁸ CEDH, *Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, *préc.* § 73. Cette circonstance ajoutée à celle de l'existence de troubles civils dans la région justifie donc que les requérants soient dispensés de l'obligation d'épuisement des voies de recours interne, imposée par l'art. 35-1 de la Convention (ancien art. 26). Aussi, CEDH, *Mentes et autres c. Turquie*, 28 novembre 1997, req. n° 23186/94 :

vulnérabilité d'origine politique, par la cour, résulte d'une appréciation stricte. Tel est aussi le cas lorsque la vulnérabilité est due à la détention de la personne.

3. La particulière vulnérabilité des personnes détenues

271. Dans certains arrêts, la cour prend en compte la particulière vulnérabilité de la personne alors que cette vulnérabilité résulte de plusieurs éléments. Ainsi, s'ajoute à la vulnérabilité due à la détention de la personne reconnue par la cour comme une cause générale de vulnérabilité³³⁹ une autre cause, qui permet à la cour d'affirmer l'existence d'une particulière vulnérabilité, propre à l'espèce en cause. La vulnérabilité résulte alors soit de l'illégalité de la détention, soit de l'état physique ou psychique du détenu.

272. La vulnérabilité d'une personne gardée à vue est particulièrement caractérisée, selon la cour, lorsque cette garde à vue est illégale. Ainsi, la Commission, dans l'arrêt *Ribitsch c. Autriche* du 4 décembre 1995, prend en compte « la vulnérabilité particulière du requérant, illégalement détenu en garde à vue » pour établir que celui-ci a été soumis à des violences physiques qui constituaient un traitement inhumain et dégradant³⁴⁰. En effet, le caractère illégal de la garde à vue a pour conséquence une vulnérabilité plus importante de la personne, puisqu'elle est soumise à une détention injustifiée, portant atteinte à son droit de ne pas être privée de liberté. En outre, l'illégalité du placement en garde à vue par les autorités peut laisser croire, lorsque ensuite la personne est maltraitée, que la mise en garde à vue de la personne a été effectuée dans le but de faire subir à la personne des mauvais traitements. La vulnérabilité est ainsi nettement accrue et son degré d'importance ne fait pas discussion.

Rec. 1997-VIII ; CEDH, *Selçuk et Asker c. Turquie*, 24 avril 1998, req. n° 23184/94 et n° 23185/94 : *Rec.* 1998-II, § 68.

³³⁹ Nous renvoyons aux développements ci-dessous, précisant que les personnes en détention sont une catégorie à part entière de personnes vulnérables (Section II, § 1, C).

³⁴⁰ CEDH, *Ribitsch c. Autriche*, 4 décembre 1995, 18896/91 : Série A n° 336, § 36.

273. La cour retient la vulnérabilité des personnes détenues plus largement lorsque, en plus de la vulnérabilité due à la détention *stricto sensu*, s'ajoutent d'autres causes qui accroissent encore, en fait, la vulnérabilité de la personne. Ainsi, dans les arrêts Aquilina c. Malte et T.W. c. Malte du 29 avril 1999, la cour, pour justifier l'exigence d'un contrôle judiciaire rapide et surtout automatique de la détention, en vertu de l'article 5-3 de la Convention, précise que « les personnes arrêtées ayant été soumises à pareils traitements pourraient se trouver dans l'impossibilité de saisir le juge d'une demande de contrôle de la légalité de leur détention. Il pourrait en aller de même pour *d'autres catégories vulnérables de personnes arrêtées, telles celles atteintes d'une déficience mentale ou celles qui ne parlent pas la langue du magistrat*³⁴¹ ». A la détention elle-même s'ajoute une autre cause justifiant de manière convaincante que la vulnérabilité de la personne soit retenue. Si aucun arrêt n'a, semble-t-il, admis la particulière vulnérabilité d'une personne détenue ne parlant pas la langue du magistrat, en revanche, celle d'une personne malade mentalement l'a été à deux reprises, ainsi que l'état psychologique ou l'état physique de la personne détenue.

274. La cour admet que, si la vulnérabilité peut résulter de la détention d'une personne de manière générale, certains détenus sont plus vulnérables que les autres. Dans l'arrêt Kudla c. Pologne du 26 octobre 2000, le requérant détenu se plaignait de n'avoir pas reçu en prison un traitement psychiatrique adéquat. La cour ne constate pas la violation de la Convention, le requérant n'ayant pas été soumis à des mauvais traitements atteignant le niveau de gravité suffisant. En revanche, elle reconnaît « que la nature de l'état psychologique du requérant rendait celui-ci plus vulnérable que le détenu moyen³⁴² ». Les termes de la cour sont explicites quant à l'existence d'une évaluation de la vulnérabilité de la personne, en tant que standard. La cour compare la particulière vulnérabilité du

³⁴¹ CEDH, grande chambre, Aquilina c. Malte, 29 avril 1999, req. n° 25642/94 : *Rec. AD* 1999-III, § 49 ; CEDH, grande chambre, T.W. c. Malte, 29 avril 1999, Requête 25644/94, § 43.

³⁴² CEDH, grande chambre, Kudla c. Pologne, 26 octobre 2000, req. n° 30210/96 : *Rec. AD* 2000-XI, § 99.

détenu, en l'espèce psychologiquement faible, avec celle d'un détenu "moyen", donc normal, ordinaire.

275. C'est selon les mêmes termes que la cour retient la particulière vulnérabilité d'un requérant en détention provisoire qui avait été transféré, alors qu'il faisait la grève de la faim, dans une cellule où il a été frappé sauvagement à coups de bâtons par des détenus récidivistes ou condamnés³⁴³. La vulnérabilité du détenu était renforcée, en l'espèce, par une cause de vulnérabilité intrinsèque liée à l'état psychologique du requérant. Dans une autre affaire, la maladie mentale, une schizophrénie, est prise en compte pour qualifier une personne détenue de vulnérable³⁴⁴. La cour retient la particulière vulnérabilité d'un requérant lorsque à la détention se superpose une autre faiblesse. D'ailleurs, la cour considère que « s'agissant notamment des détenus souffrant de maladies et de troubles mentaux, il faut tenir compte de la particulière vulnérabilité qui les caractérise généralement³⁴⁵ ».

276. La vulnérabilité d'une personne détenue résultant, en général, à la fois de l'isolement et de la soumission aux autorités, peut aussi être exacerbée par les blessures infligées pendant la détention elle-même. La particulière vulnérabilité de la personne est alors caractérisée aux yeux de la cour. Dans l'arrêt *Altay c. Turquie* les juges européens constatent que « pendant quinze jours de sa garde à vue, M. Altay blessé et privé de tout accès à un avocat et, au quatorzième jour, à celui d'un médecin, [il] se trouvait dès lors isolé et dépendant des policiers et donc particulièrement vulnérable³⁴⁶ ». La vulnérabilité due à l'isolement de la personne, celle résultant des blessures, ainsi que la vulnérabilité due à la dépendance aux

³⁴³ CEDH, 2^e sect., *Pantea c. Roumanie*, 3 juin 2003, req. n°33 343/96, § 192 et 195.

³⁴⁴ CEDH, 3^e sect., *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, 14 mars 2002, req. n°46477/99, § 83.

³⁴⁵ CEDH, 2^e sect., *Gennadiy Naumenko c. Ukraine*, 10 février 2004, req. n°42023/98, § 112. On peut d'ailleurs se poser la question de savoir si la cour n'est pas en train de consacrer une nouvelle catégorie de personnes considérées *a priori* comme vulnérables, Voir *infra*.

³⁴⁶ CEDH, 1^{re} sect., *Altay c. Turquie*, 22 mai 2001, § 57.

policiers permettent à la cour de qualifier cette vulnérabilité de *particulière*. Le degré de la vulnérabilité est évalué pour que l'origine de vulnérabilité soit retenue.

277. Dans un certain nombre d'affaires, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît la vulnérabilité particulière d'une personne qu'elle caractérise au cas par cas. Dans ces hypothèses, la notion de vulnérabilité est peut-être considérée comme un standard, puisque le juge évalue les faits en vue de la qualification. Mais la jurisprudence de cette cour fait apparaître que, bien souvent, ce n'est pas la vulnérabilité d'une seule personne qui est appréciée selon la technique du standard, mais celle d'une catégorie entière de personnes. Cette technique est aussi parfois utilisée par le législateur.

Section II. L'évaluation catégorielle

278. Le raisonnement conduisant à la caractérisation de la vulnérabilité relève parfois d'une logique qui, au lieu d'appliquer la technique du standard à la vulnérabilité d'une personne, dans un cas particulier et ponctuel, comme précédemment, applique cette technique en vue d'apprécier l'existence de la vulnérabilité d'une catégorie entière de personnes. Il ne s'agit alors plus d'évaluer la vulnérabilité ponctuellement, mais de manière générale. La conséquence évidente quant à l'appréciation de la vulnérabilité est qu'elle ne se fait plus *in concreto*, mais *in abstracto* : l'origine en question doit objectivement pouvoir être considérée suffisamment importante pour qu'une catégorie de personnes vulnérables soit créée. Or, une catégorie juridique peut être définie comme « tout fait ou ensemble de faits, tout acte ou ensemble d'actes auxquels la loi ou toute autre règle de droit attache des conséquences juridiques, c'est-à-dire dont elle fait la condition nécessaire et généralement suffisante, pour que certaines solutions s'imposent au juge³⁴⁷ ». Cet ensemble de faits est ici représenté par les origines matérielles de la vulnérabilité (la ou les faiblesse(s)), suffisamment caractérisées : une catégorie particulière de personnes vulnérables peut alors être dégagée ; l'existence d'une catégorie de personnes vulnérables a ensuite un effet de droit.

279. Une fois, en effet, la catégorie caractérisée, toute personne appartenant à cette catégorie est présumée irréfragablement vulnérable. La conséquence juridique est donc la qualification de la vulnérabilité. Les deux techniques, standard et présomption, se succèdent donc pour qualifier la personne de vulnérable. Le standard permet d'évaluer les éléments pris en compte, admettre l'existence d'une catégorie de personnes vulnérables, susceptibles de caractériser l'existence d'une vulnérabilité générale. La présomption permet de qualifier de

³⁴⁷ Marcel WALINE, Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? In : *Mélanges en l'honneur de Jean DABIN, Théorie générale du droit*, Tome I, Paris, Sirey, 1963, pp. 359-371, p. 365.

vulnérable toute personne appartenant à cette catégorie. La vulnérabilité est donc bien « un vrai induit par le juge de situations ou de faits fragmentaires mais considérés comme significatifs³⁴⁸ ». Le syllogisme est convaincant : une catégorie générale de personnes vulnérables étant admise (majeure), la preuve de l'appartenance à cette catégorie étant rapportée dans une espèce particulière (mineure), la vulnérabilité de la personne est présumée (conclusion).

280. Ce raisonnement existe tant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (§ 1) que dans les dispositions légales concernant la recherche en matière médicale (§ 2).

§ 1. Les catégories de personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

281. La technique de qualification de la vulnérabilité d'une personne se fait par le recours à des catégories standard de personnes vulnérables. Or, seule une origine de vulnérabilité, objectivement considérée comme particulièrement importante, peut donner lieu à une catégorie ; une évaluation est alors nécessaire. Lorsque la cour établit une vulnérabilité catégorielle, elle recherche un critère d'appartenance à cette catégorie suffisamment fixe et sûr, celui-ci repose sur une preuve unique ne prêtant pas à une quelconque hésitation. Ainsi, les catégories de personnes vulnérables dégagées par la cour sont : les enfants mineurs, les personnes atteintes d'une maladie grave incurable, les personnes en détention, les victimes de tortures.

³⁴⁸ P. FORIERS, *Présomptions et fictions*, In : Centre national de recherches de logique, Travaux publiés par Chaïm PERELMAN et P. FORIERS, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp. 7-26, p. 9.

A. Les enfants mineurs

282. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, les enfants constituent naturellement une catégorie de personnes vulnérables. Aussi, dans des affaires où les autorités de l'Etat n'avaient pas pris les mesures nécessaires pour empêcher les mauvais traitements subis par des enfants, les juges précisent-ils, qu'en vertu de l'article 3, « les enfants et autres personnes vulnérables, en particulier, ont droit à la protection de l'Etat, sous la forme d'une protection efficace » les mettant à l'abri de tels mauvais traitements³⁴⁹. La caractérisation de cette catégorie de personnes vulnérables repose sur un certain consensus, un consensus certain même. En effet, le seuil déterminant l'appartenance ou non à cette catégorie évite toute hésitation. Ceci est vrai, tant pour marquer l'âge à partir duquel l'enfant est considéré comme appartenant à cette catégorie, que pour celui à partir duquel il n'y appartient plus.

283. La détermination de la catégorie des enfants pose celle, plus complexe, de l'enfant avant la naissance : le moment à partir duquel débute l'enfance. Il est indiscutable que l'embryon ou le fœtus représentent matériellement l'être humain fondamentalement le plus vulnérable. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur le caractère vulnérable ou non de l'être humain non né. Elle affirme pourtant que la Convention est « un instrument de protection des êtres humains³⁵⁰ », protection qui dépasse donc la stricte protection de la personne, au sens strict. Mme Béatrice Maurer voit en l'être humain non né une personne vulnérable, cette origine particulière de vulnérabilité

³⁴⁹ CEDH, A. c. Royaume-Uni, 23 septembre 1998, req. n° 25599/94 : *Rec.* 1998-VI, § 22, cette formulation a un peu évolué dans CEDH, grande chambre, Z. et autres c. Royaume-Uni, du 10 mai 2001, req. n° 29392/95, § 73 visant « notamment [les] enfants et autres personnes vulnérables ». Aussi concernant l'interprétation de l'art. 8 : CEDH, Stubbings et autres c. Royaume-Uni, 22 octobre 1996, req. n° 22083/93 et n° 22095/93 : *Rec.* 1996-IV, § 64 ; et, CEDH, 1^{re} sect., Covezzi et Morselli c. Italie, 9 mai 2003, req. n° 52763/99, § 103.

³⁵⁰ CEDH, grande chambre, Salman c. Turquie, 27 juin 2000, req. n° 21986/93 : *Rec.* AD 2000-VII, § 97.

pourrait fonder, selon elle, sur le terrain de l'article 3 prohibant la torture et les traitements inhumains et dégradants, la protection de la dignité humaine notamment en matière de recherche sur les embryons³⁵¹. Une telle protection demeurerait cependant décevante³⁵². En outre, elle ne serait pas de nature à résoudre le problème insoluble entre l'éthique et la nécessité scientifique de la recherche. L'enfant avant la naissance sera donc exclu des personnes dont la vulnérabilité pourrait être reconnue par la cour. Or, la cour semble rechercher des critères d'appartenance à une catégorie de personnes vulnérables relativement consensuels et fixes, ce qui n'est évidemment pas le cas s'agissant de l'enfant avant la naissance.

284. Cette question conduit naturellement à celle de l'âge au-delà duquel l'enfant n'est plus considéré comme tel. Quel type de seuil la cour utilise-t-elle ? Dans les affaires citées, il s'agissait d'enfants relativement jeunes. Dans l'affaire *Stubblings*, les sévices sexuels avaient été subis alors que la première requérante avait douze ans, la seconde avait entre six et dix-sept ans, la troisième avait entre cinq et sept ans et la dernière avait entre six et quinze ans. Dans l'affaire *A.* l'enfant battu par son beau-père avait neuf ans ; dans l'affaire *Z.* les maltraitements et négligences ont été infligées à des enfants dès leur jeune âge et jusqu'à l'âge où les autorités ont réagi efficacement, l'aînée ayant, à ce moment, dix ou onze ans. Enfin, dans l'affaire *Covezzi et Morselli* les enfants avaient onze, neuf, huit et quatre ans au moment où les autorités les ont éloignés de leurs parents, pour cause de maltraitements sexuelles. Dans aucun de ces arrêts, la cour ne précise ce qu'elle entend par le terme *enfants* et ne précise aucun seuil particulier.

³⁵¹ Béatrice MAURER, *Le principe du respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Coll. Monde européen et international, Jacques Bourrinet (Sous-dir.), La documentation française, 1999, pp. 360. Le professeur Jean-Pierre MARGUENAUD estime, plus largement, que l'application de l'art. 3 aux expériences médicales pourrait être envisagée in : *La cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Connaissance du droit, Dalloz, 2^e éd., 2002, p. 56. Dans ce domaine, il est évident que la vulnérabilité de la personne serait appelée à jouer un rôle important, la gravité de l'acte dépend en partie de la vulnérabilité de la personne sur laquelle il est pratiqué.

³⁵² Béatrice MAURER, *préc.*, p. 363.

285. La notion d'*enfant* n'est toutefois pas étrangère à la cour. En effet, elle se réfère à la notion, telle qu'elle est définie dans les conventions internationales, en particulier, la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989. La cour considère que cette convention, adoptée sous l'égide des Nations unies, a force obligatoire en droit international pour les Etats contractants, dont tous les Etats membres du Conseil de l'Europe font partie³⁵³. Or, en vertu de l'article 1^{er} de la Convention des droits de l'enfant, « *au sens de la présente convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable*³⁵⁴ ». La conception de l'enfant recouvre donc celle de mineur, de dix-huit ans en général. Au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, il s'agit bien du mineur de dix-huit ans dans tous les cas conformément à la définition de l'enfant par la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, adoptée à Strasbourg le 25 janvier 1996, et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2000. L'article 1^{er} de cette convention précise qu'elle s'applique « *aux enfants qui n'ont pas atteint l'âge de dix-huit ans*³⁵⁵ ». La prise en compte par la cour de l'âge du mineur peut dans certaines affaires conduire à apprécier sa maturité, ses capacités de discernement ou à comprendre une procédure notamment³⁵⁶. En revanche, lorsqu'il s'agit de protection des enfants, la cour ne module pas : la protection est due avec la même force pour tous les enfants mineurs de dix-huit ans.

286. Lorsque la vulnérabilité de la personne est due au fait qu'il s'agit d'un enfant, cette catégorie est fondée sur un critère sûr : l'âge communément admis comme l'âge jusqu'auquel la fragilité de la personne rend nécessaire une

³⁵³ CEDH, grande chambre, V. c. Royaume-Uni, 16 décembre 1999, req. n°24888/94 : *Rec. AD* 1999-IX, § 46 ; CEDH, grande chambre, T. c. Royaume-Uni, 16 décembre 1999, req. n°24724/94, § 44.

³⁵⁴ [en ligne], Disponible sur : < <http://www.justice.gouv.fr/textfond/enfant>> (consulté le 25 juin 2003).

³⁵⁵ [en ligne], Disponible sur : < <http://www.conventions.coe.int>> (consulté le 25 juin 2003).

³⁵⁶ Ainsi, dans les arrêts V. et T. c. Royaume-Uni *préc.*, s'agissant de la médiatique affaire du meurtre d'un enfant de deux ans par deux autres enfants de dix ans reconnus pénalement responsables et condamnés à une peine sans durée déterminée, les questions posées à la cour impliquaient de considérer l'âge et les capacités de compréhension des enfants.

protection. Les enfants sont donc une catégorie de personnes vulnérables de la naissance à la majorité, car, entre les deux, leur vulnérabilité est incontestable.

B. Les personnes atteintes d'une maladie.

1. Une maladie incurable grave en phase terminale.

287. Lorsqu'une catégorie de personnes dont la vulnérabilité est due à une maladie est ciblée par la cour, le critère est là encore strict. En particulier, dans l'arrêt *Pretty contre Royaume-Uni* du 29 avril 2002, la vulnérabilité trouve son origine dans l'état d'une personne souffrant d'une maladie en phase terminale. En l'espèce, rappelons que la requérante se plaignait que son mari ne puisse l'aider à se suicider sans être poursuivi. La Cour européenne des droits de l'homme considère qu'il n'y a pas eu violation de Convention, une telle disposition protectrice des personnes étant justifiée sur le terrain de l'article 8-2. Selon la cour, l'état des personnes souffrant d'une maladie en phase terminale varie d'un cas à l'autre ; mais beaucoup de ces personnes sont vulnérables, et c'est *la vulnérabilité de la catégorie qu'elles forment* qui fournit la *ratio legis* de la disposition en cause³⁵⁷. C'est donc la maladie incurable de la personne à un stade avancé qui, évaluée comme un état suffisamment grave, permet à la cour de dégager une catégorie objective de personnes vulnérables.

288. Afin d'établir que la personne entre, en l'espèce, dans la catégorie ainsi constatée, des rapports médicaux seront évidemment nécessaires. La spécificité du type de maladie visée réduit considérablement les risques de tergiversation, quant à l'appartenance d'une personne à cette catégorie de personnes vulnérables. La preuve d'une telle maladie, dont serait atteinte une personne, présume donc sa vulnérabilité.

³⁵⁷ CEDH, 4^e sect., *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, req. n°2346/02, § 74.

2. Des troubles mentaux.

289. La reconnaissance d'une catégorie de personnes vulnérables constituée par les personnes atteintes de tels troubles résulte, rappelons-le, de l'arrêt Slimani c. France du 27 juillet 2004. La cour estime qu'il faut prendre en compte « la particulière vulnérabilité des personnes souffrant de troubles mentaux³⁵⁸ ». Dans l'affaire en cause, il s'agit bien d'une maladie grave puisque la personne est décédée dans un centre de rétention administrative suite à une crise d'épilepsie. C'est donc, encore une fois, au regard de l'extrême gravité des troubles que la cour consacre une nouvelle catégorie.

290. Aussi, la vulnérabilité des personnes en détention permet-elle à la cour d'ériger cet ensemble des personnes en catégorie de personnes vulnérables.

C. Les personnes en détention

291. La cour retient la vulnérabilité des personnes en garde à vue de manière systématique, créant une présomption de vulnérabilité des personnes gardées à vue par les autorités³⁵⁹. La cour a eu l'occasion de préciser ce qui la conduit à admettre la vulnérabilité de ces personnes. En effet, la cour, dans l'arrêt Cotlet c. Roumanie du 3 juin 2003, retient « la vulnérabilité du plaignant, enfermé dans un espace clos et ayant, de ce fait, peu de contacts avec ses proches ou avec

³⁵⁸ CEDH, 2^e sect., Slimani c. France, 27 juillet 2004, req. n° 57671/00, § 28.

³⁵⁹ Cf. *supra* § 168 s. : la commission avait constaté la « vulnérabilité des personnes gardées à vue » : CEDH, Tomasi c. France du 27 août 1992, req. n° 128 50/87 : Série A n° 241-A, § 113 ; la cour précise quant à elle soit que « les personnes en garde à vue sont vulnérables » (CEDH, grande chambre, Salman c. Turquie, 27 juin 2000, § 99), soit que « les personnes en garde à vue sont en situation de vulnérabilité » (CEDH, 3^e sect., Demiray c. Turquie, 21 novembre 2000, § 42 ; CEDH, 1^{re} sect., Abdurrahman Orak c. Turquie, 14 février 2002, req. n° 31889/96, § 68 ; CEDH, 4^e sect., Berkay c. Turquie, 1^{er} mars 2001, req. n° 22493/93, § 167 ; CEDH, 1^{re} sect., Rivas c. France, 1^{er} avril 2004, req. n° 59584/00, 38) soit que « les personnes en garde à vue se trouvent dans une position vulnérable » (CEDH, 3^e sect., Tanli c. Turquie, 10 avril 2001, req. n° 26 129/95 : Rec. AD 2001-III, § 141).

le monde extérieur³⁶⁰ ». La cour insiste sur l'isolement qui rend la personne vulnérable : il en découle nécessairement une fragilité incontestable.

292. Surtout, on s'en souvient, dans l'arrêt *Altay c. Turquie* du 22 mai 2001, la cour considère qu'une personne en garde à vue est entièrement sous le contrôle de fonctionnaires de police³⁶¹. C'est toute personne détenue qui est considérée par la cour en situation de vulnérabilité avec l'arrêt *Berktaş c. Turquie* du 1^{er} mars 2001. Pour la cour la vulnérabilité découle du fait que « toute personne en détention [...] est entièrement aux mains des fonctionnaires de police³⁶² ». L'utilisation des termes *sous le contrôle* et *entièrement aux mains* montrent, de manière très nette, qu'elle estime la vulnérabilité de ces personnes particulièrement importante et largement suffisante en tout cas pour reconnaître que les détenus forment une catégorie de personnes objectivement vulnérables. Plus encore, la catégorie résulte de toute forme de privation de liberté de la personne : la rétention administrative est dès lors retenue par la cour³⁶³.

293. La dernière catégorie de personnes vulnérables dégagée par la cour est celle formée par les victimes de tortures.

D. Les victimes de tortures

294. Cette vulnérabilité a été mise en évidence par l'arrêt *Aksoy c. Turquie* du 18 décembre 1996, constatant « la situation particulièrement vulnérable des victimes de tortures³⁶⁴ » ; l'arrêt *Aydın c. Turquie* du 25 septembre 1997 confirme cette conception de la vulnérabilité³⁶⁵. On l'a vu, dans la jurisprudence européenne, les tortures sont une forme particulière de mauvais traitements qui

³⁶⁰ CEDH, 4^e sect., *Cotlet c. Roumanie*, 3 juin 2003, req. n°38 565/97, § 71.

³⁶¹ CEDH, 1^{re} sect., *Altay c. Turquie*, 22 mai 2001, req. n°2227 9/93, § 50.

³⁶² § 167.

³⁶³ CEDH, 2^e sect., *Slimani c. France*, 27 juillet 2004, req. n° 57671/00, § 27 et 28.

³⁶⁴ CEDH, *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, req. n° 21987/93 : *Rec.* 1996-VI, § 98.

³⁶⁵ CEDH, *Aydın c. Turquie*, 25 septembre 1997, req. n° 23178/94 : *Rec.* 1997-VI, § 103.

recouvrent *des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances*³⁶⁶.

295. La particulière vulnérabilité des victimes de torture résulte donc de ces souffrances d'une particulière intensité. L'appréciation de la situation de la personne qui a subi de tels sévices conduit à affirmer la particulière vulnérabilité des victimes de torture. C'est donc la nature des sévices, les conditions dans lesquelles les actes ont été commis qui permettent cette appréciation. Mais, une fois que la cour a constaté, en application de l'article 3 de la Convention, que les actes infligés à la victime constituent des tortures, la vulnérabilité de cette victime est présumée par la cour. La création de cette catégorie de personnes présumées vulnérables fait l'objet d'une évaluation préalable. Ainsi, dans l'arrêt *Aksoy*, le requérant « avait subi des lésions graves [entraînant une paralysie des mains] nécessitant un traitement hospitalier » pendant une garde à vue d'au moins quatorze jours sans avoir accès à une assistance ou à un soutien d'ordre juridique ou social³⁶⁷. « De surcroît, si un individu a subi de tels sévices, sa capacité ou sa volonté de se plaindre se trouvent souvent affaiblies³⁶⁸ ». La vulnérabilité des victimes de torture résulte du caractère indiscutablement important de la faiblesse physique, morale et psychologique consécutive aux sévices subis. Le critère est sûr puisqu'il résulte de la qualification préalable des actes subis par la victime de *tortures*, au sens de l'article 3 de la Convention.

296. Or, pour déterminer s'il y a eu violation de l'article 3, et partant qualifier l'existence de tortures, la cour utilise le critère de l'appréciation relative qui dépend « de l'ensemble des données de la cause » recouvrant à la fois des paramètres internes et externes à l'affaire³⁶⁹. Or, les paramètres internes à l'affaire

³⁶⁶ CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, *préc.*, § 167.

³⁶⁷ § 56.

³⁶⁸ § 97.

³⁶⁹ Frédéric SUDRE, Article 3, *In* : Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT (Sous-dir.), *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^e éd., 1999, pp. 155-175, p. 159.

dépendent « notamment de la nature et du contexte du traitement ou de la peine ainsi que de ses modalités d'exécution, de sa durée, de ses effets physiques ou mentaux, ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, et de l'état de santé de la victime³⁷⁰ ». C'est ainsi une accumulation d'éléments qui permettent d'évaluer les actes subis par la victime pour déterminer si le niveau de gravité de la qualification de torture a été franchi. Lorsque donc la cour a estimé que la personne a bien été soumise à des sévices qualifiés de torture au sens de l'article 3, l'affirmation, après coup, que les personnes victimes de tortures sont vulnérables repose sur un critère sûr : la reconnaissance de la vulnérabilité dépend uniquement de la caractérisation du niveau de gravité des actes.

297. La création de catégories générales de personnes présumées vulnérables dans la jurisprudence européenne est donc incontestable. Deux soucis alors particularisent la démarche. D'une part, au stade de la reconnaissance de la catégorie, le souci de la cour est que la vulnérabilité des personnes appartenant à la catégorie en cause soit indiscutable : l'importance de la faiblesse doit être manifeste. D'autre part, au stade de la vérification, en l'espèce de l'appartenance de la personne à la catégorie dégagée, le souci de la cour est d'avoir un critère d'appartenance consensuel, facile à mettre en œuvre : un seuil d'âge précis, plusieurs rapports médicaux diagnostiquant une maladie grave, une situation politique d'affrontements reconnue dans une région du monde, la détention ou la garde à vue par les autorités de l'Etat, le fait d'avoir été victimes de tortures au sens de la Convention sont des critères fondés sur des éléments matériels ou juridiques certains, ce qui donne à la qualification de vulnérabilité une incontestable sécurité juridique.

298. La caractérisation de la vulnérabilité par la détermination de catégories de personnes vulnérables est une technique employée par le législateur dans un domaine particulier : celui des recherches médicales.

³⁷⁰ *Ibid.* citant l'arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, § 100.

§ 2. Les catégories de personnes vulnérables en matière de recherche médicale

299. Il est inutile ici d'entrer dans le détail des dispositions en cause étudiées plus loin³⁷¹. En revanche, il est intéressant de montrer qu'indéniablement l'importance de la vulnérabilité des personnes est évaluée préalablement par le législateur. Ainsi, on l'a vu concernant les origines de vulnérabilité « pendant longtemps, c'est le faible d'esprit, le malade, le prisonnier qui furent les sujets privilégiés de l'expérimentation médicale³⁷² ». Ce sont les personnes les moins aptes à donner un consentement libre et éclairé qui sont les plus vulnérables et donc, du fait de leur vulnérabilité, risquent d'être exploitées aux fins d'expérimentation. Les législations contemporaines tendent donc à protéger particulièrement ces catégories de personnes, dans un cadre général lui-même très protecteur et dont le consentement du sujet qui se prête à la recherche est l'un des éléments fondamentaux³⁷³.

300. Ainsi, la possibilité d'effectuer une recherche avec bénéfice individuel direct obéit à des conditions plus restrictives pour certaines catégories de personnes particulièrement vulnérables que sont les mineurs (article L.1122-2, alinéa 2, L.1122-3, alinéa 3 du Code de la santé publique), les majeurs protégés par une sauvegarde de justice, une curatelle ou une tutelle (article L.1122-2 alinéas 2 et 3), le malade en situation d'urgence (article L.1121-5 et L.1122-1 dernier alinéa), le malade hospitalisé sans son consentement (article L.3312-1 et L.3213-1 du Code de la santé publique), le malade privé de liberté par une décision administrative ou judiciaire (article L.1121-5). Il s'agit dans tous les cas de

³⁷¹ Titre II, Chapitre I, Section II.

³⁷² Christian BYK, L'exemple du droit comparé : *Journ. int. bioéth.* 1993, vol. 4, Hors série, pp. 21-23, p. 21.

³⁷³ Selon Nicolas MAZIAU : « Le législateur [dans l'art. 16-3 du Code civil] consacre le consentement comme corollaire du principe du respect de l'intégrité de la personne humaine » ; Le consentement dans le champ de l'éthique biomédicale française : *RD sanit. soc.* 1999, pp. 469-492, p. 493.

catégories de personnes dont la vulnérabilité ne fait aucun doute en la matière pour le législateur.

301. Les recherches sans bénéfice individuel direct sont encore plus encadrées, car les risques encourus sont considérés comme plus importants. Les dispositions en la matière permettent de distinguer deux niveaux de protection en fonction de la vulnérabilité et du risque qu'elle permet de caractériser pour ces personnes. Ainsi, certaines personnes « particulièrement vulnérables » sont-elles exclues de la recherche sans bénéfice individuel direct. D'autres personnes considérées comme seulement « vulnérables » feront l'objet d'une protection renforcée, sans que les recherches sans bénéfice individuel direct soient pour autant exclues³⁷⁴. Cette distinction montre bien qu'une évaluation préalable du degré de vulnérabilité de la personne sous-tend les dispositions législatives.

302. Les personnes exclues de la recherche sont : les personnes privées de liberté, les malades en situation d'urgence, les personnes hospitalisées sans leur consentement (article L.1121-5 du Code de la santé publique), les personnes non affiliées à un régime de sécurité sociale ou bénéficiaires d'un tel régime (article L.1124-3 du même code). Les personnes dont la protection est renforcée par une limitation des essais sont : les femmes enceintes, parturientes ou qui allaitent (article L.1121-4 du Code de la santé publique), les personnes incapables, mineurs et majeurs protégés (articles L.1121-6 et L.1122-2 alinéa 2), les personnes admises dans un établissement sanitaire ou social à d'autres fins que la recherche (article L.1121-6) et la personne en état de mort cérébrale (L.1124-5).

303. Comme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, on constate qu'outre l'évaluation de l'origine de vulnérabilité concrète de ces personnes en vue d'établir une catégorie de personnes vulnérables, selon la technique du standard, le critère d'appartenance à la catégorie ainsi dégagée est

³⁷⁴ Cette distinction est opérée par Bénédicte BEVIÈRE, in : *La protection de la personne dans la recherche biomédicale*, thèse préc., n° 170, p. 82 et n° 185, p. 91.

lui-même très sûr. Il repose sur un critère juridique ou administratif préalable certain, pour les personnes incapables, les personnes en détention, les personnes hospitalisées sans leur consentement, les personnes non affiliées à un régime de sécurité sociale, les personnes admises dans un établissement sanitaire ou social à d'autres fins que la recherche. Mais le critère d'appartenance à la catégorie visée de personnes vulnérables peut aussi être certain, car la situation de fait repose sur une preuve médicale peu contestable, pour les femmes enceintes ou pour les personnes en état de mort cérébrale.

304. Le caractère non contestable d'une faiblesse susceptible d'être à l'origine de la vulnérabilité d'une personne permet donc de dégager des catégories de personnes vulnérables. Leur existence est alors fondée sur le degré particulièrement caractérisé de l'origine de vulnérabilité. Ainsi, que ce soit de manière ponctuelle ou par l'intermédiaire d'une catégorie, la vulnérabilité qui résulte d'une faiblesse de la personne physique, fait l'objet d'une évaluation quant à son degré de caractérisation sur le plan matériel. C'est donc la technique du standard matériel qui en permet la qualification.

Conclusion du Titre I

305. Si la vulnérabilité est incontestablement caractérisée avant tout par la faiblesse qui en est l'origine, la détermination des faiblesses susceptibles d'être prises en compte n'apparaît pas évidente. Le détail des origines de vulnérabilité que le droit retient effectivement, ou n'exclut pas de retenir, montre la multiplicité des réalités matérielles appréhendées. Les causes de vulnérabilité liées à l'état physique ou psychique de la personne se mêlent à celle relevant de sa situation sociale, économique, familiale ou encore politique. Il faut alors conclure à l'impossibilité de déterminer *a priori* la matérialité de la vulnérabilité de ce point de vue. Ce caractère indéterminé et non déterminable de la notion résultant de l'élasticité presque infinie du contenu des origines matérielles de vulnérabilité conduit à examiner la question sous un autre jour. Ce n'est plus alors par la recherche de l'ensemble des faiblesses susceptibles d'être à l'origine de la vulnérabilité, mais par la mesure de chaque origine, chaque faiblesse que la caractérisation devient possible. De manière quasiment constante, chaque faiblesse, cause de vulnérabilité de la personne, est appréciée strictement, relativement à son degré. La caractérisation de la faiblesse est alors soumise à une évaluation systématique. Cette évaluation invite à analyser la vulnérabilité comme un standard matériel. A la diversité des origines quant à leur étendue répond alors une évaluation grâce à cette technique juridique unique. Le caractère indéterminé du contenu de la notion subsiste, cependant cette technique d'appréciation le rend déterminable.

306. Il est impossible toutefois de considérer la vulnérabilité uniquement comme une faiblesse, même caractérisée. Comment expliquer que le droit retienne la vulnérabilité due à une cause intrinsèque, tantôt à une cause extrinsèque, tantôt à de multiples causes ? L'analyse de la vulnérabilité sous le seul angle de son origine ne rend pas compte de toute la dimension matérielle de la

vulnérabilité. La situation de vulnérabilité apparaît alors comme une condition matérielle permettant de spécifier cette notion.

Titre II. La situation de vulnérabilité

307. Outre une origine indispensable à l'existence matérielle de la vulnérabilité, une situation spécifique doit être constatée : *La vulnérabilité est une faiblesse mise en situation*. La matérialité de la vulnérabilité, considérée dans son ensemble, implique que l'origine de vulnérabilité soit constituée, et placée au cœur de circonstances particulières. Si, à l'origine, la vulnérabilité de la personne résulte d'une faiblesse, elle est révélée lorsque la situation de la personne se traduit par une exposition particulière à une atteinte, en raison de cette faiblesse. Le sens étymologique de la notion l'impose avec force : est vulnérable celui qui peut être atteint, blessé.

308. Pour autant, la mise en lumière de la prise en compte juridique systématique de cette condition se révèle extrêmement malaisée, quant à l'organisation de la réflexion en particulier. En effet, la condition matérielle tenant à l'existence d'une faiblesse caractérisée apparaît nettement dans le raisonnement du législateur ou du juge : la faiblesse est la seule manifestation visible de la vulnérabilité. La situation de vulnérabilité implique, on l'a vu, l'idée de risque d'atteinte. Dès lors, assez logiquement, lorsque la vulnérabilité est prise en considération par le droit, c'est bien parce que la personne est exposée à une atteinte. Qui plus est *c'est en raison de sa faiblesse particulière que la personne est matériellement exposée à cette atteinte* : il faut donc qu'un lien de corrélation existe entre l'atteinte et la faiblesse³⁷⁵. La situation de vulnérabilité de la personne est

³⁷⁵ La *corrélation* est définie, dans le Robert, comme un lien, un rapport réciproque et, plus spécialement en philosophie, comme le rapport entre deux phénomènes qui varient en fonction l'un de l'autre. L'emploi de l'expression « *lien de corrélation* » a certes quelque apparence de pléonasmе, pourtant la notion de corrélation est plus précise, elle implique la correspondance, l'interdépendance entre la faiblesse et l'atteinte risquée. Le terme de *lien*, plus neutre, indique simplement l'absence

ainsi caractérisée par ce lien de corrélation entre sa faiblesse et l'atteinte. Cette conclusion stigmatise le début des difficultés : l'adverbe « entre » exprime bien le fait que la situation de vulnérabilité a peine à trouver sa place dans le raisonnement visant à présenter clairement les conditions de la notion.

309. L'existence d'un lien de corrélation entre faiblesse et atteinte implique qu'il soit pris en considération dès le stade de l'appréciation de la faiblesse : la vulnérabilité est une faiblesse mise en situation. Or, dans l'appréciation juridique de la faiblesse, n'apparaît aucune appréciation de la situation de vulnérabilité. L'existence du lien de corrélation n'est systématiquement révélé qu'au stade de l'examen de la fonction de qualification de la vulnérabilité : c'est lorsqu'il s'agit de qualifier une atteinte que l'existence de la situation matérielle de risque face à cette atteinte transparait. La situation de vulnérabilité, condition matérielle d'existence de la notion, ne semble pouvoir être révélée juridiquement que par la condition relative à la fonction de la vulnérabilité.

310. Or, même dans la qualification de l'atteinte, la situation de vulnérabilité corrélatrice à la faiblesse n'apparaît pas toujours explicitement. Cette dernière condition apparaît en filigrane, sa présence, tout en allant de soi, reste implicite. La situation de vulnérabilité ne relèverait alors que du *fait* ne faisant l'objet d'aucune interprétation ou appréciation juridique et serait impropre à accéder au rang de condition juridique de la notion. Ce constat découle *a contrario* de ce qu'un « terme utilisé dans un texte de loi devient un terme légal, et la définition de son contenu sémantique devient dès lors l'apanage de l'activité judiciaire d'interprétation » et « toute cette activité relève du droit, et non du fait³⁷⁶ ». Or, si l'activité judiciaire interprète l'origine de vulnérabilité, l'interprétation de la situation de vulnérabilité semble inexistante.

d'indépendance, d'autonomie. Il présente toutefois l'avantage de donner à l'idée de corrélation un sens très concret.

³⁷⁶ Danielle PINARD, Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés, *In* : Les Standards dans les divers systèmes juridiques, *RRJ* 1988, pp. 1069-1122, p. 1083.

311. Pourtant, l'absence d'appréciation expresse de la situation de vulnérabilité, résultant de la corrélation entre la faiblesse et une atteinte que risque la personne, ne doit pas forcément signifier que le juge n'en tient pas compte. Au contraire, cette condition apparaît comme un élément intuitif d'appréciation. L'appréciation de la notion de vulnérabilité impose à l'interprète inéluctablement cette situation spécifique d'incapacité de défense de la personne. Le lien de corrélation apparaît comme un *jugement de valeur*. La vulnérabilité, comme toute notion juridique, suppose, en effet, que son interprète – législateur, juge ou doctrine – pose un jugement de valeur. Le jugement de valeur est souvent absent du raisonnement, il le sous-tend, puisqu'un jugement de valeur a pour fonction de fonder la validité du recours à la notion³⁷⁷. La vulnérabilité étant conditionnée, en plus de son origine, par l'exposition particulière à une atteinte, le « tri » entre les situations de fait s'opère par référence à un tel jugement. Le recours à ce jugement de valeur se fait donc lors de l'opération consistant à qualifier l'atteinte parce que *c'est à ce stade que l'existence d'une situation de vulnérabilité prend tout son sens*.

312. Comment alors organiser formellement la réflexion ? La première solution eût été de présenter dans une première partie la condition tenant à l'existence d'une faiblesse et dans une seconde partie la fonction de la vulnérabilité tout en montrant qu'elle permet de révéler la condition tenant à l'existence d'une situation matérielle de vulnérabilité. Mais, il est évidemment plus cohérent d'intégrer la condition tenant à l'existence d'une telle situation dans une première partie présentant les éléments matériels indispensables à l'existence de la vulnérabilité en droit : sa place n'est pas ailleurs. S'imposait alors une démarche tendant à éviter que la présentation de cette condition ne soit redondante par rapport aux développements indispensables relatifs à la fonction de la vulnérabilité. La fonction ayant tout son intérêt dans le fait qu'elle rende « opérationnelle » la vulnérabilité, toute la démonstration se devait de préserver cette orientation fondamentale. Dès lors, la condition tenant à l'existence d'une situation matérielle de risque d'atteinte

³⁷⁷ « Valeur », *In* : André-Jean ARNAUD (Sous-dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., 1993.

devait apparaître comme évidente dans l'approche de la notion et ce avant que ne soit décrite la fonction qui la révèle et en dehors de celle-ci.

313. C'est donc par une approche juridique conceptuelle de la vulnérabilité que l'existence d'une situation de vulnérabilité de la personne apparaît inhérente matériellement à la notion. La démarche choisie consiste à faire surgir le jugement de valeur toujours présent derrière le choix de qualifier une situation juridique en utilisant la notion de vulnérabilité. Les définitions légales, jurisprudentielles ou doctrinales de ce terme permettent alors de mettre en évidence que le lien de corrélation entre faiblesse et atteinte apparaît indispensable pour caractériser la situation de vulnérabilité. En outre, lorsque l'analyse doctrinale reconnaît expressément la vulnérabilité comme fondement implicite de certaines dispositions juridiques, la pertinence de ce critère peut être vérifiée. Le critère est alors mis à l'épreuve. Dès lors, il sera acquis que la *situation de vulnérabilité*, impliquant que la personne n'est vulnérable que si elle se trouve particulièrement exposée à une atteinte et ce en raison même de sa faiblesse, est indispensable à l'existence juridique de la notion de vulnérabilité.

Ce titre est donc constitué de deux chapitres :

Chapitre I. Le lien de corrélation entre faiblesse et atteinte risquée mis en évidence.

Chapitre II. Le lien de corrélation entre faiblesse et atteinte risquée mis à l'épreuve.

CHAPITRE I. LE LIEN DE CORRÉLATION ENTRE FAIBLESSE ET **ATTEINTE RISQUÉE MIS EN ÉVIDENCE**

314. En effet, lorsqu'on examine les diverses conceptions de la vulnérabilité dans la loi, la doctrine ou la jurisprudence, l'exigence d'une faiblesse corrélative à une atteinte pour caractériser une situation de vulnérabilité apparaît systématiquement en filigrane. Le lien est alors latent (Section I). Mais, parfois l'existence de cette situation de vulnérabilité est manifeste. Le lien de corrélation la caractérisant est alors patent (Section II).

Section I. Un lien latent

315. L'exigence du lien de corrélation, déduite de la référence systématique à une situation de vulnérabilité de la personne, est latente au travers des définitions de la notion de vulnérabilité (§ 1), celles-ci permettant d'envisager la vulnérabilité comme un standard non plus matériel, mais de manière plus classique, comme un standard de conduite (§ 2).

§ 1. Dans les définitions de la vulnérabilité

A. Les définitions générales

316. Peu de définitions de la vulnérabilité existent dans une perspective juridique. Il est possible de trouver toutefois des approches de la notion qui corroborent une définition générale de la notion dégagée à partir de l'acception du langage courant, que nous avons mise en lumière en introduction. La vulnérabilité est caractérisée, en effet, lorsque la personne peut être blessée, lorsqu'elle est particulièrement exposée, sans défense face à une atteinte, à un mal. Aussi, le rapport de M. Michel Pezet, sur le projet de Code pénal, précise-t-il que « d'une manière générale, les auteurs du projet de loi ont entendu protéger plus spécifiquement les personnes considérées comme vulnérables en raison de leur âge ou d'autres circonstances *de nature à les priver d'une incapacité suffisante de défense personnelle*. Deux catégories de victimes sont, à cet égard, distinguées : les mineurs et les personnes particulièrement vulnérables³⁷⁸ ». Certaines

³⁷⁸ AN, Rapport de M. Michel PEZET au nom de la Commission des lois sur le projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, Tome I, *Exposé général – examen des articles*, n°2121, 1990-1991, p. 59.

interventions lors des débats parlementaires confirment cette approche³⁷⁹. Il n'est pas surprenant que les définitions en droit de la notion soient proches ou se confondent avec celles du langage courant : la vulnérabilité est une notion matérielle.

317. La doctrine, lorsqu'elle évoque la vulnérabilité, en donne d'ailleurs une définition similaire. Selon la définition, déjà citée, du doyen Carbonnier le mot vulnérabilité suggère une exceptionnelle sensibilité aux coups et blessures du corps et de l'esprit, *un défaut de défense* plus grand que dans la moyenne des humains³⁸⁰. Aussi, Mme Pascale Renaud-Durand considère-t-elle que la circonstance aggravante de vulnérabilité est accordée « aux personnes plus faibles c'est-à-dire *aux personnes qui se trouvent dans l'incapacité de se défendre devant l'agresseur*, ce qui les rend d'autant plus attractives pour lui³⁸¹. » Dans le domaine particulier des abus de faiblesse en droit pénal, le professeur Guy Raymond a défini la vulnérabilité comme « le fait pour une personne *de devenir la cible d'actions* destinées à procurer à leur auteur des avantages économiques injustifiés³⁸² ». Ces définitions, qui ne précisent pas l'origine de la vulnérabilité, insistent en revanche

³⁷⁹ Par exemple, l'intervention de M. Michel DREYFUS-SCHMIDT, *JO Sénat*, Séance du 24 avril 1991, p. 660, « soit on regarde la vulnérabilité en elle-même, en pensant que, compte tenu de l'âge, par exemple, la personne n'est pas à même de se défendre convenablement et qu'il y a aggravation... » à propos de la connaissance ou non par l'auteur de la vulnérabilité. L'absence de capacité de défense peut très bien, on le voit ici, être conçue comme un présupposé du législateur pour certaines catégories de personnes vulnérables.

³⁸⁰ Jean CARBONNIER, *Droit civil, Les personnes, personnalité, incapacité, personnes morales*, Paris, P.U.F., Thémis, Coll. Droit privé, 22^e éd., 2000, p. 296. Le terme de vulnérabilité figure même dans l'index de l'ouvrage p. 144. Il est notable, en outre, que le paragraphe, contenant cette définition, est situé dans une partie traitant de la protection des majeurs en dehors du Code civil. La vocation générale de la notion de vulnérabilité, en droit privé, est ici confirmée.

³⁸¹ Pascale RENAUD-DURAND, La prise en compte de la vulnérabilité dans le nouveau Code pénal, *In* : Equipe de recherche sur la politique criminelle, Christine LAZERGES (Sous-dir.), *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Paris, Pédone, 1995, pp. 120-130, p. 120.

³⁸² Guy RAYMOND, Droit pénal de la consommation, Les abus de faiblesse : *Gaz. Pal.* 2002, 1, Doctr., pp. 399-404, p. 401.

sur sa manifestation principale : l'incapacité de défense qui a pour conséquence d'exposer la personne à certaines atteintes. La situation de vulnérabilité de la personne est clairement circonscrite : elle est significative de la notion de vulnérabilité.

318. Cette approche de la situation de vulnérabilité est en outre confirmée par la définition juridique de la notion de vulnérabilité outre-Manche. En effet, la vulnérabilité est conçue comme étant, *en pratique, une combinaison de caractéristiques de la personne et de risques auxquels cette personne est exposée, dans les circonstances particulières où elle se trouve*³⁸³. L'idée d'exposition à une atteinte particulière, d'incapacité de se défendre contre une telle atteinte caractérise donc bien la situation de vulnérabilité. Ce qui frappe d'emblée est que la vulnérabilité, caractérisée par des origines diverses, est une notion totalement dépendante de l'existence matérielle d'une atteinte avérée ou potentielle menaçant la personne du fait de sa faiblesse.

319. Il est indispensable, dès lors, d'exprimer en un critère clair cette situation matérielle de vulnérabilité afin que l'interdépendance de la faiblesse et de l'atteinte apparaisse nettement. Ainsi, la vulnérabilité de la personne est-elle caractérisée lorsque la faiblesse expose particulièrement la personne à une certaine atteinte ; et seulement certaines atteintes est-il nécessaire de préciser. La vulnérabilité ne peut exister, dans cette approche, que lorsque la faiblesse, qui en est l'origine, et l'atteinte, qui en sera une conséquence plus que probable, ont un lien de corrélation. Ce lien de corrélation entre faiblesse et atteinte apparaît donc comme le critère de la situation de vulnérabilité. Sans lien de corrélation, celle-ci ne peut exister.

³⁸³ Law Commission Consultation Paper n° 130, *Mentally incapacitated and Other Vulnerable Adults : Public Law Protection Act 2000*, § 2. Définition citée, In : Di BIRCH, *A better deal for vulnerable witnesses? The criminal Law Review*, 03/2000, pp.223-249, p. 224, note n° 9 (« Vulnerability is, in practice, a combination of the characteristics of the person concerned and the risks to which he is exposed by his particular circumstances »).

320. Telle faiblesse rend vulnérable à telle atteinte et pas telle autre. Par exemple, la souris sera vulnérable face au chat, qui peut la manger ; le chat l'est face au loup, qui peut le blesser ; la souris est d'ailleurs vulnérable face au loup les jours de disette. Bref, il est aisé de comprendre que la vulnérabilité de la souris ou du chat résultent de leur faiblesse face à un prédateur spécifique susceptible de les attaquer. Pour revenir à notre sujet : on constate que la vulnérabilité d'origine psychique d'une personne exposera particulièrement celle-ci aux atteintes au consentement, la vulnérabilité d'origine physique à des atteintes plus violentes, la vulnérabilité sociale à l'exploitation, en fonction des circonstances. L'existence d'un lien de corrélation entre l'origine de la vulnérabilité et l'atteinte apparaît matériellement de manière constante.

321. L'exigence d'une situation de vulnérabilité, sous-tendue par le lien de corrélation, est corroborée par le fait que la vulnérabilité est assimilée par le législateur pénal à la notion de « personne qui n'est pas en mesure de se protéger ». Cette dernière apparaît ainsi comme la seule *définition* de la vulnérabilité matérielle dans la loi, bien qu'en aucune manière celle-ci ne la présente expressément comme telle. Cette définition est en tout cas intéressante : elle met en évidence la situation de vulnérabilité de la personne, en tant que condition essentielle de la notion de vulnérabilité.

B. Une définition matérielle : la notion de « personne qui n'est pas en mesure de se protéger »

322. L'assimilation de la notion de vulnérabilité à celle de *personne qui n'est pas en mesure de se protéger* permet de voir en cette dernière une définition de la situation de vulnérabilité de la personne. L'interprétation des notions de *vulnérabilité* et de *personne qui n'est pas en mesure de se protéger* tend à l'assimilation de la seconde par la première ; l'exigence d'une situation de vulnérabilité y est déterminante. Aussi, les régimes de preuve de ces notions sont-ils identiques, même s'ils ne le semblent pas en apparence. Ils révèlent que le lien de corrélation est essentiel à la notion de vulnérabilité.

1. Une interprétation rejoignant celle de la « particulière vulnérabilité »

323. La *particulière vulnérabilité* de la personne est clairement entendue à travers l'expression de *personne qui n'est pas en mesure de se protéger*. En effet, on retrouve cette périphrase dans trois articles du Code pénal : l'article 223-3 sanctionnant le délaissement d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique, l'article 226-14-1° prévoyant que l'article 226-13 relatif au secret professionnel n'est pas applicable à celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, qui ont été infligés à un mineur de quinze ans ou à « une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique », enfin l'article 434-3 imposant d'informer les autorités judiciaires ou administratives de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles infligés à un mineur de quinze ans ou à « une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse. »

324. En vertu d'un bon sens intuitif, il semble logique de constater que l'expression *qui n'est pas en mesure de se protéger* est proche sur le plan de la signification de la notion de vulnérabilité. La doctrine les assimile d'ailleurs facilement³⁸⁴. Ne pas être en mesure de se protéger vise bien une situation rendant fragile la personne face à une atteinte qu'elle risque de ce fait. La différence de formulation ne s'explique *a priori* que par une différence d'approche. La référence à la vulnérabilité révèle une approche générale, certainement plus large quant à ses effets. Au contraire, la référence à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger révèle une approche concrète, spécifique à une atteinte particulière. Le juge précise donc cette notion au regard des circonstances de l'espèce³⁸⁵. Pourtant,

³⁸⁴ Pour un exemple : Jean PRADEL, Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal, Tome III, Droit pénal spécial*, Paris, Cujas, 1995, p. 438 ; s'agissant du délaissement d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger, les auteurs précisent qu'il s'agit pour l'essentiel de l'abandon d'un adulte vulnérable.

³⁸⁵ Ainsi, la notion de personne qui n'est pas en mesure de se protéger dans le délaissement de l'art. 223-3 est-elle un fait matériel, laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond. En ce sens

la notion de *personne qui n'est pas en mesure de se protéger* apparaît bien comme une notion équivalente à celle de vulnérabilité sur le plan matériel.

325. Deux arguments juridiques encouragent une telle interprétation. Tout d'abord, l'article 434-3 du Code pénal associe à l'expression *personne qui n'est pas en mesure de se protéger* exactement les mêmes causes qu'à la *particulière vulnérabilité*, à savoir l'âge, la maladie, l'infirmité, la déficience physique ou psychique ou l'état de grossesse. Ainsi, le législateur, en donnant un contenu identique aux deux notions quant à leur origine, les assimile implicitement. De même, dans les articles 223-3 et 226-14-1° du Code pénal les termes de *personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, ou de son état physique ou psychique* sont-ils utilisés. Or, en dehors du fait que le contenu ne soit pas totalement symétrique à celui de la particulière vulnérabilité, les termes employés renvoient implicitement à cette notion. Il faut remarquer que les articles 226-14-1° et 434-3 sont liés quant à leur domaine juridique, ce qui crée un parallèle supplémentaire liant inmanquablement leurs contenus.

326. En outre, la jurisprudence elle-même, notamment en application des dispositions de l'ancien code, employait indifféremment l'une ou l'autre notion. Ainsi, en matière de violences, une personne hors d'état de se protéger est-elle qualifiée par les juges du fond de personne vulnérable³⁸⁶. Dans une affaire, l'accusé avait été condamné pour viols aggravés et coups et violences volontaires sur le fondement des articles 332 et 309 de l'ancien code. Dans l'ancien code, le viol était aggravé lorsqu'il était commis sur une « personne particulièrement vulnérable » et les coups et violences lorsqu'ils étaient commis sur une « personne hors d'état de se protéger elle-même ». La Cour d'assises avait retenu la circonstance aggravante

Frédérique DREIFUSS-NETTER, Délaissement d'une personne hors d'état de se protéger, art. 223-3 et 223-4 : *J.-Cl. Pénal*, n° 7 et n° 9, pp. 3-4. La personne visée par l'art. 223-3 doit présenter une certaine vulnérabilité, Jean PRADEL, Michel DANTI-JUAN, *op. cit.* p.438.

³⁸⁶ Cass. crim., 31 mars 1987, Pourvoi n° 86-93.802 : *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. I ; Cass. crim., 17 octobre 2001, Pourvoi n° 01-81.156 ; Cass. crim., 2 avril 1998, Pourvoi n° 97-83.771 .

pour les deux infractions, ce qui lui était reproché par le pourvoi. Or, celui-ci est rejeté, selon la chambre criminelle « rien ne s'oppose à ce *qu'une même circonstance* soit relevée comme aggravant des crimes et délits distincts³⁸⁷ ». Pour la chambre criminelle, la circonstance aggravante tenant à la vulnérabilité et celle tenant à l'incapacité à se protéger sont identiques, la confusion légale des notions ne fait ici aucun doute.

327. Cette assimilation par le législateur, entre la personne particulièrement vulnérable et la personne qui n'est pas en mesure de se protéger, apparaît naturelle si l'on considère un autre élément. La loi n° 81-82 du 2 février 1981 dite loi « Sécurité-Liberté », avait érigé en circonstance aggravante, des coups, violences ou voies de fait, le fait qu'ils soient commis « sur une personne hors d'état de se protéger elle-même en raison de son état physique ou mental. »³⁸⁸ Ces infractions ont été remodelées par le Code pénal de 1992 et sont désormais regroupées sous la dénomination unique de violences. Ce code a conservé l'apport de la loi de 1981, en réécrivant la circonstance aggravante précitée. Ainsi, le législateur remplace-t-il la notion de *personne hors d'état de se protéger* par celle de *particulière vulnérabilité*. La circulaire du 14 mai 1993, commentant les dispositions législatives du Code pénal, précise laconiquement qu'à « la notion de personne hors d'état de se protéger prévue par [l'article 309], le législateur a préféré celle de personne particulièrement vulnérable³⁸⁹ », plus précisément de « particulière vulnérabilité ». Cette constatation ajoutée aux précédentes atteste sans équivoque que, dans l'esprit du législateur, les deux notions recouvrent la même teneur, même si le législateur de 1994 a préféré l'expression *personne qui n'est pas en mesure de se protéger* à celle, plus restrictive, de *personne hors d'état de se protéger*.

328. En revanche, une certaine équivoque réside dans le fait d'avoir employé des termes différents pour un seul et unique concept. Une telle pratique ne

³⁸⁷ Cass. crim., 14 février 1990 : *Bull. crim.*, n°77.

³⁸⁸ Art. 309.1° et 311, lorsque ceux-ci ont entraîné la mort sans intention de la donner.

³⁸⁹ Circulaire, Livre deuxième, Titre II, Chapitre I, Section I, B. Les meurtres aggravés, 3°.

contribue pas à la sécurité juridique et notamment à une interprétation stricte et uniforme du droit pénal. L'explication de la démarche, si elle existe, ne peut être trouvée dans les travaux préparatoires qui sont muets sur cette question. Ainsi, de manière très cohérente l'expression de "personne qui n'est pas en mesure de se protéger" peut être considérée comme une définition matérielle et légale de la situation de vulnérabilité de la personne qu'elle évoque incontestablement. L'assimilation de ces deux notions justifie cette analyse. Mais l'absence d'assimilation totale des régimes de preuves, loin de remettre en cause cette conclusion, permet au contraire de montrer que non seulement il s'agit d'une définition de la situation de vulnérabilité, mais en outre que le lien de corrélation conçu comme la condition juridique essentielle de la vulnérabilité constitue une approche cohérente.

2. Un régime de preuve identique à celui de la « particulière vulnérabilité »

329. Une telle affirmation ne va pas de soi. En effet, en apparence, le régime de la preuve de la notion de *particulière vulnérabilité* est bien différent de celui de la notion de *personne qui n'est pas en mesure de se protéger* ; mais, en réalité, l'administration de la preuve est soumise aux mêmes règles pour les deux notions.

330. Les apparences sont contre une assimilation des notions sur le terrain probatoire. En effet, dans le cas de la *particulière vulnérabilité*, le législateur présume que, lorsque l'infraction touche une personne vulnérable en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique, ou d'un état de grossesse, la personne est effectivement en situation de vulnérabilité. Il est admis *a priori* qu'elle éprouvera des difficultés à se défendre seule en raison de sa faiblesse³⁹⁰. La notion de *personne qui n'est pas en mesure de se protéger*, en

³⁹⁰ La présomption est en effet conçue comme un « vrai hypothétique qui sera sans doute vrai tout court », P. FORIERS, présomptions et fictions, *In* Centre national de recherches de logique, Travaux

revanche, vise une personne dont les difficultés à se défendre devront être établies au cas par cas. Il n'y a pas de présomption quant à l'existence de la situation de vulnérabilité de la personne. Ainsi, deux régimes probatoires coexistent : présomption légale dans un cas, et preuve rapportée devant le juge dans l'autre cas.

331. S'agissant de la *particulière vulnérabilité*, une conséquence semble naturellement en découler : les origines visées étant considérées par le législateur *a priori* comme exposant particulièrement la personne à l'acte constitutif de l'infraction en cause, la vulnérabilité de la personne sera retenue même si, dans l'espèce en cause, la personne n'est pas, matériellement, en situation de vulnérabilité relativement à cet acte. En d'autres termes, le législateur présume le lien de corrélation entre la faiblesse, origine de vulnérabilité, et les agissements de l'auteur de l'infraction en cause. En théorie donc, la *particulière vulnérabilité* peut être retenue alors qu'en l'espèce, du fait de sa faiblesse, la personne n'était pas plus exposée qu'une autre aux actes constitutifs de l'infraction. Le juge doit établir l'existence d'une faiblesse particulière, mais ne semble pas avoir à rechercher l'existence d'une situation de vulnérabilité, présumée par la loi.

332. Ainsi, pour les infractions contre les personnes, la circonstance aggravante de vulnérabilité en raison d'une déficience psychique peut être retenue, alors qu'elle ne diminue pas en fait la capacité de résistance de la personne face à l'agression en cause. Mme Michèle-Laure Rassat cite, à ce propos, l'exemple du héros du roman de Steinbeck *Des souris et des hommes*, Lennie, profondément anormal, mais néanmoins doué d'une force lui permettant largement de se défendre³⁹¹. Inversement, une vulnérabilité d'origine physique, telle une infirmité, même importante, peut, en principe, être retenue au titre de la *particulière vulnérabilité*, alors qu'elle n'empêche pas la personne de se défendre lorsque

publiés par Chaïm PERELMAN et P. FORIERS, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp. 7-26, p.9.

³⁹¹ Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial, Infraction des et contre les particuliers*, Paris, Précis, Droit privé, Dalloz, 4^e éd., 2003, p. 50, n°49.

l'agression est de nature psychologique : une contrainte morale, une menace, ou toute autre atteinte au consentement. La personne n'est pas matériellement en situation de vulnérabilité ; le lien de corrélation, présumé par le législateur, n'a pas à être établi par le juge. Mais il ne s'agit là que d'une conclusion apparente.

333. Une telle interprétation de la vulnérabilité s'éloigne incontestablement de la volonté initiale du législateur de punir plus sévèrement l'auteur qui s'attaque à une personne, alors que celle-ci ne peut effectivement pas se défendre efficacement. L'exigence tendant à ce que la *particulière vulnérabilité* soit apparente ou connue de l'auteur montre que la circonstance aggravante de vulnérabilité a pour but de punir plus sévèrement celui qui s'attaque à une personne déficiente, et non de protéger particulièrement une victime en situation d'infériorité³⁹². D'ailleurs, si l'on examine la jurisprudence, la *particulière vulnérabilité* est retenue alors que, parallèlement, la situation de vulnérabilité de la personne est avérée ; matériellement la personne est effectivement peu apte à se défendre contre les actes de l'auteur, du fait de sa faiblesse particulière. Dans l'ensemble des arrêts étudiés, l'acte d'atteinte, constitutif de l'infraction, a matériellement un lien de corrélation avec l'origine de la vulnérabilité.

334. En outre, une interprétation affinée des termes de la loi milite en faveur de la nécessité pour le juge d'exiger systématiquement une situation matérielle de vulnérabilité, en vue de la constatation d'une *particulière vulnérabilité* de la personne. En effet, la vulnérabilité doit être *particulière* ; ce terme semble inviter le juge à rechercher que, dans chaque cas, la personne est bien en situation de *particulière* vulnérabilité matérielle face à l'agression en cause. Le lien de corrélation entre l'origine de la vulnérabilité et l'atteinte doit donc être établi par le juge et n'est, en réalité, pas présumé. Le régime de preuve des notions de *particulière vulnérabilité* et de *personne qui n'est pas en mesure de se protéger* est donc uniforme.

³⁹² *Ibid.*

335. L'identité d'interprétation et de mode de preuve implique l'assimilation possible des notions. Ainsi, la notion de *personne qui n'est pas en mesure de se protéger* apparaît comme une définition matérielle légale de la *particulière vulnérabilité*, et plus précisément de la situation de vulnérabilité de la personne. Il n'en demeure pas moins que, même si elle sert notre démonstration, la coexistence dans la loi des deux notions est difficilement défendable sur le plan juridique. La simplicité, la sécurité juridique, une application stricte et uniforme du droit pénal exigent du législateur le choix d'une seule et même formule en vue de viser une même matérialité, et qu'il s'en tienne à celle-ci.

336. Tout au moins, aurait-on pu admettre que la situation matérielle de vulnérabilité de la personne soit définie légalement par l'expression de "personne qui n'est pas en mesure de se protéger". En l'absence d'une telle option, le juge doit assimiler les deux notions, afin d'être en harmonie avec les principes précités. La situation de vulnérabilité se traduit par la nécessité, pour que la vulnérabilité soit prise en compte par le droit, de l'existence d'un lien de corrélation entre l'atteinte en cause et la faiblesse de la personne, à l'origine de sa vulnérabilité. L'exigence d'un lien de corrélation, constaté au cas par cas, est encore renforcée si l'on envisage la vulnérabilité en tant que standard juridique.

§ 2. Dans la vulnérabilité entendue comme un standard de conduite

337. Il est intéressant d'examiner la situation de vulnérabilité par le prisme de la vulnérabilité conçue comme un standard, une norme de conduite. En effet, la démonstration que cette notion peut, en théorie, être conçue comme telle (A), conduit à envisager le lien de corrélation très précisément (B).

A. La vulnérabilité, standard de conduite

338. Les définitions de la vulnérabilité permettent d'affirmer que la vulnérabilité d'une personne est caractérisée par le fait que ses capacités de résistance sont amoindries, voire anéanties, ce qui rend difficile de ce fait toute

résistance à une atteinte. Une comparaison entre les capacités de résistance de cette personne avec celles d'une personne « normale » face à une atteinte précise s'impose alors naturellement afin d'évaluer l'existence ou non de cette situation de vulnérabilité. La référence à l'idée de normalité est caractéristique de la conception classique du standard. Rappelons que la normalité, c'est à la fois « ce qui sert de règle et de modèle et ce qui est dépourvu de tout caractère exceptionnel, ce qui est conforme au type le plus fréquent³⁹³ ». La normalité est ici la possibilité de résister raisonnablement à une atteinte ; la situation de vulnérabilité implique une aptitude de résistance moindre.

339. Il est étonnant de constater que ni le juge ni le législateur n'évaluent la vulnérabilité en référence à la situation d'une personne normalement apte à se défendre. Cette évaluation existe néanmoins, implicitement, dans les définitions évoquées plus haut³⁹⁴. C'est, en effet, que la faiblesse de la personne la place, de fait, dans une position différente de celle d'une personne non vulnérable, lorsqu'elle se trouve face à une atteinte particulière. Le concept de standard est exprimé ici négativement, c'est alors l'anormalité qui permet de détecter le standard. Le fait pour la vulnérabilité d'impliquer la situation spécifique, qu'est la situation de vulnérabilité de la personne, impose qu'elle soit envisagée comme un standard, au sens classique. En effet, « les standards sont des instruments de mesure des comportements et des situations mis en œuvre par de véritables règles de droit³⁹⁵ ». Or, la vulnérabilité doit être considérée *a priori* non pas comme un

³⁹³ Stéphane RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard*, Paris, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., 1980, *op. cit.* p. 61.

³⁹⁴ A cet égard, la définition de ce terme par Jean Carbonnier est révélatrice : « Le mot vulnérabilité suggère une exceptionnelle sensibilité aux coups et blessures du corps et de l'esprit, un défaut de défense plus grand que dans la moyenne des humains » (précitée), *In* : *Droit civil*, Tome 1, *Les personnes, personnalité, incapacités, personnes morales*, Paris, P.U.F., Thémis, Coll. Droit privé, 22^e éd., 2000. p. 296.

³⁹⁵ Stéphane RIALS, Les standards, notions critiques du droit, *In* : Centre national de recherches de logique, Travaux publiés par Chaïm PERELMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 41-53., p. 44.

comportement, mais comme une situation. Elle vise la circonstance dans laquelle une personne est exposée à une atteinte avérée ou potentielle. Il n'est pas exclu de la considérer également comme un comportement dans une approche plus poussée.

340. Il ne s'agit pas alors d'un comportement appréhendé comme une conduite morale, mais comme une conduite objective. La notion de conduite peut être détachée de l'idée de morale. Ainsi, la conduite objective est l'action de se diriger soi-même, la façon d'agir³⁹⁶. L'incapacité de défense d'une personne vulnérable face à une atteinte est une norme appréciée en termes de conduite. Les standards peuvent en effet recouvrir des notions n'impliquant aucune appréciation subjective ou morale³⁹⁷. Cette affirmation résulte du fait même qu'ils impliquent une référence à la notion de normalité. Or, s'aventurer à décrire la normalité est un terrain glissant, car si notre esprit "normalement rationnel" se plaît à croire en son existence, existe-t-elle en ce bas monde ? Sans doute la réponse est-elle négative, mais soyons optimistes ! L'ambiguïté de la notion est qu'elle a un sens dogmatique et un sens descriptif. C'est la distinction entre l'être et le devoir être³⁹⁸. En effet, la normalité désigne à la fois un fait, l'habituel, et une valeur attribuée à ce fait, le souhaitable, cette seconde acception étant plus réductrice et exceptionnelle³⁹⁹. La vulnérabilité, en tant que standard, ne peut être appréciée que si l'on accepte que la normalité se décline dans son sens descriptif : il s'agit de savoir si la personne est moins résistante et non si elle doit résister. Cette question confirme l'acceptation de la vulnérabilité comme un standard représentant une conduite objective de la personne.

341. Le normal est le type le plus fréquent. Au contraire, l'anormal « tout ce qui n'est pas conforme à la pratique courante, à la coutume reçue, à

³⁹⁶ Le Petit Robert.

³⁹⁷ Stéphane RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard*, op. cit. p. 74. L'auteur cite notamment « les besoins normaux d'existence ».

³⁹⁸ *Ibid.* p. 75.

³⁹⁹ Sandrine FREMEAU, *Enfant et normalité* : *RRJ* 1999, pp. 139-150, p. 140.

l'usage, tout ce qui est inopiné, insolite, imprévu, exceptionnel, tout ce qui n'est pas naturel et tel qu'on s'attendait à le trouver d'habitude ou qu'on était en droit de l'escompter⁴⁰⁰ », notons que l'anormalité ici ne s'applique pas à des personnes. Noël Dejean de la Batie, envisage le mot *normal* lorsqu'il s'agit d'inaptitudes normales ou anormales, de comportements normaux ou anormaux. Selon cet auteur, « si le droit traite les inaptitudes particulières autrement que les inaptitudes communes, ce n'est pas parce qu'elles ne sont pas naturelles, mais parce qu'elles constituent une exception, statistiquement, par rapport aux aptitudes du groupe des individus susceptibles de se trouver confrontés à un type donné de situation ». Ainsi, l'individu anormal est celui dont le comportement tranche « non pas sur celui des autres individus de la même catégorie que lui, mais sur celui des individus qui peuvent se trouver placés dans la même situation⁴⁰¹ ». « Le groupe de comparaison, par rapport auquel doit être apprécié le caractère « normal », ne peut donc être défini par référence à une donnée personnelle interne⁴⁰² ».

342. L'acception de l'anormal de Noël Dejean de Batie semble répondre parfaitement aux questions que l'on peut se poser relativement à l'appréciation de la vulnérabilité, tout est dit. La vulnérabilité de la personne doit apparaître comme une exception par rapport aux aptitudes du groupe des individus susceptibles de se trouver dans la même situation, face à la même atteinte, en l'occurrence. La comparaison ne se fait donc pas par rapport à une personne « normale » dans l'absolu : elle se fait par rapport à une personne qui n'est pas vulnérable dans la même situation. L'interprète doit donc effectuer une évaluation précise de la situation de la personne.

⁴⁰⁰ Ch. BLAEVOET, De l'anormal devant les hautes juridictions civile et administrative : *JCP* 1946, I, 560, 2^e p.

⁴⁰¹ Noël DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 148, n°174.

⁴⁰² *Ibid.* pp. 148-149, n°174.

B. Le lien de corrélation dans l'appréciation de la vulnérabilité en tant que standard juridique

343. On l'a vu, le législateur pénal semble présumer que lorsqu'une personne est particulièrement vulnérable en raison de l'âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique, ou d'un état de grossesse, connu de l'auteur, elle est moins apte à se défendre ; il est donc pour l'auteur plus grave de s'en prendre à elle. En fait, le juge devra toujours rechercher que la personne était effectivement en situation de vulnérabilité. Cette question a été examinée sur le terrain de la preuve ; elle le dépasse largement. En effet, il s'agit de savoir si le lien de corrélation entre l'atteinte en cause et la faiblesse de la personne doit toujours exister matériellement en tant qu'il caractérise la situation de vulnérabilité. L'enjeu se dessine : la situation matérielle de vulnérabilité est-elle une condition matérielle de l'existence de la vulnérabilité de la personne ?

344. Concevoir la matérialité de la vulnérabilité comme un standard juridique permet de répondre positivement à cette question. Il faut alors évaluer la situation de la personne en cause par rapport à la situation d'une personne qui ne serait pas vulnérable face à la même atteinte ; en quoi la faiblesse de la personne a rendu l'infraction plus accessible à l'auteur que s'il s'était agi d'une personne normale. Cette recherche du lien de corrélation est imposée en fait par les termes employés par le législateur. En premier lieu, le législateur a prévu, pour deux infractions, le vol et les destructions, dégradations, détériorations ne présentant pas de danger pour les personnes, que la vulnérabilité devait avoir facilité l'infraction pour aggraver celle-ci⁴⁰³. En second lieu, le fait que le législateur dispose que la vulnérabilité pour aggraver l'infraction doive être *particulière*, permet de donner à cet adjectif une perspective différente des précédentes.

345. Tout d'abord donc, la vulnérabilité aggrave les infractions de vol et de destruction, dégradation, détérioration ne présentant pas de danger pour les personnes seulement lorsqu'elle a facilité la commission de cette infraction. Lors

⁴⁰³ Art. 311-4-5° et art. 322-3-2 du Code pénal.

des débats parlementaires, il a été soutenu qu'il « ne paraît nullement justifié d'aggraver les peines du vol commis au préjudice d'une personne vulnérable, dès lors que cette vulnérabilité n'a ni directement ni indirectement facilité la commission du vol⁴⁰⁴ ». Le lien de corrélation est ici rétabli clairement, il n'est pas présumé, car il faut que la vulnérabilité de la personne ait rendu effectivement plus facile la commission de l'atteinte pour que le droit la prenne en compte. Cette "facilitation" doit en outre être appréciée de manière objective par le juge. Le point de vue, orienté au départ du côté de la victime, à travers son incapacité à se défendre du fait de la faiblesse, passe, ici, du côté de l'auteur, et se manifeste par le fait que la faiblesse facilite ses agissements. Le législateur a donc, pour ces deux délits contre les biens, rétabli expressément un lien de corrélation exigeant que la vulnérabilité ait, en l'espèce, facilité objectivement la commission de l'acte constitutif de l'infraction.

346. Ensuite, lorsque la loi précise que la vulnérabilité de la personne doit être *particulière*, elle offre au juge un outil pour une appréciation mesurée de la vulnérabilité. Selon M. Stéphane Rials, « l'idée de normalité à l'état pur se manifeste dans des termes comme normal, anormal, exceptionnel, particulier, spécial, excessif, exagéré, abusif, extraordinaire, exorbitant...⁴⁰⁵ ». Ainsi, il existe des substituts au terme *anormal* indiquant la présence d'un standard. Parmi ceux-ci, on trouve l'adjectif *particulier*⁴⁰⁶. Cet outil de mesure que constitue l'adjectif *particulière* est utile, on l'a vu, dans l'évaluation de la faiblesse, origine matérielle de la vulnérabilité. Il s'agissait dans ce cas d'un standard matériel. Mais cet adjectif offre un éclairage supplémentaire à la notion de vulnérabilité, en tant que standard

⁴⁰⁴ M. Michel SAPIN, *JO Sénat*, Séance du 29 octobre 1991, p. 3359.

⁴⁰⁵ Stéphane RIALS, Les standards, notions critiques du droit, *In* : Centre national de recherches de logique, Travaux publiés par Chaïm PERELMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 41-53., p. 43.

⁴⁰⁶ Stéphane RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard*, *op. cit.* p. 62 ; d'ailleurs, selon l'auteur, l'adjectif qualificatif et l'adverbe semblent les formes grammaticales essentielles du standard, assez naturellement puisque ceux-ci permettent de caractériser les personnes et les choses sous le rapport de la qualité, *Ibid.* pp. 45-46.

de conduite. Le fait que la vulnérabilité doive être *particulière* signifie, en effet, qu'elle doit avoir ce caractère pour les faits précis que le juge doit qualifier, dans le cas particulier à juger. Or, pour qu'une personne soit effectivement vulnérable, en l'espèce, l'intention du législateur n'est-elle pas que la vulnérabilité amoindrisse les capacités de résistance de la personne face à l'acte particulier qu'elle subit ? Ou peut-être, de manière plus en accord avec l'esprit du droit pénal, l'acte commis par l'auteur ne doit-il pas avoir été plus "accessible" à l'auteur de l'infraction du fait de la vulnérabilité de la victime ? L'interprétation téléologique des dispositions légales va indiscutablement en ce sens.

347. L'exigence du lien de corrélation dans chaque affaire est alors inévitablement latente dans l'esprit du juge du fait de l'exigence légale de *particulière* vulnérabilité : la situation de vulnérabilité doit toujours être constatée matériellement. Il arrive d'ailleurs que celui-ci l'exprime. Ainsi, dans un arrêt du 23 février 2000, la Cour de cassation précise que selon les experts les victimes handicapées devaient « être considérées comme particulièrement vulnérables au regard des atteintes sexuelles⁴⁰⁷ ». Le lien de corrélation entre vulnérabilité matérielle des victimes et nature de l'atteinte subie est donc objectivement établi. Au contraire, la chambre criminelle, dans un arrêt du 17 septembre 2002, a retenu, parmi les éléments justifiant la relaxe d'un prévenu du chef d'abus de faiblesse d'une personne vulnérable, l'absence de situation de vulnérabilité de la victime. Selon les juges « les conclusions du médecin expert qui l'a examinée ne permettent pas d'établir qu'elle se soit trouvée en situation de vulnérabilité particulière à l'égard du prévenu⁴⁰⁸ ». L'absence de situation matérielle de vulnérabilité exclut que la vulnérabilité de la victime soit caractérisée. En ce sens, la culpabilité normative de l'auteur, eu égard à la circonstance de vulnérabilité, résulte de la commission d'une infraction alors que la victime – ou autre personne dont la vulnérabilité a facilité la commission pour le vol et les destructions – avait ses capacités de défense altérées face à l'atteinte subie. Le lien de corrélation objectif entre la faiblesse et l'acte

⁴⁰⁷ Cass. crim., 23 février 2000, Pourvoi n°99-87.683 .

⁴⁰⁸ Cass. crim., 17 septembre 2002, Pourvoi n°01-87.5 95.

risqué de ce fait, qui semble présumé par le législateur, doit pourtant bien être établi par une évaluation matérielle au cas par cas.

348. Le lien de corrélation est latent à travers les différentes approches de la vulnérabilité. Mais parfois son existence apparaît de manière plus explicite, la nécessité d'une situation de vulnérabilité conditionnant l'existence de la notion de vulnérabilité relève de l'évidence.

Section II. Un lien patent

349. Que l'on examine l'origine de l'apparition de la vulnérabilité en droit (§ 1) ou que l'on examine cette notion relativement à des notions voisines (§ 2), le lien de corrélation entre la faiblesse de la personne et l'atteinte à laquelle elle est exposée de ce fait conditionne explicitement l'existence matérielle de la notion de vulnérabilité.

§ 1. Dans la conception originelle de la vulnérabilité

350. L'émergence de la notion de vulnérabilité en droit pénal, et l'extension de cette notion en droit privé, trouve incontestablement son origine dans les travaux des victimologues⁴⁰⁹ ; principalement sur les caractéristiques de la victime, le rôle qu'elle joue dans la genèse du crime. La victimologie en ce sens est d'apparition très récente – deuxième moitié du XX^e siècle –, il est, par conséquent, tout à fait logique que la notion de vulnérabilité, s'appuyant sur ces travaux, ne soit apparue que très récemment dans notre législation criminelle, et soit plus que balbutiante dans l'ensemble du droit privé. L'ensemble des études, en ce domaine, est intéressant dans la mesure où les travaux effectués n'ont eu de cesse de montrer l'existence d'un lien entre la situation matérielle de la victime et l'atteinte qui lui est portée. Ainsi, la faiblesse de la victime, en particulier, est parfois considérée comme un élément déterminant dans l'apparition d'une atteinte, une infraction notamment. L'existence d'un lien de corrélation entre la faiblesse et l'atteinte apparaît comme l'objet même de certains travaux. Bien qu'elle ne soit pas

⁴⁰⁹ Il n'est pas question de présenter ici l'ensemble des théories victimologiques, mais, simplement, de mettre en lumière les aspects de celles-ci permettant de montrer l'importance de la vulnérabilité de la personne parmi les facteurs conduisant à la victimisation.

mentionnée expressément, la condition tenant au lien de corrélation est manifestement significative de la situation de vulnérabilité de la victime.

351. La criminologie, après s'être intéressée essentiellement aux origines et facteurs de la délinquance, centrée sur le délinquant et l'acte criminel, s'est peu à peu ouverte à une autre branche, celle liée aux origines et facteurs de la victimisation pour expliquer le crime. Les premiers travaux sur ce sujet, visant à déterminer qui sont les victimes et donc pourquoi la victime devient victime, ont montré que la vulnérabilité matérielle de la personne, préexistant au crime, faisait partie des facteurs explicatifs, et ce de manière assez constante. Ainsi, dans un ouvrage important, *The criminal and his victim*, Hans Von Hentig présente les victimes en une classification générale comportant cinq catégories : les jeunes qui sont les plus faibles physiquement ou mentalement, les femmes, les personnes âgées, les personnes mentalement déficientes ou malades mentales, parmi lesquelles figurent notamment les personnes toxicomanes, alcooliques, et enfin une catégorie regroupant les immigrants, les minorités, les personnes débiles légères⁴¹⁰. Ces catégories de victimes sont vulnérables en raison soit de leur âge, soit de leur sexe, soit de leur déficience mentale, soit de leur statut social défavorisé⁴¹¹. L'idée développée par l'auteur est que la victime contribue à la genèse de l'infraction soit par sa situation de victime potentielle – *potential victim* – choisie parce qu'elle ne parlera pas, soit par sa capacité à être autant auteur que victime, dans le cas du suicide⁴¹².

352. Cette typologie est affinée par Henri Hellenberger, qui distingue le *criminel victime* et la *victime latente*, assimilable à la *potential victim* de Von Hentig. L'auteur admet en effet que « certains individus exercent une attraction sur le

⁴¹⁰ Hans VON HENTIG, *The criminal and his victim. Studies in the sociobiology of crime*, New Haven, Yale University Press, 1948, p. 404-419.

⁴¹¹ Simha F. LANDAU, Robert E. FREEMAN-LONGO, *Classifying victims : a proposed multidimensional victimological typology : International review of victimology* 1990, n° 3, pp. 267-286, p. 268.

⁴¹² *Ibid.* p. 382-390.

criminel, attraction semblable à celle que l'agneau exerce sur le loup⁴¹³ ». Il existe ainsi des prédispositions spéciales que sont notamment l'âge, le métier, les états psychopathologiques – débiles mentaux, caractériels, alcooliques, déprimés, paranoïaques –, la situation sociale – immigrants, minorité et isolement social⁴¹⁴. A côté de ces prédispositions spéciales, il existe les prédispositions générales de la « victime-née », qui par son attitude psychologique – rejet de soi-même, manque de joie de vivre, culpabilité d'être trop favorisée – favoriserait la survenance du crime⁴¹⁵. Comme Von Hentig, l'auteur met l'accent sur la complexité de la relation du criminel et de la victime, ce qui permet d'intégrer la victime dans la genèse du crime. Pour ces auteurs donc, il existe de manière évidente une corrélation entre la survenance du crime et la faiblesse de certaines victimes.

353. C'est surtout Benjamin Mendelsohn qui fixe les fondements de la science victimologique, ou victimologie secondaire, visant à mieux connaître la victime, sa souffrance, et la prendre en considération dans le processus pénal⁴¹⁶. Selon l'auteur, la victimologie au sens strict, victimologie dite primaire – c'est-à-dire l'étude des rapports de la victime et de l'auteur de l'acte délictueux⁴¹⁷ – doit étudier « les éléments communs permettant de découvrir les *données générales* qui rendent certains individus enclins à devenir des victimes à cause d'un potentiel réduit, ou inexistant, de résistance du point de vue bio-psycho-social⁴¹⁸ ». Ainsi, il existerait, selon l'auteur, « un penchant subconscient à devenir victime, à souffrir ».

⁴¹³ Henri ELLENBERGER, Relations psychologiques entre le criminel et la victime : *Rev. int. crim. pol. techn.* 1954, VII, pp. 103-121, p. 111.

⁴¹⁴ *Ibid.* pp. 111-113.

⁴¹⁵ *Ibid.* p. 114.

⁴¹⁶ Benjamin MENDELSON, Victimologie and Contemporary Society Trends, *In* : *Victims and Society*, Emilio C. Viano (Sous-dir.), Washington D.C., Visage Press, 1976, pp. 7-27.

⁴¹⁷ Selon Raymond GASSIN, *In* : *Criminologie*, Paris, Précis, Droit privé, Dalloz, 4^e éd., 1998, p. 422, n° 165.

⁴¹⁸ Benjamin MENDELSON, cité par Robert CARIO, *In* : *Victimologie, De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, Paris, Coll. Traité de Sciences criminelles, L'Harmattan, 2000, p. 100.

Benjamin Mendelsohn met en évidence le rôle joué par certaines victimes dans le passage à l'acte et utilise, de manière contestable, la notion de culpabilité de certaines victimes à ce propos. Cette notion de culpabilité de la victime est parfois poussée à l'extrême. La force des mots en est parfois la preuve, M. Jean Pinatel rapporte ainsi que la langue anglaise a créé un équivalent de gérondif latin « pour désigner les personnes qui provoquent par leur comportement des actes désastreux pour elles-mêmes : *murderee*, désigne la personne qui s'attire un meurtre ou un assassinat ; *rapee* une personne qui provoque un viol, etc.⁴¹⁹ ».

354. Cette approche très contestable est remise en cause par M. Ezzat Fattah pour qui « parler de la responsabilité des victimes équivaut à l'hérésie et ne peut susciter que des attaques et des critiques⁴²⁰ ». L'auteur a le mérite d'insister sur le fait que la victime est un élément principal de la situation précriminelle, préexistant donc au passage à l'acte. La présence ou l'absence de victime, l'attitude de celle-ci, a une influence sur la force des inhibitions de l'auteur et donc sur le passage à l'acte. L'auteur de l'infraction a besoin de légitimer son acte afin de vaincre sa résistance morale et de calmer ses sentiments de culpabilité. Le consentement, la sollicitation, la provocation de la victime sont déterminants pour

⁴¹⁹ Jean PINATEL, Les aspects interpersonnels de la conduite criminelle : *Rev. sc. crim.* 1961, pp.392-399, p. 398. L'auteur décrit les facteurs qui influencent les rapports du criminel et de sa victime et confirme les analyses précédentes : il cite l'âge, le sexe, les états pathologiques de la personne. Il précise qu'en particulier les enfants sont exposés aux mauvais traitements, à l'exploitation, aux délits sexuels, l'adolescence est soumise aux entraînements, la vieillesse au dépouillement et à l'homicide, les débilés mentaux « sont exposés à être séduits », les alcooliques peuvent être volés séduits ou assassinés. Aussi, les facteurs sociaux jouent-ils un rôle : en particulier la situation sociale qui « expose les étrangers, les immigrants, les minorités ethniques ou religieuses », de même que l'isolement social. Il est en revanche particulièrement choquant d'affirmer que le sexe est un facteur important en prenant notamment pour exemple « l'homme heureux voyageant pour son plaisir » exposé (le malheureux !) aux manœuvres « des prostituées des aérodromes » : la vulnérabilité semble aujourd'hui avoir changé de bord. pp. 398-399.

⁴²⁰ Ezzat A. FATTAH, Victimologie : tendances récentes : *Criminologie* 1980, n°1, pp. 6-36, p. 24.

ce passage à l'acte⁴²¹. Ainsi, sans parler de culpabilité, la participation de la victime à l'infraction est tout de même mise en évidence.

355. Les typologies de victimes qui ont suivi se sont efforcées de s'élargir aux situations extra-pénales. Ainsi, Vasile V. Stanciu, appréhende-t-il la victime comme la personne ayant subi un crime, compris largement comme un acte qui provoque une souffrance⁴²². Les catégories de victimes particulièrement exposées qu'il met en lumière correspondent aux constats traditionnels des victimologues. Ainsi, ces victimes qu'il nomme « victims by destination » sont principalement les personnes âgées, les personnes appartenant à des minorités ethniques et religieuses, les personnes retardées mentalement, certains immigrants, et les personnes pauvres⁴²³. Cette approche est intéressante, car elle ne cantonne pas la victime potentielle à la victime potentielle d'une infraction, mais permet de considérer la victime potentielle de tout acte attentatoire commis à l'encontre de la personne, ce qui élargit le champ d'application de la notion.

356. La vulnérabilité de la personne contient donc dès l'origine l'idée de potentialité d'une victimisation, mais aussi de probabilité de celle-ci. Selon Mme Françoise Alt-Maes, la personne vulnérable est une victime potentielle « qui n'a pas encore subi de dommage, mais qui *à raison de son état, de sa faiblesse ou d'une situation particulière risque de se trouver particulièrement exposée*. Les victimologues parlent alors de « prédispositions générales à la victimabilité⁴²⁴ ». Ainsi, des catégories comprenant les caractéristiques des individus les rendant particulièrement vulnérables à la victimisation ont été mises en évidence : l'âge, le

⁴²¹ *Ibid.* pp. 173-178.

⁴²² Vasile V. STANCIU, Victim-Producing Civilizations and Situations, *In* : *Victims and Society*, Emilio C. Viano (Sous-dir.), Washington D.C., Visage Press, 1976, pp. 28-39, p. 29.

⁴²³ *Ibid.* p. 33.

⁴²⁴ Françoise ALT-MAES, Le concept de victime en droit civil et en droit pénal : *Rev. sc. crim.* 1994, pp. 35-52, p. 49.

sexe, déficience mentale, maladie physique ou handicap, maladie mentale, appartenance à un groupe social défavorisé⁴²⁵.

357. Le droit n'est pas indifférent à cette situation : la protection est accordée à une personne qui risque de devenir victime ou qui a de fortes probabilités de le devenir⁴²⁶. Cette protection débouche en droit pénal sur la rééducation de la victime afin qu'elle évite de subir un dommage et la prévention en faveur d'une victime potentielle ou contre les délinquants potentiels. Elle se manifeste en droit civil par l'information, particulièrement nécessaire en matière de responsabilité médicale, de recherches biomédicales par exemple, elle débouche parfois sur l'obligation de conseil, et, dans la responsabilité contractuelle, la prévention se trouve directement liée à l'information du consommateur et à l'obligation de renseignement⁴²⁷. Il est intéressant de constater que la prise en compte juridique de la vulnérabilité de la personne aboutit aux mêmes techniques de protection, ce qui traduit incontestablement que la vulnérabilité doit être analysée en une victimisation éventuelle.

358. S'il est possible d'affirmer que la personne vulnérable est une victime potentielle, il convient de préciser que la vulnérabilité n'implique pas la situation de victime, elle implique l'atteinte matérielle en tant qu'acte et non en tant que résultat. En effet, la victime est la personne qui souffre soit des agissements d'autrui, soit d'évènements néfastes⁴²⁸. La vulnérabilité de la personne n'induit pas en elle-même cette souffrance, elle ne marque qu'un état, une situation préexistante à l'agissement attentatoire d'autrui⁴²⁹. Au-delà encore, il faut distinguer

⁴²⁵ Simha F. LANDAU, Robert E. FREEMAN-LONGO, *art. préc.* p. 276.

⁴²⁶ Françoise ALT-MAES, *art. préc.* p. 50.

⁴²⁷ *Ibid.* p. 50 et 51.

⁴²⁸ *Ibid.* p. 35.

⁴²⁹ Bien qu'il soit possible de considérer que l'atteinte risquée puisse provenir d'un évènement, et non d'une action humaine, le droit semble essentiellement retenir la vulnérabilité lorsque le risque est créé par une autre personne. Ce constat s'explique, sans aucun doute, par l'origine victimologique de la notion, étudiant le rapport entre l'acte humain infractionnel, ou l'auteur de cet acte, et la victime. En outre, on verra dans la seconde partie que la vulnérabilité est retenue, en droit, en vue de qualifier une

la vulnérabilité de la personne de la prédisposition lorsqu'elle est analysée comme ayant pour « effet, principalement, de faire courir à la victime un risque de plus grand dommage, voire d'entraîner un résultat dommageable, alors qu'un individu bien portant n'aurait, dans la même situation, souffert aucun préjudice⁴³⁰ ». Cette acception met l'accent sur le risque de subir un dommage alors que la vulnérabilité concerne le risque d'atteinte en tant qu'acte. La notion de vulnérabilité n'implique pas la potentialité du dommage, mais la potentialité d'une atteinte. La potentialité signifie que l'atteinte peut survenir ou non. Mais la vulnérabilité implique une forte probabilité que l'atteinte se réalise du fait de la faiblesse matérielle de la personne. En d'autres termes, « la vulnérabilité n'est pas autre chose qu'un facteur d'aggravation des risques⁴³¹ ». Le lien de corrélation entre la faiblesse et l'atteinte risquée apparaît très nettement. Tel est le cas aussi lorsque la vulnérabilité est mise en perspective avec des notions proches.

§ 1. Dans la conception relative de la vulnérabilité

359. La vulnérabilité semble difficile à distinguer, sur le plan matériel, de deux notions en particulier : la faiblesse et la dépendance. Or, l'éventuelle autonomie matérielle de la vulnérabilité relativement à ces notions n'a d'espoir d'exister que par la condition d'existence d'une situation de vulnérabilité, grâce au critère que constitue le lien de corrélation entre la faiblesse de la personne et l'atteinte à laquelle elle est exposée de fait. Ainsi, d'une part, la notion de vulnérabilité peut être singularisée au sein de la notion de faiblesse dans laquelle

atteinte pour la prévenir, et surtout pour en sanctionner l'auteur. La vulnérabilité recouvre donc, le plus souvent, une exposition aux agissements d'autrui.

⁴³⁰ Jean-Claude MONTANIER, *L'incidence des prédispositions de la victime sur la causalité du dommage*, Thèse Grenoble II, 1978, Grenoble, Service de reproduction des thèses Grenoble II, 1981, n° 164, p. 162.

⁴³¹ Frédérique COHEY-CORDEY, Préface, *In* : Centre de droit fondamental, Faculté de droit de Grenoble, Frédérique COHET-CORDEY (Sous-dir.), *Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2000, pp. 9-10, p.10.

elle est incluse (A). D'autre part, une différenciation entre les notions de vulnérabilité et de dépendance devient possible, même si ces notions entretiennent des rapports se situant entre autonomie et confusion sur le plan matériel (B).

A. Une singularisation relative à la notion de faiblesse

360. La faiblesse apparaît matériellement comme une notion plus large ; une autonomie complète entre les notions est alors difficile à déceler. En outre, la prise en compte de la faiblesse matérielle d'une personne se fait, en droit, bien souvent dans un souci d'égalité, la question des rapports entre l'égalité et la vulnérabilité se pose donc ici indirectement.

1. La teneur de la distinction entre les notions

361. Les notions de vulnérabilité et de faiblesse sont proches. Leur relation est faite de confusion et de fausses pistes. La faiblesse sert d'assise matérielle à la vulnérabilité. L'analyse de celle-ci montre, on l'a vu, qu'une faiblesse atteignant un certain degré est à l'origine de la vulnérabilité, en fait, comme en droit. Ainsi, il semble que les personnes faibles soient une grande catégorie constituée notamment des mineurs, des personnes particulièrement vulnérables, des personnes en état de sujétion, si l'on en croit les termes de l'article 223-15-2 du Code pénal réprimant l'abus d'ignorance ou de la situation de faiblesse de l'une ou l'autre de ces catégories de personnes. Là où la difficulté s'accroît, c'est que la doctrine emploie très fréquemment le terme de vulnérabilité pour celui de faiblesse, comme un synonyme. Un tel emploi révèle, en fait, une conception de la vulnérabilité qui se limite presque aux faiblesses la caractérisant et occultant, ou ne prenant en compte que de manière très lointaine, la situation de vulnérabilité face à l'atteinte. C'est le cas, notamment, en ce qui concerne l'article L. 122-8 du Code de la consommation, qui incrimine l'abus de faiblesse en matière de démarchage à

domicile, ne distinguant quant à lui pas de catégories particulières de personnes faibles, notamment les personnes vulnérables⁴³².

362. La faiblesse semble être une notion plus générale, encore plus floue, de droit mou même, au sens où il n'y a aucun critère permettant d'en avoir une approche logique, construite⁴³³. Ainsi, concernant l'article L. 122-8 du Code de la consommation, réprimant l'abus de faiblesse en matière de démarchage à domicile, la notion de vulnérabilité permet, parfois, plus facilement au juge de préciser la situation des personnes. Le choix de recourir à la notion de vulnérabilité plutôt qu'à celle de faiblesse traduit la volonté de viser une particulière fragilité face aux atteintes, une incapacité à les contrer. Un arrêt relève que l'attitude des prévenus indique bien à quel point ceux-ci étaient parfaitement conscients d'avoir affaire à une clientèle particulièrement vulnérable⁴³⁴. Aussi, la chambre criminelle précise-t-elle, dans un arrêt du 21 novembre 2001, que des victimes étaient particulièrement vulnérables en raison des épreuves qu'elles subissaient liées à la maladie de la femme, à l'âge du mari et au caractère du fils, l'abus de faiblesse, dont l'auteur est un guérisseur, est donc constitué⁴³⁵. Surtout, l'arrêt de la chambre criminelle du 29 avril 2003 semble consacrer une tendance de plus en plus prégnante des juges à viser la vulnérabilité plutôt que la faiblesse relativement à cet

⁴³² Marc LEROUX, L'abus de faiblesse des consommateurs, un abus de circonstances : *Notes bleues de Bercy*, septembre 1993, p. 2 ; Guy RAYMOND, note sous Cass. crim. 26 octobre 1999, M. Salvy et autres : *Contrats, conc., consom.* 2000, Comm. 102, p. 25.

⁴³³ Ainsi la notion « d'économiquement faible » visait autrefois les personnes percevant de nombreuses et diverses aides sociales du fait de leur situation économique, les vieillards, infirmes, incurables, les personnes socialement très modestes, les vieux travailleurs, les aveugles et grands infirmes, les accidentés du travail, les chômeurs âgés. Or, était dénoncée l'absence de coordination des textes concernant l'âge ou les taux d'invalidité. Voir : P. LAMBERT, Les économiquement faibles : *Gaz. Pal.* 1952, II, pp. 15-23, p. 15.

⁴³⁴ Pierre BOUZAT, obs. sous T. corr. Belley, 14 décembre 1989 : *RTD com.* 1990, pp. 291-294, p.293.

⁴³⁵ Cass. crim., 21 novembre 2001, Fofana Ousmane : *Dr. pénal* 2002, Comm. 46, pp. 19-20, note Jacques-Henri ROBERT ; *Dr. soc.* 2002, pp. 214-216, obs. Jean SAVATIER. Sur la notion de « particulière vulnérabilité » nous renvoyons à nouveau au § 201, *supra*.

article. Dans un attendu révélateur, la cour constate en effet expressément la vulnérabilité de la victime âgée psychologiquement affaiblie justifiant la qualification du délit par les juges du fond⁴³⁶.

363. Subsidiairement, on se doit de préciser que cette tendance à utiliser la notion de vulnérabilité relativement à l'article L. 122-8 du Code de la consommation traduit avec force la difficulté pour les juges de trancher entre cette qualification et celle résultant de l'article 223-15-2 du Code pénal. Il est avéré que les poursuites en matière d'abus de faiblesse se fondent plus fréquemment sur l'article 223-15-2 du Code pénal que sur l'article L. 122-8 du Code de la consommation, si l'on se réfère au nombre d'arrêts de la chambre criminelle ; l'article L. 122-8 du Code de la consommation est pourtant plus ancien et les peines qu'il prévoit sont plus sévères (cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 9 000 euros face à trois ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende)⁴³⁷. On peut regretter, avec le professeur Guy Raymond, cette dualité de fondement en matière d'abus de faiblesse. L'auteur estime qu'il « faudra bien choisir et supprimer l'un des deux abus de faiblesse, sans doute celui du Code de la consommation »⁴³⁸.

364. Quoi qu'il en soit, la vulnérabilité est une notion incontournable pour qualifier ce type d'abus. La faiblesse quant à elle est certainement le visage matériel de la notion de vulnérabilité, sa facette visible ; la difficulté de distinction est là. Elle semble d'ailleurs parfois faite par les juges. S'agissant de la victime, ils remarquent que : « ... sa faiblesse et sa vulnérabilité ne font aucun doute⁴³⁹. » Les

⁴³⁶ Cass. crim., 29 avril 2003, Pourvoi n°02-86.654.

⁴³⁷ Frédérique AGOSTINI, La responsabilité pénale en droit de la consommation, panorama de la jurisprudence de la Chambre criminelle, *In* : *Rapport de la Cour de cassation 2002*, Paris, La documentation française, 2003, pp. 119-144, p. 126.

⁴³⁸ Guy RAYMOND, note sous C.A. Riom, 11 juin 2003 : *Contrats, conc., consom.* 2004, Comm. 48, p. 28.

⁴³⁹ CA Dijon, 10 février 2000, Ministère public et Union fédérale des consommateurs [UFC] de Saône-et-Loire c./ M. Rebheiser : *Contrats, conc., consom.* 2001, pp. 23-24, note Guy RAYMOND.

notions ne sont pas ici employées comme synonymes. La faiblesse est liée au grand âge de la victime, quatre-vingt-six ans en l'espèce, au fait qu'elle confondait anciens et nouveaux francs, ce qui l'a rendue vulnérable dans le cadre d'une vente à domicile. La vulnérabilité comprend à la fois cette faiblesse et la situation de la personne face au risque d'atteinte au consentement corrélatif. Cette situation de vulnérabilité n'aurait pas existé si la personne faible n'avait pas été seule à ce moment. La présence d'une personne à ses côtés qui l'aide, l'assiste et la conseille dans ses démarches en éclairant son consentement permet à la personne de se défendre. Celle-ci n'est plus particulièrement exposée à un abus.

365. En revanche, la faiblesse de la personne subsiste et ne peut disparaître aussi facilement, alors que la situation de vulnérabilité est, quant à elle, dissipée. C'est l'absence de cette "personne de confiance" qui crée la vulnérabilité, alors que la faiblesse est permanente. Un arrêt de la Cour de cassation relève un abus de faiblesse d'une personne vulnérable sur le fondement de l'article 313-4 du Code pénal. La faiblesse caractérisée de la personne est constatée, mais la vulnérabilité résulte de ce que « la personne qui lui prêtait habituellement assistance se trouvait absente » au moment de la signature du contrat⁴⁴⁰. Aussi, les juges peuvent-ils constater la « vulnérabilité d'une victime isolée de toute aide extérieure » s'agissant de personnes dépendantes d'un foyer de personnes malades et handicapées⁴⁴¹. La vulnérabilité vise bien la faiblesse caractérisée, mais mise en situation et non dans l'absolu. La situation change (la personne dispose à ses côtés d'une autre personne bienveillante pour la conseiller), la vulnérabilité s'envole, la faiblesse demeure.

366. La faiblesse, notion aux contours indéfinissables, conditionne l'existence de la vulnérabilité sur le plan matériel : elle est l'élément préexistant exigé pour qu'il y ait effectivement vulnérabilité. Ce qui est notable est que la vulnérabilité quant à son origine emporte une conception large des faiblesses prises en compte par le droit, à laquelle répond toutefois une appréciation stricte de la

⁴⁴⁰ Cass. crim., 17 janvier 2001 : *Bull. crim.*, n° 16, pp. 40-42.

⁴⁴¹ Cass. crim., 18 mai 2004, Pourvoi n° 03-82.733.

faiblesse quant à sa caractérisation. Ainsi, parmi les personnes faibles, seules celles dont la faiblesse atteint un certain degré de gravité et celles qui sont en situation de risque corrélatif à cette faiblesse peuvent être considérées comme des personnes vulnérables. La vulnérabilité apparaît comme une faiblesse caractérisée mise en situation, elle n'est pas la faiblesse elle-même, notion plus large et plus diffuse encore. La vulnérabilité n'est donc pas autonome par rapport à la faiblesse dont elle dépend en partie. En revanche, la situation de vulnérabilité de la personne caractérisée par le lien de corrélation nécessaire entre la faiblesse et un risque d'atteinte singularise nettement la vulnérabilité au sein de la notion de faiblesse.

367. Cette singularisation ressort aussi lorsque l'on considère la faiblesse de certains individus par rapport aux autres, elle apparaît comme intimement liée à la question de l'égalité ou plutôt à celle de l'inégalité entre les personnes.

2. Les prolongements de la distinction : les rapports entre la vulnérabilité et l'égalité

368. Le constat de la faiblesse de certaines personnes par rapport à d'autres sur le plan matériel peut conduire le droit à combler cette inégalité entre les personnes. Ainsi, « l'idée égalitaire, dont l'importance a été si grande dans les temps modernes et qui est à la base de tant d'institutions de droit public ou privé, repose au fond sur ce que les hommes sont tous exposés à la souffrance. Elle ne peut en effet se fonder sur l'égalité des hommes au point de vue de l'intelligence ou des mérites, laquelle n'existe pas [...] Il est naturel même que la société soit organisée pour offrir des avantages spéciaux à ceux qui souffrent le plus : aux malades⁴⁴² ». L'idée de souffrance exprimée ici relativement à l'inégalité rapproche cette notion de la vulnérabilité. Lorsque le droit prend en compte, d'une manière où d'une autre, la faiblesse des personnes, il reconnaît l'existence de cette irrémédiable inégalité de fait. Dans une vision réaliste, il est possible d'admettre

⁴⁴² René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, essai critique*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1911, p. 136.

qu'il est « certain qu'aucun régime légal ne saurait parvenir à détruire les inégalités sociales ou fonctionnelles. Celles qui naissent de l'injustice doivent être corrigées ; les autres doivent être subies et aucun progrès technique ne pourra les faire disparaître⁴⁴³ ». La correction apportée par le droit aux inégalités de fait ne résout pas tout, car l'égalité juridique n'est certainement pas source d'égalité de fait, et inversement l'inégalité de fait ne peut détruire l'égalité de droit. En effet, « il est classique d'opposer la réalité des inégalités de fait à la vanité de l'inégalité de droit. Controverse sans issue, parce que de part et d'autre, on n'y parle pas de la même chose. Même dans la condition la plus misérable, le sujet de droit est un possible que le fait ne détruit pas⁴⁴⁴ ».

369. Mais la prise en compte de la faiblesse des personnes, source d'inégalité de fait, conduit à un raisonnement visant à l'effectivité du droit dans sa volonté d'égalité. Ainsi, de manière générale, le principe d'égalité apparaît sur le terrain juridique selon l'analyse suivante : il « ne dit pas ce qui est égal, mais définit seulement que ce qui est égal doit être traité de manière égale et, dans la mesure du possible, ce qui est inégal doit être traité de manière inégale⁴⁴⁵ ». La prise en compte des faiblesses de la personne sources d'inégalité a pour but de compenser la faiblesse, essayer de rétablir une égalité de fait par le droit.

370. Est-ce à dire que toutes les fois que le droit prend en compte la faiblesse d'une personne, il le fait dans un but égalitaire ? Une telle analyse conduirait à considérer que la prise en compte juridique de la vulnérabilité, dont l'origine est une faiblesse, a pour objet la mise en œuvre du principe d'égalité. Cette conception de la vulnérabilité ne peut s'entendre que si la situation de vulnérabilité

⁴⁴³ Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., 1955, n°121, p. 304.

⁴⁴⁴ Jean CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 10^e éd., 2001, p. 237.

⁴⁴⁵ Christian STARCK, L'égalité en tant que mesure du droit, *In* : Centre national de recherches de logique, Travaux publiés par Chaïm PERELMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 181-199, p. 184. L'auteur rappelle ainsi la philosophie d'Aristote.

est prise en compte. Alors, on pourrait considérer que la vulnérabilité vise à rétablir l'égalité entre la personne qui ne peut pas se défendre du fait de sa faiblesse et celle qui le peut n'étant pas en situation de vulnérabilité. Le droit opèrerait alors un rééquilibrage entre ces situations permettant d'assurer concrètement l'égalité de tous, conformément à l'approche de M. Michel Danti-Juan⁴⁴⁶.

371. La prise en compte de la vulnérabilité a bien une vertu égalitaire dans le Code pénal, bien que telle n'ait pas été la volonté initiale du législateur. Celui-ci souhaitait, en effet, punir plus lourdement celui qui s'attaque à une personne vulnérable, car c'est condamnable tant sur le plan criminologique que moral. Pourtant, la recherche d'égalité dans les dispositions pénales n'est pas incompatible avec la prise en compte juridique de la vulnérabilité des personnes. Ainsi, les personnes victimes de discriminations en raison de leur état de santé, ou de leur handicap, peuvent-elles être considérées comme des personnes vulnérables⁴⁴⁷. Elles le sont face à ce type particulier d'atteinte qu'est la discrimination. Une telle approche conduit à considérer la notion de vulnérabilité comme une application particulière du principe d'égalité sous l'angle de l'inégalité dans les capacités de la personne à se défendre. Cette inégalité n'est ostensible que relativement à l'existence ou non d'une situation de vulnérabilité. Une telle analyse rejoint d'ailleurs celle de la vulnérabilité, en tant que standard juridique. La différence de situation entre la personne capable de se défendre face à une atteinte et celle qui ne l'est pas justifie que le droit les traite différemment et singularise la situation de vulnérabilité de la personne.

372. Le principe d'égalité peut donc être considéré comme justifiant la prise en compte de la vulnérabilité. L'intérêt de mettre la notion de vulnérabilité en

⁴⁴⁶ Michel DANTI-JUAN, *L'égalité en droit pénal*, Jean Pradel (Sous-dir.), Paris, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 1987, p. 73, n°90 et p. 75, n°93.

⁴⁴⁷ Cécile BARBERGER, Les personnes vulnérables, *In* : Actes du XIII^e Congrès de l'association française de droit pénal, Le nouveau Code pénal : deux années d'application : *Rev. jur. d'Ile-de-France*, n°44, 1994, pp. 179-191, p. 180 ; *Rev. pénit.* 1996, pp. 277-287, p. 278.

perspective avec celle d'égalité est de révéler que la condition tenant à la situation de vulnérabilité face à l'atteinte corrélative à la faiblesse est bien pertinente.

373. S'agissant d'une autre notion proche de la vulnérabilité, la notion de dépendance, cette condition joue un rôle tout aussi important permettant la différenciation entre ces notions.

B. Une différenciation relative à la notion de dépendance

374. Afin de différencier la notion de vulnérabilité de celle de dépendance, il convient de rechercher le critère de cette dernière, en examinant les principaux domaines de prédilection d'une telle notion, mieux connue du droit que celle de vulnérabilité. C'est alors l'existence pour chacune de ces notions d'un critère propre qui permet de les différencier.

375. L'étude de la notion de vulnérabilité montre que, très souvent, elle est proche, elle côtoie le domaine, le contenu parfois de la notion de dépendance. Les deux notions sont souvent associées. La dépendance est, comme la vulnérabilité, une notion relativement imprécise *a priori*, dont le contenu flou varie, ce qui complique la distinction entre les notions⁴⁴⁸. En tant que notions à contenu variable, il n'est d'ailleurs pas exclu que les notions se recoupent partiellement. En effet, les règles ou les notions issues du droit flou n'impliquent pas des distinctions nettes, faites nécessairement d'exclusions, au contraire elles conduisent à « la variété des degrés de précision et de rigidité des règles ; elles ne peuvent être classées en deux catégories, mais sont à ranger en une gradation insensible⁴⁴⁹ ». La différenciation consiste alors à déterminer, non pas une frontière nette entre les

⁴⁴⁸ Elisabeth FORTIS, La lutte contre l'abus de dépendance des personnes âgées, *In* : Francis KESSLER (Sous-dir.), *La dépendance des personnes âgées*, Paris, Droit sanitaire et social, Série actions, éd. Sirey, 2^e éd., 1997, pp. 176-192, p. 177.

⁴⁴⁹ Christian ATIAS, Définir les définitions juridiques ou définir le droit, *In* : *RRJ*, Cahiers de méthodologie juridique, n° 2, *Les définitions dans la loi et les textes réglementaires*, Colloque Aix-en-Provence, 11-12 septembre 1987, pp. 1081-1096, p. 1089.

notions, mais plutôt ce qui les caractérise particulièrement l'une et l'autre, afin d'être en mesure de savoir si la "gradation insensible" penche plus ou moins vers l'une ou l'autre des notions ; si elles sont distinctes ou au contraire confondues dans une situation donnée de la personne et ainsi expliciter cette confusion. Sur un plan strictement juridique, la distinction entre la vulnérabilité et l'état de sujétion dans l'article 223-15-2 du Code pénal est nécessaire. Qui plus est, cette distinction s'impose de manière tout à fait manifeste concernant les délits des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal. Il faut donc préciser ce qui impose la recherche d'une différenciation entre ces notions (A) avant de rechercher un critère de différenciation en droit positif (B). Cette recherche mène logiquement à l'explicitation du critère de la notion de dépendance, qui laisse toutefois dans certains cas subsister une certaine confusion juridique entre les notions (C).

1. La nécessité de différencier vulnérabilité et dépendance

376. Si une telle différenciation s'impose entre les notions, c'est qu'elles sont parfois visées l'une et l'autre. Tel est le cas dans les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal, et, de manière sous-jacente, dans l'article 223-15-2 du Code pénal ; la notion de vulnérabilité y est visée conjointement à celle de sujétion, qui est à rapprocher de la dépendance.

a. La vulnérabilité ou l'état de dépendance des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal

377. En effet, ces textes incriminent le fait de soumettre à des conditions contraires à la dignité humaine une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance est apparent ou connu de l'auteur⁴⁵⁰. La constatation de la vulnérabilité de la victime, ou de l'état de dépendance de celle-ci, suffit à caractériser cette condition particulière des infractions. Les deux notions ont dans le

⁴⁵⁰ Notons qu'avant la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, ces textes incriminaient l'abus de la vulnérabilité ou de la « *situation de dépendance* » d'une personne.

texte un rôle équivalent ; la conjonction « ou » qui les sépare indique au juge que leur qualification peut être alternative. L'étude de la jurisprudence montre que les notions de vulnérabilité et de dépendance se recourent⁴⁵¹ ; il y a même parfois assimilation.

i. Les travaux préparatoires peu explicites

378. Les travaux préparatoires ne donnent que de maigres indications sur la distinction à opérer. Dans le projet de Code pénal présenté par M. Robert Badinter, il est précisé, on l'a vu, que la vulnérabilité de certaines personnes « n'est pas d'ordre physique ou psychique mais d'ordre social ou culturel. Ainsi, les immigrés sont-ils placés dans une situation de précarité ou de dépendance extrême⁴⁵² ». Cela semble signifier que la dépendance est elle-même une origine de vulnérabilité. Cette approche a pourtant une valeur toute relative ; il ne faut en aucun cas voir dans les propos cités une quelconque volonté de distinguer les notions, le but étant plutôt de faire passer un message fort, exprimant la réelle volonté du code de prendre en compte les victimes particulièrement faibles. Or, pour qu'un tel message soit entendu, l'emploi de plusieurs notions fortes en signification telles *vulnérabilité*, *dépendance*, *précarité*, valent mieux que l'emploi d'une seule. La distinction ne peut donc être trouvée ici.

ii. Une jurisprudence insuffisamment précise

379. La jurisprudence, par son obligation et son souci de précision, donne quelques pistes, mais reste peu explicite. Bien que certains arrêts montrent

⁴⁵¹ Sylvie MENOTTI, Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, articles 225-13 à 225-16 : *J.-Cl. Pénal*, p. 4, n° 15.

⁴⁵² Commission de révision du code pénal, *Projet de nouveau code pénal*, présentation par Robert BADINTER, Paris, Dalloz, 1988, p. 41. On remarque, d'ailleurs, qu'à ce moment, l'objectif était d'incriminer, non pas l'abus de la vulnérabilité ou de la situation de dépendance, mais « l'abus de la faiblesse ou de la dépendance d'une personne », par celui qui l'héberge ou la fait travailler dans des conditions incompatibles avec la dignité humaine.

que les juges ne distinguent absolument pas les notions et visent les deux indifféremment⁴⁵³, quelques arrêts sont plus révélateurs. L'indifférence entre les notions de vulnérabilité et de dépendance est particulièrement lisible dans l'arrêt de la chambre criminelle du 11 décembre 2001, déjà évoqué, relatif à la soumission d'une jeune femme étrangère employée et logée par un couple dans des conditions proches de l'esclavage. La motivation des juges d'appel est reprise en vue de mettre en lumière ses contradictions, et casser. Ainsi, « la juridiction d'appel, après avoir constaté qu'Henriette S. était mineure, étrangère, dépourvue de titre de séjour et de travail et sans ressource, énonce néanmoins que son état de vulnérabilité et de dépendance, élément constitutif commun aux infractions reprochées, n'est pas établi ». Les deux éléments sont ici considérés comme un seul au lieu de deux éléments alternatifs, la Cour de cassation ne censure pas cette analyse des juges du fond. Les notions recouvrent-elles pourtant le même domaine, des domaines distincts ou des domaines qui se recoupent partiellement ?

380. Un arrêt de la chambre criminelle du 11 février 1998 précise que « la prévenue a abusé de la situation de dépendance du locataire », et ne fait pas référence en même temps à un quelconque abus de la vulnérabilité de la victime⁴⁵⁴. En l'espèce, le locataire était un étranger en situation irrégulière ; il avait « été contraint d'accepter l'offre » de location d'un logement insalubre et exigu afin de s'installer en région parisienne et y travailler. Seule la dépendance est visée, il s'agit manifestement d'une dépendance économique du fait de la difficulté dans

⁴⁵³ Visant l'exploitation de « *la vulnérabilité sociale et la dépendance économique* » des victimes : CA Bordeaux, 3^e ch. corr., 7 janvier 1997, Proc. Gén. près C.A. Bordeaux c./ Charbit : JCP 1997, éd. G., IV, 2420, p. 384 ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 541-542, obs. Yves MAYAUD ; précisant que « *les éléments d'abus de vulnérabilité ou d'abus d'une situation de dépendance* ne sont pas caractérisés en la circonstance » : CA Paris, 11^e ch. A, 19 janvier 1998, *Dr. pénal* 1998, Comm. 64, pp. 12-13, note Michel VERON ; ou se référant à « *l'obtention abusive de la part d'une personne vulnérable ou dépendante de services non rétribués* » : Cass. crim., 11 décembre 2001 : *Bull. crim.*, n° 256 ; *D.* 2002, Inf. rap. pp. 695-696 ; *RJPF* 2002, n°4, pp. 10-11, note Agathe LEPAGE, Dignité humaine : la Cour de cassation demande aux juges du fond de motiver davantage leurs décisions.

⁴⁵⁴ Cass. crim., 11 février 1998 : *Bull. crim.*, n° 53, pp. 143-147 ; *D.* 1998, Inf. rap. p. 89 ; *Dr. Pénal* 1998, Comm. 65, pp. 13-14, note Michel VERON.

cette région de trouver un logement décent avec un loyer abordable, et de l'obligation de travailler. Il faut remarquer que la référence à la dépendance de la personne élude l'indiscutable vulnérabilité sociale de la victime : quant à sa situation irrégulière et une situation de famille difficile, il a un enfant et sa femme est enceinte d'un second, absence d'aide et de ressource. S'il livre quelques bribes d'éléments caractérisant la dépendance, cet arrêt ne distingue pas nettement les notions.

381. Un arrêt est plus explicite, il s'agit d'un arrêt de la chambre criminelle du 3 décembre 2002⁴⁵⁵. L'espèce se prêtait d'ailleurs beaucoup mieux à une qualification de situation de dépendance. Le directeur d'un hôtel-restaurant avait passé une convention avec une école d'hôtellerie pour accueillir en stage des élèves préparant des brevets de techniciens en hôtellerie. Or, lors de contrôles effectués par l'inspection du travail, a été constatée la présence de trois élèves stagiaires qui occupaient en fait un poste de travail. Le directeur de l'établissement a été poursuivi pour obtention abusive, de la part d'une personne vulnérable ou en situation de dépendance, de services non rétribués ou insuffisamment rétribués. Selon la cour en effet, « les stagiaires se trouvaient dans une situation de dépendance en raison notamment du caractère obligatoire de leur stage pour l'obtention du brevet de technicien supérieur ».

382. La dépendance résulte, selon les termes de la cour, du fait que les élèves n'avaient pas le choix, ils ne pouvaient donc refuser et devaient se soumettre aux conditions de travail imposées⁴⁵⁶. L'un des annotateurs de cet arrêt remarque d'ailleurs que la vulnérabilité vise « les personnes en état de faiblesse, qui ne sont pas en mesure de résister aux pressions exercées sur elles, la dépendance vise quant à elle les personnes non autonomes, soumises à l'autorité

⁴⁵⁵ Cass. crim., 3 décembre 2002, Francis A. : *Cah. soc. barreau* 2003, n° 148, pp. 134-135, note Frédéric-Jérôme PANSIER, Stage ou exploitation abusive de l'étudiant ; *Gaz. Pal.*, 10 septembre 2003, n° 253, J., pp. 6-8, note Yves MONNET ; *Dr. pénal* 2003, Comm. 30, pp. 13-14, note Michel VERON .

⁴⁵⁶ Michel VERON, *note préc.* p. 13.

de supérieurs, et qui se trouvent en situation de subordination⁴⁵⁷ ». La vulnérabilité se traduit en termes d'incapacité à résister, la dépendance en termes d'absence d'autonomie. L'idée de contrainte est sous-jacente aussi ; celle-ci est, d'ailleurs, souvent présente dans l'interprétation de la vulnérabilité ou de la dépendance de la victime pour ces délits. Sans doute le critère n'est-il pas assez affiné, mais il ne fait aucun doute que la dépendance était caractérisée : on le sent intuitivement. La jurisprudence est peu loquace, mais ces dispositions montrent toutefois que la recherche d'une distinction n'est pas inutile. Elle trouve, en outre, un intérêt direct quant à l'interprétation d'un autre article important du Code pénal : l'article 223-15-2, dans la rédaction issue de la loi du 12 juin 2001.

b. La sujétion et la vulnérabilité de l'article 223-15-2 du Code pénal

383. Le lien entre ces deux notions trouve une illustration éclairante : l'arrêt de la troisième chambre civile du 13 janvier 1999, déjà cité. Rappelons qu'il s'agissait, en l'espèce, de l'annulation pour violence d'un contrat de vente d'une maison conclu entre les dirigeants d'une secte et l'une de ses adeptes. Or, pour retenir la violence, les juges avaient pris en considération la vulnérabilité de la victime en raison de sa situation familiale. Pourtant, la particularité de cette affaire invite à une lecture plus approfondie. En effet, l'acheteur était une secte, et « les sectes attirent justement en leur sein des personnes vulnérables psychologiquement influençables, plus sensibles donc que les autres aux pressions et menaces de ceux qui les dirigent⁴⁵⁸ ». Si cela ne revient pas à dire que l'appartenance à une secte permet de caractériser la vulnérabilité, il y a tout de même une suspicion quant à la fragilité de la personne. Cette question trouve un rebondissement éclairant si l'on examine l'article 223-15-2 du Code pénal réprimant l'abus de faiblesse, issu de la loi n°2001-504 du 12 juin 2001 *tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements à caractère sectaire portant atteinte*

⁴⁵⁷ Frédéric-Jérôme PANSIER, *note préc.* p. 134, n°2.1.

⁴⁵⁸ Grégoire LOISEAU, note sous Cass. 3^e civ., 13 janvier 1999, *JCP* 1999, éd. G., I, 143, pp. 1076-1077, p. 1076.

aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales (ancien article 313-4)⁴⁵⁹. Le texte exige, pour que le délit soit constitué, l'existence d'un abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne particulièrement vulnérable, "soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer son jugement" pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables.

384. La frontière entre la *particulière vulnérabilité* et la *sujétion psychologique ou physique* est difficile à cerner. En effet, un doute existe quant à la possibilité de les distinguer car le législateur, au départ, souhaitait créer un nouveau délit dénommé « manipulation mentale », distinct donc de celui d'abus frauduleux. Le délit projeté s'inspirait d'une définition criminologique du viol psychique, qui consisterait à « provoquer par violence, manœuvre ou tromperie, une asthénie pathologique combinée à des procédés de sophronisation, pour inculquer une idéologie à une personne⁴⁶⁰ » ; autrement dit, mais non joliment dit, un "lavage de cerveau" fort efficace ! Le délit de manipulation mentale, dans le texte initial retenu par l'Assemblée nationale, était défini comme « le fait, au sein d'un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer ou d'exploiter la dépendance psychologique ou physique des personnes qui participent à ses activités, d'exercer sur l'une d'entre elles des pressions graves et répétées ou d'utiliser des techniques propres à altérer son jugement afin de la conduire, contre son gré ou non, à un acte ou à une abstention qui lui est gravement préjudiciable⁴⁶¹ ». Ce délit était aggravé lorsqu'il était commis sur une personne dont *la particulière vulnérabilité* due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une

⁴⁵⁹ JO n° 135 du 13 juin 2001, p. 9337.

⁴⁶⁰ Jean-Pierre Morin, cité par Emmanuel PUTMAN, In : Présentation de la loi contre les sectes : *RJPF* 2001, n° 10, pp. 10-11, p. 11.

⁴⁶¹ JOAN, Séance du 22 juin 2000, p. 5751, amendement présenté par Mme Picard, proposant d'insérer ce délit après l'art. 225-16-3 du Code pénal dans une section nommée « De la manipulation mentale » (dans le chapitre consacré aux atteintes à la dignité de la personne). Ce projet de délit a finalement été abandonné, cf. *JO Sénat*, 3 mai 2001, pp. 1713-1714.

déficience physique ou psychique ou à son état de grossesse était apparente ou connue de l'auteur, la peine passant de trois ans à cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 à 500 000 euros d'amende. Ce texte n'a pas été maintenu ; la condition de sujétion a été intégrée au délit d'abus de faiblesse, alternativement à celles de minorité et de vulnérabilité de la personne.

385. Dans le texte initial, la particulière vulnérabilité de la personne était considérée, assez logiquement d'ailleurs, comme une circonstance susceptible d'aggraver le délit de manipulation ; elle est ensuite considérée comme une condition alternative à la sujétion, conséquence directe de la manipulation que définissait le délit. Curieuse pirouette ! En effet, *la sujétion psychologique ou physique* était initialement considérée comme possible, en dehors de toute vulnérabilité particulière de la personne ; celle-ci pouvait, néanmoins, entrer dans son domaine sous l'effet d'une aggravation. Au contraire, le nouvel article 223-15-2, finalement adopté par la loi du 12 juin 2001, conduit à admettre que la vulnérabilité particulière et la sujétion sont exclusives l'une de l'autre, ou du moins, doivent être distinguées sur le plan juridique. Dès lors, la constatation de la *particulière vulnérabilité* d'une personne est inutile juridiquement si la personne est, en outre, *en état de sujétion psychologique*, et vice-versa. Les deux qualifications sont alternatives.

386. On peut seulement préciser qu'il est certainement plus facile d'établir la particulière vulnérabilité d'une personne. Non seulement, en effet, il s'agit d'une notion mieux connue du droit pénal, le chemin est donc balisé ; la notion de sujétion psychologique ou physique étant, au contraire, neuve, elle pose un inévitable problème d'interprétation, car elle n'est pas définie⁴⁶². Surtout, cette notion est établie par l'existence de « *pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer le jugement* ». Ce sont des éléments matérialisant le comportement de l'auteur du délit qui permettent donc d'établir l'existence de la sujétion. La particulière vulnérabilité quant à elle peut être constatée à partir

⁴⁶² Jean-François SEUVIC, Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse (articles 223-15-2 à 223-15-4 du Code pénal) : *Rev. sc. crim.* 2001, pp. 852-854, p. 853.

d'éléments matériels plus faciles à prouver, pour la victime en particulier. Ce n'est donc que lorsque la particulière vulnérabilité ne peut être établie, qu'en pratique sera recherchée l'existence d'une sujétion psychologique ou physique.

387. La distinction des notions s'impose alors. L'état de sujétion est proche d'un état de dépendance, d'ailleurs dans le projet initial concernant le délit de manipulation mentale, le législateur avait recouru à cette notion de dépendance, remplacée, dans la nouvelle loi, par celle de sujétion « bien que la nuance paraisse infime », selon Mme Florence Bellivier⁴⁶³. Il semble donc que la distinction entre la vulnérabilité et la sujétion renvoie directement à celle existant entre la vulnérabilité et la dépendance. Cette distinction est ici indispensable, car la sujétion psychologique ou physique dépasse le cadre des sectes pour lequel elle a été prévue essentiellement. En effet, comme le remarque avec justesse M. Jean-François Seuvic, le texte ayant une portée générale, il peut s'appliquer en matière éducative, médicale, familiale, sportive, politique⁴⁶⁴. On peut ajouter à cette liste les relations de travail, la subordination pouvant devenir sujétion, si pressions il y a. Il est vrai que ce domaine est sans doute mieux protégé par la législation contre des agissements de ce type. Le délit recoupe en effet partiellement ceux de harcèlement moral ou sexuel et ceux de soumission à des conditions de travail contraires à la dignité humaine (articles 222-33 et 222-33-2 du Code pénal et articles 225-13 et 225-14 du Code pénal).

388. Si l'abus a conduit à un acte ou une abstention qui est gravement préjudiciable à la victime sans pour autant constituer l'acceptation de conditions de travail contraires à la dignité humaine, l'auteur de l'abus peut être néanmoins poursuivi sur le fondement de l'article 223-15-2 du Code pénal. En matière de relation du travail, la qualification de harcèlement moral peut être encourue sans que les agissements de l'auteur soient constitutifs d'abus. Le fait que ceux-ci soient

⁴⁶³ Florence BELLIVIER, Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales : *RTD civ.* 2001, pp. 682-687, p. 682

⁴⁶⁴ Jean-François SEUVIC, *obs. préc.*, p. 854.

répétés est suffisant à caractériser le harcèlement, de plus la subordination n'est pas nécessaire, ce qui implique que l'auteur des agissements peut notamment être un collègue, un supérieur, salarié ou non d'ailleurs⁴⁶⁵. En outre, le préjudice n'est pas un acte ou une abstention, mais il est bien plus large. Le délit de harcèlement est donc plus large que l'abus de faiblesse quant à ses éléments constitutifs, mais n'est applicable qu'aux relations de travail. De plus, il ne vise pas seulement les cas où une dépendance existe dans la relation entre l'auteur et sa victime. En revanche, si une telle dépendance est établie, elle est en elle-même, semble-t-il, une atteinte à la dignité de la personne et constituera, à elle seule, le préjudice exigé dans le cadre du harcèlement. Et contrairement au délit d'abus de faiblesse, un acte ou une abstention gravement préjudiciable n'aura pas à être recherché.

389. Ces quelques remarques sur les recoupements entre certains délits, relativement à la notion de sujétion des personnes, ont un objectif unique : montrer l'importance de différencier la sujétion, assimilable à la dépendance, et la vulnérabilité. La recherche d'un critère de différenciation s'impose donc.

2. La recherche d'un critère de différenciation des notions

390. Une définition générale, extra-juridique, de la dépendance est donnée par M. Albert Memmi, selon lequel la dépendance est « une relation contraignante, plus ou moins acceptée, avec un être, un objet, un groupe ou une institution réels ou idéels, et qui relèvent de la satisfaction d'un besoin ou d'un désir ». A la dépendance correspond, selon l'auteur, une pourvoyance qui

⁴⁶⁵ En vertu de l'art. 222-33-2 : « le fait de harceler autrui par les agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende ». Voir, Béatrice LAPEROU-SCHENEIDER, Les mesures de lutte contre le harcèlement moral : *Dr. soc.* 2002, Numéro spécial, *La loi de modernisation sociale et le droit du travail*, pp. 313-320, p. 314 ; Antoine MAZEAUD, Harcèlement entre salariés : apport de la loi de modernisation : *id.*, pp. 321-324, p. 322 ; Evelyne MONTEIRO, Le concept de harcèlement moral dans le Code pénal et le code du travail : *Rev. sc. crim.* 2003, pp. 277-288, p. 279.

correspond à l'attente du dépendant⁴⁶⁶. Ce qui semble caractériser la notion est donc cette relation à l'autre créant une contrainte dans le but de répondre à un besoin. En effet, la relation dépendante est celle dont on ne peut se passer⁴⁶⁷.

391. La même idée est reprise en droit. Ainsi, le critère permettant de caractériser la notion de dépendance peut être déterminé ; cette notion, contrairement à celle de vulnérabilité, a fait l'objet d'analyses juridiques précises. On trouve, ainsi, des indications dans des domaines extra-pénaux, mieux à même certainement d'appréhender la notion. En effet, le professeur Christine Lazerges constate que « la dépendance est une notion civiliste qui apparaît avoir eu du mal à s'acclimater au droit pénal⁴⁶⁸ ». Dès lors, le critère de la notion peut être recherché en dehors du droit pénal ; il sera ensuite possible de revenir à cette matière avec un critère pertinent. La transposition d'une notion ou d'un concept en droit pénal est envisageable, même si l'appréhension en cette matière peut légèrement différer. En effet, M. Jean-Louis Goutal précise que : « Même si le concept « appartient » bien à une autre discipline en vertu d'une tradition séculaire, pourquoi le droit pénal n'en retiendrait-il pas une vue plus étroite ou plus large, seule conforme à la mission que lui assigne la loi pénale⁴⁶⁹ ? »

392. La conception de la dépendance est relativement aboutie dans deux domaines relativement éloignés : le droit de la concurrence, avec en particulier la dépendance économique, et le droit social, avec essentiellement la dépendance des personnes âgées.

⁴⁶⁶ Albert MEMMI, La vieillesse ou la dissolution des pourvoyances, *In* : Francis KESSLER (Sous-dir.), *La dépendance des personnes âgées*, Paris, Droit sanitaire et social, Série actions, éd. Sirey, 2^e éd., 1997, pp. 11-14, p. 11.

⁴⁶⁷ Didier FROGER, 95^e congrès des notaires de France, Marseille 9-12 mai 1999, *Demain la famille*, La dépendance des personnes âgées et la solidarité familiale : *JCP* 1999, éd. N., I, pp. 484-488, p.484.

⁴⁶⁸ Christine LAZERGES, Hubert DELESALLE, Les enjeux d'une nouvelle politique criminelle en matière de lutte contre l'esclavage (1^{re} partie) : *Rev. sc. crim.* 2002, pp. 169-187, p. 182.

a. *La notion de dépendance en droit de la concurrence*

393. En droit de la concurrence, la dépendance économique naît « de la force économique d'une entreprise dans son domaine, de sa puissance, son monopole ou quasi monopole ou le prestige de sa marque, puissance telle qu'il n'existe pas d'autre solution, pour ses clients, que de contracter avec elle... En d'autres termes, l'une des parties est pour l'autre un partenaire obligé ou nécessaire⁴⁷⁰ ». L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 interdit d'ailleurs l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique. Celle-ci implique donc, en droit de la concurrence, cette absence d'alternative qui contraint la partie à contracter. Une telle analyse converge exactement vers la notion de contrainte exigée par le juge pour qualifier la vulnérabilité ou situation de dépendance au regard des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal.

394. En droit de la concurrence, la notion de dépendance économique ne se limite-t-elle pas uniquement à la contrainte. En effet, l'une des subdivisions de l'article de M. Georges Virassimy, précité, vise « la protection des professionnels dépendants ou de moindre aptitude contre l'abus⁴⁷¹ ». Or, la moindre aptitude à résister, se défendre ou se protéger contre une atteinte, recouvre bien la notion de vulnérabilité. Ce titre met donc en rapport implicitement les deux notions de dépendance et de vulnérabilité. La distinction faite par l'auteur se cristallise dans une situation d'infériorité du professionnel, soit parce qu'il est dépendant, soit parce qu'il intervient dans un domaine qui n'est pas de sa compétence. La « moindre aptitude » est donc professionnelle et ne résulte pas d'une nécessité à contracter

⁴⁶⁹ Jean-Louis GOUTAL, L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose : *Rev. sc. crim.* 1980, pp. 911-941, p. 933-934.

⁴⁷⁰ Georges VIRASSAMY, Les relations entre professionnels en droit français, *In* : Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I, Dir. Jacques GUESTIN, Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, Dir. Marcel FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 479-511, p. 490, n° 32 .

⁴⁷¹ *Ibid.* p. 490, n° 31.

de par la conjoncture qui caractérise la dépendance, mais d'une capacité moindre du contractant l'exposant à des abus, indépendamment de la conjoncture.

395. Cette approche est confortée par l'approche spécifique de la dépendance des personnes âgées en droit social.

b. La notion de dépendance en droit social

396. En ce domaine, la dépendance constitue évidemment une réalité matérielle, mais également un outil juridique. La reconnaissance de la dépendance de la personne lui permet en effet de bénéficier d'aides sociales⁴⁷². Ainsi, en matière sociale, la notion de dépendance supplante celle de personne âgée⁴⁷³ : celles-ci sont le public cible des politiques sociales. Il ne s'agit évidemment pas ici d'étudier ces mécanismes d'aides aux personnes âgées. Ceux-ci permettent toutefois d'appréhender cette notion de dépendance parce qu'elle conditionne l'octroi de ces aides. Il est alors possible de la mettre en perspective avec la notion de vulnérabilité. C'est souvent d'ailleurs la doctrine qui complète l'insuffisante précision des dispositions textuelles en la matière.

397. Le droit social ne retient la notion de dépendance que dans sa dimension matérielle. Selon Mme Claudine Attias-Donfut, la définition juridique de la personne âgée dépendante recueille aujourd'hui un large consensus. Il s'agit d'une personne ne pouvant accomplir les actes élémentaires de la vie quotidienne sans l'aide d'un tiers, et qui, par son âge, relève des régimes sociaux de vieillesse⁴⁷⁴. Le Conseil de l'Europe propose d'utiliser les termes de *personne âgée dépendante* pour « des personnes nécessitant, pour des raisons liées à la perte d'autonomie,

⁴⁷² En particulier l'allocation personnalisée d'autonomie, cf. Fabrice COURAULT, L'APA : bienfaits et incertitudes : *RJPF* 2001, n°11, pp. 6-9.

⁴⁷³ Elisabeth FORTIS, La lutte contre l'abus de dépendance des personnes âgées, *In* : Francis KESSLER (Sous-dir.), *La dépendance des personnes âgées*, Paris, Droit sanitaire et social, Série actions, éd. Sirey, 2^e éd., 1997, pp. 176-192, p. 185 et Francis KESSLER, La prestation spécifique dépendance (premier commentaire de la loi n°97-60 du 24 janvier 1997), *id.*, pp. 37-69, p. 38.

⁴⁷⁴ Claudine ATTIAS-DONFUT, La construction sociale de la dépendance, *In* : *ibid.*, pp. 15-24, p. 15.

une aide importante et durable afin de satisfaire des besoins spécifiques résultant de l'accomplissement des actes courants de la vie⁴⁷⁵ ». Dans une acception qui dépasse le problème des personnes âgées, le droit luxembourgeois définit la dépendance comme « l'état d'une personne qui par suite d'une maladie physique ou d'une déficience de même nature a un besoin important et régulier d'assistance d'une tierce personne pour les actes essentiels de la vie⁴⁷⁶ ». Cette définition, plus complète que la précédente, aborde les causes de la dépendance. En effet, la dépendance en droit social est caractérisée par quatre éléments principaux : un besoin d'assistance pour les actes essentiels de la vie, un seuil d'entrée qui donne accès aux prestations, une référence à la durée et avant tout une cause (physique, psychique ou mentale). De manière générale, en droit privé, la notion de dépendance « comprend la qualité, l'état physique ou mental, le handicap, l'âge ou le sexe de la personne. Ces éléments sont alors pris en compte pour faire bénéficier la personne d'une prestation particulière⁴⁷⁷ ».

398. Ces causes ne semblent toutefois pas définies ni précisées dans les textes français en matière sociale⁴⁷⁸. Cette question a pourtant son importance. Ainsi, la dépendance peut-elle revêtir plusieurs formes, tels le handicap, l'impossibilité de manifester sa volonté ou de se protéger soi-même, l'état de santé, les troubles mentaux, la pauvreté. En effet, la dépendance des personnes âgées n'est pas seulement physique, mais aussi psychologique, culturelle et sociale⁴⁷⁹. La similitude des causes de vulnérabilité et de dépendance est donc manifeste. L'origine des notions n'est pas un critère de distinction, mais plutôt de confusion, une sorte de dénominateur commun.

⁴⁷⁵ Francis KESSLER, *art. préc.* p. 50.

⁴⁷⁶ N. KERSCHEN, La reconnaissance de la dépendance comme un nouveau risque de sécurité sociale. L'expertise luxembourgeoise, *In* : Francis KESSLER (Sous-dir.), *La dépendance des personnes âgées, op. cit.*, pp. 70-79, p. 73.

⁴⁷⁷ Elisabeth FORTIS, *art. préc.* p. 177.

⁴⁷⁸ Francis KESSLER, *art. préc.* pp. 37-69 ; Fabrice COURAULT, L'APA : bienfaits et incertitudes : *RJPF* 2001, n°11, pp. 6-9.

⁴⁷⁹ Elisabeth FORTIS, *art. préc.* p. 185 et Albert MEMMI, *art. préc.* p. 13.

399. Le critère, qui ressort des approches de la dépendance en droit social, est celui du besoin d'autrui, de son aide, son assistance ; la personne dépendante n'a d'autre choix que de recourir à l'autre, ce qui recouvre une forme de contrainte.

400. Un arrêt du 30 avril 1996 de la chambre criminelle de la Cour de cassation illustre l'existence d'une certaine confusion entre la notion de dépendance et de vulnérabilité, tout en permettant en même temps de bien comprendre ce qui les différencie fondamentalement. En l'espèce, un couple de personnes âgées de 86 et 84 ans en situation de dépendance avait remis des sommes d'argent et octroyé des avantages en nature à leur aide ménagère. Celle-ci est donc poursuivie et reconnue coupable d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse de personnes particulièrement vulnérables, en vertu de l'ancien article 313-4 du Code pénal, devenu depuis l'article 223-15-2⁴⁸⁰. Les victimes sont en situation de dépendance, la chambre criminelle le reconnaît expressément. Celle-ci a en effet conduit ces personnes à une « générosité disproportionnée achet[ant] en fait la relation à l'autre et comb[ant] un besoin de sécurité psycho-affectif⁴⁸¹ ». C'est le besoin d'être aimé, entouré sans lequel la personne ne peut se sentir exister. « L'insécurité affective, la quête assoiffée de reconnaissance ou simplement d'être digne encore d'intérêt rendent ainsi l'aîné vulnérable à la manipulation⁴⁸² ». L'extrême faiblesse psychique et physique due à l'âge crée à la fois la dépendance et la vulnérabilité. La dépendance met les personnes dans un état de contrainte d'une relation à l'autre. Ce n'est alors que parce que la vulnérabilité expose particulièrement à une certaine atteinte, un abus de leur faiblesse en l'occurrence qu'une différenciation entre les notions est envisageable sur le plan conceptuel.

⁴⁸⁰ Cass. crim., 30 avril 1996 : *Dr. pénal* 1996, Comm. 217, p. 8, note Michel VERON ; *Rev. sc. crim.* 1997, pp. 110-112, obs. Reynald OTTENHOF.

⁴⁸¹ P. THOMAS, C. HAZIF-THOMAS, C. PRADERE et P. DARRIEUX, Dépendance affective de la personne âgée et abus de faiblesse : *La Revue Gériatrie* 1994, n°6, pp. 401-409, p. 403.

⁴⁸² *Ibid.* p. 402.

3. De la confusion apparente à la différenciation

a. Le recoupement de notions sous-tendues par une réalité commune

401. La difficulté de différencier les notions de vulnérabilité et de dépendance résulte de ce qu'elles se recoupent fréquemment quant à leurs matérialités. A ce propos, l'approche de Mme Sandy Licary est certainement à la fois trop simple et très complexe. Selon cet auteur, la vulnérabilité résulte d'une circonstance personnelle à l'individu qui en est la victime, alors que la situation de dépendance est provoquée par des circonstances extérieures tel que le contexte économique ou social dans lequel elle se manifeste⁴⁸³. En effet, la vulnérabilité, en fait comme en droit, peut résulter de circonstances extérieures, sociales ou économiques par exemple, ayant pour conséquences l'affaiblissement, physique ou moral, de la personne et la dépendance. Elle peut également résulter de l'état physique ou psychique de la personne elle-même, s'agissant des personnes âgées notamment. Les exemples de dépendance cités sont alors : « le travailleur âgé qui craint d'être licencié, l'analphabète qui est dans l'ignorance de ses droits, le travailleur en situation irrégulière⁴⁸⁴ ».

402. Toutes ces personnes sont évidemment en situation de dépendance : le travailleur âgé ou en situation irrégulière par rapport à son employeur par exemple, la personne analphabète par rapport à ceux susceptibles de l'aider. Mais elles peuvent aussi être en situation de vulnérabilité d'origine personnelle (âge), culturelle (analphabétisme) ou sociale (situation irrégulière) par rapport à lui. Ceci prouve qu'une même situation de fait peut souvent être qualifiée de vulnérabilité ou de dépendance. Pour autant, cette réalité commune est le point de rencontre de deux matérialités différentes. Les critères propres à ces notions sont alors fondamentaux en vue de les différencier. La différence est simple : dans

⁴⁸³ Sandy LICARI, Des conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine résultant d'un abus de la situation de vulnérabilité ou de dépendance de la victime : *Rev. sc. crim.* 2001, pp. 553-569, p.555.

⁴⁸⁴ *Ibid.* p. 557.

le cas de la dépendance, la faiblesse crée un besoin d'autrui contraignant, car la personne est inapte à le satisfaire elle-même ; dans le cas de la vulnérabilité, la faiblesse l'expose particulièrement à certaines atteintes d'autrui, car elle ne peut se défendre. Ce n'est pas l'origine de la dépendance ou de la vulnérabilité qui importe, mais la situation de la personne impliquée.

403. Cette confusion quant à l'origine explique aussi la difficulté à les distinguer. Ainsi, une personne âgée est dépendante lorsqu'elle a besoin de l'aide d'autrui dans sa vie quotidienne du fait d'une déficience ; du fait de celle-ci, la personne est exposée, dans certains cas, à un abus de faiblesse si celui dont la personne dépend et à laquelle elle est contrainte de recourir, en profite pour la spolier. La confusion apparente est alors totale lorsque celui ou celle dont est dépendante la personne est lui-même/elle-même susceptible de lui porter atteinte. L'auteur de l'atteinte soit profite de la relation de dépendance qu'il entretient avec sa victime, soit abuse directement de la faiblesse de la victime⁴⁸⁵. De fait, les juges peuvent constater le lien de dépendance d'une personne atteinte d'une altération des facultés mentales à autrui et le fait qu'il pouvait être facilement influencé ou manipulé. Ces éléments permettent de caractériser la vulnérabilité de la victime et qualifier le délit d'abus de faiblesse commis par le fils vis-à-vis de son père⁴⁸⁶. La personne, du fait de sa faiblesse, est à la fois dépendante d'autrui, et exposée à ses atteintes : des situations matérielles identiques en apparence recouvre deux schémas conceptuels, d'où la confusion.

404. La confusion peut n'être que partielle lorsque la personne est à la fois dépendante et vulnérable, mais pas à l'égard d'une même personne. Un individu profite de ce que la personne âgée est seule pour lui faire conclure un acte préjudiciable, alors qu'il sait qu'elle est dépendante des conseils avisés de la personne qui l'assiste en vue d'une telle conclusion. La dépendance à l'égard d'autrui est alors à l'origine de la vulnérabilité, c'est-à-dire de l'incapacité à se défendre contre un certain nombre d'atteintes. La notion de vulnérabilité domine la

⁴⁸⁵ Sur la distinction quant à la nature de l'abus voir : Elisabeth FORTIS, *art. préc.* pp. 176-177.

⁴⁸⁶ Cass. crim., 27 janvier 2004, Pourvoi n°03-81.295.

notion de dépendance. Quoiqu'il en soit, la corrélation entre la faiblesse et l'atteinte risquée se manifeste avec évidence comme le critère constant de distinction entre la vulnérabilité et la dépendance.

405. Cette approche permet de mieux comprendre le recours, par la jurisprudence, à la notion de contrainte pour caractériser la vulnérabilité ou la situation de dépendance des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal. La contrainte recouvre, en fait, une situation de dépendance.

b. L'enchevêtrement des notions en cas de recours à la contrainte pour caractériser la dépendance

406. Les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal exigent que les conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité soient imposées à une personne en situation de vulnérabilité ou en état de dépendance. Or, un élément permet de penser que la jurisprudence s'oriente vers une recherche au cas par cas de l'existence d'une situation de dépendance plutôt que de vulnérabilité, ou du moins préalablement à celle-ci. Ainsi, dans l'arrêt du 11 février 1998 de la chambre criminelle rappelant la motivation de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 juin 1996, les juges précisent qu'un étranger en situation irrégulière « a été contraint d'accepter » l'offre de location d'un logement pour pouvoir s'installer en région parisienne et y travailler⁴⁸⁷. C'est donc la contrainte dans laquelle se trouve la personne d'accepter les conditions d'hébergement ou de travail qui semble pouvoir caractériser la vulnérabilité ou la situation de dépendance de celle-ci.

407. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 janvier 1998 est particulièrement révélateur sur ce point. En l'espèce, des travailleurs migrants en situation régulière et résidant sur le territoire national, le plus souvent depuis de nombreuses années et exerçant une activité professionnelle, étaient accueillis dans

⁴⁸⁷ Cass. crim., 11 février 1998 : *Bull. crim.*, n° 53, pp. 143-147 ; *D.* 1998, Inf. rap. p. 89 ; *Dr. Pénal* Comm. 65, pp. 13-14, note Michel VERON ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 542-543, obs. Yves MAYAUD ; CA Paris, 13^e ch. B, 26 juin 1996 : *Dr. pénal* 1996, Comm. 243, pp. 6-7.

un foyer. Ils pouvaient bénéficier d'aides pour le logement lorsque leurs ressources professionnelles s'avéraient insuffisantes. Ce foyer était en complète dégradation, dans des conditions de totale insalubrité. Ceci constitue selon la cour des conditions d'hébergement contraires à la dignité. Le délit de l'article 225-14 n'est pas constitué, toutefois, car « les éléments de l'espèce n'ont pas révélé l'existence d'une contrainte économique ou morale à raison, par exemple, d'une situation irrégulière sur le territoire national, qui aurait obligé les résidents à se maintenir dans les lieux contre leur gré⁴⁸⁸ ».

408. Ce recours à la notion de contrainte, non seulement pour caractériser l'existence d'une vulnérabilité ou d'une situation de dépendance, mais aussi pour refuser une telle qualification lorsqu'elle n'est pas établie, semble indiquer que le juge recherche l'existence d'une dépendance, économique, morale ou sociale, de la personne. Or, ce qui permet de caractériser la dépendance, c'est bien cette idée de contrainte d'une relation à l'autre pour satisfaire un besoin, économique et social bien souvent. La dépendance trouve son origine dans une situation de faiblesse, de détresse même, sociale, économique ou administrative. Cette situation de faiblesse crée une contrainte qui elle-même expose particulièrement la personne à des abus. Là encore la condition relative à une situation de vulnérabilité est indispensable pour éclairer l'approche juridique des notions de vulnérabilité et de dépendance.

409. Il y a ici un point de convergence des notions que l'on trouve exprimé nettement dans une décision cadre du Conseil de l'Union européenne du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains, déjà évoquée. L'article premier c) de cette décision, qui impose aux Etats de prendre des mesures contre les infractions liées à la traite des êtres humains à des fins d'exploitation de leur travail ou d'exploitation sexuelle, précise que doit être punissable l'abus « d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité » caractérisé lorsque « la personne n'a en fait pas d'autre choix véritable et acceptable que de se soumettre à cet

⁴⁸⁸ CA Paris, 11^e ch. A, 19 janvier 1998 : *Dr. pénal* 1998, Comm. 64, pp. 12-13, note Michel VERON.

abus⁴⁸⁹ ». On se trouve donc ici dans une situation où les notions de dépendance et de vulnérabilité convergent et, bien que n'exprimant pas précisément la même réalité, se retrouvent dans une réalité fusionnelle.

410. Le lien de corrélation est donc l'expression adéquate de la situation de vulnérabilité. Il apparaît comme une formulation plus précise et sans ambiguïté de cette condition d'existence de la vulnérabilité en droit ; extérieur à l'atteinte, il l'induit toutefois. Mais la mise en évidence du lien de corrélation en tant que critère de la situation de vulnérabilité est insuffisante. Ce critère doit en effet démontrer sa pertinence pratique. Ainsi, lorsque la vulnérabilité sous-tend une règle de droit, le lien de corrélation est-il un critère significatif ?

⁴⁸⁹ Décision n°2002/629/JAI, *JOUE* n°L 203 du 1^{er} août 2002, pp. 1-4.

CHAPITRE II. LE LIEN DE CORRÉLATION ENTRE FAIBLESSE ET ATTEINTE RISQUÉE MIS À L'ÉPREUVE

411. Afin de montrer que le lien de corrélation est le critère de la situation de vulnérabilité, il est indispensable de vérifier qu'en pratique, celui-ci est toujours présent et pertinent. La méthode employée en vue d'une telle démonstration consiste à examiner les dispositions de droit privé qui trouvent pour fondement la vulnérabilité de la personne selon l'analyse des commentateurs. L'existence de la notion de vulnérabilité, en arrière-plan des dispositions, permet d'en observer le mécanisme, bien que la notion n'ait pas de fonction juridique. Et on se doit d'attirer l'attention sur ce point : la vulnérabilité justifie des mesures de protection en faveur de certaines catégories de personnes vulnérables, mais sur le plan strictement juridique la notion de vulnérabilité est inutile. Dans ces développements, la vulnérabilité est juridiquement inopérante, mais matériellement présente. L'intérêt de l'étude des nombreuses règles de protection de la personne, qui trouvent pour fondement la vulnérabilité, est alors de montrer que le lien de corrélation, toujours présent en filigrane, conditionne systématiquement la mesure de protection prévue. Le lien de corrélation entre la faiblesse de la personne et l'atteinte qu'elle risque de ce fait, est ainsi le fondement de mesures de protection tant de fond (Section I) que de procédure (Section II).

Section I. Un fondement de protection au fond

412. L'existence d'un lien de corrélation entre une faiblesse de la personne et une atteinte que risque la personne de ce fait justifie des mesures de protection. Les risques que le droit tente de prévenir sont alors soit des risques d'abus en matière de consentement (§ 1), soit des risques d'atteintes plus généralement aux libertés fondamentales de la personne (§ 2), soit des risques d'atteintes graves à l'intégrité physique de celle-ci (§ 3).

§ 1. La protection contre les risques d'abus en matière de consentement de la personne

413. La protection de la personne vulnérable contre les atteintes au consentement apparaît de manière significative en ce qui concerne les incapacités, d'une part (A), et dans le domaine biomédical, d'autre part (B).

A. Les incapacités

1. Les incapacités de protection

414. La protection civile de la personne dont les facultés sont altérées est évidemment fondée sur certaines causes matérielles de vulnérabilité. Ainsi, « pour le juriste, la vulnérabilité est l'incapacité : celle du majeur en tutelle ou en curatelle, celle du mineur dont la compréhension et le consentement sont fragiles⁴⁹⁰ ». En effet, l'article 490 du Code civil se réfère à la personne dont « les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge » ou celle dont l'altération des facultés corporelles empêche l'expression de

⁴⁹⁰ Thierry FOSSIER, Démocratie sanitaire et personnes vulnérables : *JCP* 2003, éd. G., I, 135, pp. 931-936, p. 931, n°1.

volonté⁴⁹¹. La protection des mineurs est, elle aussi, fondée sur la vulnérabilité due à l'âge, toujours dans sa dimension matérielle. Il s'agit du « statut civil, de la place sociale et économique de personnes considérées *a priori* comme vulnérables⁴⁹² ». Si toutes les causes de vulnérabilité ne sont pas prises en compte, ce qui n'est pas un obstacle pour qu'elle joue un rôle particulier, il faut néanmoins se questionner sur la finalité de la protection organisée.

415. Pour que l'on puisse parler de vulnérabilité sur le plan juridique, la prise en compte de celle-ci doit être déterminée par l'existence matérielle, derrière la situation juridique visée, d'un risque d'atteinte éventuelle que court la personne vulnérable en lien avec sa vulnérabilité matérielle. Selon certaines conceptions, les régimes de protection au civil ont essentiellement pour objectif de protéger la personne contre une atteinte qu'elle pourrait subir. L'objectif est bien, si l'on considère l'ensemble des dispositions mises en place, essentiellement la protection du patrimoine de la personne⁴⁹³, qui ne doit toutefois pas occulter la nécessité de protéger les intérêts personnels de celle-ci⁴⁹⁴. Ainsi, ces dispositions protectrices doivent « permettre de conjurer les risques auxquels est exposé par nature le mineur ou le majeur incapable⁴⁹⁵ ». L'expression « par nature » évoque

⁴⁹¹ Ainsi les juges du fond prennent parfois en compte la vulnérabilité sur le plan matériel pour caractériser l'altération des facultés mentales de la personne à protéger : motivation des juges du fond (dans les moyens de cassation annexés à l'arrêt) : Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 1991, Pourvoi n°89-20.152 : *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. II ; voir aussi la motivation des juges du fond (dans les moyens de cassation annexés à l'arrêt) : Cass. civ. 1^{re}, 11 décembre 2001, Pourvoi n° 00-14.898 : *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. IV.

⁴⁹² Michel BAUER, Thierry FOSSIER, *Les tutelles, Protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, Paris, ESF éditeur, 3^e éd., 1999, p. 15.

⁴⁹³ Bernard TEYSSIE, *Droit civil, Les personnes*, Paris, Litec, 8^e éd., 2003, p. 307, n° 373 ; Michel BAUER, Thierry FOSSIER, *op. cit.* p. 301.

⁴⁹⁴ Pour une approche complète sur ce point : Jean-Marie PLAZY, *La personne de l'incapable*, Thèse Bordeaux IV, Jean HAUSER (Sous-dir.), 1998.

⁴⁹⁵ Frédérique FIECHTER-BOULVARD, La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit, *In : Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, préc. pp. 13-32, p.18.

incontestablement le lien de corrélation tel qu'il a été précisé. La personne est protégée parce que du fait de sa faiblesse matérielle, elle risque de subir des atteintes à son consentement.

416. La protection doit alors être adaptée aux capacités réelles de défense dont dispose la personne contre ce type d'atteinte. L'assistance ou la représentation de la personne sont alors les principales mesures permettant la protection de celle-ci. Elles ont pour objectif de compenser sa vulnérabilité matérielle, de manière adaptée. Ainsi, pour la personne conseillée, assistée, représentée, le risque d'atteinte disparaît ou tout au moins diminue considérablement : l'assistance ou la représentation de la personne neutralise le lien de corrélation entre l'atteinte et la faiblesse. Cette remarque ne semble *a priori* pas s'appliquer à la sauvegarde de justice pour laquelle il n'y a pas, au départ, de système d'assistance ou de représentation. Dans ce régime, le principe étant la capacité de la personne, seule la rescision pour lésion ou la réduction pour excès d'un acte est envisageable. Néanmoins, la neutralisation d'une situation de vulnérabilité réapparaît avec la possibilité d'intervention d'un tiers, aux côtés de la personne. Les mesures de protection sont alors des mesures d'adaptation des règles de droit à la personne déficiente⁴⁹⁶ : cette déficience la place en situation de risque, celui-ci est neutralisé par l'atteinte.

417. Cependant, la situation de vulnérabilité n'est pas la seule raison qui justifie la mise en place de régimes de protection ou d'incapacités. En effet, l'idée d'autorité est très présente aussi, « ce qui unit les incapables c'est d'avoir un garant doté d'une autorité⁴⁹⁷ ». Ceci est vrai pour les mineurs, pour lesquels l'autorité parentale notamment est considérée comme une valeur sociale fondamentale, mais aussi pour les majeurs lorsqu'ils sont placés dans des établissements psychiatriques, ou pour les personnes âgées pour lesquels l'autorité

⁴⁹⁶ Gilles GOUBEUX, *Traité de droit civil, Les personnes*, Jacques GUESTIN (Sous-dir.), Paris, L.G.D.J., 1989, p. 435.

⁴⁹⁷ Jean HAUSER, La notion d'incapacité : *Petites affiches* 2000, n°164, pp. 3-8, p. 5.

est médicalisée⁴⁹⁸. Outre l'autorité, les mesures de protection au civil sont justifiées par les besoins de la personne. Or, ces besoins ne sont pas limités à une protection contre d'éventuelles atteintes : ils concernent notamment la gestion du patrimoine, les conditions de vie de la personne. La mesure de protection ou d'incapacité pallie évidemment une faiblesse, mais ne vise pas systématiquement à empêcher la survenance éventuelle d'une atteinte à la personne ou à ses droits. Ainsi, en matière de protection des personnes en droit civil, la vulnérabilité imprègne l'esprit des dispositions, sans être le seul fondement.

418. Pour autant, la situation de vulnérabilité de la personne impose que celle-ci soit protégée contre elle-même, et surtout contre les autres. Ainsi, les restrictions à la capacité d'exercice des droits « sont principalement justifiées par le souci de protéger les personnes concernées contre les risques d'exercice malencontreux de leurs droits auquel les expose leur inexpérience ou l'altération de leurs facultés intellectuelles⁴⁹⁹ ». Il est donc logique de considérer que la vulnérabilité fonde, explique, justifie les régimes de protection, parce que la faiblesse de la personne est corrélative à l'atteinte risquée. Une faiblesse intellectuelle expose à des atteintes au consentement de la personne. Une protection préventive efficace est alors nécessaire.

419. Un exemple manifeste peut être trouvé dans le nouvel article 2123-2 du Code de la santé publique, issu de la loi n°2001-588 du 4 juillet 2001. Celui-ci intervient sur la question délicate de la stérilisation à fins contraceptives des incapables majeurs⁵⁰⁰. Une procédure est mise en place par cet article en vue, d'une part, de faire prévaloir la volonté de la personne majeure, et d'autre part, étant donné que « les femmes concernées sont souvent dans une grande détresse matérielle ou psychologique », de rechercher une solution équilibrée en tenant compte de différents avis afin que la personne ne soit pas « à la merci de

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ Gilles GOUBEUX, *op. cit.* 1989, n°25, p. 35.

⁵⁰⁰ Thierry FOSSIER et Thierry VERHEYDE, La stérilisation à fins contraceptives des incapables majeurs L. n°2001-588, 4 juillet 2001 : *JCP* 2001, éd. G., Act. pp. 1477-1479.

personnes autoritaires ou malhonnêtes⁵⁰¹ ». L'existence d'un lien de corrélation entre la vulnérabilité matérielle de la personne et l'abus qu'elle risque de subir justifie une telle disposition.

420. Selon cet article, la stérilisation est une intervention *subordonnée à une décision du juge des tutelles saisi par la personne concernée. Si elle est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement. Le juge entend les père et mère de la personne concernée ou son représentant légal ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile. Il recueille l'avis d'un comité d'experts composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées. Ce comité apprécie la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique.* Si l'on peut regretter que le conseil de famille ne soit pas consulté et que le comité soit relativement lourd à mettre en place⁵⁰², cette procédure a le mérite de prendre en compte la situation de vulnérabilité de ces femmes et tente d'adapter les dispositions prévues à cette situation particulière.

421. Ainsi, transparaît manifestement l'idée que le *législateur doit protection à ceux qui ne peuvent se gouverner et se défendre eux-mêmes*⁵⁰³. L'esprit est le même lorsqu'il s'agit de protéger les personnes par des incapacités de défiance.

⁵⁰¹ Thierry FOSSIER et Thierry VERHEYDE, *art. préc.* p. 1478.

⁵⁰² *Ibid.* p. 1479 et 1477.

⁵⁰³ Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, Tome I, Paris, Larose, 10^e éd., 1908, n°982.

2. Les incapacités de défiance

422. Outre les incapacités de protection, la vulnérabilité sous-tend les dispositions prévoyant des incapacités de défiance. La personne, du fait de sa situation de particulière vulnérabilité, risque d'être la victime d'abus, concernant son patrimoine notamment. Parmi ces mesures, se trouve évidemment l'article 909 du Code civil prévoyant une incapacité de recevoir pour les médecins ou les ministres du culte qui ont donné un traitement médical ou spirituel pendant la dernière maladie de la personne. Il y a là une présomption de captation au détriment d'une personne extrêmement faible, et risquant indubitablement d'être la cible de personnes peu scrupuleuses. Ceci justifie une réaction du droit assez radicale.

423. L'article 209 bis du Code de la famille et de l'aide sociale étend ces dispositions aux personnes physiques propriétaires, administrateurs ou employés des établissements accueillant à titre gratuit ou onéreux des personnes âgées, des adultes infirmes, des indigents ou des inadaptés socialement (articles 95 et 203 du même code). Cet article est plus large car il ne vise pas la dernière maladie⁵⁰⁴. Mais il s'agit là aussi d'une protection contre les risques de captation, le droit craint « les risques d'abus de position dominante du travailleur social auprès des personnes âgées ou dépendantes⁵⁰⁵ ». La corrélation entre l'atteinte risquée et la faiblesse matérielle de la personne est ici évidente. Le même esprit anime l'article 1125-1 du Code civil, issu de la loi du 3 janvier 1968, selon lequel les personnels des établissements hébergeant des personnes âgées ou dispensant des soins psychiatriques ne peuvent se rendre acquéreur d'un bien ou cessionnaire d'un droit appartenant à une personne admise dans l'établissement, non plus que de prendre à bail le logement occupé par cette personne avant son admission dans l'établissement.

⁵⁰⁴ Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1990 : *D.* 1991, J. pp. 213-214, note Jacques MASSIP ; *RD sanit. soc.* 1992, pp. 342-347, note Sylvie HENNION-MOREAU.

⁵⁰⁵ Sylvie HENNION-MOREAU, Les spécificités du droit du travail applicable aux travailleurs sociaux, *In* : *Les travailleurs sociaux, statuts et responsabilités*, Sylvie HENNION-MOREAU et Francis PINTIAU (Sous-dir.), Paris, coll. Droit sanitaire et social, Sirey, 2^e éd., 1995, pp. 36-55, p. 42.

424. L'ensemble de ces dispositions vise directement à protéger des personnes vulnérables sur le plan matériel d'abus de faiblesse dont elles pourraient être l'objet, du fait même de leur situation de grande vulnérabilité. La vulnérabilité matérielle est déterminée, le risque corrélatif défini, la loi décide donc d'interdire purement et strictement certains actes. De même, il ressort d'un arrêt de la chambre sociale du 5 mai 1993, qu'une disposition d'une convention collective interdisait au personnel d'un établissement accueillant des personnes âgées de conclure une transaction avec des pensionnaires. Or, une personne travaillant en qualité de comptable au service de l'Association assurant cet accueil, a été licenciée pour avoir conclu une transaction avec une pensionnaire. A l'occasion d'un problème juridique, concernant le paiement des indemnités consécutives à la rupture du contrat, la cour rappelle l'argumentation des juges d'appel selon laquelle une telle disposition était « destinée à assurer la protection des personnes âgées et vulnérables⁵⁰⁶ ». Avec netteté, la situation de vulnérabilité des personnes apparaît comme le fondement de ce type de disposition : le lien de corrélation détermine un risque d'abus de la vulnérabilité matérielle de la personne.

425. Le lien de corrélation apparaît indispensable aussi lorsque les mesures de protection contre les atteintes au consentement interviennent en matière biomédicale.

B. Le domaine biomédical

1. La recherche biomédicale

426. La possibilité qu'offre la loi de porter atteinte au corps dans le cadre de la recherche médicale est conditionnée par le recueil du consentement de

⁵⁰⁶ Cass. soc., 5 mai 1993, Pourvoi n°90-41.351.

la personne⁵⁰⁷. Or, on l'a dit, « pendant longtemps, c'est le faible d'esprit, le malade, le prisonnier qui furent les sujets privilégiés de l'expérimentation médicale⁵⁰⁸ ». Les personnes les plus vulnérables quant à l'expression d'un consentement valable, du fait même de leur faiblesse, risquent alors d'être exploitées aux fins d'expérimentation. La corrélation entre le risque et la faiblesse apparaît ici clairement. Ce risque justifie une protection accrue de ces catégories de personnes, dans une législation déjà très protectrice pour laquelle le consentement du sujet qui se prête à la recherche est considéré comme essentiel. Le consentement de la personne doit non seulement être recueilli, mais en outre être libre, éclairé et exprès en vertu de l'article L. 1122-1 du Code de la santé publique, sous peine de sanction pénale (article 223-8 du Code pénal). En effet, le principe est que dans tous les cas, si la personne est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit être recherché. En ce domaine, il faut distinguer la protection des personnes vulnérables selon qu'il s'agit d'une recherche avec bénéfice individuel direct ou sans bénéfice individuel direct.

a. La recherche avec bénéfice individuel direct

427. La recherche avec bénéfice individuel direct peut être menée sur tout malade (patient hospitalisé, blessé, femme enceinte, personne handicapée, personne à risque dans le cas de la prévention). La recherche, dans ce cas, accompagne l'acte de soin puisque l'objectif est de soigner la personne⁵⁰⁹. Cependant, les chercheurs sont limités dans leur intervention : en effet : « il ne faudrait pas, qu'au prétexte qu'une recherche biomédicale présente un avantage

⁵⁰⁷ Notons que l'on ne quitte pas forcément le droit pénal étant donné que les articles 223-8 et 223-9 du Code pénal incriminent le fait d'avoir pratiqué une recherche biomédicale sans le consentement de l'intéressé.

⁵⁰⁸ Christian BYK, L'exemple du droit comparé : *Journ. Int. bioéth.* 1993, vol. 4, Hors série, pp. 21-23, p. 21.

⁵⁰⁹ Bénédicte BEVIÈRE, *La protection de la personne dans la recherche biomédicale*, Thèse Rennes I, Francis Kernaleguen (Sous-dir.), 1996, n° 169, p. 82.

thérapeutique pour la personne, ils réalisent des essais abusifs⁵¹⁰ », et ce d'autant plus que ces recherches sont effectuées sur des personnes malades, donc affaiblies sur le plan matériel. Le risque d'abus est lié au fait que ces personnes sont en état de faiblesse⁵¹¹.

428. Ainsi, la possibilité d'effectuer une telle recherche obéit à des conditions plus restrictives pour certaines catégories de personnes particulièrement vulnérables que sont les mineurs (article L.1122-2, alinéa 2, L.1122-3, alinéa 3 du Code de la santé publique), le majeur protégé par une sauvegarde de justice, une curatelle ou une tutelle (article L.1122-2 alinéas 2 et 3), le malade en situation d'urgence (article L.1121-5 et L.1122-1 dernier alinéa), le malade hospitalisé sans son consentement (article L.3312-1 et L.3213-1 du Code de la santé publique), le malade privé de liberté par une décision administrative ou judiciaire (article L.1121-5). Les conditions de la recherche sont encore plus restrictives s'agissant des recherches sans bénéfice individuel direct.

b. Les recherches sans bénéfice individuel direct

429. Les recherches sans bénéfice individuel direct sont plus encadrées : les risques encourus sont considérés comme plus importants, c'est un

⁵¹⁰ *Ibid.*

⁵¹¹ Nous renvoyons, cependant, à la remarque de M. Antoine Rétault selon laquelle la distinction entre personne malade et personne hospitalisée aurait mérité d'être faite. En effet, car la vulnérabilité engendrée est différente dans l'un et l'autre cas : l'abus peut être, dans le premier cas, plus dans le contenu, les objectifs de la recherche elle-même, et, dans le second cas, plus dans le recueil du consentement du fait du risque de pressions, sachant, qu'en outre, les difficultés de résistance sont accrues par la maladie. Les mesures de protections devraient alors être différentes : limiter les hypothèses dans lesquelles la recherche est possible lorsque la personne est malade, et lorsqu'elle est hospitalisée, multiplier les garanties de recueil du consentement (Antoine RETAULT, *L'expérimentation sur le malade : soins ou recherche ? A propos de la loi Huriet en psychiatrie : RTD civ.* 1998, pp. 57-70, p. 68, note n° 38). Cette proposition illustre très bien le fait que le lien de corrélation précisément déterminé est à même d'être le fondement d'une mesure de protection adaptée.

abus dont les formes peuvent être différentes selon l'origine de la vulnérabilité concernée. C'est donc la nature de l'abus que l'on redoute, corrélatif à la vulnérabilité matérielle de la personne, qui permet de choisir une mesure de protection adaptée. La situation de vulnérabilité permet de caractériser objectivement le risque d'abus. Les dispositions en la matière permettent de distinguer deux niveaux de protection fondés sur le lien de corrélation entre la faiblesse et le risque d'atteinte. Ainsi, certaines personnes « particulièrement vulnérables » sont exclues de la recherche sans bénéfice individuel direct. D'autres personnes considérées comme seulement « vulnérables » feront l'objet d'une protection renforcée, sans que les recherches sans bénéfice individuel direct soient pour autant exclues⁵¹².

430. Les personnes exclues de la recherche sont : les personnes privées de liberté, les malades en situation d'urgence, les personnes hospitalisées sans leur consentement (article L.1121-5 du Code de la santé publique), les personnes non affiliées à un régime de sécurité sociale ou bénéficiaire d'un tel régime (article L.1124-3 du même code). Les personnes dont la protection est renforcée par une limitation des essais sont : les femmes enceintes, parturientes ou qui allaitent (article L.1121-4 du Code de la santé publique), les personnes incapables, mineurs et majeurs protégés (articles L.1121-6 et L.1122-2 alinéa 2), les personnes admises dans un établissement sanitaire ou social à d'autres fins que la recherche (article L.1121-6) et la personne en état de mort cérébrale (L.1124-5).

i. Une protection renforcée par une limitation des essais pour les personnes « vulnérables »

431. Les catégories de personnes bénéficiant d'une protection renforcée encourent des risques particuliers que l'on peut définir grâce à la

⁵¹² Cette distinction est opérée par Bénédicte BEVIÈRE, *La protection de la personne dans la recherche biomédicale*, thèse préc., n° 170, p. 82 et n° 185, p. 91.

faiblesse de la personne avec laquelle ils ont un lien de corrélation manifeste. Concernant les recherches sans bénéfice individuel direct, il faut que la recherche ne présente aucun risque sérieux prévisible pour la personne (condition exigée dans tous les cas), être utile à des personnes présentant les mêmes caractéristiques, et ne pouvoir être réalisée autrement (ces deux dernières conditions n'étant pas applicables à la personne en état de mort cérébrale).

432. La protection de la femme enceinte, parturiente ou qui allaite est une protection minimale. Seul son état de vulnérabilité physique est pris en compte pour les recherches expérimentales. En dehors de la période où la femme est hospitalisée, pour l'accouchement notamment, pendant laquelle elle bénéficie de la protection accordée aux personnes admises dans un établissement de santé, les recherches sans bénéfice individuel pour elle ne sont admises qu'à certaines conditions. Ainsi, les recherches ne doivent présenter aucun risque sérieux prévisible pour la santé, condition exigée pour toute recherche sans bénéfice individuel direct, ou celle de l'enfant, être utiles à la connaissance des phénomènes de la grossesse, de l'accouchement ou de l'allaitement et ne pouvoir être réalisées autrement, et ce en vertu de l'article L. 1121-4 du Code de la santé publique. Les limitations sont fondées sur l'état physique de la personne et permettent d'encadrer, de limiter les hypothèses où un quelconque abus serait possible.

433. En outre, la protection de la femme enceinte, parturiente ou qui allaite conduit à la protection indirecte de l'enfant nourrisson, et surtout du fœtus et de l'embryon⁵¹³. Les recherches réalisées sur la femme enceinte touchent donc de manière indirecte l'embryon ou le fœtus. Au-delà encore, c'est la question fort controversée de la recherche biomédicale sur l'embryon et le fœtus *in vitro* qui est soulevée. Il est évident ici que l'embryon et le fœtus, à les considérer comme des êtres humains, à défaut de pouvoir affirmer avec conviction leur qualité de personne, sont d'une grande vulnérabilité, ils représentent l'être sans défense par excellence. Dès lors, les risques d'abus concernant la nature des recherches, leurs

⁵¹³ Claire NEIRINCK, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Thèse 1982, Paris, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 1984, pp. 42-43.

objectifs, les conditions de leur pratique sont gigantesques et dignes des pires scénarios d'un film d'"horreur fiction" que l'on puisse imaginer. C'est la qualité d'être humain potentiel de l'enfant non né et non sa vulnérabilité qui est au centre de débats tant sur le plan philosophique, éthique, médical, juridique.

434. Concernant les personnes incapables, les risques d'abus sont centrés essentiellement autour de la validité de leur consentement étant donné que, du fait de leur vulnérabilité mentale notamment, « ils ne sont pas en mesure de bien juger si l'essai qui leur est proposé est profitable ou non⁵¹⁴ ». Un risque objectif d'abus relatif au consentement existe justifiant une protection renforcée. Le recueil de leur consentement est donc entouré de garanties : le consentement est donné par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale pour le mineur non émancipé, par le représentant légal autorisé par le conseil de famille ou le juge des tutelles pour le mineur protégé et le majeur protégé. Dans tous les cas, leur consentement doit être recherché. La vulnérabilité exige des garanties contre les risques d'abus, mais elle doit aussi participer à ce que la volonté de la personne soit entendue et respectée.

435. Les personnes admises dans un établissement sanitaire ou social à d'autres fins que la recherche sont les malades hospitalisés, les personnes handicapées, les personnes âgées placées dans les maisons de retraite ou à l'hôpital, les convalescents, les handicapés placés en rééducation, les inadaptés mentaux, auxquels on peut ajouter les personnes marginales placées en centre d'hébergement, ces personnes constituent « le terrain d'élection de la médecine expérimentale⁵¹⁵ ». La faiblesse de ces personnes permet de caractériser l'existence d'un risque, en l'occurrence un abus de leur situation ; ce lien de corrélation entre la faiblesse et le risque confine ici à un lien de causalité. C'est en effet parce que ces personnes sont fragiles matériellement que le risque existe. Elles font donc l'objet d'une protection renforcée quant aux conditions de la recherche. Pour les personnes hospitalisées en état de mort cérébrale, en

⁵¹⁴ *Ibid.* n° 176, p. 85.

⁵¹⁵ *Ibid.* n° 181, p. 88 ; Antoine RETAULT, *art. préc.* p. 69.

particulier, la loi n'autorise la recherche que si le patient a exprimé son consentement de son vivant ou par le témoignage de la famille, selon l'article 1124-5 du Code de la santé publique.

436. Le recueil du consentement des personnes hospitalisées, autres que celles en état de mort cérébrale, obéit en revanche au droit commun. Ainsi, si la personne n'est pas protégée par un régime civil, sa vulnérabilité due à un état physique ou psychique et à sa dépendance à l'institution, créant un risque de pression sur son consentement, n'est pas entièrement prise en compte par la loi. Néanmoins, la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, dite loi Kouchner, permet à toute personne majeure de « désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin » (article L.1111-6 alinéa 1^{er} du Code de la santé publique). En outre, la personne malade peut demander à ce que cette *personne de confiance* l'accompagne dans ses démarches et l'assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions. Ainsi, le malade admis dans un établissement de santé peut-il, s'il connaît ce droit ou en est informé par l'établissement⁵¹⁶, demander à ce que cette personne l'accompagne dans la décision de se prêter à une recherche biomédicale. Ce *mandataire particulier* est consulté aussi lorsque le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin⁵¹⁷. Le risque lié à l'existence de pression ou de non prise en compte de la volonté du malade du

⁵¹⁶ L'art. L.1111-6 alinéa 2nd prévoit que lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance sans que ce soit une obligation, semble-t-il, cf. Patrick MISTRETTA, La loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Réflexions critiques sur un Droit en pleine mutation : *JCP* 2002, éd. G., I, 141, pp. 1075-1083, n°12, p. 1079. On peut ajouter que le législateur n'est pas très explicite concernant la personne qui doit proposer cette possibilité.

⁵¹⁷ Frédéric-Jérôme PANSIER, Cyrille CHARBONNEAU, Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades (1^{re} partie) : *Petites affiches* 2002, n°52, pp. 5-16, p. 10.

fait de la situation matérielle de la personne malade et dépendante de l'établissement qui l'accueille est ainsi largement diminué⁵¹⁸.

437. Peuvent, en outre, bénéficier d'une protection renforcée, les personnes considérées comme « particulièrement vulnérables ».

ii. Une protection renforcée par une exclusion des recherches pour les personnes « particulièrement vulnérables »

438. Les personnes *particulièrement* vulnérables se voient exclues de la recherche, l'atteinte éventuelle qu'elles risquent en termes d'abus est jugée par le législateur trop importante, trop probable, voire inévitable, pour les autoriser. La faiblesse particulièrement caractérisée permet de définir objectivement l'existence d'un risque d'atteinte corrélatif, dont l'importance justifie une protection radicale. Ainsi, les personnes privées de liberté par décision administrative ou judiciaire – personnes en détention provisoire, détenues après condamnation, malades à qui le procureur de la République a enjoint de suivre une cure de désintoxication –, les personnes hospitalisées sans leur consentement, les personnes non affiliées à un régime de sécurité sociale ou ne bénéficiant pas d'un tel régime sont classées dans cette catégorie.

439. S'agissant des personnes privées de liberté, « le législateur a tenu à être le plus restrictif possible pour éviter tout excès sur ces individus vulnérables⁵¹⁹ ». En les laissant participer à des essais sans finalité thérapeutique, on pourrait obtenir des statistiques erronées du fait de leur grande faiblesse psychique, de leur dépendance et de leur isolement. De plus, d'un point de vue éthique et moral, on peut s'interroger sur le « caractère pleinement libre et

⁵¹⁸ Notons toutefois qu'il n'est pas évident que les malades et usagers du système de santé, visés par la loi, recouvrent l'ensemble des personnes admises dans un établissement sanitaire ou social, le terme d'établissement de santé semble en effet plus restrictif.

⁵¹⁹ Propos de M. Huriet, dans le Rapport du Sénat n° 19 du 11 octobre 1988 p. 40, cités par Bénédicte BEVIÈRE, *In* : *La protection de la personne dans la recherche biomédicale, thèse préc.*, n° 186, p. 92.

volontaire du consentement demandé à un détenu, et on peut craindre toute déviation dans un sens ou dans un autre à propos de cette obligation qui est fondamentale ». Les personnes détenues constituent dès lors une catégorie de personnes dont la faiblesse détermine un risque grave quant à l'obtention du consentement, dès lors la protection consiste à interdire toute recherche. Cette interdiction est alors manifestement fondée sur leur situation de vulnérabilité parce qu'il existe un lien de corrélation entre la faiblesse et l'atteinte risquée.

440. Il en est de même pour les personnes hospitalisées sans leur consentement. Celles-ci étaient assimilées à des détenus et bénéficiaient à ce titre de la même protection, jusqu'à ce qu'elles disposent d'une protection spécifique, résultant aujourd'hui de l'article L.1121-5 du Code de la santé publique. Les personnes en situation d'urgence sont également exclues des recherches sans bénéfice individuel direct. Il s'agit de personnes malades « en état d'extrême faiblesse et donc vulnérables [pouvant faire] l'objet d'abus de la part des chercheurs⁵²⁰ ». Il est évident que l'urgence crée chez la personne une vulnérabilité particulière étant donné que sa liberté de choix est anéantie, crée une sorte de contrainte. Elle est donc susceptible d'accepter tout ce qu'on peut lui proposer, ce qui rend les abus, corrélatifs à cette situation de faiblesse, plus que probables. L'interdiction de la recherche sans bénéfice individuel direct est, dans ces conditions, un moyen juridique adapté pour éviter toute atteinte.

441. De même les personnes non affiliées à un régime de sécurité sociale ou ne bénéficiant pas d'un tel régime sont-elles exclues des recherches sans bénéfice individuel direct ; « cette interdiction est destinée à éviter que les marginaux, sous l'empire de la nécessité, se proposent comme sujets d'expérience dans l'espoir d'obtenir quelques subsides⁵²¹ ». Les risques d'abus sont ici évidents face à des personnes dont la vulnérabilité est d'origine sociale et économique, accompagnée parfois d'une vulnérabilité d'origine psychologique ou physique. L'existence objective d'un risque d'atteinte injustifiée et abusive à l'intégrité

⁵²⁰ *Ibid.* n° 187, p. 92.

⁵²¹ *Ibid.* n° 189, p. 93.

physique de la personne corrélatif à l'origine de la vulnérabilité peut alors être facilement défini. L'atteinte risquée est déterminée par la nature matérielle de la vulnérabilité de la personne, en d'autres termes par le lien de corrélation.

442. Celui-ci apparaît comme le fondement nécessaire de certaines dispositions en matière de prélèvements d'organes.

2. Les prélèvements d'organes

443. Les personnes vulnérables forment une catégorie pour laquelle, en ce domaine, comme dans le précédent, l'exigence d'un consentement libre et éclairé ne peut pas toujours être respecté. Le risque est le non-respect de l'autonomie de la personne humaine. Ainsi, les *donneurs vulnérables* constituent une catégorie de personnes « qui ne sont pas en mesure d'exprimer un consentement efficace⁵²² ». Il est donc nécessaire « d'appliquer des garanties juridiques strictement définies protégeant contre les abus possibles en cette matière⁵²³ ». La faiblesse de la personne permet de craindre un risque d'abus corrélatif : un prélèvement sans le recueil préalable du consentement de la personne.

444. Le lien de corrélation entre la faiblesse et l'atteinte apparaît clairement dans une décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 26 avril 2003 *relative à la prévention du trafic d'organes et de tissus d'origine humaine et à la lutte contre ce phénomène*⁵²⁴. Bien que qualifiant un abus avéré et non pas seulement éventuel, les termes de cette décision sont intéressants, car la vulnérabilité est prise en compte dans ce domaine spécifique au niveau européen. En effet, l'article 2 de cette décision précise que chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour faire en sorte que soient punissables certains actes. En particulier, lorsqu'il y a « abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, de

⁵²² M. SAFJAN, Les donneurs vulnérables, *Journ. int. bioéth.* 1995, n°2, pp. 132-137, p. 132.

⁵²³ *Ibid.* p. 133.

⁵²⁴ JOUE n°C 100 du 26/04/2003, pp. 27-30.

manière telle que la personne n'a en fait d'autre choix véritable et acceptable que de se soumettre à cet abus ». La vulnérabilité de la personne la met dans une situation qui permet de qualifier une contrainte devant être sanctionnée. Tel est aussi le cas dans certaines approches du problème de l'euthanasie.

3. L'euthanasie

445. La Cour européenne des droits de l'homme a dû se prononcer sur cette question délicate. Dans l'arrêt *Pretty contre Royaume-Uni* du 29 avril 2002, déjà évoqué, une personne souffrant d'une maladie incurable s'était vue refuser une immunité de poursuite pour son mari s'il l'aidait à se suicider. Elle se plaignait devant la Cour européenne des droits de l'homme d'une violation des droits garantis par les articles 2, 3, 8 et 9 de la Convention. La cour estime qu'aucun de ces droits n'a été enfreint⁵²⁵. La motivation de la cour est fondée sur l'article 8-2 de la Convention, les juges considèrent que « la disposition légale incriminée en l'espèce, à savoir l'article 2 de la loi de 1961, a été conçue pour préserver la vie en protégeant les personnes faibles et vulnérables – spécialement celles qui ne sont pas en mesure de prendre des décisions en connaissance de cause – contre les actes visant à mettre fin à la vie ou à aider à mettre fin à la vie. Sans doute l'état des personnes souffrant d'une maladie en phase terminale varie-t-il d'un cas à l'autre. Mais beaucoup de ces personnes sont vulnérables, et c'est la vulnérabilité de la catégorie qu'elles forment qui fournit la *ratio legis* de la disposition en cause. [...] *Il existe des risques manifestes d'abus*, nonobstant les arguments développés quant à la possibilité de prévoir des garde-fous et des procédures protectrices⁵²⁶ ». La vulnérabilité de la personne est constituée ici, d'une part, d'une maladie incurable de la personne à un stade avancé, qui se manifeste par une faiblesse physique très importante et, d'autre part, par la situation générée par cette maladie ayant des répercussions sur la capacité de la personne à résister mentalement aux abus éventuels. Le risque d'abus est donc défini grâce à la nature de la faiblesse de

⁵²⁵ CEDH, 4^e sect., *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, req. n° 2346/02, § 74.

⁵²⁶ *Ibid.*

la personne parce qu'il a un lien de corrélation avec celle-ci. L'interdiction de l'euthanasie est la réponse qui apparaît la plus adaptée face aux risques d'atteinte au consentement encourus par la personne du fait de sa faiblesse psychique et morale, origine matérielle de vulnérabilité.

446. Ce lien est aussi indéniable lorsque le risque est celui plus large d'une atteinte aux libertés fondamentales de la personne.

§ 2. La protection contre les risques d'atteintes aux libertés fondamentales de la personne

447. Cette question est abordée, par la doctrine, à travers celle très spécifique du respect nécessaire de la personne du salarié et de ses libertés fondamentales, mais trouve des prolongements au-delà de cette situation précise. Elle constitue une transition parfaite entre la protection fondamentale de la personne contre les atteintes au consentement et les atteintes à l'intégrité physique, dont l'interdépendance a pu, d'ailleurs, être ressentie en matière biomédicale. S'agissant des libertés fondamentales du salarié, bien que la protection puisse conduire à une prévention des atteintes à l'intégrité physique, le lien contractuel implique nécessairement la protection contre les atteintes au consentement, sans qu'il s'agisse nécessairement d'un abus avéré de la part de l'employeur.

448. L'idée est alors que la situation contractuelle du salarié crée un risque particulier d'atteinte à ses droits fondamentaux. La vulnérabilité trouve donc son origine dans le lien contractuel lui-même et est révélée par les risques corrélatifs d'atteinte à la personne et aux libertés fondamentales. Ainsi, on l'a vu, M. Gérard Couturier analyse l'infériorité du salarié face à l'employeur comme une relation ayant de multiples aspects, selon le type d'infériorité existant en fait. Parmi ceux-ci, il constate une relation d'« *infériorité-vulnérabilité*⁵²⁷ ». Cet aspect

⁵²⁷ Gérard COUTURIER, Les relations entre employeurs et salariés en droit français : In : Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I, Dir. Jacques GUESTIN, Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, Dir. Marcel FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les*

spécifique de l'infériorité du salarié dans la relation de travail est évoqué selon l'auteur à la lumière de l'actualité du droit du travail. La vulnérabilité ainsi dénoncée est due à deux éléments : une exposition physique particulière dans le cadre de l'exécution du contrat de travail et la subordination dans laquelle le contrat place inévitablement le salarié. La subordination ou la dépendance économique du salarié, origines de sa vulnérabilité, créent un risque spécifique d'atteinte aux droits fondamentaux de celui-ci. La nature de la faiblesse conditionne le risque particulier, le lien de corrélation existe donc indéniablement.

449. La situation de vulnérabilité créée par la subordination justifie, selon une telle analyse, la protection du salarié contre les atteintes à son intégrité physique au travail. Les premières règles de protection du travailleur sont d'ailleurs intervenues dans le domaine de l'hygiène et la sécurité du travail⁵²⁸. La vulnérabilité physique du salarié, du fait des exigences liées à l'exécution du contrat de travail, implique une protection de la santé de celui-ci au sens large. Cette protection constitue selon M. Alain Supiot « la part irréductible d'un droit du travail imposé par l'Etat⁵²⁹ ». Cette situation de vulnérabilité est aussi le fondement de la protection du salarié contre les atteintes aux libertés fondamentales, qu'il pourrait subir de la part de l'employeur. La subordination du salarié dépasse, semble-t-il ici, un simple point de vue contractuel : « Il s'agit de l'homme sous le salarié⁵³⁰. » La protection consiste à imposer la liberté comme un principe qui ne saurait être limité par le pouvoir de direction de l'employeur et relativement à la finalité et la nécessité du bon fonctionnement de l'entreprise⁵³¹. Néanmoins, la relation contractuelle donnant naissance à une subordination du salarié face à l'employeur dans l'exécution de la prestation de travail crée le risque que l'employeur ne respecte pas les libertés

rapports contractuels. Comparaisons franco-belges, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 143-164, n°7, pp. 149-150.

⁵²⁸ *Ibid.* et Alain SUPIOT, Pourquoi un droit du travail ? *Dr. soc.* n°6, juin 1990, pp. 485-492, p. 487.

⁵²⁹ *Ibid.*

⁵³⁰ Gérard LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi, Rapport au ministère de l'emploi et de la formation professionnelle*, Paris, coll. Les rapports officiels, La documentation française, 1992, p. 153.

⁵³¹ *Ibid.* p. 155.

publiques du salarié dans le cadre même de l'exécution de cette prestation. La situation de vulnérabilité fonde alors l'exigence du respect de ces libertés par l'employeur.

450. Un tel fondement conduit à une réflexion plus générale sur le rôle de la vulnérabilité relativement à la protection des droits de l'homme. Il semble que la situation de vulnérabilité de la personne étende le champ d'application des libertés fondamentales. Une telle lecture résulte en particulier de l'application du principe de respect de la dignité humaine dans la protection contre l'emploi de la violence physique et morale assurée par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, l'application de ce principe conduit à prohiber de façon absolue l'emploi de la violence contre les personnes vulnérables⁵³². Le renforcement de l'obligation de respect des droits fondamentaux procède d'une évidence : les personnes vulnérables, du fait même de la nature matérielle de leur faiblesse, sont soumises plus que toutes les autres au risque que leurs droits et libertés fondamentaux soient bafoués. En effet, toutes les atteintes graves à la personne sont protégées sous l'angle des droits de l'homme. La situation de vulnérabilité, qui fonde la protection du fait de l'existence d'une corrélation entre une faiblesse particulière et un risque, apparaît alors nécessairement comme une source d'élargissement des droits de l'homme, protecteurs par principe de la personne humaine, ils sont renforcés lorsque celle-ci est en situation de vulnérabilité.

451. Ainsi, la situation de vulnérabilité étend la protection contre l'emploi de la violence parce que justement la vulnérabilité matérielle accroît le risque de la subir. La protection visée est alors celle de l'intégrité physique de la personne.

⁵³² Béatrice MAURER, *Le principe du respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Coll. Monde européen et international, Jacques Bourrinet (Sous-dir.), La documentation française, 1999, p. 267.

§ 3. La protection contre les risques d'atteintes graves à l'intégrité physique de la personne

452. Ce type de protection se manifeste principalement autour de deux types de dispositions : les dispositions de droit pénal en tant qu'elles ont une fonction dissuasive (A), et l'ensemble des mesures préventives visant à protéger certaines catégories de personnes faibles (B).

A. La fonction dissuasive du droit pénal

1. Pour tous les délinquants éventuels

453. Lorsque la vulnérabilité d'une personne permet de penser qu'une atteinte grave soit à son intégrité physique ou morale, soit à ses biens la menace, le législateur peut prévoir de sanctionner un tel comportement dans un but dissuasif. Ainsi, l'incrimination d'un comportement assorti d'une peine peut être considérée comme un moyen de neutraliser une atteinte déterminée que risque une personne du fait de sa vulnérabilité. Cette idée repose bien entendu sur la fonction préventive d'intimidation de la peine, idée que le professeur Claude Lombois considère comme « classique mais non démontrée⁵³³ ». En effet, cette fonction de la peine n'est sans doute que très illusoire. Une législation pénale a l'ambition d'intimider collectivement par la menace de la sanction ; cependant, la condition du respect des incriminations, de leur force dissuasive est la réalité du consensus social à les

⁵³³ Claude LOMBOIS, *Droit pénal général*, Paris, Les fondamentaux, Hachette Supérieur, 1994, p. 119. Sur l'évolution du but de la sanction pénale : Edgardo ROTMAN, L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale, *In* : Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, *Etudes de sciences pénales et de politique criminelle*, Vol. II, *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Paris, Pédone, 1975, pp. 163-176.

incriminer⁵³⁴. Une infraction incriminant un acte, protégeant des valeurs faisant l'objet d'un consensus social fort, contribue donc à la force dissuasive de celle-ci.

454. On peut certainement considérer que la protection des personnes vulnérables, tels notamment les enfants, les personnes âgées, les personnes handicapées, fait l'objet d'un relatif consensus social ; il ne s'agit pas de protéger des valeurs artificielles, mais des personnes de l'entourage proche de chacun. Aussi, la protection des personnes vulnérables s'intègre dans un Code pénal inspiré par les droits de l'homme, qui eux-mêmes sont une valeur de notre temps reconnue par la conscience collective⁵³⁵. La volonté du Code pénal est en effet de faire appel au consensus⁵³⁶. Celui-ci est pourtant plutôt considéré non pas dans la fonction dissuasive de la législation pénale, mais dans sa fonction expressive. Dès lors apprécier la force dissuasive de l'interdiction de s'attaquer à une personne vulnérable paraît bien hasardeux, mais sans doute s'agit-il d'une intention du législateur.

455. On constate indiscutablement la « recherche d'une plus grande intimidation par le système de justice criminelle » de manière générale, dont un des domaines est la définition de certaines infractions et des peines qui leur sont applicables, qui se traduit par « une réorientation de la politique criminelle dans un sens nettement répressif⁵³⁷ ». Ainsi, multiplier les infractions pour lesquelles la vulnérabilité est une circonstance aggravante, créer de nouvelles infractions incriminant l'abus de la vulnérabilité d'une personne marquent dans le Code pénal

⁵³⁴ Robert CARIO, *Victimologie, De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, Paris, Coll. Traité de Sciences criminelles, L'Harmattan, 2000, p. 215.

⁵³⁵ Commission de révision du Code pénal, *Projet de nouveau Code pénal*, présentation par Robert BADINTER, Paris, Dalloz, 1988, pp. 10-11, 29-32 et 39-42.

⁵³⁶ Pierrette PONCELA, Pierre LASCOUMES, en collaboration avec Daniel CHARLES, Anna LEPAIGNE, Catherine VIDAL-ENGAURAN, *Réforme ou reconstruction de l'ordre public ? La réforme du Code pénal de 1992*, Convention de recherche n° RE 9522 de la Mission de Recherche Droit et Justice, Ministère de la Justice, Juin 1998, p. 115.

⁵³⁷ Raymond GASSIN, La criminologie et les tendances modernes de la politique répressive : *Rev. sc. crim.* 1981, pp. 265-279, p. 268.

cette volonté répressive qui vise notamment à l'intimidation des auteurs potentiels d'atteintes aux personnes vulnérables⁵³⁸. C'est le législateur qui définit ici l'atteinte que risque la personne vulnérable du fait même de sa vulnérabilité, en lien avec celle-ci donc, et interdit l'atteinte sous peine de sanction. Le caractère dissuasif des incriminations reste certainement un vœu pieux, en particulier quand une atteinte aux personnes vulnérables est spécialement visée. En effet, « la prévention pénale repose sur la crainte, pour tout citoyen, de devoir subir la sanction attachée à la violation d'un interdit. La prévention générale, pour avoir l'ambition d'intimider collectivement par la menace de la sanction, ne s'accompagne d'aucune autre mesure concrète. Le caractère artificiel de nombreux interdictions ne permet guère de croire au consensus social à les incriminer, condition essentielle néanmoins de leur respect... donc de leur force dissuasive⁵³⁹ ». La force de l'intention doit sans doute primer sur la force effective de dissuasion. Sur ce plan en tout cas, la fonction dissuasive du droit pénal permet de montrer que le lien de corrélation à l'origine de la vulnérabilité de la personne justifie l'intention d'une protection préventive. Cette intention est plus précise s'agissant de certains types d'atteintes.

2. Pour les personnes ayant en charge l'encadrement des personnes vulnérables

456. Les personnes qui ont en charge l'encadrement des personnes vulnérables sont soumises à des contraintes identiques à toute personne, sur le plan pénal. Toute infraction leur fera encourir les peines de droit commun. Les actes qu'elles sont susceptibles de commettre comportent pourtant une particularité tenant « au fait que les personnes dont [les travailleurs sociaux] sont en charge présentent, souvent, des caractéristiques de faiblesse et de vulnérabilité, qui facilitent la commission de l'infraction, mais la rendent, par là même, plus

⁵³⁸ Raymond GASSIN (art. préc.) précise que la « création d'incriminations nouvelles » et la « multiplication des circonstances aggravantes » participent, dans la loi « Sécurité-Liberté » de 1981, de la sévérité de la répression, p. 270.

⁵³⁹ Robert CARIO, *op. cit.* p. 215.

odieuse⁵⁴⁰ ». La profession est ainsi, conformément à l'analyse de Mme Geneviève Guidicelli-Delage, un « instrument » facilitant la commission⁵⁴¹. L'idée que la faiblesse facilite dans ce cas l'infraction est une manière d'exprimer le lien de corrélation. Le risque d'atteinte à l'intégrité physique est aggravé du fait des circonstances, or la présence de personnes matériellement vulnérables en est l'élément déterminant. En ce domaine donc, même si l'essentiel est constitué par la répression plus que la prévention d'actes violents, l'idée de dissuasion est implicite et mérite d'être signalée. La volonté de protection préventive des personnes du fait de leur situation de vulnérabilité est, en revanche, plus forte en ce qui concerne d'autres dispositions juridiques.

B. Les mesures visant à protéger les enfants, les aînés, les femmes victimes de violences

457. La maltraitance des enfants est un phénomène connu et pris en compte par le droit grâce à une évolution juridique de plus en plus protectrice depuis la fin du dix-neuvième siècle. Outre la sanction des maltraitances, de nombreuses mesures tendent, en effet, à aider l'enfant, et surtout à le protéger physiquement et psychologiquement contre le renouvellement ou la continuation des

⁵⁴⁰ Geneviève GUIDICELLI-DELAGE, La responsabilité pénale des travailleurs sociaux au regard du nouveau Code pénal : *RD sanit. soc.* 1993, n°4, pp. 708-724, p. 708. Sur le plan juridique cette particularité sera alors notamment de se voir appliquer des circonstances aggravantes telles que l'abus d'autorité, la fonction ou mission de service public et, bien entendu, la vulnérabilité. Exemple de condamnation, pour violences aggravées sur des personnes vulnérables, d'une personne chargée d'une mission de service public dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions : Cass. crim., 15 juin 1999, Pourvoi n°98-85.338.

⁵⁴¹ *Ibid.* p. 710. L'auteur précise pourtant que la question de la responsabilité pénale des travailleurs sociaux ne se situe pas dans ces « dérapages » individuels, mais dans le fait de savoir si l'exercice de la profession, en elle-même, risque de tomber sous le coup de la loi pénale.

maltraitements⁵⁴². En dehors de l'enfance, la maltraitance des personnes vulnérables est un phénomène encore mal connu et peu pris en compte de manière globale par le droit. Certes, la répression de ces comportements est assurée en droit pénal par des dispositions parfois spécifiques, comme l'aggravation d'un certain nombre d'infractions par la vulnérabilité de la personne, mais il s'agit de dispositions sanctionnant l'auteur. La protection spécifique de ces personnes, quant à elle, est balbutiante.

458. La prise de conscience est progressive et le droit commence à se saisir de la question. Ainsi, la doctrine juridique s'intéresse à la question de la maltraitance des personnes âgées vulnérables. M. Robert Cario constate que « la place que la société réserve aux aîné(e)s les plus vulnérables est dramatiquement inhumaine⁵⁴³ ». Mme Aline Terrasson de Fougères dénonce le « tabou » que constitue la maltraitance des personnes âgées au même titre que la pédophilie ; l'auteur précise, en outre, que « si le phénomène n'est pas récent, son appréhension sociale l'est » et « l'heure n'est encore qu'à l'état des lieux⁵⁴⁴ ». L'étude de l'auteur est centrée sur la maltraitance, notion plus large que les mauvais traitements. On est proche du concept de victimisation défini par M. Robert Cario comme « caractéristique d'actions ou d'omissions, en provenance d'une personne de confiance, de nature à provoquer des lésions physiques, des traumatismes psychiques ou psychologiques, des préjudices matériels et/ou sociaux graves⁵⁴⁵ ».

⁵⁴² Pour une approche complète de cette protection, cf. Brigitte LHERBIER-MALBRANQUE, *La protection de l'enfant maltraité, Protéger, aider, punir et collaborer*, Paris, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2000.

⁵⁴³ Robert CARIO, Victimisation des aînés et aide aux victimes : *Rev. sc. crim.* 2002, pp. 81-94, p. 81.

⁵⁴⁴ Aline TERRASSON DE FOUGERES, La maltraitance des personnes âgées : *RD sanit. soc.* 2003, pp. 176-186, p. 176.

⁵⁴⁵ Robert CARIO, *art. préc.* p. 82. L'auteur précise, en outre, que les victimes sont majoritairement des femmes (trois cas sur quatre), d'un âge moyen supérieur à 75 ans, veuves, vulnérables au plan physique et intellectuel, possédant un patrimoine plus important que le victimiseur (dans un cas sur

459. L'article de Mme Terrasson de Fougères attire l'attention sur le fait que les pouvoirs publics semblent commencer à s'intéresser à ce problème. Ainsi, une circulaire du 3 mai 2002 du secrétariat d'Etat aux personnes âgées, relative à la prévention et à la lutte contre la maltraitance envers les adultes vulnérables, et notamment les personnes âgées⁵⁴⁶, montre la volonté politique naissante, mais néanmoins certaine, d'organiser une protection spécifique et efficace des personnes vulnérables, même si la protection s'oriente plutôt vers les personnes âgées dans un premier temps. La nature matérielle de leur vulnérabilité particulière commande une protection qui leur est spécifique ; le lien de corrélation est donc inévitablement pris en compte.

460. La vulnérabilité de ces personnes permet de définir les atteintes dont elles peuvent être l'objet et ainsi, mettre en place une protection qui n'intervienne pas seulement après coup. En effet, selon M. Cario, « la prévention demeure la stratégie essentielle : il faut agir sur tous les facteurs de risque⁵⁴⁷ ». La prévention passe évidemment par l'information – par des campagnes de sensibilisation –, l'aide, l'assistance, la resocialisation de ces personnes, grâce notamment aux associations d'aide aux victimes, qui ont un rôle primordial dans l'aide aux personnes vulnérables. La protection en ce sens est assez voisine de celle déjà en place pour les femmes victimes de violences. Tous ces dispositifs ont pour objectif de compenser la faiblesse à l'origine de la vulnérabilité et ainsi neutraliser les risques de victimisation. L'aide ou l'assistance ne fait pas disparaître la faiblesse de la personne, mais diminue le risque d'atteinte. Du même coup, le lien de corrélation et donc la situation de vulnérabilité disparaissent eux aussi : la personne n'est plus aussi vulnérable.

461. La protection doit permettre de soustraire la personne à l'atteinte qu'elle risque de subir du fait de sa vulnérabilité. Dans ce but, une des solutions

deux une personne appartenant au cercle restreint de famille, dans un cas sur dix les amis ou voisins, dans près de deux cas sur dix les personnels soignants à domicile ou en institution...), p. 86.

⁵⁴⁶ Circ. DGAS/SD2, n° 2002-280.

⁵⁴⁷ Robert CARIO, *art. préc.* p. 89.

proposées par M. Cario est d'accorder des droits et libertés à la personne sous forme de chartes, par exemple⁵⁴⁸. Ainsi, pour que la protection soit mise en place, comme dans la Charte canadienne des droits et libertés de la personne, il est urgent selon l'auteur de prendre « des dispositions spécifiques destinées à assurer aux personnes âgées ou handicapées une protection contre l'exploitation » lorsqu'elles dépendent d'autrui ou sont vulnérables sur le plan psychologique, social ou culturel. L'exploitation est entendue ici comme *le fait de profiter de l'état de dépendance ou de vulnérabilité de la personne pour la priver de ses droits en lui soutirant de l'argent, en lui faisant subir de mauvais traitements, ou encore en la privant des soins nécessaires à sa santé, sa sécurité ou son bien-être*⁵⁴⁹. Il est proposé pour faire respecter et promouvoir une telle charte, de lui attacher une commission dotée d'un pouvoir d'enquête, d'intervention d'urgence, et, le cas échéant, de saisine des autorités judiciaires compétentes.

462. La protection des personnes vulnérables âgées et handicapées pourrait alors s'organiser sur un modèle voisin de celui de la protection de l'enfance, avec des spécificités dues à la vulnérabilité particulière de ces personnes. La protection de l'enfance est prise en charge par un dispositif qui appréhende la question de manière globale, et non au cas par cas, grâce à des institutions spécifiques, tant au niveau social que juridique (la protection sociale de l'enfance en danger, d'une part, avec les services spécialisés de l'aide sociale à l'enfance, et la protection judiciaire avec un magistrat spécialisé pour les mineurs). Cette volonté de calquer la protection des personnes vulnérables sur celle des enfants est parfois revendiquée de manière très explicite. Ainsi, la solution suivante a été proposée : « (devant les maltraitances aux personnes âgées, à leur domicile ou en établissement de soins ou d'hébergement), que doit faire le praticien ?

⁵⁴⁸ L'auteur prend ainsi pour exemple la Charte du patient hospitalisé (la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades accorde aujourd'hui un certain nombre de droit au malade à l'hôpital, celles relative aux droits et libertés de la personne âgée dépendante).

⁵⁴⁹ Définition citée par M. Robert CARIO, *In* : *art. préc.*, p. 90, note n° 25, dont la référence est la suivante : M. LITHWICK, *L'exploitation des personnes âgées*, Mémoires à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2000, p. 34.

Effectuer un signalement dont l'aboutissement est une "instruction" ? Que faire lorsque l'on sait que le résultat va s'appliquer sur un mode presque binaire, avec une ligne de partage entre un non-lieu ou la fermeture de l'établissement ? Il y aurait certainement plus de signalements, donc moins de maltraitance, si l'aboutissement était la nomination d'un juge spécialisé dans la protection et le suivi des personnes vulnérables. Ce juge serait appétent et compétent pour protéger les personnes vulnérables, il aurait du temps pour assurer le suivi tant de la personne que des établissements de soins où sont signalées les maltraitances. Les pouvoirs, les moyens et le type de travail de ce juge seraient calqués sur ceux du juge des enfants (avec au besoin) une assistance en milieu ouvert. A quoi bon changer la loi de 1968, si ce n'est avec le but déclaré de diminuer le nombre de maltraitances ?⁵⁵⁰ »

463. Ce type de proposition consistant en une mise en place d'institutions spécialisées dans la protection des personnes vulnérables a un objectif évident, soustraire, dans les meilleures conditions possibles, la personne aux maltraitances qu'elle subit et ainsi éviter leur continuation et leur renouvellement. L'intérêt avancé d'une protection organisée ainsi serait, tout d'abord, d'apporter les mêmes réponses à des situations assez voisines par une protection d'ensemble des personnes vulnérables. Le point de convergence entre toutes ces personnes est que leur vulnérabilité matérielle implique une situation de risque, ce qui justifie un dispositif spécifique. Le lien de corrélation entre leur faiblesse et le risque d'atteinte, né de celle-ci, rend leurs situations comparables. Une protection par un dispositif spécialisé permettrait, plus facilement que dans le cadre du droit commun, d'apporter des réponses souples et adaptées à la situation de vulnérabilité particulière de la personne en cause. Aussi, la vulnérabilité d'une personne âgée dépendante physiquement, maltraitée psychiquement ou physiquement par l'enfant chez qui elle vit, ne justifie-t-elle pas la mise en place de

⁵⁵⁰ Docteur Monfor, gérontopsychiatre au C.H.U. de Créteil (conclusion de son intervention lors du Colloque de l'Association nationale des psychiatres, Lille 1998) cité par MM. Michel BAUER et Thierry FOSSIER, *In* : *Les tutelles, Protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, Paris, ESF éditeur, 3^e éd., 1999, p. 309.

la même protection que la personne handicapée mentale en institution maltraitée par un membre du personnel, ni même que la personne âgée vulnérable psychiquement et isolée spoliée par son aide ménagère. Dans le premier cas, la solution serait peut-être d'apporter une aide psychologique et matérielle à la personne ayant pris en charge l'aîné et éloigner temporairement la personne de chez elle, si elle le souhaite, ou l'accueillir le jour dans une structure spécialisée...⁵⁵¹. Pour la personne placée en institution l'éloignement de la personne maltraitante est nécessaire. Aussi, une aide psychologique et un rappel ferme du *devoir de bienveillance et de non malveillance*⁵⁵² inhérentes à la profession exercée doivent-ils être rappelés, à une personne qui peut avoir été débordée par la situation. En outre, une aide à la victime doit être mise en place. Quant à la personne en passe de se faire spolier, une assistance juridique extérieure s'impose pour éviter que celle-ci ne reste victime de sa propre faiblesse face à autrui.

464. De tels dispositifs auraient pour objet de protéger, par des mesures de fond, la personne faible et en situation de risque d'atteinte physique notamment, en tenant compte du lien de corrélation. Celui-ci apparaît aussi en filigrane de mesures visant à protéger la personne relativement à sa situation procédurale.

⁵⁵¹ C'est en ce sens que va la circulaire précitée, cf. Aline TERRASSON DE FOUGERES, *art. préc.* p. 183. En effet, la maltraitance peut avoir pour cause l'épuisement physique et moral de l'auteur ; celui-ci est dépassé par la prise en charge de l'aîné(e), cf. Robert CARIO, *préc.* p. 87. L'auteur rappelle que les comportements des victimes sont parfois susceptibles de favoriser la maltraitance (agressivité, insatisfaction, exigence, indifférence affective...).

⁵⁵² Ces termes sont empruntés à Robert CARIO, *art. préc.* p. 93.

Section II. Un fondement de protection procédural

465. Le lien de corrélation doit être envisagé ici en tant que fondement de protection dans le cadre de la question de la preuve de l'infraction atteignant une personne vulnérable (§ 1). La preuve, question traditionnellement rattachée à la procédure, comporte dans ce cas des particularités du fait justement de la vulnérabilité de la personne. Se pose aussi, en matière procédurale, la question délicate de l'accès à la justice des personnes vulnérables (§ 2).

§ 1. La preuve de l'infraction commise contre une personne vulnérable

466. La preuve des atteintes graves commises à l'encontre des personnes vulnérables est riche en interrogations : on peut se demander, en particulier, si faciliter la preuve d'une infraction, en incitant ou en obligeant, sous peine de sanction, à témoigner, protège la victime de cette infraction ou, au contraire, rend plus effective la sanction de l'auteur. Le fait de faciliter la preuve a, sans aucun doute, pour but la répression, l'efficacité de la justice dans la recherche de la vérité, donc la condamnation de l'auteur. L'objectif n'est pas, semble-t-il, la protection de la personne vulnérable. La perspective n'est pas alors d'empêcher une atteinte ou une infraction que risque particulièrement la personne vulnérable du fait de sa vulnérabilité, mais de sanctionner plus lourdement celui qui s'attaque aux personnes vulnérables.

467. Si protection il y a, c'est celle de l'ordre public et non celle de la victime. Aussi, un méfait ne serait-il pas signalé pour la protection de la personne elle-même, mais pour permettre aux autorités compétentes d'agir pour la sauvegarde ou le rétablissement de l'ordre public⁵⁵³. En outre, « observons que les articles 2-3 et 2-8 du Code de procédure pénale, qui autorisent certaines

⁵⁵³ Christian GUERY, Le défaut de protection de l'enfant par le professionnel : un nouveau délit ? *D.* 2001, Doctr. pp. 3293-3298, n°23, p. 3297.

associations défendant ou assistant l'enfance martyrisée et les personnes malades ou handicapées à exercer les droits reconnus à la partie civile, n'ont pas prévu le délit de l'article 434-3 parmi les infractions à propos desquelles elles peuvent agir. On peut en tirer argument en faveur de la thèse que le texte n'a en vue que l'intérêt général⁵⁵⁴ ». De ce point de vue, les dispositions qui visent à dénoncer les actes attentatoires infligés aux personnes vulnérables ont essentiellement pour but la protection de l'ordre public. Il s'agirait "d'infractions d'intérêt général", par la recherche unique de la condamnation effective de l'auteur de ces actes.

468. Or, tel n'est pas le cas. En effet, il serait faux de dire que la victime est négligée ici. Mais la question doit alors être envisagée d'un autre point de vue. Comme l'exprime très justement Mme Cécile Barberger « dans l'hypothèse où du droit s'élabore autour du concept de personne vulnérable, améliore-t-il la protection de la valeur sociale ? » Cette interrogation conduit l'auteur à rechercher une jurisprudence éventuellement favorable aux personnes vulnérables quand elles s'adressent à la justice pénale pour se plaindre des infractions dont elles sont victimes⁵⁵⁵. La protection de la personne n'est pas ce que le droit pénal offre en incriminant l'auteur directement, ou celui qui ne vient pas en aide à la personne agressée ; la protection est ce que le système procédural offre à la personne vulnérable lorsqu'elle est victime d'une infraction. Il est évident que si, sur le plan procédural, aucun dispositif ne permet de remédier à la situation de vulnérabilité de la personne, la Justice nie la vulnérabilité que le législateur entend protéger.

⁵⁵⁴ Claude ZAMBEAUX, Non-dénonciation de mauvais traitements ou privations, Art. 434-3 : *J.-Cl. Pénal*, n° 22, p. 6. On peut ajouter que d'autres associations défendant des personnes vulnérables peuvent exercer ces droits, telles les associations de lutte contre l'exclusion sociale ou culturelle des personnes en état de grande pauvreté, ou en raison de leur situation de famille – article 2-10 du Code de procédure pénale – ; la vulnérabilité n'est toutefois pas une vulnérabilité d'origine intrinsèque comme celle visée par l'art. 434-3 du Code pénal.

⁵⁵⁵ Cécile BARBERGER, Les personnes vulnérables, *In* : Actes du XIII^e Congrès de l'association française de droit pénal, Le nouveau Code pénal : deux années d'application, *Rev. jur. d'Ile-de-France*, n°44, 1994, pp. 179-191, p. 185 ; *Rev. pénit.* 1996, n°3, pp. 277-287, p. 282.

469. Cette approche embrasse largement la problématique du droit des victimes, mais comporte des spécificités, justement du fait de la vulnérabilité de celles-ci. L'atteinte que risquent particulièrement ces victimes du fait de leur vulnérabilité, c'est de ne pas pouvoir accéder effectivement aux droits reconnus aux victimes dans leur ensemble : ne pas pouvoir en fait porter plainte et obtenir reconnaissance de la qualité de victime devant la société, ne pas être aidées ou accompagnées, ne pas obtenir réparation de l'infraction... Ainsi, des avancées importantes en ce domaine ont vu le jour : l'assistance d'un avocat auprès de la victime vulnérable, la possibilité pour les associations dont le but est la défense des personnes vulnérables d'exercer les droits reconnus à la partie civile, l'exigence d'un procès équitable, le soutien d'associations ou de services d'aide aux victimes, l'octroi d'une réparation sous forme d'indemnité⁵⁵⁶. La procédure pénale est déterminante dans la prise en charge des victimes⁵⁵⁷.

470. Aussi, la victime doit-elle avoir accès à la Justice et être entendue, c'est-à-dire qu'elle doit pouvoir porter plainte, et qui plus est être écoutée avec compassion et attention par des professionnels compétents. Elle doit être crue dans ses déclarations. L'accès à la Justice permet à la victime de ne pas rester inconnue de la société. Le fait de voir sa parole mise en doute sans nuance ni précaution est très traumatisant, la recherche de la vérité est essentielle pour la victime et tout doit être mis en œuvre pour qu'elle y participe elle-même⁵⁵⁸. La garantie du droit à être entendue doit être envisagée de manière spécifique en ce qui concerne les personnes vulnérables, leur situation matérielle de vulnérabilité faisant peser sur elles un risque particulier de voir ce droit bafoué.

⁵⁵⁶ Sur l'ensemble de ces dernières questions cf. Robert CARIO, *Victimologie, De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, op. cit. pp. 135-186. Pour l'auteur, les droits des victimes sont divers. Il définit trois séries de droits : *les droits à la reconnaissance*, comprenant les droits à l'accueil, à l'écoute, à l'accès au droit ; *les droits à l'accompagnement*, comprenant les droits à être entendu, informé, protégé, aidé, conseillé, orienté, défendu ; *les droits à réparation* des préjudices subis d'ordre physique, matériel, psychologique et social, p. 172.

⁵⁵⁷ *Ibid.* p. 165.

⁵⁵⁸ *Ibid.* p. 176.

471. Le problème que pose la vulnérabilité de la personne relativement à la preuve en matière procédurale se concentre donc autour du problème du témoignage de ces personnes (A). Certaines solutions existent fondées sur le lien de corrélation entre la faiblesse de la personne et le risque que son témoignage ne soit pas entendu (B).

A. Le problème du témoignage de la personne vulnérable victime

472. Obtenir qu'une victime parle, afin qu'une infraction soit portée à la connaissance des autorités et sanctionnée, n'est pas de manière générale chose évidente. Mais le problème se complique encore lorsque cette victime est une personne vulnérable. Mme Cécile Barberger a mis en évidence cette difficulté, qui se présente sous deux aspects. Ainsi, si la vulnérabilité des victimes complique la connaissance des faits c'est que, conformément aux résultats de travaux de criminologie anciens, « les personnes vulnérables sont souvent si vulnérables qu'elles ne peuvent dénoncer les infractions dont elles sont victimes » ; en outre, ajoute l'auteur, « lorsque les personnes vulnérables se plaignent leur témoignage est sujet à débat voire à caution⁵⁵⁹ ». La problématique du témoignage de la personne vulnérable se cristallise autour des questions de rareté et de crédibilité du témoignage.

1. La rareté du témoignage

473. Il est reconnu en victimologie que, parmi les principales raisons de non-révélation d'une victimisation, figure en bonne place la vulnérabilité de la victime due à une cause intrinsèque (enfant, personne vulnérable par handicap physique ou mental, personnes âgées)⁵⁶⁰. Plus largement, les principales raisons de non-révélation impliquent une forme de vulnérabilité due à une fragilité physique, psychique ou sociale ou à une quelconque dépendance, ainsi en est-il de la honte

⁵⁵⁹ Cécile BARBERGER, *art. préc.* p. 185 ou p. 282.

⁵⁶⁰ Robert CARIO, *op. cit.* p. 74.

autant à dévoiler publiquement les violences familiales que son incapacité à les faire cesser (conjoint, adolescents maltraités, parents victimes), la peur des représailles, l'appréhension d'une victimisation secondaire à cause d'une appartenance particulière (communauté homosexuelle, pratiques alcooliques, minorité ethnique). Ainsi, « oser le dire sera d'autant plus difficile qu'outre la crainte des représailles se greffera la crainte de l'avenir⁵⁶¹ ». De même, « la victime peut n'avoir pas conscience de sa maltraitance, par sénilité, acceptation, abdication... A cela s'ajoutera la peur, la honte, la crainte de n'être pas cru ou la méconnaissance de la protection juridique ou sociale⁵⁶² ».

474. Dans ces conditions, il est bien évident que le droit d'accès à la Justice de la victime n'est que formel. La faiblesse de la personne fait courir, par sa nature, un risque de non-respect de ce droit, la victime vulnérable d'une infraction ne parlera pas, ne portera pas ou peu souvent plainte. Le risque existe du fait du lien de corrélation qu'il a avec cette faiblesse. En outre, lorsque la personne vulnérable témoigne des faits dont elle a été victime, sa parole risque de ne pas être entendue du fait encore de son état.

2. La crédibilité du témoignage

475. Cette question de la crédibilité est particulièrement étudiée en ce qui concerne les enfants⁵⁶³. D'ailleurs, en général, la question de la crédibilité d'un témoignage de victime concerne les enfants ou les adolescents objets de violences ou d'abus sexuels de la part d'adultes ; et, plus rarement, les adultes vulnérables,

⁵⁶¹ Aline TERRASSON DE FOUGERES, *art. préc.* p. 180. D'autres raisons sont mentionnées par Robert Cario : la crainte de raviver le traumatisme, l'implication éventuelle dans la victimisation (*Ibid.*).

⁵⁶² Aline TERRASSON DE FOUGERES, *Ibid.*

⁵⁶³ Pour une étude entièrement consacrée à ce thème : Les Cahiers de la Société Française de Psychologie Légale, *Crédibilité et discernement*, La revue de la Société Française de Psychologie Légale, 1997, n°2.

en général jeunes et immatures, déposant plainte pour viol⁵⁶⁴. Cette prédominance a sans doute des explications : peut-être y a-t-il une surveillance sociale des agressions sur les mineurs supérieure à celle effectuée pour les agressions sur d'autres personnes vulnérables, les personnes âgées par exemple. En outre, la vulnérabilité de certaines victimes est parfois telle que la dénonciation est pour elles quasi-impossible et difficilement détectable pour les personnes les encadrant ; on peut songer aux personnes lourdement handicapées sur un plan mental notamment. La difficulté pour les personnes vulnérables à dénoncer les agressions dont elles sont victimes du fait de leur vulnérabilité se retrouve alors.

476. Le risque pour la victime vulnérable de ne pas être entendue et crue par la justice est manifeste pour les personnes dont la vulnérabilité est due à une fragilité psychologique ou une déficience psychique... La vulnérabilité physique n'est, en effet, pas un obstacle : elle ne crée pas en ce domaine un risque particulier, plus important que pour toute autre personne. Le lien de corrélation entre la faiblesse et le risque d'atteinte conditionne la situation de vulnérabilité. Or, il ne fait aucun doute que c'est lorsque la personne est dans un état de vulnérabilité mentale ou psychologique important que sa parole risque d'être fortement mise en doute.

477. Ainsi, « l'avocat de la défense n'exploitera-t-il pas la vulnérabilité de la victime pour faire naître un doute salvateur pour son client ? Quel poids aura la plainte d'une handicapée mentale qui dénonce l'agression sexuelle imposée par son éducateur ? Le Procureur de la République n'aura-t-il pas une méfiance instinctive vis-à-vis de ce seul témoignage ? Il faut aller plus loin même si la remarque est cruelle, le Procureur doit se montrer très circonspect, car la protection

⁵⁶⁴ Jean-Marc ELCHARDUS, Aspects théoriques de l'évaluation de la crédibilité des victimes en justice, *In* : Claude LOUZOUN et Denis SALAS (Sous-dir.), *Justice et psychiatrie, normes, responsabilité, éthique*, Raymonville Saint-Agne, Collection Etudes, Recherches, Actions en Santé Mentale en Europe, Erès, 1998, pp. 195-201, p. 195.

des personnes vulnérables ne passe pas par la condamnation d'innocents⁵⁶⁵». Aussi, lorsque « le dossier repose, en l'état, uniquement sur l'interprétation d'attitudes et de propos d'un enfant trisomique alors qu'il est confirmé que son état impose de les prendre avec prudence », la relaxe est-elle justifiée⁵⁶⁶. Afin de tenter de balayer le doute, ou au moins d'y voir plus clair, et de vérifier la crédibilité de la personne vulnérable qui témoigne, une expertise est souvent ordonnée. Le juge cherchera, en effet, à s'assurer de cette façon des informations qu'il va retenir, à titre probatoire, bien souvent⁵⁶⁷ ; mais on le voit, elle est parfois insuffisante. Cette solution n'est de surcroît pas toujours envisageable, car elle intervient dans le cas idéal où la victime vulnérable a dénoncé les faits.

478. La relative impossibilité des personnes vulnérables à porter les agressions dont elles sont victimes à la connaissance des autorités, et le doute planant sur la crédibilité de leur témoignage impliquent de trouver des solutions permettant de compenser cette vulnérabilité, afin que ces personnes puissent être connues et entendues par la société. Puisque leur témoignage pose des difficultés, la solution est dans le recours au témoignage d'une autre personne.

⁵⁶⁵ Cécile BARBERGER, *art. préc.*, pp. 188-189 ; pp. 284-285. Cette pratique consistant à accorder une valeur de preuve à des analyses psychologiques résultant d'expertises de crédibilité de la victime, invoquées ensuite devant la juridiction à titre de preuve, est contestable. En effet, celles-ci reposent par définition, sur des interprétations : interprétations du discours, interprétations de dessins ou d'images, interprétation du langage du corps ; or, qui dit interprétations, accepte qu'elles soient multiples, on est loin par conséquent de la recherche de la « manifestation de la vérité » de l'art. 81 du Code de procédure pénale. La parole de la victime doit être appréciée pour juger parmi d'autres paroles et les autres éléments de fait du dossier, Laurence BELLON, Christian GUERY, *Juges et psy : la confusion des langues* : *Rev. sc. crim.* 1999, pp. 783-792, p. 784 et p. 785.

⁵⁶⁶ Cass. crim., 12 mai 2004, Pourvoi n° 03-85.104. Le prévenu était poursuivi, en l'espèce, du chef d'agression sexuelle sur une personne dont la vulnérabilité particulière était due à une trisomie 21.

⁵⁶⁷ Jean-Marc ELCHARDUS, *art. préc.* p. 196. L'auteur distingue la crédibilité de la victime, en étudiant son état psycho-affectif, son contexte de vie et de victimisation, de la crédibilité du témoignage, de par ses modes de recueil et les déformations dont il peut être l'objet. Ainsi, les croyances personnelles, les préjugés de ceux qui recueillent le témoignage peuvent en transformer le

B. Les solutions

479. Le témoignage de personnes extérieures apparaît comme la solution juridique permettant la protection des personnes vulnérables contre la négation de leur droit à être entendues. Ce risque d'atteinte disparaît en effet si ce droit peut être respecté par d'autres voies : la situation de vulnérabilité disparaît donc. Si la faiblesse subsiste, elle n'est plus corrélative à ce risque particulier d'atteinte, la vulnérabilité est neutralisée. Les personnes susceptibles de contribuer à la preuve, par leur témoignage, de la qualité de victime de la personne en cause sont soit toute personne extérieure, soit un professionnel.

1. Le témoignage extérieur

480. Des dispositions du Code pénal imposent, sous peine de sanction, à toute personne la révélation de divers types d'agressions dont elle a connaissance. Ainsi, l'article 434-3 du Code pénal punit de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, les personnes qui n'informent pas les autorités administratives ou judiciaires de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles infligés à un mineur de quinze ans ou à une personne vulnérable. Celle-ci est ici visée sous les termes de personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse. Les personnes vulnérables sont expressément conçues comme entrant dans une catégorie de victimes pour lesquelles il est nécessaire de compenser une incapacité à dénoncer leur victimisation. Un risque précis apparaît : l'ignorance sociale de sa qualité de victime de la personne.

481. La personne vulnérable, si elle est parfois seule, n'est cependant pas toujours isolée. Elle a une famille, des voisins, des amis, et, si elle est dépendante, des personnes pour l'aider. C'est sur ces personnes « qu'il faudra

contenu (personnes toujours sceptiques ou celles prêtes à prêter une foi aveugle au témoignage), la victime vulnérable est suggestible, les questions doivent donc être neutres, précises.

surtout compter pour dénoncer la situation, en raison de leurs liens affectifs et de leur connaissance concrète de la situation⁵⁶⁸ ». Que la personne « soit hospitalisé[e] ou maintenu[e] à domicile, les visiteurs, les familles, les associations socio-caritatives, les personnels d'entretien des locaux doivent dénoncer les mauvais traitements » car ils ne sont pas dépositaires du secret⁵⁶⁹. Mais le contexte familial ou amical rendra en même temps les témoignages délicats. Dénoncer les agressions commises à l'encontre de la personne vulnérable qui nous est proche, ce peut être dans bien des cas dénoncer un proche comme en étant l'auteur. En outre, « la neutralité des témoins extérieurs sera rassurante, mais ils peuvent avoir une vision erronée de la situation⁵⁷⁰ ». Cela dit, l'obligation de révélation des faits par une autre personne que la personne vulnérable souvent incapable de les dénoncer elle-même, est un atout précieux.

482. Les proches de l'auteur ne sont pas toujours tenus de dénoncer les crimes commis par celui-ci (sauf ceux commis à l'encontre des mineurs), ce qui est très contestable. Aussi, l'article 434-1 alinéa 2 prévoit-il une immunité au profit, outre des professionnels tenus au secret, des parents en ligne directe et leurs conjoints, des frères et sœurs et leurs conjoints, du conjoint de l'auteur ou du complice ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui. Cette immunité devrait *de lege ferenda* être exclue pour les crimes commis contre les personnes particulièrement vulnérables dans leur ensemble et pas seulement les mineurs. L'article 434-3 ne prévoit pas quant à lui une telle immunité pour les proches ce qui rend pour eux la dénonciation obligatoire. La question est différente lorsque l'obligation s'applique à un professionnel tenu au secret.

⁵⁶⁸ Aline TERRASSON DE FOUGERES, La maltraitance des personnes âgées, *art. préc.* p. 180.

⁵⁶⁹ Jean-Pierre GRIDEL, La sénescence mentale et le droit, *Gaz.Pal.* 2001, 1, pp. 4-12, p. 12. Les propos cités concernent la personne très âgée.

⁵⁷⁰ Aline TERRASSON DE FOUGERES, *art. préc.* p. 180.

2. Le témoignage du professionnel tenu au secret

a. Les dispositions communes à tous les professionnels

483. La preuve des violences, par les professionnels médicaux est indispensable. Elle compense la vulnérabilité de la personne à un double titre. D'une part, ces personnes, du fait de leur expérience professionnelle, peuvent déceler plus facilement les situations de maltraitance⁵⁷¹. Ils sont donc les mieux à même de révéler aux autorités administratives ou judiciaires les faits qu'ils peuvent constater dans l'exercice de leur profession. Ainsi, le silence de la personne du fait de sa vulnérabilité n'empêchera pas la détection de sa qualité de victime : le témoignage du professionnel lui donne accès à la justice. D'autre part, l'expérience et les compétences médicales du professionnel lui permettront d'apporter une preuve des mauvais traitements qu'il a pu constater ; son témoignage est le garant d'une preuve médicale souvent déterminante. Le peu de crédibilité parfois du témoignage de la personne vulnérable corrélatif à sa vulnérabilité matérielle peut être de la sorte mieux compensé. En effet, la preuve ne peut être dans bien des cas que médicale, et dans le doute l'affaire est classée⁵⁷². Le témoignage du professionnel est donc essentiel : il constitue souvent la seule preuve de la qualité de victime de la personne vulnérable.

484. Il est certain que la révélation et le témoignage des professionnels des secteurs sociaux et médicaux sont, pour les personnes vulnérables, très bénéfiques. La question de la révélation et celle du témoignage relèvent de problèmes différents, mais néanmoins imbriqués, sur le plan juridique puisque, dans les deux cas, le professionnel pourra opposer le secret professionnel.

⁵⁷¹ *Ibid.* aussi, Françoise ALT-MAES, Un exemple de dépenalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel : *Rev. sc. crim.* 1998, pp. 301-313, p. 305.

⁵⁷² Claire NEIRINCK, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Thèse 1982, Paris, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 1984, p. 130.

485. La révélation du secret est, en effet, sanctionnée pénalement par l'article 226-13 du Code pénal d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Il peut y avoir également une sanction disciplinaire du professionnel astreint au secret. Le législateur de 1992 a opté pour le principe de la liberté de conscience en ce qui concerne la dénonciation ou non des actes commis à l'encontre des personnes vulnérables⁵⁷³. Ainsi, parallèlement à l'interdiction de révélation, l'article 226-14 exempte de l'astreinte au secret le professionnel celui qui informe les autorités de privations ou sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes sexuelles, dont il a connaissance, infligés à un mineur de quinze ans ou à une personne vulnérable, plus précisément, une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique. Le professionnel est donc justifié à dénoncer les privations ou sévices autant qu'il l'est à garder le secret sur de tels faits.

486. Cependant, en 1994, suite à ces dispositions pénales, lorsque le professionnel, le médecin en particulier, dénonçait, il était certes protégé par l'article 226-14 du Code pénal, mais des poursuites disciplinaires pouvaient être engagées contre lui. L'absence de faute pénale n'empêchait pas l'existence d'une faute disciplinaire. Ce n'est plus possible aujourd'hui, l'article 226-14.2° du Code pénal a été modifié par la loi de modernisation sociale n° 2002-73 du 17 janvier 2002 et prévoit désormais *in fine* qu'aucune sanction disciplinaire ne peut être prononcée du fait de signalement de sévices par le médecin aux autorités compétentes. Il faut néanmoins nuancer : si le signalement des sévices ne peut en lui-même être reproché au médecin, les conditions dans lesquelles il l'a fait peuvent, en revanche, relever d'une procédure disciplinaire⁵⁷⁴.

487. En outre, l'article 434-3 du Code pénal permet au professionnel astreint au secret de ne pas dénoncer aux autorités les mauvais traitements,

⁵⁷³ Christian CHOMIENNE et Christian GUERY, Secret, révélation, abstention, ou les limites de la liberté de conscience du professionnel dans le nouveau Code pénal : *ALD* 1995, Comm. pp. 85-92, p.89 ; Françoise ALT-MAES, *art. préc.* p. 305.

⁵⁷⁴ Rép. min. n°583, *JO Sénat Q*, 17 octobre 2002, p. 2405.

privations ou atteintes sexuelles infligés à un mineur de quinze ans ou à une personne vulnérable. Les notions « sévices ou privations » dans l'article 226-14 et de « mauvais traitements ou privations » ne sont pas assimilables. Les mauvais traitements sont une notion plus large, recouvrant des agissements volontaires, ainsi que des négligences, tel le défaut de soin, alors que les sévices ne recouvrent *a priori* que les actes volontaires graves⁵⁷⁵.

488. Dans ces conditions deux questions se posent. Tout d'abord, la justification de révélation de secret de l'article 226-14 ne semble pas être applicable lorsque les actes, sans être des sévices, peuvent néanmoins être considérés comme des mauvais traitements. Dans ce cas, la révélation pourrait être sanctionnée sur le fondement de l'article 226-13 imposant le secret. Les personnes vulnérables ne bénéficieraient pas de la liberté de conscience du professionnel en ce qui concerne la dénonciation des actes subis et la preuve de ces actes du fait du témoignage. Sans doute faut-il considérer que dans tous les cas la liberté de conscience existe, mais alors la différence de rédaction n'a pas lieu d'être. Se pose ensuite une question encore plus surprenante : l'article 434-1 justifie que le professionnel tenu au secret ne révèle pas un crime, dans les conditions prévues à l'article 226-13 incriminant la révélation du secret. Si la victime est une personne vulnérable et qu'elle ne dénonce pas elle-même, le professionnel n'est pas tenu de dénoncer et peut être sanctionné s'il le fait. Là encore, une interprétation cohérente conduit à considérer que la liberté de conscience doit prévaloir, le professionnel ne doit donc pas être poursuivi s'il dénonce un crime, recouvrant la notion de privations ou mauvais traitements ou atteintes sexuelles de l'article 434-3⁵⁷⁶.

489. En ce qui concerne le témoignage en justice, les professionnels peuvent refuser de relater les faits, mais ils doivent comparaître et porter serment. Ici encore la liberté de conscience est admise⁵⁷⁷. Conformément encore à l'article

⁵⁷⁵ Françoise ALT-MAES, *art. préc.* pp. 301-313, p. 305.

⁵⁷⁶ *Ibid.* p. 306.

⁵⁷⁷ *Ibid.* l'obligation de déposer prévue par l'art. 109 du Code de procédure pénale s'applique sous réserve des dispositions des articles 226-13 et 226-14.

226-14 *in fine*, issu de la loi du 17 janvier 2002, le médecin qui témoigne ne peut être poursuivi sur le plan disciplinaire pour l'avoir fait. En outre, l'article L. 313-24 du Code de l'action sociale et des familles, inséré par la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002, protège le salarié d'un établissement ou d'un service sanitaire ou social lorsqu'il a témoigné de mauvais traitements ou de privations infligées à une personne accueillie. Précisons qu'il s'agit le plus souvent de personnes vulnérables : enfants, personnes âgées, handicapées, malades... La protection consiste à interdire alors les mesures défavorables le concernant en matière d'embauche, de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement du contrat de travail, ou bien pour décider la résiliation du contrat de travail ou une sanction disciplinaire, et, en cas de licenciement, le juge peut prononcer la réintégration du salarié concerné s'il le demande.

490. Face au secret absolu, la liberté de conscience accordée aux professionnels est évidemment de nature à permettre aux personnes vulnérables d'accéder à la Justice et à favoriser la preuve de leur agression. Elle repose sur la confiance qui doit être accordée aux professionnels présents pour aider, soigner, encadrer les personnes vulnérables. Il est difficile de savoir si une obligation de dénoncer ou de témoigner serait dans tous les cas nécessaire. Si le droit admet le principe de la liberté de conscience, le juge, quant à lui, tend à grignoter un peu le contrôle de cette question : les parquets semblent ouvrir des informations pour non-révélation d'agressions sexuelles et, parallèlement, de plus en plus souvent, pour non-assistance à personne en péril sur le fondement de l'article 223-6 du Code pénal. L'assistance à personne en péril peut consister en une révélation aux autorités administratives et judiciaires des agressions, la notion de péril semble en effet glisser vers celle de danger qui est plus large⁵⁷⁸. En outre, les poursuites pour non-assistance à personne en péril ne se superposent à celles pour non-

⁵⁷⁸ Pour plus de détail, nous renvoyons aux développements sur cet article du code, ainsi que sur la notion de péril : Partie II, Titre II, Chapitre II, Section 1, § 2, B.

dénonciation que lorsque le professionnel n'a pas révélé les agressions⁵⁷⁹. Ainsi, ce type de poursuites semble s'orienter vers une exigence imposée, au professionnel tenu au secret, de dénonciation des agressions sexuelles dont il a connaissance sur des mineurs.

491. Cette solution est tout à fait transposable aux autres personnes vulnérables, puisque l'article 434-3 impose la révélation des sévices qui leur sont infligés, au même titre que les mineurs de quinze ans. Notamment, l'ensemble des personnels médicaux, sociaux encadrant les personnes âgées, handicapées en établissement de soin ou d'accueil, ou intervenant à domicile, pourraient se voir reprocher de n'avoir pas pris toutes les mesures nécessaires pour faire cesser une maltraitance, et notamment de ne pas l'avoir révélée aux autorités judiciaires et se voir condamnés à non-assistance à personne en péril. Parfois, aider une personne en péril, c'est révéler les faits ainsi que leur auteur⁵⁸⁰. Mme Cécile Barberger remarque, concernant la protection juridique des personnes particulièrement vulnérables abordée au cours d'une journée d'information pour assistants sociaux, qu'outre la protection civile et administrative, en matière pénale « le débat s'était centré non pas sur les dangers qui guettent les personnes vulnérables, non pas sur les sanctions qui guettent les auteurs d'infraction dont sont victimes les personnes vulnérables, mais sur les poursuites qui guettent les assistants sociaux en cas de "non-empêchement" de crime ou de "non-assistance" à personne en danger⁵⁸¹ ». Ce qui peut avoir pour conséquence, selon M. Jacques-Henri Robert, que « la démonstration, en justice, du danger se heurt[e] à des difficultés pratiques, encore une fois inattendues : la réticence des travailleurs sociaux, des médecins et psychologues à révéler l'état psychique ou physique des personnes concernées, de

⁵⁷⁹ Christian GUERY, Le défaut de protection de l'enfant par le professionnel : un nouveau délit ? *préc.* p. 3297. L'auteur critique cette confusion entre l'obligation de dire et d'agir.

⁵⁸⁰ Françoise ALT-MAES, *art. préc.* p. 312.

⁵⁸¹ Cécile BARBERGER, Les personnes vulnérables, *art. préc.* p. 179 ; p. 277.

peur soit de violer le secret professionnel, soit de tomber dans des attitudes discriminatoires, justement condamnées par le droit pénal⁵⁸² ».

492. En tout état de cause, force est de reconnaître que l'intérêt de la personne vulnérable d'un point de vue juridique semble être la révélation des agressions qu'elle subit afin que sa qualité de victime soit reconnue, et les droits y afférents assurés. La faiblesse entraîne une situation de vulnérabilité où ces droits risquent de ne pas être respectés. La corrélation entre la faiblesse et le risque justifie les obligations de révélation compensent l'incapacité de fait de la personne à parler et à être crue. Toutefois, il est souhaitable que les juges ne fassent pas une application trop systématique du délit de non-assistance à personne en péril, en interprétant celui-ci comme imposant nécessairement au professionnel tenu au secret de révéler les mauvais traitements subis par la personne aux autorités judiciaires notamment. En effet, parler n'est pas agir, d'une part, et d'autre part, l'autorité judiciaire doit savoir laisser, dans certaines circonstances où justement le danger n'est pas immédiat, le corps médical ou social prendre acte et réagir librement, selon ses méthodes, aux faits dont ils sont informés. Mme Geneviève Guidicelli-Delage suggère alors que, de leur côté, les professionnels doivent accepter que leur travail se développe sur des champs qui sont aussi ceux du juge, et que ce soit lui qui détermine, en bout de course, quel est l'intérêt à sauvegarder⁵⁸³.

493. Concernant les mineurs, la situation est toutefois particulière pour la non-révélation par les travailleurs sociaux.

⁵⁸² Jacques-Henri ROBERT, Rapport général, *In* Actes du XIII^e Congrès de l'association française de droit pénal, Le nouveau Code pénal : deux années d'application, *Rev. jur. d'Ile-de-France*, n°44, 1994, pp. 271-277, pp. 275-276. L'auteur s'exprime à propos de l'intervention de Cécile Barberger précitée.

⁵⁸³ Geneviève GUIDICELLI-DELAGE, La responsabilité pénale des travailleurs sociaux au regard du nouveau Code pénal : *RD sanit. soc.* 1993, n°4, pp. 708-724, p. 723.

b. Les dispositions applicables aux travailleurs sociaux intervenant dans le cadre de l'assistance éducative

494. Sur ce point, un arrêt de la chambre criminelle du 8 octobre 1997 embrasse une conception stricte de la « personne tenue au secret professionnel » : ce secret n'est pas opposable à certaines autorités⁵⁸⁴. Ainsi, lorsque le juge des enfants a confié l'enfant à un service éducatif, les membres de ce service ne peuvent opposer le secret à cette autorité. Ceux-ci sont, en effet, tenus de rendre compte au juge de l'évolution de l'enfant et notamment des mauvais traitements, et ce en vertu de l'article 375 du Code civil et 1199-1 du Nouveau Code de procédure civile. En outre, ce secret est inopposable au président du Conseil général, pour les mineurs relevant de sa compétence, selon l'article 80 de l'ancien Code de la famille et de l'aide sociale, actuel article 221-6 de ce code. Ce texte vise à imposer aux personnels des services éducatifs ou d'aide sociale à l'enfance à en référer au juge ou aux autorités administratives en cas de danger pour la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant. La condamnation des prévenus, dans l'affaire précitée, sur le fondement de l'article 62 alinéa 2 de l'ancien Code pénal – article 434-3 nouveau – est donc justifiée. Ceux-ci sont coupables de non-dénonciation de sévices et de mauvais traitements.

495. L'article L. 121-6 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que toute personne participant aux missions du service de l'aide sociale à l'enfance est tenue au secret professionnel dans les conditions prévues aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. Néanmoins, les prévenus étaient tenus de transmettre sans délai au président du Conseil général, ou au responsable désigné par lui, toute information nécessaire pour déterminer les mesures dont les mineurs et leur famille pourraient bénéficier, cette disposition étant sanctionnée sur le plan disciplinaire, mais non pénal.

⁵⁸⁴ Cass. crim., 8 octobre 1997 : *D.* 1998, Somm. pp. 305-306, note Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ ; *Dr pénal* 1998, Comm. 50, pp. 9-10, note Michel VERON ; *Rev. sc. crim.* 1998, pp. 320-325, obs. Yves MAYAUD.

496. Selon M. Yves Mayaud : « les travailleurs sociaux dans le secteur de l'aide et de l'assistance éducative ne sont pas soumis à un secret professionnel général et absolu, mais à un secret relatif, inopposable à certaines autorités⁵⁸⁵ ». Notons que cette jurisprudence ne s'applique évidemment qu'au cas des mineurs en danger relevant de la compétence du juge des enfants. Ainsi, les textes relatifs à l'assistance éducative « témoignent, et de la nature éminemment judiciaire des mesures qui en relèvent, et de la logique de représentation qui oblige les institutions et les services chargés de leur exercice » d'être soumises à des contraintes d'information⁵⁸⁶.

497. En ce qui concerne les personnes vulnérables dans leur ensemble, la notion de personne en danger n'entraîne pas une protection si aboutie. Aucun juge ne dispose du pouvoir de confier une personne âgée et dépendante maltraitée dans sa famille à une institution prévue à cet effet. Tout au plus, dans le cadre d'un régime de protection, le protecteur ou le juge peut-il intervenir dans une décision concernant le mode ou le lieu de vie de la personne. La maltraitance en tant que telle n'étant réglée, sur le plan juridique, dans ce cas, que par une solution pénale et sur le plan social par une aide associative, qui a, en partie, pour but d'aider la personne dans le parcours pénal⁵⁸⁷.

498. Pour conclure avec Mme Cécile Barberger sur une note positive, si l'on examine cet arsenal d'infractions accompagné de leur fait justificatifs – à savoir les articles 223-6, 226-14, 434-1 et 434-3 du Code pénal – ainsi que l'article 40 du Code de procédure pénale, concernant les modalités de poursuites par le procureur de la République, « on peut considérer que le Code pénal met un instrument à la disposition des parquets pour mener, s'ils le jugent opportun, dans leur ressort, une **politique de concertation** avec les services sociaux et médicaux pour la protection

⁵⁸⁵ Yves MAYAUD, obs. sous Cass. crim., 8 octobre 1997, préc. p. 322.

⁵⁸⁶ Ibid. Ce raisonnement s'applique aussi au président du Conseil Général.

⁵⁸⁷ Notamment l'Association ALMA citée par Robert CARIO, *In* : Victimisation des aînés et aide aux victimes, *art. préc.* p. 83 et Aline TERRASSON DE FOUGERES, La maltraitance des personnes âgées, *art. préc.* p. 177.

des personnes vulnérables⁵⁸⁸ ». Aussi, une circulaire du 13 juillet 1998 a-t-elle mis en place une véritable politique d'aide aux victimes, enjoignant aux juridictions, aux parquets notamment, de promouvoir la légitimité des associations d'aides aux victimes et d'intégrer l'aide aux victimes « comme outil de politique pénale⁵⁸⁹ ». Cette idée de concertation implique de « respecter le territoire de l'autre et surtout d'œuvrer en commun⁵⁹⁰ ». L'objectif est de protéger de manière adaptée les personnes vulnérables. Une protection adaptée repose sur la prise en compte de la faiblesse, origine de vulnérabilité de la personne, en tant qu'elle permet de définir un risque corrélatif de non-respect de ses droits procéduraux en matière de preuve.

499. Le même fondement de protection se retrouve lorsqu'il s'agit de protéger la personne vulnérable contre le risque de non-respect des droits afférents au droit d'accès à la justice.

§ 2. Le droit d'accès à la justice des personnes vulnérables

500. La problématique de l'accès à la justice relativement aux personnes vulnérables conduit à envisager la situation des témoins et victimes vulnérables au procès (A), ainsi que celle, plus générale, de la personne vulnérable face au juge (B).

A. Les témoins et victimes vulnérables au procès

501. La vulnérabilité de la victime a pour conséquence qu'elle est plus impressionnable, influençable qu'une autre personne. Dans la phase procédurale, cette qualité se manifestera par une plus grande suggestibilité en cas de pressions. L'instruction suivie contre l'auteur perdrait alors son efficacité. Il est donc important

⁵⁸⁸ Cécile BARBERGER, *art. préc.* p. 188 ; p. 284.

⁵⁸⁹ Circulaire explicitée par Robert CARIO, *In* : *Victimologie, De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, *op. cit.* p. 157.

⁵⁹⁰ Geneviève GUIDICELLI-DELAGE, *art. préc.* pp. 708-724, p. 723.

à ce stade de protéger la victime ou les témoins, spécialement lorsqu'ils sont vulnérables. On remarquera dans les arrêts qui suivent que la plupart des procédures ne concernent pas une infraction aggravée par la particulière vulnérabilité. Pourtant, qu'elle soit un élément expressément exigé par la loi ou constatée, en fait, par la jurisprudence, la vulnérabilité contribue à qualifier l'existence d'un risque de pressions. Le lien de corrélation avec celle-ci justifie la mesure : la situation de vulnérabilité est matériellement avérée.

502. Des mesures spécifiques de protection sont parfois prévues afin d'éviter qu'une personne participant à la procédure ne subisse des pressions, des menaces, et par suite des atteintes plus graves. Cette protection est mise en place dans les procédures où la participation de certains témoins est indispensable pour confondre les auteurs d'actes illégaux. La notion de témoin recouvre des réalités diverses, le témoin peut être une personne susceptible de renseigner sur les faits ou sur la personnalité du délinquant, la victime, un expert officieux, voire le délinquant lui-même. Bref, il s'agit de toute personne qui est susceptible de fournir des renseignements utiles⁵⁹¹. La protection des témoins a une double finalité. Cette protection vise avant tout à prévenir les pressions, les menaces et les risques de représailles encourus par le témoin. Mais elle tend aussi à garantir la qualité de la contribution du témoin à la justice. Ainsi, la notion de qualité du procès est susceptible d'être le fondement de la protection des témoins en ce sens qu'elle peut constituer la garantie de la défense de ses intérêts procéduraux⁵⁹². Une telle protection se retrouve tant au niveau européen que national.

1. La protection européenne

503. Le Conseil de l'Europe est sensible à cette question notamment en matière de criminalité organisée et de criminalité au sein de la famille. Les témoins apportent, en effet, souvent, dans ces affaires, une preuve primordiale pour la

⁵⁹¹ Marcel LEMONDE, La protection des témoins devant les tribunaux français : *Rev. sc. crim.* 1996, pp. 815-821, p. 815.

⁵⁹² *Ibid.* pp. 816 et 819.

condamnation de l'auteur de l'infraction. Mais ils risquent de faire l'objet de pressions et d'atteintes à leur personne. Une Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 10 septembre 1997, précise que les Etats membres ont le devoir de protéger les témoins contre de telles pressions, en mettant à leur disposition des mesures spécifiques de protection de nature à garantir efficacement leur sécurité⁵⁹³. La justification d'une telle protection est qu'il ne peut être toléré que la justice pénale ne puisse pas parvenir à déférer l'accusé devant un tribunal, et obtenir un jugement, parce que les témoins ont été purement et simplement dissuadés de témoigner librement et sincèrement⁵⁹⁴. L'efficacité de la justice est bien le fondement de la protection des témoins dans la procédure. C'est parce que leur participation est indispensable que cette protection est nécessaire. Si leur participation n'est pas absolument indispensable pour confondre la personne poursuivie, la meilleure protection est encore de ne pas témoigner quand les risques encourus sont importants.

504. La question de la protection des témoins trouve une résonance particulière lorsque ceux-ci sont dans une situation de faiblesse, tant sur le plan personnel, que relativement à ceux contre lesquels ils sont amenés à témoigner. En matière de criminalité au sein de la famille, certains témoins, qui sont souvent aussi les victimes, risquent, du fait de leur fréquente vulnérabilité sur le plan matériel, d'être les cibles de pressions et d'atteintes à leur personne. La Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 10 septembre 1997, précitée, insiste sur cette catégorie de témoins qu'elle qualifie de « témoins vulnérables ». Les personnes visées sont : les enfants, les femmes et les personnes âgées victimes de violences ou d'abus sexuels au sein de la famille. Le texte propose une série de mesures destinées à faciliter le recueil du témoignage dans les conditions les meilleures : assistance juridique, psychologique, sociale et financière, éloignement de l'accusé, traitement psychiatrique de l'accusé visant à éviter toute

⁵⁹³ La protection des témoins contre toute manœuvre d'intimidation et les droits de la défense / Recommandation n°R (97) 13 du 10 décembre 1997 : *RUDH* 1997, Doc. pp. 298-318, § 8.

⁵⁹⁴ *Ibid.* § 6 du texte de la Recommandation.

intimidation répétée, interrogatoire conduit avec un personnel convenablement formé, interrogatoire unique dès la phase initiale de la procédure, éventuellement enregistré...⁵⁹⁵. Sont aussi proposées des mesures visant à garantir l'anonymat du témoin⁵⁹⁶. Dans l'exposé des motifs de cette recommandation, les Etats sont invités à distinguer les témoins vulnérables ou potentiellement vulnérables et à élaborer des mesures procédurales appropriées ou des mesures de protection et d'assistance appropriées⁵⁹⁷.

505. Qui plus est, une décision-cadre du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales⁵⁹⁸, dispose que « chaque Etat membre veille à ce que les victimes particulièrement vulnérables bénéficient d'un traitement spécifique répondant au mieux à leur situation ». Le lien de corrélation entre leur fragilité matérielle et les risques qu'elles encourent dans la procédure doit donc être pris en considération. Cette disposition figure à l'alinéa 2 de l'article 2 de la décision dont le premier alinéa, plus général, impose d'assurer un rôle réel et approprié aux victimes dans les systèmes judiciaires pénaux. Cette prise en compte de la vulnérabilité de la victime dans la procédure due à sa faiblesse, sa dépendance souvent face à l'auteur, à la nature des faits dénoncés, caractérise l'existence d'un risque particulier qui, à son tour, laisse place à une réponse

⁵⁹⁵ Il faut également favoriser : le rôle des associations d'aide aux victimes en matière financière et psycho-sociale notamment, les programmes à l'intention des délinquants, et l'information de la population sur le fonctionnement de la justice pénale. *Ibid.* pp. 314-315.

⁵⁹⁶ Dans l'exposé des motifs de la Recommandation, il est fait un inventaire des mesures de protection que les Etats pourraient adopter, en s'inspirant des mesures déjà mises en œuvre dans certains pays : masquer le visage du témoin ou, de manière plus générale, éviter les confrontations avec l'accusé, permettre le témoignage dans une salle hors la présence de l'accusé, qui peut être enregistré par exemple, ou faire sortir l'accusé du prétoire pendant l'audition du témoin, modifier son apparence, sa voix, et, au-delà de la procédure, protéger le témoin par un changement d'identité, de domicile lorsque les affaires touchent notamment au crime organisé, p. 304. La difficulté étant de garantir, dans ces hypothèses, l'exercice des droits de la défense conformément à l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁵⁹⁷ *Ibid.* p. 306.

⁵⁹⁸ 2001/220/JAI, *JOUE*, L 82 du 22 mars 2001, pp. 1-4.

adaptée en termes de protection : empêcher des pressions, des menaces de représailles sur la personne du témoin ou de sa famille.

506. Afin de favoriser le témoignage et compenser l'angoisse inhérente à celui-ci, des mesures prévoient à l'octroi d'un permis de séjour temporaire pour motifs humanitaire en cas de coopération avec les autorités des victimes de la criminalité organisée notamment. Une proposition de directive du Conseil de l'Union européenne relative au titre de séjour de courte durée délivré aux victimes de l'aide à l'immigration clandestine ou de la traite des êtres humains qui coopèrent avec les autorités compétentes se penche précisément sur cette question importante⁵⁹⁹. La proposition invite à prévoir un délai de réflexion en faveur de la victime. Pendant ce délai, l'Etat doit fournir une assistance en fonction des besoins de la personne, afin qu'elle puisse retrouver l'autonomie matérielle et psychologique pour prendre la décision de coopérer (exposé des motifs, point 2-1). Cette période, d'une durée de trente jours, est justifiée selon le commentaire de l'article 8 de la proposition, « par l'état de vulnérabilité, voire de dépendance dans lesquels se trouvent concrètement ces victimes ». Dans les faits, les associations ou les organisations non gouvernementales prennent en charge ces personnes pour les aider matériellement. L'article 9 de la proposition prévoit un ensemble de mesures assistant la victime dans son état de vulnérabilité (soins médicaux, psychologiques, assistance matérielle). L'existence du délai de réflexion vise à ce que les autorités elles-mêmes n'abusent pas de la vulnérabilité de ces personnes, et à permettre à la victime de sortir de sa clandestinité et de ne pas risquer de renouer des liens avec les passeurs ou les trafiquants. De plus, une assistance juridique et linguistique gratuites à la victime est assurée (article 9-2).

507. Cette notion de témoin vulnérable est très présente aussi en droit anglo-saxon, celle-ci fait en effet l'objet d'une préoccupation majeure dans le sens d'une extension des mesures en sa faveur⁶⁰⁰. Ainsi, le *vulnerable witness* ou mieux

⁵⁹⁹ JOUE, C 126 E du 28 mai 2002, pp. 393-397.

⁶⁰⁰ Voir Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, Part II, Chapter I, Spécial mesures directions in case of vulnerable and intimidated witnesses, [en ligne], Disponible sur : <<http://www.hmsso.gov.uk>>

encore, la « *witness vulnerability* » sont des notions que tant le législateur que la doctrine affectionnent outre-Manche⁶⁰¹. Dans la loi, la vulnérabilité du témoin peut résulter de circonstances diverses. Ainsi, le Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 précise, en son article 16, qu'un témoin est vulnérable en dessous de l'âge de dix-sept ans, lorsqu'il souffre d'un trouble mental ou a une altération significative de ses fonctions intellectuelles ou sociales, et enfin lorsqu'il est atteint d'un handicap physique ou d'une affection physique. Mais une appréciation plus large de la vulnérabilité du témoin inclut, outre les causes intrinsèques à la personne, les circonstances de l'affaire dont il est établi qu'elles ont induit un état de peur ou de détresse chez le témoin⁶⁰². Cette vulnérabilité, associée ou non avec une déficience personnelle, crée un risque de pression contre lequel le témoin ne saurait résister et donc de nature à diminuer la qualité du témoignage. La faiblesse du témoin et le risque corrélatif de pressions justifient des mesures adéquates : le témoin dans une situation de vulnérabilité a droit à une assistance lors du procès ayant pour objectif de réduire le risque de pression. Des mesures sont donc prévues, notamment : en vue de réduire l'angoisse du témoignage – tenue détendue, écrans, enregistrement...–, limiter la liberté de la *cross-examination* de la victime par la défense, et ne pas autoriser la publication de l'identité de la victime⁶⁰³.

508. La protection des témoins fait aussi l'objet de mesures en droit interne prenant en compte le lien de corrélation entre la faiblesse et l'atteinte risquée.

Her Majesty's Stationary Office, (consulté le 14 juillet 2001). Ce texte est applicable en Angleterre et au Pays de Galles.

⁶⁰¹ Di BIRCH, A better deal for vulnerable witnesses ? *The criminal Law Review*, 03/2000, pp.223-249, p. 223.

⁶⁰² *Ibid.* p. 224.

⁶⁰³ *Ibid.* Explanatory notes on Part II.

2. La protection du droit interne

509. La notion de témoin vulnérable ne semble présente ni dans la législation, ni dans la doctrine du droit interne. Pourtant, une lecture plus poussée de notre droit permet de déceler l'émergence de cette notion sous l'impulsion évidente du droit supranational. Cette émergence est en fait due à l'évolution du droit interne. La notion de vulnérabilité est, on le sait, de plus en plus présente en droit pénal. La vulnérabilité, de la victime le plus souvent, permet d'aggraver un certain nombre d'infractions. En outre, la vulnérabilité de la victime permet de qualifier des incriminations particulières, dont celles sanctionnant les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine. Or, ces infractions visent notamment à réprimer les nouvelles formes d'esclavage et s'inscrivent dans une volonté européenne de lutte contre celles-ci. Au niveau européen, par exemple, une décision cadre du Conseil de l'Union européenne du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains invite à sanctionner pénalement le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement, l'accueil ultérieur d'une personne, liés à la traite des êtres humains à des fins d'exploitation de leur travail ou d'exploitation sexuelle, notamment lorsqu'il y a abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, de manière telle que la personne n'a en fait d'autre choix véritable et acceptable que de se soumettre à ces abus⁶⁰⁴.

⁶⁰⁴ 2002/629/JAI, *JOUE*, L 303 du 1^{er} août 2002, pp. 1-4, Art. 1^{er}. Cette définition est très inspirée de celle résultant du protocole additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, adopté à New-York le 15 novembre 2000 et signé par la France le 12 décembre 2000, publié par le décret n°2004-447 du 19 mai 2004 : *JO* n° 122, 27 mai 2004, p. 9349. Dans ce protocole, la protection des *personnes vulnérables* apparaît dès le préambule comme une préoccupation majeure ; en outre l'article 3 désigne *l'abus d'une situation de vulnérabilité* comme l'un des moyens de la traite.

510. Un important travail sur cette question a d'ailleurs fait l'objet d'un rapport parlementaire en 2001⁶⁰⁵. Dans ce rapport, de nombreux points sont évoqués et, notamment celui relatif au témoignage des victimes d'esclavage qui est souvent décisif pour l'issue d'un éventuel procès. Ce rapport dénonce les lacunes importantes de notre système juridique en matière de protection des témoins⁶⁰⁶. Certes, il était possible de ne pas faire figurer dans le dossier l'adresse des témoins afin d'éviter les pressions ou les représailles en déclarant comme domicile l'adresse du commissariat ou de la gendarmerie⁶⁰⁷. On peut ajouter, en outre, que l'article 434-15 du Code pénal réprimant le délit de subornation de témoin interdisait, sous peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, le fait d'user de promesses, offres, présents, pressions, menaces, voies de fait, manœuvres ou artifices au cours d'une procédure pour amener autrui soit à faire un témoignage mensonger, soit à s'abstenir de témoigner. Ces deux dispositions étaient les seules ayant pour objectif d'éviter une atteinte préjudiciable au témoin. La question de la protection des témoins, spécialement dans les affaires de criminalité organisée et de criminalité au sein de la famille, faits pour lesquels la vulnérabilité des victimes est une réalité cinglante, semble aujourd'hui être dans les préoccupations du législateur. Tout d'abord, la loi n°2001-1062 relative à la sécurité quotidienne du 15 novembre 2001 a inséré, par son article 57, un Titre XXI au Code de procédure pénale consacré à la protection des témoins. Les dispositions des articles 706-57 à 706-63 du Code de procédure pénale améliorent ainsi le sort du témoin dans la procédure pénale, ce dont se félicitent d'ailleurs les auteurs du rapport sur l'esclavage moderne⁶⁰⁸. La possibilité antérieure de déclarer l'adresse de la police ou de la gendarmerie est prévue au nouvel article 706-57.

⁶⁰⁵ Christine LAZERGES, présidente, et Alain VIDALIES, rapporteur, *Mission d'information commune sur les diverses formes de l'esclavage moderne, Rapport d'information, L'esclavage, en France, aujourd'hui*, Tome I Rapport, Les documents d'information de l'Assemblée nationale, n°3459, 2001.

⁶⁰⁶ *Ibid.* p. 47 et suivantes.

⁶⁰⁷ Art. 62-1, art. 78 et art. 153 du Code de procédure pénale, en cas respectivement d'enquête de flagrance, d'enquête préliminaire, et d'instruction.

⁶⁰⁸ *Ibid.* p. 50.

511. Mais, surtout, l'article 706-58 nouveau du Code de procédure pénale prévoit, lorsque le témoignage risque de mettre en danger la vie ou l'intégrité physique du témoin, et en cas de procédure pour un crime ou pour un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement, que les déclarations de cette personne soient recueillies sans que son identité apparaisse dans le dossier de procédure. La révélation de l'identité du témoin bénéficiant de cette mesure d'anonymat est sanctionnée pénalement ce qui, on doit le souhaiter, garantit son effectivité. Cependant, en vertu de l'article 706-60, cette disposition est applicable sauf si la connaissance de l'identité est indispensable à l'exercice des droits de la défense. En cas d'anonymat, une confrontation peut être organisée à distance par l'intermédiaire d'un dispositif technique approprié permettant de masquer la voix du témoin (article 760-61). L'anonymat apparaît ainsi comme un moyen de mettre le témoin hors de portée de menaces de représailles et pressions, tout en garantissant l'efficacité de la justice dans la recherche de la vérité. Cette neutralisation d'une atteinte éventuelle est particulièrement protectrice pour les personnes dont la faiblesse accroît les risques de céder facilement aux pressions exercées. La situation de particulière vulnérabilité du témoin permettra au juge d'apprécier objectivement si le témoignage risque de mettre en danger la vie ou l'intégrité physique de la personne. L'existence du lien entre la faiblesse et le risque encouru permet d'évaluer la nécessité de la mesure au cas par cas.

512. Le rapport précité insiste pourtant sur l'insuffisance de ces mesures dans le cas de la lutte contre la criminalité organisée. En effet, celles-ci devraient être complétées « par des mesures tendant à assurer la protection physique des témoins », car « les responsables de ces réseaux n'hésitent pas à pénétrer au sein même des foyers d'hébergement afin de reprendre sous leur contrôle la victime qui a eu le courage de s'affranchir... il serait utile de repenser les systèmes d'hébergement qui se révèlent largement inadaptés⁶⁰⁹ ». Ainsi, une

⁶⁰⁹ Constat de Mme Prats, conseillère d'insertion et de probation à la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis, citée p. 51 du Rapport. Notons qu'en ce qui concerne les témoins, non plus victimes, mais repentis, l'art. 706-63-1 du Code de procédure pénale, issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la Justice aux évolutions de la criminalité, prévoit qu'ils soient l'objet d'une

protection physique des témoins – et parfois de leur famille – pendant et après le procès serait certainement une garantie afin d'obtenir plus de témoignages et la protection des victimes notamment. L'assistance, l'aide au témoin vulnérable compensent sa situation de grande fragilité lui faisant craindre un risque sérieux d'atteinte.

513. Outre les mesures en faveur des témoins vulnérables, l'accès à la justice suppose que la personne, du fait de sa vulnérabilité, ne subisse pas d'atteinte à ses droits de la défense.

B. La personne vulnérable face au juge

514. M. Xavier Pin constate qu'il « serait excessif de dire que l'on accorde des droits de la défense parce que le justiciable est vulnérable⁶¹⁰ ; il s'agit bien plus de répondre à une exigence d'égalité des armes au sein d'un procès équitable ». L'auteur ajoute que « la véritable vulnérabilité est la grande faiblesse du justiciable, celle qui doit être combattue de manière autonome, et qui existe indépendamment de la relation à la justice : il s'agit de la vulnérabilité de l'adulte très âgé ou malade ou de l'enfant orphelin ou en danger⁶¹¹ ».

515. Devant la multiplication des droits à faire valoir en justice, la question, tant cruciale qu'épineuse, des droits de la défense de la personne vulnérable mérite quelques développements. En effet, les personnes en situation de

protection destinée à assurer leur sécurité ainsi que celle de leur famille et leurs proches, et qu'ils puissent faire usage d'une identité d'emprunt.

⁶¹⁰ *Contra* : Marie-Anne FRISON-ROCHE, Les droits de la défense en matière pénale, *In* : Remy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2002, pp. 539-559, p. 540 : les droits de la défense « sont donc liés à la vulnérabilité intrinsèque de la personne poursuivie ».

⁶¹¹ Xavier PIN, La vulnérabilité en matière pénale, *In* : Centre de droit fondamental, Faculté de droit de Grenoble, Frédérique COHET-CORDEY (Sous-dir.), *Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2000, pp. 119-143, p. 138.

vulnérabilité mentale, intellectuelle, ou qui se trouvent dans une position sociale ou culturelle défavorisée, voire en situation d'exclusion, auront de toute évidence plus de mal que d'autres à se défendre convenablement ou à faire valoir leurs droits parce justement le risque de non-respect résulte de leur fragilité. Dans cette hypothèse, la personne vulnérable peut être une victime de la justice, de manière générale, en tant qu'institution. La prise en compte de cette faiblesse en tant qu'elle est corrélative au risque d'atteinte aux droits procéduraux permet l'aménagement de la procédure, moyen efficace pour permettre à la personne de se défendre efficacement.

516. C'est à M. Thierry Fossier que l'on doit une mise en lumière complète et justifiée de la question des droits de la défense des personnes vulnérables⁶¹². Les personnes vulnérables sont donc les personnes concernées prioritairement par les besoins de défense. L'auteur vise ainsi « l'adulte malade, infirme ou très âgé, l'enfant orphelin ou en danger [qui] constituent tout un ensemble de sujets de droit, homogène en ce que l'autorité publique leur doit une protection renforcée⁶¹³ ». En matière d'incapacité notamment, l'auteur dénonce que « la position de la personne vulnérable demeure assez archaïque au prétexte, paradoxal, d'être aménagée spécialement » du fait que les juges des enfants et surtout les juges des tutelles sont « omniprésents et parfois inopérants⁶¹⁴ ». En ce qui concerne les personnes vulnérables, le juge se voit octroyer la mission de défense d'un intérêt supérieur, de l'enfant, de la famille, ce qui conduit à sa « toute-puissance, notamment face à des populations démunies⁶¹⁵ ».

517. « L'idée d'adaptation obligatoire de la règle de procédure aux difficultés spécifiques de certains de ces sujets » est donc clairement revendiquée ;

⁶¹² Thierry FOSSIER, Droits de la défense et personnes vulnérables : *Rev. sc. crim.* 1998, pp. 57-68 et, du même auteur, La procédure civile et les personnes vulnérables, *In* : *Vulnérabilité et droit, op. cit.* pp. 265-273.

⁶¹³ *Ibid.* Droits de la défense et personnes vulnérables, n°3, p. 57.

⁶¹⁴ *Ibid.* n°5, pp. 58-59.

⁶¹⁵ *Ibid.* La procédure civile et les personnes vulnérables, p. 267.

celle-ci doit se traduire « par un renforcement des garanties de procédure, au détriment s'il le faut des autres acteurs du drame judiciaire ». Au détriment donc, s'il le faut, du juge lui-même afin de favoriser l'impartialité du tribunal. Aussi, en matière d'égalité des armes « ni le juge, ni ses auxiliaires, ni l'adversaire ne doivent disposer d'une prééminence de droit ou de fait⁶¹⁶ ». L'impartialité et les droits de la défense passent par le concept de « triangulation », qui signifie que « le rôle du juge, spécialement à propos de la protection des personnes vulnérables, est de rétablir, au besoin d'encadrer, une communication acceptable pour tous : entre les parents, entre eux et leurs enfants, entre la famille ou l'un de ses membres et la société, entre le fou et le tissu économique et social⁶¹⁷ ».

518. La vulnérabilité de la personne, selon son origine matérielle, lui fait donc courir un "risque procédural" spécifique. Celle-ci permet de déterminer ce qui dans une procédure apparaît objectivement dangereux pour la personne, et ainsi être en mesure de prévoir une technique procédurale adaptée. Des impulsions fortes en ce sens sont aujourd'hui présentes en droit positif. En outre, afin de mettre en œuvre cette idée de l'adaptation de la procédure, il convient de recenser les différentes techniques pouvant répondre à ce besoin tant en matière de procédure civile que pénale. Il est en revanche impossible de dénoncer l'ensemble des procédures faisant fi de cette adaptation tant il est vrai que le droit positif est encore bien imparfait de ce point de vue⁶¹⁸.

⁶¹⁶ *Ibid.* pp. 266, 267 et 272.

⁶¹⁷ *Ibid.* Droits de la défense et personnes vulnérables, n° 8, p. 59.

⁶¹⁸ Ainsi, M. Thierry Fossier dénonce les freins au respect, en droit positif, de l'exigence d'un tribunal impartial dans les procédures en matière d'incapacité. En effet, la saisine d'office, largement répandue au profit du juge des enfants ou des tutelles, élude tout à la fois le principe de subsidiarité et le principe dispositif en évitant le contrôle du parquet par le pouvoir de classement sans suite de celui-ci, ce qui ne favorise pas l'impartialité du juge. Ensuite, la saisine du juge provient majoritairement de représentants d'institutions (Aide Sociale à l'Enfance, hôpital général, équipe de prévention, Education Nationale, hôpital psychiatrique, maison de retraite, etc.) qui saisissent la juridiction, sans en aviser la famille ou le malade, et compromettent souvent l'impartialité du juge. Aussi, l'urgence conduit-elle

519. Au-delà de la question des personnes vulnérables dans le cadre des procédures d'incapacité en droit civil, le droit positif incite nettement à la prise en compte de la vulnérabilité de la personne en matière procédurale afin de lui permettre une défense effective. L'impulsion est d'ailleurs indéniablement européenne⁶¹⁹. Alors, les personnes vulnérables soit peuvent se voir accorder des droits procéduraux spécifiques en lien direct avec leur vulnérabilité matérielle, soit les droits accordés à toute personne peuvent être aménagés pour tenir compte des risques spécifiques liés à cette vulnérabilité matérielle. Les principales garanties procédurales accordées à la personne vulnérable face au juge sont l'accès effectif à celui-ci et les droits de la défense que recouvre la notion de procès équitable⁶²⁰.

1. L'accès à un juge

520. L'accès à un juge se traduit en un droit à un tribunal accessible et adéquat ; il est prévu par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de

souvent à des décisions fondées sur une opinion apparente, difficile à renverser et compromettant l'impartialité. En vue de garantir l'impartialité du juge, l'auteur propose la solution de la collégialité.

Concernant l'exigence d'une procédure équitable, l'égalité des armes et l'oralité tendent de manière inégale à la prise en compte de la vulnérabilité de la personne. Plus précisément, en ce qui concerne l'égalité des armes, les techniques font défaut auprès des personnes vulnérables. Ainsi, la défense par un avocat n'est pas systématique ; le principe contradictoire, permettant de soumettre à la discussion de toutes les parties l'ensemble des processus d'expertise, est mal respecté ; la transparence de l'action voulant que "nul ne plaide par procureur" est insuffisante (auteurs institutionnels des saisines et procureur souvent absents aux audiences). En outre, la communication préalable du dossier n'est possible, pour l'incapable majeur, que sous réserve d'un état mental approprié (art. 1250 alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile). Mais, cette communication reste complexe en ce qui concerne le mineur en danger, et elle est rare, en pratique. La situation de l'enfant en danger soulève encore la question de l'égalité des prérogatives en matière de procédure. L'oralité, quant à elle, permet de faire accepter, ou au moins comprendre, la décision du juge ; l'audience permet alors de donner une légitimité et donc une efficacité à la décision de celui-ci. Droits de la défense et personnes vulnérables, *art. préc.*

⁶¹⁹ En ce sens, Thierry FOSSIER, *art. préc.*, n°3, p. 57.

⁶²⁰ En matière pénale, la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 a expressément intégré cette garantie en droit interne, dans l'art. préliminaire du Code de procédure pénale.

l'homme précisant que « toute personne à droit a ce que sa cause soit entendue... par un tribunal indépendant, impartial, établi par la loi ». Il est intéressant, à ce propos, de noter que l'article 6 a un domaine général et s'applique donc aux instances civiles et « à toute accusation en matière pénale⁶²¹ ». Si on considère l'appréhension extrêmement large des notions de matière civile et de matière pénale par la Cour européenne des droits de l'homme, tant les droits de la défense que l'exigence d'un tribunal adéquat ont vocation à s'appliquer dans presque tous les domaines⁶²². La garantie dépasse donc largement les juridictions de droit privé régissant l'ensemble des matières de droit privé (droit civil, commercial, social notamment).

521. Le droit à un tribunal accessible se situe dans le cadre plus général de l'accès au droit. En ce qui concerne l'aide à l'accès au droit, elle comprend des informations sur les droits et obligations, des conseils pour les faire valoir, une assistance en vue de la réalisation juridique, en vertu des articles 59 et 60 de la loi du 10 juillet 1991. Dans cet objectif, le principe a été posé de la création dans chaque département d'un Conseil de l'aide juridique. Il semble que la mise en place du système prévu soit un échec en pratique⁶²³. Cette question mérite une réflexion particulière en ce qui concerne certaines catégories de personnes vulnérables, celles ayant des difficultés sociales notamment⁶²⁴. Mais le problème

⁶²¹ Jean PRADEL, Geert CORSTENS, *Droit pénal européen*, Paris, Précis, Droit privé, Dalloz, 2^e éd., 2002, n°39, p. 375.

⁶²² Seuls sont toujours maintenus en dehors de la garantie du procès équitable, les contentieux relatifs au droit d'élire ou d'être élu, à l'attribution de la nationalité, au statut des étrangers, à l'accès à la fonction publique ou aux obligations fiscales, Jean-Claude SOYER, Michel De SALVIA, Article 6, *In* : Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT (Sous-dir.), *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^e éd., 1999, pp. 239-279, p. 253.

⁶²³ Jacques RIBS, L'accès au droit, *In* : Mélanges Jacques ROBERT, *Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 415-430, p. 425.

⁶²⁴ Hayet ZEGGAR, L'accès au droit des populations en difficulté, Une enquête de l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale : *Dr. soc.* 2001, pp. 535-538. Cette étude est centrée sur l'accès aux droits en matière de protection sociale.

est encore plus marqué lorsque la vulnérabilité est en outre caractérisée par une difficulté individuelle. Ainsi, ces personnes vulnérables ne comprennent pas toujours l'information, lorsqu'elles sont parvenues à l'obtenir, c'est tout particulièrement le cas des personnes ayant des difficultés de lecture ou d'écriture⁶²⁵.

522. Outre l'accès au droit, l'accès effectif à la justice recouvre le problème de l'accès effectif au juge sans entrave⁶²⁶, qui a été consacré par la Cour européenne des droits de l'homme par l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni*⁶²⁷. En l'espèce, l'entrave était due à la qualité de détenu du requérant, circonstance étant à l'origine de sa vulnérabilité vu que, de ce fait, il était exposé à ne pouvoir faire valoir ses droits. Toutefois, l'entrave la plus fréquente est de nature économique. Une personne démunie, ou ne disposant que de très faibles ressources, est vulnérable au sens où elle ne peut pas faire valoir ses droits lorsque le ministère d'avocat est soit nécessaire étant donné la complexité de la procédure ou de l'espèce en cause, soit obligatoire. Dans l'affaire *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, la Cour européenne des droits de l'homme, sans imposer à l'Etat le choix effectif des moyens pour parvenir à l'accès effectif à un tribunal, impose à celui-ci d'assurer ce droit en pratique et notamment lorsqu'une personne n'a pas les ressources suffisantes pour se défendre convenablement, grâce notamment à l'assistance d'un avocat. La corrélation entre la nature de la faiblesse, économique ici, et l'atteinte au droit qu'elle implique justifie des mesures étatiques. Ainsi, l'Etat peut-il instaurer un

⁶²⁵ *Ibid.* p. 538.

⁶²⁶ Jean-Claude SOYER, Michel De SALVIA, Article 6, *préc.* p. 258.

⁶²⁷ CEDH, 21 février 1975 : Série A, n° 18, interdiction faite à un détenu de consulter un avocat dans le cadre d'une accusation de violences à un gardien. Ainsi, selon le § 36 de cet arrêt, « il ressort que le droit d'accès constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'art. 6 par. 1 (art. 6-1). Il ne s'agit pas là d'une interprétation extensive de nature à imposer aux états contractants de nouvelles obligations : elle se fonde sur les termes mêmes de la première phrase de l'art. 6 par. 1 (art. 6-1), lue dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de ce traité normatif qu'est la Convention (Convention de Vienne), ainsi que de principes généraux du droit ».

système d'aide judiciaire, mais aussi par exemple la simplification de la procédure⁶²⁸.

523. En droit interne, le droit à un recours effectif devant une juridiction a été consacré au rang de principe à valeur constitutionnelle à partir de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁶²⁹, l'accès effectif à un tribunal est garanti notamment par l'existence de l'aide juridictionnelle. « Elle se définit comme un concours apporté aux personnes dont les ressources sont insuffisantes pour faire valoir leur droits en justice, en les dispensant totalement ou partiellement des frais occasionnés par l'instance⁶³⁰. »

524. La question de l'aide juridictionnelle forme avec l'aide à l'accès au droit l'aide juridique⁶³¹. « Il est vrai que le principe est posé en France depuis la Révolution de la gratuité de la Justice, chaque plaideur étant supposé égal devant ses juges, mais reste entier sur le problème des moyens intellectuels et matériels d'agir en Justice et là l'inégalité est criante, d'abord dans la connaissance des droits puis dans les moyens de les défendre⁶³². » Ainsi, la possibilité de se faire assister par un avocat lorsque les ressources de la personne sont insuffisantes est donc globalement garanti, bien que, outre l'insuffisance de la prise en charge financière, l'on puisse contester les conditions d'octroi tenant à l'action du requérant, le recours ne devant pas être manifestement irrecevable ou non fondé⁶³³. L'aide juridictionnelle, organisée par la loi du 10 juillet 1991 et modifiée par la loi du 18

⁶²⁸ CEDH, Airey c. Royaume-Uni, req. n°6289/73 : Série A, n°32, § 26.

⁶²⁹ Cons. const., déc. n° 96-373 DC du 9 avril 1996 : *AJDA* 1996, pp. 371-375, note Olivier SCHRAMECK, *spéc.* p. 373.

⁶³⁰ Jeannette BOUGRAB, L'aide juridictionnelle, un droit fondamental ? *AJDA* 2001, Etudes, pp. 1016-1024, p. 1016.

⁶³¹ Jacques RIBS, *art. préc.* p. 415.

⁶³² *Ibid.*

⁶³³ Sur ce point nous renvoyons aux développements de l'article précité de M. Jacques Ribs : pp. 1023-1024.

décembre 1998⁶³⁴, est accordée en fonction des revenus de la personne avec un système de plafonnement. La situation de vulnérabilité, caractérisée par l'existence d'un risque d'atteinte corrélatif à la faiblesse économique de la personne, justifie ce type de disposition. Elle peut être considérée comme fondant la mesure, mais la vulnérabilité n'intervient à aucun titre dans l'appréciation de la nécessité de l'octroi de l'aide. En ce domaine, il est en effet préférable que les critères soient fixes afin d'assurer l'égalité de tous devant la justice. L'accès au juge est ainsi en principe garanti. Encore faut-il que ce juge soit à même de juger la prétention avancée.

525. Le droit à un tribunal adéquat recouvre, en vertu de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit à un tribunal indépendant, impartial, établi par la loi et apte à décider. L'indépendance doit exister à l'égard de l'exécutif notamment ; le tribunal doit en outre être établi conformément à la loi en vue de trancher un litige par une appréciation de l'ensemble de l'affaire. Surtout, c'est l'impartialité du tribunal à l'égard des parties qui peut nécessiter la prise en compte de la vulnérabilité. M. Thierry Fossier a bien mis en évidence le danger que constitue une opinion toute faite d'un juge, du fait de l'urgence, lorsqu'il se trouve face à une personne vulnérable dans une procédure en matière d'incapacité où il est omnipotent. Les mêmes dangers pourraient être craints en matière pénale, mais la procédure tend à apporter des garanties contre la partialité, par une séparation nette de l'instruction et du jugement tant au niveau procédural qu'au niveau des organes compétents. Par ailleurs, les droits de la défense tendent à garantir au pénal comme au civil, l'égalité des parties, ou plutôt, selon la terminologie européenne, l'équité.

2. Les droits de la défense

526. Il est possible de considérer que « dans une première approche, les droits de la défense peuvent se définir comme des droits que possède toute

⁶³⁴ Sur les modifications apportées par cette loi et ses décrets d'application voir : Pierre CHEVALIER, L'aide juridictionnelle : *Procédures* 2001, n°11, Chron.16, pp. 3-5.

personne pour se protéger de la menace que constitue pour elle un procès⁶³⁵ », conformément à l'analyse de Mme Marie-Anne Frison-Roche. Les droits de la défense incluent, selon la définition proposée par Henri Motulsky : l'obligation de donner connaissance de l'introduction de l'instance, celle de permettre la comparution (avec en principe l'existence d'un délai de comparution), l'obligation du respect du principe du contradictoire et d'observer un minimum de loyauté, obligation de sanctionner les violations des droits de la défense commises par les parties⁶³⁶. « Bref, tout ce qui, aujourd'hui, contribue à un procès équitable, au sens de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶³⁷ » complètent MM. Jean Vincent et Serge Guinchard. Ainsi les notions de droits de la défense, d'égalité des armes et de débat contradictoire semblent à la fois complémentaires et redondantes. Il faut ajouter, en matière pénale, le respect du principe de la présomption d'innocence prévu spécifiquement à l'alinéa 2 du même article. L'article 6-3 précise, en matière pénale, les droits devant être spécifiquement garantis à l'accusé, mais la cour refuse d'accorder à ces droits une indépendance par rapport à l'article 6-1, ces droits que l'article 6-3 « énumère en termes non exhaustifs représentent des aspects, parmi d'autres, de la notion de procès équitable en matière pénale⁶³⁸ ».

527. En matière civile et pénale, il faut déterminer dans quelle mesure la personne vulnérable peut être dans une situation de risque plus importante que

⁶³⁵ Marie-Anne FRISON-ROCHE, Les droits de la défense en matière pénale, *In* : Remy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2002, pp. 539-559, p. 539.

⁶³⁶ Henri MOTULSKY, Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile, *In* : Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER, Tome II, *Droit privé, Propriété industrielle, littéraire et artistique*, Paris, Librairies Dalloz et Sirey, 1961, pp. 175-200, n^{os} 13 à 18, pp. 183-189.

⁶³⁷ Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, Précis, Droit privé, Dalloz, 27^e éd. refondue, 2003, n°609.

⁶³⁸ CEDH, 13 mai 1980, Artico c. Italie : Série A n° 37, cité par Jean-Claude SOYER, Michel de SALVIA, art. *préc.* p. 265 (§ 32) et Jean PRADEL, Geert CORSTENS, *op. cit.* n°355, p. 395 (§ 37).

toute autre personne et comment y remédier. Les garanties des droits de la défense visent notamment à permettre le respect du principe du contradictoire. Ce principe impose que le juge vérifie que chaque partie a signifié ses conclusions à l'adversaire, qu'il impose la communication des pièces et qu'il statue sur les éléments du procès qui ont été contradictoirement débattus devant lui⁶³⁹. Ainsi, « aucun des acteurs de la procédure ne doit disposer de renseignements de droits formels ou d'avantages de fait dont seraient privés les autres⁶⁴⁰ ». Lorsque le législateur ne prévoit pas le débat contradictoire de l'ensemble du processus d'expertise⁶⁴¹, ou au contraire lorsque la sanction de l'absence de débat contradictoire est prévue⁶⁴², on est dans une logique d'égalité où le législateur tente d'accorder des prérogatives identiques à toutes les parties ou, au contraire, omet de le faire au détriment de l'égalité entre les parties. De même lorsqu'une disposition favorise la position de fait du juge ou de l'une des parties, la vulnérabilité ne justifie pas le rétablissement de l'équilibre, ce sont les principes d'équité, d'égalité processuels qui les justifient.

528. Il est pourtant une évidence : « Lorsque le mineur est confronté à des difficultés familiales ou d'intégration, voire lorsque le majeur doit être placé sous un régime de protection, il sera amené à être confronté à un juge. Si la justice a la réputation redoutable d'impressionner, force est de constater que face à une personne fragile, le risque est encore plus grand... s'ajoute la nécessité d'apporter à l'incapable un surcroît d'informations sur ses droits et les conséquences de ses choix⁶⁴³ ». Cette remarque peut être étendue à toute procédure à laquelle une

⁶³⁹ Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, *op. cit.* n°611 et s.

⁶⁴⁰ Thierry FOSSIER, Droits de la défense et personnes vulnérables : *Rev. sc. crim.* 1998, pp. 57-68, *préc.* n°22, p. 64.

⁶⁴¹ En matière d'incapacité, par exemple, *Ibid.* n°23, p. 64.

⁶⁴² En vertu de l'art 135 du Nouveau Code de procédure civile, le juge peut écarter des débats les pièces qui n'ont pas été communiquées « en temps utile », que l'adversaire n'a donc pas pu discuter, Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, *op. cit.* n°877, p. 559.

⁶⁴³ Jean-Marie PLAZY, *La personne de l'incapable*, Thèse Bordeaux IV, Jean Hauser (Sous-dir.), 1998, p. 561.

personne vulnérable est confrontée, la plaçant inévitablement dans une situation de vulnérabilité corrélative à sa faiblesse. De fait, le droit à un avocat est très important, mais il ne doit pas occulter la nécessité préalable d'accorder des droits relevant du principe du contradictoire. Pour autant, en toutes circonstances, l'avocat « atténue la disparité économique, culturelle ou technique. La défense professionnelle a pour rôle de placer le plaideur à parité avec les autres acteurs de la procédure. Nous savons que son importance est trop faible en France aux côtés des personnes vulnérables pour que l'égalité des armes soit toujours garantie⁶⁴⁴ ».

529. Le droit d'être assisté par un défenseur est garanti essentiellement par l'aide juridictionnelle. Mais celle-ci n'est évidemment accordée que lorsque la personne souhaite se faire assister, ou lorsque l'assistance d'un avocat est obligatoire. Dans cette seconde hypothèse, il n'y a pas de difficulté, en revanche, de nombreux contentieux ne prévoient pas l'obligation de se faire assister par un avocat. Dans ce cas, la personne vulnérable doit pouvoir être informée de ce droit, ce qui pose parfois des difficultés en pratique⁶⁴⁵. L'avantage du conseil, de l'assistance de l'avocat est qu'en principe ceux-ci seront adaptés à la faiblesse particulière de la personne en cause, le risque d'atteinte procédural lié à cette faiblesse est donc neutralisé. Un tel droit est donc primordial pour la personne vulnérable, car quelle que soit l'origine de sa vulnérabilité une réponse adaptée lui sera donnée.

530. Le lien de corrélation justifie un certain nombre de mesures accordées en vue de la protection des personnes vulnérables, et ce en fonction de la nature matérielle spécifique de leur vulnérabilité. Tant en matière de procédure que concernant des mesures de fond, le droit privé assure la protection des personnes vulnérables. L'analyse de ces mesures montre qu'un lien de corrélation existe toujours entre la faiblesse et l'atteinte risquée. Il est possible d'admettre que

⁶⁴⁴ Thierry FOSSIER, *art. préc.* n°21, p. 64.

⁶⁴⁵ Sur la question particulière de « l'accompagnement » de la personne en général en matière d'incapacités face au juge, cf. Jean-Marie PLAZY, *La personne de l'incapable*, Thèse Bordeaux IV, Jean Hauser (Sous-dir.), 1998, pp. 561-609.

le lien de corrélation caractérisant la situation de vulnérabilité d'une personne est fondamental. Dès lors la situation de vulnérabilité est bien une condition essentielle à l'existence matérielle de la vulnérabilité.

Conclusion du Titre II

531. La faiblesse concrétise la vulnérabilité ; cette condition est statique, préétablie en tant qu'origine de la vulnérabilité. La situation de vulnérabilité décrit un phénomène mouvant et circonstanciel. C'est le fait, pour la personne, d'être dans l'incapacité de se défendre face à une atteinte. Ainsi, pour que la situation de vulnérabilité puisse voir le jour, il faut que la nature matérielle de la faiblesse en cause expose la personne à un certain type d'atteinte. Il était donc nécessaire de montrer que le lien de corrélation entre l'origine de la vulnérabilité et l'atteinte est indispensable ; c'est le critère indispensable pour que la situation de vulnérabilité apparaisse. Dès lors, la mise en évidence de ce critère de la situation de vulnérabilité s'imposait avant d'en montrer l'intérêt pratique, à travers sa mise en œuvre.

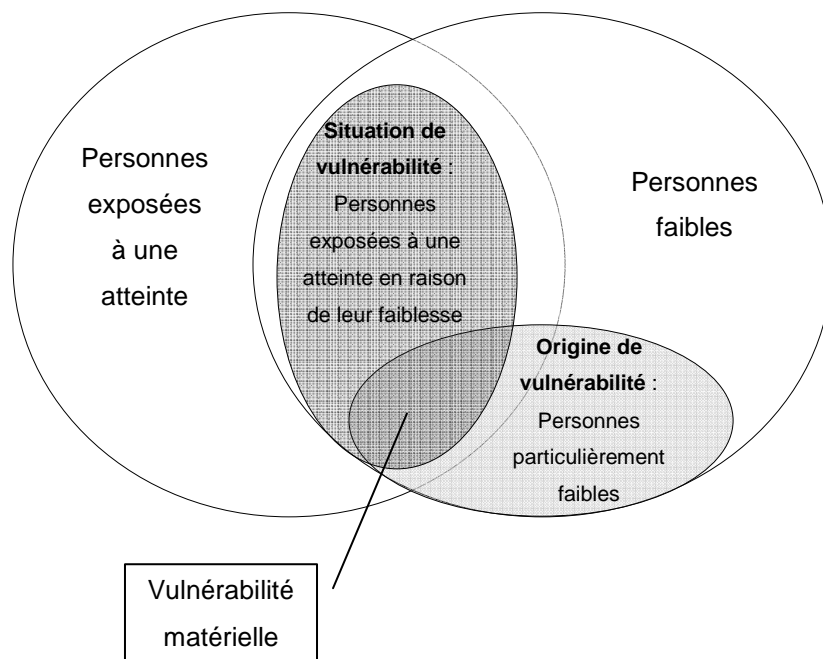
532. En premier lieu, deux éléments permettent la mise en évidence du critère. Il a été établi que la présence du lien de corrélation irradie toutes les approches de la notion de vulnérabilité en droit privé : définitions de la doctrine, la jurisprudence, la loi ou interprétation de la notion en tant que standard de conduite. Ce critère est latent en droit. En outre, sa présence est tout à fait explicite dans la conception originelle de la notion par les victimologues ; le lien de corrélation y apparaît de manière patente. Ce lien de corrélation apparaît aussi de manière tout à fait évidente lorsque la notion de vulnérabilité est mise en perspective avec les notions proches de faiblesse et de dépendance. L'existence d'un lien de corrélation, entre l'origine de la vulnérabilité et l'atteinte matérielle, permet de caractériser la situation de vulnérabilité. En second lieu, la valeur pratique du critère mis en évidence a été éprouvée par sa mise en œuvre : la vérification de la fiabilité pratique du lien de corrélation dans diverses dispositions de droit positif fondées expressément sur la vulnérabilité de la personne dans l'analyse doctrinale (sans que cette notion soit explicitement visée par les textes ou le juge). La démarche s'est révélée positive ; la situation de vulnérabilité, toujours présente, existe parce

qu'il y a un lien de corrélation entre l'atteinte matérielle en cause et l'origine de la vulnérabilité. Le lien de corrélation s'adapte, ainsi, parfaitement à la caractérisation de la situation de vulnérabilité, elle-même essentielle à la notion de vulnérabilité.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

533. Deux conditions permettent d'éclairer l'appréhension juridique de la matérialité de la vulnérabilité de la personne physique en droit privé : la vulnérabilité doit trouver *une origine* dans une faiblesse de la personne, cette faiblesse, par sa nature, met la personne *en situation* de vulnérabilité face à un certain type d'atteinte. L'existence de la vulnérabilité, sur le plan matériel, suppose donc une faiblesse, et un lien de corrélation entre cette faiblesse et l'atteinte risquée. La faiblesse, origine de la vulnérabilité, peut être de toute nature : physique, psychologique, sociale, politique, etc. Il est en revanche indispensable qu'elle atteigne un certain degré pour être prise en compte juridiquement. La situation de vulnérabilité, quant à elle, se manifeste par une corrélation entre la faiblesse en cause et une atteinte spécifique que risque la personne. On le voit, la seconde condition, tenant à la situation de vulnérabilité, s'imbrique dans la première, dont elle dépend en partie. Il s'agit alors de rendre compte de cette structure matérielle de la vulnérabilité.

534. En fait, ces conditions, éclairantes quant à la matérialité de la vulnérabilité en droit, permettent d'en circonscrire l'étendue matérielle. La vulnérabilité de la personne apparaît ainsi comme le point de convergence entre différentes caractéristiques constituant la matérialité de la notion. Afin de mieux visualiser ces caractéristiques, leur présentation par un schéma s'impose (cf. ci-après).



535. Un premier groupe de personnes est constitué de toutes les personnes amoindries par une faiblesse, quelle que soit la nature matérielle de cette faiblesse. Parmi ces *personnes faibles*, seulement certaines présentent une faiblesse atteignant un degré suffisamment important pour être prise en compte comme **origine de vulnérabilité** : un sous-ensemble de *personnes particulièrement faibles* se dessine alors. Un second groupe distinct est constitué de toutes les *personnes exposées à une atteinte*. Seules pourront être considérées en **situation de vulnérabilité** les *personnes exposées à cette atteinte, en raison même de leur faiblesse*. L'exigence du lien de corrélation est donc sous-jacente. La **vulnérabilité matérielle** de la personne, telle que le droit la retient, apparaît ainsi comme le point de rencontre de ces ensembles. Celui-ci concrétise la réunion des conditions juridiques de la matérialité de la vulnérabilité.

536. *A contrario*, la vulnérabilité matérielle n'est pas caractérisée dans un certain nombre d'hypothèses :

– Une personne faible (affaiblie par un rhume) ne peut en aucun cas être considérée comme vulnérable matériellement : *sa faiblesse n'atteint pas un degré suffisant.*

– Une personne en pleine forme, ou même la personne précédemment évoquée affaiblie par un rhume, exposée à une atteinte (la nuit dans un tunnel rempli de dangereux malfrats), ne peut être vulnérable matériellement : *sa faiblesse n'atteint pas un degré suffisant.*

– Une personne faible (du fait d'un rhume) ou même particulièrement faible (grave handicap physique) est exposée, comme tout un chacun, à un acte constitutif d'escroquerie, mais elle ne peut être considérée comme vulnérable : ce n'est pas en raison de sa faiblesse qu'elle est exposée à ce type d'atteinte, *elle n'est pas en situation de vulnérabilité* (pas de lien de corrélation entre la faiblesse et l'atteinte).

– La conclusion est la même si l'on reprend l'exemple du personnage Lennie, cité par Mme Michèle-Laure Rassat, face à une personne l'agressant physiquement : ce n'est sa déficience intellectuelle qui l'expose aux agressions de ce type, il n'y a pas de corrélation, *il n'est donc pas en situation de vulnérabilité face à une agression violente.*

537. Cela dit, la matérialité de la vulnérabilité, à elle seule, est insuffisante à élever la vulnérabilité au rang de *notion juridique*. Notamment, nous l'avons vu en introduction, des indifférences du droit à la notion restent inexplicables et l'atteinte ne trouve pas sa place dans la seule description des conditions matérielles de la vulnérabilité. En outre, les conditions matérielles ne renferment pas un caractère *opérationnel* qui apparaît juridiquement indispensable à toute notion aspirant à une consécration en droit. En vérité, c'est par sa fonction que la vulnérabilité va pouvoir exister en tant que notion juridique. En effet, lorsque la vulnérabilité est prise en compte par le droit, elle est destinée à une fonction qui lui offre sa cohérence, et lui permet de s'épanouir juridiquement. La vulnérabilité contribue à qualifier juridiquement une atteinte. Il apparaît alors que la fonction de la

vulnérabilité est une condition d'existence de la notion de vulnérabilité. Et c'est ce que nous nous proposons de montrer dans la seconde partie de cette thèse.

PARTIE II

UNE CONDITION FONCTIONNELLE

538. La notion de vulnérabilité de la personne physique se dévoile grâce à la fonction juridique qu'elle occupe. La vulnérabilité matérielle, définie dans la première partie, n'accède au droit que lorsqu'elle participe à la qualification juridique d'une atteinte. Pour autant, l'atteinte qualifiée en partie par la vulnérabilité l'est principalement par l'atteinte que risque la personne du fait de sa faiblesse. L'élaboration complète de la notion de vulnérabilité ne peut donc être réalisée sans se référer à son régime. La notion de vulnérabilité ne peut être définie qu'à la condition de considérer sa fonction comme l'élément déterminant son existence, à côté de sa matérialité.

539. Seule la fonction juridique de la vulnérabilité permet d'exposer le processus qui conduit à sa prise en compte juridique. Le cheminement correspond alors à celui exposé par M. Paul Amselek : « pour les besoins de la pratique d'une règle, il faut explorer de manière approfondie les arrière-plans du segment de pensée dont elle est faite : il est indispensable de déterminer toute la portée de cette règle, tout ce qu'elle porte en elle, toute sa « charge », tout son champ potentiel, par-delà sa configuration de façade ; il est indispensable d'en faire l'exégèse, c'est-à-dire, selon l'étymologie même du terme, d'en faire sortir tout ce qu'elle recèle en elle⁶⁴⁶ ». Ainsi, par-delà la configuration matérielle de façade exposée dans la première partie, la fonction juridique de la vulnérabilité en révèle l'essence juridique.

540. La notion de vulnérabilité ne peut être considérée comme juridiquement valable que lorsque, non seulement les conditions de faiblesse et de situation de vulnérabilité, mais en outre la condition fonctionnelle de participation à la qualification d'une atteinte sur le plan juridique, sont constituées. L'élément principal de qualification de cette atteinte est alors justement l'atteinte matérielle à laquelle la personne était particulièrement exposée en raison de sa faiblesse. La fonction de la vulnérabilité permet de remédier à l'inachèvement juridique de la

⁶⁴⁶ Paul AMSELEK, Le doute sur le droit ou la teneur indécise du droit, In : Institut de formation continue du Barreau de Paris, *Le doute et le droit*, Philosophie et théorie générale du droit, Dalloz, 1994, pp. 57-78, p. 65.

notion de vulnérabilité que l'on a exposée. La vulnérabilité devient une fonction techniquement opérationnelle. La notion devient par cette fonction utile au droit.

541. Dès lors, la vulnérabilité permet de qualifier des atteintes qui se sont déjà produites, pour établir leur *existence* ou pour évaluer leur *gravité*. En second lieu, la vulnérabilité participe à la qualification juridique d'atteintes qui ne se sont pas encore produites, mais dont le risque qu'elles se produisent découle de la vulnérabilité matérielle de la personne. La vulnérabilité permet alors de caractériser l'*éventualité* d'une atteinte.

542. Que la vulnérabilité participe à la qualification de l'existence de la gravité ou de l'éventualité de l'atteinte, l'atteinte à qualifier est toujours une atteinte relativement grave. Ainsi, concrètement, les atteintes que la vulnérabilité peut permettre de qualifier sont les atteintes au consentement, les abus, les atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne notamment. Parmi toutes ces atteintes graves, il est significatif de constater que la vulnérabilité participe très fréquemment à la qualification d'un abus de situation. Ce dernier cas, très révélateur de la fonction de qualification de la vulnérabilité, doit donc être envisagé en premier lieu, avant de mettre en lumière la constance de la participation de la vulnérabilité à la qualification d'autres types d'atteintes graves.

Cette partie est donc divisée en deux titres :

Titre I. La participation topique à la qualification d'un abus de situation

Titre II. La participation constante à la qualification d'une atteinte grave

Titre I. La participation topique à la qualification

d'un abus de situation

543. La vulnérabilité prise en compte en droit privé est souvent l'un des éléments retenus pour qualifier un abus de situation. L'acte matériel constitutif d'abus est alors corrélatif à la faiblesse de la personne par ailleurs constatée, ce qui justifie la prise en compte de la vulnérabilité pour qualifier l'abus sur le plan juridique. Il est alors très intéressant d'examiner la manière dont le lien de corrélation entre la faiblesse et l'acte constitutif d'abus de situation se manifeste en droit ; et conditionne la prise en compte de la vulnérabilité sur le plan matériel. L'abus de situation est en effet constitué juridiquement par deux éléments : un acte d'abus et la vulnérabilité matérielle de la victime. La physionomie du lien de corrélation peut ainsi être affinée : ce lien de corrélation, qui existe objectivement entre la nature de la faiblesse et l'acte d'abus en cause, doit en outre être intégré objectivement à l'intention de l'auteur de l'acte. Celui-ci doit en effet avoir pris en compte la vulnérabilité matérielle de sa victime pour commettre les agissements constitutifs d'abus. La caractérisation d'un abus de situation est donc tout à fait caractéristique de la fonction de la vulnérabilité.

544. Conformément à un tel schéma, la participation de la vulnérabilité à la qualification d'un abus de situation apparaît tant en droit pénal que dans d'autres domaines du droit privé. La présentation de l'abus de situation dans cet ordre serait plus naturelle ; pourtant, il est plus pédagogique de présenter en premier lieu l'abus constitué dans d'autres disciplines que le droit pénal. En effet, la notion d'abus de situation est une notion générale, qui n'est pas propre au droit pénal ; la préciser impose d'emblée de sortir de cette matière. Or, il est compréhensible de la préciser au début de nos développements. L'ordre logique de présentation sera donc inversé.

Ce titre est constitué de deux chapitres :

Chapitre I. L'abus de situation qualifié en dehors du droit pénal

Chapitre II. L'abus de situation qualifié en droit pénal

CHAPITRE I. L'ABUS DE SITUATION QUALIFIÉ EN DEHORS DU DROIT

PÉNAL

545. Lorsque la vulnérabilité d'une personne physique est l'un des éléments pris en compte par le droit pour qualifier un abus de situation, cet abus a deux formes : un abus avéré ou un abus éventuel. Lorsqu'il est avéré, la vulnérabilité est l'un des éléments qui permet d'en reconnaître l'existence juridique ; lorsqu'il est éventuel, la vulnérabilité est l'un des éléments qui permet d'en définir l'éventualité. La vulnérabilité participe donc à la qualification d'un abus de situation, que celui-ci soit avéré ou éventuel.

Section I. La qualification d'un abus de situation avéré

546. Lorsque le législateur ou le juge prennent en compte la vulnérabilité d'une personne pour qualifier l'existence d'un abus de situation, systématiquement, l'auteur de cet abus doit s'être servi de la vulnérabilité, faiblesse matérielle de la personne, pour le commettre ; il doit directement ou indirectement en avoir sciemment profité. La participation à la qualification de l'atteinte implique que l'auteur de cette atteinte ait abusé de la vulnérabilité matérielle de la victime pour commettre les actes qui lui sont reprochés. A cet égard, rappelons l'importance de la distinction entre : l'acte de l'auteur, la vulnérabilité de la victime et l'atteinte, un abus de situation ici, notion juridique que les éléments précédents contribuent à qualifier.

547. La vulnérabilité matérielle de la victime est alors intégrée à l'intention de l'auteur. Le lien de corrélation entre la faiblesse et l'acte d'abus doit non seulement exister *objectivement* (abus dans l'obtention du consentement et faiblesse psychique de la personne, par exemple) ; mais encore, il existe *subjectivement* parce que l'auteur de l'abus doit lui-même avoir voulu profiter de la faiblesse de la personne par son acte. *La nature subjective du lien de corrélation n'exclut pas sa nature objective, elle se superpose à elle.* Ainsi, outre l'existence du lien objectivement apprécié, à savoir la situation de vulnérabilité objective de la victime, l'abus de situation suppose que, du point de vue de l'auteur, la nature subjective du lien de corrélation soit établie.

548. Afin de bien comprendre la raison pour laquelle la vulnérabilité est susceptible de contribuer à qualifier l'existence d'un abus de situation, il est utile de présenter ce type d'abus dans une approche générale permettant d'en dégager toutes les nuances (§ 1). La manière dont la vulnérabilité d'une personne concourt parfois à la qualification d'un abus de situation peut alors être exposée (§ 2).

§ 1. L'approche générale de l'abus de situation

549. Si l'abus est une notion que l'on retrouve en matière pénale⁶⁴⁷, elle trouve un terrain particulièrement propice en droit civil. Ainsi, afin de mettre en lumière une approche complète et précise de la notion, le droit civil et particulièrement la doctrine civiliste sont essentiels. Le fondement et les critères de l'abus font en effet l'objet de discussions doctrinales très riches concernant bien entendu l'abus de droit. Avant de s'intéresser plus précisément à l'abus de vulnérabilité, un bref rappel des différentes conceptions de l'abus de droit en général est nécessaire pour ensuite mieux comprendre ce qu'est l'abus de situation, dont l'abus de la vulnérabilité d'une personne physique est une forme particulière.

A. Les conceptions de l'abus de droit

550. La théorie de l'abus de droit apparaît comme un moyen de contrôler l'exercice d'un droit par son titulaire. Etant donné cet enjeu primordial dans tout système juridique, cette théorie a donné lieu à une importante littérature. Pour l'essentiel, la doctrine s'est toujours efforcée de rechercher un critère fiable permettant de définir l'abus de droit, qui pourrait alors devenir le pilier de la théorie. De cette tâche ardue ressortent quatre critères principaux permettant de reconnaître l'abus :

- Le critère le plus répandu est celui qui ramène l'abus de droit à la faute génératrice de responsabilité civile. La faute, qui peut être intentionnelle ou non, se caractérise par un comportement anormal qui ne serait pas celui d'un homme raisonnable et prudent⁶⁴⁸.

⁶⁴⁷ On songe évidemment à l'abus de confiance, art. 314-1 du Code pénal.

⁶⁴⁸ Voir la présentation de ce critère et la doctrine citée In : Jacques GUESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, Paris, L.G.D.J., 1990, 3^e éd., pp. 691-692, n°711.

– Le critère intentionnel se manifeste essentiellement par l'intention de nuire, « l'aliment normal de l'abus des droits⁶⁴⁹ ». La liberté implique la responsabilité, en conséquence, le titulaire est responsable s'il abuse de son droit qui, en lui-même, reste absolu. Le droit objectif doit donc « réfréner le désir de nuire, ou même l'indifférence trop absolue devant l'intérêt d'autrui⁶⁵⁰ ».

– Un autre critère prépondérant est le critère économique. L'abus est ainsi constitué si le titulaire du droit l'exerce en dehors de tout intérêt ou pour la satisfaction d'un intérêt illégitime, il n'est en effet pas permis « d'user de son droit sans utilité pour soi et d'une manière nuisible pour autrui⁶⁵¹ ».

– Le critère fonctionnel ou finaliste vise le détournement du droit de sa fonction sociale. Selon le principal défenseur de cette théorie, « toute prérogative, tout pouvoir juridique sont sociaux dans leur origine, dans leur essence et jusque dans la mission qu'ils sont destinés à remplir », « l'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit, à sa finalité⁶⁵² ». L'idée est qu'un acte peut être exercé dans les limites du droit subjectif mais se heurter au droit en général, à son esprit.

⁶⁴⁹ Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Coll. Essais de téléologie juridique, I, Dalloz, 1927, n°268, p. 341.

⁶⁵⁰ Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 4^e éd., 1949, p. 183, l'auteur précise que « dès qu'on enlève à la théorie de l'abus des droits son fondement moral, on tombe dans les plus dangereuses fantaisies de la contrainte sociale ». Il conteste toutefois le caractère absolu des droits, p. 161. Il approuve en cela Marcel Planiol qui a critiqué de manière très virulente cette conception de l'abus de droit, celui-ci est l'auteur de la célèbre formule « le droit cesse où l'abus commence ». En effet, « un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit ». Cf. Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil, Tome II, Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, les privilèges, les hypothèques*, Paris, L.G.D.J., 5^e éd., 1909, p. 286, n°871.

⁶⁵¹ Louis JOSSERAND citant Jean-Marie PARDESSUS, *op. cit.* n°288, p. 369.

⁶⁵² *Ibid.* n°292, pp. 369 et 370.

551. Plus récemment, le professeur Jacques Ghestin a proposé la distinction entre les limites *externes* et *internes* d'un droit pour caractériser l'abus de droit. Les limites externes du droit visent à distinguer objectivement les pouvoirs accordés au titulaire de ceux qui ne le sont pas. Les limites internes du droit signifient que les prérogatives accordées ne le sont pas de manière absolue. C'est dans les principes généraux, dans l'esprit du droit qu'il convient de rechercher ces limites, puisque la loi ne les précise pas expressément. Cette approche rejoint ici celle de Josserand, mais en partie seulement. Selon l'auteur, « le droit peut parfaitement accorder aux individus certains pouvoirs et restreindre leur mise en œuvre » et « l'usage abusif d'un droit est un acte qui n'a jamais été permis par ce droit⁶⁵³ ».

552. Le contrôle des limites internes des droits subjectifs revient donc naturellement au juge. C'est donc, selon l'auteur, dans la jurisprudence que se trouvent les applications les plus caractéristiques de l'abus de droit, bien que la loi y fasse parfois expressément référence. Et, c'est dans le domaine contractuel que l'auteur effectue cette étude. Or, dans la formation du contrat, le contrôle judiciaire de l'abus des droits trouve deux applications : la rupture des pourparlers et l'abus de situation⁶⁵⁴. Cette notion est fondamentale pour notre étude, elle mérite donc que l'on s'y attarde.

B. Les constantes de l'abus de situation

1. L'esprit

553. M. Jacques Ghestin analyse cette notion en matière contractuelle comme « un usage abusif du droit qui appartient à chacune des parties, dans la

⁶⁵³ Jacques GUESTIN, Gilles GOUBEUX, *op. cit.* p. 679, n°697. On est proche du critère technique présenté par JOSSERAND, *op. cit.* n°280, p. 354.

⁶⁵⁴ Jacques GUESTIN, L'abus dans les contrats : *Gaz. Pal.* 1981, II, Doctr. pp. 379-384, p. 380.

négociation d'un contrat, de rechercher un profit⁶⁵⁵ ». L'abus de situation est lié au vice de violence en ce qu'elle est une contrainte exercée sur la volonté d'une personne pour l'amener à donner son consentement. Ainsi, l'auteur observe « une tendance récente de la jurisprudence à faire application du vice de violence à la solution de litiges dans lesquels l'une des parties se trouve en situation de dépendance économique à l'égard de l'autre, dans des conditions telles qu'il lui est impossible de défendre ses intérêts lors de la négociation d'un contrat ou de sa révision⁶⁵⁶ ». D'ailleurs, Louis Josserand précisait, concernant les abus qui se rattachent à la conclusion du contrat, que le législateur avait pris des mesures « pour éviter que le plus faible ne soit écrasé par le plus fort, ou le plus honnête par le moins scrupuleux⁶⁵⁷ ».

554. La définition de l'abus de situation fait apparaître deux éléments. En effet, dans une définition qui garde toute son actualité M. Pierre Bonnassières précise qu'il y a *abus de situation* « dans certaines situations ou une personne est en face d'un cocontractant qui a une parfaite connaissance des conditions de conclusion du contrat, mais qui est contraint par la force des événements de subir la loi de l'autre partie. Il en est ainsi également lorsqu'une personne profite de la faiblesse physique ou intellectuelle de son cocontractant pour obtenir des avantages tels que la loyauté devait lui interdire de se les attribuer⁶⁵⁸ ». L'abus de vulnérabilité se rattache uniquement à cette seconde hypothèse pour laquelle, la condition de la victime conduit à l'abus puisque la faiblesse de la personne est exploitée sciemment par l'auteur. Selon M. Bonnassières, qui qualifie cette situation de dol, l'abus de situation se déduit du seul fait qu'une personne, lors de la conclusion du contrat, « tire un avantage, un bénéfice excessif qui soit la conséquence seulement de l'infériorité intellectuelle de son cocontractant, ou de la

⁶⁵⁵ *Ibid.*

⁶⁵⁶ *Ibid.* en cas de subordination juridique résultant d'un contrat de travail, mais aussi de grave inégalité économique.

⁶⁵⁷ Louis JOSSERAND, *op. cit.* n°100, p. 135.

⁶⁵⁸ Pierre BONASSIÈS, *Le dol dans la conclusion des contrats*, Thèse Lille, 1955, Tome II, n° 47, p. 509.

supériorité morale que lui confère à lui-même sa propre situation⁶⁵⁹ ». La sanction du dol est fondée dans ce cas sur une obligation générale de bonne foi des cocontractants lors de la conclusion du contrat. Selon l'auteur enfin, l'abus de situation « implique la volonté chez l'auteur du dol d'abuser [de l'inégalité des situations des parties]⁶⁶⁰ ». Ainsi, lorsqu'une personne abuse de la vulnérabilité de sa victime, la vulnérabilité entre dans la qualification de l'abus puisque l'auteur a intégré psychologiquement cette circonstance dans la commission des actes. La vulnérabilité détermine donc en partie les agissements de l'auteur, c'est parce que la personne est vulnérable qu'il a agi. Le passage à l'acte trouve donc en partie sa cause dans la vulnérabilité de la victime. Le lien qui unit la vulnérabilité et l'acte d'abus, constitutif d'une atteinte ici, s'analyse donc en une corrélation de nature causale.

555. L'abus de situation ne suppose cependant pas nécessairement l'intention de nuire, seulement la conscience de nuire⁶⁶¹. L'indifférence trop absolue à l'intérêt d'autrui, selon l'expression de Georges Ripert, étant assimilable à l'intention de nuire, la barrière peut apparaître tenue entre l'une et l'autre. Il convient malgré tout de distinguer, l'intention malveillante n'est pas l'indifférence à l'autre, pour chacune cependant l'auteur de l'abus prend nécessairement en compte la vulnérabilité pour profiter de cette situation, l'aspect intentionnel de l'abus ressort ici dans une certaine mesure. Aussi, l'abus de situation lors de la formation du contrat, s'analysant comme l'abus du droit qui appartient à chaque partie, dans la négociation du contrat, de rechercher un profit⁶⁶², fait-il ressortir les limites internes du droit. Si les parties ont le droit de rechercher un profit et l'obtenir – ce qui précise les limites externes du droit –, ce droit n'est pas illimité en ce sens qu'il doit être mis en œuvre conformément à l'esprit du droit en général, à la justice qui reste la fin

⁶⁵⁹ *Ibid.* n° 58, p. 524. L'auteur assimile cet abus de situation à la "*constructive fraud*" anglo-saxonne et à l' "*undue influence*" des droits anglais et américains.

⁶⁶⁰ *Ibid.* n° 62, p. 531.

⁶⁶¹ François MAGNIN, Réflexion critique sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques, l'abus de situation : *JCP* 1976, éd. G., I, 2780, n° 19.

⁶⁶² Selon l'approche précitée de M. Jacques Ghestin.

essentielle du système juridique⁶⁶³. Ainsi, lorsque le cocontractant est vulnérable, il ne doit pas y avoir abus de cette situation de vulnérabilité. L'idée de justice commande dans nos sociétés que « le plus faible ne soit pas écrasé par le plus fort », la loi ayant pour fonction essentielle de protéger le faible contre le fort⁶⁶⁴. Le critère finaliste de Josserand reste finalement très présent. Le droit légitime de rechercher un profit ne doit pas en revanche être exercé au moyen d'un abus de la vulnérabilité de la personne qui donne lieu à une sanction.

556. Aussi, plutôt que de raisonner par rapport à l'abus de droit, peut-on emprunter l'analyse de M. Philippe Stoffel-Munck qui dans sa thèse, *l'abus dans le contrat*, décrit l'abus par déloyauté qui tend « à sanctionner le créancier qui adopte une attitude heurtant en elle-même les valeurs de la morale sociale parce qu'elle est blessante, hypocrite, incohérente ou autrement délictueuse ». Pour l'auteur, ce n'est pas « un abus "de droit" proprement dit, car le délit civil commis par le contractant existe par lui-même, sans qu'importe qu'il se soit manifesté à l'occasion de l'exercice d'un droit ou dans une autre circonstance⁶⁶⁵. » L'auteur précise que l'exigence de bonne foi se distingue clairement de l'idée de charité. Au regard de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, « il ne s'agit pas de soutenir "les faibles à raison de leur faiblesse même" mais de sanctionner l'exploitation abusive de la confiance de l'un en l'apparente bienveillance de l'autre. Se retrouve la vieille idée exprimée par Larombière qui, au nom de la bonne foi, condamnait ce qui "spécule sur la crédulité, la simplicité et l'ignorance"⁶⁶⁶ ». En ce sens, est confirmée l'idée que la vulnérabilité n'est qu'un élément qui justifie la qualification de l'atteinte, mais elle n'est pas prise en compte pour elle-même, sa fonction est toute relative, inscrite dans la trame qui mène à la qualification d'une atteinte, elle n'est pas l'objet

⁶⁶³ Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEUX, *op. cit.* n° 693, p. 674.

⁶⁶⁴ Louis JOSSERAND, *op. cit.* n° 100, p. 135 et Jean CALAIS-AULOY, Frank STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 2003, 6^e éd., n° 21, p. 19.

⁶⁶⁵ Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, Thèse, L.G.D.J., 2000, n° 177, p. 164. Notons que l'auteur se situe au niveau de l'exécution du contrat et non plus de la formation.

⁶⁶⁶ *Ibid.* n° 269, p. 234.

d'une protection pure, désolidarisée de l'acte porté à la personne dans des circonstances particulières. L'abus de situation relève donc sans aucun doute d'une analyse qui va au-delà de celle de l'abus de droit, qui n'en constitue qu'une forme particulière, elle y puise pourtant indiscutablement ses racines. L'abus de situation relève ainsi d'un esprit malveillant ou simplement indifférent, mais vers quoi tend-il ?

2. La finalité

557. Dans le vocabulaire juridique, l'abus est notamment « l'exploitation outrancière d'une situation de fait, [la] mise à profit d'une position de force souvent au détriment d'intérêts plus vulnérables⁶⁶⁷ ». Cette position de force peut résulter de trois situations⁶⁶⁸. Tout d'abord, généralement, elle résulte d'une véritable supériorité de l'auteur de l'abus. L'abus est ainsi envisagé comme « dépassant l'exercice normal d'un droit, d'un pouvoir, d'une autorité », la notion d'abus de droit est présente. Dans ce cas, l'abus est considéré du seul côté de l'auteur de l'abus. Ensuite, parfois, ce sont les situations respectives de l'auteur et de la victime de l'abus qui sont envisagées afin de caractériser celui-ci, ainsi en est-il notamment en matière de clauses abusives et de pratiques anti-concurrentielles. Enfin, l'abus peut être appréhendé du seul côté de la victime de l'abus. « C'est le cas lorsque cette victime est dans une situation telle que l'abus de cette situation doit être prévenu et sanctionné. » Outre la sanction civile, c'est alors le droit pénal qui peut intervenir, avec ses propres armes. Il convient donc de déterminer quelle conception de l'abus

⁶⁶⁷ Gérard CORNU, sous l'égide de l'association H. Capitant, *Vocabulaire Juridique*, P.U.F., 8^e éd. rev. et augm., 2000, *Vocabulaire Juridique*, P.U.F., 1997, 8^e éd. 2000.

⁶⁶⁸ Elisabeth FORTIS, La lutte contre l'abus de dépendance des personnes âgées, *In* : *La dépendance des personnes âgées*, Francis KESSLER (Sous-dir.), Paris, Droit sanitaire et social, Série actions, éd. Sirey, 2^e éd., 1997, pp. 176-192, pp. 176-177.

donne lieu à sanction en cette matière, car elle fait partie intégrante de l'approche générale de l'abus de situation⁶⁶⁹.

558. La question n'est pas tant que du droit civil au droit pénal la sanction varie, mais plutôt que l'effet recherché, le but de l'infraction, diffère quelque peu de celui de l'abus de situation en matière contractuelle. En effet, en droit pénal, c'est en considération du résultat de l'infraction qu'il convient de raisonner. Le fait que l'auteur tire effectivement un profit de l'abus de la vulnérabilité de la personne n'est pas nécessairement exigé. Ainsi, concernant le délit d'abus de faiblesse, l'acte ou l'abstention de la victime exigés doivent, selon la jurisprudence, être de nature à causer un préjudice, peu importe qu'il y en ait eu un effectivement⁶⁷⁰. Ce qui importe, c'est donc surtout l'obtention de l'acte ou l'abstention et le moyen qui a été mis en œuvre afin de l'obtenir : abuser de la vulnérabilité d'une personne notamment. En ce qui concerne les délits des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal, le résultat est la soumission des victimes à des conditions contraires à la dignité au moyen d'un abus de leur vulnérabilité ou de leur dépendance⁶⁷¹. Peu importe alors que l'auteur ait entendu en tirer un profit, même si ce sera bien souvent le cas. Ainsi, si l'on compare ces situations à celles présentes lors de la formation du contrat, on constate que même si la finalité de l'abus exigée pour que l'atteinte soit constituée est différente, le moyen que constitue l'abus est identique. L'acte est constitué par un abus de la vulnérabilité d'une personne, l'auteur a profité de la situation de la personne vulnérable en toute connaissance de cause. Les valeurs en jeu ne sont pas si différentes puisque la sanction de l'abus de situation vise finalement la sanction d'une certaine idée de la justice, la sanction de celui qui profite de la faiblesse d'autrui.

⁶⁶⁹ Même si la participation de la vulnérabilité à la qualification d'un abus de situation en droit pénal n'est envisagée qu'au chapitre suivant.

⁶⁷⁰ Cass. crim., 12 janvier 2000 : *Bull. crim.*, n° 15 ; *Rev. sc. crim.* 2000, pp. 614-615, obs. Reynald OTTENHOF ; *D.* 2001, J. pp. 813-816, note Jean-Yves MARECHAL, Un abus de faiblesse préjudiciable sans préjudice.

⁶⁷¹ Même si, depuis la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, cet abus n'est plus expressément exigé, il l'est en revanche inévitablement implicitement, nous le verrons.

559. L'infraction est, en outre, cadrée par cette approche de l'abus de la vulnérabilité, puisque celui-ci constitue le cœur de l'infraction, il est le moyen véritablement condamnable d'obtenir le résultat. En effet, le même résultat obtenu sans abus est licite et n'est pas sanctionné. On peut considérer finalement que l'abus de la situation de vulnérabilité fixe les "limites internes" du comportement infractionnel⁶⁷². Cette conception a tout de même ses limites. Le droit pénal comporte des spécificités qui empêchent une transposition exacte du raisonnement. En effet, alors qu'en droit civil, le droit objet d'abus peut être exercé librement par son titulaire si celui-ci n'en abuse pas, en droit pénal, tous les éléments de l'infraction portent en eux une dimension infractionnelle. Les actes que le droit pénal érige en infractions ont un degré de gravité important justifiant une sanction de nature pénale. Ainsi, si le délit d'abus de faiblesse recouvre un schéma qui est finalement très proche du droit civil, l'esprit diffère. En droit civil, il y a sanction de l'abus lorsque le contractant exerce d'une manière abusive un droit dont il est titulaire, qu'il peut exercer de manière totalement libre par ailleurs, ainsi en est-il par exemple du droit de rechercher un profit dans la négociation du contrat. En droit pénal, l'élément qui est l'objet d'un abus n'est en lui-même pas légitime. Si l'on prend pour exemple l'abus de faiblesse de l'article 223-15-2 du Code pénal, il est évident que ne constitue pas un droit, pour l'auteur, le fait de conduire une personne à un acte ou une abstention qui soit gravement préjudiciable à la victime. Ne constitue pas non plus un droit le fait de soumettre une personne à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine (articles 225-13 et 225-14 du Code pénal), même si ces actes ne sont pas en soi des infractions.

560. Dans ces hypothèses, l'abus est le moyen utilisé par l'auteur pour soumettre la victime aux faits incriminés, il n'est donc rien sans eux. Particulièrement, l'abus de vulnérabilité n'est rien sans l'atteinte à la dignité et peut exister même en dehors d'une telle atteinte⁶⁷³. Mais, à l'inverse, « si l'on n'a pas tiré

⁶⁷² Les limites externes étant la réunion de tous les éléments constitutifs et conditions préalables de l'infraction sans lesquels l'infraction ne peut être constituée.

⁶⁷³ Yves MAYAUD, obs. sous Cass. crim., 11 février 1998 : *Rev. sc. crim.* 1998, p. 542-543, p. 543.

profit de la vulnérabilité, on peut attenter à la dignité humaine⁶⁷⁴ ». Il avait été proposé que l'atteinte à la dignité soit une infraction en tant que telle, et le fait qu'elle soit commise sur une personne particulièrement vulnérable ou mineure, une circonstance aggravante⁶⁷⁵. La loi pour la sécurité intérieure du 18 mars 2003 a retenu un dispositif intermédiaire, en supprimant cette condition relative à l'abus, seul le fait que la personne soit vulnérable ou dépendante conditionne les délits des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal⁶⁷⁶.

561. Lorsque l'abus de la vulnérabilité de la personne est exigé pour constituer le délit d'abus de faiblesse, il est envisagé comme "le mauvais moyen" de parvenir à un acte visé par le texte, même si cet acte est déjà "peu recommandable" et en aucun cas un droit dont serait titulaire l'auteur de l'infraction. Ainsi, le droit pénal comme le droit civil peuvent raisonner sur l'abus de situation, qui aura une définition assez proche dans les deux matières. En revanche, si l'abus de situation résulte en droit civil d'un abus de droit, tel n'est pas le cas en droit pénal. La contradiction résulte de deux éléments : aucun droit n'est en jeu et l'infraction ne sera pas constituée si l'acte répréhensible n'est pas exercé par un abus de situation. C'est en ce sens seulement que la théorie de M. Jacques Ghestin peut être transposée. En droit pénal on ne raisonne pas par rapport aux limites externes et internes d'un droit, mais d'une infraction.

562. En droit pénal, la notion d'abus de faiblesse est apparue progressivement. Cette évolution est très bien retracée par Mme Marie-Laure Izorche relativement aux infractions contre les mineurs, et surtout en droit pénal

⁶⁷⁴ Propos de M. Guy MEYER, Substitut du Procureur de la République au parquet de Paris, rapportés In : Mission d'information commune sur les diverses formes de l'esclavage moderne, Christine LAZERGES, présidente, et Alain VIDALIES, rapporteur, *Rapport d'information, L'esclavage, en France, aujourd'hui*, Tome I Rapport, Les documents d'information de l'Assemblée nationale, n° 3459, 2001, pp. 54-55.

⁶⁷⁵ *Ibid.* p. 194.

⁶⁷⁶ La soumission à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine peut, en outre, constituer un manquement à la législation du droit du travail ou aux normes d'habitations.

économique⁶⁷⁷. Dans cette matière, l'auteur met en lumière cette apparition progressive de l'abus de faiblesse : « de l'état de l'auteur (la force), à celui de relation entre l'auteur et la victime (la dépendance), il restait encore un pas à faire pour considérer, cette fois, l'état de la victime (la faiblesse)⁶⁷⁸ ». Le fait d'envisager l'abus du côté de la victime principalement ne signifie pas l'indifférence à l'auteur. En effet, si l'on ne se préoccupe pas de la situation de l'auteur (de "force"), en revanche celui-ci doit avoir abusé, profité de la faiblesse de sa victime. Une fois encore, « il ne s'agit pas de protéger les personnes faibles contre leur vulnérabilité, ce que pourrait faire la règle civile, mais de sanctionner pénalement l'abus de cet état⁶⁷⁹ ». M. Reynald Ottenhof généralise ce constat, selon lui en effet « le "nouveau droit pénal" conduit à analyser les infractions au moins autant en examinant les aptitudes de la victime que les agissements de l'auteur⁶⁸⁰ ». Ainsi, l'abus est un acte qui n'aurait pas été possible si la victime n'avait pas été particulièrement vulnérable.

563. Aussi, cette approche montre-t-elle de manière très nette que, si l'infraction est appréciée en tenant compte des aptitudes de la victime dont la vulnérabilité doit être caractérisée matériellement, c'est du côté de l'auteur que la vulnérabilité doit être appréciée dans sa fonction juridique. Elle est prise en compte subjectivement par l'auteur de l'abus, ce dernier en profite sciemment pour commettre les actes délictueux. Toutes les analyses de l'abus d'une situation de vulnérabilité de la personne convergent vers cette interprétation. Ainsi, de manière théorique, la conception de l'abus ne pose pas de difficulté particulière, *l'auteur exploite, profite sciemment de la vulnérabilité d'une personne pour commettre un acte. L'abus implique la volonté de profiter de la situation dans laquelle se trouve la*

⁶⁷⁷ Marie-Laure IZORCHE, La genèse du délit d'abus de faiblesse, *In* Equipe de recherche sur la politique criminelle, Christine LAZERGES (Sous-dir.), *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Paris, Pédone, 1995, pp. 107-119.

⁶⁷⁸ *Ibid.* p. 114.

⁶⁷⁹ *Ibid.* p. 118.

⁶⁸⁰ Reynald OTTENHOF, Abus de faiblesse, article 313-4 du Code pénal et articles L. 122-8 et 10 du Code de la consommation : *Rev. sc. crim.* 2000, pp. 614-617, p. 617.

victime⁶⁸¹. En pratique, il est donc intéressant d'étudier la manière dont la jurisprudence caractérise l'abus de vulnérabilité d'une personne lorsque cet élément est un élément constitutif de l'infraction, afin d'observer avec précision le rôle que joue la vulnérabilité de la victime dans la qualification.

§ 2. L'abus de la situation de vulnérabilité de la victime de l'atteinte

564. La vulnérabilité d'une personne peut permettre de qualifier un abus de situation. De rares, donc précieux et significatifs arrêts, contribuent à mettre en valeur cette fonction de qualification de la vulnérabilité. L'étude de cette jurisprudence permet d'avoir une vision assez définie de la fonction de la vulnérabilité qui permet de qualifier cette atteinte particulière qu'est l'abus de situation. Ainsi, à côté de solutions prétorienne sans ambiguïté sur ce point (A), on trouve un arrêt dont la solution plus ambiguë mérite que l'on s'y attarde (B).

A. Des solutions prétorienne dépourvues d'ambiguïté

565. Dans deux domaines très différents, le juge européen, d'une part, et le juge interne, d'autre part, ont consacré une prise en considération de la vulnérabilité révélatrice de sa fonction de participation à la qualification d'une atteinte. Cette atteinte se manifeste alors soit sous la forme d'une violation de l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme, soit sous la forme d'une faute disciplinaire, source de responsabilité professionnelle. Bien que les atteintes qualifiées apparaissent dans des domaines fort restreints, elles montrent que la conception de l'atteinte, en tant qu'abus de situation, est très présente, ce qui manifeste une conception objective de l'existence du lien de corrélation entre la vulnérabilité matérielle de la victime et les actes de l'auteur.

⁶⁸¹ Guy RAYMOND, Droit pénal de la consommation, Les abus de faiblesse : *Gaz. Pal.* 2002, 1, Doctr., pp. 399-404, p. 403.

1. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : la vulnérabilité dans la qualification de l'existence d'une violation de l'article 34 *in fine* de la Convention

566. L'article 34 *in fine* de la Convention précise que les Hautes parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace du droit consacré par l'article pour toute personne qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles, de saisir la cour d'une requête individuelle⁶⁸². La cour précise dans de nombreux arrêts que « pour que le mécanisme de recours individuel instauré à l'article 25 de la Convention soit efficace, il est de la plus haute importance que les requérants, déclarés ou potentiels, soient libres de communiquer avec la Commission, sans que les autorités ne les pressent en aucune manière de retirer ou de modifier leurs griefs⁶⁸³ ». Dans l'arrêt *Akdivar* contre Turquie du 16 septembre 1996, la cour ajoute ensuite directement que « compte tenu de la vulnérabilité des villageois requérants et de ce que, dans le sud-est de la Turquie, porter plainte contre les autorités peut fort bien susciter une crainte légitime de représailles les faits dénoncés constituent une forme de pression illicite et inacceptable sur les requérants pour les amener à retirer leur requête⁶⁸⁴ ». La vulnérabilité est donc bien prise en compte pour établir l'existence de pressions illicites contraires donc à l'article 34 de la Convention. Il ne fait pas de doute ici que la vulnérabilité permet la qualification de l'existence d'une entrave en l'espèce.

⁶⁸² Art. 25-1 de la Convention avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, le 1^{er} novembre 1998.

⁶⁸³ CEDH, *Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, req. n° 21893/93 : *Rec.* 1996-IV, § 105 ; CEDH, *Kurt c. Turquie*, 25 mai 1998, req. n° 24276/94 : *Rec.* 1998-III, § 159 ; CEDH, grande chambre, *Tanrikulu c. Turquie*, 8 juillet 1999, req. n° 23763/94 : *Rec. AD*, 1999-IV, § 130 ; CEDH, grande chambre, *Salman c. Turquie*, 27 juin 2000, req. n° 21986/93 : *Rec. AD* 2000-VII, § 130 ; CEDH, 3^e sect., *Demiray c. Turquie*, 21 novembre 2000, req. n° 27308/95 : *Rec. AD* 2000-XII, § 61 ; CEDH, 4^e sect., *Berktaş c. Turquie*, 1^{er} mars 2001, req. n° 22493/93, § 207 ; CEDH, 4^e sect., *Denizci et autres c. Chypre*, 23 mai 2001, req. n° 25316/94 et n° 25317/94 : *Rec. AD* 2001-V, § 418.

⁶⁸⁴ § 105.

567. Cette fonction juridique de qualification de la violation de l'ancien article 25-1 est justifiée manifestement par le lien de corrélation entre la vulnérabilité et les actes en cause. La situation de vulnérabilité politique des requérants crée forcément un risque important de pressions ou menaces lorsqu'ils portent plainte contre ces mêmes autorités. Les actes d'entraves et de pression commis en l'espèce sont donc de nature à impressionner les personnes dont la faiblesse d'origine politique est constatée, cette corrélation explique qu'alors, la vulnérabilité puisse qualifier la violation de l'article en cause. Cette violation représente l'atteinte qualifiée. Cependant, la vulnérabilité ne fait que participer à la qualification, elle est un élément pris en compte non suffisant. Ainsi, dans les arrêts *Demiray et Berktaş* contre Turquie des 21 novembre 2000 et 1^{er} mars 2001, la vulnérabilité des requérants est bien constatée, mais aucune preuve de l'existence de pressions n'ayant été rapportée, la violation n'est évidemment pas constatée. La vulnérabilité ne peut permettre la qualification que si parallèlement un acte attentatoire corrélatif est constaté.

568. La jurisprudence de la cour est bien établie, puisque suite à l'arrêt *Akdivar*, la cour consacre une formule unique qu'elle reprend systématiquement précisant que « par le mot « presse[r] », il faut entendre non seulement la coercition directe et les actes flagrants d'intimidation des requérants déclarés ou potentiels, de leur famille ou de leur représentant en justice, mais aussi les actes ou contacts indirects et de mauvais aloi tendant à dissuader ceux-ci ou à les décourager de se prévaloir du recours qu'offre la Convention ». Ainsi « pour déterminer si des contacts entre les autorités et un requérant déclaré ou potentiel constituent des pratiques inacceptables du point de vue de l'article 25, il faut tenir compte des circonstances particulières de la cause. A ce propos, il faut envisager la vulnérabilité du plaignant et le risque que les autorités ne l'influencent⁶⁸⁵ ». Un lien

⁶⁸⁵ CEDH, *Kurt c. Turquie*, 25 mai 1998, § 160 ; CEDH, *Petra c. Roumanie*, 23 septembre 1998, req. n° 27273/95 : *Rec.* 1998-VII, § 43 ; CEDH, grande chambre, *Tanrikulu c. Turquie*, 8 juillet 1999, § 130 ; CEDH, grande chambre, *Salman c. Turquie*, 27 juin 2000, § 130 ; CEDH, *Demiray c. Turquie*, 21 novembre 2000, § 61 ; CEDH, *Berktaş c. Turquie*, 1^{er} mars 2001, § 207 ; CEDH, 4^e sect., *Denizci et*

de corrélation doit donc bien être constaté objectivement, la vulnérabilité n'étant prise en compte que dans la mesure où elle rend d'autant plus probable ce risque. Ainsi, la formule consacrée en ce domaine conduit à faire de la vulnérabilité un élément constitutif apprécié systématiquement par la cour pour que l'existence d'une violation de l'article 34 *in fine* puisse être constatée.

569. Surtout, l'analyse faite par la cour de la notion de *pressions* montre que celles-ci se matérialisent soit par des actes positifs violents physiquement ou moralement, soit par tout autre acte de "mauvais aloi" ayant pour objectif que la victime renonce au recours européen. Si l'on considère que la cour constate en outre la vulnérabilité politique particulièrement manifeste des requérants, et que ces actes émanent des autorités étatiques, comment ne pas considérer ici qu'il s'agit bien de leur part d'un abus de situation. Certes, cette notion est absente du droit européen, peu importe ici puisque l'on considère la notion par rapport à ce qu'elle implique sur le plan matériel et intentionnel, sans qu'une qualification expresse soit nécessaire, l'idée de mauvais aloi se rapproche d'ailleurs curieusement de celle de mauvaise foi, d'intention de nuire, conceptions les plus restrictives de l'abus. Or, c'est bien parce que les autorités savent que la situation politique des requérants est extrêmement fragile face à elles, du fait du contexte civil et politique troublé, qu'elles exercent ces pressions. On ne peut imaginer *a contrario* une situation dans laquelle des autorités souhaitant exercer des pressions illicites sur des personnes ne profiteraient pas de leur grande vulnérabilité dans un tel contexte. La vulnérabilité n'est donc ici prise en compte qu'en tant qu'elle caractérise une atteinte s'apparentant à un abus de situation, constituant en l'occurrence une violation d'un article de la Convention européenne des droits de l'homme.

570. Cette affirmation est corroborée par le fait que la majorité des arrêts concerne des plaintes, pour mauvais traitements ou décès, contre les autorités dans le sud-est de la Turquie. La cour prend alors en compte, comme dans l'arrêt Akdivar, la vulnérabilité des villageois requérants et de ce que, dans le

autres c. Chypre, 23 mai 2001, § 418 ; CEDH, grande chambre, Ilascu et autres c. Moldava et Russie, 8 juillet 2004, req. n°48787/99.

sud-est de la Turquie, porter plainte contre les autorités peut fort bien susciter une crainte légitime de représailles⁶⁸⁶. Ceci montre en effet le peu de crédit que l'on peut accorder aux autorités quant à une éventuelle bonne foi, qui se comprendrait ici comme l'absence totale de prise en considération de la vulnérabilité des victimes pour commettre les actes d'intimidation. En outre, une conclusion hâtive conduirait à penser que l'interprétation de l'article 34 prenant en compte la vulnérabilité ne s'applique que pour les affaires où la vulnérabilité est due au contexte particulier du sud-est de la Turquie dans les années quatre-vingt-dix. Les arrêts Petra et Cotlet contre Roumanie démontrent le contraire, puisque dans des affaires qui ne concernent plus la Turquie, et s'agissant d'une vulnérabilité due à la détention des plaignants suite à une condamnation, la cour rappelle que pour apprécier s'il y a eu violation de l'article 34, il faut envisager la vulnérabilité du requérant et le risque que les autorités ne l'influencent. La vulnérabilité du plaignant est donc prise en compte systématiquement pour apprécier l'existence d'une violation de l'article 34. Cette prise en compte est due au fait que les pressions exercées par les autorités, et par suite le risque d'influence, sont corrélatifs à la vulnérabilité matérielle des personnes en cause face à celles-ci. Ces arrêts permettent d'avoir une approche très nette de la fonction de qualification d'un abus de situation particulier que remplit la vulnérabilité, et montre que les autorités auteurs des actes utilisent cette vulnérabilité pour commettre des actes d'entrave au droit au recours individuel.

571. Cette approche est sans doute encore plus explicite dans un arrêt de la Cour de cassation.

2. La vulnérabilité dans la qualification d'une faute disciplinaire

572. L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 18 janvier 2000 intervient dans un domaine particulier : une sanction disciplinaire

⁶⁸⁶ Arrêts : Kurt, Tanrikulu, Salman, Demiray, Berktaş et CEDH, 1^{er} sect., Akkoç c. Turquie, 10 octobre 2000, req. n° 22947/93 et n° 22948/93 : *Rec. AD* 2000-X.

infligée à un avocat⁶⁸⁷. Les professionnels sans conscience professionnelle peuvent, de par leur situation, devenir les auteurs d'atteintes redoutables face à des personnes vulnérables⁶⁸⁸. Il s'agit, en l'espèce, d'un avocat ayant facturé des honoraires sans commune mesure avec le travail par lui accompli, dans une affaire sans difficulté ni complexité particulière, pour laquelle il n'a pas déployé de zèle et de compétence spéciaux. La victime est une femme fragile psychologiquement et selon les termes de la Cour d'appel « complètement démunie ». L'avocat n'avait pas informé sa cliente qu'elle pouvait bénéficier de l'aide juridictionnelle, alors même que par courrier la cliente lui annonçait qu'elle pourrait difficilement continuer à le payer. Selon les juges du fond, malgré la fragilité psychologique de la victime, l'avocat n'a pas hésité à poursuivre des prélèvements largement excessifs *profitant de la vulnérabilité d'une personne complètement démunie*⁶⁸⁹.

573. La Cour de cassation rejette donc le pourvoi contre l'arrêt ayant confirmé l'arrêt du Conseil de l'Ordre qui a retenu à l'encontre de l'avocat le grief de fixation des honoraires sans tact ni mesure et prononcé contre lui l'interdiction d'exercer la profession d'avocat pendant six mois et ordonné la privation du droit de faire partie du Conseil de l'Ordre pendant dix ans. La cour précise que les juges du fond ont justifié leur décision notamment en relevant que l'avocat « avait abusé de la fragilité psychologique et du désarroi de sa cliente ». Clairement donc, dans cette affaire, l'appréciation de l'existence de l'atteinte se fait en prenant en compte la vulnérabilité de la victime.

⁶⁸⁷ Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 2000, Pourvoi n° 97-16.711 : *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. IV.

⁶⁸⁸ Cette prise en compte de la vulnérabilité pour qualifier une faute disciplinaire peut intervenir quelle que soit la profession en cause et donc quelle que soit l'autorité chargée de se prononcer sur l'existence de telles fautes. Ainsi, un auteur constate qu'en matière de fonction publique hospitalière la vulnérabilité de la victime est prise en compte dans l'appréciation de la faute du personnel soignant donnant lieu à sanction. Il y a là une preuve de plus du potentiel de la notion de vulnérabilité à irradier tout le droit. Céline TACHON-DELOBE, Des actes de violence commis par le personnel soignant à l'égard des patients vulnérables et du contrôle du juge sur le choix de la sanction, *J.C.P.* 2004 éd. A, 1438, pp. 922-923, p. 923.

574. En outre, cette vulnérabilité doit avoir été prise en compte par l'auteur de la faute constitutive d'abus. Les agissements de l'auteur constitutifs de l'atteinte, une faute disciplinaire ici, ont été modulés en fonction de la vulnérabilité de la victime sur le plan matériel, il a en outre intentionnellement profité, abusé sciemment de la situation de la victime. L'avocat fautif savait que la victime ne s'opposerait pas à ses agissements du fait de sa vulnérabilité. Dans ces conditions les magistrats font jouer à la vulnérabilité un rôle sur le plan juridique. Elle participe à la qualification de l'atteinte sur le plan subjectif. En effet, l'auteur de l'atteinte a pris en compte la vulnérabilité pour commettre l'acte. Le lien de corrélation est ici indispensable à la qualification de la faute. La nature de la vulnérabilité de la personne, fragile psychologiquement et démunie économiquement, l'exposait particulièrement à un abus de situation, un lien de corrélation entre la faiblesse de la personne et les actes commis existe donc objectivement. Cependant, la vulnérabilité n'est retenue ici que dans la mesure où l'auteur des actes l'a intégrée subjectivement à ses agissements en profitant sciemment de la faiblesse de sa victime. Le lien de corrélation qui existe objectivement n'est alors pris en compte pour qualifier un abus de situation que lorsqu'il est intégré subjectivement à l'intention de l'auteur.

575. Cette solution se retrouve, mais de manière moins évidente, dans l'arrêt de la troisième chambre civile du 13 janvier 1999.

B. Un arrêt du 13 janvier 1999 : une solution ambiguë

576. L'ambiguïté de cet arrêt réside dans le fait que si le lien de corrélation entre la faiblesse et l'abus existe bien objectivement, il est plus difficile de déterminer si ce lien est intégré subjectivement à l'intention de l'auteur de l'abus. Une telle recherche s'impose donc.

⁶⁸⁹ Motivation des juges du fond (dans les moyens de cassation annexés à l'arrêt *préc.*).

1. L'exigence explicite d'un lien de corrélation objectif

577. L'arrêt de la troisième chambre civile du 13 janvier 1999 retient le vice de violence pour annuler la vente d'un immeuble conclue entre une société dirigeant une secte et la victime, elle-même membre de cette secte. Cet immeuble était destiné à en accueillir les autres membres⁶⁹⁰. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir retenu l'exercice par l'un des membres du groupe « de violences physiques et morales de nature à faire impression sur une personne raisonnable et à inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent, alors que, séparée de son époux et ayant à sa charge ses enfants, [la victime] était vulnérable ». Les juges précisent que ces violences avaient conduit la victime à conclure l'acte de vente de sa maison en faveur de la société.

578. Cette motivation laisse *a priori* penser que la vulnérabilité de la victime des violences n'a pas été prise en compte par les juges pour qualifier le vice de violence. En effet, la violence constatée est de nature à faire impression sur une personne raisonnable et à inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent, selon les termes de l'article 1112 alinéa 1^{er} du Code civil. La référence à une personne raisonnable implique qu'il faudra apprécier le vice du consentement en fonction d'un type moyen de comportement, donc *in abstracto*. La vulnérabilité de la victime de la violence serait alors sans incidence⁶⁹¹. Or, l'alinéa second de l'article précité précise que dans cette appréciation le juge doit avoir « égard à l'âge, au sexe et à la condition des personnes », donc à des

⁶⁹⁰ Cass. 3^e civ., 13 janvier 1999 : *Bull. civ. III*, n° 10 ; *D.* 1999, Inf. rap. p. 38 ; *D.* 2000, J. pp. 76-80, note Christophe WILLMANN ; *Petites affiches* 1999, n° 239, pp. 4-5 et n° 242, pp. 4-5, note François MAGNIN ; *Defrénois*, 1999, pp. 749-751, obs. Philippe DELEBECQUE ; *Gaz. Pal.* 2001, 3, J. pp. 1583-1589, note Jean ROVINSKY ; *JCP* 1999, éd. G., I, 143, pp. 1076-1077, note Grégoire LOISEAU ; *Contrats, conc., consom.* 1999, p. 54, note Laurent LEVENEUR ; *RTD civ.* 1999, p. 382, obs. Jacques MESTRE.

⁶⁹¹ Notons qu'en vertu de l'art. 1113 du Code civil, la violence peut être exercée sur d'autres personnes que la partie contractante (époux, épouse, descendants, ascendants), dans ce cas, le juge doit bien entendu constater qu'elle a eu une influence déterminante sur le consentement de la victime.

considérations propres à la victime en cause. Et, la jurisprudence privilégie cette interprétation *in concreto* ⁶⁹².

579. La faveur à une telle interprétation invite évidemment les juges à prendre en compte la vulnérabilité dans l'appréciation du caractère suffisamment grave de la violence pour avoir déterminé le consentement de la victime au regard de sa situation concrète. M. Christophe Willmann remarque, d'ailleurs, que « le Code civil, en son article 1112 alinéa 2, contient déjà une liste d'éléments qui sont déjà porteurs d'une définition de la vulnérabilité [...] l'expression « vulnérabilité » n'est pas mentionnée par les rédacteurs du Code civil, aux articles 1111 s., mais l'idée se trouve déjà là⁶⁹³ ». L'arrêt du 13 janvier 1999 met donc en évidence que la vulnérabilité peut alimenter l'appréciation subjective de la violence conformément à l'article 1112 alinéa 2 du Code civil. Sans aucun doute la vulnérabilité participe effectivement à la qualification de la violence, vice du consentement. Elle contribue indiscutablement à l'appréciation de la violence du côté de la victime. Le lien de corrélation est ici incontestablement exigé.

580. Ainsi, à partir du moment où le juge estime la vulnérabilité de la personne établie sur le plan matériel, les actes commis doivent être de nature à faire impression sur cette personne en particulier, si l'on combine les dispositions des deux alinéas de l'article 1112 du Code civil. Cela signifie bien que cette

⁶⁹² Noël DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Préface de Henri Mazeaud, Paris, L.G.D.J., 1965, n°289, p. 231 ; Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 1993, 3^e éd., n° 588, p. 570. Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, *Les obligations, Tome 1, L'acte juridique*, U Série Droit, Armand Colin, 10^e éd., 2002, p. 157, n°219. Cette appréciation intervient dans l'évaluation de la gravité de la violence qui doit avoir déterminé le consentement de la victime, la violence devant par ailleurs être illégitime. Cette interprétation de la violence n'est pas nouvelle, voir René DEMOGUE, De la violence comme vice du consentement : *RTD civ.* 1914, pp. 435-480, citant Pothier qui ajoute au principe de droit romain selon lequel la violence doit être capable de faire impression sur une personne courageuse que « l'on a égard à l'âge, au sexe et à la condition des personnes » (p. 437) ce qui a inspiré les rédacteurs du Code civil.

⁶⁹³ Christophe WILLMANN, note *préc.*, p. 79.

personne est particulièrement exposée aux actes constitutifs du vice de violence, ceux-ci sont de nature à ce qu'elle ne puisse pas s'en défendre. Le lien de corrélation est donc inhérent, conditionne l'existence du vice de violence, son existence objective est implicitement exigée. La question subséquente est alors de savoir si pour que la vulnérabilité participe à la qualification de la violence le lien de corrélation doit être intégré subjectivement à l'intention de l'auteur. En d'autres termes, la vulnérabilité n'est-elle prise en compte que dans la mesure où l'auteur des actes s'est servi de la vulnérabilité matérielle de la victime pour commettre l'atteinte que constitue le vice de violence ? La réponse à une telle interrogation n'est pas évidente *a priori*.

2. La recherche de la nature subjective du lien de corrélation

581. Afin de comprendre la manière dont la vulnérabilité est prise en compte pour qualifier le vice de violence, et en particulier de savoir si le lien de corrélation doit avoir été intégré subjectivement à l'intention de l'auteur de la violence, une recherche progressive doit être entamée. Tout d'abord, il est nécessaire d'examiner si, en général, l'intention de l'auteur importe juridiquement dans la qualification de la violence. La réponse étant positive, il convient ensuite de rechercher en particulier si la vulnérabilité de la victime est intégrée à l'intention de l'auteur dans la commission de ses actes.

a. La prise en compte de l'intention de l'auteur dans la qualification de la violence, en général

582. De manière classique, en droit civil, la théorie des vices du consentement a pour finalité la protection du consentement de la victime, orientée essentiellement vers la réparation de la situation perpétuée, l'annulation du contrat en l'occurrence. Pourtant, concernant le vice de violence en particulier, l'idée de sanction de l'auteur n'est pas absente. Un balancement entre ces deux conceptions se retrouve dans l'histoire de la violence. Ainsi, alors qu'en droit romain l'accent était mis sur la répression du coupable, puni parce qu'il avait commis un délit, c'est

toujours vers la protection du violenté que se sont orientés les systèmes juridiques contemporains. En effet, le consensualisme, né des travaux des canonistes, a supplanté le formalisme des romains⁶⁹⁴. De ce point de vue, il n'est pas logique d'affirmer que la vulnérabilité est un élément de qualification d'une atteinte. Elle permet seulement d'apprécier que le consentement ne soit pas libre, la vulnérabilité ne fait alors que justifier, en l'espèce, cette absence de liberté. La vulnérabilité tend à être prise en compte comme une simple faiblesse indépendante de tout autre élément.

583. Mais il ne faut pas oublier, tout en protégeant la victime, la sécurité contractuelle. L'équilibre se concentre en effet autour de deux fonctions de la violence : elle est soit une sanction, soit un remède. Ainsi, il arrive que l'un des contractants – ou un tiers, en vertu de l'article 1111 du Code civil – ait commis une faute dans la formation du contrat en exerçant une contrainte sur le cocontractant, la fonction sera alors tournée vers la sanction. L'idée de délit est sous-jacente, la violence s'exerce alors sous des formes que connaît bien le droit pénal – extorsion, menaces, chantage. Pourtant, le droit positif, contrairement au droit romain, traite la violence non pas objectivement comme un délit, mais subjectivement. La victime passe ainsi au premier plan⁶⁹⁵.

584. Il est possible aussi que le contractant n'ait apparemment rien à se reprocher, la jurisprudence admet alors que le contrat peut être annulé, si le consentement a été contraint par un événement extérieur⁶⁹⁶, la victime se trouve

⁶⁹⁴ Jacques TREILLARD, La violence comme vice du consentement en droit comparé, *In : Mélanges de droit, d'histoire et d'économie offerts à Marcel Laborde-Lacoste*, Bordeaux, éd. Bière, 1963, pp.419-434, p. 420 et 422.

⁶⁹⁵ *Ibid.* et René DEMOGUE, *art. préc.*, p. 456 : « la violence s'apprécie non par rapport à celui qui menace, mais d'après l'état psychologique du violenté ».

⁶⁹⁶ *Ibid.* p. 423 ; René DEMOGUE, *art. préc.* p. 441, précisant déjà que « la maladie, une inondation, le dénuement actuel peuvent pousser à faire des promesses excessives. Tous ces engagements sont attaques » ; Jacques GHESTIN, *op. cit.* n° 586, p. 567. Cette solution est contestée par certains auteurs : Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 45, p. 88 et s. ; Eugène GAUDEMET, Henri DESBOIS, Jacques GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey,

alors dans un état de nécessité. C'est sur le remède que l'accent est mis. La protection domine alors. L'idée de délit n'est pour autant pas étrangère à la notion d'état de nécessité, car la jurisprudence ne tient compte des circonstances qui ont fait pression sur la volonté qu'avec prudence. La violence a, d'ailleurs, pu être définie comme visant « toute pression anormale et injuste qui s'exerce sur la volonté d'autrui pour l'amener à passer un acte⁶⁹⁷ ». La jurisprudence semble exiger, en effet, que le contractant ait abusé de la situation dans laquelle se trouvait la victime⁶⁹⁸. C'est d'ailleurs la condition à laquelle la nullité doit ici être admise.

réimpression de l'édition publiée en 1937, p. 68. Les auteurs semblent toutefois admettre la nullité de l'acte, en cas d'état de nécessité, quand « il apparaîtra que la personne qui a reçu la promesse excessive a abusé frauduleusement de la détresse de l'autre partie pour lui imposer des conditions léonines », p. 69. Mais ils contestent, cependant, que la violence puisse en être le fondement.

⁶⁹⁷ René DEMOGUE, *art. préc.* p. 449.

⁶⁹⁸ Jacques GHESTIN, *op. cit.* n° 586, p. 568. Aussi Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, *op. cit.* n°224, p. 161, soulignant toutefois que la jurisprudence est trop peu abondante pour en conclure qu'elle soit vraiment fixée sur la question. Voir : Cass. soc., 5 juillet 1965 : *Bull. civ. V*, n° 545 ; *RTD civ.* 1966, pp. 283-284, obs. Jean CHEVALLIER, retenant l'annulation d'un contrat conclu par un salarié pressé par un besoin d'argent dont les clauses ont été qualifiées de « draconiennes pour le salarié » ; Cass. civ. 1^{re}, 24 mai 1989 : *Bull. civ. I*, n° 212 refusant, au contraire, de reconnaître la violence, et donc la sanction de l'état de nécessité, lorsque le contractant n'a pas « abusé de sa position », il s'agissait d'une affaire de concurrence en matière de transport aérien.

Pour des exemples récents, relatifs à la contrainte économique, offrant à la question un regain d'actualité : Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000 : *Bull. civ. I*, n° 169 ; *JCP* 2001, éd. G., 10461, pp. 195-198, note Grégoire LOISEAU ; *RTD civ.* 2000, pp. 827-828, obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES, et pp. 863-865, obs. Pierre-Yves GAUTHIER ; *Defrénois* 2000, pp. 1124-1125, obs. Philippe DELEBECQUE ; *D.* 2000, J. p. 879-882, note Jean-Pascal CHAZAL. Selon cet arrêt : « la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence, et [que] la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion » et CA Paris, 12 janvier 2000, 4^e ch. : *JCP* 2000, éd. G., II, 10 433, pp.2237-2241, note Philippe PIERRE ; *D.* 2001, J. pp. 2067-2072, note Pierre FADEUILHE, un contrat de cession de droits d'auteur relatif à un dictionnaire est annulé pour vice de violence provenant de l'éditeur sur son employée, en situation de dépendance économique, ayant été contrainte d'accepter les termes du contrat du fait du risque sérieux de licenciement en cas de refus. La cour précise : « la crainte d'un licenciement invoqué par [la victime] ne saurait pas nécessairement résulter de menaces précises que lui aurait adressées son employeur, mais de l'existence d'une menace suffisamment réelle et sérieuse pour faire craindre la possibilité d'une telle issue. » Selon M. Philippe PIERRE,

L'idée de faute du cocontractant resurgit donc. Ainsi, de manière générale, l'intention de celui qui exerce la violence est prise en compte par la jurisprudence dans l'appréciation de celle-ci.

b. La volonté de l'auteur de la violence de profiter de la vulnérabilité de la victime

i. L'exigence d'une telle volonté absente en apparence

585. La question qui se pose en ce qui concerne la vulnérabilité se concentre autour de son intégration ou non à l'intention de l'auteur de la violence sur le plan moral. L'auteur a-t-il agi, en partie au moins, parce que sachant la victime vulnérable, donc peu résistante ou influençable, il pourrait obtenir facilement son consentement ? C'est seulement dans l'affirmative que l'on peut considérer que le lien entre la vulnérabilité de la victime et les actes constitutifs de violence est de nature subjective. Un lien de corrélation subjectif et suffisamment fort doit donc relier la vulnérabilité et l'acte constitutif de violence. Or, La violence vice du consentement, qu'elle soit commise par le cocontractant, un tiers, ou qu'elle résulte des circonstances, si elle a pour but essentiel la protection de la victime, ne sera néanmoins admise que si une faute de l'auteur est constatée. Cette faute doit avoir eu pour but et pour effet de déterminer le consentement par l'exercice d'une contrainte sur celui-ci. Ainsi, dans l'arrêt du 13 janvier 1999, l'auteur a-t-il tenu compte de la vulnérabilité de la victime dans l'exercice de cette pression, en ayant conscience que cette vulnérabilité rendrait l'obtention du consentement plus facile ?

586. Dans une première approche, il ne semble pas que les magistrats recherchent que l'auteur ait tenu compte de la vulnérabilité. Il suffisait pour eux que la violence soit « de nature à impressionner » et qu'elle ait eu un effet déterminant

l'abus de situation est sous-jacent dans l'arrêt de la Cour d'appel, p. 2241. Voir aussi : Bernard EDELMAN, De la liberté et de la violence économique : *D.* 2001, Chron. pp. 2315-2319 ; Cyril NOURRISSAT, La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? *D.* 2000, Chron. pp. 369-370.

sur le consentement de la victime. Dans l'arrêt, en effet, les juges du fond avaient constaté que les violences exercées étaient de nature à faire impression et à inspirer la crainte sur la victime vulnérable, et « que ces violences l'avaient conduite à conclure l'acte de vente ». Ainsi, la violence vice du consentement impose bien au juge de rechercher une faute de l'auteur de la violence, en revanche, dans la qualification de cette faute, atteinte au consentement, ils ne recherchent pas si l'auteur a pris en compte le caractère vulnérable de la victime. La vulnérabilité semble être prise en compte objectivement en ce sens que la jurisprudence n'impose pas qu'elle soit prise en compte subjectivement par l'auteur dans son intention fautive. Le lien de corrélation est dans ce cas considéré objectivement, et cela suffit à la prise en compte de la vulnérabilité dans la qualification de la violence. Il est seulement exigé que les actes aient été de nature à faire pression sur le consentement de cette victime faible. Le lien qui apparaît explicitement entre les agissements constitutifs de violence et la vulnérabilité matérielle se traduit par l'incapacité objective de la victime vulnérable à résister à l'acte effectivement exercé. Ceci explique en quoi la vulnérabilité permet la qualification de la violence. L'intention de l'auteur à cet égard paraît sans intérêt puisque ce que les magistrats recherchent apparemment est un consentement vicié plus qu'une volonté délictuelle. Cependant, une approche plus poussée peut permettre de conclure à un point de vue différent.

b. L'exigence d'une telle volonté présente en réalité

587. En effet, on peut se demander si, *a contrario*, le vice de violence aurait été retenu par la cour si l'auteur des actes n'avait pas, en fait, profité intentionnellement de la vulnérabilité matérielle de la victime. En effet, la violence doit être de nature à faire impression sur une personne raisonnable, ce caractère est apprécié *in concreto*. Cela signifie qu'elle est appréciée en tenant compte notamment de la vulnérabilité de la personne, on peut donc en déduire que l'auteur exerce la violence en tenant compte de la vulnérabilité. En effet, celui-ci prend en compte la vulnérabilité de la victime lorsqu'elle existe pour faire pression sur le consentement en adaptant donc son attitude tant matérielle que morale à la nature

de la faiblesse de la personne en cause. Cette analyse ne peut se justifier que si le vice de violence est appréhendé comme un abus de situation. Une part de la doctrine est d'ailleurs favorable à une telle interprétation en ce qui concerne en particulier la violence économique⁶⁹⁹.

588. Une telle approche, au-delà de la seule violence économique consentement, est défendue par M. Jean Rovinsky dans sa thèse portant sur *la violence dans la formation du contrat*⁷⁰⁰. Celui-ci démontre que la violence, vice du consentement, peut être redéfinie en consacrant l'abus de situation contractuelle⁷⁰¹. Ainsi, pour l'auteur, le fondement de la violence contractuelle, pour être exact, doit révéler sa double nature : vice du consentement, délit civil⁷⁰². La définition proposée par l'auteur tend donc à prendre en compte ces deux aspects : *le vice contractuel de violence semble pouvoir être défini comme l'exploitation abusive par un contractant dominant d'un état de supériorité lors de la négociation, caractérisée par des pressions matérielles ou psychologiques atteignant le consentement du contraint dans son élément de liberté d'une manière suffisamment forte pour justifier l'annulation du contrat déséquilibré qui en est résulté, générateur d'avantages injustes en faveur du contractant dominant*⁷⁰³.

589. La domination ainsi visée est issue de plusieurs situations – révélant toujours une inégalité de pouvoir de négociation – que l'auteur décrit. La violence peut ainsi provenir de facteurs subjectifs et de facteurs objectifs. Ces

⁶⁹⁹ Bernard EDELMAN, *art. préc.* p. 2317, l'auteur en conclut que la violence économique a de beaux jours devant elle ; Jean-Pascal CHAZAL, note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, *préc.* p. 882 ; Grégoire LOISEAU, note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, *préc.* p. 196 ; Pierre-Yves GAUTHIER, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, *préc. Contra* : Cyril NOURRISSAT, *art. préc.*

⁷⁰⁰ Jean ROVINSKY, *La violence dans la formation du contrat*, Thèse Aix-Marseille, M. Borysewicz (Sous-dir.), 1987.

⁷⁰¹ *Ibid.* p. 226 et suivantes ; Jacques Ghestin rattache aussi l'abus de situation lors de la formation du contrat au vice de violence, Jacques GHESTIN, *L'abus dans les contrats* : *Gaz. Pal.* 1981, II, Doctr. pp. 379-384, p. 380.

⁷⁰² *Ibid.* p. 378.

⁷⁰³ *Ibid.* p. 387.

derniers dépendent de la matière du contrat, des conditions de la négociation, de l'élaboration du contrat. Les facteurs subjectifs reposent sur des éléments inhérents à l'individu qui contracte. En ce qui concerne l'auteur, il s'agit de son expérience, ses aptitudes techniques relatives à la matière du contrat, son caractère, etc. Mais l'état de supériorité d'un contractant dominant peut résulter de la situation de la victime de la violence elle-même, son état de santé, son niveau intellectuel, son information juridique, tous les éléments qui révèlent en fait une vulnérabilité particulière de la personne à la violence contractuelle notamment, qui est alors une victime privilégiée de violence⁷⁰⁴. Ces facteurs placent automatiquement l'autre contractant en état de supériorité. Il est donc dominant au sens de la définition proposée. La violence constituant l'exploitation abusive de cet état de supériorité, elle peut donc être caractérisée par l'exploitation abusive de la vulnérabilité du cocontractant victime.

590. D'ailleurs, cet auteur voit dans l'arrêt du 13 janvier 1999 une application de cette conception de la violence, abus de situation contractuelle dominante. Ainsi, selon l'auteur, « c'est parce que les membres de la secte ont par des pressions physiques et morales abusé de leur état de supériorité contractuelle et obtenu un consentement vicié suffisamment dans son élément de liberté et de conscience afin par son exécution de se procurer des avantages injustes puisque la vente de l'immeuble a été suivie de la restitution du prix de vente », « il y a violence viciant le consentement parce qu'il y a abus du cocontractant dominant matérialisé par l'injustice économique du contrat. L'abus, l'atteinte au consentement et le préjudice résultant de l'exécution du contrat sont indissociables⁷⁰⁵ ». L'auteur de la violence abuse de la situation de vulnérabilité de la victime, cet abus se matérialise par les pressions exercées et par le préjudice subi par celle-ci.

591. Ce raisonnement tend à considérer que l'auteur de la violence a en effet effectivement abusé de celle-ci en vue d'obtenir le consentement. L'auteur

⁷⁰⁴ *Op. cit.* p. 15.

⁷⁰⁵ Jean ROVINSKY, note sous Cass. civ. 3^e, 13 janvier 1999 : *Gaz. Pal.* 2001, 3, J. pp. 1583-1589, p. 1588.

a tenu compte du fait que la vulnérabilité allait faciliter l'obtention du consentement de la victime, peu apte à résister à la pression exercée. Il intègre donc la vulnérabilité dans la réalisation de son acte. La vulnérabilité et l'acte d'abus sont donc liés subjectivement, c'est-à-dire que la considération par l'auteur de la vulnérabilité dans la commission de l'acte de violence conditionne la qualification de la violence. Le juge ne recherche pas, c'est évident, à caractériser un abus, cependant, la violence est sanctionnée alors que l'abus résulte implicitement mais nécessairement des circonstances. En matière de violence, dans l'arrêt du 13 janvier 1999 en particulier, la vulnérabilité entre subjectivement dans la qualification de l'atteinte commise par l'auteur lorsqu'elle est constituée par un abus de vulnérabilité. Dans ce cas, il ne fait aucun doute que l'atteinte au consentement existe parce que l'auteur a pris en compte la vulnérabilité de la victime, caractérisée par une moindre capacité de résistance, une volonté moins ferme, et en a profité pour lui faire conclure un acte.

592. La vulnérabilité participe donc à la qualification de la violence, analysée comme un abus de situation. Celle-ci doit avoir un lien de corrélation objectif avec l'atteinte matérielle reprochée. Mais s'y ajoute la nécessité d'une corrélation objective, c'est-à-dire que le lien de corrélation est subjectivement pris en compte par l'auteur des faits. Ce schéma a inspiré le juge du contrat dans une autre affaire.

C. Un arrêt du 30 septembre 2003 : un prolongement naissant

593. L'éclairage apporté par l'analyse de la solution précédente permet de mettre à jour le raisonnement du juge dans cet arrêt du 30 septembre 2003. En l'espèce, une promesse de vente d'une maison et d'un terrain avait été consentie, par acte sous-seing privé, par une femme souffrant d'une maladie mentale attestée médicalement. La nullité de cet acte est prononcée par les juges du fond pour insanité d'esprit, sur le fondement de l'article 489 du Code civil. Selon la Cour de cassation « la cour d'appel a estimé que cette pathologie plaçait [cette personne] dans un état de vulnérabilité excluant qu'elle ait pu exprimer une volonté saine,

raisonnable et exempte de trouble lorsqu'elle a signé l'acte [...] qui accordait des facilités de paiement déraisonnables⁷⁰⁶ ».

594. La vulnérabilité ayant pour origine une incapacité de fait de la personne – qui sera d'ailleurs placée sous curatelle par la suite – est ici explicitement retenue pour caractériser le défaut de consentement et ainsi justifier l'annulation du contrat au préjudice du co-contractant. Le raisonnement sous-tendu est intéressant. En effet, la motivation juxtapose la *vulnérabilité excluant l'expression d'une volonté raisonnable* et le *contenu déraisonnable du contrat*. N'y a-t-il pas une relation de cause à effet suggérée ici ? Et plus encore : ne faut-il pas comprendre que le cocontractant a abusé de la situation de vulnérabilité de sa contractante ?

595. Certainement, la cour ne va pas aussi loin. Le défaut de consentement suffit au constat de la nullité : contrairement au vice de violence, la préoccupation délictuelle est absente. Finalement, la vulnérabilité de la personne associée au constat du déséquilibre contractuel permet seulement de présumer l'existence matérielle d'un abus. Le prononcé de la nullité est ainsi légitimé et le juge évite justement de se placer sur le terrain plus glissant de la violence qui exigerait l'établissement d'un acte révélateur d'un abus de situation.

596. Cela dit, cette solution confirme la propension de la vulnérabilité à imprégner le droit civil et, en particulier, justifier la nullité d'un acte juridique. Elle apparaît comme un prolongement de la solution consacrée par l'arrêt du 13 janvier 1999. Cette solution marque en outre une extension de la prise en compte de la vulnérabilité en ce domaine par un élargissement de l'atteinte qu'elle est susceptible de caractériser. C'est une atteinte au consentement objectivement corrélative à la faiblesse de la personne, souvent révélatrice d'un abus en fait. Celui-ci n'est pourtant pas recherché par le juge qui n'a pas à établir que le contractant a voulu profiter de la faiblesse de la personne. Le lien de corrélation

⁷⁰⁶ Cass. civ. 1^{re}, 30 septembre 2003, Pourvoi n°01-15.376.

n'est pas subjectif. Sans doute s'agit-il des balbutiements d'un raisonnement appelé à se développer à l'avenir.

597. Le lien de corrélation est objectif, il n'est pas nécessaire que l'un des contractant ait effectivement exploité la vulnérabilité de l'autre. De même, lorsque la vulnérabilité participe à la qualification d'une atteinte éventuelle, une telle exigence est exclue. La condition que la vulnérabilité matérielle soit objectivement corrélative au risque d'abus subsiste néanmoins. En d'autres termes, la nature de la faiblesse de la personne l'expose particulièrement à un abus de situation éventuel.

Section II. La qualification d'un abus de situation éventuel

598. Dans le second volet de la première partie, on a montré la pertinence pratique du lien de corrélation entre la faiblesse particulière d'une personne et l'acte attentatoire qu'elle risque de subir : il justifie de nombreuses dispositions protectrices. En effet, la doctrine interprète certaines mesures de protection comme visant à prévenir le risque d'atteinte planant sur les personnes vulnérables matériellement. La situation de vulnérabilité n'était alors conçue que comme un fondement, une simple explication de la mise en place des mesures de protection en cause ; aucune utilité juridique ne pouvait en ressortir.

599. La possibilité que la vulnérabilité matérielle devienne techniquement utile mérite, par conséquent, que l'on s'y attarde. Il faut alors mettre en place un mécanisme cohérent qui rende acceptable une telle proposition. On le sent bien, l'idée de risque en est le point de convergence. En effet, la faiblesse particulière de la personne expose celle-ci au risque de subir certaines atteintes. Un lien de corrélation entre la faiblesse en cause et l'atteinte risquée est alors indispensable à l'existence même de ce risque. Le risque d'atteinte du fait de la faiblesse, c'est la situation de vulnérabilité de la personne. Il est alors concevable qu'une mesure particulière et adaptée vienne prévenir le risque. Celle-ci est précisément fondée sur l'existence constatée de la vulnérabilité matérielle de la personne et de sa situation de vulnérabilité du fait de l'existence du lien de corrélation. La mesure vise alors à neutraliser le lien de corrélation pour supprimer, ou limiter, le risque. Pour établir que la vulnérabilité d'une personne peut être un outil juridique ponctuel, mais opérationnel, en vue de prévenir un abus de situation (§ 2), un double parallèle théorique doit être élaboré (§ 1).

§ 1. L'élaboration théorique

600. Le concept général de prévention d'un risque doit être exposé dans les grandes lignes afin d'en comprendre les enjeux et montrer que la vulnérabilité peut s'adapter à celui-ci (A). Plus complexe est de modéliser juridiquement la vulnérabilité dans une fonction de qualification du risque, un abus de situation éventuel ici (B).

A. La mise en perspective de la vulnérabilité et du risque à prévenir

601. *A priori*, il est bien évident que le concept de prévention des risques ne s'applique pas à ce type de situations. Ce concept est essentiellement présent en droit public et en particulier en droit administratif⁷⁰⁷. Le concept est également présent en matière de responsabilité civile, lorsqu'il s'agit d'anticiper le dommage, en ce qui concerne la sécurité du travail, les problèmes d'environnement⁷⁰⁸. Pourtant, quelques pistes de réflexion nous sont offertes par ces matières. Ainsi, pour mettre en œuvre une prévention, la question du risque contre lequel on entend se protéger doit être résolue. Il faut ainsi déterminer la nature du risque et le seuil de gravité au-delà duquel une mesure doit être prise, ce qui suppose une évaluation du risque⁷⁰⁹. La prévention n'interviendra que lorsque la nature du risque atteint une certaine gravité et l'évaluation peut être différente selon la valeur que l'on entend protéger⁷¹⁰. Il s'agit donc soit d'évaluer la probabilité que le risque se réalise, soit d'identifier le danger⁷¹¹. La prévention recouvre alors

⁷⁰⁷ Noëlle EULER, *La notion de risque en droit public*, Thèse Grenoble II, François Servoin (Sous-dir.), 1999.

⁷⁰⁸ Florence MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Thèse Paris X-Nanterre, Antoine LYON-CAEN (Sous-dir.), 1998.

⁷⁰⁹ Noëlle EULER, *thèse préc.*, p. 400.

⁷¹⁰ *Ibid.* p. 402. Une politique de prévention des risques peut en effet privilégier, selon les cas : les intérêts sociaux, les intérêts économiques, l'environnement, etc.

⁷¹¹ Florence MILLET, *thèse préc.*, p. 263.

l'ensemble des mesures destinées à empêcher ou au moins à limiter la réalisation du risque, qui peut être l'accomplissement d'actes nuisibles en s'efforçant d'en supprimer les causes et les moyens⁷¹².

602. Le mécanisme induit par la notion de vulnérabilité peut être soumis à un tel raisonnement : le risque encouru en raison de la vulnérabilité de la personne justifie des mesures de protection adéquates. En effet, la vulnérabilité d'une personne permet de déterminer un risque qui doit être prévenu pour protéger la personne vulnérable. Ce risque est une atteinte non encore avérée qui se présente ici sous la forme d'un abus de situation. L'atteinte éventuelle que risque la personne doit être suffisamment grave pour nécessiter une mesure préventive. Ainsi, la vulnérabilité peut permettre de définir des atteintes éventuelles tels les abus de situation, les atteintes graves au consentement, les atteintes graves à l'intégrité physique de la personne. Les atteintes éventuelles ainsi déterminées ne sont retenues que dans la mesure où elles transgressent une valeur que le droit entend protéger. Mais en quoi la vulnérabilité d'une personne permet-elle de déterminer l'existence d'un risque d'atteinte ? La vulnérabilité permet d'évaluer la probabilité du risque. Du fait d'une faiblesse particulière la personne est plus particulièrement exposée à un certain type d'atteinte. Il s'agit d'une forte probabilité et non de l'application d'un principe de précaution beaucoup plus large et fondé sur un risque négligeable. La vulnérabilité sur le plan matériel est en soi donc un facteur de risque, d'où la nécessité qu'elle traduise une faiblesse relativement importante. Or, « l'identification des facteurs de risque permet et commande la prise de mesures anticipatrices⁷¹³ ». C'est la nature de la faiblesse particulière de la personne qui permet de définir le risque d'atteinte corrélatif. Seules certaines atteintes éventuelles seront alors fortement probables en fonction de la nature de cette faiblesse.

⁷¹² Gérard CORNU, sous l'égide de l'association H. Capitant, *Vocabulaire Juridique*, P.U.F. 1997, 8^eéd. 2000. Définition citée par Florence MILLET et Noëlle EULER dans leurs thèses, pp. 419 et 400.

⁷¹³ Florence MILLET, *thèse préc.*, p. 416.

603. Les mesures à mettre en place sont destinées à empêcher ou à limiter la réalisation de l'atteinte éventuelle. L'objet de la mesure préventive est alors de supprimer l'une des conditions de la vulnérabilité de la personne. La protection peut tout d'abord avoir pour objet de compenser la faiblesse matérielle de la personne. C'est le cas lorsque la personne incapable est assistée ou représentée. La vulnérabilité matérielle disparaît alors que la faiblesse subsiste. Aussi, la protection peut-elle avoir pour objet de neutraliser l'acte attentatoire notamment par sa réglementation ou son interdiction. C'est le cas pour les incapacités de défiance visant à prévenir les risques d'abus. Rappelons par exemple que les membres du personnel d'une maison de retraite ne peuvent conclure aucun acte avec l'un des pensionnaires. L'atteinte éventuelle ne peut plus se réaliser, le lien de corrélation est détruit.

604. Ainsi, en ce qui concerne en particulier l'abus, Mme Elisabeth Fortis fait remarquer les « difficultés de distinguer les règles relatives à la lutte contre les abus et les mesures de protection proprement dites ». En effet, certaines dispositions concernent seulement la protection et permettent la sauvegarde des besoins essentiels de la personne dépendante. Il en est ainsi de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, qui déclare insaisissables « les objets indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux besoins des personnes malades ». En revanche, la loi du 27 juin 1990, relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux, organise tout un système susceptible d'éviter les internements abusifs⁷¹⁴ ». Or, la compensation de la faiblesse ou la neutralisation de l'abus sont toutes deux des mesures se rattachant à la lutte contre les abus. La vulnérabilité de la personne entre dans ce cadre lorsqu'il s'agit d'un abus de situation. Et dans tous les cas, les mesures de prévention visant à protéger les personnes particulièrement exposées à certaines atteintes éventuelles du fait de leur vulnérabilité matérielle ont d'une

⁷¹⁴ Elisabeth FORTIS, La lutte contre l'abus de dépendance des personnes âgées, *In* : Francis KESSLER (Sous-dir.), *La dépendance des personnes âgées*, Paris, Droit sanitaire et social, Série actions, Sirey, 2^e éd., 1997, pp. 176-192, p. 186.

manière ou d'une autre pour objet et pour effet de supprimer le lien de corrélation qui existe entre la faiblesse de la personne et l'atteinte qu'elle fait craindre.

605. La physionomie de la notion de vulnérabilité permet donc de la concevoir comme permettant d'évaluer un risque particulier d'atteinte. La vulnérabilité de la personne participe alors à la définition de l'existence d'une atteinte éventuelle, qui n'est que potentielle. Or, « tous les usages répertoriés du risque ont permis de mettre en évidence son rapport systématique avec un événement futur ». Sur le plan juridique, considérer que la vulnérabilité permet de participer à la qualification d'une atteinte éventuelle, événement futur, doit donc bénéficier d'une assise théorique solide.

B. La modélisation de la vulnérabilité en tant que source de qualification de l'atteinte éventuelle

606. Afin de mettre en évidence la fonction de la vulnérabilité comme participant à la qualification de l'atteinte, il a semblé assez pertinent de recourir à la théorie des droits éventuels telle qu'exposée par René Demogue. C'est en s'appuyant sur la démarche de l'auteur que l'on pourra plus aisément présenter cette fonction de la vulnérabilité. La technique à laquelle il est possible de recourir ici est celle du modèle.

607. « La technique de l'emprunt met en évidence deux institutions (au moins), l'une préexistante, le modèle, et l'autre, résultante, créée à partir de la première. L'emprunt suppose un minimum de deux institutions puis un mouvement de va-et-vient de l'institution modèle vers l'institution emprunteuse⁷¹⁵ ». Les procédés techniques usuels reprenant ces caractéristiques sont la fiction, l'assimilation et enfin l'analogie. Ainsi, « lorsque des situations apparaissent identiques en fait, voire lorsqu'il y a identité des structures juridiques, le législateur n'a parfois recours qu'à un seule et même régime juridique que l'on retrouvera

⁷¹⁵ Aline TERRASSON DE FOUGERES, *Le modèle en droit privé de la famille, Notion et fonction (Essai de droit comparé interne)*, Thèse Paris II, Gérard Cornu (Sous-dir.), 1994, p. 303.

partout où il y a identité de situation⁷¹⁶ ». Ici, c'est l'analogie de structure juridique entre la théorie des droits éventuels et la notion de vulnérabilité qui justifie que la première puisse être considérée comme un modèle pour la seconde en vue de montrer que la vulnérabilité peut participer à la qualification d'une atteinte éventuelle.

1. La théorie dite "des droits éventuels" de René Demogue – le modèle

608. Dans un article paru en 1905, René Demogue met en évidence l'existence de *droits éventuels*⁷¹⁷. L'auteur défend l'idée que « tout acte juridique auquel manque encore un des éléments essentiels d'après sa nature peut être dès à présent valable, lorsque certains éléments primordiaux, notamment le consentement, existent déjà⁷¹⁸ ». Cet élément manquant de l'acte est une "éventualité". Elle se situe dans une « zone intermédiaire entre le droit conditionnel qu'étudie le Code civil et la simple espérance, la simple expectative : comme l'est le droit que je puis avoir sur le patrimoine d'un parent encore vivant dont j'espère hériter⁷¹⁹ ». Le propos n'est en aucun cas ici de discuter la validité de cette théorie – qui semble d'ailleurs admise par la majorité de la doctrine⁷²⁰ – ni ses conséquences tant théoriques que pratiques donnant certaines prérogatives au créancier de ce droit. Tout l'intérêt réside dans le raisonnement sur lequel cette théorie des droits éventuels se fonde : une transposition à la notion de vulnérabilité est alors permise. La théorie des droits éventuels repose sur le principe selon lequel ce droit, qui n'existe pas encore, peut néanmoins créer des obligations : un droit auquel il manque une condition peut être efficace. Cette notion reste toutefois

⁷¹⁶ *Ibid.* p. 378.

⁷¹⁷ René DEMOGUE, Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance : *RTD civ.* 1905, pp. 723-791.

⁷¹⁸ *Ibid.* p.729.

⁷¹⁹ *Ibid.* p. 724.

⁷²⁰ En ce sens, Yvaine BUFFELAN-LANORE, Condition : *Rép. civ. Dalloz*, Vol. III, n° 91, p. 9, renvoyant sur ce point à Jean-Maurice VERDIER, *Les droits éventuels : Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, thèse, Paris, Rousseau, 1955.

difficile à définir. Ainsi, le « droit éventuel est un droit moins efficace que le droit ordinaire dont il prépare la naissance éventuelle⁷²¹ ».

609. En droit positif, et en ce qui concerne les actes juridiques, il ne semble pas qu'une condition donnant naissance à un droit éventuel puisse porter sur un élément essentiel de l'acte, elle doit porter sur une modalité de l'acte. Il est donc nécessaire de s'en tenir, ici, à la théorie telle que présentée par René Demogue qui est plus intéressante pour notre propos. Selon l'auteur, « ce droit se rencontre toutes les fois que l'élément prépondérant du droit existe, ainsi dans les droits conventionnels lorsque les consentements ont déjà été donnés⁷²² ». La théorie est fondée sur l'hypothèse qu'un concept juridique, ici un droit, existe d'ores et déjà, où tout au moins peut avoir des effets juridiques, dès lors que l'un de ses éléments primordiaux existe, est certain ; malgré l'absence d'un de ses éléments prépondérant, qui n'est qu'éventuel. Ce second élément, l'éventualité, lorsqu'il se produit, permet de révéler l'existence pleine et entière du droit. Le premier élément primordial et certain, car établi juridiquement, a permis de parier sur l'existence future d'un second élément essentiel qui n'est qu'éventuel : le tout constituant le droit éventuel. C'est que de par sa nature, le premier élément permet de parier sur l'existence future du second élément du droit ; l'éventualité est en quelque sorte le "prolongement" de l'élément certain.

610. Ainsi, pour les actes juridiques, Demogue évoque-t-il le consentement, or le consentement des parties irradie tous les autres éléments essentiels de l'acte : la capacité, l'objet, la cause. Il est un élément prépondérant. Les parties doivent au moins être d'accord sur les modalités selon lesquelles l'élément essentiel manquant sera intégré à l'acte. Si le droit éventuel produit des effets, c'est que l'élément constitutif certain permet par *sa nature* de considérer que le second élément éventuel pourra advenir. Aussi plus largement, il n'est pas

⁷²¹ Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de droit civil, Tome II, Obligation Théorie générale*, Paris, Montchrestien, 9^e éd. par François CHABAS, 1998, p. 1087, n°1032.

⁷²² René DEMOGUE, *art. préc.*, p. 725.

interdit de considérer qu'un concept qui n'est qu'éventuel puisse avoir des effets juridiques. Dans ce cas, son existence est établie par l'existence d'un de ses éléments essentiels au moins, qui *par sa nature* rend prévisible la survenance d'un autre élément prépondérant bien qu'éventuel. Comment dès lors appliquer ce raisonnement à la notion de vulnérabilité ?

2. La vulnérabilité caractérisant une "atteinte éventuelle" – l'emprunt

611. Il est acquis que l'acte qui risque de porter atteinte à la personne vulnérable ne s'est pas encore produit, mais il est fort probable qu'il se produise parce que, justement, la personne en cause est vulnérable sur le plan matériel. Afin de bien comprendre le parallèle entre la théorie des droits éventuels et notre analyse, il convient d'éclaircir notre schéma. Dans ce raisonnement, l'atteinte éventuelle à qualifier est mise en parallèle avec le droit éventuel, la faiblesse matérielle en corrélation avec l'atteinte avec l'élément prépondérant et certain du droit, l'acte qui risque de porter atteinte à la personne du fait même de sa vulnérabilité avec l'éventualité (il sera donc nommé acte attentatoire éventuel, c'est l'atteinte matérielle). L'atteinte éventuelle est ainsi qualifiée par deux éléments : la vulnérabilité matérielle et l'atteinte matérielle éventuelle. La qualification repose sur un élément avéré : la vulnérabilité matérielle, et un élément éventuel : l'atteinte matérielle corrélative. Si la qualification de l'atteinte éventuelle est possible, c'est que *par sa nature* (faiblesse caractérisée et lien de corrélation) la vulnérabilité matérielle permet de parier sur la survenance de l'acte attentatoire. Le tableau, présenté ci-après, permet de mettre en évidence les différentes composantes du raisonnement.

STRUCTURE COMMUNE	Modèle	<u>Emprunt</u>	<i>Exemple</i>
CONCEPT JURIDIQUE À QUALIFIER	Droit éventuel	<u>Atteinte éventuelle</u>	<i>Abus de situation éventuel</i>
ELÉMENT CONSTITUTIF QUI PERMET DE PRÉVOIR "PAR SA NATURE" QUE L'ÉVENTUALITÉ PEUT ADVENIR	Elément primordial, certain du droit (Consentement)	<u>Vulnérabilité matérielle</u>	<i>Déficiences psychiques exposant aux abus de situation</i>
ÉVENTUALITÉ	Elément éventuel du droit	<u>Atteinte matérielle éventuelle</u>	<i>Acte matériel d'abus</i>

612. L'analogie structurelle entre les deux institutions, la théorie de Demogue, le modèle, et la notion de vulnérabilité, l'emprunt apparaît indépendamment de la nature, tant matérielle que juridique, des éléments qui les composent. C'est pourquoi l'institution qui sert de modèle permet de dégager une structure commune neutre détachée son contenu. Pour qualifier l'atteinte éventuelle, il faut nécessairement que la vulnérabilité matérielle soit avérée, ce qui est admis par hypothèse, la personne en cause présente une particulière vulnérabilité l'exposant à certains types d'actes : l'origine de la vulnérabilité matérielle, par sa nature, permet de considérer que la personne risque de subir un acte attentatoire. L'idée de risque comporte donc celle d'éventualité. Ainsi, la vulnérabilité matérielle de la personne peut contribuer à qualifier l'atteinte qui n'est que probable, *éventuelle*. Une femme âgée dont la particulière vulnérabilité est due à une dépendance d'origine physique risque, plus qu'une autre, de subir des agressions physiques ; elle n'est pas vulnérable matériellement, en revanche, aux atteintes au consentement (ce qui serait différent si elle était vulnérable

psychiquement). La vulnérabilité matérielle a pour fonction de contribuer à qualifier une atteinte qui n'est que probable⁷²³.

613. La vulnérabilité peut donc en théorie participer à la qualification d'une atteinte éventuelle, et donc en particulier d'un abus de situation éventuel. Il convient, dès lors, de vérifier qu'en droit positif, la vulnérabilité est un outil juridique utile en vue d'une telle qualification.

§ 2. L'utilité juridique

614. Comme le droit éventuel produit des effets juridiques, l'atteinte éventuelle justifie l'intervention juridique. Celle-ci se manifeste évidemment sous la forme d'une protection de la personne particulièrement vulnérable contre l'acte attentatoire éventuel ; la technique juridique proposée est la neutralisation de l'atteinte éventuelle. La vulnérabilité apparaît comme un outil qui permet d'apprécier le risque et prévoir une réaction juridique adaptée. La fonction de qualification de l'atteinte éventuelle de la vulnérabilité de la personne est donc tournée vers un objectif particulier : assurer une protection adaptée à la personne en cause liée avec l'acte d'atteinte précis qui la menace, défini grâce à la vulnérabilité. Le lien de corrélation est ainsi primordial : sa caractérisation *a priori* impose qu'il soit apprécié objectivement et de la manière la plus affinée possible ; ainsi, la protection mise en

⁷³⁶ Il convient de préciser toutefois que si la vulnérabilité est essentielle pour admettre l'éventualité d'un acte attentatoire avec lequel elle a un lien de corrélation, et ainsi caractériser l'atteinte, elle n'est pas toujours le seul élément pris en compte. En effet, d'autres circonstances peuvent contribuer à augmenter le risque d'acte attentatoire et être prises en compte pour qualifier l'atteinte éventuelle. Ainsi, les richesses d'une personne âgée dépendante peuvent attirer de malhonnêtes convoitises. De même, l'attitude de la personne vulnérable elle-même peut contribuer à générer des actes lui portant atteinte telles des violences physiques ou morales. L'agressivité d'une personne malade mentale, le caractère pénible d'une personne ressemblant à la célèbre « Tatie Danielle » peuvent-ils être pris en compte pour caractériser le risque d'atteinte. Ce film d'Etienne Chatiliez est cité à ce propos et à juste titre par Aline TERRASSON DE FOUGERES, In : La maltraitance des personnes âgées : *RD sanit. soc.* 2003, pp. 176-186, p. 180. Il présente de manière outrancière une réalité qu'il ne faut toutefois pas occulter, celle des conséquences sur son comportement de la dépendance de la personne âgée.

place par le droit peut être véritablement adaptée à la situation concrète de la personne.

615. En droit privé positif, la vulnérabilité peut être ainsi ponctuellement utilisée en vue de qualifier un abus de situation éventuel en matière d'incapacités. La vulnérabilité est alors une technique susceptible d'être utilisée tant par le juge (A) que par le législateur (B).

A. La vulnérabilité, outil ponctuel de protection au service du juge

616. Une telle fonction est utile tant en matière d'incapacités qu'en matière de recherche médicale.

1. En matière d'incapacités

a. Dans une vision classique de la protection de la personne

617. Dans des situations ponctuelles, la vulnérabilité peut être une technique permettant une mesure de protection adaptée. La vulnérabilité peut ainsi être prise en compte par le juge, si en l'espèce un risque précis et déterminé d'atteinte à la personne vulnérable est à craindre, elle peut ainsi justifier l'ouverture d'une mesure de protection. Dans cette optique, il a été préconisé que l'avis médical du médecin traitant, mais aussi du spécialiste agréé, nécessaires pour l'ouverture d'un régime de protection, donnent des renseignements sur l'état de vulnérabilité de la personne à protéger et sur d'éventuelles contraintes auxquelles elle est exposée, en particulier lorsqu'il paraît probable que la personne subit ou risque de subir un abus de faiblesse⁷²⁴. L'ouverture d'un régime peut être justifié par l'existence d'un abus éventuel particulier dont la vulnérabilité est l'un des éléments d'appréciation. Dans ce cas, cet abus éventuel doit évidemment avoir un

⁷²⁴ P. THOMAS, C. HAZIF-THOMAS, C. PRADERE et P. DARRIEUX, Dépendance affective de la personne âgée et abus de faiblesse : *La Revue Gériatrie* 1994, n°6, pp. 401-409, pp. 406 et 408.

lien de corrélation avec la vulnérabilité matérielle. La mise en place d'une protection doit alors apparaître comme la mesure la plus adaptée. Ainsi, une personne âgée dépendante est particulièrement exposée, du fait même de cette dépendance origine de sa vulnérabilité, aux abus de faiblesse, ou à des relations avec l'entourage teintées de violence physique, mais surtout morale⁷²⁵.

618. Dans ce cas, une confusion doit être évitée absolument. En effet, le terme vulnérabilité peut être employé comme renvoyant à l'acception purement matérielle, sans que celle-ci ait une quelconque fonction juridique. La vulnérabilité est alors l'un des éléments de fait susceptibles de caractériser l'altération des facultés mentales justifiant ensuite l'ouverture d'un régime de protection. Ainsi, des troubles intellectuels associés à une vulnérabilité de la personnalité de la personne constituent une altération des facultés mentales justifiant l'instauration d'une mesure de protection⁷²⁶. L'emploi du terme de vulnérabilité est alors dénué de toute fonction juridique. C'est un élément de fait qui renvoie à la faiblesse de la personne. Par cet emploi du terme vulnérabilité le juge exprime une prise en compte d'une faiblesse insuffisante alors à considérer la vulnérabilité comme une notion juridique.

619. Mais parfois, le juge peut assigner à la notion de vulnérabilité de la personne une véritable fonction juridique. Cette situation est alors différente, car la mise en œuvre du régime serait justifiée non seulement par l'altération des facultés de la personne, une faiblesse matérielle donc, et en outre par l'existence d'un risque d'atteinte ciblé que justement cette vulnérabilité matérielle permet de prévoir. Le juge peut ainsi mettre en place un régime de protection car il craint un risque d'abus de la vulnérabilité de cette personne. Par un arrêt du 25 juin 1991, la Cour de cassation approuve la solution d'un tribunal de grande instance, jugeant en appel, ayant placé une personne sous le régime de la curatelle⁷²⁷. Le tribunal avait,

⁷²⁵ *Ibid.* pp. 404-405.

⁷²⁶ Motivation des juges du fond (dans les moyens de cassation annexés à l'arrêt) : Cass. civ. 1^{re}, 11 décembre 2001, Pourvoi n° 00-14.898 : *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. IV.

⁷²⁷ Motivation des juges du fond (dans les moyens de cassation annexés à l'arrêt) : Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 1991, Pourvoi n° 89-20.152 : *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. II.

en effet, caractérisé l'altération des facultés mentales notamment du fait de la vulnérabilité de la personne, intoxiquée alcoolique, sous-informée, sous-cultivée et ayant un sens critique limité. Cette vulnérabilité la rend incapable d'organiser sa vie et de gérer ses biens seule, mais aussi « la rend particulièrement vulnérable », le tribunal précise qu'elle est incapable de la moindre autocritique et suggestible. En outre, les magistrats constatent qu'un tiers étranger à la famille a pris une grande importance dans sa vie et celle de son mari, ceux-ci ayant en outre un important patrimoine foncier. Or, une "vulnérabilité" qui rend une personne "particulièrement vulnérable" est une vulnérabilité qui a une fonction juridique. Elle n'est pas simplement prise en compte dans sa dimension purement matérielle, elle est fonctionnelle en ce sens qu'elle permet de définir un risque d'atteinte pour la personne en lien évidemment avec sa faiblesse, et ainsi prendre une mesure pour l'éviter. L'atteinte éventuelle est ici caractérisée par la vulnérabilité de la personne, son patrimoine important et la présence d'un auteur éventuel d'abus ou de détournements divers susceptible de profiter de la vulnérabilité de la personne pour les commettre. L'ouverture d'un régime de protection est donc nécessaire.

620. Aussi, le juge, lorsqu'il apprécie la nécessité d'un mandat spécial dans le cadre de la sauvegarde de justice, pourrait-il être amené à prendre en compte la vulnérabilité particulière de la personne lorsqu'un risque d'atteinte en relation avec celle-ci est prévisible. Le majeur peut en effet prévoir un mandat conventionnel, une tierce personne peut aussi intervenir selon les règles de la gestion d'affaire, enfin lorsque ceux-ci s'avèrent insuffisants, le juge peut prévoir un mandat spécial⁷²⁸. L'article 491-5 du Code civil prévoit qu'un mandataire spécial peut être adjoint à la personne afin d'effectuer un acte déterminé ou une série d'actes de même nature et seulement de ceux que pourrait faire le tuteur sans autorisation du conseil de famille. Le mandat implique la représentation de la personne, la vulnérabilité sur le plan matériel justifie dans certains cas la

⁷²⁸ Michel BAUER, Thierry FOSSIER, *Les tutelles, Protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, Paris, ESF éditeur, 3^e éd., 1999, pp. 314 à 322.

nomination d'un mandataire. Le mandat doit être justifié *in concreto*⁷²⁹, le risque d'abus est une situation d'espèce susceptible d'imposer sa mise en place. Dans d'autres situations, en revanche, un mandat spécial peut s'imposer sans que la situation de la personne corresponde à une situation de vulnérabilité, une gestion urgente des biens de la personne sous sauvegarde étant par exemple nécessaire. La vulnérabilité est donc ici une technique ponctuelle au service du juge pour apprécier au plus juste une situation donnée, dans le cadre d'un régime de protection ou pour une mise en place selon des modalités adaptées.

621. La vulnérabilité est susceptible d'être prise en compte par le droit seulement parce que l'abus de situation éventuel en cause peut être assez précisément déterminé et est corrélatif à la situation de vulnérabilité de la personne. Ce n'est donc que dans des hypothèses particulières, tel le mandat spécial, et encore seulement dans certaines circonstances d'espèce, que l'on peut imaginer que la vulnérabilité ait une fonction juridique utile. L'appréciation de la vulnérabilité permet en effet de rendre compte de la nécessité de protéger ou non la personne, en examinant au cas par cas les risques encourus par celle-ci. La vulnérabilité est ainsi au service d'une adéquation de la protection en fonction de la situation de la personne⁷³⁰. Cette fonction découle très logiquement du fait que la vulnérabilité apparaît comme l'un des fondements généraux à l'existence de régimes de protection des personnes en droit.

622. La vulnérabilité peut jouer dans ce domaine un rôle important, mais assez inattendu et donc particulièrement intéressant, lorsqu'elle est orientée vers l'autonomie de la personne protégée.

⁷²⁹ Cass. civ. 1^{re}, 30 novembre 1983 : *Bull. civ. I*, n° 285 ; *Gaz. Pal.* 1984, 2, Somm. p. 205, obs. Michel GRIMALDI ; *Gaz. Pal.* 1984, 2, pp. 431-433, note J.M ; Cass. civ. 1^{re}, 4 décembre 1990 : *JCP* 1991, éd. N., II, 198 (1^{re} espèce), note Thierry FOSSIER ; *Defrénois* 1991, pp. 301-302, obs. Jacques MASSIP.

⁷³⁰ Jean HAUSER, La notion d'incapacité : *Petites affiches* 2000, n° 164, pp. 3-8, p. 3. L'auteur cite à ce propos Martin Stettler qui vise ce sous-principe d'adéquation en droit suisse des incapacités à côté de ceux de nécessité, de subsidiarité et de complémentarité.

b. Dans une vision renouvelée de la protection de la personne

623. La vulnérabilité dans une vision classique renforce la protection de la personne par plus d'assistance, plus de représentation. Cependant, le principe même de l'existence de régime privant de manière globale la personne de sa capacité, comme la tutelle et la curatelle, est aujourd'hui discuté. Cette discussion se retrouve non seulement à travers la doctrine, mais aussi du fait de l'existence de législations étrangères allant en ce sens. L'inversion des priorités peut alors se traduire par le remplacement du concept d'incapacité par celui de protection⁷³¹. L'idée d'ailleurs déjà présente dans les réformes de 1964 et 1968 est alors de coller au plus près de la réalité en modulant la protection, or « ce n'est que par le recours aux standards juridiques que l'on peut légiférer par catégories⁷³² ». La vulnérabilité pourrait être l'un de ces standards sans être évidemment le seul. Ainsi, la diminution de la capacité n'est « qu'un moyen technique ultime et subsidiaire parmi d'autres⁷³³ ». Le principe de nécessité fait de l'incapacité l'exception, la règle étant la capacité⁷³⁴. Or, ce principe est fondé sur les principes de liberté, d'égalité et de dignité de la personne. Quand on touche à la personne, le domaine de l'incapacité devient une question fondamentale, une question de droits de l'homme⁷³⁵. Ce principe de nécessité a pour corollaire le principe de subsidiarité signifiant qu'aucune autre mesure ne doit pouvoir mieux assurer la protection de la personne que la mesure envisagée d'incapacité⁷³⁶. Prendre en compte la vulnérabilité de la personne peut contribuer au respect de ces principes.

624. Dans cette perspective, la vulnérabilité peut techniquement jouer un rôle, facteur d'autonomie, notamment dans le domaine de la protection en

⁷³¹ *Ibid.*

⁷³² *Ibid.* p. 5.

⁷³³ *Ibid.*

⁷³⁴ Thierry VERHEYDE, La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français ? *JCP* 1993, éd. N., I, pp. 396-402, p. 397.

⁷³⁵ Jean HAUSER, *art. préc.*, p. 7.

⁷³⁶ Thierry VERHEYDE, *art. préc.* p. 397.

matière personnelle. En effet, la volonté de la personne doit être respectée car elle est un facteur d'autonomie, mais il ne faut pas pour autant oublier que justement cette autonomie de la volonté n'est pas une réalité pour la personne soumise notamment à une tutelle. L'idée est ici que l'appréciation de la vulnérabilité peut permettre d'assurer la personne vulnérable contre les risques d'atteinte dus au régime d'incapacité lui-même parfois oppressant ou incertain pour la personne. M. Thierry Fossier insiste sur le fait que « le majeur protégé se déplace, a une vie privée, une personnalité, parfois des enfants ou un projet parental ; il reçoit des soins, il travaille, il s'engage dans un groupement, il pratique une religion, il est victime d'une infraction ou de mauvais traitements... ». Or, selon l'auteur, pour l'ensemble de ces activités, « il serait naïf de penser qu'il décidera en pleine autonomie ; par postulat, ce majeur est vulnérable ou influençable et une foule de personnes, plus ou moins bien intentionnées et plus ou moins légitimes, étoufferait bien volontiers l'embryon de volonté propre. La question du statut personnel n'est donc pas la recherche d'un « gouvernement de la personne » ou pire, d'une « tutelle à la personne », mais bien d'une tentative pour répartir les rôles et surtout limiter les ardeurs, et c'est bien ceci qui est essentiel⁷³⁷ ». D'ailleurs, l'objectif de retour à l'autonomie caractérise la loi allemande portant réforme de la tutelle et de la curatelle des personnes majeures en date du 12 septembre 1990 (Betreuungsgesetz), de même que celle-ci insiste sur la participation de la personne au système d'assistance⁷³⁸.

625. On peut alors considérer que l'incapacité globale de la personne, dans le régime de la tutelle française, est lui-même facteur de vulnérabilité, au sens où il risque de porter atteinte à la volonté propre de la personne, le principe dominant du régime étant évidemment la représentation. « Le danger est alors grand de faire du protecteur de la personne de l'incapable le régisseur de la vie de

⁷³⁷ Michel BAUER, Thierry FOSSIER, *op. cit.* p. 302.

⁷³⁸ Jacqueline POUSSON-PETIT, La protection personnelle des malades mentaux dans les principaux droits européens : *European Review of Private Law*, 1995, n° 3, pp. 383-425, p. 423 ; Claude WITZ, Françoise FURKEL, La réforme du droit des incapables, *In* : Chronique de droit civil allemand, septembre 1991-décembre 1993 : *RTD civ.* 1994, pp. 445-446, p. 445.

ce dernier ; le comble est atteint lorsqu'on parle de "gouvernement de la personne incapable"⁷³⁹ ». Le risque d'abus apparaît alors. Un mouvement de la pensée juridique tend, depuis quelques décennies, à mettre en lumière le fait que la protection de la personne sur le plan patrimonial ne doit pas occulter la nécessité qu'une attention effective soit portée à sa volonté propre⁷⁴⁰. En particulier, la tutelle repose sur « la disparition des possibilités volitives utiles de l'individu⁷⁴¹ ». En ce domaine de protection, la vulnérabilité de la personne peut faire craindre le non respect de l'embryon de volonté de la personne ou, lorsque celui-ci n'existe pas, « une "décision désincarnée", c'est-à-dire ne tenant pas compte de la particularité de la personne protégée ». La question de la capacité naturelle de la personne devient alors dominante⁷⁴².

626. La vulnérabilité matérielle de la personne permet de qualifier un risque sérieux d'abus de la part de l'entourage : cet abus résulte du régime incapacitant lui-même et vise à porter atteinte à la volonté personnelle. Ainsi, une personne âgée malade sous tutelle peut souhaiter rester vivre à domicile alors que le tuteur, le médecin, la famille estiment quant à eux que l'intérêt de la personne est d'être admise en établissement. S'agissant d'une décision relative à sa personne, le principe est l'autonomie du majeur, sa liberté de choix, en vertu de l'article 495 du Code civil. Cependant la vulnérabilité de la personne, sur le plan psychique notamment, fait craindre que cette autonomie ne disparaisse au profit de solutions la bafouant. Ainsi, la volonté de la personne doit être privilégiée si elle n'est pas déraisonnable ou contraire à son intérêt en terme de risque pour sa santé. Ce risque est alors plus grave que celui de ne pas respecter la volonté.

⁷³⁹ Jean-Marie PLAZY, *La personne de l'incapable*, Thèse Bordeaux IV, Jean HAUSER (Sous-dir.), 1998, p. 426.

⁷⁴⁰ Jean-Pierre GRIDEL, L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle, *In* : Rapport de la Cour de cassation 2000, *La protection de la personne*, La documentation Française, pp. 79-92, p. 79.

⁷⁴¹ *Ibid.* p. 80.

⁷⁴² Jean HAUSER, *art. préc.* p. 7.

627. Plus une personne est vulnérable, plus elle est suggestible, influençable, plus donc le risque est fort que sa volonté ou sa particularité ne soit pas respectées. Le lien de corrélation entre la vulnérabilité sur le plan matériel et le risque d'abus encouru apparaît nettement ici. Les mesures mises en place dépendront évidemment du risque d'atteinte, de sa gravité. Celui-ci doit donc soit être qualifié par le juge, soit défini, ciblé *a priori* par le législateur. Ainsi, la meilleure garantie semble être la mise en place d'une procédure spécifique dans laquelle réside le seul « salut des libertés⁷⁴³ ». La personne, même sous tutelle, n'est pas toujours inapte à donner son consentement, exprimer son avis, ses souhaits, ses désirs, ses représentations propres sur la vie qu'elle entend mener⁷⁴⁴. Dans ce cas, respecter sa volonté propre semble être un souci croissant en matière personnelle et pour certains actes de nature patrimoniale dans la mesure où ce n'est pas contraire à l'intérêt de la personne. Pour ce faire, M. Jean-Marie Plazy préconise alors « l'accompagnement de la personne », qui ne signifie pas décider à sa place, mais recueillir son avis, la conseiller, décider avec elle toutes les fois que cela est possible⁷⁴⁵. La vulnérabilité de la personne ayant pour conséquence qu'elle est moins apte à exprimer son autonomie, il est difficile pour elle de se défendre, de s'opposer à des volontés antagonistes à la sienne. La vulnérabilité, qui permet de qualifier ce risque d'atteinte évident à la personne, est une technique parmi d'autres à la disposition du juge pour imposer une solution adaptée. Ainsi, par exemple, une procédure impliquant non pas un seul, mais plusieurs avis, respectant la volonté de la personne si elle est exprimée, et respectant, dans tous les cas, la particularité de sa situation. L'assistant de la personne doit être assisté du juge, et « les travailleurs sociaux, les médecins, les associations, le pouvoir judiciaire, le Ministère public de

⁷⁴³ Jean HAUSER, La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes, *In* : Francis KESSLER (Sous-dir.), *La dépendance des personnes âgées*, Paris, Droit sanitaire et social, Série actions, éd. Sirey, 2^e éd., 1997, pp. 159-175, p. 175. Voir aussi pour des mesures allant en ce sens : Thierry FOSSIER, Le rapport du groupe Jean Favard sur le dispositif de protection des majeurs, *JCP* 2000, éd. G., Act., pp. 1055-1057, p. 1056.

⁷⁴⁴ Nous reprenons la terminologie employée par M. Jean-Marie PLAZY, dans les développements qu'il consacre à la technique de l'assistance du majeur protégé, *thèse préc.* pp. 427-428.

⁷⁴⁵ *Ibid.* p. 427.

lege ferenda devraient participer aussi à cette protection. Une coordination des différentes activités devrait être prévue dans tous les systèmes juridiques⁷⁴⁶ ».

628. La protection de la personne vulnérable contre les abus de situation grâce à l'outil intéressant que constitue la notion de vulnérabilité est aussi envisageable en matière de recherche biomédicale.

2. En matière de recherche biomédicale

629. Dans ce domaine, il est incontestable que la doctrine considère que le fondement de protection des personnes est justifié par leur vulnérabilité tant matérielle que relative aux risques qu'elles courent de ce fait de subir des abus lorsque leur consentement est recherché⁷⁴⁷. Or, en ce domaine, la vulnérabilité peut être considérée comme un fondement de protection, elle n'est un outil technique utilisé ni par le législateur expressément ni encore moins par le juge. En effet, celui-ci n'a comme mission que de constater qu'une personne entre dans l'une des catégories visées par la loi pour lui appliquer la protection qui y est prévue. Pourtant, certaines catégories de personnes ne sont, en ce domaine, pas protégées. Leur vulnérabilité est indéniable sur le plan matériel. En outre, cette vulnérabilité permet de craindre des abus dans le recueil de leur consentement. Ainsi, ni les personnes en état de coma, ni celles en situation de subordination salariale ou académique, ni enfin les personnes incapables de fait ne disposent d'une protection légale spécifique en matière de recherche biomédicale.

630. Comme on déjà signalé, les personnes en état de coma ne font pas l'objet d'une protection légale spécifique. L'état d'inconscience de ces personnes crée un risque particulier en matière d'expérimentations, la personne

⁷⁴⁶ Jacqueline POUSSON-PETIT, *art. préc.* p. 422.

⁷⁴⁷ Voir notamment : Christian BYK, *Expérimentation sur la personne humaine : protection du consentement*, Art. 223-8 et 223-9 : *J.-Cl. Pénal* et Bénédicte BEVIÈRE, *La protection de la personne dans la recherche biomédicale*, Thèse Rennes I, Francis Kernalegou (Sous-dir.), 1996, n° 169, p. 82. Nous renvoyons, pour plus de détails, aux développements suivants : Partie I, Titre II, Chapitre I, Section II, § 1^{er}.

est, en effet, particulièrement exposée à des abus. Etant dans le coma, elle est incapable de demander l'accompagnement d'une personne de confiance, à moins qu'elle ne l'ait demandé avant d'entrer dans ce coma, sa situation ne la protège donc pas des risques d'abus de la part de chercheurs peu scrupuleux. Pour ce qui concerne les personnes en état de mort cérébrale, la loi n'autorise la recherche que si le patient a exprimé son consentement de son vivant ou par le témoignage de la famille, selon l'article 1124-5 du Code de la santé publique. Pour ce qui est des personnes dans le coma susceptibles de se réveiller un jour, il semble qu'une interdiction pure et simple des recherches sans bénéfice individuel direct devrait *de lege ferenda* s'imposer. Leur extrême vulnérabilité fait en effet craindre les pires abus, la protection la plus efficace est donc l'interdiction.

631. D'autres catégories de personnes sont soumises à des risques de pressions importantes : les personnes en situation de subordination salariale, ou académique. Cette catégorie recouvre en pratique, on s'en souvient : les personnels des établissements de santé et de laboratoire, les étudiants dans les domaines médicaux et paramédicaux, les militaires, les fonctionnaires de l'Etat. « Tout ce groupe de sujets peut être soumis à des pressions extérieures – de nature et de degré variables – susceptibles de fausser leur consentement à l'expérimentation⁷⁴⁸. » Les garanties que l'on peut leur apporter doivent être adaptées à la vulnérabilité particulière qui est la leur. Celle-ci crée en effet le risque de pressions directes ou voilées.

632. Les garanties envisageables sont alors une protection statutaire prévoyant expressément par exemple que le refus de participer à une recherche ne doit entraîner aucune conséquence négative sur la carrière, son évolution, les conditions de travail. La particulière dépendance hiérarchique ou académique devant évidemment être établie, il ne saurait être question d'une protection générale. Il est évident que cela n'offre pas une garantie contre les pressions voilées et les mesures de rétorsion insidieuses, pour les étudiants notamment. Un mode de preuve favorable à la personne serait alors le plus efficace : si, suite au

⁷⁴⁸ Bénédicte BEVIÈRE, *thèse préc.*, n°387, p. 202.

refus de participer à une recherche, la personne subit une dégradation de sa situation, ce serait à l'employeur ou la faculté à démontrer qu'elle est justifiée. Sinon, seule l'interdiction de la recherche dans ces situations semble être une garantie réelle, comme pour les détenus. Ces personnes en situation de subordination salariale, ou académique devraient alors être considérées comme des personnes particulièrement vulnérables, ce qui semble excessif. Aucune protection, même légère, n'est toutefois prévue, ce qui est regrettable.

633. De même, aucune protection spécifique des incapables de fait n'est organisée. Or, certaines personnes âgées dont l'état mental est détérioré, les mourants, les malades touchés par la maladie d'Alzheimer sont des personnes affectées d'une incapacité réelle, mais si celle-ci n'est pas prise en compte par la loi. Se trouvent dans cette situation des personnes dont l'état de santé est très atteint et qui risquent de mettre un « espoir inconsidéré dans une recherche médicale », aussi les personnes affectées du cancer ou du sida à un stade avancé n'ont-elles pas une réelle liberté de choix⁷⁴⁹. Ces personnes se trouvent dans une situation de vulnérabilité face aux pressions et abus dont elles pourraient de ce fait être l'objet en matière d'expérimentation. Or, le recueil de leur consentement se fait selon les règles du droit commun en la matière (article L.1122-1 du Code de la santé publique). Des garanties supplémentaires pourraient être envisagées tel le témoignage de la famille ou de l'entourage comme pour la personne en état de mort cérébrale. En outre, les personnes affectées par une maladie grave et hospitalisées peuvent aujourd'hui se faire accompagner, si elles le désirent par une personne de confiance, ce qui ajoute une garantie importante, mais insuffisante car ponctuelle.

634. Si les personnes subordonnées ou incapables de fait ne sont pas soumises à une protection législative, c'est qu'elles ne représentent pas une catégorie homogène comme les autres, dont l'appartenance est relativement facile à définir. La protection de ces personnes nécessiterait d'impliquer le juge, afin qu'il détermine dans chaque cas d'espèce si la vulnérabilité particulière de la personne permet de caractériser un risque d'atteinte à son consentement et donc à son

⁷⁴⁹ Christian BYK, *art. préc.* n° 32, p. 8.

intégrité psychique et physique. La vulnérabilité aurait une fonction pleine et entière de qualification d'un risque ayant pour finalité la protection de la personne.

B. La vulnérabilité, outil ponctuel de protection au service du législateur

635. Si le droit positif ne semble aujourd'hui donner aucun exemple dans lequel la vulnérabilité de la personne physique apparaît explicitement comme une technique légale de protection contre les abus, rien n'interdit qu'elle le devienne. En effet, dans la première partie de cette étude nous avons montré que la vulnérabilité, en tant qu'elle fait parfois courir un risque d'abus corrélatif à la personne, sous-tend de nombreuses règles. C'est l'analyse, doctrinale le plus souvent, de ces dispositions qui permet d'y reconnaître une situation évidente de vulnérabilité. Mais il est possible d'aller plus loin. Pourquoi le législateur ne se servirait-il pas de cet outil précis pour protéger avec efficacité les personnes en situation de risque d'abus ? La vulnérabilité matérielle de certaines catégories de personnes permet, en effet, de définir l'existence de risque d'abus éventuel particulier. Il est alors possible de choisir des mesures agissant soit sur la situation de faiblesse en la compensant, soit sur le risque d'abus en le neutralisant.

636. Il n'est pas question ici de rechercher les domaines dans lesquels une telle protection pourrait voir le jour. Ce serait pure spéculation. Une grande confusion quant à la démonstration de l'existence en droit positif d'une notion de vulnérabilité en serait la conséquence. Ce travail a simplement pour objet ici d'ouvrir une voie puisque plusieurs éléments montrent qu'elle peut légitimement être ouverte. En effet, ont été exposés dans la première partie les différents types d'abus que la loi prévient sur le fondement théorique, et non technique, de l'existence d'une situation de vulnérabilité. Les développements ultérieurs mettront en lumière que la loi peut en outre prévenir d'autres types d'atteintes que les abus, en utilisant la vulnérabilité comme technique à part entière de protection. Surtout, cette section établit la validité juridique du raisonnement consistant à considérer que la vulnérabilité permet de qualifier précisément un risque d'abus.

637. La vulnérabilité, lorsqu'elle permet de qualifier un abus de situation éventuel ou avéré, a été étudiée en dehors du domaine spécifique que constitue le droit pénal. Cette matière apparaît néanmoins comme le domaine phare dans lequel la notion de vulnérabilité est caractérisée par une fonction de participation à la qualification d'un abus de situation, dans la mesure où la loi elle-même en dispose ainsi expressément.

CHAPITRE II. L'ABUS DE SITUATION QUALIFIÉ EN DROIT PÉNAL

638. La fonction de la vulnérabilité consistant, en droit pénal, à participer à la qualification d'un abus de situation, exigé pour la caractérisation d'une infraction a une double physionomie. Soit cette fonction est très apparente, c'est le cas lorsque la vulnérabilité est expressément prévue par le législateur en tant que condition préalable d'une infraction (Section I) ; soit cette fonction, bien que moins affichée, ressort implicitement de la jurisprudence relative à l'interprétation de certaines infractions prenant expressément en compte la vulnérabilité alors que celle-ci n'est pas visée par les textes (Section II).

Section I. La prise en compte textuelle de la notion

639. Dans l'approche générale de l'abus de situation exposée ci-dessus, il était apparu que cette notion est familière au droit pénal, qui à travers certaines infractions le sanctionne. Aussi, lorsqu'en particulier un abus de la situation de vulnérabilité d'une personne est commis, la loi pénale intervient-elle pour l'incriminer expressément. Avant la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, la vulnérabilité de la victime contribuait à la qualification de l'infraction pour trois délits : l'abus de faiblesse d'une personne dont la particulière vulnérabilité due à l'âge, à une maladie, à une infirmité, une déficience physique ou psychique, à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur, en vertu de l'article 223-15-2 du Code pénal⁷⁵⁰ ; le fait d'obtenir d'une personne, en abusant de sa vulnérabilité ou de sa dépendance, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli, en vertu de l'article 225-13 ancien du Code pénal, et le fait de soumettre une personne, en abusant de sa vulnérabilité ou de sa situation de dépendance, à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine, en vertu de l'article 225-14 ancien du Code pénal. Ainsi, il apparaissait que lorsque la vulnérabilité contribuait expressément à qualifier une infraction relativement à son existence même, cette infraction consistait en un abus de situation.

640. Or, la loi du 18 mars 2003 semble changer quelque peu cette constatation. En effet, cette loi a modifié le Code pénal sur ce point à un double titre. En premier lieu, les délits prévus par les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal, réprimant la soumission d'une personne à des conditions de travail ou

⁷⁵⁰ Infraction que Michèle-Laure RASSAT dénomme *l'abus de vulnérabilité d'une personne*, ce qui est significatif d'une certaine domination conceptuelle de la notion de vulnérabilité, appelée donc à jouer un rôle important dans la qualification juridique de l'infraction. Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial*, 4^e éd., 2004, p. 185, n° 169 et index p. 687.

d'hébergement contraires à la dignité humaine, ne sont plus caractérisés par l'existence d'un abus. Désormais donc, le fait d'obtenir d'une personne la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec le travail accompli ainsi que le fait de soumettre une personne à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine sont sanctionnés par les articles 225-13 et 225-14 nouveaux lorsque ces faits sont commis sur une personne « dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur⁷⁵¹ ». L'abus de la vulnérabilité ou de la dépendance n'est plus exigé.

641. En second lieu, la loi pour la sécurité intérieure a créé une nouvelle infraction pour la qualification de laquelle la vulnérabilité de la victime est expressément exigée sans qu'aucun abus de la situation de celle-ci ne soit requis par le texte. Ainsi, le nouvel article 225-12-1 du Code pénal incrimine le recours à la prostitution de mineurs (alinéa premier) ou de personnes particulièrement vulnérables (alinéa second) qu'il punit de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Le fait « de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, en échange d'une rémunération, des relations de nature sexuelle de la part d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de manière occasionnelle, lorsque cette personne présente une particulière vulnérabilité, apparente ou connue de son auteur, due à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse » est donc sanctionné en dehors de l'exigence d'un abus de la situation de cette personne vulnérable.

642. Seul donc aujourd'hui le délit de l'article 223-15-2 du Code pénal requiert expressément un abus de situation, que la vulnérabilité doit parfois contribuer à qualifier, afin d'être constitué. Ce retrait de l'exigence expresse d'un abus de situation lorsque la vulnérabilité contribue à qualifier une infraction doit obligatoirement être analysé (§ 3).

⁷⁵¹ Les peines prévues pour ces délits ont en outre été aggravées. La peine d'emprisonnement encourue est ainsi passée de deux à cinq ans et la peine d'amende de 75 000 à 150 000 euros.

643. Néanmoins, avant toute chose, il est impératif de comprendre le mécanisme qui conduit à ce que la vulnérabilité puisse participer à la qualification de l'infraction, en particulier lorsqu'il s'agit d'un abus de situation. Or, dans une telle perspective, la première question embarrassante est de savoir s'il s'agit d'un élément constitutif à part entière ou d'une condition préalable à l'infraction. Le doute existe en effet puisque la vulnérabilité sur le plan matériel au moins doit préexister à la commission de l'atteinte, une infraction ici. Ce n'est seulement qu'après avoir déterminé et interprété la nature de condition préalable à l'infraction de la vulnérabilité (§ 1), que l'on peut apprécier de manière éclairée la fonction de qualification d'un abus de situation que le droit offre à la notion de vulnérabilité en droit pénal (§ 2).

§ 1. La discussion quant à la nature de condition préalable de la vulnérabilité qualifiant l'infraction

644. La position des auteurs est partagée sur la question, qui n'a d'ailleurs donné lieu à aucune étude approfondie, mais la préférence semble tout de même aller vers la qualité de condition préalable, bien que le choix apparaisse difficile (A). La nature de condition préalable de la vulnérabilité influe alors nécessairement sur la manière dont elle est susceptible d'entrer en jeu dans la qualification de l'infraction elle-même. Il est donc nécessaire d'expliquer comment la vulnérabilité, condition préalable de l'infraction, et non élément constitutif de celle-ci, participe à la qualification de son existence. La cohérence de la conception de la vulnérabilité en tant que condition préalable apparaîtra alors (B).

A. La nature de condition préalable : un choix difficile

645. La distinction entre les éléments constitutifs de l'infraction et les conditions préalables a été mise en lumière par Robert Vouin. L'auteur soulignait le fait le fait que l'on avait coutume de présenter de la même manière tous les éléments constitutifs de l'infraction. Pourtant, selon lui, certains de ces éléments

apparaissent comme la définition du domaine dans lequel l'infraction peut se commettre⁷⁵². Hormis, une opinion doctrinale qui oppose des réserves sur le principe même de la distinction des conditions préalables et des éléments constitutifs de l'infraction⁷⁵³, l'ensemble de la doctrine semble aujourd'hui admettre cette distinction⁷⁵⁴. La pertinence de la distinction entre les éléments constitutifs et les conditions préalables des infractions n'a donc pas à être discutée d'autant que la doctrine évoque cette qualification en ce qui concerne la vulnérabilité.

646. Plusieurs auteurs semblent admettre sans difficulté le fait que la vulnérabilité de la victime est un élément constitutif de l'infraction, ce point de vue doit donc être exposé. D'autres auteurs, au contraire, évoquent la vulnérabilité en tant que condition préalable de l'infraction, une telle conception bien que discutable semble néanmoins fondée.

⁷⁵² Robert VOUIN, *Droit pénal spécial, Infractions contre les biens, les personnes, la famille, les mœurs et la paix publique*, Tome I, Toulouse, Précis Dalloz, Dalloz, 3^e éd., 1971, p. 2, n°2. L'exemple pris est celui de l'abus de confiance, infraction qui suppose un contrat apparaissant comme une condition préalable de l'infraction, par opposition au détournement, qui est l'acte proprement constitutif de l'abus de confiance. Aussi : Georges LEVASSEUR, *Cours de droit pénal spécial* : Paris, Cours de droit, 1967-1968, p. 9, qui considère les conditions préalables comme des « pseudo-éléments constitutifs » de l'infraction sans lesquels la répression est impossible.

La mise en exergue de la distinction doit toutefois être attribuée au Doyen Carbonnier, qui a défini la complicité comme un délit conditionné par l'existence préalable de l'acte principal. Selon l'auteur, « le délit d'autrui s'incorpore à la définition du délit de complicité, comme le contrat violé entre dans la formule de l'abus de confiance... », Jean CARBONNIER, Du sens de la répression applicable aux complices selon l'art. 59 du Code pénal : *JCP* 1952, I, 1034, 4^e et 5^e p.

⁷⁵³ Roger MERLE, André VITU, *Droit pénal spécial*, Volume I, Cujas, 1982, p. 21-22, n°15.

⁷⁵⁴ Michèle-Laure RASSAT, *op. cit.* p. 26, n° 26 ; Jean PRADEL, Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 1^{re} éd., 1995, p. 580 présentant les conditions préalables de l'abus de confiance ; Jean-Paul DOUCET, La condition préalable à l'infraction : *Gaz. Pal.* 1972, 2, Doctr. pp. 726-729 ; Jean LARGUIER : *Rev. sc. crim.* 1980, pp. 421-423, reconnaissant en particulier que la qualité de la victime peut entrer dans la catégorie des conditions préalables.

1. La vulnérabilité présentée comme un élément constitutif

647. Le doute préside quelquefois à un choix qui s'avère ardu. Ainsi, un auteur remarque que la vulnérabilité et la situation de dépendance sont des éléments constitutifs communs aux infractions des articles 225-13 et 225-14, anciens, du Code pénal pouvant en être considérées aussi bien comme une condition préalable. L'auteur semble estimer qu'il s'agit d'éléments constitutifs de l'infraction sans toutefois trancher directement la question⁷⁵⁵. Cette qualification d'élément constitutif de la vulnérabilité peut encore ressortir d'une simple allusion à cette qualité. Ainsi, tant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris datant du 19 janvier 1998, que son commentateur, font référence aux « éléments » d'abus de vulnérabilité ou d'abus d'une situation de dépendance, qui, en l'espèce, ne sont pas caractérisés. Toutefois, le terme est utilisé sans que cela présuppose d'une opinion tranchée sur la question étant donné l'absence de remarque, d'explication ou de justification sur ce point⁷⁵⁶.

648. Deux auteurs pourtant se prononcent clairement dans le sens de la qualité d'élément constitutif de la vulnérabilité. Mme Pascale Renaud-Durand, tout d'abord, dans son article sur la prise en compte de la vulnérabilité dans le Code pénal affirme, s'agissant des dispositions relatives aux conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine, qu'il « s'agit ici, comme pour le délit de délaissement, de faire de la vulnérabilité de la personne un élément constitutif de l'infraction et non une simple circonstance aggravante⁷⁵⁷ ». Mme Sandy Licari, ensuite, précise dans un article sur les infractions relatives aux conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine, que « le premier élément

⁷⁵⁵ Agathe LEPAGE, Dignité humaine : la Cour de cassation demande aux juges du fond de motiver davantage leurs décisions, note sous Cass. crim., 11 décembre 2001 : *RJPF* 2002, n° 4, pp. 10-11, p. 10.

⁷⁵⁶ CA Paris, 19 janvier 1998 : *Dr. pénal* 1998, pp. 12-13 et la note de M. Michel VERON.

⁷⁵⁷ Pascale RENAUD-DURAND, La prise en compte de la vulnérabilité dans le nouveau Code pénal, *In* : Equipe de recherche sur la politique criminelle, Christine LAZERGES (Sous-dir.), *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Paris, Pédone 1995, pp. 120-130, p. 122.

constitutif de ces infractions est un « abus » de la situation de dépendance ou de la vulnérabilité d'autrui. Cela signifie notamment que la constitution de l'infraction nécessite la preuve d'un élément intentionnel, c'est-à-dire la volonté de profiter d'une situation. En dehors de cet élément intentionnel, les éléments nécessaires à la constitution de ces infractions sont donc, d'une part, la vulnérabilité ou la situation de dépendance de la victime, et, d'autre part, les conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine »⁷⁵⁸. Or, la volonté de profiter d'une situation de vulnérabilité, ou situation de dépendance ici, semble bien faire entrer la vulnérabilité parmi les éléments constitutifs de l'infraction.

649. Cependant, concernant la matérialité de l'infraction, il faut bien reconnaître que la vulnérabilité présente un aspect préalable très fort, juridiquement indéniable. La vulnérabilité de la personne préexiste à sa condition de victime.

2. La vulnérabilité présentée comme une condition préalable de l'infraction

a. Une tendance du droit positif

650. Plusieurs auteurs ont relevé que la vulnérabilité est plutôt une condition préalable à l'infraction qu'un élément constitutif de celle-ci. Ainsi, le professeur Yves Mayaud précise que l'élément constitutif majeur du délit prévu à l'article 225-14 du Code pénal tient à l'indignité des conditions d'hébergement. Il ajoute : « ce n'est pas dire que sont négligeables les autres composantes du délit, tirées de la vulnérabilité ou de l'état de dépendance de la victime. Mais, il s'agit là, moins d'une donnée constitutive, que d'une condition préalable qui, en tant que telle, ne participe pas de l'illicéité du comportement⁷⁵⁹ ». De même, le professeur

⁷⁵⁸ Sandy LICARI, Des conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine résultant d'un abus de situation de vulnérabilité ou de dépendance de la victime : *Rev. sc. crim.* 2001, p 553-569, p. 555.

⁷⁵⁹ Yves MAYAUD, Du concept de dignité appliquée aux conditions de travail et d'hébergement : *Rev. sc. crim.* 1998, pp. 541-543, pp. 542-543.

Michèle-Laure Rassat classe la particulière vulnérabilité de l'article 223-15-2 du Code pénal parmi les conditions préalables de cette infraction à côté des autres conditions relatives à la victime et au type de préjudice qui doit lui être causé⁷⁶⁰. La vulnérabilité est ainsi considérée comme le domaine dans lequel l'infraction peut se commettre, selon la définition de Robert Vouin, en ce qui concerne les particularités de la victime en l'occurrence. La vulnérabilité en tant que condition préalable permet de définir le champ d'application de la loi.

651. La jurisprudence conduit aussi à dégager l'analyse selon laquelle la vulnérabilité de la victime est une condition préalable. En effet, le principe posé par la Cour de cassation est que la vulnérabilité de la victime doit préexister à l'infraction. Selon la chambre criminelle : « la vulnérabilité de la victime doit résulter d'un état préexistant aux faits objets de la poursuite et non être la conséquence de ces faits eux-mêmes⁷⁶¹ ». Cette solution permet de mettre en valeur le caractère préalable à l'infraction de la vulnérabilité. Aussi, un arrêt rendu en application de l'article L. 122-8 du Code de la consommation précise que « le délit d'abus de faiblesse incriminé par cet article suppose pour être caractérisé, l'existence d'un état de faiblesse ou d'ignorance de la victime, préalable à la sollicitation⁷⁶² ». On peut certainement considérer dès lors que la Cour de cassation exigerait de la même manière que la faiblesse de la personne vulnérable de l'article 223-15-2 du Code pénal impliquerait une vulnérabilité préalable aux actes constitutifs de l'infraction. Toutefois, afin d'apprécier la validité du caractère de condition préalable de la vulnérabilité, il est nécessaire d'étudier en détail les critères des conditions préalables, afin de déterminer si la nature de la vulnérabilité est compatible avec ceux-ci.

⁷⁶⁰ Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.* p. 266, n° 256. Voir aussi : Xavier PIN, La vulnérabilité en matière pénale, *In* : Centre de droit fondamental, Faculté de droit de Grenoble, Frédérique COHET-CORDEY (Sous-dir.), *Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2000, pp. 119-143, p. 134.

⁷⁶¹ Cass. crim., 17 octobre 1984 : *Bull. crim.*, n° 308 ; *Rev. sc. crim.* 1985, pp. 813-814, obs. Georges LEVASSEUR.

⁷⁶² Cass. crim., 18 mai 1999, Pourvoi n° 97-85.979.

b. Une alternative discutable

652. Concernant les conditions préalables en général, Mme Michèle-Laure Rassat explique que l'infraction proprement dite n'existe que parce que l'avait précédé un élément de nature non-délictuelle et par conséquent extérieur, préalable ici. Selon l'auteur « l'infraction est délictuelle, ses éléments constitutifs (l'élément matériel et moral) le sont aussi alors que les conditions préalables sont neutres (un contrat, une chose, un état, ne sont, en eux-mêmes, au moins s'ils sont réguliers au regard de leur droit d'appartenance, ni licites, ni illicites)⁷⁶³ ». Pour M. Jean-Paul Doucet : « si la condition préalable entre bien dans l'ensemble des faits que le juge répressif doit examiner, elle ne figure pas pour autant dans les agissements délictueux que l'on reprochera au prévenu. Elle apparaît ainsi comme extérieure au délit pénal proprement dit⁷⁶⁴ ». En ce sens, la vulnérabilité peut apparaître neutre, extérieure et sans rapport avec les agissements délictueux de l'auteur de l'infraction, mais seulement si elle est envisagée dans sa dimension matérielle. En effet, la constatation de la vulnérabilité matérielle s'appuie sur des éléments totalement extérieurs à l'atteinte que sont la ou les faiblesses à l'origine de cette vulnérabilité. D'un point de vue matériel, elle n'est pas rattachée aux actes de l'auteur constituant l'atteinte, l'infraction. Cette matérialité domine dans l'approche de la vulnérabilité par le législateur. En effet, pour celui-ci c'est d'emblée la faiblesse particulière qui doit être prise en compte pour qualifier la vulnérabilité. Extérieure aux éléments constitutifs de l'infraction seuls aptes à qualifier l'infraction, la vulnérabilité est bien une condition préalable à l'infraction.

653. Cependant, la vulnérabilité n'est pas étrangère en fait à l'acte délictueux. De part la condition relative à l'existence d'une situation de vulnérabilité, et donc d'un lien de corrélation entre la faiblesse matérielle et l'acte subi, la vulnérabilité est intimement liée à celui-ci. Alors, si la vulnérabilité est bien une condition préalable sur le plan matériel, cette qualité reste discutable relativement à la nécessaire existence d'une corrélation avec l'acte attentatoire.

⁷⁶³ Michèle-Laure RASSAT, *op. cit.* p. 26, n°26.

654. La vocation de la vulnérabilité à qualifier l'infraction en tant que condition préalable se révèle néanmoins compatible avec l'exigence d'une situation de vulnérabilité en lien avec l'acte subi. Cette solution est donc cohérente.

B. La nature de condition préalable : une solution cohérente

655. La compatibilité de la nature de condition préalable de la vulnérabilité avec l'exigence d'une situation de vulnérabilité dans la qualification de l'infraction est une question fondamentale. En effet, elle détermine tout simplement l'aptitude de la vulnérabilité à entrer dans la qualification de l'infraction lorsqu'elle consiste en des agissements assimilables à un abus. En revanche, il n'est pas question ici de discuter des conséquences pratiques découlant de la nature de condition préalable de la vulnérabilité, bien que celles-ci permettent d'en déterminer le régime en droit pénal⁷⁶⁵. La discussion s'orientera plutôt vers les conséquences de la nature de condition préalable de la vulnérabilité en rapport avec l'intention de l'auteur de l'infraction.

656. Certes, la vulnérabilité sur le plan matériel doit être préexistante à l'infraction et constatée en dehors de celle-ci, pourtant, elle n'est pas sans relation avec celle-ci. L'acte de l'auteur est en corrélation avec la nature matérielle de la vulnérabilité de la personne. L'auteur intègre subjectivement la vulnérabilité matérielle de la personne dans la commission de son acte, ce qui caractérise l'existence du lien de corrélation entre la faiblesse de la personne et l'acte commis par l'auteur. Ainsi, la vulnérabilité de la victime est-elle intégré au dol général dans

⁷⁶⁴ Jean-Paul DOUCET, La condition préalable à l'infraction, *préc.* p.727.

⁷⁶⁵ Les conséquences tournent essentiellement autour de problèmes de localisation de l'infraction dans le temps ou dans l'espace. Ainsi, la condition préalable contrairement à l'élément constitutif d'une infraction ne peut en déterminer ni la date ni le lieu, ce qui a des conséquences sur la compétence, la prescription, et l'application de la loi dans le temps. Cf. Jean-Paul DOUCET, *art. préc.*, p. 728. Aussi, le commencement d'exécution de la tentative ne peut être retenu qu'à partir du moment où le délinquant entreprend d'accomplir les actes formant l'élément matériel : Roger MERLE, André VITU, *Droit pénal spécial, op. cit.* p. 21, n°15.

son interprétation classique. La fonction de qualification de l'atteinte de la vulnérabilité, condition préalable, est en outre confirmée et renforcée lorsque l'on envisage la conception originale du dol spécial de M. Adrien-Charles Dana.

1. La vulnérabilité intégrée au dol général dans sa conception classique

657. L'analyse conduisant à un tel constat doit être présentée, sa confirmation doit en outre être apportée grâce à un point de vue très particulier : celui de la victimologie sur l'acte de l'auteur.

a. La présentation de l'analyse

658. En effet, si la vulnérabilité a bien un aspect extérieur, il semble toutefois difficile d'admettre qu'elle ne soit pas intégrée au comportement délictuel de l'auteur. Ainsi, malgré l'affirmation du caractère extérieur aux agissements délictueux de la condition préalable, M. Jean-Paul Doucet précise que « l'infraction ne peut être constituée que si l'auteur des faits a eu conscience de l'existence de la condition préalable. Le dol général, élément minimum nécessaire de toute infraction pénale, recouvre en effet à la fois la condition préalable et l'élément matériel du délit. C'est en fait lui qui assure le lien entre la condition préalable et l'élément matériel du délit⁷⁶⁶ ». Se confirme alors le pressentiment que l'extériorité de la vulnérabilité est limitée à sa dimension matérielle. Le fait que la vulnérabilité soit une condition préalable, extérieure aux actes délictueux eux-mêmes, n'empêche pas et même implique que la vulnérabilité soit intégrée au dol général.

659. Le dol général fait le lien entre la condition préalable et l'élément matériel du délit comme le lien de corrélation fait le lien entre la vulnérabilité matérielle et les agissements de l'auteur. Le lien de corrélation est donc la condition de la vulnérabilité intégrée au dol général, nécessairement contenue dans l'intention de l'auteur. La définition du doyen André Decocq de la condition préalable met très bien en lumière cette interdépendance. Selon l'auteur « les

⁷⁶⁶ *Ibid.*

conditions préalables dans leur ensemble, définissent la situation de droit ou de fait, protégée par la qualification ; les éléments constitutifs, l'atteinte prohibée à cette situation⁷⁶⁷ ». En conséquence, la condition préalable est nécessairement couverte par l'intention de l'auteur, dol général. Cette analyse doctrinale de la condition préalable montre clairement que si la vulnérabilité dans sa matérialité est l'élément extérieur et préalable, la corrélation entre cet élément et l'acte de l'auteur fait partie du dol général. En tant qu'élément matériel préalable et élément du dol général, la vulnérabilité contribue à qualifier l'infraction.

660. L'intention exigée au titre du dol général implique tout d'abord nécessairement que l'auteur ait eu connaissance de la vulnérabilité. Mais, surtout il suppose l'existence d'un acte constitutif d'une faute intentionnelle. Or, concernant la vulnérabilité, ces deux éléments doivent être constatés. Ainsi, en premier lieu, lorsque le Code pénal exige que l'auteur ait connaissance de la particulière vulnérabilité de la victime, il intègre un élément de conscience propre à l'auteur et de nature purement subjective, relevant de l'intention. La particulière vulnérabilité doit être apparente ou connue de l'auteur, pour le délit d'abus de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, de l'article 223-15-2 du Code pénal⁷⁶⁸. Les faits incriminés par les articles 225-13 et 225-14 anciens du Code pénal devaient avoir été commis en abusant de la vulnérabilité ou de la situation de dépendance de la victime. Or il est improbable d'abuser, de profiter d'une situation dont on n'a pas connaissance, ce qui impose implicitement la connaissance de la vulnérabilité par l'auteur. La prescription de l'article 223-15-2 imposant que celle-ci soit apparente ou connue de l'auteur apparaît dès lors superfétatoire. Elle a simplement le mérite de préciser en quels termes l'auteur doit concrètement avoir eu conscience de la vulnérabilité.

⁷⁶⁷ André DECOCQ, *Droit pénal général*, Paris, Coll. U, Série Droit pénal et Sciences criminelles, Librairie Armand Colin, 1971, p. 88.

⁷⁶⁸ *A contrario*, la Cour de cassation casse l'arrêt des juges du fond ayant constaté le délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne particulièrement vulnérable, car « il ne résulte pas que la particulière vulnérabilité [de la victime] était apparente et connue de [l'auteur] », Cass. crim., 3 septembre 2002, Pourvoi n°01-86.948.

661. On peut sans doute ici transposer un raisonnement que l'on trouve concernant les éléments constitutifs de l'infraction, à savoir que l'intention « sera constituée, selon la conception traditionnelle de notre Droit, dès lors que le coupable aura accompli en connaissance de cause tous les éléments matériels constitutifs de l'infraction⁷⁶⁹ ». L'auteur de l'infraction s'en prend donc à une personne particulièrement vulnérable en connaissance de cause, sciemment. La connaissance de la vulnérabilité implique alors de manière assez logique d'ailleurs la conscience de celle-ci. Or, « toute infraction suppose chez son auteur, tant la conscience de ce qu'il fait que la décision de le faire », ce qui caractérise une volonté lucide, éclairée et libre⁷⁷⁰. La polysémie des notions de volonté et de connaissance a été mise en lumière. Ainsi, agir sciemment, en connaissance de cause, c'est tout d'abord agir intentionnellement, mais c'est aussi agir librement, sans être contraint, avec donc la possession de ses facultés mentales⁷⁷¹. Ainsi, lorsque l'auteur a connaissance de la vulnérabilité, cela suppose d'une part la conscience de commettre l'infraction alors même que la victime est particulièrement vulnérable. D'autre part, cela suppose aussi la décision libre et éclairée de commettre l'infraction malgré cette circonstance. Il a donc la volonté de commettre l'infraction alors qu'il sait que la victime est particulièrement vulnérable. Cette décision est consciente et sans contrainte. La vulnérabilité est donc bien intégrée au dol général dans la mesure où l'auteur avait conscience de celle-ci.

662. En outre, le fait que la vulnérabilité soit intégrée au dol général implique que l'auteur ait commis une faute intentionnelle relativement à la vulnérabilité, et non ordinaire. Le fait que la victime soit vulnérable ne résulte pas d'une "inattention" de l'auteur. L'intention ici s'entend d'une part, d'une volonté de réaliser l'élément matériel de l'infraction tel qu'il est défini par la loi, et d'autre part,

⁷⁶⁹ Jean Brèthe De La Gressaye cité par Adrien-Charles DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Paris, Bibliothèque de sciences criminelles, L.G.D.J., 1982, p. 464.

⁷⁷⁰ Claude LOMBOIS, *Droit pénal général*, Paris, Les fondamentaux, Hachette Supérieur, 1994, p. 62.

⁷⁷¹ Robert LEGROS, Les notions à contenu variable en droit pénal, *In* : Centre national de recherches de logique, Travaux publiés par Chaïm PERELMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 21-37, p. 35.

la connaissance de la qualification légale, l'auteur doit avoir eu la volonté de commettre l'infraction telle qu'elle est définie par la loi. C'est donc à la fois la connaissance de ce qui est interdit et la volonté de transgresser l'interdit malgré tout⁷⁷². La condition préalable de vulnérabilité comprend donc un élément moral qui vient se superposer à l'élément moral relatif à l'acte de l'auteur constitutif lui aussi de l'infraction. En effet, l'auteur de l'infraction marque l'intention de réaliser celle-ci alors que la victime est vulnérable, d'atteindre le résultat prévu par l'infraction en la commettant sur une personne vulnérable. Dans ce cas, le lien qui unit l'acte attentatoire et la vulnérabilité, est plutôt un lien unissant l'auteur de l'atteinte et la vulnérabilité. Le lien de corrélation est un lien subjectif en ce sens que l'auteur doit avoir commis son acte, un abus notamment, sur une personne vulnérable, et ce intentionnellement. La fonction de la vulnérabilité, de participation à la qualification d'une infraction, est donc double en tant que condition préalable. Elle procède d'un élément matériel extérieur indispensable et d'un élément intentionnel au cœur du dol général. L'auteur doit en effet intégrer la vulnérabilité à son intention délictuelle ou criminelle pour commettre son acte matériel. Le lien de corrélation se manifeste ici ainsi, plus du côté de l'auteur que de celui de la victime ce qui est logique en cette matière. Une telle analyse se trouve confirmée par l'analyse de l'acte criminel.

b. La confirmation sous l'angle de la criminologie

663. De ce point de vue particulier, c'est le rôle éventuel de la vulnérabilité de la victime dans le passage à l'acte qui apparaît très intéressant. Ainsi, trois éléments essentiels caractérisent l'acte humain : la motivation, les moyens, le résultat⁷⁷³. Les moyens, dans la praxéologie – ou théorie des actes –, ne sont pas appréciés sur le plan éthique, mais doivent permettre de savoir s'ils sont appropriés à l'obtention des résultats que visent les hommes en agissant⁷⁷⁴.

⁷⁷² André DECOCQ, *op. cit.* pp. 208-216 ; Jean PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, Manuels, Cujas, 14^e éd., 2002, p. 441, n°502.

⁷⁷³ Raymond GASSIN, *Criminologie*, Paris, Précis, Droit privé, Dalloz, 4^e éd., 1998, p. 438, n°585.

⁷⁷⁴ *Ibid.* p. 443, n°589.

C'est sans doute en ce sens que l'on peut analyser la vulnérabilité, en tant qu'elle peut apparaître à l'auteur comme le moyen d'obtenir le résultat.

664. En outre, M. Ezzat Fattah précise que la légitimation de l'acte peut passer notamment par la négation, la réification de la victime. C'est le cas pour les infractions commises contre les personnes âgées. La vieillesse de la victime est alors utilisée comme raison pour nier son existence, son droit à la vie, de même pour la personne atteinte d'une maladie grave⁷⁷⁵. On pourrait pousser ce raisonnement et l'étendre aux personnes handicapées, aux personnes déficientes ou malades mentales, socialement ou économiquement exclues... Le processus de dépréciation et de dévalorisation de la victime, décrit par l'auteur dans d'autres hypothèses, n'est sans doute pas étranger à la légitimation par le délinquant des actes commis sur ces personnes faibles⁷⁷⁶. L'état ou la situation de vulnérabilité intrinsèque ou extrinsèque de la victime peut donc jouer un rôle dans le passage à l'acte. La victime peut aussi, dans certains cas, n'être envisagée par le criminel que comme un « instrument pour réaliser le but personnel désiré⁷⁷⁷ ».

665. M. Raymond Gassin évoque quant à lui la notion de perception subjective de la situation précriminelle, à savoir « les impressions, les expériences antérieurement vécues rappelées au sujet, la façon dont il se représente le conflit qui l'oppose à sa future victime, les pensées qui l'assaillent, les motifs d'agir qui lui viennent à l'esprit, bref tout un ensemble de représentations intellectuelles et affectives qui accompagnent la situation précriminelle objective⁷⁷⁸ ». Ainsi, une

⁷⁷⁵ Ezzat A. FATTAH, Le rôle de la victime dans le passage à l'acte, vers une approche dynamique du comportement délictuel : *Rev. int. crim. pol. techn.* 1973, n°2, pp. 173-188, p. 180.

⁷⁷⁶ La dévalorisation de la future victime est un processus décrit par Guillaume De Greef dès 1937, cf. Raymond GASSIN, *op. cit.* p. 429, n°573.

⁷⁷⁷ Pietro NUVELONE, La victime dans la genèse du crime, *In* : Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, *Etudes de sciences pénales et de politique criminelle*, Vol. II, *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Paris, Pédone, 1975, pp. 157-162, p. 160.

⁷⁷⁸ Raymond GASSIN, *op. cit.* p. 425, n°568. Approche fondée sur la théorie du sociologue américain W. I. Thomas qui affirmait « quand les hommes considèrent certaines situations comme réelles, elles sont réelles dans leurs conséquences ».

même situation précriminelle objective peut être perçue et vécue tout différemment par deux individus ou même par une même personne à deux moments différents de son existence. Trois facteurs qui désignent la manière dont les individus vivent les situations peuvent être dégagés : les expériences préalables de situations analogues (effet inhibiteur d'une sanction ou au contraire accoutumance), l'humeur du moment qui altère et déforme la perception de la situation, la connaissance réelle et supposée des attitudes de la collectivité face à la situation et de la réaction de celle-ci⁷⁷⁹. A un moment donné donc, ou pour une personne donnée, la vulnérabilité de la victime potentielle, élément de la situation précriminelle objective peut déterminer ou du moins encourager le délinquant au passage à l'acte – ou au contraire freiner celui-ci. En effet, la sanction attachée aux atteintes aux personnes vulnérables – hormis sans doute aux enfants – peut être perçue comme secondaire socialement, car elle l'a été longtemps.

666. Mais la vulnérabilité est certainement principalement prise en compte par le délinquant potentiel dans *l'effet de sélection de la structure personnelle* des individus parmi les *stimuli* du monde extérieur, notion proche de celle de perception subjective de la situation précriminelle⁷⁸⁰. Selon le criminologue O. Kingberg, la structure bio-psychique de l'individu est au cœur de son comportement, et chacun réagit aux *stimuli* du monde extérieur en fonction de la structure propre de sa personnalité. Cette structure a trois composantes : le noyau constitutionnel, les variantes pathologiques et la fonction morale⁷⁸¹. La vulnérabilité de la future victime peut alors en effet déclencher le passage à l'acte si la fonction morale du délinquant est défaillante. En effet, celle-ci comprend un élément intellectuel et un élément affectif. Pour commettre un acte attentatoire envers une personne vulnérable le délinquant doit développer une certaine indifférence à leur situation, l'élément affectif de la fonction morale est alors peu présent et le passage à l'acte certainement facilité.

⁷⁷⁹ *Ibid.* p. 426, n°569.

⁷⁸⁰ *Ibid.* p. 425, n°568.

⁷⁸¹ *Ibid.* p. 398.

667. La manière dont la vulnérabilité entre dans l'intention de l'auteur en tant que condition préalable est certainement éclairée par une telle approche. Surtout elle doit être examinée relativement à une acception novatrice de l'intention criminelle.

2. L'éclairage apporté par la conception du dol spécial de M. Adrien-Charles Dana

668. L'appréhension de la teneur du lien de corrélation peut être beaucoup plus complète si l'on considère une conception du dol, qui s'éloigne nettement de la conception classique de celui-ci. Ainsi, M. Adrien-Charles Dana, conteste-t-il, dans sa thèse, *La notion d'infraction pénale*, l'existence même du concept de dol général⁷⁸². La définition classique du dol général résulte selon lui de deux confusions. Tout d'abord, la volonté de réaliser l'élément matériel de l'infraction traduisant la volonté de l'agent de commettre le délit tel qu'il est déterminé par la loi se confond avec l'action imputable, c'est-à-dire l'extériorisation d'une volonté à travers une conduite matérielle. Ensuite, la conscience de l'auteur d'enfreindre les prohibitions légales supposant la connaissance de la qualification pénale débouche inévitablement sur une présomption de connaissance de la loi, or cet aspect du dol général est, selon l'auteur, "absorbé" par le principe de la légalité criminelle.

669. L'auteur démontre aussi l'inutilité pratique du dol général⁷⁸³. En conséquence, l'auteur propose de dégager une définition du dol spécial fort intéressante pour ce qui nous concerne. Ainsi, « si l'intention est la volonté dirigée contre une valeur sociale, *par rapport à la société*, le dol spécial devient la volonté utilisée dans le *but de nuire* à une *valeur sociale*. L'intention pénale n'est autre au bout du compte, que le fait d'agir "exprès" pour nuire à une valeur sociale : elle est intention de nuire ». Aussi, « la culpabilité normative rend compte de "l'indifférence"

⁷⁸² Adrien-Charles DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Paris, Bibliothèque de sciences criminelles, L.G.D.J., 1982, *préc.*, pp. 455-460, n^{os} 457-463.

⁷⁸³ *Ibid.* pp. 460-466, n^{os} 464-469.

de l'agent à l'égard des valeurs sociales. Fondée sur l'intention de nuire, la culpabilité intentionnelle, elle, rendra effectivement compte de l'hostilité du prévenu à l'encontre des mêmes valeurs sociales⁷⁸⁴ ». L'idée d'abus réapparaît ici à travers l'intention de nuire.

670. La détermination de la valeur sociale fondant la prise en compte de la vulnérabilité en droit pénal est nécessaire afin d'être en mesure de caractériser l'intention de l'auteur au regard de la vulnérabilité. Or, la prise en compte de la vulnérabilité de la personne dans le Code pénal, en tant que condition préalable d'une infraction, comme d'ailleurs en tant que circonstance aggravante, exprime *une valeur sociale privilégiée*⁷⁸⁵. Rappelons que le nouveau Code pénal s'est voulu protecteur des plus faibles. « Les atteintes à la personne humaine sont particulièrement *graves*, voire odieuses quand elles visent des *mineurs* et surtout des enfants âgés de *moins de quinze ans* ou des personnes particulièrement *vulnérables*⁷⁸⁶. » Ainsi, l'auteur sera sanctionné lourdement parce qu'il s'est attaqué à des personnes que le droit pénal entend protéger de façon particulière, sa faute est plus grave⁷⁸⁷.

671. Aussi, M. Jean-Paul Doucet analyse-t-il l'infraction comme des faits susceptibles de recevoir une qualification pénale. Ceux-ci « doivent consister en des agissements positifs ou négatifs, *portant atteinte à un intérêt protégé*, ou susceptible de lui porter atteinte, et accomplis avec conscience, sinon fautivement ou volontairement ». A ce titre, l'auteur précise que « le défaut de conscience, de la qualité d'un agent public ou de l'âge de la victime résulte des faits et empêche la

⁷⁸⁴ *Ibid.* p. 470, n°475.

⁷⁸⁵ Selon les termes de Cécile BARBERGER, déjà relevés, *In* : Actes du XIIIe Congrès de l'association française de droit pénal, Le nouveau Code pénal : deux années d'application, *Rev. jur. d'Île-de-France*, 1994, n°44, pp. 179-191, p. 183 et *Rev. pénit.* 1996, n°3, pp. 179-191, p. 281.

⁷⁸⁶ Commission de révision du Code pénal, *Projet de nouveau Code pénal*, présentation par Robert BADINTER, Paris, Dalloz, 1988, p. 39.

⁷⁸⁷ Anne d'HAUTEVILLE, La gradation des fautes pénales en matière d'atteinte à la vie et à l'intégrité physique, *In* : Equipe de recherche sur la politique criminelle, Christine LAZERGES (Sous-dir.), *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Paris, Pédone, 1995, pp. 31-56, p. 37.

constitution de l'infraction ». Or, ce sont des qualités de la victime de la même manière que la vulnérabilité. Cette approche incite à considérer la vulnérabilité en ce sens comme un élément constitutif de l'infraction⁷⁸⁸.

672. Le recours à la notion de valeur fondamentale, ou ici d'intérêt protégé, permet de dégager de manière cohérente les ressorts cachés, mais essentiels, de la conception de la vulnérabilité par la loi pénale au regard de l'intention de l'auteur. En cela, la conception du dol de M. Dana fournit un moteur de raisonnement précieux.

673. Selon M. Dana, le dol spécial est le fait pour l'auteur d'agir « exprès » pour nuire à la valeur sociale considérée, l'intention pénale étant alors intention de nuire. Elle rend compte de l'hostilité de l'auteur à l'encontre de la valeur sociale⁷⁸⁹. Ainsi, le fait que l'auteur de l'infraction la commette à l'encontre d'une personne vulnérable, alors qu'il connaît cette circonstance, manifeste de sa part une intention de nuire, une hostilité à l'encontre de la loi qui lui interdit de s'en prendre, par des agissements graves, à des personnes dont les capacités de défenses sont plus faibles. L'auteur qui a connaissance de la vulnérabilité matérielle de la victime évalue alors dans quelle mesure celle-ci peut rendre l'infraction plus accessible pour lui. La vulnérabilité facilite l'atteinte, une infraction. Cette évaluation le pousse donc à mépriser la valeur protégée. La connaissance par l'auteur de la vulnérabilité de la personne implique donc plus que de l'indifférence à la vulnérabilité.

674. Elle manifeste, dans ce cas, une véritable intention de nuire à la volonté du législateur de protéger les personnes dont la vulnérabilité est établie. Cela implique que dans l'intention de l'auteur la vulnérabilité est prise en compte en ce qu'elle réduit, ou au moins peut réduire, les capacités de défense de la personne face à l'atteinte qu'il va commettre. Ainsi, si la particulière vulnérabilité ne réduit pas

⁷⁸⁸ Jean-Paul DOUCET, La condition préalable à l'infraction : *Gaz. Pal.* 1972, 2, Doctr. pp. 726-729, p. 727.

⁷⁸⁹ Adrien-Charles DANA, *thèse préc.*, n° 475, p. 470.

effectivement en l'espèce les capacités de résistance – personne capable de se défendre physiquement contre une violence, mais intellectuellement déficiente, ou personne capable de se défendre du point de vue intellectuel mais physiquement amoindrie – l'auteur a tout de même intégré cet aspect lorsqu'il commet l'infraction. Le lien de facilitation est donc subjectif car intégré à l'intention de l'auteur qui compte sur le fait que la vulnérabilité peut ou doit réduire les aptitudes à résister de la victime et donc lui faciliter dans une certaine mesure la commission de l'infraction. Grâce donc à la conception de M. Dana, le lien est précisé par rapport à la conception traditionnelle du dol qui permettait déjà de considérer que la vulnérabilité était prise en compte sur le plan moral par l'auteur de l'infraction.

675. La vulnérabilité implique objectivement que la personne dans un état matériel de faiblesse particulier est plus perméable qu'une autre à certaines atteintes, des abus notamment. Le lien de corrélation est en outre intégré subjectivement à l'intention de l'auteur. Celui-ci a pris en considération la vulnérabilité, tant dans sa dimension matérielle que dans sa corrélation avec l'acte qu'il envisage de commettre. C'est en ce sens que la vulnérabilité, qui entre dans la qualification de l'infraction en tant que condition préalable sur le plan matériel, entre aussi dans la qualification de celle-ci sur le plan de l'intention de l'auteur. Ainsi, la vulnérabilité en tant que condition préalable d'une infraction, permet de qualifier un abus. Il convient d'examiner précisément ce mécanisme.

§ 2. La vulnérabilité, condition préalable d'un abus de situation expressément visé

676. On l'a vu, avant la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, tous les articles pour lesquels la vulnérabilité de la victime était prévue en tant que condition préalable incriminaient expressément des actes d'abus : l'article 223-15-2 du Code pénal réprimant l'abus de faiblesse d'une personne vulnérable, et les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal réprimant le fait soit d'obtenir d'une personne, en abusant de sa vulnérabilité ou de sa dépendance, la fourniture de services insuffisamment rétribués, soit de soumettre cette personne à

des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine. De la sorte, lorsque la vulnérabilité contribuait expressément à qualifier l'existence d'une infraction, cette infraction consistait en un abus de situation. L'article 223-15-2 du Code pénal n'est plus aujourd'hui que le seul article doté d'une telle configuration, l'exigence de l'abus ayant été supprimée des articles 225-13 et 225-14 nouveaux du Code pénal. Pourtant, pour bien comprendre ces nouveaux articles, il ne faut pas occulter leur passé où l'abus de situation devait être établi.

677. Tant pour le délit d'abus de faiblesse d'une personne, dont la particulière vulnérabilité est connue de l'auteur pour la conduire à un acte ou une abstention qui lui soit gravement préjudiciable, que pour ceux d'abus de la vulnérabilité ou de la situation de dépendance d'une personne pour lui imposer des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité, un abus est ou était donc exigé. Cet abus consiste alors en un abus de la vulnérabilité d'une personne. Il est donc impératif de comprendre cette notion si étroitement imbriquée à la vulnérabilité afin d'éclairer la fonction de celle-ci.

A. Les textes

678. D'emblée, deux difficultés se posent dans la compréhension de ces infractions relativement à l'abus. La difficulté qui doit être résolue avant toute chose est la mise en lumière de la relation entre l'abus et le résultat des infractions : conduire à un acte ou une abstention préjudiciables pour l'abus de faiblesse de l'article 223-15-2 du Code pénal, obtenir un service sans contrepartie et soumettre la personne à des conditions contraires à la dignité humaine pour les délits des articles 225-13 et 225-14 du même code. Or il apparaît que l'abus est le moyen d'obtenir ce résultat. Ce problème doit être envisagé avant de rechercher la relation entre l'abus et la vulnérabilité dont il ressort que la vulnérabilité est en fait le moyen de l'abus. On ne peut en effet comprendre la fonction de la vulnérabilité dans la qualification de l'infraction qu'avec une mise en perspective de ces éléments.

1. L'abus de vulnérabilité, moyen d'obtenir le résultat de l'infraction

679. Pour cette question, une lecture attentive des articles 223-15-2, 225-13 et 225-14 permet de dire que finalement l'abus de vulnérabilité est le moyen de commettre l'infraction. En effet, les termes de la loi étaient explicites, puisqu'ils visaient le fait d'obtenir d'une personne, *en abusant* de sa vulnérabilité ou de sa situation de dépendance, la fourniture de service non rétribués ou insuffisamment rétribués, ou, le fait de soumettre une personne, *en abusant* de sa vulnérabilité ou de sa situation de dépendance, à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine. L'emploi de la forme du gérondif était sans équivoque, les actes, pour être punissables, devaient être réalisés au moyen d'un abus de la vulnérabilité de la personne ou de sa situation de dépendance, et seulement par ce moyen à l'exclusion de tout autre. La conception de l'abus, telle qu'elle était appréhendée par ces articles, semble être large. En effet, la commission de révision du Code pénal avait employé différentes expressions en vue de l'élaboration de ces articles, étaient visés le fait de *mettre à profit la faiblesse ou la situation de dépendance* de la personne, le fait d'*exploiter les besoins de personnes n'ayant que de faibles ressources*, et enfin le fait d'*abuser de la situation de faiblesse d'un mineur, d'une personne vulnérable en raison d'une maladie, d'une infirmité, ou d'une déficience physique ou mentale ou de toute autre personne ne bénéficiant pas de moyens convenables d'existence*. La sous-commission, quant à elle, a estimé que « le texte ne doit pas viser uniquement ceux qui cherchent à tirer un profit économique de la faiblesse d'autrui mais ceux qui cherchent à avilir autrui, même sans intérêt financier⁷⁹⁰ ». Ainsi, au sens des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal, l'abus de la vulnérabilité de la personne

⁷⁹⁰ Pierrette PONCELA, Pierre LASCOUMES, en collaboration avec Daniel CHARLES, Anna LEPAIGNE, Catherine VIDAL-ENGAURAN, *Réforme ou reconstruction de l'ordre public ? La réforme du Code pénal de 1992*, Convention de recherche n° RE 9522 de la Mission de Recherche Droit et Justice, Ministère de la Justice, Juin 1998, p. 226. On notera que la troisième expression citée, proposée par la commission, est fortement inspirée du texte incriminant l'abus de faiblesse d'un mineur ou d'une personne vulnérable (actuel art. 223-15-2 du Code pénal).

apparaît comme le moyen utilisé par l'auteur du délit non seulement pour profiter, mais aussi pour avilir la personne.

680. Le législateur, dans la conception de l'abus de faiblesse de l'article 223-15-2, a-t-il entendu viser l'abus en tant que moyen de commettre les agissements coupables ou s'agit-il d'un acte à part entière, distinct de ceux-ci ? Les termes de l'article 223-15-2 du Code pénal précisent qu'est puni « *l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse* » d'une personne particulièrement vulnérable, notamment, « *pour conduire [...] cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables*⁷⁹¹ ». Ici encore la formulation, bien que différente, fait apparaître l'abus comme le moyen de commettre l'acte. L'abus s'inscrit dans un objectif déterminé, il n'a donc d'intérêt que relativement à ce but car l'auteur utilise l'abus pour commettre les agissements répréhensibles. Ainsi, pour que soient établis les délits prévus aux articles 223-15-2, 225-13 et 225-14 du Code pénal, un résultat doit évidemment être constaté⁷⁹². Mais le moyen employé par l'auteur pour obtenir ce résultat doit aussi être caractérisé, il consiste en un abus de la vulnérabilité d'une personne.

681. Il s'agit donc de préciser, afin d'avoir une compréhension précise de ces infractions, cet abus particulier qu'est l'abus de la vulnérabilité d'une personne.

⁷⁹¹ L'art. 313-4 abrogé par la loi n°2001-504 du 12 juin 2001, ayant créé le nouvel art. 223-15-2, visait l'abus « pour obliger » à un acte ou une abstention, il visait donc un acte plus violent, proche de l'extorsion. Cependant, si le verbe, donc les actes matériels visés, ont changé, la formulation est restée par ailleurs la même.

⁷⁹² Un acte ou une abstention, d'une part, et l'obtention de services contre une rétribution sans rapport avec l'importance du travail accompli ou la soumission à des conditions contraires à la dignité, d'autre part. Le résultat est défini par Jean-Yves Maréchal comme « une atteinte à un intérêt pénalement protégé, qui constitue l'effet ou la conséquence des actes d'exécution de l'infraction ». En ce qui concerne l'abus de faiblesse donc, le résultat, par lequel se consomme l'infraction, est l'acte ou l'abstention de la victime, et non le dommage. L'existence d'un préjudice n'est pas exigée pour que l'infraction soit constituée. Cf. note sous Cass. crim., 12 janvier 2000 : *D.* 2001, J. pp. 813-816, Un abus de faiblesse préjudiciable... sans préjudice.

2. La vulnérabilité, moyen de réaliser l'abus

682. L'abus que vise le législateur est un abus de situation. La situation particulière est que l'auteur se trouve face à une personne dont il connaît la vulnérabilité. La situation se concentre donc ici en la personne de la victime dont la vulnérabilité est l'un des éléments permettant la qualification de l'abus caractérisant le délit.

683. La référence à l'abus dans le délit d'abus de faiblesse n'est pas une innovation du législateur de 1992. En effet, l'article 406 de l'ancien Code pénal, datant de 1810, qui a largement inspiré la création du délit d'abus de faiblesse dans le nouveau Code pénal⁷⁹³, réprimait « quiconque aura abusé des besoins, des faiblesses ou des passions d'un mineur, pour lui faire souscrire, à son préjudice, des obligations, quittances ou décharges, pour prêt d'argent ou autre choses mobilières, ou d'effets de commerces ou tous autres effets obligatoires, sous quelque forme que cette négociation ait été faite ou déguisée ». René Garraud a donné une définition de cet abus spécifiant qu'il fallait « un acte positif, une manœuvre frauduleuse, employée *lucri faciendi causa*, et ayant pour résultat la souscription d'une obligation ou d'une quittance. Non que la manœuvre frauduleuse doive être caractérisée, comme dans l'escroquerie, dont le délit qui nous occupe est cependant une variété ; il ne s'agit pas, en effet, de tromper le mineur ; il s'agit de tirer profit de ses passions, de ses faiblesses, de son inexpérience, en un mot d'abuser de sa condition même⁷⁹⁴ ». M. Pierre Decheix remarque que la dernière

⁷⁹³ Circulaire du 14 mai 1993, Commentaire des dispositions législatives du nouveau Code pénal. La circulaire précise que cette disposition était depuis longtemps tombée en désuétude. L'art. 313-4, actuel 223-15-2, s'inspire aussi largement des dispositions du droit de la consommation, notamment l'art. 7 d'une loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 réprimant l'abus de faiblesse en matière de démarchage à domicile (art. L. 122-8 du Code de la consommation). Sur ces évolutions voir : Marie-Laure IZORCHE, La genèse du délit d'abus de faiblesse, pp. 107-119, In : Equipe de recherche sur la politique criminelle, Christine LAZERGES (Sous-dir.), *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Paris, Pédone, 1995.

⁷⁹⁴ Cité par Pierre DECHEIX, In : Abus frauduleux d'un état de faiblesse, Art. 313-4 : *J.-Cl. Pénal*, n°31, p. 6.

phrase de cette définition commande de supprimer l'exigence d'une manœuvre frauduleuse. Celui qui abuse ne crée pas la situation lui permettant de profiter de sa victime, comme l'escroc par ses manœuvres frauduleuses⁷⁹⁵. Il suffisait ici que l'auteur exploite l'inexpérience du fils de famille.

684. Concernant l'actuel délit d'abus de faiblesse du Code pénal, le juge doit constater un abus "frauduleux" de l'état de faiblesse ou d'ignorance de la victime vulnérable. La conception de cette notion n'est pas uniforme, mais une tendance se dégage tant en doctrine qu'en jurisprudence. Il s'agit de la volonté de réaliser une bonne affaire au détriment de la victime⁷⁹⁶, la conscience de l'abus accompli de mauvaise foi et la volonté de tromper pour atteindre le résultat contraire à l'intérêt de la victime⁷⁹⁷, un simple mensonge qui se distingue des manœuvres par le fait qu'il n'a pas à être appuyé par un fait extérieur comme en matière d'escroquerie⁷⁹⁸. La lecture doctrinale des éléments permettant de caractériser l'abus de la situation de vulnérabilité est libérale puisqu'elle admet les actes sans manifestation positive.

⁷⁹⁵ Il faut préciser cependant que, dans le délit actuel d'abus de faiblesse, l'auteur peut être à l'origine de la situation dont il abuse. Cependant, l'abus devra avoir été commis après que l'auteur ait provoqué cette situation, apparaissant ainsi comme un acte distinct de celle-ci. Ainsi, l'auteur qui frappe la victime, exerce des manœuvres tendant à l'isoler, la fragiliser, etc., crée la vulnérabilité, dont il abuse ensuite. Toutefois, dans ces situations la qualification d'extorsion ou d'escroquerie se justifie davantage, du fait notamment que les peines encourues sont plus sévères. Voir cependant : Cass. crim., 26 septembre 2001, Pourvoi n°00-84.548. Dans cette affaire la prévenue est condamnée pour extorsion pour les faits antérieurs à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, et pour abus de vulnérabilité pour les faits postérieurs. La vulnérabilité résulte du grand âge de la victime, de son état de santé, mais aussi de son isolement accentué par les manœuvres de la prévenue. Voir aussi, Cass. crim. 24 janvier 2001, Pourvoi n°00-83.511.

⁷⁹⁶ Brigitte BELLOIR-CAUX, Le délit d'abus de faiblesse ou d'ignorance : une protection excessive ? *Petites affiches* 1993, n° 70, pp. 19-24, p. 22 (à propos du délit d'abus de faiblesse en droit de la consommation).

⁷⁹⁷ Jean-François SEUVIC, Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse (articles 223-15-2 à 223-15-4 du Code pénal) : *Rev. sc. crim.* 2000, pp. 852-854, p. 854.

⁷⁹⁸ Pierre DECHEIX, *art. préc.*, n°60, p. 9.

685. L'interprétation de l'abus dans le délit d'abus de faiblesse en droit de la consommation⁷⁹⁹ rejoint une telle lecture, en toute logique puisque ce délit a également inspiré le législateur pénal. En effet, en droit de la consommation, « c'est en l'absence de ruses ou d'artifice qu'il y a véritablement abus : abuser ce n'est pas tromper, mais c'est profiter d'une inégalité d'aptitude au raisonnement, c'est exploiter un plus faible⁸⁰⁰ ». Ce qui domine donc dans la définition de l'abus est l'idée d'exploiter, de profiter d'une situation particulière, qui se trouve être, pour ce qui nous occupe, la vulnérabilité d'une personne. Il faut bien insister sur le fait que l'abus n'implique pas nécessairement que soit constaté une manœuvre, un mensonge, en tant qu'actes extériorisés par l'auteur.

686. Le lien de corrélation entre la vulnérabilité et l'atteinte est donc indiscutablement envisagé subjectivement. C'est-à-dire qu'il suppose une appréciation de la psychologie de l'auteur au moment où il passe à l'acte. Celui-ci a subjectivement intégré la vulnérabilité de sa victime, ce qui détermine ensuite son comportement matériel manifestant la prise en compte de la vulnérabilité particulière de celle-ci. L'auteur a analysé la situation et il savait qu'en exploitant la vulnérabilité, il obtiendrait plus facilement le résultat envisagé : la vulnérabilité est donc pour l'auteur le moyen de l'abus. La vulnérabilité est intégrée entièrement à la culpabilité de celui-ci. Le lien de corrélation est très fort en matière d'abus de vulnérabilité, la vulnérabilité particulière rend la victime moins apte à résister à l'atteinte précise qu'elle subit face à un auteur qui en profite. L'auteur de l'atteinte a utilisé cette vulnérabilité, dans sa manifestation matérielle, pour commettre plus facilement l'atteinte. L'étude de la jurisprudence met en lumière le bien-fondé de cette analyse.

⁷⁹⁹ Art. L. 122-8 du Code de la consommation, issu de la loi du 22 décembre 1972, en matière de démarchage à domicile.

⁸⁰⁰ Brigitte BELLOIR-CAUX, *art. préc.* p. 22.

B. La jurisprudence

1. L'article 223-15-2 du Code pénal

687. La jurisprudence semble, elle aussi, assez peu formaliste dans la caractérisation de l'abus qu'elle interprète avec souplesse. Le caractère frauduleux de l'abus résulte des agissements commis par l'auteur pour obtenir l'acte ou l'abstention. Il peut résulter : de mensonges, manipulations de diverses natures en vue d'obtenir son consentement⁸⁰¹. Mais, il peut aussi procéder de ce que ces agissements révèlent d'intention lucrative sans que ni manipulation, ni mensonge positifs ne soient constatés. La motivation des juges du fond peut être révélatrice de cette manière d'établir l'abus, ainsi, la chambre criminelle dans un arrêt du 29 mai 2001 souligne que « l'importance même des sommes prélevées par [la prévenue] démontre à elle seule le caractère frauduleux de l'abus, dont celle-ci avait nécessairement conscience⁸⁰² ».

688. Il reste souvent difficile de faire le tri entre les éléments que le juge retient au titre de l'abus seul, et ceux retenus au titre du caractère frauduleux de l'abus, surtout – comme c'est presque toujours le cas, pour le caractère frauduleux de l'abus, et souvent pour l'abus – lorsque le juge ne précise pas ces éléments. L'analyse de la jurisprudence fait en effet apparaître que les juges sont plus ou moins exigeants quant à la caractérisation expresse de cet élément pourtant fondamental de l'infraction d'abus de faiblesse, qu'est l'abus de vulnérabilité de la personne. Il faut donc distinguer les hypothèses où la jurisprudence caractérise expressément l'abus de faiblesse d'une personne particulièrement vulnérable, et celles où l'abus n'est pas expressément caractérisé par le juge. Quelle que soit la modalité de constatation de l'abus, la fonction de qualification de l'abus jouée par la vulnérabilité est nette.

⁸⁰¹ Qui n'ont toutefois pas à être constitutives de pressions de la part de l'auteur : Cass. crim., 7 novembre 2000, Pourvoi n° 00-85.491.

⁸⁰² Cass. crim., 29 mai 2001, Pourvoi n° 00-86.989.

a. *L'abus caractérisé expressément par le juge*

689. L'article 223-15-2 du Code pénal incrimine l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse d'un mineur, d'une personne particulièrement vulnérable ou d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou une abstention qui lui sont gravement préjudiciables. L'analyse de la jurisprudence montre que le même schéma se retrouve constamment pour caractériser l'infraction.

- Le juge relève la particulière vulnérabilité matérielle de la victime connue de l'auteur.
- Le juge constate que l'auteur a profité de cette vulnérabilité, et éventuellement la manière dont il en a profité.
- Le juge relie l'abus de la vulnérabilité de la victime au but recherché par l'auteur : obtenir un acte ou une abstention qui doit être préjudiciable.

690. Cette structure, constante dans la jurisprudence lorsqu'elle caractérise l'abus, révèle quelques nuances toutefois quant à la manière dont elle transparaît dans la motivation des magistrats. Selon une première déclinaison, la plus explicite, les juges du fond non seulement constatent l'abus en tant que l'auteur a profité de la vulnérabilité de la victime, mais mettent en outre en lumière la manifestation matérielle de cet abus de la vulnérabilité de la victime, le caractère frauduleux est ainsi expressément qualifié. Selon la seconde déclinaison, l'abus est qualifié par l'existence d'un profit, l'exploitation de la vulnérabilité, en tant que moyen d'obtenir le résultat escompté, sans que ne soit relevé aucun agissement positif constitutif de manipulation ou de mensonges.

i. *L'abus révélé par les actes matériels positifs*

691. Les juges du fond dans cette hypothèse non seulement relèvent l'abus, mais précisent en outre la manifestation matérielle de cet abus de la vulnérabilité de la victime, ce qui révèle son caractère frauduleux. Très

classiquement les magistrats qualifient alors l'abus, qu'ils nomment, en tant qu'élément constitutif de l'infraction à établir. Mais, parfois, curieusement, l'existence de manifestations extérieures permettant de caractériser l'abus rend celui-ci tellement évident que les juges ne précisent pas son existence, tout en constatant les éléments permettant de le qualifier juridiquement. L'abus est qualifié sans être expressément visé⁸⁰³.

692. Le plus souvent, l'abus est visé expressément et constaté matériellement par les agissements de l'auteur. Ainsi, une prévenue, parfaitement informée de la situation financière d'un vieil homme, « n'ignorait pas ses carences physiques et intellectuelles qu'elle savait exploiter, en lui parlant doucement », la prévenue allait en compagnie de la victime, qui payait les notes, au restaurant, au supermarché avec des amies dont le but affirmé était, selon l'expression utilisée par la cour, de "plumer les vieux"⁸⁰⁴. Dans une autre affaire, les éléments retenus par les juges pour caractériser le délit sont : tout d'abord la connaissance par le prévenu de la vulnérabilité de la victime dont il avait en charge les intérêts en raison de son état physique et psychique, ensuite le fait que celui-ci a « profité de l'état perturbé de la vieille femme physiquement défaillante, et de l'état de dépendance de cette dernière pour la gestion de ses biens », et enfin le détournement du mandat de gestion qui lui avait été confié. Aussi, les juges soulignent que l'auteur a mis sa victime en condition « en invoquant les sentiments affectueux qu'il disait éprouver pour elle pour l'obliger à des actes qui lui étaient gravement préjudiciables, à savoir l'appauvrissement de son patrimoine⁸⁰⁵ ».

693. Dans ces deux décisions les magistrats font clairement apparaître en quoi consiste l'abus de la vulnérabilité des personnes. La manipulation, qui consiste à amadouer les victimes, est un acte qui implique la prise en compte par

⁸⁰³ Hypothèse qui se distingue de celles, étudiées ci-dessous, où l'abus n'est pas du tout caractérisé par le juge.

⁸⁰⁴ Cass. crim., 29 mai 2001, Pourvoi n°00-87.464.

⁸⁰⁵ Cass. crim., 5 septembre 2001, Pourvoi n°00-87.27 9. Voir aussi : Cass. crim., 26 septembre 2001, Pourvoi n°00-84.548.

son auteur de leur vulnérabilité. Celle-ci, en effet, est source de naïveté et de crédulité face aux actes de l'auteur, le profit escompté est ainsi rendu plus accessible. L'abus est bien le moyen utilisé par l'auteur pour conduire la victime à un acte ou une abstention. Il arrive que ce soit à partir des agissements intrusifs de l'auteur que les juges constatent l'abus. Tel est le cas d'un « d'un abus évident de la faiblesse d'une personne âgée dont le domicile a été investi contre son gré » constaté dans une affaire de vente à domicile⁸⁰⁶. L'abus étant manifeste, le lien de corrélation entre la vulnérabilité de la victime et les agissements de l'auteur est mis en lumière par les juges. Reste l'hypothèse d'un « projet reposant sur *l'exploitation d'une personne entièrement dépendante du foyer* et qui ne pouvait exprimer une volonté réelle et non équivoque conforme à ses intérêts » caractérisant le délit d'abus de faiblesse et dont la prévenue était « l'instigatrice et l'exécutrice »⁸⁰⁷. La vulnérabilité matérielle est assurément le moyen dont se sert l'auteur du délit pour commettre les actes qualifiés d'abus. C'est de cette manière que la prise en compte de la vulnérabilité dans la qualification de l'abus commis par l'auteur du délit est clairement présentée par les juges.

694. Cependant, les juges parfois décrivent les agissements de l'auteur incontestablement révélateurs d'un abus de vulnérabilité, mais sans nommer l'existence d'un abus. L'abus est flagrant, qualifié juridiquement, mais n'est pas mentionné dans la décision. Ainsi, la chambre criminelle relève, dans un arrêt du 24 janvier 2001, que les prévenus ont « usé de manœuvres dans le but d'isoler la victime de son environnement habituel et d'aggraver ainsi son état de dépendance pour la contraindre à signer des actes dont ils lui ont dissimulé la portée véritable ». Mais, à aucun moment, la cour ne constate expressément l'existence d'un abus de cette situation de vulnérabilité. Le même constat s'impose dans un arrêt du 21 février 2001, qui souligne pourtant que les auteurs du délit ont provoqué chez la victime âgée de plus de 80 ans une intoxication alcoolique afin de la rendre plus vulnérable et ont « alterné les actions visant à se rendre indispensables et celles

⁸⁰⁶ C.A. Riom, 11 juin 2003 : *Contrats, conc., consom.* 2004, Comm.48, p. 28, note Guy RAYMOND.

⁸⁰⁷ Cass. crim., 18 mai 2004, Pourvoi n°03-82.733.

tendant à faire naître dans l'esprit de la victime [...] la crainte d'être abandonnée et placée dans un établissement spécialisé⁸⁰⁸ ». L'attitude de l'auteur n'aurait évidemment pas les mêmes conséquences face à une personne « capable de déjouer ses subterfuges⁸⁰⁹ ». Le caractère frauduleux résulte sans aucun doute de l'absence totale de sincérité des auteurs, des manœuvres employées pour obtenir ce qu'ils souhaitent. Il est évident en tout cas que la vulnérabilité de la victime entre ainsi dans les éléments permettant la qualification de l'abus. L'auteur du délit adapte parfaitement son comportement en considération de cette dernière. La vulnérabilité entre dans l'intention criminelle et participe ainsi à la qualification de l'infraction. La même lecture s'impose lorsque l'abus de la situation de vulnérabilité n'est pas qualifié par des agissements positifs de l'auteur.

ii. L'abus constitué par le simple fait de profiter de la vulnérabilité de la victime

695. Les motivations sont en effet, significatives de la constatation de l'abus en dehors de tout acte positif de l'auteur en vue d'obtenir le résultat de l'infraction. L'abus résulte alors du simple fait de profiter de la situation de vulnérabilité, de s'en servir pour atteindre le but escompté⁸¹⁰. Le lien de corrélation entre cet acte et la vulnérabilité est ainsi toujours manifeste.

⁸⁰⁸ Respectivement : Cass. crim., 24 janvier 2001, Pourvoi n°00-83.511 ; Cass. crim., 21 février 2001, Pourvoi n°99-88.006.

⁸⁰⁹ Selon les termes de Guy RAYMOND, Droit pénal de la consommation, Les abus de faiblesse : *Gaz. Pal.* 2002, 1, Doctr. pp. 399-404, p. 402.

⁸¹⁰ Toutefois, il arrive qu'il soit difficile de distinguer l'exploitation, par le prévenu, d'une situation de vulnérabilité de la victime, d'une relation sincère entre le prévenu et la victime. Pour une illustration de cette difficulté, à propos de la relaxe d'un prévenu du chef d'escroquerie : Cass. crim., 6 septembre 2000, Pourvoi n° 99-84.319. En l'espèce, deux hommes s'avaient su se rendre indispensables, par leurs services d'hommes à tout faire, à un vieil homme seul, vulnérable physiquement et psychologiquement, et avaient été généreusement récompensés de leur aide. Les juges du fond évoquent l'existence d'un « climat de confiance », dont on peut d'ailleurs quel que soit le fait douter à la lecture des faits.

696. Ainsi, la Cour de cassation, dans ses motifs, approuve expressément les juges du fond d'avoir relevé « la situation de dépendance des victimes dont a profité [la prévenue] pour obtenir de leur part des sommes indues » pour caractériser le délit⁸¹¹, ou encore « la particulière vulnérabilité de la victime dont les intéressés, qui n'en ignoraient rien, ont abusé pour l'obliger à des actes et cessions gravement préjudiciables⁸¹² ». Mais, même lorsque la Cour de cassation ne fait que rejeter lapidairement le pourvoi en précisant que les juges du fond ont caractérisé tous les éléments du délit, celle-ci approuve implicitement ce raisonnement étant donné qu'il constitue la motivation de ces derniers. Ainsi, une Cour d'appel précise que la prévenue « avait une parfaite conscience tant de l'affaiblissement mental [du vieil homme] que de l'illégalité de ses propres pratiques ayant consisté à profiter du déclin de ce dernier pour le dépouiller de ses biens », une autre qu'il « est parfaitement établi que, conscients de la particulière vulnérabilité de la partie civile, en lui faisant signer des chèques en leur faveur aux motifs qu'elle paierait moins d'impôts, [les prévenus] ont abusé frauduleusement de sa faiblesse, en lui faisant accomplir des actes qui lui étaient gravement préjudiciables⁸¹³ ». La conscience de la particulière vulnérabilité permet à l'auteur de savoir que l'abus est possible puisque la victime n'est pas, en raison de sa vulnérabilité, en état d'y résister ou même de le percevoir.

697. L'auteur des actes intègre parfaitement la vulnérabilité de la victime pour adapter son comportement au résultat recherché. Celle-ci est donc un élément de qualification du délit. Cette analyse qui transparaît sans conteste des arrêts dans lesquels l'abus de la vulnérabilité de la victime est expressément constaté par les juges, est certainement encore plus nette lorsque, au contraire, la motivation des magistrats est lacunaire sur ce point.

⁸¹¹ Cass. crim., 30 avril 1996 : *Dr. pénal* 1996, Comm. 217, p. 8, note Michel VERON.

⁸¹² Cass. crim., 5 décembre 2001, Pourvoi n° 01-80.698 .

⁸¹³ Respectivement : Cass. crim., 15 septembre 1999, Pourvoi n° 98-86.365 ; Cass. crim., 29 mai 2001, Pourvoi n° 00-86.461.

b. L'abus non caractérisé expressément par le juge

698. Dans de nombreux arrêts, l'abus n'est pas expressément caractérisé par les juges du fond, et la Cour de cassation ne semble pas s'en offusquer. Les magistrats, assez fréquemment, estiment que le délit d'abus de faiblesse d'une personne vulnérable est constitué alors même qu'il n'ont pas formellement précisé ni en quoi consistait matériellement cet abus, ni que l'auteur avait profité de la situation de vulnérabilité de la victime. Aucun élément de qualification n'est précisément identifié. Pourtant, tous ces arrêts font ressortir que les éléments pris en compte par le juge permettent de constater l'existence d'un abus de la vulnérabilité de la victime. En premier lieu, l'abus est parfois déduit de l'existence d'une contrainte exercée par l'auteur du délit, celle-ci étant facilitée par la vulnérabilité de la victime. En second lieu, l'existence de l'abus résulte d'une technique qui consiste ici à mettre en relation la vulnérabilité de la victime, et le résultat de l'acte frauduleux commis par l'auteur, c'est-à-dire le résultat de l'infraction lui-même constitué d'un acte ou d'une abstention de la victime gravement préjudiciables.

i. La contrainte de la victime vulnérable constitutive d'un abus implicite

699. L'abus de l'auteur devait avant la loi n° 2001 -504 du 12 juin 2001, avoir pour but d'« obliger » la victime à un acte ou une abstention gravement préjudiciable. L'abus était alors souvent déduit de l'existence d'une contrainte. La vulnérabilité contribue alors manifestement à caractériser l'infraction puisqu'elle est prise en compte dans l'appréciation de l'existence d'une contrainte.

700. La motivation des juges est explicite : c'est parce que la personne était vulnérable que l'auteur a agi ; l'abus ressort de la nature des actes accomplis. Le juge attire alors l'attention sur la relation entre la vulnérabilité de la victime et l'acte de l'auteur. Ainsi, la vulnérabilité est intégrée à l'intention frauduleuse de l'auteur, elle conditionne, selon les juges, son passage à l'acte ; les magistrats précisent que c'est *en raison de* la vulnérabilité que l'auteur a agi. Les motivations

relevées par les magistrats sont explicites : « en raison de sa dépendance, la victime a été obligée de souscrire des actes gravement préjudiciables⁸¹⁴ », « il est indéniable [que la victime] a subi des pressions, qui, en raison de la vulnérabilité [...] l'ont amenée à souscrire un contrat contre sa volonté⁸¹⁵ ». Dans ces arrêts, on est proche d'une motivation selon laquelle l'auteur a profité de la vulnérabilité de la victime pour commettre les actes incriminés, pourtant la motivation des juges ne fait pas apparaître cette caractérisation expresse de l'abus, et c'est contestable. Ils se placent du côté de la victime qui n'a pu résister à la contrainte du fait de sa vulnérabilité. Ce raisonnement est toutefois significatif de la condition à laquelle la vulnérabilité qualifie subjectivement l'abus. Le lien de corrélation entre la vulnérabilité et l'acte de l'auteur qui en a tenu compte pour agir, adapter ses actes.

701. Aujourd'hui, l'abus et la contrainte ne sont plus deux éléments distincts du délit en raison de la suppression de l'exigence d'une contrainte résultant de la loi du 12 juin 2001. L'abus de la situation de vulnérabilité de la personne doit avoir pour but de « conduire » la personne vulnérable à un acte ou une abstention gravement préjudiciable. Dès lors, l'abus doit pouvoir être caractérisé par une contrainte exercée par l'auteur de l'infraction sur la personne vulnérable.

702. En outre, lorsque le juge ne caractérise pas l'abus, celui-ci peut découler en dehors d'une contrainte, d'une mise en relation de la vulnérabilité de la victime et le résultat de l'infraction.

ii. La vulnérabilité associée au résultat du délit pour qualifier implicitement l'abus

703. L'abus semble pouvoir être déduit de la conjonction de deux éléments, la vulnérabilité de la victime et le résultat de l'infraction. Les juges insistent alors sur l'existence de la vulnérabilité, en particulier en ce qu'elle traduit une situation de vulnérabilité face aux agissements incriminés par le délit. Cette

⁸¹⁴ Cass. crim., 7 novembre 2001, Pourvoi n°00-85.491 .

⁸¹⁵ Cass. crim., 19 décembre 2001, Pourvoi n°01-83.15 6.

insistance trouve deux expressions. Soit les magistrats mettent en évidence la vulnérabilité de la victime en insistant sur son caractère très amoindri, la personne étant moins apte objectivement à se défendre, à résister, à certains types d'atteintes au consentement notamment. Soit la vulnérabilité est envisagée du point de vue de l'auteur et les juges insistent sur le fait que celui-ci en avait parfaitement connaissance et donc conscience au moment d'agir, la corrélation subjective aux agissements est dénoncée. Quelle que soit l'expression par laquelle les juges accentuent l'existence de la vulnérabilité, celle-ci pour qualifier implicitement l'abus est toujours mise en perspective avec le résultat obtenu par l'auteur, l'acte ou l'abstention qui doit être gravement préjudiciable à la victime⁸¹⁶.

704. Cette présentation des faits, qui consiste à juxtaposer la vulnérabilité et le résultat de l'infraction, impose avec une évidence manifeste l'existence d'un abus de la vulnérabilité de la victime par l'auteur. Une telle jurisprudence existait avant la modification des termes du délit d'abus de faiblesse suite à la loi du 12 juin 2001, exigeant désormais que l'abus soit réalisé « pour conduire » et non plus « pour obliger » à un acte ou une abstention gravement préjudiciable. L'exigence de contrainte ayant été supprimée, un tel raisonnement acquiert encore plus de légitimité. Apparaît alors clairement que la vulnérabilité participe à la qualification de l'abus, et en constitue un élément incontournable.

α. La situation de vulnérabilité de la victime, associée au résultat de l'infraction, qualifiant l'abus

705. Lorsque le juge insiste sur le caractère particulièrement manifeste de la vulnérabilité de la victime, sur le plan matériel, ou sur la manifestation de cette vulnérabilité qui rend la victime peu résistante ou influençable, il démontre en fait que cette vulnérabilité constitue un terrain propice à l'abus. L'existence d'un acte frauduleux de l'auteur réalisé sur ce terrain propice révèle l'abus de manière évidente. Ainsi, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir déclaré une prévenue coupable d'abus de vulnérabilité, laquelle, selon les termes de la chambre

⁸¹⁶ Le juge ne semble pas toujours très exigeant sur le caractère frauduleux puisque dans certains cas, ce caractère est tout simplement déduit de cet élément constitutif de l'infraction.

criminelle, a convaincu la victime « âgée de quatre-vingt-cinq ans, qu'une "pathologie somatique lourde" et un grand état d'anxiété lié à une intervention de chirurgie ophtalmique rendait particulièrement influençable, de retirer la somme de 56 000 francs de son compte d'épargne pour en créditer le même jour un compte ouvert à son nom, qu'elle a utilisé pour ses besoins personnels n'y laissant subsister qu'un reliquat... » Les fonds remis par la victime constituaient une part importante des ressources de celle-ci⁸¹⁷.

706. De même, la chambre criminelle rejette le pourvoi formé contre un arrêt ayant condamné une prévenue pour avoir dépouillé systématiquement et méthodiquement un couple de personnes très âgées. Selon la chambre criminelle, « les juges se réfèrent à des expertises psychiatriques diligentées sur les victimes d'où ils concluent que leur fragilité psychologique était évidente⁸¹⁸ ». L'abus de vulnérabilité existe aussi lorsqu'un bailleur déménage le mobilier de sa locataire, une personne particulièrement vulnérable âgée de 89 ans et souffrant d'une importante surdité. Et ce, d'un appartement de 50 mètres carrés dans un studio de dix-huit mètres carrés pour la location duquel il lui a fait signer un bail d'un an non reconductible⁸¹⁹. Le même constat s'impose dans une affaire dans laquelle les juges du fond précisent que « le fait d'avoir ainsi privé une personne invalide à 100% pour cécité et ne disposant pour tout revenu que d'une somme de 3000 francs par mois, d'une telle somme lui est gravement préjudiciable », donc selon ceux-ci la culpabilité de la prévenue « *ne peut qu'être retenue*⁸²⁰ ».

707. Le raisonnement implicite des juges dans ces arrêts est que l'acte ou l'abstention de la victime obtenu par l'auteur, révélant une intention frauduleuse évidente et commis alors que la victime est une personne particulièrement influençable, fragile, en situation de grande vulnérabilité, suffisent à considérer comme établi un abus de cette vulnérabilité de la part de ce dernier. La vulnérabilité

⁸¹⁷ Cass. crim., 24 mai 2000, Pourvoi n 99-85.309.

⁸¹⁸ Cass. crim., 29 novembre 2000 : *Dr. pénal* 2001, Comm. 70, p. 12, note Michel VERON.

⁸¹⁹ Cass. crim., 17 janvier 2001 : *Bull. crim.*, n 16, pp. 40-42.

⁸²⁰ Cass. crim., 23 octobre 2001, Pourvoi n 00-88.038 .

participe donc manifestement à la qualification de l'abus, car si cette atteinte est commise, c'est parce que la victime est particulièrement vulnérable. Le lien de corrélation tend donc vers un lien de causalité entre la vulnérabilité matérielle et l'acte de l'auteur.

β. La connaissance de la vulnérabilité par l'auteur, associée au résultat de l'infraction, qualifiant l'abus

708. La vulnérabilité de la victime doit être apparente ou connue de l'auteur, selon les termes de l'article 223-15-2 du Code pénal. Pourtant, l'exigence d'un abus de la vulnérabilité contient implicitement cette connaissance par l'auteur de la vulnérabilité de la victime, « l'abus ne se conçoit pas sans la conscience d'abuser ». « Or l'agent ne peut avoir conscience d'abuser d'une situation s'il ignore⁸²¹ ». C'est pourquoi la motivation des magistrats insiste souvent sur le fait que l'auteur avait connaissance, ou ne pouvait pas ignorer la vulnérabilité pour mettre en évidence implicitement l'abus. Le juge tend à montrer que l'auteur avait conscience de la vulnérabilité de la victime, cet élément de conscience qui permet à la vulnérabilité d'entrer dans le dol général indispensable à la qualification d'une infraction. Alors, la parfaite conscience de la vulnérabilité de la victime par l'auteur, mise en relation avec le résultat de l'infraction, à savoir l'obtention d'un acte ou d'une abstention préjudiciable, permet de considérer implicitement mais nécessairement l'abus établi.

709. L'auteur conscient de la vulnérabilité sait qu'il peut en profiter. De la sorte, l'acte projeté, du fait de la vulnérabilité particulière de la victime, sera sans aucun doute facilité. Aussi, la chambre criminelle estime-t-elle justifiée la décision des juges du fond ayant déclaré un prévenu coupable du délit d'abus de faiblesse d'une personne vulnérable alors que les juges du fond ont constaté « que la situation de dépendance et de vulnérabilité de [la victime, un homme âgé de quatre-vingt-cinq ans, vivant seul et présentant une altération de ses facultés mentales], ultérieurement placé sous tutelle, était connue du prévenu [un boulanger itinérant] qui le rencontrait plusieurs fois par semaine à l'occasion de ses tournées ; qu'ils

⁸²¹ Marie-Laure IZORCHE, Abus de faiblesse ou d'ignorance : *Rép. pén. Dalloz*, n°96, p. 15.

précisent que l'intention frauduleuse de celui-ci résulte de la falsification du montant d'un chèque tiré à son profit par la victime⁸²² ». L'abus de vulnérabilité est de même implicitement constaté dans une affaire où un individu, ayant mainmise sur le patrimoine de la victime, car titulaire d'une procuration générale sur ses comptes, avait détourné et transféré des fonds à son profit. Les magistrats constatent en effet la particulière vulnérabilité de la victime « situation dont le prévenu avait *pleinement conscience*⁸²³ », ce qui induit l'abus.

710. Dans les arrêts évoqués ci-dessus, la notion d'abus est sous-jacente dans la motivation des magistrats. Cependant, ces derniers semblent le présumer sans s'en expliquer. Dans un arrêt, pourtant, une motivation particulièrement intéressante est rapportée. Les magistrats constatent que la prévenue, parfaitement informée des déficiences physiques et psychiques de la victime, avait pu obtenir une importante somme d'argent en profitant de celle-ci. Les juges précisent qu'il résulte de l'information des charges suffisantes « faisant présumer qu'elle avait mis à profit la particulière vulnérabilité de [la victime] pour obtenir, directement ou indirectement des sommes indues représentant une part particulièrement importante de la fortune de la victime⁸²⁴ ». Cette motivation, qui n'encourt aucun reproche, permet d'affirmer que, dans la plupart des cas, l'abus ne peut qu'être déduit des circonstances de l'espèce, tant de la manière dont est appréhendée la vulnérabilité par l'auteur, que le résultat de l'infraction. Aucun de ces éléments ne peut être considéré isolément, c'est la situation d'ensemble qui définit l'abus de faiblesse⁸²⁵. Cet arrêt montre en tout cas clairement que le simple

⁸²² Cass. crim., 12 décembre 2000, Pourvoi n°00-82.392 ; voir aussi pour une espèce similaire : Cass. crim., 31 octobre 2001, Pourvoi n°01-82.373. L'abus de vulnérabilité résulte nécessairement du fait qu'un bailleur déménage le mobilier de sa locataire, personne âgée de 89 ans souffrant d'une importante surdité,

⁸²³ Cass. crim., 7 novembre 2001, Pourvoi n°01-80.697 .

⁸²⁴ Cass. crim., 13 mars 2001, Pourvoi n°00-85.087.

⁸²⁵ Marc LEROUX, L'abus de faiblesse des consommateurs, un abus de circonstances : *Notes bleues de Bercy* 1993, n° 23, 4 pp., 2^e p. Ce raisonnement concernant le délit de droit de la consommation semble pouvoir être adopté pour le délit de droit pénal commun sans difficulté.

fait de profiter de la vulnérabilité d'une personne qui constitue un abus de situation, peut être déduit de la vulnérabilité particulière de la victime et du résultat de l'infraction.

711. En conclusion, concernant la jurisprudence relative à la fonction de la vulnérabilité participant à qualifier le délit d'abus de faiblesse, il convient de remarquer que les faits retenus par les juges du fond pour caractériser le délit sont très semblables dans les hypothèses où l'abus est expressément caractérisé, et celles où il ne l'est pas. Le problème n'est pas une question de preuve puisque finalement, l'abus existe bien en fait, et ce de manière évidente, la difficulté se concentre principalement autour de la motivation des arrêts. Ces derniers devraient dans tous les cas qualifier juridiquement l'existence d'un abus de situation, en ce sens que l'auteur pour conduire la victime à un acte ou une abstention a profité de sa vulnérabilité, l'a exploité consciemment. L'abus fait partie des éléments constitutifs du délit, sa caractérisation expresse ne doit pas être omise, même si elle constitue presque une "formalité" étant donné que les éléments de faits font ressortir l'existence manifeste de cet abus de la vulnérabilité de la victime par l'auteur. La jurisprudence concernant les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal fait apparaître le même type de difficulté.

2. Les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal

712. Les délits prévus par les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal sanctionnaient, d'une part, le fait d'obtenir d'une personne, en abusant de sa vulnérabilité ou de sa dépendance, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli, et, d'autre part, le fait de soumettre une personne, en abusant de sa vulnérabilité ou de sa situation de dépendance, à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine. Ces textes ont été repensés par la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure. Désormais, les articles 225-13 et 225-14 nouveaux du Code pénal incriminent les mêmes faits mais lorsqu'ils sont commis sur une personne « dont la vulnérabilité ou l'état de

dépendance sont apparents ou connus de l'auteur⁸²⁶». L'abus de la vulnérabilité ou de la dépendance de la victime n'est plus exigé.

713. Il est néanmoins très instructif d'examiner la jurisprudence qui s'était développée relativement à ces articles car elle permettra de mieux comprendre cette modification. Pour ces infractions, deux éléments constitutifs prédominaient. L'abus de la vulnérabilité ou de la situation de dépendance et l'obtention de cette personne d'un service sans contrepartie ou la soumission de celle-ci à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine⁸²⁷. Un premier écueil que le juge a évité est de déduire l'abus de vulnérabilité de la soumission à des conditions contraires à la dignité⁸²⁸. Ainsi, dans un arrêt les juges ont relevé les conditions de totale insalubrité d'hébergement constitutives de conditions contraires à la dignité humaine, en revanche l'infraction n'est pas constituée car la vulnérabilité des personnes en cause n'est pas spécifiée, leur seule extranéité ne suffisant pas à la caractériser⁸²⁹. Chacun des éléments constitutifs de l'infraction, l'abus et la soumission à des conditions contraires à la dignité est donc bien identifié par le juge. Quant à l'abus, et à sa qualification grâce à la prise en compte de la vulnérabilité, une double tendance se dégage comme dans la jurisprudence relative à l'article 223-15-2. En effet, soit les juges précisent les éléments constitutifs de l'abus de manière très motivée, l'abus est donc

⁸²⁶ Les peines prévues pour ces délits ont, en outre, été aggravées. La peine d'emprisonnement encourue est ainsi passée de *deux à cinq ans* et la peine d'amende de *75 000 à 150 000 euros*.

⁸²⁷ Sandy LICARI, Des conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine résultant d'un abus de la situation de vulnérabilité ou de dépendance de la victime : *Rev. sc. crim.* 2001, pp. 553-569, p. 558.

⁸²⁸ Pour simplifier nous raisonnerons uniquement sur ce second délit, prévu par l'art. 225-14, réprimant la soumission à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine. Ce délit a, en effet, fait l'objet de plus nombreuses applications jurisprudentielles, il est aussi plus largement commenté. Toutes les remarques concernant ce délit seront néanmoins applicables à celui de l'art. 225-13 du Code pénal.

⁸²⁹ CA Paris, 11^e ch. A, 19 janvier 1998 : *Dr. pénal* 1998, Comm. 64, pp. 12-13, note Michel VERON.

caractérisé explicitement, soit, au contraire, l'abus ressort des circonstances décrites par les magistrats, sans qu'il soit explicitement caractérisé.

a. L'abus de vulnérabilité caractérisé explicitement par le juge

714. Concernant l'interprétation de l'abus par la jurisprudence relativement aux articles 225-13 et 225-14 du Code pénal, on retrouve une motivation semblable à celle de la jurisprudence concernant l'article 223-15-2 du même code. En effet, l'abus est constitué dès lors que l'auteur du délit a profité, s'est servi de la situation de vulnérabilité de la victime pour obtenir un service contre une rétribution manifestement insuffisante ou la soumettre à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine. Ainsi, dans un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 7 janvier 1997, un employeur est condamné pour *exploitation* abusive du travail d'autrui en vertu de l'article 225-13 du Code pénal. Celui-ci a, en effet, *profité* d'une conjoncture économique très défavorable pour employer des salariés sans les rémunérer correctement, *en leur imposant* des horaires excessifs et *en répétant* ce comportement à plusieurs reprises⁸³⁰. Le prévenu a usé de sa qualité d'employeur pour exploiter la vulnérabilité sociale et la dépendance économique d'une grande partie de ses employés. La terminologie employée par les juges fait nettement ressortir l'idée d'abus de la vulnérabilité exercé par l'employeur pour obtenir des conditions de rétribution sans rapport avec le travail accompli, la motivation est sans faille.

715. Aussi, dans une affaire, dont les faits étaient similaires, la chambre criminelle rejette le pourvoi formé contre l'arrêt ayant condamné l'auteur des faits pour soumission de personnes vulnérables ou dépendantes à des conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine et pour violences aggravées. Les juges avaient en effet relevé que « pour imposer de telles conditions de travail aux salariés concernés, le prévenu a profité de leur situation de vulnérabilité sociale et économique résultant de leur absence de qualification et de la situation

⁸³⁰ C.A. Bordeaux, 3^e ch. corr., 7 janvier 1997, Proc. Gén. près C.A. Bordeaux c./ Charbit : *JCP* 1997, éd. G., IV, 2420, p. 384 ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 541-542, obs. Yves MAYAUD.

particulièrement difficile de l'emploi en milieu rural et notamment dans le secteur de la confection⁸³¹ ».

716. Dans ces affaires, la motivation des magistrats fait nettement ressortir que la vulnérabilité est utilisée par l'auteur pour commettre les actes d'abus. L'auteur a donc intégré le lien de corrélation entre la vulnérabilité des personnes et les actes qu'il allait commettre, ce qui se traduit par le fait qu'il profite de la vulnérabilité des victimes. Les juges emploient alors un vocabulaire adapté à la notion d'abus de situation, les actes de l'auteur sont stigmatisés par le juge, la vulnérabilité n'étant qu'une composante motivant de tels agissements. L'abus est qualifié, ce qui n'est pas toujours le cas.

b. L'abus caractérisé implicitement par le juge

717. De manière assez surprenante, certains arrêts semblent complètement éluder la notion d'abus dont la caractérisation ne semble pas être recherchée par le juge. Ainsi, le délit de soumission à des conditions d'hébergement contraires à la dignité est constitué lorsque un locataire et sa famille se trouvent hébergés dans des conditions d'insalubrité totale dans une superficie dérisoire, alors que ce locataire, étranger en situation irrégulière a été contraint d'accepter l'offre de la bailleuse pour pouvoir s'installer en région parisienne et y travailler⁸³². Aucun élément ne caractérise des actes positifs d'abus de la part de la prévenue. La contrainte ici est prise en compte pour caractériser la vulnérabilité particulière du bailleur qui n'avait d'autre choix, mais cet élément résulte d'un ensemble de circonstances extérieures aux actes de l'auteur. La contrainte n'est

⁸³¹ Cass. crim., 4 mars 2003, Maxime B. : *Bull. crim.* n°58 ; *Jurispr. soc. Lamy* 2003, n°122, pp. 8-9, note Marie HAUTEFORT, Qui impose des conditions de travail indignes prend le chemin de la prison ! ; *Dr. pénal* 2003, Comm. 83, pp. 12-13, note Michel VERON.

⁸³² CA Paris, 13^e ch. B, 26 juin 1996 : *Dr. pénal* 1996, Comm. 243, pp. 6-7 et, sur pourvoi de la bailleuse, Cass. crim., 11 février 1998 : *Bull. crim.*, n°53, pp. 143-147 ; *D.* 1998, Inf. rap. p. 89 ; *Dr. Pénal* Comm. 65, pp. 13-14, note Michel VERON ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 542-543, obs. Yves MAYAUD.

donc pas ici un acte positif de l'auteur qui pourrait permettre de caractériser l'abus. Elle joue un rôle non négligeable cependant, celui d'expliciter la relation de cause à effet, entre le fait que la personne est vulnérable et le fait que l'auteur ait imposé un hébergement dans des conditions contraires à la dignité. La présence d'un lien de corrélation est manifeste, bien qu'implicite, ici encore. Comme pour la constatation du délit d'abus de faiblesse de l'article 223-15-2 du Code pénal, c'est ici le rapprochement entre la particulière vulnérabilité de la victime et le résultat de l'infraction, soumettre la personne à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine, qui implique nécessairement l'abus.

718. Le rapprochement de ces deux éléments conduit implicitement le juge à considérer que l'auteur a en fait profité de la vulnérabilité de la victime. Sans cette vulnérabilité de la victime, l'auteur n'aurait pas pu ou même pas essayé d'imposer de telles conditions, s'il l'a fait c'est qu'il savait que, compte tenu de la situation de vulnérabilité de la victime choisie, celle-ci n'aurait d'autre choix que d'accepter. Aussi, dans une affaire où un prévenu est condamné, entre autres, à une interdiction de territoire pour une durée de dix ans, pour s'être rendu coupable notamment d'obtention de services insuffisamment rétribués par abus de vulnérabilité et de dépendance, sur le fondement de l'article 225-13 donc, les éléments permettant de qualifier l'abus ne sont pas précisés⁸³³. En effet, la motivation de l'arrêt de la Cour de cassation, qui se prononce uniquement sur le moyen contestant le prononcé d'une mesure d'interdiction du territoire de dix ans, rappelle que le prévenu, précédemment importateur de chaussures fabriquées en Chine, a décidé d'installer un atelier en France. Le contrôle effectué a permis de constater la présence de dix-sept salariés, dont douze chinois en situation irrégulière, employés clandestinement à l'exception d'un seul, leur rémunération dérisoire étant directement envoyée en Chine à leur famille. L'abus n'est à aucun moment caractérisé par les magistrats, il ressort cependant implicitement des circonstances. Le fait d'une part que l'auteur savait les victimes sans ressources, en situation irrégulière, et le fait qu'il ait obtenu de celles-ci la fourniture de services en

⁸³³ Cass. crim., 6 mai 1997 : *Bull. crim.*, n°172.

échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance de travail accompli, suppose l'abus pour le juge puisque le délit est caractérisé par ces éléments.

719. Pourquoi, dans ces affaires, les juges ne caractérisent-ils pas l'abus, alors que parfois, au contraire, la jurisprudence semble faire apparaître une "*sur motivation*" sur ce point ? La réponse à ce questionnement doit être recherchée encore une fois du côté de la relation existant entre l'atteinte et la vulnérabilité. Dans les affaires où l'abus ne semble pas spécialement caractérisé, la vulnérabilité est particulièrement caractérisée par la situation manifestement alarmante des victimes de l'infraction – tant sur le plan administratif que social et culturel. Par ailleurs, les conditions de vie de celles-ci, relatives à l'hébergement d'une part ou au travail d'autre part, sont elles aussi particulièrement révoltantes. L'abus n'est donc pas établi directement par des actes positifs de l'auteur, cependant il ressort indirectement, mais sans ambiguïté, de l'ensemble des circonstances. De l'atteinte à la dignité, résultat de l'infraction, le juge induit un acte d'abus grâce à la prise en compte de la vulnérabilité manifeste des victimes. Cette vulnérabilité est non seulement caractérisée en elle-même quant à la faiblesse qui en est l'origine, mais n'est prise en compte que du fait de l'existence du lien de corrélation entre celle-ci et les actes commis par l'auteur. En ce sens, elle contribue à la qualification de l'abus, elle en apparaît même comme l'un des éléments fondamentaux.

720. L'intention de l'auteur de l'infraction de profiter de la vulnérabilité fait ainsi forcément partie intégrante de ce schéma. En effet, il ne semble pas qu'il faille exiger que l'auteur ait eu l'intention d'attenter à la dignité, la simple conscience suffit⁸³⁴. Ainsi, l'exigence de l'abus signifie nécessairement que l'auteur a connaissance de la situation de vulnérabilité de la victime étant donné le caractère intentionnel de l'abus, l'acte commis est en corrélation avec celle-ci. Mais, inversement lorsque l'auteur a connaissance de la vulnérabilité de la victime, qui tend à être assimilée à une situation de contrainte par la jurisprudence, telle que la

⁸³⁴ Christophe WILLMANN, Abus de situation de dépendance : *Rép. pén. Dalloz*, n°57, p. 10.

victime n'a pas d'autre choix qu'accepter les conditions qui lui sont proposées, et qu'il obtient de sa part la fourniture de services sans rapport avec le travail accompli ou la soumet à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine, l'abus de situation est établi *de facto* par les circonstances. Selon M. Le Gunehec, « en réalité, l'abus de la situation de la victime résulte de la nature de l'exploitation qu'elle subit, qui concerne soit la rémunération de son travail, soit les conditions de son travail ou de son hébergement. Cette notion se confond donc avec les éléments propres à chacune des infractions prévus par les articles 225-13 et 225-14.⁸³⁵ ». Cette analyse justifie dans une certaine mesure la jurisprudence précitée. Sauf que la motivation fait en outre ressortir que l'abus découle, implicitement mais nécessairement, à la fois de la vulnérabilité et du fait de soumettre la personne aux conditions contraires à la dignité. Cette situation juridique n'était pas satisfaisante car elle tendait à négliger les termes de la loi. L'abus exigé n'était pas expressément caractérisé.

721. Le juge ne motivait pas, même lapidairement, son existence. L'abus pourtant aurait pu être relevé, car même s'il résulte des éléments matériels de l'infraction, il dévoilait sans ambiguïté l'intention de l'auteur de l'infraction de profiter de la situation et d'exploiter les victimes. La Cour de cassation aurait dû imposer une telle motivation. Elle n'était pour cela pas obligée de casser la décision des juges du fond, une simple substitution de motifs, très indicative et systématique, aurait certainement permis d'orienter la jurisprudence sur une voie plus rationnelle.

722. Mais, c'est un autre chemin, plus cohérent, vers lequel le droit positif s'est orienté pour remédier à cette difficulté. Devant la complexité à caractériser l'abus, exigé par la loi, la solution la plus simple a été de supprimer

⁸³⁵ Francis LE GUNEHEC, Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, articles 225-13 à 225-16 (ancien article datant de 1996) : *J.-Cl. Pénal*, p. 5, n° 15. Voir aussi, André Vitu qui précise, s'agissant de l'abus des besoins d'un mineur, que les faits constitutifs de cet abus « résulteront généralement des engagements anormaux qu'on aurait fait souscrire aux mineurs » Roger MERLE, André VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Tome I, Paris, Cujas, 1982, n°947, p. 750.

l'exigence de l'abus dans la loi. Cette tendance au recul de l'exigence de l'abus mérite d'être évoquée car elle redéfinit en partie le rôle joué par la vulnérabilité de ce fait.

§ 3. La vulnérabilité face au recul de l'exigence de l'abus dans le Code pénal

723. Le recul de l'exigence de l'abus se manifeste dans le Code pénal à travers deux dispositions. D'une part, en effet, la nécessité que l'auteur ait abusé de la vulnérabilité ou de la situation de dépendance de la victime a été supprimée des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure. En outre, dans une nouvelle disposition de la même loi, l'article 225-12-1 du Code pénal, l'abus n'est pas exigé alors qu'il n'eut pas été incohérent qu'il le soit.

A. Une exigence supprimée des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal

724. Rappelons que depuis leur modification par la loi pour la sécurité intérieure, les articles 225-13 et 225-14 nouveaux du Code pénal n'incriminent plus le fait d'obtenir d'une personne la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli, et le fait de soumettre une personne à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine, en exigeant que l'auteur des faits ait abusé de la vulnérabilité ou de la dépendance de cette personne. Les délits sont donc constitués lorsque les faits décrits sont simplement commis sur une personne « dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur⁸³⁶ ». Cette modification trouve incontestablement son origine dans les

⁸³⁶ Les peines prévues pour ces délits ont en outre été aggravées. La peine d'emprisonnement encourue est ainsi passée de deux à cinq ans et la peine d'amende de 75 000 à 150 000 euros. Cf. Michel VERON, Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine : *JCP* 2004 éd. G, Chron. 105, pp.127-128, n°4, p. 127.

difficultés rencontrées par la jurisprudence à caractériser l'abus lorsqu'il était exigé par la loi.

725. En effet, l'embarras de la jurisprudence dans la caractérisation de l'abus, concernant tant l'article 223-15-2 que les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal, dans leur ancienne rédaction, était révélatrice d'une grande difficulté de mise en œuvre pratique de cette notion. Celle-ci avait conduit les juges à considérer le délit constitué à partir du moment où l'abus pouvait implicitement être déduit à la fois de la vulnérabilité particulière de la victime et de la constatation du résultat des infractions. Pour les articles 225-13 et 225-14, il s'agit pour l'auteur d'avoir obtenu de la victime la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli, ou de l'avoir soumise à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine. En effet, si l'exigence légale d'un abus de la vulnérabilité de la victime pour commettre les actes incriminés est logique étant donné qu'il n'est pas question d'accorder la protection à la personne vulnérable en dehors d'un tel abus, l'interprétation pratique de cet abus est délicate. Cette difficulté, soulignée notamment par M. Christophe Willmann, conduit à s'interroger sur le seuil à partir duquel une personne exploitant la vulnérabilité d'une victime encourt la responsabilité pénale. En outre, si l'abus consiste à profiter de la vulnérabilité d'une personne, *a contrario* le simple fait d'avoir connaissance de la vulnérabilité ne suffirait pas pour que le délit soit constitué, alors que pourtant des conditions contraires à la dignité sont imposées⁸³⁷. On l'a vu, la jurisprudence, alors même qu'un abus était exigé, n'allait pas en ce sens et considérait dans ce cas que le délit était constitué.

726. Dès lors, le législateur a estimé qu'il était plus simple de supprimer l'exigence de l'abus pour les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal. Le rapport de l'Assemblée nationale de M. Estrosi sur la loi pour la sécurité intérieure, dénonce en effet les dispositions de ces textes visant « *en abusant de sa vulnérabilité ou de sa*

⁸³⁷ Christophe WILLMANN, Quand le travail devient esclavage : [en ligne], Disponible sur : <<http://www.lexbase.fr>>, (consulté le 11.12.2003).

situation de dépendance » qui ne sont pas « sans soulever certaines difficultés d'interprétation qui entravent la mise en oeuvre de la répression de ces agissements particulièrement condamnables ». Selon le rapport, « pour que le délit soit constitué, il faut, non seulement, que la vulnérabilité de la victime soit établie mais également qu'il y ait eu un « abus » de celle-ci par l'auteur des faits, ce qui constitue un ensemble de conditions souvent difficiles à rassembler. C'est pourquoi, ces deux articles du projet de loi tendent à supprimer la référence à l'abus de la vulnérabilité dans les articles précités pour la remplacer par celle, plus simple, de « *vulnérabilité* » ou « *d'état de dépendance* » qui sont « *apparents ou connus de l'auteur* ». Cette rédaction s'inspire des dispositions du 2^o de l'article 225-7 du Code pénal, relatif au proxénétisme aggravé, qui est constitué lorsque l'infraction est commise à l'égard d'une personne « *dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur* ». Il suffira donc désormais de démontrer que l'auteur des faits avait connaissance de la seule « *vulnérabilité* » de la victime pour que les délits des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal soient constitués, ce qui devrait permettre de renforcer leur répression tout en protégeant davantage les victimes⁸³⁸ ».

727. Une telle solution consistant à supprimer l'exigence légale d'un abus légitime la jurisprudence qui ne caractérisait pas expressément l'abus. Il est possible de considérer que le législateur présume l'abus à partir du moment où l'auteur soumet une personne vulnérable à des conditions contraires à la dignité humaine, puisque dans tous les cas il profite en fait de la vulnérabilité de la personne dont il a conscience pour commettre les faits incriminés. La vulnérabilité conserve dès lors une place primordiale dans la qualification de l'infraction. Constatée matériellement et intégrée subjectivement à l'intention de l'auteur, elle participe, à côté des actes de l'auteur, à cette qualification. Pour ces infractions, la qualité de la victime est donc déterminante puisqu'elle conditionne en partie le

⁸³⁸ AN, Rapport de M. Christian ESTROSI, au nom de la Commission des lois sur le projet de loi pour la sécurité intérieure, n° 508, 18 décembre 2002.

comportement de l'auteur. La suppression de l'exigence de l'abus laisse donc toute sa place à la vulnérabilité dans la qualification de l'infraction. Ce constat s'impose également au regard du nouvel article 225-12-1 du Code pénal.

B. Une exigence exclue *a priori* du nouvel article 225-12-1 du Code pénal

728. La loi pour la sécurité intérieure a créé une nouvelle infraction pour la qualification de laquelle la vulnérabilité de la victime est expressément exigée sans qu'aucun abus de la situation de celle-ci ne soit requis par le texte. Ainsi, le nouvel article 225-12-1 du Code pénal incrimine le recours à la prostitution de mineurs (alinéa premier) ou de personnes particulièrement vulnérables (alinéa second) qu'il punit de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Le fait donc « de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, en échange d'une rémunération, des relations de nature sexuelle de la part d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de manière occasionnelle, lorsque cette personne présente une particulière vulnérabilité, apparente ou connue de son auteur, due à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse » est donc sanctionné en dehors de l'exigence d'un abus de la situation de cette personne vulnérable.

729. Les écueils engendrés par l'interprétation malaisée de l'abus conduisant à une conception large de celui-ci induite des autres éléments de l'infraction, a inspiré le législateur dans un sens préventif. Pour ce nouveau délit donc, la constatation d'un abus n'a pas à être constaté par le juge. Pourtant, l'idée d'abus est évidemment sous-jacente aux faits incriminés. Comment ne pas considérer qu'une personne qui recours à la prostitution d'une personne particulièrement vulnérable et qui en a connaissance ne profite pas de cette situation. A partir du moment où l'auteur a conscience de la vulnérabilité de la victime et qu'en outre il sollicite, il accepte ou il obtient, en échange d'une rémunération, des relations de nature sexuelle, le législateur a considéré l'abus comme nécessairement présent.

730. Quoi qu'il en soit, l'abus est pour cette infraction, sans objet, et la vulnérabilité de la victime est à nouveau prise en compte par le législateur en tant que condition préalable d'une infraction dont la fonction est donc de participer à la qualification de celle-ci. Une telle disposition marque incontestablement le recul de l'abus et parallèlement élargit les atteintes que la vulnérabilité est appelée à qualifier en droit pénal. Le droit a donc subi une évolution. D'abord, l'infraction était qualifiée lorsqu'elle était caractérisée par un abus de la situation de vulnérabilité. Aujourd'hui, l'infraction est qualifiée non seulement lorsqu'elle est caractérisée par un abus expressément exigé, mais aussi lorsqu'elle est qualifiée par un abus présumé n'entrant plus dans les éléments constitutifs de l'infraction. La place de la vulnérabilité peut donc désormais évoluer détachée de l'idée d'abus de situation en participant à la qualification de l'infraction du fait qu'elle détermine les agissements de l'auteur tant sur le plan matériel que moral. Celui-ci adapte son comportement en fonction de la vulnérabilité et a conscience du fait qu'elle facilite ses actes.

731. Cette tendance de la loi à ne plus exiger expressément la constatation d'un abus de la situation de vulnérabilité, est l'expression d'une simplification des exigences légales plus que le reflet d'un changement de nature des actes commis. La vulnérabilité d'une personne pousse naturellement certains individus à en profiter de manière malveillante. Ainsi, si en droit pénal la vulnérabilité, expressément prévue par le législateur en tant que condition préalable d'une infraction, peut permettre de caractériser un abus de situation, une tendance très nette de la jurisprudence en cette matière montre que la vulnérabilité peut être prise en compte par le juge dans le même but en dehors de toute prescription légale. Les situations qualifiées sans être visées explicitement comme telle recouvrent en fait des abus de situation. Il convient donc d'envisager la participation de la vulnérabilité à qualifier un abus de situation implicite lorsque le juge prend en compte la notion de son propre chef.

Section II. La prise en compte jurisprudentielle de la notion

732. Lorsque, en dehors de tout texte, le juge pénal prend en compte la vulnérabilité de la personne afin de qualifier une infraction, il apparaît que les agissements en cause s'apparentent clairement à des abus de la situation de cette vulnérabilité. Il convient donc de détailler cette jurisprudence prenant en compte la vulnérabilité dans le but de constater l'existence d'une infraction (§ 2). Mais, les agissements incriminés n'étant pas expressément conçus par le juge comme des abus de situation, il est nécessaire dans un premier temps de préciser en quoi les éléments constitutifs des infractions en cause peuvent être assimilés à des abus de situation (§ 2).

§ 1. Les éléments constitutifs d'infractions assimilables à des abus de situation

733. Les infractions pour la qualification desquelles la jurisprudence recourt à la vulnérabilité sont : le viol et les autres agressions sexuelles, articles 222-23 et 222-27 du Code pénal ; le vol, article 311-1 ; l'extorsion, article 312-1 ; l'escroquerie, article 313-1 du même code ; et le harcèlement sexuel, article 222-33. En effet, constitue une agression sexuelle toute atteinte commise avec violence, contrainte, menace ou surprise, un vol la soustraction frauduleuse notamment par une remise involontaire de la chose d'autrui, une extorsion le fait d'obtenir par violence, menace de violence ou contrainte soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque. En outre, constitue une escroquerie le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge.

734. L'idée d'abus de situation ressort tant de l'analyse doctrinale de ces infractions (A) que de la terminologie utilisée par la jurisprudence (B).

A. Le point de vue de la doctrine

735. L'acte répréhensible constitutif des infractions citées et commun à toutes consiste, notamment, à forcer ou à tromper le consentement de la victime. Il y a dans tous les cas atteinte à la volonté soit dans sa dimension de conscience, soit dans sa dimension de liberté physique ou mentale. Evidemment, un abus n'a pas forcément à être établi. Mais, il se trouve que lorsque la vulnérabilité de la victime est prise en compte en vue de caractériser ces infractions, les agissements de l'auteur satisfont à l'analyse d'un abus de la situation de vulnérabilité de la personne. L'auteur profite consciemment de la vulnérabilité d'une personne. En effet, celle-ci diminue ses aptitudes à résister à la violence, la contrainte, la menace, la surprise, la tromperie ou le harcèlement, selon les cas.

736. La proximité entre la vulnérabilité retenue dans un tel contexte et celle expressément prévue par le législateur trouve un appui dans un argument légal. En effet, la vulnérabilité est prise en compte par le juge pour qualifier la tromperie dans l'escroquerie⁸³⁹. Le délit d'abus de faiblesse de l'actuel article 223-15-2 du Code pénal peut, quant à lui, être qualifié grâce à la condition préalable de vulnérabilité de la victime. Or, cette infraction était antérieurement classée parmi les infractions voisines de l'escroquerie, avant que la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 relative à la lutte contre les mouvements sectaires ne la transfère parmi les infractions contre les personnes. En fait, l'abus de situation est une variété particulière de tromperie, lorsque, dans le cas d'espèce, l'auteur profite de la vulnérabilité de la victime pour commettre l'infraction.

737. En ce qui concerne le vol, l'extorsion et les agressions sexuelles, la vulnérabilité permet d'établir l'absence de consentement dans la mesure où il

⁸³⁹ Voir les développements ci-dessous.

n'est pas libre. C'est alors l'idée de contrainte qui domine⁸⁴⁰. L'auteur de ces actes est, en effet, tenté de profiter de la vulnérabilité de la victime pour les commettre. C'est d'ailleurs ce qu'évoquent les notions de violence, contrainte, menace, et surprise exigées par la loi pour les agressions sexuelles et l'extorsion – la surprise n'étant pas prévue pour cette infraction –, et par la jurisprudence pour le vol. La contrainte ressort également dans le délit de harcèlement sexuel. La vulnérabilité est prise en compte pour qualifier la contrainte.

738. Le cœur de la notion de *contrainte* en droit pénal réside dans l'idée d'impossibilité de résister, selon les termes mêmes de l'article 122-2 du Code pénal. La doctrine insiste dans son ensemble sur le fait que la contrainte abolit la volonté, supprime la liberté de choix. L'agent n'a pas pu faire autrement que céder à la contrainte⁸⁴¹. En ce qui concerne plus spécialement la contrainte dans les agressions sexuelles ou l'extorsion, elle ne semble pas autonome par rapport aux autres notions exigées alternativement : la violence et la menace pour les agressions sexuelles, la violence et la menace de violence pour l'extorsion. En effet, le professeur Michèle-Laure Rassat, précise que « la contrainte est traditionnellement considérée comme pouvant être physique ou morale. La contrainte physique est le fait d'exercer des pressions corporelles pour obtenir ce que l'on désire. Autrement dit, elle se confond avec la violence. Quand à la contrainte morale, elle consiste à menacer quelqu'un de faire du mal à lui ou à ses proches, voire de causer du tort à ses biens. Mais alors, elle recouvre la menace

⁸⁴⁰ On a pu noter d'ailleurs l'importance de cette notion que l'on retrouve bien souvent dans l'analyse de la vulnérabilité de la personne.

⁸⁴¹ Claude LOMBOIS, *Droit pénal général*, Paris, Les fondamentaux, Hachette Supérieur, 1994, p. 89 ; Jean PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, Manuels, Cujas, 14e éd., 2002, p. 424, n° 483 ; Jacques-Henri ROBERT, *Droit pénal général*, Paris, Thémis, Droit privé, P.U.F., 5e éd., 2001, p. 302. La contrainte est opposée, en cela, à l'état de nécessité qui laisse subsister un choix, l'agent choisissant, entre deux maux, le moindre. M. Jean Pradel cite M. Adrien-Charles Dana qui distingue la contrainte dans laquelle l'agent a l'obligation de subir, de l'état de nécessité dans lequel il a l'obligation de choisir ; Adrien-Charles DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Paris, Bibliothèque de sciences criminelles, L.G.D.J., 1982, p. 175 et s.

visée immédiatement après ». En ce qui concerne l'extorsion, la contrainte semble se limiter à la contrainte morale⁸⁴². De même, le professeur Vitu voit-il la contrainte comme une violence morale pouvant résulter de l'abus d'autorité ou de menace grave contre la vie ou l'intégrité corporelle de la victime ou de ses proches⁸⁴³. M. Thierry Garé et Mme Catherine Ginestet considèrent quant à eux qu'il y a contrainte morale « lorsque l'agent a commis l'infraction sous la pression d'un sentiment de peur ou d'asservissement⁸⁴⁴ ». D'emblée, cette conception de la contrainte permet de percevoir en quoi la vulnérabilité de la personne favorise l'exercice d'une contrainte.

739. L'approche, en droit pénal spécial, de la contrainte, élément constitutif d'infraction, est très concrète et tournée vers les manifestations, les agissements qui la révèlent. Celle-ci influe sur le consentement de la victime forcée, trompée ou abusée. La contrainte exercée par l'auteur, appréciée au regard de la situation de vulnérabilité de la victime face à celle-ci, recouvre un abus de situation. C'est d'ailleurs ainsi que Mme Michèle-Laure Rassat présente la contrainte : un abus de faiblesse lorsque la victime est « à raison de son âge, de son état physique ou de son état mental, dans l'incapacité de consentir⁸⁴⁵ ». On peut supposer également que les actes de violence ou de menaces que la vulnérabilité contribue à qualifier relèvent, comme la contrainte, d'abus de situation. Ces atteintes sont en fait, on l'a vu, des actes de contrainte physique ou de contrainte morale. L'abus de situation est donc sous-jacent dans les infractions citées, lorsque la vulnérabilité contribue à les qualifier. Mais surtout, l'idée d'abus ressort des termes utilisés par le juge.

⁸⁴² Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial*, 4^e éd., 2003, p. 519, n°501 et p. 189, n°174.

⁸⁴³ Roger MERLE, André VITU, *op. cit.* n°1854, p.1504.

⁸⁴⁴ Thierry GARE, Catherine GINESTET, *Droit pénal, Procédure pénale*, Paris, HyperCours, Dalloz, 2e éd. 2002, n°282, p. 150.

⁸⁴⁵ Michèle-Laure RASSAT, *op. cit.* p. 522, n°505.

B. La confirmation par le juge

740. De manière très nette, la chambre criminelle utilise une sémantique renvoyant à l'abus de situation. Ainsi, dans l'arrêt du 6 janvier 1999, la cour affirme que, « pour caractériser la contrainte dont a usé le prévenu pour commettre les faits d'agression sexuelle sur la personne de [la victime], majeure handicapée présentant une vulnérabilité psychique » l'arrêt énonce que, pour parvenir à ses fins, l'auteur lui donnait de l'argent et « il a reconnu avoir profité de la faiblesse de la victime dont il connaissait l'état⁸⁴⁶ ». Cet élément est retenu afin d'établir la contrainte constitutive de l'infraction.

741. Les motivations en matière d'agressions sexuelles sont bien souvent très explicites : ainsi, les juges retiennent que les auteurs « *ont donc profité* en toute connaissance de cause de son état physique ne lui permettant pas de réagir normalement⁸⁴⁷ » ou encore que l'éducateur a « *abusé de la faiblesse d'une jeune handicapée et profité de celle-ci* » pour se livrer aux actes constitutifs d'agression sexuelle⁸⁴⁸ ou que l'auteur « a agi par ruse afin d'attirer [la victime] et de la tromper en prétendant connaître sa mère ; qu'il a surpris son consentement *en profitant*, en connaissance de cause, de la timidité et de la naïveté de la victime en matière sexuelle pour parvenir à ses fins⁸⁴⁹ ». A l'instar de ces motifs, un arrêt retient qu'un médecin « *profitant sciemment* de la situation d'isolement de sa patiente, qu'il connaissait, mais également du blocage psychologique dans lequel elle s'était trouvée [...] aurait de la sorte, contraint sa patiente⁸⁵⁰ ». La vulnérabilité est intégrée aux agissements de l'auteur qui adopte un comportement spécifique en considération de l'état de la victime. Il abuse de sa situation. Il est donc possible de considérer qu'un abus de situation existe, en fait, toutes les fois que la

⁸⁴⁶ Cass. crim., 6 janvier 1999, Pourvoi n°97-86.655, *préc.*

⁸⁴⁷ Cass. crim., 11 décembre 1991, Pourvoi n°90-87.372, *préc.*

⁸⁴⁸ Cass. crim., 19 novembre 1997, Pourvoi n°96-85.693, *préc.*

⁸⁴⁹ Cass. crim., 13 février 2001, Pourvoi n°00-87.733.

⁸⁵⁰ Cass. crim., 26 juin 2002, Pourvoi n°00-84.617. Est également prise en compte, ici, pour caractériser la contrainte, la position de supériorité sociale et d'autorité de l'auteur.

jurisprudence prend en compte la vulnérabilité pour apprécier les capacités de résistance de la victime. S'appuyant sur la faiblesse, l'auteur exerce une violence, une contrainte moins intense que celle qu'il aurait dû exercer si les capacités de résistance de la victime n'étaient pas amoindries en raison de sa vulnérabilité. L'auteur abuse donc de la situation de vulnérabilité de la victime afin d'accomplir les actes qui lui sont reprochés.

742. Cette analyse est confirmée en matière d'extorsion : les juges du fond retiennent parfois que la vulnérabilité de la victime permet de qualifier l'infraction. Les motifs développés par les juges font ressortir cette prise en compte de la vulnérabilité en tant qu'élément constitutif de la contrainte. L'abus de situation apparaît nettement : les auteurs « qui ne pouvaient pas ne pas être conscients de la vulnérabilité de la victime [âgée, éprouvée par la perte de son mari et inapte à gérer ses affaires] ont profité de sa dépendance vis-à-vis d'eux pour s'accaparer ses biens », ou « la prévenue « avait totalement physiquement et psychiquement isolé son employeur qui se trouvait ainsi sous sa dépendance exclusive et du fait de l'évolution de sa santé, sous sa seule emprise, qu'ainsi [celle-ci] a profité de cette vulnérabilité et exercé son influence⁸⁵¹ ». De ces motivations, il ressort bien à quel point les auteurs profitent de la vulnérabilité de la victime pour exercer une contrainte et ainsi obtenir ce qu'ils recherchent.

743. La jurisprudence, par l'emploi de termes faisant directement référence à l'idée d'abus de situation, confirme donc l'hypothèse suivant laquelle la vulnérabilité participe à la qualification de l'existence d'une infraction dans la mesure où les agissements en cause recouvrent en fait un abus de cette situation de vulnérabilité. Dès lors, l'exposé précis de la jurisprudence retenant la vulnérabilité pour qualifier une infraction peut être conduit.

⁸⁵¹ Respectivement : Cass. crim., 12 mars 1998, Pourvoi n° 97-81.745 et Cass. crim., 22 mai 1996, Pourvoi n° 95-82.988.

§ 2. Les éléments constitutifs d'infractions qualifiés grâce à la vulnérabilité

744. La vulnérabilité d'une personne est susceptible d'être prise en compte par le juge dans la qualification de l'un des éléments constitutifs d'une infraction et par conséquent de participer à la qualification de l'infraction elle-même⁸⁵². Pour la clarté de l'exposé, trois catégories d'infractions seront distinguées : les infractions contre les biens, les agressions sexuelles et le harcèlement.

A. Les infractions contre les biens

1. Le vol

745. Dans leur tâche parfois difficile de qualification du vol, les juges ont été amenés à se prononcer sur l'élément de soustraction dont l'appréhension est complexe. Ils ont considéré qu'il y avait soustraction lorsque l'auteur avait obtenu la remise involontaire de la chose objet du vol. L'appréciation du caractère involontaire se fait selon plusieurs critères. Ainsi, la jurisprudence estime que la remise de la chose est involontaire lorsqu'elle est déterminée par la violence ou la menace. Tel est le cas lorsque l'agent a contraint une veuve de quatre-vingt-six ans, malade, à lui remettre des fonds pour un transport en taxi déjà payé par la fille de la victime, en la menaçant au cours du trajet de l'abandonner sur la route si elle ne se pliait pas à ses exigences⁸⁵³. Aussi, le fait d'obtenir, par l'effet de la crainte et en jouant de la déficience mentale de la victime, la remise de sommes d'argent

⁸⁵² En effet, dans ces développements, la vulnérabilité n'est en aucun cas envisagée en tant que circonstance aggravante de l'infraction, bien que la circonstance aggravante de vulnérabilité existe pour un certain nombre des infractions visées ci-dessous. Sur les difficultés que ce dernier point peut engendrer, cf. :Partie II, Titre II, Chapitre I, Section II.

⁸⁵³ Cass. crim., 25 janvier 1973 : *Bull. crim.*, n° 45 ; Cass. crim., 4 mai 1973 : *Bull. crim.*, n° 207 ; *Rev. sc. crim.* 1973, p. 910, obs. Pierre BOUZAT.

constitue-t-il l'appréhension frauduleuse de la chose d'autrui et caractérise le délit de vol⁸⁵⁴. Le voleur, dans ce cas, commet l'acte positif de soustraction de la chose d'autrui par l'exercice d'une pression sur la volonté pour obtenir la remise. Les juges évaluent ces actes en appréciant le caractère involontaire de la remise ; ils tiennent alors compte de l'âge et de la condition de la victime. D'ailleurs le vol peut être constitué si la victime, parfaitement lucide, est soumise à une contrainte de la part de l'auteur⁸⁵⁵.

746. La vulnérabilité, dans certaines circonstances, semble même faire présumer le caractère involontaire de la remise permettant d'établir l'élément de soustraction exigé dans le vol. Ainsi en est-il lorsque la remise est obtenue d'une personne dont on présume qu'elle ne peut avoir effectué une remise volontaire de la chose. Elle ne peut avoir compris de manière totalement consciente et éclairée la portée de cette remise. La jurisprudence a appliqué une telle présomption pour la remise effectuée par un enfant⁸⁵⁶, un dément ou un faible d'esprit⁸⁵⁷, une personne en état d'hypnose⁸⁵⁸, une personne complètement ivre⁸⁵⁹.

747. De même, dans une affaire où un prévenu est déclaré coupable d'exercice illégal de la profession d'avocat et de vol au préjudice de la victime, elle-même avocate, la vulnérabilité a-t-elle expressément permis d'établir le vol. La victime, selon les psychiatres, a présenté une dépression qui « a entraîné des sentiments d'abandon et de solitude, la rendant vulnérable à toute personne compensant cet anaclitisme ». Pour les juges du fond, « il résulte ainsi suffisamment de l'information que [l'auteur], profitant de l'état de santé de [la jeune

⁸⁵⁴ Cass. crim., 16 mars 1989 : *Bull. crim.*, n° 133, il s'agissait en l'espèce d'un amoindrissement des facultés mentales dû à l'âge.

⁸⁵⁵ Roger MERLE, André VITU, *op. cit.* n°2234, p. 1824.

⁸⁵⁶ Cass. crim., 31 août 1899 : *S.* 1901, 1, pp. 478-479 ; *D.* 1902, I, pp. 331-332.

⁸⁵⁷ Cass. crim., 26 juin 1974 : *Bull. crim.*, n°243 ; Cass. crim., 17 janvier 1978 : *Bull. crim.*, n°20.

⁸⁵⁸ T. corr. Versailles, 13 mai 1970 : *Gaz. Pal.* 1971, 1, pp. 34-37, note Jean-Paul DOUCET ; *Rev. sc. crim.* 1971, pp. 428-429, obs. Pierre BOUZAT.

⁸⁵⁹ Cass. crim., 14 octobre 1842 : *Bull. crim.*, n°280.

femme] qui la rendait vulnérable a [...] exercé illicitement la profession d'avocat et frauduleusement soustrait des chèques et espèces⁸⁶⁰ ». L'établissement de la soustraction résulte bien ici de la prise en compte de la vulnérabilité de la victime par les juges : celle-ci participe à la qualification d'un abus de situation implicitement visé. Dans un autre arrêt de la chambre criminelle datant du 5 février 1997, ce raisonnement transparaît de manière très nette⁸⁶¹. Afin de déterminer si l'infraction de vol est constituée, la seule question qui se posait aux juges du fond était de savoir si la victime souffrait d'une altération de ses facultés mentales. Selon ceux-ci, « les prévenus ont perçu dès le début de leurs relations – même si elles n'étaient qu'intermittentes – la précarité de l'équilibre neuropsychiatrique de [la victime] et qu'ils ont eu conscience de cet état déficient, de sa fragilité psychologique et ce avant d'abuser de sa résistance amoindrie ». Cette motivation fait apparaître avec une grande netteté le fait que la vulnérabilité de la victime est retenue par le juge pour qualifier l'infraction. L'auteur a bien intégré la vulnérabilité de la victime puisqu'il en avait non seulement connaissance, mais il en a en outre profité. C'est donc parce que la personne était vulnérable que l'auteur a commis l'infraction. La corrélation est nette entre la vulnérabilité et l'atteinte que l'auteur a commise ; il savait que la personne particulièrement vulnérable ne pouvait pas, ou peu, résister. La vulnérabilité détermine donc en partie l'infraction tant sur le plan matériel, qu'intentionnel. Mais en plus, cet élément permet d'aggraver le vol lorsqu'il a été facilité par la vulnérabilité puisque l'auteur a même profité de cet état.

748. Ce raisonnement est aussi manifeste pour caractériser l'extorsion.

2. L'extorsion

749. Une jurisprudence aujourd'hui bien ancrée et relativement abondante apprécie la contrainte exigée en matière d'extorsion « compte tenu, notamment, de l'âge et de la condition physique et intellectuelle de la personne sur

⁸⁶⁰ Cass. crim., 6 mars 2001, Pourvoi n°00-82.280.

⁸⁶¹ Cass. crim., 5 février 1997, Pourvoi n°96-80.971.

laquelle elle s'exerce ». Le lien de corrélation entre la vulnérabilité de la victime et l'atteinte est très net. L'appréciation de la contrainte dépend ici de la caractérisation ou non de la vulnérabilité de la victime. En outre, la vulnérabilité n'est prise en compte qu'en tant qu'elle diminue les capacités de résistance de la victime, en l'espèce, c'est-à-dire au regard de l'atteinte particulière exercée. Elle est retenue parce que l'auteur des actes en tient compte pour exercer la contrainte : il module son comportement au regard de la vulnérabilité de la victime. Est ainsi coupable d'extorsion la prévenue qui a profité des déficiences tant physiques que psychiques d'époux âgés de soixante-quinze et soixante-seize ans, pour exercer sur eux une contrainte morale qui lui a permis d'obtenir des fonds considérables⁸⁶². Cette solution est conforme à une jurisprudence déjà ancienne voulant que la gravité des moyens mis en œuvre soit caractérisée, à l'instar de la gravité de la violence, vice du consentement de l'article 1112 du Code civil, en tenant compte de l'âge ou de la condition des personnes⁸⁶³.

750. Bien qu'elle soit sous-jacente, la notion de vulnérabilité n'apparaît pas expressément lorsque sont visés *l'âge et la condition physique et intellectuelle de la personne sur laquelle s'exerce la contrainte*. Elle se manifeste pourtant dans la motivation des juges du fond : ils se réfèrent parfois expressément à la vulnérabilité pour qualifier le délit d'extorsion, et plus particulièrement la contrainte exigée pour le qualifier. Ainsi, dans un arrêt du 6 février 1997, la chambre criminelle rejette un pourvoi par lequel la Cour d'appel avait condamné le prévenu, assisté d'un complice avocat, pour extorsion de signature⁸⁶⁴. La victime, une dame âgée de quatre-vingt-sept ans, malade et angoissée par des problèmes financiers et privée de l'assistance de son conseil et de son médecin habituels, avait déshérité par

⁸⁶² Cass. crim., 3 octobre 1991 : *Dr. pénal* 1992, Comm. 64, p. 9, note Michel VERON ; *Gaz. Pal.* 1992, I, Somm. annotés, p. 39 ; *Rev. sc. crim.* 1993, pp. 109, obs. Pierre BOUZAT.

⁸⁶³ Michel VERON, *note préc.* Voir les arrêts de la chambre criminelle du 14 novembre 1946 : *Bull. crim.*, n° 201, et du 20 janvier 1949 : *Bull. crim.*, n° 23 (dans lequel la vulnérabilité de la victime résultait de coups portés la veille par les auteurs).

⁸⁶⁴ Cass. crim., 6 février 1997, Sidaine : *Bull. crim.*, n° 53, pp. 177-179 ; *JCP* 1997, éd. G., IV, 1543, p. 242 ; *Dr. pénal* 1997, Comm. 94, p. 10, note Michel VERON.

testament les bénéficiaires d'un précédent testament afin d'instituer le prévenu son légataire universel – acte préparé évidemment par le savant complice. La chambre criminelle approuve la motivation des juges du fond précisant que la victime « n'avait plus son libre arbitre et n'était plus en mesure de résister aux pressions conjuguées » de l'auteur et du complice. Elle rappelle en outre que la contrainte morale doit être appréciée compte tenu notamment de l'âge et de la condition physique ou intellectuelle de la personne sur laquelle elle s'exerce. La vulnérabilité sur le plan matériel est donc objectivement corrélative à la contrainte puisqu'elle l'expose particulièrement à cet acte. Pour les juges du fond, la victime « âgée de quatre-vingt-sept ans et malade, était d'autant plus vulnérable, après le décès de sa sœur [...], qu'étant héritière de l'ensemble des biens de cette dernière, elle devait faire face à d'importants problèmes financiers ». Derrière la condition physique ou intellectuelle de la personne se profile la vulnérabilité de cette dernière⁸⁶⁵.

751. De plus en plus donc, la notion de vulnérabilité apparaît expressément pour qualifier l'élément de contrainte de l'extorsion. La motivation adoptée par les juges du fond est souvent révélatrice sur ce point. Ainsi, s'agissant d'un homme placé sous curatelle, sourd, présentant un ralentissement cérébral patent, la prévenue en l'isolant totalement « a profité de cette vulnérabilité et exercé son influence » ce qui permet de caractériser la contrainte⁸⁶⁶. De même, alors que les victimes sont dans un « contexte de grande vulnérabilité [...], due à des facteurs physiologiques et à leur solitude, accentuée par les manœuvres de la prévenue, [...] celle-ci a pris toutes les mesures utiles afin d'être la seule à exercer un pouvoir sur leurs personnes et sur leurs biens⁸⁶⁷ ». La prévenue est en effet condamnée pour extorsion pour avoir obtenu par la contrainte d'un couple de personnes âgées un mandat général pour gérer et administrer leurs biens et des ventes et testaments en sa faveur. Selon les juges, « la prévenue a ainsi profité de la solitude et de

⁸⁶⁵ Voir aussi Cass. crim., 5 novembre 1997, Pourvoi n° 96-85.952 ; Cass. crim., 8 juin 1999, Pourvoi n° 98-81.800 et Cass. crim., 27 mars 2001, Pourvoi n° 00-86.015 ; Cass. crim., 7 avril 2004, Pourvoi n° 03-85.457.

⁸⁶⁶ Cass. crim., 22 mai 1996, Pourvoi n° 95-82.988.

⁸⁶⁷ Cass. crim., 30 juin 1999, Pourvoi n° 98-85.440.

l'affaiblissement des facultés physiques et mentales des époux pour les soumettre à sa volonté et obtenir par la contrainte morale des actes lui permettant de s'accaparer la totalité de leur patrimoine ». Dans cette affaire encore, l'auteur en exerçant la contrainte prend en compte le fait qu'elle sera facilitée par la vulnérabilité dont il profitera ainsi. La vulnérabilité est utile au juge en vue de qualifier la contrainte exigée en tant qu'élément constitutif de l'extorsion.

752. Parfois d'ailleurs les juges du fond formulent des affirmations de principe sur ce point. Ainsi, est significative la motivation selon laquelle « si l'emploi d'une voie de droit, ou la simple menace d'en user, n'est pas en soi une violence illégitime, c'est à condition, comme l'a relevé le tribunal, que cette menace n'ait pas pour objet ou pour effet, d'obtenir des reconnaissances ou remises disproportionnées de la part de personnes vulnérables en raison de leur état physique ou psychologique, de leur âge ou de leur position hiérarchiquement inférieure et sans qu'il soit laissé un délai raisonnable de réflexion⁸⁶⁸ ». La vulnérabilité permet ici de caractériser la violence, élément constitutif de l'extorsion. En outre, la vulnérabilité est-elle prise en considération dans la qualification de l'escroquerie.

3. L'escroquerie.

753. Avant d'envisager comment la vulnérabilité peut permettre de qualifier cette infraction, et en particulier la tromperie, il faut se rappeler que l'état de la victime n'est pas indifférent dans une telle qualification. La technique d'appréciation de cet élément par le juge est alors intéressante. La tromperie exigée par la loi caractérisant l'escroquerie peut être de nature à tromper une personne normale et prudente tel le bon père de famille du Code civil. L'appréciation est alors objective. Mais de manière subjective, l'appréciation de la tromperie peut tenir compte de la capacité concrète de résistance intellectuelle et psychologique de la victime face à l'agissement reproché. La jurisprudence comme la doctrine ont, au

⁸⁶⁸ Cass. crim., 7 mars 2000, Pourvoi n°99-83.819.

départ, favorisé la première interprétation, puis, dès le milieu du XIX^e siècle, une tendance en faveur d'une interprétation concrète, orientée vers les faits, voit le jour⁸⁶⁹. Ainsi, dans un arrêt du 22 octobre 1887, la chambre criminelle rejette le pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de Pau ayant retenu l'escroquerie dont la victime était un homme handicapé mental. L'auteur lui avait fait croire à la possibilité d'un mariage en vue duquel il lui a vendu des vêtements, et à un accident de la "fausse" future épouse pour obtenir de lui de l'argent. Ainsi, « l'agent a modelé ses manœuvres en fonction des particularités psychologiques » de la victime⁸⁷⁰.

754. La vulnérabilité d'origine psychique est susceptible d'être un élément pris en compte dans la qualification du délit d'escroquerie. En effet, la jurisprudence apprécie *in concreto* ce délit, approuvée en cela par la majorité de la doctrine. La prise en compte de la vulnérabilité serait justifiée par une capacité de résistance moindre à l'acte de l'auteur, en raison justement de sa vulnérabilité matérielle ; cette circonstance serait alors intégrée dans l'intention frauduleuse de l'auteur. Pourtant, une tromperie facilitée par la vulnérabilité d'une personne est, en fait, un abus de faiblesse d'une personne vulnérable. Il y a donc conflit de qualifications entre ce délit prévu par l'article 223-15-2 du Code pénal et l'escroquerie prévue par l'article 313-1. La résolution de ce concours de qualifications devrait, sans doute, suivre la règle classique imposant de retenir la qualification pour laquelle la peine la plus grave est encourue. L'escroquerie serait donc retenue par préférence à l'abus de faiblesse. La difficulté est qu'une telle règle conduit à rendre sans objet l'incrimination de l'abus de faiblesse, lorsqu'il est

⁸⁶⁹ Sur cette évolution : Roger MERLE, André VITU, *op. cit.* n° 2336, p. 1908 ; Michèle-Laure RASSAT, *op. cit.* p. 129, n° 117 ; Jean-Paul DOUCET, note sous Cass. crim., 22 octobre 1987 : *Gaz. Pal.* 1988, I, J. pp. 114-115 ; Pierre BOUZAT, obs. sous Cass. crim., 22 octobre 1987, *Rev. sc. crim.* 1989, pp. 117-118.

⁸⁷⁰ Jean-Paul DOUCET, note *préc.*, p. 115. L'auteur oppose cette situation à celle de l'escroquerie collective pour laquelle les agissements ne sont pas modelés en fonction de telle ou telle personne. Mais, selon M. Pierre BOUZAT, l'auteur a aussi pu penser que, dans la foule, il y aurait des personnes incapables de déceler la tromperie en raison de leur particularité, obs. *préc.* p. 118.

commis sur une personne vulnérable. Alors, la qualification d'abus de faiblesse doit être retenue, contre toute logique pénale, en vertu de la règle *specialia generalibus derogant*⁸⁷¹. Cette règle semble pouvoir être admise afin de régler le conflit de qualifications. Il n'est donc en principe pas possible pour le juge de prendre en compte la vulnérabilité pour qualifier l'escroquerie.

755. Pourtant, par un arrêt du 28 janvier 2004, la Cour de cassation approuve le raisonnement des juges du fonds ayant retenu la vulnérabilité des victimes en vue de caractériser l'escroquerie. En l'espèce, le prévenu vantait dans des publicités ciblées des pouvoirs divinatoires, magiques ou de guérison, dans des domaines tels que les maladies physiques ou morales, "l'amour" le "travail" et même les "cas désespérés" ! Selon les juges, ces publicités étaient destinées à attirer des personnes rendues fragiles ou vulnérables par des événements malheureux ou des ondes négatives. De fait, plusieurs personnes ont versé des sommes relativement importantes au prévenu. Les juges donnent une véritable définition des *manœuvres frauduleuses commises par abus de vulnérabilité*. Selon les magistrats : « le fait de se prévaloir de dons et de promettre des événements chimériques en abusant de la crédulité et de la vulnérabilité des personnes, par l'emploi d'artifices et de mises en scènes, constituent les manœuvres frauduleuses ayant déterminé la remise de fonds⁸⁷². » Pourquoi ici la qualification d'abus frauduleux de l'état de faiblesse d'une personne vulnérable n'a-t-elle pas été retenue ?

756. On peut légitimement avancer deux raisons à cela. La première tient à ce que la gravité des actes commis justifiait indéniablement de se placer sur le terrain du délit d'escroquerie, dont la répression est la plus sévère. La seconde raison est due au résultat de l'infraction exigé par les textes en matière d'abus de faiblesse et d'escroquerie. Concernant l'abus de faiblesse, il doit conduire ou être

⁸⁷¹ Michèle-Laure RASSAT, *op. cit.* p. 151, n° 141. L'auteur dénonce cette situation é tant donné que l'escroquerie simple est punie de cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende et l'abus de faiblesse de trois d'emprisonnement et d'une amende du même montant.

⁸⁷² Cass. crim., 28 janvier 2004, Pourvoi n°03-80.930 .

de nature à conduire à un acte ou une abstention « gravement préjudiciable ». Ce caractère est constitué si sont en jeu une part importante des ressources ou du patrimoine de la personne⁸⁷³. En revanche, l'escroquerie doit déterminer à « remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge ». Peu importe dans ce dernier cas qu'il y ait eu un préjudice⁸⁷⁴, et surtout aucune condition relative à l'importance de la valeur des biens n'existe. Dès lors, lorsque les fonds remis ne constituent pas une part importante du patrimoine de la victime, le conflit de qualifications disparaît : seul le délit d'escroquerie peut être retenu. La vulnérabilité participe alors à la qualification de celui-ci et, en particulier, de l'élément de tromperie par manœuvres frauduleuses.

757. La vulnérabilité permet aussi au juge de qualifier les infractions d'agressions sexuelles lorsque l'auteur tient compte intentionnellement de la vulnérabilité dans le passage à l'acte.

B. Les agressions sexuelles

758. La nature même des actes incriminés par ces infractions et la valeur protégée par celles-ci, permettent de pressentir l'importance de l'appréciation des éléments constitutifs, et en particulier de la contrainte. Or, pour la caractérisation de la contrainte, l'évaluation des capacités de résistance physique ou morale de la victime à de telles agressions ne peut manquer de se poser. Afin d'avoir une approche cohérente, il convient de distinguer plusieurs hypothèses. Les distinctions reposent sur un constat juridique simple : les infractions de viol et autres agressions sexuelles ne sont constituées qu'en l'absence de consentement de la victime. Or, en principe, la victime non consentante va résister à l'agression qu'elle subit, ou du moins s'opposer aux actes de l'auteur, sauf bien évidemment lorsque

⁸⁷³ Cass. crim., 24 mai 2000, Pourvoi n° 99-85.309 ; C. ass. crim., 23 octobre 2001, Pourvoi n° 00-88.038 ; Cass. crim., 27 janvier 2004, Pourvoi n° 03-81.295.

⁸⁷⁴ Cass. crim., 19 décembre 1979 : *Bull. crim.* n° 369.

l'auteur exerce une violence ou une contrainte empêchant physiquement de résister (victime maintenue, menacée d'une arme).

759. Mais, il arrive que la victime n'oppose aucune résistance et subisse passivement l'agression⁸⁷⁵. A partir de là, la vulnérabilité est prise en compte à un double point de vue. D'une part, la vulnérabilité est prise en compte en ce qu'elle manifeste une incapacité de la personne à exprimer un consentement conscient. Elle permet donc au juge de considérer acquise l'absence de consentement, qui explique dans tous les cas la passivité de la victime, son absence de résistance. D'autre part, la vulnérabilité est retenue pour apprécier directement l'absence de résistance effective. Dans cette hypothèse, la victime est capable d'exprimer un consentement valable, mais du fait de sa vulnérabilité matérielle, sa capacité de résistance est amoindrie ou anéantie.

1. L'incapacité à consentir du fait de la vulnérabilité

760. Il faut ici distinguer entre l'incapacité purement psychique de résister, et l'incapacité physique qui souvent d'ailleurs s'accompagne d'une incapacité psychique.

a. La victime physiquement incapable de formuler un consentement

761. La passivité de la victime peut s'expliquer par l'inconscience de la victime : celle-ci lui interdit d'être en mesure d'exprimer un quelconque consentement et, en outre, de résister tant physiquement que psychiquement à l'agression. La jurisprudence qualifie l'agression sexuelle en présumant, du fait même de la vulnérabilité de la victime due à son inconscience, l'absence de consentement. Tel est le cas lorsque la victime est plongée dans un état momentané d'inconscience dû à l'alcool, à un anesthésique ou à un narcotique. Ainsi, un individu peut être déclaré coupable d'attentat à la pudeur avec violence, aggravé par la particulière vulnérabilité de la victime, aux motifs, selon les juges du

⁸⁷⁵ Jean PRADEL, Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, 1^e éd., 1995, n° 704, pp. 484-485.

fond, qu'il savait que la victime « n'était pas dans son état normal et qu'elle était inconsciente ; [qu'il a] donc profité en toute connaissance de cause de son état physique, ne lui permettant pas de réagir normalement, pour la déshabiller partiellement et se livrer sur elle à des attouchements d'ordre sexuel⁸⁷⁶ ». La Cour de cassation approuve cette motivation, elle admet donc que la violence est constituée lorsque l'auteur a profité de l'état d'inconscience de la victime. Il y a donc abus de situation de la part de celui-ci. Les juges du fond insistent d'ailleurs sur le fait que la victime ne pouvait pas réagir normalement. C'est la déficience physique et psychique qui permet de constater l'absence de consentement de la victime qui a inévitablement facilité pour l'auteur la commission du crime de viol.

762. Aussi, dans une affaire où deux individus sont renvoyés devant la Cour d'assises sous l'accusation de viol avec « cette circonstance que la victime se trouvait en état de particulière vulnérabilité en raison de son ivresse », la Cour de cassation précise-t-elle que les accusés « ont reconnu avoir imposé à celle-ci, inconsciente, un rapport sexuel⁸⁷⁷ ». L'adjectif "inconsciente", mis en valeur dans le texte par les virgules, porte à lui seul la motivation implicite de la Cour de cassation. Celle-ci, en effet, considère que l'état de la victime permet à lui seul d'établir son absence de consentement à la relation qui lui a été imposée, qu'elle qualifie de viol par surprise. Il y a une sorte de présomption d'absence de consentement du fait de la nature matérielle de la vulnérabilité. Le lien de corrélation objectif entre celle-ci et l'acte subi est manifeste.

763. L'inconscience passagère de la victime peut également résulter du comportement de l'auteur qui plonge sa victime dans cet état afin de profiter de la situation ainsi créée. Tel est le cas de l'individu qui assomme la victime, de celui qui introduit des cotons imbibés de liquide dans les narines de la victime ainsi plongée dans un état de semi-inconscience, ou du médecin qui place ses patientes sous

⁸⁷⁶ Cass. crim., 11 décembre 1991, Pourvoi n°90-87.37 2.

⁸⁷⁷ Cass. crim., 18 décembre 1991, Pourvoi n°91-85.60 7.

anesthésie lors de consultations en vue d'abuser d'elles sexuellement⁸⁷⁸. Dans toutes ces situations, un premier acte de l'auteur place sa victime dans un état de vulnérabilité, puis par le second acte il se rend coupable des faits reprochés. Par le premier acte l'auteur diminue ou anéantit toute possibilité de résistance de la victime, par le second l'auteur profite de la situation qu'il s'est ainsi créée pour commettre l'infraction. Il provoque la vulnérabilité matérielle pour rendre accessible l'atteinte qu'il a l'intention de commettre. La corrélation objective entre la vulnérabilité matérielle et l'acte envisagé est intégrée à l'intention coupable de l'auteur : elle est ainsi subjectivée. Il ne fait aucun doute que la vulnérabilité préexiste bien à l'infraction et permet au juge de constater l'absence de consentement puisque la victime, de fait, ne pouvait pas l'exprimer. C'est aussi le cas lorsque la victime est psychiquement incapable de consentir aux agissements.

b. La victime psychiquement incapable d'exprimer un consentement conscient

764. S'agissant de l'incapacité psychique de résister, elle est due à la vulnérabilité de la victime en raison d'une maladie ou d'une déficience d'ordre mental. Cet état est grave puisque la personne est dans l'incapacité de donner un consentement conscient du fait de son état. L'arrêt ayant pour la première fois admis que le viol était constitué dans cette situation en l'absence de résistance de la victime date de 1961⁸⁷⁹. Il s'agissait en l'espèce d'une jeune fille de seize ans, arriérée mentale atteinte de débilité intellectuelle profonde et complètement sourde, surprise par l'arrivée de l'auteur des faits. Cette solution est aujourd'hui constante. Ainsi, dans un arrêt du 8 juin 1994, la chambre criminelle entérine la motivation de

⁸⁷⁸ Respectivement : C. assises Meurthe et Moselle, 24 octobre 1983 : *Rev. sc. crim.* 1985, p. 813, obs. Georges LEVASSEUR ; Cass. crim., 12 mai 1987, Pourvoi n°87-80.909 : *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. I, et Cass. crim., 21 avril 1998, Pourvoi n°98-80.582.

⁸⁷⁹ Cass. civ. 1^e, 6 novembre 1961 : *D.* 1961, J., pp. 733-735, note Georges HOLLEAUX ; *Rev. sc. crim.* 1962, pp. 98-99, obs. Louis HUGUENEY. Aussi : Cass. crim., 4 janvier 1990 : *Bull. crim.*, n° 1 ; *Rev. sc. crim.* 1990, pp. 341-342, obs. Georges LEVASSEUR, prenant en compte le fait que la victime d'un viol, une jeune femme âgée de 23 ans et atteinte de troubles mentaux soit : « dénuée de capacité de résistance »

la Cour d'appel ayant affirmé « que la contrainte qu'aurait exercée [l'accusé] doit s'apprécier de manière concrète, en fonction de la capacité de résistance de la victime⁸⁸⁰ ».

765. On retrouve mot pour mot l'interprétation de la contrainte en matière d'extorsion. Le juge raisonne donc par analogie en ce qui concerne l'appréciation *in concreto* de la contrainte. En l'espèce, la victime était atteinte de psychonévrose dépressive et obsessionnelle grave, trouble qualifié de sévère par les experts. Elle était isolée et en complet désarroi, dans une chambre d'hôpital où l'intéressé serait venu la réveiller en pleine nuit. La sévérité de la pathologie exclue une quelconque participation de la victime aux actes commis sur elle, ainsi la victime n'a pu que rester passive. Les juges peuvent facilement en déduire l'absence totale de consentement. Ils relèvent toutefois l'existence d'une contrainte physique de l'accusé qui maintenait la tête de la victime. La passivité de la victime s'explique par sa situation de grande vulnérabilité qui l'empêchait d'exprimer une quelconque résistance. C'est à cette condition que les magistrats la prennent en compte puisque, ainsi, l'auteur a pu en profiter.

766. De la même manière, des actes sont qualifiés de viols et autres agressions sexuelles, car ceux-ci ont été commis par une personne travaillant dans un service hospitalier spécialisé pour enfants handicapés sur quatre enfants souffrant de troubles neurologiques graves. La motivation de la Cour de cassation est très claire : « les agressions sexuelles [...] ont nécessairement été commises en dehors de tout consentement des victimes⁸⁸¹ ». L'adverbe *nécessairement* met en valeur la présomption du juge. La vulnérabilité des victimes, qui permet d'établir leur absence totale de discernement, suffit à établir l'absence de consentement. Il est alors inutile pour le juge de rechercher les éléments permettant d'établir une

⁸⁸⁰ Cass. crim., 8 juin 1994 : *Bull. crim.*, n° 226 ; *Dr. Pénal* 1994, Comm. 232, pp. 7-8, note Michel VERON.

⁸⁸¹ Cass. crim., 26 juin 1997, Pourvois n^{os} 96-82.346 et 97-82.128.

contrainte de la part de l'auteur⁸⁸². Celle-ci est donc présumée. Telle est d'ailleurs l'analyse de Mme Cécile Barberger pour qui « la vulnérabilité tend, en jurisprudence, à créer une présomption de contrainte en faveur des victimes de viol ou d'agression sexuelle⁸⁸³ ». Le lien de corrélation objectif entre les actes et la vulnérabilité matérielle expose particulièrement la victime à ceux-ci. Ce lien de corrélation est en outre intégré subjectivement à l'intention dolosive de l'auteur de l'infraction.

767. *A contrario* d'ailleurs, lorsque le juge recherche les éléments qui pourraient permettre de caractériser le délit d'agression sexuelle, le fait que la victime, bien que vulnérable matériellement, ne soit pas dans un état de perturbation mentale lui enlevant le discernement, empêche l'établissement de l'élément de surprise. La relaxe du prévenu est donc justifiée⁸⁸⁴. Pour autant, la jurisprudence exige que les juges du fond caractérisent en quoi la vulnérabilité peut permettre d'établir l'absence de consentement, et peut être le seul élément caractérisant la contrainte ou la surprise. Ainsi, la surprise ne peut être déduite du seul âge des victimes, l'arrêt de la Cour d'appel ayant décidé le contraire est donc cassé par la chambre criminelle⁸⁸⁵. La surprise doit être analysée à la lumière des circonstances, or en l'espèce la répétition des faits rendait la qualification de surprise sans fondement. Les juges auraient dû préciser en quoi l'âge des victimes

⁸⁸² M. Vitu préconise alors de présumer légalement le défaut de consentement afin d'en pallier la difficulté de preuve, Roger MERLE, André VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial, op. cit.* n° 1854, p.1505. Cette solution existe d'ailleurs déjà en ce qui concerne les mineurs de quinze ans, puisque l'article 227-25 du Code pénal incrimine le fait, par un majeur, d'exercer, sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans. L'absence de consentement est présumée par la loi.

⁸⁸³ Cécile BARBERGER, Les personnes vulnérables, *In* : Actes du XIII^e Congrès de l'association française de droit pénal, Le nouveau Code pénal : deux années d'application, *Rev. jur. d'Ile-de-France*, n°44, 1994, pp. 179-191, p. 186 ; *id.*, *In* : *Rev. pénit.* 1996, n°3, pp. 277-287, p. 282.

⁸⁸⁴ Cass. crim., 10 mai 2001, Pourvoi n°00-86.158.

⁸⁸⁵ Cass. crim., 1^{er} mars 1995 : *Dr. pénal* 1995, Comm. 171, p. 7, note Michel VERON. Aussi : Cass. crim., 14 avril 1999 : *Bull. crim.*, n°83.

en l'espèce, les rendaient incapables de consentir aux actes subis : en d'autres termes ils auraient dû expliciter le lien de corrélation.

768. En revanche, lorsqu'une telle motivation existe, la Cour de cassation ne la remet pas en cause. Ainsi, dans un arrêt du 6 mai 1986, les juges du fond retiennent l'avis des experts selon lesquels la victime : « handicapé physique et mental, et donc sur le plan relationnel, ne peut résister à une personne ayant autorité sur lui, car il est trop immature sur le plan psycho-affectif, trop influençable. Il ne peut donc donner un consentement valable ». Ils en déduisent que l'auteur a agi par contrainte morale pour parvenir à ses fins et entretenir des relations sexuelles avec le jeune handicapé dont il était l'éducateur⁸⁸⁶. Aussi, un arrêt constate-t-il qu'une petite fille « avait connu une enfance traumatisante auprès d'une mère et d'un beau-père violents et maltraitants, présentait une problématique abandonnique, une immaturité affective et un retard mental ; que compte tenu du jeune âge de la victime au moment du début des faits, de la fragilité et de la vulnérabilité [de celle-ci] face à son père adoptif [...] qui l'avait par adoption tirée d'un milieu particulièrement néfaste, il ne peut être soutenu [qu'elle] a pu librement et valablement consentir aux actes auxquels elle a été soumise⁸⁸⁷ ». Au même titre que l'autorité de l'auteur sur la victime, la vulnérabilité entre dans les éléments pris en compte par le juge pour caractériser la contrainte ; l'attentat à la pudeur et le viol sont qualifiés. Les juges du fond ont justifié leur décision en précisant les circonstances de fait permettant de dire en quoi la vulnérabilité de la victime avait empêché l'expression d'un consentement valable. La vulnérabilité doit donc être mise en relation avec les actes qu'elle contribue à qualifier.

769. Aussi, une personne est-elle renvoyée devant la Cour d'assises pour viol et agressions sexuelles aggravées pour avoir pratiqué ces actes sur cinq jeunes femmes handicapées, et présentant en raison de leur insuffisance intellectuelle des troubles du jugement et de la compréhension. Selon les experts,

⁸⁸⁶ Cass. crim., 6 mai 1986, Pourvoi n° 84-95.496 : *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. I.

⁸⁸⁷ Cass. crim., 26 juin 2002, Pourvoi n° 02-83.133.

« il apparaît que leurs capacités limitées ne leur permettaient ni d'opposer une résistance efficace et adaptée, ni de donner un consentement libre et éclairé ». Les juges du fond considèrent que cette circonstance « est l'élément constitutif des infractions de viol et d'agressions sexuelles⁸⁸⁸ ». La motivation est sans équivoque, seule la vulnérabilité permet au juge d'établir l'absence de consentement de la victime. Les juges ont pris soin de justifier que la vulnérabilité empêchait l'expression d'un consentement éclairé. Celle-ci est donc prise en compte dans la qualification de l'infraction.

770. Cependant, la vulnérabilité de la victime n'a pas toujours pour conséquence son incapacité à consentir. Parfois, la victime est apte à consentir, la vulnérabilité est alors prise en considération par le juge pour évaluer son incapacité à résister aux actes subis.

2. L'incapacité à résister évaluée relativement à la vulnérabilité

771. Dans certaines situations, la victime, bien que particulièrement vulnérable, est tout de même capable d'exprimer un consentement valable, et donc ne pas consentir aux agissements de l'auteur. Pourtant, la vulnérabilité aura des conséquences sur sa capacité à résister à ces actes. Ainsi, la victime peut-elle rester passive ou voir sa résistance largement amoindrie face à l'agression du fait de sa vulnérabilité.

a. La passivité due à la vulnérabilité

772. Dans un certain nombre d'arrêts, il apparaît que la victime qui est capable de consentir aux actes qu'elle subit, se trouve incapable d'opposer la moindre résistance à l'agression : elle reste alors passive du fait de sa vulnérabilité. Souvent l'incapacité de résistance est due à une fragilité de la personne plutôt d'ordre psychologique, mais on peut toutefois aussi imaginer qu'un handicap physique de la victime la conduise à subir passivement l'agression quand bien

⁸⁸⁸ Motivation rapportée dans Cass. crim., 23 février 2000, Pourvoi n°99-87.683.

même elle serait totalement lucide. La jurisprudence fait encore preuve de pragmatisme en ce domaine et apprécie les éléments constitutifs des agressions sexuelles en fonction des capacités de résistance de la victime. Elle applique, dans ces circonstances où la vulnérabilité est moins importante, la jurisprudence citée plus haut concernant la victime incapable de consentir. Dans l'arrêt du 8 juin 1994, la chambre criminelle précisait en effet que la contrainte « doit s'apprécier de manière concrète en tenant compte de la capacité de résistance de la victime ». Cette solution doit semble-t-il être considérée comme un principe d'interprétation posé par la Cour de cassation s'appliquant au delà des cas extrêmes dans lesquels la vulnérabilité de la personne a pour conséquence son absence de discernement ou son inconscience.

773. Lorsque la vulnérabilité participe à la qualification des infractions d'agressions sexuelles, cela répond au souci du juge d'apprécier les éléments constitutifs de manière concrète, en tenant compte des particularités de la victime corrélativement aux agissements en cause. Ainsi, la vulnérabilité est retenue par les juges pour qualifier l'infraction et plus précisément l'élément de contrainte. La motivation d'un arrêt du 25 octobre 1994 est révélatrice d'une telle approche. Dans cette affaire, une femme avait subi avec passivité un viol lors d'une consultation médicale, qualifié de viol par personne ayant autorité⁸⁸⁹. Les juges, approuvés dans leur motivation par la Cour de cassation, relèvent « l'état de grande vulnérabilité dans lequel se trouve placée une femme dans le cadre d'une consultation médicale ». Les faits sont donc analysés à la lumière des circonstances très particulières dans lesquelles ils se sont déroulés. La chambre criminelle précise que « les juges ont caractérisé l'élément de contrainte par lequel [l'accusé] aurait soumis sa patiente à ses agissements ». La vulnérabilité de la victime permet l'établissement de la contrainte, élément constitutif du viol. Le fait que la victime soit vulnérable entre donc dans la qualification de l'infraction par une appréciation concrète des faits.

⁸⁸⁹ Cass. crim., 25 octobre 1994 : *Dr. Pénal* 1995, Comm. 63, p. 8, note Michel VERON.

774. Il faut noter que la vulnérabilité prise en compte pour qualifier l'infraction est plus large que la particulière vulnérabilité prévue dans le Code pénal : celle-ci ne pouvant être due qu'à l'âge, une maladie, une déficience physique ou psychique ou un état de grossesse suffisamment caractérisés. Dans l'arrêt précité la vulnérabilité de la patiente est due à plusieurs éléments cumulés : le fait qu'il s'agisse d'une femme dans le cadre d'une consultation médicale, qu'elle souffre d'une affection vaginale la prédisposant peu à un rapport sexuel. Ces éléments ne permettraient toutefois certainement pas d'établir une particulière vulnérabilité⁸⁹⁰. En revanche, ils recouvrent une faiblesse spécifique qui a pour effet, en l'espèce, la passivité de cette victime face à l'agression qu'elle subit. Si la vulnérabilité matérielle est retenue ici, c'est qu'elle rend la personne incapable de résister aux agissements de l'auteur.

775. En outre, il arrive que, sans se prononcer directement, la chambre criminelle rejette néanmoins des pourvois ayant condamné l'auteur alors que la vulnérabilité leur a permis de caractériser la surprise ou la contrainte. Les motivations sont explicites : « c'est bien l'effet de surprise qui a créé la confusion dans l'esprit fragile de la jeune personne qui n'était pas en mesure d'opposer la moindre résistance, tant du fait de sa débilité que du fait qu'elle a eu face à elle son éducateur qui, au demeurant, avait l'âge d'être son père » ; ou, l'auteur « a abusé de la faiblesse d'une jeune handicapée et profité de celle-ci pour se livrer sur sa personne à des caresses et attouchements » ; ou encore, la victime « a subi, dans un état de passivité dû à une inhibition de sa volonté et à ses difficultés de santé, un rapport sexuel qui, s'il n'a pas été commis avec violence, a cependant été fait

⁸⁹⁰ Voir aussi, Cass. crim., 17 octobre 2001, Pourvoi n° 01-81.374, la Cour d'appel de Versailles avait constaté, s'agissant en l'espèce d'une femme élevant seule un enfant, que « les atteintes sexuelles dénoncées ont été commises sous l'effet d'une contrainte morale qu'il lui était difficile de contrecarrer du fait de sa vulnérabilité psychologique face à un employeur omnipotent » : la subordination crée la vulnérabilité.

par surprise, sur une personne dont la vulnérabilité [...] ne pouvait qu'être apparente⁸⁹¹ ».

776. La vulnérabilité peut aussi résulter d'un acte de l'auteur diminuant en fait les capacités de résistance. Ainsi, l'auteur peut avoir provoqué la vulnérabilité de la victime par l'injection d'un produit sédatif. Même si, dans ce cas, « l'inertie n'[est] pas totale, elle l'[est] pour diminuer les capacités [de la victime] à se défendre et à exprimer son désaccord⁸⁹² ». Dans une autre affaire, où il s'agissait d'un renvoi devant la cour d'assises d'un individu pour viols et agressions sexuelles aggravées, les juges du fond ont relevé que les victimes, « par peur ont subi [les faits] sans réagir ». Les actes reprochés avaient été commis à l'encontre de quatre jeunes femmes pour lesquelles les expertises psychiatriques mettaient en relief leur extrême vulnérabilité, ainsi que leurs caractères influençables du fait même de leur handicap, avec un discernement et une résistance amoindris dus à la vulnérabilité. Le renvoi est donc justifié⁸⁹³. Dans toutes ces affaires, les juges prennent en compte la vulnérabilité de la victime parce qu'elle a, en fait, facilité la commission des actes de l'auteur. Le lien entre la vulnérabilité et l'atteinte subie est très étroit, il traduit une correspondance très forte entre la faiblesse précise de la personne et la nature des actes de l'auteur de l'infraction. Cette remarque s'applique également lorsque la victime non consentante oppose une résistance à l'agression, mais celle-ci est peu consistante en raison de sa vulnérabilité. L'atteinte de l'auteur reste largement facilitée par cette vulnérabilité, les magistrats en tiennent compte pour qualifier l'infraction.

⁸⁹¹ Respectivement : Cass. crim., 12 novembre 1997, Pourvoi n° 96-83.550 ; Cass. crim., 19 novembre 1997, Pourvoi n° 96-85.693 et Cass. crim., 19 décembre 2000, Pourvoi n° 00-86.572. Dans cette dernière affaire, il était reproché, au soutien du pourvoi, à l'arrêt d'appel d'avoir déduit la surprise de la vulnérabilité de la victime, confondant ainsi l'élément constitutif de l'infraction et la circonstance aggravante de celle-ci. Ce raisonnement n'est pas suivi pas la Cour de cassation.

⁸⁹² Cass. crim. 27 avril 2000, Pourvoi n° 00-80.827.

⁸⁹³ Cass. crim., 23 juillet 1996, Pourvoi n° 96-82.233 .

b. Une résistance amoindrie due à la vulnérabilité

777. La plupart du temps, la personne vulnérable peut consentir de manière libre. Dans certains cas, la vulnérabilité n'empêche pas la résistance, même si elle l'amoindrit. Il faudra donc un acte positif de violence, contrainte ou surprise suffisamment caractérisé : un tel agissement est toujours constaté par les juges dans les arrêts précités⁸⁹⁴. Cependant, lorsque la victime est vulnérable, ces actes n'ont pas à avoir la même gravité que s'il s'agissait d'une personne non vulnérable. En effet, la pression exercée n'a pas à être très intense pour obtenir le consentement d'une personne vulnérable. Les juges vérifient d'ailleurs qu'il y ait bien une vulnérabilité de la victime ayant amoindri ses capacités de résistance ; dans le cas contraire les agissements ne suffiront pas à établir l'infraction. Ainsi, la Cour d'appel de Paris précise, dans arrêt de relaxe du prévenu du délit d'agressions sexuelles, « qu'il n'est pas noté chez des jeunes femmes lucides et matures d'état de vulnérabilité qui les aurait rendues incapables de résister à la violence psychologique invoquée⁸⁹⁵ ». En outre, l'infraction n'est pas constituée si la victime bien que vulnérable pouvait résister eu égard aux circonstances. Aussi, la Cour d'appel de Montpellier affirme-t-elle que « le seul fait que la victime supposée soit placée sous un régime de protection, y compris sous tutelle, ne saurait par lui-même établir une impossibilité de résistance⁸⁹⁶ ». Ces arrêts montrent bien que les magistrats finalement recherchent ce lien de corrélation entre la vulnérabilité et l'atteinte, c'est-à-dire que la vulnérabilité doit avoir dans l'esprit de l'auteur, mais aussi en fait, facilité la commission de l'infraction dans ses éléments de menace, contrainte ou surprise.

⁸⁹⁴ Ajoutons que la surprise doit résulter d'un acte positif de l'auteur visant à surprendre le consentement. Ainsi, ne peut être qualifié de surprise, élément constitutif d'une agression sexuelle, le fait qu'une jeune femme, après les avances poussées du prévenu qui était son employeur plus âgé qu'elle, ait déclaré « être tombée des nues », Cass. crim., 25 avril 2001 : *Bull. crim.*, n° 99 ; *Rev. sc. crim.* 2001, pp. 808-810, obs. Yves MAYAUD.

⁸⁹⁵ Cass. crim., 15 juin 2000, Pourvoi n° 99-84.171 : *Bull. crim.*, n° 152.

⁸⁹⁶ Motivation rapportée dans l'arrêt : Cass. crim., 22 septembre 1999, Pourvoi n° 98-86.677.

778. Dans ces hypothèses, l'intégration de la vulnérabilité aux éléments permettant d'établir l'infraction s'explique par le fait que l'auteur de l'atteinte adapte ses agissements à la victime qu'il a en face de lui. L'auteur sait que ceux-ci seront plus aisés du fait de la vulnérabilité de la victime. Ainsi, les agressions sexuelles sont souvent appréciées en considération de la vulnérabilité de la victime en tant qu'elle diminue ses capacités de résistance, quand bien même elle pourrait exprimer son absence de consentement. Ainsi, peut être déclaré coupable d'attentat à la pudeur (d'agressions sexuelles depuis le Code pénal de 1992) l'individu qui « impose des actes impudiques et contre nature à son employé, majeur placé sous tutelle en raison de sa débilite mentale, lequel, après avoir manifesté son refus en demandant à son employeur de ne pas continuer, avait fini par céder de peur de perdre sa place⁸⁹⁷ ». De même, dans l'arrêt du 6 janvier 1999, la cour affirme que, « pour caractériser la contrainte dont a usé le prévenu pour commettre les faits d'agression sexuelle sur la personne de [la victime], majeure handicapée présentant une vulnérabilité psychique » l'arrêt énonce que, pour parvenir à ses fins, l'auteur lui donnait de l'argent et « il a reconnu avoir profité de la faiblesse de la victime dont il connaissait l'état⁸⁹⁸ ». Cet élément est retenu afin d'établir la contrainte constitutive de l'infraction. En conséquence, l'auteur est condamné pour agressions sexuelles sur une personne dont la particulière vulnérabilité était manifestée par des troubles psychiques.

779. La vulnérabilité participe encore à la qualification d'attentat à la pudeur lorsqu'un policier use de sa qualité pour emmener un jeune garçon dont l'état mental était déficient pour commettre, sous la contrainte, les agissements reprochés. Pour la Cour de cassation, les juges du fond ont caractérisé l'élément de contrainte puisqu'ils énoncent que la victime a déclaré n'avoir accédé aux désirs du prévenu que « sous la contrainte car, chaque fois qu'il refusait, [celui-ci] le menaçait de le conduire en prison⁸⁹⁹ ». Dans cette affaire donc, la victime n'est pas restée

⁸⁹⁷ Cass. crim., 30 juin 1993, Pourvoi n°92-85.585.

⁸⁹⁸ Cass. crim., 6 janvier 1999, Pourvoi n°97-86.655.

⁸⁹⁹ Cass. crim., 31 janvier 1989, Pourvoi n°88-82.219.

passive, mais sa résistance morale aux menaces de l'auteur était faible en raison de sa vulnérabilité. Une telle constatation s'impose aussi dans le cas d'un viol commis sur une personne vulnérable en raison d'une déficience mentale. Les juges du fond font en effet état notamment de « déshabillage forcé », ce qui signifie l'absence de passivité de la victime⁹⁰⁰. La vulnérabilité participe à la qualification de la contrainte, de manière subjective : l'auteur en a tenu compte intentionnellement pour commettre l'infraction, il savait que la vulnérabilité de la victime faciliterait la commission. Le lien de corrélation entre la vulnérabilité et l'atteinte est un lien subjectif ici, qui fait ressortir une adéquation entre les manifestations matérielles de la vulnérabilité et l'atteinte particulière qui est portée à la personne.

780. Cette approche est également présente dans la jurisprudence lorsqu'il s'agit de qualifier le délit de harcèlement sexuel.

C. Le harcèlement

781. L'article 222-33 du Code pénal définit le harcèlement sexuel comme le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, définition relativement ouverte s'il en est. Le fait de harceler peut être constitué par l'usage d'ordres, de menaces, de contraintes ou de pressions, et peut recouvrir soit des actes répétés soit un acte unique s'il est suffisamment grave⁹⁰¹. Cette conception du délit permet d'entrevoir assez aisément que celui-ci peut être constaté par les juges, lorsque l'auteur par ses agissements va profiter de la situation de vulnérabilité de la victime.

782. Ainsi, un arrêt de la chambre criminelle du 23 octobre 2002 rejette le pourvoi formé contre une décision ayant condamné un individu pour harcèlement sexuel et retenant expressément la vulnérabilité de l'employée. Selon la cour, l'auteur de l'infraction « exploitant la vulnérabilité de [la victime] du fait de ses

⁹⁰⁰ Cass. crim., 6 novembre 1991, Pourvoi n° 91-84.790.

⁹⁰¹ Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial, Infraction des et contre les particuliers*, Paris, Précis, Droit privé, Dalloz, 4^e éd., 2003, p ; 416, n° 401.

résultats jugés insuffisants, a utilisé la situation de contrainte psychologique dans laquelle il l'a placée pour obtenir ses faveurs sexuelles et à cette fin a abusé de son autorité⁹⁰² ». Le juge prend ici en compte la vulnérabilité de la salariée face à son employeur pour établir l'existence d'une contrainte permettant la qualification du harcèlement.

783. La solution de cette jurisprudence relative au harcèlement sexuel semble pouvoir être étendue sans difficulté aux autres délits de harcèlement. Ainsi, la vulnérabilité de la victime semble pouvoir permettre la qualification du délit général de harcèlement moral de l'article 222-33-2 du Code pénal, créé par la loi de modernisation sociale n° 2002-73 du 17 janvier 2002. Mais *a fortiori*, celle-ci peut participer à la qualification du délit de harcèlement en droit du travail, prévu par l'article L. 122-46 du code du travail, créé par la même loi. En effet, ce délit prévoit la répression tant du harcèlement sexuel, que du harcèlement moral. La loi impose seulement, en cette matière, qu'il s'agisse d'actes répétés, et limite l'application du délit aux actes commis par un supérieur hiérarchique, ce qui n'est pas le cas en droit pénal général.

784. L'ensemble de cette jurisprudence établit nettement que la vulnérabilité est prise en compte par le juge pour qualifier un élément constitutif d'une infraction : une contrainte physique ou psychique. Cet élément recouvre en fait un abus de la situation de vulnérabilité par l'auteur des agissements. Cette fonction de la vulnérabilité se distingue alors comme une condition déterminant l'existence d'une notion de vulnérabilité en droit. Ainsi, malgré un recul de la prise en compte de la vulnérabilité dans la qualification d'un abus expressément prévu par le législateur, toutes les situations juridiques, évoquées en droit pénal, montrent que cette atteinte est présente.

⁹⁰² Cass. crim., 23 octobre 2002, Pourvoi n° 02-82.039.

Conclusion du Titre I

785. Le premier volet de cette seconde partie de notre étude a mis en évidence que lorsque la vulnérabilité participe à la qualification de l'existence juridique d'une atteinte, l'atteinte en cause recouvre dans bien des cas un abus de la situation de vulnérabilité d'une personne physique très révélateur de cette fonction de la vulnérabilité. Une telle fonction de la vulnérabilité s'observe tant en dehors du droit pénal que dans cette matière. Ainsi, lorsque l'abus de situation est avéré, en droit civil, en droit pénal ou en droit de la Convention européenne des droits de l'homme, la vulnérabilité de la victime de cet acte est retenue pour qualifier l'abus. La personne est moins apte à résister à l'atteinte qu'elle subit, et l'auteur de l'acte prend en compte subjectivement la vulnérabilité matérielle de la victime parce qu'elle facilite l'acte : il profite de la situation objective de vulnérabilité. Lorsqu'en revanche l'abus de situation n'est qu'éventuel, il n'est pas question de considérer l'intention de l'auteur. L'atteinte n'est que potentielle. La faiblesse matérielle, par sa nature, crée objectivement un risque d'abus de situation : Celle-ci permet alors de définir juridiquement l'existence non pas d'un abus de situation avéré, mais d'un abus de situation éventuel.

786. L'abus de situation apparaît ainsi comme un type d'atteinte très didactique dans la mise en évidence de la fonction de la vulnérabilité. Il s'agit d'une atteinte pour la qualification de laquelle la vulnérabilité est fortement impliquée : l'accès au droit de la notion de vulnérabilité est conditionnée par sa participation à la qualification d'un abus de situation. Abuser d'une situation de vulnérabilité de la personne représente le paroxysme de la fonction de qualification de la vulnérabilité car le lien de corrélation est très fort, évident et tend même parfois vers un lien de causalité. L'abus de situation a été commis parce que la personne était vulnérable, le risque d'abus existe parce que la personne est vulnérable. En l'absence de vulnérabilité de la victime, l'abus n'aurait pas été commis tel qu'il l'a été, le risque d'abus disparaîtrait. La fonction de la vulnérabilité dans la qualification de l'abus de

situation enrichit donc spécialement l'étude de cette fonction et méritait de ce fait d'être envisagée en premier lieu.

787. Le terrain est donc préparé pour confirmer que la vulnérabilité ne peut être expressément prise en considération par droit qu'à la condition qu'elle ait pour fonction unique de participer à la qualification d'une atteinte relativement grave. Cette condition fonctionnelle est confirmée lorsque la vulnérabilité participe à la qualification d'autres atteintes graves que l'abus de situation.

Titre II. La participation constante à la qualification d'une atteinte grave

788. La fonction juridique de la vulnérabilité en droit privé, malgré des aspects très divers, est toujours la même. La fonction de participation à la qualification d'une atteinte apparaît ainsi comme la seule modalité possible d'intégration de la vulnérabilité au droit. Dès lors, quel type d'atteinte la vulnérabilité, lorsqu'elle est prise en compte par le droit, contribue-t-elle à qualifier en dehors d'un abus de situation ? Rappelons, en effet, qu'il s'agit d'une atteinte en tant que concept juridique à qualifier, le principal élément de qualification de celle-ci étant l'atteinte matérielle à laquelle la personne est matériellement exposée.

789. Les atteintes que la vulnérabilité contribue à qualifier se révèlent toujours comme des atteintes relativement graves. Toutefois, le seuil de gravité à partir duquel la vulnérabilité est retenue en droit est difficilement déterminable. On constate néanmoins qu'il n'est pas sans relation avec la vulnérabilité de la personne elle-même. Le lien de corrélation réapparaît ici. La prise en compte juridique de la vulnérabilité de la personne n'est en effet justifiée qu'à partir du moment où la personne du fait de sa fragilité est manifestement plus perméable qu'une autre à un certain type d'atteinte. L'existence d'une situation de particulière vulnérabilité implique alors nécessairement que l'atteinte atteint un certain degré de gravité. Moins grave, l'acte caractérisant l'atteinte ne serait pas de nature à rendre la personne particulièrement vulnérable. La protection spécifique des personnes vulnérables en droit, si elle se justifie lorsque des atteintes relativement graves leur sont portées, perd de sa légitimité s'il s'agit d'atteintes plus légères. Est, en effet,

sous-jacente dans de nombreuses décisions, l'idée d'un ordre public de protection des personnes vulnérables contre les atteintes les plus graves⁹⁰³.

790. Il apparaît que la participation de la vulnérabilité à la qualification d'une atteinte grave est nécessaire à l'existence juridique de la notion. En dehors de la participation à l'existence d'un abus de situation, la fonction de qualification d'une atteinte grave a une double facette : soit la vulnérabilité participe à la constatation du degré de gravité d'une atteinte, déjà considérée en elle-même comme relativement grave, soit la vulnérabilité participe à qualifier l'existence de l'éventualité d'une atteinte, qu'elle contribue à définir.

Ce titre est donc divisé en deux chapitres :

Chapitre I. Le degré de gravité de l'atteinte

Chapitre II. L'existence de l'éventualité de l'atteinte

⁹⁰³ Cass. crim., 19 janvier 2000, Pourvoi n° 98-87.690 ; Cass. crim., 21 août 2002, Pourvoi n° 02-84.080 et les autres arrêts justifiant la maintien ou le placement en détention provisoire pour trouble à l'ordre public dont la vulnérabilité de la victime est l'un des éléments d'appréciation (cf. développements ci-dessous Chapitre I, Section I, § 1, A, 3°).

CHAPITRE I. LE DEGRÉ DE GRAVITÉ DE L'ATTEINTE

791. Le droit pénal est le domaine privilégié de la prise en compte de la vulnérabilité participant à la qualification d'une atteinte quant à sa gravité. Le fait que l'infraction touche une personne vulnérable pousse le législateur ou le juge à considérer que la gravité de celle-ci est accrue. Aussi, la vulnérabilité est-elle prévue principalement dans le Code pénal en tant que circonstance aggravante de nombreuses infractions. Pourtant, de manière plus large, en droit pénal toujours, la vulnérabilité influence bien souvent l'appréciation de la gravité d'une infraction en dehors de la qualité de circonstance aggravante expressément prévue. En dehors du droit pénal interne, la vulnérabilité contribue à apprécier la gravité d'un acte relevant de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais on ne quitte pas véritablement le domaine pénal. C'est donc, dans le domaine pénal, au sens large, que la fonction de contribution à la qualification de l'atteinte, quant à sa gravité, se manifeste. Cette participation conditionne l'existence juridique de la notion de vulnérabilité.

792. La fonction de la vulnérabilité est alors soumise au double sens du terme de gravité sur le plan juridique. Il faut distinguer la "gravité aggravation" de la "gravité pure". En tant qu'aggravation, la gravité peut être entendue plus ou moins restrictivement. L'aggravation au sens strict, en tant que fonction de la vulnérabilité, implique alors que celle-ci soit seule prise en compte juridique pour aggraver une atteinte, par ailleurs juridiquement constituée. La distinction est alors claire entre, d'une part, la qualification de l'existence de l'atteinte et, d'autre part, la qualification de sa gravité seulement par la vulnérabilité. Mais, l'aggravation peut se manifester de manière plus confuse. La vulnérabilité est alors l'un des éléments d'appréciation de la gravité dans son ensemble, d'une atteinte par ailleurs juridiquement qualifiée en dehors de la vulnérabilité. Dans cette hypothèse, la vulnérabilité peut avoir été retenue comme une aggravation au sens strict, ou ne surgir, au contraire, qu'au moment de l'appréciation de la gravité de l'atteinte. Dans les deux cas, la

vulnérabilité participe à la qualification de la gravité d'une atteinte, constituée juridiquement, et déjà considérée en elle-même comme grave.

793. La gravité, comprise comme une aggravation conduit à une confusion avec la gravité pure de l'atteinte considérée en elle-même. La vulnérabilité participe à la qualification de l'existence de l'atteinte, elle permet alors à celle-ci d'atteindre le degré de gravité nécessaire à sa qualification : cette gravité est la condition d'existence de l'atteinte sur le plan juridique. Il est malheureusement souvent difficile de distinguer entre la vulnérabilité qui permet la constatation de l'existence d'une atteinte grave et la vulnérabilité qui permet la constatation de l'aggravation d'une atteinte existante. La rigueur juridique impose en tout cas de distinguer ces deux situations.

794. Ces remarques, concernant les diverses acceptations de la gravité, imposent d'analyser, dans un premier temps, la vulnérabilité dans sa fonction de qualification de la seule gravité d'une atteinte, déjà constituée juridiquement par ailleurs (Section I). Elles amènent, dans un second temps, à éclairer l'embarrassante distinction entre la fonction d'aggravation d'une atteinte existante et la fonction de qualification de l'existence d'une atteinte permettant de franchir le seuil de gravité nécessaire à sa qualification. Cette difficulté apparaît en droit pénal, lorsque le juge prend en compte la vulnérabilité pour qualifier l'existence d'une infraction, alors que le législateur la prévoit par ailleurs en tant que circonstance aggravante de la même infraction. La participation à la qualification de la gravité d'une infraction existante et la participation à la qualification de l'existence d'une infraction sont alors en concurrence (Section II).

Section I. La qualification de la seule gravité d'une atteinte existante

795. La fonction de participation à la qualification de la gravité d'une atteinte est manifeste tant en droit pénal interne (§ 1) que dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relativement à l'interprétation de l'article 3 de la Convention (§ 2).

§ 1. L'aggravation de certaines infractions en droit pénal interne

796. Pour une présentation claire du rôle de la vulnérabilité ici, les manifestations de cette fonction d'aggravation doivent être mises en lumière (A) afin d'être en mesure, ensuite, d'en comprendre le mécanisme découlant du caractère subjectif de la circonstance aggravante de vulnérabilité (B).

A. Les manifestations de l'aggravation

797. Bien que l'on puisse déplorer quelques oublis⁹⁰⁴, ce sont les infractions les plus graves contre les personnes pour lesquelles la circonstance aggravante de vulnérabilité est prévue. Ainsi, pour les infractions qui peuvent paraître moins graves, il n'y a pas d'aggravation prévue par le législateur en cas de

⁹⁰⁴ Par exemple, on l'a vu, la provocation au suicide, cf. Pascale RENAUD-DURAND, La prise en compte de la vulnérabilité dans le nouveau Code pénal, *In* : Equipe de recherche sur la politique criminelle, Christine LAZERGES (Sous-dir.), *Réflexions sur le nouveau code pénal*, Paris, Pédone, 1995, pp. 120-130, p. 124. Mais, on avait ajouté notamment : le harcèlement sexuel et le harcèlement moral, art. 222-33 et art. 222-33-1, l'enlèvement et la séquestration, art. 224-1 et suivants, aussi, par assimilation aux mineurs, la provocation à commettre des actes illicites ou dangereux, art. 227-18, 227-18-1, 227-19, 227-20, 227-21 ou le fait de favoriser la corruption d'un mineur, art. 227-22.

vulnérabilité de la victime⁹⁰⁵. La fonction expressive de la loi pénale se révèle ici : le législateur entend rendre ostensible sa volonté de punir ceux qui s'attaquent par des actes inacceptables aux plus vulnérables. Ainsi, en particulier, le législateur souhaitait que « les peines frappant les atteintes les plus graves à l'intégrité physique seront plus lourdes lorsque les victimes [soient] aussi vulnérables⁹⁰⁶ ».

798. En tant que circonstance aggravante, la vulnérabilité a pour effet logique d'aggraver la sanction de l'auteur de l'infraction : c'est ainsi que se manifeste l'aggravation. Aussi, plus particulièrement, l'infraction aggravée par la vulnérabilité peut-elle donner lieu à des peines spécifiques ou à des mesures de police administratives à l'encontre de l'auteur de l'infraction étranger. Par ailleurs, une aggravation de la situation de l'agent avant tout jugement, durant la procédure pénale dirigée contre lui, peut être justifiée par la vulnérabilité : celle-ci intervient dans la qualification de la gravité de l'acte dont on le soupçonne. Dans ces trois situations, il est constant que la vulnérabilité est retenue par le juge parce qu'elle participe à l'aggravation d'une infraction.

1. La sanction pénale de l'auteur de l'infraction aggravée

799. L'idée simple qui préside ici est que l'auteur est plus lourdement sanctionné parce qu'en connaissance de cause, il a commis une infraction dont est victime une personne vulnérable ; ou qu'il s'est servi de la vulnérabilité de cette personne pour en faciliter la commission. Rappelons que près d'une vingtaine d'articles du Code pénal prévoient que l'auteur encourt une aggravation de sa peine si l'infraction a été commise sur une personne dont la particulière vulnérabilité due à l'âge, à une maladie, une infirmité, une déficience physique ou psychique ou un état

⁹⁰⁵ Ainsi, par exemple, s'agissant des appels téléphoniques malveillants ou des agressions sonores, art. 222-16, des menaces, art. 222-17 et art. 222-18, des menaces de destruction, de dégradation ou de détérioration, art. 322-12 et 322-13.

⁹⁰⁶ Commission de révision du Code pénal, *Projet de nouveau Code pénal*, présentation par Robert BADINTER, Paris, Dalloz, 1988, p. 41.

de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur⁹⁰⁷. Notons que, pour les infractions contre les personnes, l'infraction doit avoir été effectivement commise sur une personne particulièrement vulnérable, qui en est donc la victime. Pour trois infractions contre les biens, l'extorsion, l'escroquerie et l'abus de confiance, l'infraction doit avoir été commise au préjudice de la personne particulièrement vulnérable ; celle-ci en est donc aussi la victime. En revanche, pour deux autres infractions contre les biens, le vol et les destructions, dégradations, détériorations non dangereuses pour les personnes, l'infraction doit avoir été facilitée par la particulière vulnérabilité d'une personne quelconque ; celle-ci n'est donc pas nécessairement la victime de l'infraction. Il s'agit de toute personne dont la vulnérabilité a permis de la commettre plus facilement⁹⁰⁸. Ainsi lorsque la circonstance aggravante de vulnérabilité est retenue à l'encontre de l'auteur, il encourt des peines d'emprisonnement ou de réclusion et d'amende plus importantes. En outre, le juge peut prononcer des peines complémentaires pour aggraver la sanction. Dans le cas où l'auteur est une personne morale, le juge peut tenir compte de la vulnérabilité pour adapter la sanction à la gravité des faits.

⁹⁰⁷ Meurtre, art. 221-4.3° du Code pénal ; empoisonnement, art. 221-5 alinéa 3 ; torture et actes de barbarie, art. 222-3.2° et, de manière habituelle, art. 222-4 ; violences, art. 222-8.2°, art. 222-10.2°, 222-13.2°, et de manière habituelle, art. 222-14 ; viol, art. 222-24.3° ; agressions sexuelles autres que le viol, art. 222-29.2° ; proxénétisme, art. 225-7.2° ; bizutage, art. 225-16-2° (loi n°98-468 du 17 juin 1998) ; traite des êtres humains, art. 222-4-2-2° et exploitation de la mendicité, art. 225-12-6-2° (issus de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003) ; ainsi que : vol, art. 311-4.2° ; extorsion, art. 312-2.2° ; escroquerie, art. 313-2.4° ; destruction, dégradati on, détérioration ne présentant pas de danger pour les personnes, art. 322-3.2 et abus de confiance, art. 314-2-4° du Code pénal (issu de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004).

⁹⁰⁸ L'exemple cité, lors des débats, est celui du vol commis dans une résidence secondaire en l'absence du propriétaire, personne handicapée donc particulièrement vulnérable (*JO Sénat*, Séance du 29 octobre 1991, p. 3359). Celui-ci est bien victime du vol, cependant la circonstance aggravante de vulnérabilité ne sera pas appliquée à l'auteur car cet état n'a pas facilité la commission de l'infraction. Mais, à l'inverse, si le vol est commis en l'absence du propriétaire, mais en présence du gardien handicapé de la résidence, l'infraction peut être facilitée par la vulnérabilité de celui-ci.

800. Il est inutile de tenter de mesurer l'influence réelle de la circonstance aggravante de vulnérabilité sur la peine effectivement prononcée contre le coupable. Le juge, qui est tenu d'interpréter restrictivement les circonstances aggravantes, reste libre du choix de la peine à appliquer à l'auteur de l'infraction. En vertu de l'article 132-24 du Code pénal, il est cependant tenu, de prononcer les peines et fixer leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Il est donc évident que la vulnérabilité n'est pas neutre. Elle joue un rôle certain en tant que circonstance de l'infraction. Mais, dans certains cas, elle sera aussi révélatrice de la personnalité de l'auteur de l'infraction. S'attaquer à une personne vulnérable peut, en effet, dévoiler, selon les cas, une personnalité perverse, lâche, insensible. En tout état de cause, la vulnérabilité participe de la gravité des faits justifiant ainsi la sanction prise contre l'auteur de l'infraction.

801. Le rôle de la vulnérabilité dans la qualification de la gravité de l'infraction est d'ailleurs parfois prépondérant. Ainsi, dans un arrêt du 8 octobre 1998 de la Cour d'appel de Paris, ayant donné lieu à un pourvoi devant la chambre criminelle⁹⁰⁹, les juges du fond ont condamné le prévenu pour extorsion de fonds à trois ans d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve pendant trois ans. Leur argumentation est très éclairante : « la cour considère que la situation sociale des personnes âgées impose, en raison même de leur fragilité et de leur fréquent isolement, une protection plus exigeante de l'ordre public ; qu'ainsi, l'infraction dont s'est rendu coupable [le prévenu] au détriment de [la victime], dont *la vulnérabilité a été établie, impose une sanction sévère* appropriée à la gravité des faits commis ». Il est clair ici que la vulnérabilité de la victime compte beaucoup pour le juge dans l'opération d'appréciation de la gravité de l'atteinte portée.

802. Le raisonnement du juge est par ailleurs assez troublant. En effet, il invite à penser que la sanction est justifiée par un ordre public de protection des personnes âgées et vulnérables. Cette question, que la Cour de cassation ne reprend d'ailleurs pas à son compte, est au cœur du problème de la protection des

⁹⁰⁹ Cass. crim., 19 janvier 2000, Pourvoi n°98-87.690 .

personnes vulnérables en droit pénal. En effet, la spécificité de la matière impose de considérer que ce ne sont pas les personnes vulnérables qui sont protégées en elles-mêmes, mais que c'est l'auteur de l'infraction qui est sanctionné pour s'être attaqué à une personne vulnérable en connaissance de cause⁹¹⁰. Le raisonnement du juge doit donc être interprété comme visant à renforcer la sanction de l'auteur plus que la protection des personnes vulnérables. Les deux questions restent néanmoins connectées puisque la sanction sévère de l'auteur de l'atteinte trouve sa justification dans la protection renforcée de l'ordre public du fait de la vulnérabilité des victimes. Dès lors, dans une affaire d'abus de faiblesse de personnes âgées vulnérables, une cour d'appel substitue une condamnation à une peine d'emprisonnement ferme à celle d'une peine de jours amende. Selon les juges, seule une telle peine d'emprisonnement « est de nature à dissuader [la prévenue] d'exploiter la faiblesse de personnes âgées⁹¹¹ ». Cette motivation révèle bien l'ambivalence de cette aggravation dont le fondement est la vulnérabilité de la victime.

803. Cela dit, c'est avant tout pour aggraver la sanction de l'auteur que la vulnérabilité est prise en compte. Cette circonstance peut d'ailleurs être sur le même plan que d'autres éléments qui, pris dans leur ensemble, permettent de qualifier de grave une atteinte. Ainsi, la chambre criminelle approuve une Cour d'appel d'avoir confirmé une peine de trois ans d'emprisonnement dont un avec sursis avec mise à l'épreuve pendant une durée de trois ans pour vol avec violence. La Cour de cassation précise, en effet, « qu'en raison de la gravité des faits, commis sur une personne âgée, en réunion et avec entrée par ruse, une peine d'emprisonnement ferme se justifie ». Pour prononcer une peine d'emprisonnement ferme les juges devaient tenir compte des circonstances de l'infraction, et ce en vertu de l'article 131-24 du Code pénal précité. Dans cette affaire, la vulnérabilité n'est pas le seul élément qui permet de qualifier les faits de graves, elle participe néanmoins à l'atteinte du seuil de gravité. Un seul de ces éléments en moins, la

⁹¹⁰ En ce sens : Michèle-Laure RASSAT, op. cit. p. 50, n°49 et p. 283, n°268 .

⁹¹¹ C.A. Riom, 11 juin 2003 : *Contrats, conc., consom.* 2004, Comm.48, p. 28, note Guy RAYMOND.

vulnérabilité de la victime, notamment, et le juge n'aurait peut-être pas retenu la gravité des faits justifiant une peine si sévère.

804. Il est intéressant de noter, en outre, qu'en dehors des sanctions pénales encourues par l'auteur de l'infraction, lorsqu'il est étranger, la gravité des faits peut justifier qu'il soit soumis à des mesures d'éloignement du territoire.

2. La situation administrative de l'étranger auteur d'une infraction aggravée

805. Diverses mesures constitutives de sanctions sont susceptibles d'être prises spécifiquement à l'encontre d'un étranger ; leur gravité est appréciée en tenant compte de la vulnérabilité de la victime de l'infraction commise. Tout d'abord, la personne peut être condamnée à une peine complémentaire d'interdiction du territoire. Ensuite, sur le fondement de la préservation de l'ordre public, le ministre de l'Intérieur est autorisé à prononcer un arrêté d'expulsion lorsque la présence sur le territoire national d'un étranger constitue une menace grave pour l'ordre public⁹¹².

806. Dans un arrêt du 29 janvier 1997, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 21 mars 1996. Cette juridiction avait condamné le prévenu pour agression sexuelle aggravée, extorsion et vol aggravés et infraction à la législation des armes à cinq ans d'emprisonnement dont un avec sursis, confiscation de l'arme saisie et prononcé l'interdiction du territoire français pour une durée de dix ans, ainsi que celle des droits civils, civiques et de famille pendant cinq ans⁹¹³. S'agissant du prononcé de l'interdiction du territoire, la Cour d'appel précisait, « que de tels faits portant gravement atteinte à l'intégrité et à la dignité des personnes, en l'espèce une femme d'un certain âge, vivant seule, particulièrement vulnérable, commis par un homme jeune, mû par la

⁹¹² Art. 23 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, tel qu'il résulte aujourd'hui de la loi n°2003-1119 du 27 novembre 2003.

⁹¹³ Cass. crim., 29 janvier 1997, Pourvoi n°96-82.838 .

recherche de la jouissance et l'appât du gain, présentent une gravité particulière, insuffisamment prise en compte par le tribunal ». Selon la Cour d'appel, il convenait donc, « eu égard à l'extrême gravité des faits », d'ordonner l'interdiction du territoire français pendant dix ans. La peine prononcée semble bien trouver son fondement à la fois dans la circonstance de vulnérabilité en la personne de la victime, mais aussi dans la personnalité de l'auteur que révèlent les actes commis à l'encontre de cette victime vulnérable.

807. Dans une autre affaire, le fait d'avoir commis un vol aggravé, en réunion, avec violence sur personne vulnérable âgée de quatre-vingt-huit ans permet de considérer que la présence de l'auteur sur le territoire français constitue une menace grave pour l'ordre public. Un arrêté d'expulsion contre celui-ci est donc valable⁹¹⁴. La vulnérabilité est alors l'un des éléments qui permet d'apprécier la gravité des faits justifiant la mesure prise contre l'auteur.

808. La mesure d'expulsion est parfois justifiée essentiellement par la vulnérabilité de la victime de l'atteinte. Ainsi, un homme demande au Conseil d'Etat l'annulation d'un arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon ayant rejeté son appel tendant à l'annulation du jugement du tribunal administratif de Dijon ayant refusé sa demande d'annulation de l'arrêté d'expulsion pris à son encontre. A son tour, le Conseil d'Etat, par un arrêt du 28 juillet 1999, rejette cette demande d'annulation⁹¹⁵. Il estime la décision de la Cour administrative d'appel justifiée. Celle-ci est, en effet, fondée sur la circonstance que cet homme « s'est rendu coupable de faits de viols commis au cours des mois de mars et avril 1992 sur *une personne particulièrement vulnérable* en raison d'une déficience psychique dont il avait connaissance *et qu'elle en a déduit* que le ministre de l'Intérieur avait pu légalement considérer que son expulsion revêtait le caractère d'une nécessité impérieuse pour l'ordre public ». La rédaction des motifs met en valeur l'importance de la fonction de la vulnérabilité de la victime quant à l'appréciation de la gravité

⁹¹⁴ CAA Nantes, 3^e ch., 28 décembre 2001, M. Ahmed Benouis, n°00NT00 692.

⁹¹⁵ CE, sect., 28 juillet 1999, M. Abouyechou, n°1950 78.

des faits. Celle-ci est déduite de la circonstance que l'atteinte a été commise sur une personne vulnérable.

809. Aussi, après une condamnation pénale pour des faits graves, l'étranger reconnu coupable encourt-il soit une peine complémentaire soit une mesure d'expulsion. Dans ce cas, la vulnérabilité de la victime – ou de la personne dont la vulnérabilité a facilité la commission de l'infraction – est parfois prise en compte pour justifier de telles mesures parce qu'elles aggravent l'atteinte commise. Certes, cet effet de la vulnérabilité, conduisant à ce qu'un étranger soit sanctionné plus lourdement par le prononcé d'une interdiction de territoire, est incontestablement discriminatoire : c'est l'effet de la « double peine ». Celle-ci est, en outre, injustifiée si la personne a vécu en France depuis son enfance et/ou n'a aucun lien avec son pays d'origine. A cet égard, la législation s'est assouplie avec la loi n° 2003-1119 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : l'interdiction du territoire est exclue lorsque la personne a vécu en France une partie non négligeable de sa vie⁹¹⁶. En dehors de ces hypothèses, il reste qu'en droit positif de telles mesures sont prévues par les textes, elles sont justifiées par la gravité de cette atteinte, appréciée parfois en tenant compte de la vulnérabilité de la victime. La vulnérabilité est alors un élément permettant de considérer qu'une aggravation est encourue.

810. Dans les espèces évoquées, il s'agissait de déterminer le sort de l'auteur de l'infraction, cette qualité lui ayant été attribuée par un jugement le déclarant coupable des faits qui lui étaient reprochés. Mais, de manière plus surprenante, la situation du prévenu ou de l'accusé est parfois aggravée avant tout jugement, la vulnérabilité étant prise en compte pour justifier cette aggravation.

⁹¹⁶ Désormais, les alinéas 1°, 2°, 3° et 4° de l'article 131-30 du Code pénal prévoient que l'interdiction du territoire est exclue lorsque la personne réside en France depuis l'âge de treize ans (c'était dix auparavant), et surtout lorsque qu'elle réside en France depuis plus de vingt ans ou depuis plus de dix ans si elle est mariée avec un français ou est parent d'un enfant dont elle assume les obligations.

3. La situation de l'auteur de l'infraction avant condamnation aggravée

811. De la jurisprudence qui est à l'origine de mesures aggravant la situation de l'auteur avant jugement se détachent deux tendances. D'une part, la gravité des faits reprochés, appréciée en tenant compte de la vulnérabilité, peut justifier des mesures de protection de l'ordre public afin de faire cesser le trouble qui lui est causé du fait de l'infraction. D'autre part, cette même gravité des faits reprochés à l'auteur justifie parfois des mesures dont la nature apparaît éminemment préventive⁹¹⁷.

a. Pour faire cesser un trouble

812. La principale mesure justifiée par la gravité de l'infraction reprochée pour préserver l'ordre public est la détention provisoire de l'auteur présumé. Dans les arrêts présentés ci-dessous, c'est à l'occasion d'une telle mesure que l'on peut mettre en relief le rôle joué par la vulnérabilité dans l'appréciation de la gravité de l'infraction. Des mesures plus clémentes sont pourtant prévues par ailleurs : notamment une ou plusieurs obligation(s) de contrôle judiciaire en vertu de l'article 138 du Code de procédure pénale. Mais, si dans la jurisprudence ce sont essentiellement des mesures de détention provisoire que l'on rencontre. Il s'agit de la mesure la plus défavorable au prévenu ou à l'accusé que le juge puisse décider de prendre en cours de procédure. Or, une telle décision est bien entendu justifiée par la dangerosité du délinquant qui se manifeste par la gravité de l'infraction en partie révélée par la vulnérabilité de la victime. Ainsi, en vertu de l'article 144.3° du Code de procédure pénale, la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que si elle constitue l'unique moyen de mettre fin à un trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué, notamment par la gravité de l'infraction.

⁹¹⁷ Nous emploierons le terme d'*auteur*, en gardant à l'esprit qu'il s'agit d'un abus de langage, celui-ci n'étant que prévenu ou accusé d'une infraction, présumé innocent jusqu'à sa condamnation définitive.

813. La vulnérabilité de la victime des faits dénoncés est parfois un élément dont le juge tient compte de manière significative dans l'appréciation de la gravité des faits justifiant soit le rejet d'une demande de mise en liberté soit le maintien en détention de l'agent. Cette justification de la mise en détention provisoire ou de son maintien existait avant la promulgation du code de 1994. Un arrêt datant du 5 décembre 1990 de la chambre criminelle⁹¹⁸ approuve la motivation de la chambre d'accusation de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence ayant confirmé une ordonnance de rejet de demande de mise en liberté. Les motifs de la cour étaient les suivants : « les faits reprochés à l'inculpée sont d'une exceptionnelle gravité et ont durablement troublé l'ordre public, s'agissant de la séquestration d'une personne particulièrement vulnérable en raison de son âge, sans que lui aient été prodigués les soins nécessités par son état de santé, dans le but de s'emparer de ses biens ». La vulnérabilité permet de caractériser la gravité de l'infraction retenue contre l'auteur.

814. Plus récemment, par un arrêt du 22 avril 1998, la chambre criminelle rejette le pourvoi formé contre un arrêt ayant confirmé l'ordonnance du juge d'instruction rejetant une demande de mise en liberté⁹¹⁹. La Cour de cassation estime les motifs de la chambre d'accusation justifiés au regard des articles 144 et suivants du Code pénal. Celle-ci énonce, en effet, que « les infractions qui sont reprochées [à l'auteur] "présentent un caractère de gravité certain, s'agissant d'actes de violences perpétrés sur une victime vulnérable, qui souffrait d'une insuffisance mentale au niveau de la débilité légère" ; qu'elle ajoute que "la libération après quelques mois de détention, d'un individu suspecté d'un tel comportement serait encore de nature à troubler l'ordre public ». De même, dans une information pour violences volontaires sur personne vulnérable ayant entraîné la mort sans intention de la donner, la chambre criminelle précise que « l'ordre public en raison de la gravité des faits dénoncés sur de nombreuses personnes

⁹¹⁸ Cass. crim., 5 septembre 1990, Pourvois n° 90-83.668 et 90-83.671 : *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. I.

⁹¹⁹ Cass. crim., 22 avril 1998, Pourvoi n° 98-80.679.

particulièrement vulnérables, est directement concerné et profondément troublé par ce genre d'agissements émanant d'un directeur d'établissement pour personnes âgées⁹²⁰ ». Aussi, dans un arrêt du 21 août 2002, le pourvoi formé contre une décision rejetant une demande de mise en liberté dans une affaire de proxénétisme aggravé est rejeté. Selon les juges du fond, « s'agissant d'atteintes délibérées et répétées sur une longue période de temps à l'intégrité sexuelle et psychique de victimes en situation de vulnérabilité, les faits pour lesquels [l'auteur] a été mis en examen ne peuvent manquer de heurter au plus haut point et encore à ce jour la conscience publique⁹²¹ ».

815. Dans tous ces arrêts, il est évident que ce qui constituera la circonstance aggravante de vulnérabilité, lors de la condamnation, joue déjà un rôle important dans l'appréciation de la gravité de l'infraction. Cette gravité, au surplus, permet de prononcer contre l'inculpé, jugé dangereux, une mesure privative de liberté. La gravité des faits résulte de la combinaison de deux éléments : la nature de l'infraction, considérée en elle-même comme grave, et la vulnérabilité de la victime, prise comme circonstance aggravant encore cette atteinte. Ces deux points s'ajoutent, se conjuguent pour apprécier la gravité des actes commis. Ce constat se retrouve lorsque la mesure, intervenant au cours de la phase procédurale, a une finalité en apparence préventive.

b. Pour prévenir la continuation ou le renouvellement de l'infraction

816. Parmi les droits de la victime, et au sein du droit à l'accompagnement de celle-ci, M. Robert Cario précise que la victime a le droit d'être protégée. Ainsi, tout doit être mis en place pour qu'elle ne soit plus en contact

⁹²⁰ Cass. crim., 12 septembre 2000, Pourvoi n° 00-84.246. Voir aussi : Cass. crim., 26 octobre 1993, Pourvoi n° 93-83.810 : « les infractions en raison de leur particulière gravité due à la vulnérabilité des victimes, jeunes enfants hospitalisés, ainsi qu'à la qualité de leur auteur utilisant les fonctions de brancardier qu'il remplissait pour commettre ses agissements, ont profondément et durablement troublé l'ordre public ».

⁹²¹ Cass. crim., 21 août 2002, Pourvoi n° 02-84.080.

avec l'auteur de l'infraction et pour que soit évitée la réitération de l'infraction⁹²². Les principales mesures à la disposition de la justice sont alors la détention provisoire et le contrôle judiciaire. Il s'agit alors de ce que M. Cario nomme la prévention spéciale intervenant par définition après la commission de l'infraction. Et, selon l'auteur, « si elle a le mérite de tenter de prévenir la réitération des comportements criminels et des victimisations potentielles, elle demeure coercitive⁹²³ ».

817. Prévenir le risque de réitération de l'infraction c'est, de manière évidente, protéger préventivement les personnes vulnérables notamment contre le renouvellement ou la continuation de l'infraction à leur encontre. En apparence, la vulnérabilité pourrait donc être considérée comme qualifiant un risque objectif d'atteinte que la mesure prise à l'encontre de l'auteur permet de prévenir. La vulnérabilité participerait à la qualification d'une atteinte non pas avérée, mais éventuelle. En réalité, le raisonnement juridique est différent, car la mesure à l'encontre de l'auteur est justifiée par la gravité de l'infraction, c'est sur ce fondement que le juge apprécie le risque qu'elle se renouvelle. D'ailleurs, la prévention du risque de renouvellement est plus conçue dans une approche de protection de l'ordre public que de la protection de la victime elle-même. Parmi les éléments pris en compte pour apprécier la gravité de l'infraction reprochée, la vulnérabilité de la victime figure en bonne place. La vulnérabilité ne permet pas d'apprécier directement le risque de renouvellement de l'infraction : elle permet cependant de le caractériser en contribuant à l'appréciation de la gravité de l'atteinte qui permet à son tour d'apprécier le risque de renouvellement ou de continuation.

818. En vertu de l'article 144.2° du Code de procédure pénale, la détention provisoire peut être ordonnée ou prolongée si elle constitue, entre autres, l'unique moyen de mettre fin à l'infraction ou de prévenir son renouvellement. Ainsi, la détention provisoire peut être prononcée ou prolongée pour prévenir le risque de

⁹²² Robert CARIO, *Victimologie, De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, Paris, Coll. Traité de Sciences criminelles, L'Harmattan, 2000, p. 178.

⁹²³ *Ibid.* p. 215.

son renouvellement. La gravité de l'infraction commise est alors appréciée en ce qu'elle révèle la dangerosité du délinquant. Celle-ci justifie alors une mesure visant à empêcher le renouvellement de l'infraction. Ainsi, un arrêt de la chambre criminelle du 29 mars 1989⁹²⁴ rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris du 21 décembre 1988 qui dans une procédure suivie contre l'accusé du chef de viol, avait rejeté sa demande de mise en liberté et ordonné son maintien en détention provisoire. Les motifs invoqués par cette juridiction, repris en partie par la chambre criminelle, sont « que l'appétence sexuelle hors du commun que [l'accusé] nourrissait envers les femmes très âgées de son voisinage est une particularité suffisamment rare pour constituer une charge supplémentaire à l'encontre de l'inculpé ; que les garanties de représentation de [l'accusé] sont insuffisantes ; qu'à raison de ses penchants insolites, [l'accusé] apparaît dangereux pour la sécurité des personnes âgées et vulnérables, des rechutes étant toujours à craindre dans ce domaine ; que le maintien en détention provisoire est nécessaire pour préserver l'ordre public du trouble persistant causé par l'infraction et prévenir le renouvellement de celle-ci ». La gravité de l'infraction, encore accrue par la vulnérabilité matérielle de la victime, permet au juge d'évaluer la dangerosité du délinquant justifiant les mesures prises à son encontre. On retrouve, ici, la double manifestation de la vulnérabilité relativement à la gravité de l'atteinte : une circonstance aggravant l'infraction sur le plan matériel et un élément révélateur de la personnalité du délinquant qui s'en prend à une personne vulnérable en connaissance de cause, et même, dans cette affaire, justement parce qu'elle est vulnérable.

819. De même, dans un arrêt du 17 juin 1992⁹²⁵, la chambre criminelle précise que « les risques de renouvellement de l'infraction ne sont pas négligeables, compte tenu du passé de l'inculpé, déjà condamné à sept reprises et notamment le 14 mai 1981 pour violences sur personnes vulnérables ». Le maintien

⁹²⁴ Cass. crim., 29 mars 1989, Pourvoi n° 89-80.589. On note qu'en l'espèce, la mesure initiale était le contrôle judiciaire qui n'a pu être mis en œuvre.

⁹²⁵ Cass. crim., 17 juin 1992, Pourvoi n° 92-81.709.

en détention provisoire est donc justifié. Dans cette affaire, la gravité des faits (en l'espèce, coups mortels avec une arme), antérieurs à l'infraction reprochée justifie la détention provisoire, alors que le juge d'instruction avait prononcé une mesure de contrôle judiciaire, infirmée par la chambre d'accusation. La mesure de détention est fondée sur le passé de l'inculpé et sur la condamnation pour violences volontaires sur personne vulnérable. La vulnérabilité de la victime, une fois encore, permet au juge de caractériser la dangerosité du délinquant à côté de la gravité de l'infraction elle-même.

820. La vulnérabilité est donc prise en compte dans l'appréciation de la gravité de l'infraction ; c'est là la condition d'un accès au droit de la notion. En outre, cette fonction de la vulnérabilité fait apparaître qu'elle entre de manière subjective dans la caractérisation de l'aggravation. Celle-ci se manifeste essentiellement lorsque la vulnérabilité est une circonstance aggravante de l'infraction. Cette subjectivité est particulièrement mise en lumière lorsque la vulnérabilité est une circonstance aggravante de l'infraction : l'étude précise du mécanisme d'aggravation est alors très éclairant.

B. Le mécanisme de l'aggravation

821. Le caractère subjectif de la circonstance aggravante de vulnérabilité s'impose aujourd'hui ; une telle consécration n'est pas sans incidence juridique.

1. La consécration du caractère subjectif de la circonstance aggravante de vulnérabilité

a. Les termes du débat

822. La question qui se pose ici est de savoir si cette circonstance aggravante est une circonstance aggravante personnelle, réelle ou mixte. La teneur juridique de la relation entre l'auteur de l'infraction et la circonstance aggravante de

vulnérabilité peut être déterminée. En d'autres termes, la condition à laquelle la vulnérabilité est retenue juridiquement apparaît : elle participe à la qualification subjective de la gravité de l'atteinte.

823. De manière générale, les *circonstances aggravantes personnelles* à l'auteur de l'infraction *ou subjectives*, comme la récidive, restent propres à celui qu'elles concernent et s'appliquent à l'auteur personnellement et pas au complice. La vulnérabilité peut être interprétée en ce sens si l'on considère que l'auteur doit avoir personnellement eu connaissance de cette circonstance ; cette conception semble être compatible avec l'exigence, dans le Code pénal de 1992, que la vulnérabilité soit apparente ou connue de l'auteur de l'infraction. Au contraire, les *circonstances aggravantes réelles ou objectives* sont attachées à l'infraction, elles résultent de la manière dont l'acte a été matériellement commis. Ainsi, la réunion, l'effraction, ou l'escalade pour le vol par exemple s'appliquent-elles à tous les participants, même si ceux-ci les ont ignorées ou désapprouvées. Les *circonstances aggravantes mixtes* relèvent à la fois de l'infraction et du délinquant ; elles ont leur cause dans la personne de l'auteur, mais leur effet sur la matérialité de l'acte, comme la préméditation⁹²⁶. Une telle analyse n'est pas d'emblée exclue s'agissant de la circonstance aggravante de vulnérabilité. En effet, celle-ci peut avoir un effet dans la manière dont l'acte est commis sur le plan matériel : violence possible grâce à l'absence de résistance d'une personne atteinte d'une déficience psychique, vol facilité par la particulière vulnérabilité d'une personne inapte physiquement. En outre, elle trouve bien sa cause dans la personne du délinquant. La conduite matérielle de l'infraction par le délinquant est dictée par le fait qu'il prend lui-même en compte la vulnérabilité matérielle puisqu'il en a conscience. La circonstance aggravante de vulnérabilité est donc rattachée à la personne du délinquant.

⁹²⁶ Philippe CONTE, Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Paris, U Série Droit, Armand Colin, 6^e éd., 2002, p. 271, n° 505 ; Jean PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, Manuels, Cujas, 11^e éd. à jour au 15 décembre 1996, 1997, p. 494, n° 4 40.

824. La Cour de cassation avait tranché en faveur de la nature réelle de la circonstance aggravante de vulnérabilité. En effet, un arrêt de la chambre criminelle du 10 octobre 1984 a posé pour principe que la circonstance aggravante tirée du caractère particulièrement vulnérable de la victime est une circonstance aggravante réelle⁹²⁷. L'arrêt de la Cour d'assises, qui avait posé la question relative à la circonstance aggravante de vulnérabilité, pour chacun des auteurs impliqués dans un viol, a donc été cassé. Selon la Cour de cassation : « les circonstances aggravantes purement matérielles qui se rattachent au fait lui-même ne peuvent exister à l'égard de l'un des auteurs du crime, sans exister en même temps à l'égard de tous les autres ; qu'il en est ainsi de la circonstance visée à l'alinéa 3 de l'article 332 du Code pénal, lorsque la victime est une personne particulièrement vulnérable en raison d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale ». Or, en l'espèce, parmi les auteurs, au nombre de trois, deux avaient échappé à l'application de la circonstance aggravante. Ainsi, les réponses de la Cour d'assises concernant la circonstance aggravante de vulnérabilité étaient, selon la chambre criminelle, « contradictoires et inconciliables ».

825. A ce jour, aucun autre arrêt n'est venu précisé la nature de la circonstance aggravante de vulnérabilité. Pourtant, la nouvelle rédaction de cette circonstance par le Code pénal de 1992 remet en cause l'analyse de la chambre criminelle datant de 1984. En effet, la loi exige désormais que la particulière vulnérabilité de la personne, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, soit *apparente ou connue de l'auteur*. Cette nouvelle exigence relance le débat concernant la nature de la circonstance aggravante de vulnérabilité, tout en constituant le fondement d'une solution claire.

⁹²⁷ Cass. crim., 10 octobre 1984 : *Bull. crim.*, n° 297 ; *Rev. sc. crim.* 1985, pp. 813-814, obs. Georges LEVASSEUR. Aussi : Cass. crim., 17 octobre 1984 : *Bull. crim.*, n° 308 ; *Rev. sc. crim.* 1985, p. 813, obs. Georges LEVASSEUR.

b. Une solution rationnelle

826. L'exigence nouvelle que la vulnérabilité soit apparente ou connue de l'auteur rattache la circonstance à l'auteur personnellement : la circonstance aggravante de vulnérabilité doit donc être recherchée dans la personne de l'auteur de l'infraction⁹²⁸. Celle-ci a été commise alors même que l'agent avait connaissance de la vulnérabilité de la victime, ou de la personne dont la vulnérabilité a facilité la commission de l'infraction, et malgré cette connaissance. Le législateur a donc intégré un élément moral à la circonstance aggravante. En effet, les circonstances aggravantes personnelles ou subjectives se rattachent à la culpabilité individuelle de l'auteur⁹²⁹.

827. Il est donc impossible de maintenir la solution de la chambre criminelle, suite à l'arrêt de 1984. La jurisprudence postérieure tend d'ailleurs à une telle interprétation. D'une part, en effet, la jurisprudence considère que la particulière vulnérabilité, et la connaissance que peut en avoir l'accusé, sont une seule et même circonstance : les deux questions n'ont pas à être dissociées. Ainsi, une Cour d'assises avait posé une question unique, afin de déterminer si des viols avaient été commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité était due à une déficience physico-psychique, et était connue de l'auteur. La chambre criminelle, par un arrêt du 19 mars 1997, se prononçant sur le pourvoi formé contre cet arrêt, a précisé que n'encourt pas le grief de complexité la question posée dans les termes de la loi⁹³⁰. L'exigence de connaissance par l'auteur de la vulnérabilité, sur le plan matériel, fait donc partie intégrante de la circonstance aggravante de vulnérabilité.

⁹²⁸ Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE, Jacques FRANCILLON, Bernard BOULOC, Yves MAYAUD, *Code pénal commenté article par article, Livre I à V*, Paris, Dalloz, 1996, p. 151.

⁹²⁹ Geneviève BAILLE, *La notion de personne particulièrement vulnérable*, Mémoire D.E.A., Aix-Marseille, 1995, p. 14.

⁹³⁰ Cass. crim., 19 mars 1997, Pourvoi n° 95-84.377 : *Bull. crim.*, n° 114 ; aussi Cass. crim., 11 décembre 1996 : *Bull. crim.*, n° 461.

828. En outre, l'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation montre qu'elle vérifie si les juges du fond ont bien établi que la vulnérabilité était apparente ou connue de l'auteur ; cet élément relevant, bien entendu, de leur appréciation souveraine. Divers éléments peuvent permettre aux juges de constater que l'auteur connaissait la particulière vulnérabilité de la victime, ou de la personne dont la vulnérabilité a facilité l'infraction. Ainsi, dans une affaire où le prévenu avait été condamné pour agression sexuelle, extorsion et vol aggravés – et infraction à la législation des armes – dont la victime était une dame âgée, le fait que l'auteur ait taxé la plaignante de « débile mentale » indique clairement, selon les juges, que sa fragilité psychologique ne lui avait pas échappé⁹³¹. De même, la connaissance est-elle établie pour un employeur ayant commis un attentat à la pudeur sur la personne de son employé, dont il savait qu'il était placé sous le régime de la curatelle, et qu'il considérait comme « retardé⁹³² ».

829. Cependant, la connaissance par l'auteur de la vulnérabilité est, sur le plan probatoire, plus difficile à établir que l'apparence de la vulnérabilité⁹³³. Ainsi, nous pouvons souhaiter, avec Mme Renaud-Durand, que les tribunaux admettent que même si l'auteur ne connaissait pas la vulnérabilité de la victime, il aurait dû la connaître⁹³⁴. Ainsi, dans la mesure du possible, c'est sur l'élément de l'apparence que raisonne le juge. L'apparence de la vulnérabilité présume la connaissance par l'auteur de l'existence d'un tel état. Ainsi, le caractère notoire dans une entreprise, à laquelle appartiennent l'auteur et la victime, des troubles psychologiques de celle-ci permet aux juges, approuvés par la Cour de cassation, d'établir que la vulnérabilité

⁹³¹ Cass. crim., 29 janvier 1997, Pourvoi n°96-82.838.

⁹³² Cass. crim., 30 juin 1993, Pourvoi n°92-85.585.

⁹³³ Pascale RENAUD-DURAND, La prise ne compte de la vulnérabilité dans le nouveau Code pénal, *préc.* p. 127.

⁹³⁴ *Ibid.* L'auteur prend l'exemple hypothétique d'une personne qui sort deux fois par semaine du cabinet d'un psychiatre. Suivie la première semaine par un individu, elle est agressée à la suite de son troisième rendez-vous chez son médecin. L'auteur de l'infraction sera poursuivi pour violences aggravées en raison de la vulnérabilité psychique de la victime, vulnérabilité qu'il aurait dû connaître en raison des visites répétées de la victime à un psychiatre et dont il avait connaissance.

est apparente ; également l'évidence pour tous, dès les premiers échanges verbaux, des déficiences intellectuelles d'un jeune homme ; la perceptibilité pour quiconque de la déficience mentale d'une jeune femme ; le caractère repérable pour un individu d'intelligence normale des carences d'une dame âgée ou manifeste de l'état psychologique déplorable de jeunes victimes⁹³⁵. Ce qui serait apparent pour tous, ou au moins pour toute personne de l'entourage, le sera *a fortiori* pour le délinquant. Il semble que les juges du fond aient une appréciation relativement large de l'apparence, aussi sont-ils relativement peu exigeants sur les éléments de preuve permettant de l'établir. Une chambre d'accusation avait renvoyé un homme devant la Cour d'assises sous l'accusation de viols aggravés par la particulière vulnérabilité de la victime. Sur ce point les juges précisent que l'auteur n'avait pu « se méprendre sur la fragilité et les atteintes de l'adolescent⁹³⁶ ». Le caractère manifeste de la vulnérabilité suffit à en établir l'apparence : de la sorte, la vulnérabilité est une notion effective en pratique. Il est établi que l'auteur en avait connaissance.

830. Dans ces conditions, il paraît extrêmement difficile de maintenir la thèse selon laquelle la vulnérabilité est une circonstance aggravante réelle, intervenant uniquement sur la matérialité de l'infraction. Une telle hypothèse n'aurait pu se défendre que si le législateur avait exigé uniquement l'apparence objective de la vulnérabilité. En imposant que celle-ci soit connue de l'auteur, il a nécessairement intégré à cette circonstance un élément subjectif.

831. Peut-être est-il possible de soutenir la nature mixte de cette circonstance aggravante ? Celle-ci a en effet des répercussions sur la manière dont l'infraction est commise sur le plan matériel, elle est aussi rattachée à l'auteur

⁹³⁵ Cass. crim., 10 décembre 1997, Pourvoi n°97-82.100 ; Cass. crim., 27 avril 2000, Pourvoi n°00-80.827 ; Cass. crim., 12 décembre 2001, Pourvoi n° 01-86.972 ; Cass. crim., 22 janvier 2003, Pourvoi n°02-82.432 ; Cass. crim., 31 mars 2004, Pourvoi n°03-85.624. Respectivement.

⁹³⁶ Cass. crim., 19 mai 1999, Pourvoi n°99-81.326. Ain si, si le jeune âge présume la vulnérabilité de la victime sur le plan matériel, il constitue aussi une présomption de connaissance par l'auteur, Cass. crim., 6 novembre 2002, Pourvoi n°02-82.511.

personnellement. Cependant, la nature mixte d'une circonstance aggravante doit, lorsqu'elle est mise en œuvre, permettre d'opérer un choix : nature personnelle ou nature matérielle. La question de l'application de la circonstance aggravante aux autres participants à l'infraction ne peut donc être résolue que par l'affirmative ou la négative. La jurisprudence avait tranché, sous l'empire de l'ancien Code pénal, en faveur de la nature réelle des circonstances aggravantes mixtes : elles étaient appliquées au complice, même s'il n'avait pas eu connaissance de cette circonstance⁹³⁷. Le complice empruntait l'acte principal avec tous ses caractères réels, même ceux d'origine personnelle à l'auteur. En vertu de l'article 121-6 du Code pénal, le complice étant puni « comme auteur », il semble qu'il ne doive subir l'aggravation que s'il présente, en sa personne, la circonstance aggravante mixte⁹³⁸. En tout état de cause, un choix doit être opéré entre la nature réelle ou personnelle en déterminant pour chaque circonstance le caractère qui semble primer sur l'autre afin d'en dégager les conséquences juridiques pratiques.

832. S'agissant de la circonstance aggravante de vulnérabilité, il paraît évident que l'intention du législateur a été de privilégier son caractère personnel, en vertu de l'interprétation stricte du droit pénal, et plus particulièrement des circonstances aggravantes⁹³⁹. L'auteur doit avoir connu la vulnérabilité de la victime ou de la personne dont la vulnérabilité a facilité l'infraction. La particulière

⁹³⁷ Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal général*, Coll. Droit fondamental, Droit pénal, P.U.F., 1999, 2^e éd., n° 321, p. 448 ; voir sur la préméditation : C. ass. crim., 2 février 1994 : *Bull. crim.*, n° 50 ; *JCP* 1994, éd. G., IV, 1062, selon la cour, les complices empruntant la criminalité de l'auteur principal, en cas de pluralité d'auteurs principaux d'un même crime : si l'un a prémédité son acte, la circonstance aggravante produit ses effets à l'égard des complices.

⁹³⁸ *Contra* : Stéphanie FOURNIER, Le nouveau Code pénal et le droit de la complicité : *Rev. sc. crim.* 1995, pp. 475-504, p. 490 et s. qui préconise une solution favorable à ce que les circonstances aggravantes mixtes produisent leur effet sur le complice, lorsqu'elle sont présentes en la personne de l'auteur principal.

⁹³⁹ *JO Sénat*, Séance du 24 avril 1991, p. 660, intervention de M. Rudloff : « « un crime commis sur un mineur de quinze ans constitue un cas spécial, qui n'entre pas exactement dans la catégorie des circonstances aggravantes, dont, pour le reste, nous voulons qu'elles soient reconnues comme telles si elles sont connues de l'auteur ».

vulnérabilité est donc appréciée en la personne de l'auteur, même si elle a bien des conséquences sur l'acte. Il s'agit donc bien d'une circonstance aggravante personnelle à l'auteur⁹⁴⁰. En outre, les circonstances aggravantes étant défavorables à l'auteur, on doit choisir l'interprétation restrictive : le caractère subjectif de la circonstance aggravante. Le professeur Albert Chavanne d'ailleurs, sous l'empire de l'ancien Code pénal, défendait l'idée que « les circonstances aggravantes ne peuvent et ne doivent être que subjectives, de même que les circonstances atténuantes vont dans le sens de l'indulgence ». En conséquence, il proposait que « l'appréciation des circonstances aggravantes se fasse en respectant les règles générales qui concernent la responsabilité subjective [...qui est] de tenir compte du lien entre la notion de faute et la notion de circonstance aggravante et d'aller dans la ligne du vœu qui [...] avait souligné combien était regrettable le fait que certaines jurisprudences admettent l'application au complice des effets de circonstances aggravantes dont ils n'avaient même pas eu connaissance⁹⁴¹ ». Cette solution, juste, respecte, en outre, le principe d'individualisation de la peine et d'adaptation de la peine à la responsabilité de l'agent⁹⁴².

833. Le caractère subjectif de la circonstance aggravante de vulnérabilité doit être privilégié : il correspond à une interprétation fidèle aux principes généraux du droit pénal. Ainsi, la vulnérabilité participe à la qualification

⁹⁴⁰ *Contra* : Stéphanie FOURNIER, *art. préc.* p. 492. L'auteur classe la particulière vulnérabilité de la victime parmi les circonstances aggravantes réelles, à côté de la minorité. La minorité est bien une circonstance aggravante réelle, elle s'applique que l'auteur en ait eu connaissance ou non ; elle ne se rattache donc qu'à l'acte de l'auteur et non à sa personne. En revanche, la particulière vulnérabilité ne peut être retenue qu'à la condition que l'auteur en ait eu connaissance ; à défaut, elle ne peut être retenue. La nature personnelle prédomine donc ; la nature réelle doit être écartée, au risque d'interpréter de manière erronée les dispositions légales.

⁹⁴¹ Albert CHAVANNE, Intervention, *In* : Association internationale de droit pénal, *Les circonstances aggravantes autres que le concours d'infraction et la récidive*, IX^e Congrès international de droit pénal, La Haye, 1964, vol. I, p. 71, et p. 117.

⁹⁴² Geneviève BAILLE, *La notion de personne particulièrement vulnérable, mémoire préc.*, p. 19.

de la gravité de l'infraction ; elle l'aggrave à condition qu'elle ait été connue de l'auteur. Les incidences d'une telle conclusion doivent être examinées.

2. Les incidences du caractère subjectif de la circonstance aggravante de vulnérabilité

834. Celles-ci sont de deux natures. Théoriques tout d'abord, la vulnérabilité matérielle de la victime est ainsi connectée à l'intention de l'auteur ; peut alors être précisée la consistance du lien de corrélation entre la vulnérabilité, telle qu'elle est constatée matériellement, et l'acte commis par l'auteur, constitutif de l'infraction. Pratiques ensuite, puisque la nature de ce lien permet de bien comprendre comment la circonstance aggravante de vulnérabilité doit être appliquée par le juge.

a. Les incidences théoriques

835. Le caractère subjectif de la qualification de la gravité de l'atteinte doit être interprété de façon plus approfondie. Il faut en effet préciser, sur le plan pénal, ce que signifie l'exigence que l'auteur de l'infraction ait connaissance de la vulnérabilité, en tant que circonstance aggravante. La vulnérabilité de la victime, ou de la personne dont cette vulnérabilité a facilité l'infraction, aggrave l'infraction en participant à l'évaluation de sa gravité. La principale caractéristique des circonstances aggravantes est bien d'accroître le degré objectif de gravité d'un acte commis par l'auteur. Ces dernières augmentent "le degré de la culpabilité", "la gravité du délit", "l'illicéité", "la dangerosité du délinquant" ou "le danger social du délit", etc.⁹⁴³ Certes, l'infraction est bien constituée dans tous ses éléments tant

⁹⁴³ L. LERNELL, Les circonstances aggravantes autres que le concours d'infractions et la récidive, Rapport général, In : Association internationale de droit pénal, *Les circonstances aggravantes autres que le concours d'infraction et la récidive*, IX^e Congrès international de droit pénal, La Haye, 1964, vol.II, p. 6; et p. 42 : « Lorsque l'agent commet un délit pendant un désastre dû aux forces naturelles ou pendant le malheur personnel de la personne lésée, la peine est aggravée, parce que l'agent

matériels qu'intentionnels, pourtant la circonstance aggravante de vulnérabilité fait entrer un élément de gravité supplémentaire. L'atteinte, une infraction déjà juridiquement constituée, se renforce encore avec cette circonstance de vulnérabilité. En ce sens, la vulnérabilité permet de qualifier une atteinte spécifique dirigée contre la personne vulnérable, au-delà de l'infraction et encore plus grave que celle-ci. Cette "super-infraction" est qualifiée non seulement par l'infraction de base, mais en outre par la vulnérabilité.

836. Le raisonnement consistant à considérer que la vulnérabilité entre dans l'appréciation de l'intention de l'auteur, développé à propos de l'abus dont la vulnérabilité contribuait à qualifier l'existence, s'applique aussi ici. D'ailleurs l'exigence systématique que la vulnérabilité, en tant que circonstance aggravante, soit connue de l'auteur implique que celui-ci en a conscience⁹⁴⁴. Or, on l'a vu, « toute infraction suppose chez son auteur, tant la conscience de ce qu'il fait que la décision de le faire », ce qui caractérise une volonté lucide, éclairée et libre⁹⁴⁵. Le caractère subjectif de la circonstance aggravante détermine un élément propre à l'auteur : il donne nécessairement des indications sur la psychologie de celui-ci, même si celle-ci est déjà révélée en partie par l'infraction. La circonstance aggravante permet de requérir une intention supplémentaire qui peut être analysée tant au regard de la conception classique de l'intention à travers l'exigence du dol général, qu'au regard de la conception particulière du dol spécial de M. Adrien-Charles Dana, déjà présentée.

837. L'intention, ou dol général de l'auteur de l'infraction, s'entend d'une part, d'une volonté de réaliser l'élément matériel de l'infraction tel qu'il est défini par la loi, et d'autre part, la connaissance de la qualification légale, l'auteur doit avoir eu

profite brutalement du malheur d'autrui. Il sera difficile de lui attribuer cette attitude psychique – lorsqu'il n'est pas conscient qu'il profite d'une grave situation. ».

⁹⁴⁴ Cass. crim., 9 octobre 2002, Pourvoi n° 02-85.358.

⁹⁴⁵ Claude LOMBOIS, *Droit pénal général*, Paris, Les fondamentaux, Hachette Supérieur, 1994, p. 62.

la volonté de commettre l'infraction telle qu'elle est définie par la loi⁹⁴⁶. La circonstance aggravante de vulnérabilité comprend donc un élément moral qui vient se superposer à l'élément moral constitutif de l'infraction. Dans ce cas, le lien qui unit l'atteinte et la vulnérabilité est plutôt un lien unissant l'auteur de l'atteinte et la vulnérabilité. Le lien de corrélation est un lien subjectif en ce sens que l'auteur doit avoir commis l'atteinte qui lui est reprochée sur une personne vulnérable, et ce intentionnellement. La conséquence principale du caractère subjectif de la circonstance aggravante de vulnérabilité est là. Toutefois, son caractère mixte subsiste. Car, objectivement, la vulnérabilité sur le plan matériel apparaît comme un moyen de commettre plus facilement l'infraction. L'aspect matériel de la circonstance aggravante de vulnérabilité demeure en filigrane en ce sens que la faiblesse de la personne rend difficile sa résistance aux actes qualifiant l'infraction.

838. L'appréhension de la notion de dol par M. Adrien-Charles Dana, exposée plus haut, permet de considérer la teneur de ce lien de corrélation sous un autre jour. L'auteur précise que « si l'intention est la volonté dirigée contre une valeur sociale, *par rapport à la société*, le dol spécial devient la volonté utilisée dans le *but de nuire* à une *valeur sociale*. L'intention pénale n'est autre au bout du compte, que le fait d'agir "exprès" pour nuire à une valeur sociale : elle est intention de nuire ». Aussi, « la culpabilité normative rend compte de "l'indifférence" de l'agent à l'égard des valeurs sociales. Fondée sur l'intention de nuire, la culpabilité intentionnelle, elle, rendra effectivement compte de l'hostilité du prévenu à l'encontre des mêmes valeurs sociales⁹⁴⁷ ».

839. Or, rappelons que la prise en compte de la vulnérabilité de la personne dans le Code pénal, spécialement en tant que circonstance aggravante de nombreuses infractions, mais aussi en tant que condition préalable d'une

⁹⁴⁶ André DECOCQ, *Droit pénal général*, Paris, Coll. U, Série Droit pénal et Sciences criminelles, Librairie Armand Colin, 1971, pp. 208-216, Jean PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, Manuels, Cujas, 14^e éd., 2002, p. 441, n°502.

⁹⁴⁷ Adrien-Charles DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Paris, Bibliothèque de sciences criminelles, L.G.D.J., 1982, p. 470, n°475.

infraction, exprime *une valeur sociale privilégiée*⁹⁴⁸. Par conséquent, « les atteintes à la personne humaine sont particulièrement graves, voire odieuses, quand elles visent des mineurs, et surtout des enfants âgés de moins de quinze ans ou des personnes particulièrement vulnérables⁹⁴⁹ ». L'aggravation de la sanction de l'auteur de l'infraction est donc justifiée par le fait de s'en prendre, par une atteinte particulièrement grave, à l'intégrité d'une personne incapable ou difficilement capable de se défendre, tant sur le plan physique que mental, contre cette atteinte particulière ; et ce en tenant compte intentionnellement de la vulnérabilité de la personne. Par ce comportement, l'auteur exprime incontestablement son hostilité à la volonté de protection des personnes particulièrement vulnérables. Sa volonté est utilisée dans le but de porter atteinte aux plus vulnérables face à l'acte qu'il commet. Le lien de corrélation entre la vulnérabilité et l'acte caractérisant l'infraction est mis en lumière par cette analyse. La vulnérabilité entre nécessairement dans l'intention de l'auteur. Telle est donc la conséquence essentielle du caractère subjectif de la circonstance aggravante de vulnérabilité sur le plan théorique, en regard avec la fonction juridique de la vulnérabilité d'aggravation de l'infraction.

b. Les incidences pratiques

840. Sur le plan de la pratique, les implications du caractère personnel de la circonstance aggravante de vulnérabilité se cristallisent autour du sort des participants à l'infraction : complices et co-auteurs. Il faut alors prendre en compte la fonction de la vulnérabilité participant à la qualification de la gravité de l'atteinte, de manière subjective. L'atteinte doit donc être considérée non en elle-même, mais dans la personne de son auteur et, en particulier, relativement à l'intention de celui-ci. C'est donc dans la mesure où la vulnérabilité est intégrée à l'intention dolosive qu'elle participe à la qualification de la gravité de l'infraction.

⁹⁴⁸ Cécile BARBERGER, *In* : Actes du XIII^e Congrès de l'association française de droit pénal, Le nouveau Code pénal : deux années d'application, *Rev. jur. d'Île-de-France*, 1994, n°44, pp. 179-191, p. 183 et *Rev. pénit.* 1996, n°3, pp. 179-191, p. 281.

841. En vertu de l'article 121-6 du Code pénal de 1992, le complice est puni « comme auteur » ; le principe de l'emprunt de criminalité ayant pour objet de greffer l'acte du complice sur celui de l'auteur principal de l'infraction, ainsi que l'emprunt de pénalité, corollaire de ce principe, ont été abandonnés par ce code⁹⁵⁰. L'auteur a donc sa propre criminalité, l'emprunt se limite ici à un « emprunt de qualification⁹⁵¹ ». S'agissant de la répression du complice, elle est déterminée en sa personne, celle de l'auteur n'a donc pas de répercussion sur la peine encourue. Le complice peut alors être sanctionné plus lourdement ou au contraire plus légèrement que l'auteur⁹⁵². Ainsi, la circonstance aggravante de vulnérabilité qui aggrave la peine de l'auteur principal de l'infraction n'aggraverait celle du complice que si celle-ci est apparente ou connue de celui-ci. Cette solution est conforme au principe selon lequel le complice est puni « comme auteur », elle en est une application logique.

842. En revanche, si le complice a connaissance de la circonstance aggravante de vulnérabilité alors que l'auteur principal l'ignore, la peine du complice doit-elle être aggravée ? La nature personnelle de la circonstance aggravante et

⁹⁴⁹ Commission de révision du Code pénal, *Projet de nouveau Code pénal*, présentation par Robert BADINTER, Paris, Dalloz, 1988, p. 39.

⁹⁵⁰ Jacques LEROY, *Droit pénal général*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 299.

⁹⁵¹ Aussi, dans un article datant de 1975, le professeur Jacques-Henri Robert avait-il proposé de considérer que « l'auteur et le complice ont participé à un fait commun qui leur est distinctement imputé » ; ceci pouvait conduire à condamner l'auteur et le complice sous des qualifications différentes, si le juge avait apprécié différemment leurs intentions. Jacques-Henri ROBERT, Imputation et complicité : *JCP 1975*, éd. G., I, 2720, n^{os} 16 et 26. L'article 121-6 du Code pénal permet aujourd'hui que l'auteur et le complice ne soient pas poursuivis sous des qualifications identiques (par ex. : homicide par imprudence pour le complice et meurtre pour l'auteur) ; le complice est bien puni « comme auteur de l'acte qu'il continue, avec le nouveau code pénal, d'emprunter à l'auteur principal ». Stéphanie FOURNIER, art. préc. p. 488 et p. 489, reprenant sur ce dernier point la solution proposée par M. Jacques-Henri Robert, art. préc.

⁹⁵² Philippe CONTE, Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Paris, U Série Droit, Armand Colin, 6^e éd., 2002, p. 229, n^o 425 ; Stéphanie FOURNIER, Le nouveau Code pénal et le droit de la complicité : *Rev. sc. crim. 1995*, pp. 475-504, p. 490.

l'exigence que le complice soit puni « comme auteur » imposent une réponse positive. En effet, étant donné que le complice porte sa propre criminalité, distincte de celle de l'auteur principal, la connaissance qu'il a pu avoir de la vulnérabilité de la victime de l'infraction doit, comme pour l'auteur, être effectivement constatée. Peu importe alors que l'auteur principal ait lui-même ignoré la vulnérabilité de la victime de l'infraction⁹⁵³. Aggraver la peine du complice, qui a su qu'il participait à une infraction contre une personne vulnérable, entre tout à fait dans l'esprit des dispositions pénales. Le législateur a voulu sanctionner plus lourdement un tel comportement.

843. Sur ce point, le sort des coauteurs de l'infraction est identique à celui du complice. L'abandon du principe de l'emprunt de criminalité a brouillé la distinction entre la complicité et la coaction⁹⁵⁴. Le caractère personnel de la circonstance aggravante de vulnérabilité conduit à n'aggraver la peine des coauteurs que si la vulnérabilité était apparente ou s'ils en ont eu connaissance à titre personnel. En effet, la coaction suppose que chacun des auteurs a exécuté les actes tant matériels qu'intentionnels de l'infraction. Le juge examine donc leur situation séparément en excluant toute criminalité d'emprunt. Pour chaque coauteur celui-ci vérifiera qu'il a bien eu connaissance de la vulnérabilité de la victime ou de la personne dont la vulnérabilité a facilité l'infraction. Cette solution remet en cause de manière directe l'arrêt du 10 octobre 1984 consacrant la solution exactement inverse puisqu'il considère que la circonstance aggravante de vulnérabilité est réelle.

844. De manière générale, s'attaquer à une personne vulnérable participe de la gravité de l'atteinte. Ceci s'explique encore une fois par la relation

⁹⁵³ En revanche, lorsque la vulnérabilité est une condition d'existence de l'infraction, si l'auteur n'en a pas eu connaissance, l'infraction n'étant pas constituée, l'acte de complicité n'est pas possible : pas de qualification donc pas d'emprunt de qualification. Par exemple, pour le délit d'abus de faiblesse de l'article 223-15-2 du Code pénal, si l'auteur n'a pas connaissance de la vulnérabilité de sa victime, ou si celle-ci n'est pas apparente, l'infraction n'étant pas constituée, la complicité est exclue.

⁹⁵⁴ Jacques LEROY, *Droit pénal général*, préc. p. 300.

spéciale qui existe entre l'auteur de l'atteinte et la personne vulnérable. La vulnérabilité implique que la personne dans cet état est plus perméable qu'une autre à l'atteinte matérielle qui lui est portée. Dans une approche subjective, l'auteur a, pris en considération la vulnérabilité en toute connaissance de cause ; notamment l'aggravation, par ce fait, de l'atteinte portée. Cette constatation de la participation de la vulnérabilité à la qualification de l'atteinte, quant à sa gravité, est non seulement manifeste en droit pénal, mais ressort aussi en droit européen des droits de l'homme, et plus précisément dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'interprétation de l'article 3 de la Convention.

§ 2. L'aggravation d'une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme

845. En vertu de l'article 3 de cette convention : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». L'appréciation par la cour des faits conduisant au constat de violation de l'article 3 de la Convention est caractérisée par l'existence de seuils de gravité. Un premier seuil permet de constater que les faits sont suffisamment graves pour constituer une violation de cet article, le minimum requis étant que la peine ou le traitement infligé soit dégradant au sens de la Convention. Ensuite, à l'intérieur de l'article 3, deux seuils de gravité successifs sont distingués par la cour, le premier permet de caractériser que les actes constituent un traitement inhumain, le second qu'ils constituent des tortures ; il y a donc deux paliers à l'intérieur de l'article 3 déterminés par la gravité des actes⁹⁵⁵. Or, pour apprécier si un mauvais traitement infligé à une personne franchi l'un ou l'autre des seuils de gravité exigé pour entrer dans l'une des trois catégories prévues par l'article 3, la cour utilise le critère de l'appréciation relative qui dépend « de l'ensemble des données de la cause »

⁹⁵⁵ Frédéric SUDRE, Article 3, *In* : Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT (Sous-dir.), *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^e éd., 1999, pp. 155-175, p. 158.

recouvrant à la fois des paramètres internes et externes à l'affaire⁹⁵⁶. Or, les paramètres internes à l'affaire dépendent « notamment de la nature et du contexte du traitement ou de la peine ainsi que de ses modalités d'exécution, de sa durée, de ses effets physiques ou mentaux, ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, et de l'état de santé de la victime⁹⁵⁷ ».

846. La vulnérabilité de la personne peut contribuer à caractériser la gravité des actes, et ainsi permettre qu'un seuil de gravité soit franchi, alors qu'il ne l'aurait pas été sans elle. Dans cette hypothèse, l'article 3 est applicable : les faits constatés permettent en eux-mêmes de caractériser le minimum de gravité requis pour qu'une violation de l'article 3 soit constatée. La vulnérabilité participe alors effectivement à la qualification des seuils de gravité à l'intérieur de l'article 3 (A). Ce constat amène la question de la possibilité éventuelle pour la vulnérabilité de participer à la qualification du minimum de gravité requis pour que l'article 3 soit applicable (B).

A. La participation de la vulnérabilité à la qualification des seuils de gravité à l'intérieur de l'article 3, en droit positif

847. La distinction entre les traitements dégradants et inhumains d'une part et entre les traitements inhumains et la torture, d'autre part, a été mise en évidence dans l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*. Ainsi, le traitement inhumain était celui qui provoque volontairement des souffrances mentales ou physiques d'une intensité particulière. Quant à la torture, elle recouvrait des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances⁹⁵⁸. Rappelons toutefois que la cour a admis un possible abaissement de ces seuils minimum de gravité :

⁹⁵⁶ *Ibid.* p. 159.

⁹⁵⁷ *Ibid.* citant l'arrêt CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, § 100.

⁹⁵⁸ CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, req. n°5310/71 : Série A n°25, § 167.

une aggravation de qualification sous l'angle de l'article 3 est donc envisageable à l'avenir⁹⁵⁹.

1. Les traitements inhumains

848. La cour prend en compte expressément aujourd'hui la vulnérabilité d'une personne pour considérer que le seuil de gravité des traitements est franchi pour être qualifiés d'inhumains. Déjà l'arrêt *Tomasi c. France* du 27 août 1992 permettait une telle lecture. La Commission ayant souligné la vulnérabilité d'une personne gardée à vue, la cour affirme ensuite qu'il suffit de noter que les certificats médicaux attestent de l'intensité et de la multiplicité des coups portés au requérant, pour conférer à ce traitement un caractère inhumain et dégradant⁹⁶⁰. La vulnérabilité de la personne détenue face aux représentants de l'Etat contribue sans aucun doute à considérer que les mauvais traitements infligés franchissent le seuil des traitements inhumains.

849. De manière incontestable, la vulnérabilité est directement prise en compte par la Commission pour qualifier les mauvais traitements dans l'arrêt *Ribitsch c. Autriche* du 4 décembre 1995. Ainsi, selon la cour, « prenant en compte la vulnérabilité particulière du requérant, illégalement détenu en garde à vue, la Commission est convaincue que ce dernier a été soumis à des violences physiques qui constituaient un traitement inhumain et dégradant⁹⁶¹ ». Ici encore, si la vulnérabilité est retenue par la cour, c'est qu'elle a pour une fonction juridique de participer à la qualification de la gravité de la violation. Il y a un lien de corrélation

⁹⁵⁹ CEDH, 1^{re} sect., 27 novembre 2003, *Henaf c. France*, req. n° 65436/01, obs. Frédéric SUDRE : *J.C.P.* 2004 éd. G., I, 107, p. 181. § 55.

⁹⁶⁰ CEDH, *Tomasi c. France* du 27 août 1992, req. n° 12 850/87 : Série A n° 241-A, § 113 et § 115. Dans cet arrêt, la cour refuse d'effectuer une appréciation relative du minimum de gravité par un contrôle de proportionnalité des actes relativement, notamment, aux nécessités de l'enquête et aux difficultés de la lutte contre la criminalité en matière de terrorisme, elle accorde à la protection due à l'intégrité physique de la personne une priorité absolue.

⁹⁶¹ CEDH, *Ribitsch c. Autriche*, 4 décembre 1995, req. n° 18896/91 : Série A n° 336, § 36.

entre la vulnérabilité matérielle de la victime et l'atteinte qu'elle subit. Celle-ci, du fait de sa faiblesse, y est objectivement particulièrement exposée. Dans cet arrêt, la cour affirme d'ailleurs que l'usage de la force physique, qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le propre comportement de ladite personne, porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3⁹⁶².

850. Par cette référence à la dignité humaine, la cour renforce cette idée de l'existence d'un lien entre l'atteinte subie et la vulnérabilité de la personne. La vulnérabilité, lorsqu'elle est prise en compte par la Cour européenne des droits de l'homme, pour permet la qualification de la gravité d'une violation de l'article 3. La violation déjà caractérisée par l'existence d'un minimum de gravité, est encore aggravée par la vulnérabilité de la victime. L'article 3 est considéré comme faisant partie du "noyau dur" des droits de l'homme, dans la Convention de sauvegarde des libertés fondamentales.

851. Dans sa thèse sur *Le principe de respect de la dignité humaine*, Mme Béatrice Maurer montre que « sur le terrain de l'article 3, l'application [du principe de respect de la dignité humaine] a surtout servi à prohiber de façon absolue l'emploi de la violence physique et morale à l'encontre des personnes vulnérables⁹⁶³ ». En effet, c'est lorsque la personne est particulièrement vulnérable et qu'elle ne peut se défendre que le risque qu'elle soit victime de tout type d'atteinte est accru. Ainsi, plus la personne est vulnérable, plus elle risque de subir les atteintes les plus inacceptables. Or, les actes prohibés par l'article 3 de la Convention font partie des formes les plus odieuses d'atteinte à l'intégrité physique et morale de la personne humaine, d'où cette référence à la dignité. Ainsi, la vulnérabilité conditionne presque l'atteinte. Si la personne n'était pas dans tel état

⁹⁶² § 38.

⁹⁶³ Béatrice MAURER, *Le principe du respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Coll. Monde européen et international, Jacques Bourrinet (Sous-dir.), La documentation française, 1999, p. 267. Cette question fait d'ailleurs l'objet d'une section entière intitulée « La protection des personnes vulnérables contre la violence », pp. 268-374.

ou une telle situation de vulnérabilité, les atteintes aux valeurs les plus fondamentales ne seraient pas envisageables. Il semble donc assez logique de constater que lorsque des mauvais traitements relevant de l'article 3 sont constatés, la vulnérabilité particulière de la personne à de tels actes, du fait de son état ou de sa situation, est caractérisée. Sur le plan juridique, la prise en compte de la vulnérabilité pour établir la gravité est donc justifiée, puisque celle-ci a rendu possible, ou a au moins facilité, la commission des mauvais traitements.

852. Dans l'arrêt *Altay c. Turquie* du 22 mai 2001, ce raisonnement est très explicite. La cour relève notamment « que pendant les quinze jours de sa garde à vue, M. Altay blessé était privé de tout accès à un avocat et, jusqu'au quatorzième jours, à celui d'un médecin, il se trouvait dès lors isolé et dépendant de policiers et donc particulièrement vulnérable⁹⁶⁴ ». La cour conclut qu'à « la lumière de ce qui précède et compte tenu des éléments soumis à son examen [...] que la manière dont le requérant a été traité lors de sa garde à vue constitue un traitement inhumain prohibé par l'article 3 de la Convention ». Si la vulnérabilité est retenue c'est pour contribuer à la qualification des traitements d'inhumains. Ceci se retrouve lorsqu'il s'agit de qualifier les mauvais traitements de torture, forme la plus grave d'atteinte à l'article 3.

2. La torture

853. La vulnérabilité de la personne contribue indubitablement à qualifier des actes de torture dans l'arrêt *Aydin c. Turquie* du 25 septembre 1997⁹⁶⁵. En l'espèce, la requérante arrêtée avec sa famille et d'autres personnes au sujet de visites qu'elles auraient reçues de membre du Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK) a été mise en garde à vue pendant trois jours. Lors de cette détention, elle a

⁹⁶⁴ CEDH, 1^{re} sect., *Altay c. Turquie*, 22 mai 2001, req. n° 2227 9/93, § 57. Voir aussi l'arrêt CEDH, 1^{re} sect., *Dikme c. Turquie*, 11 juillet 2000, req. n° 2 0869/92 : *Rec. AD* 2000-VIII, § 91, dans lequel le sentiment de vulnérabilité, qui recouvre une véritable situation de vulnérabilité, est pris en compte pour qualifier d'inhumain le traitement subi.

⁹⁶⁵ ⁹⁶⁵ CEDH, *Aydin c. Turquie*, 25 septembre 1997, req. n° 23178/94 : *Rec.* 1997-VI.

subi de nombreux sévices, elle a en effet été dévêtue, placée dans un pneu de voiture que l'on a tourné longuement, elle a été frappée et arrosée de puissants jets d'eau froide, puis conduite dans une salle d'interrogatoire, vêtue mais les yeux bandés, un individu lui a arraché ses vêtements et l'a violée, elle a ensuite été frappée à nouveau.

854. La cour rappelle tout d'abord la définition de la torture de l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, comme qualifiant des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances. Elle précise ensuite que « pendant sa détention, la requérante fut violée par un individu dont l'identité n'a pas encore été établie. Le viol d'un détenu par un agent de l'Etat doit être considéré comme une forme particulièrement grave et odieuse de mauvais traitement, compte tenu de la facilité avec laquelle l'agresseur peut abuser de la vulnérabilité de sa victime et de sa fragilité. En outre, le viol laisse des blessures psychologiques profondes qui ne s'effacent pas aussi rapidement que pour d'autres formes de violence physique et mentale. La requérante a également subi la vive douleur physique que produit une pénétration par la force, ce qui n'a pu manquer d'engendrer en elle le sentiment d'avoir été avilie et violée sur les plans tant physique qu'émotionnel⁹⁶⁶ ». La cour considère donc que ces violences physiques et mentales et le viol subis par la requérante sont constitutifs de tortures. La cour ajoute qu'elle serait arrivée à la même conclusion pour chacun des motifs pris séparément⁹⁶⁷.

855. La vulnérabilité de la jeune femme contribue à ce que le seuil de gravité soit atteint pour qualifier les faits de torture. En effet, la cour considère que le viol est une forme d'atteinte d'autant plus grave et odieuse de mauvais traitement que sa commission a été rendue plus facile en raison de la vulnérabilité de la victime. La corrélation directe entre la vulnérabilité matérielle de la jeune femme et

⁹⁶⁶ § 83.

⁹⁶⁷ § 85. Le viol et plus largement les agressions sexuelles sont donc implicitement envisagés sur le terrain de l'article 3, et non plus seulement sur le terrain de l'article 8, comme dans l'arrêt *X. et Y. c. Pays-Bas*. Cette analyse sera confirmée par l'arrêt CEDH, 1^{er} sect., 4 décembre 2003, *M. C. c. Bulgarie*, req. n°39272/98.

les sévices subis est ainsi mise en évidence. Aussi, pour qualifier les autres mauvais traitements, la cour prend-elle en compte la vulnérabilité. Pendant sa garde à vue « des membres des forces de sécurité ont aussi soumis la requérante à une série d'expériences particulièrement terrifiantes et humiliantes, eu égard à son sexe, à sa jeunesse, et aux circonstances dans lesquelles elle a été détenue. Elle est restée en garde à vue pendant trois jours, apeurée et désorientée par le bandeau qui lui couvrait les yeux, dans un état permanent de douleur physique et d'angoisse provoquée par les coups accompagnant les séances d'interrogatoire et l'incertitude sur son sort. On la montra aussi nue, dans des circonstances humiliantes, ce qui ne pouvait qu'accentuer son sentiment de vulnérabilité ». Ce sentiment de vulnérabilité, recouvrant ici manifestement une véritable situation objective de vulnérabilité de la victime, contribue à renforcer la qualification de torture des sévices pratiqués. L'extrême vulnérabilité matérielle de la jeune femme, à la fois intrinsèque et extrinsèque, a conduit ses bourreaux aux pires atteintes à la personne.

856. De même, l'isolement total dans lequel a été placé un détenu susceptible de lui inspirer des sentiments de peur, d'angoisse et de vulnérabilité contribue à conclure que les souffrances infligées étaient « aiguës ». Les mauvais traitements passent ainsi de la qualification de traitements inhumains à celle de tortures⁹⁶⁸.

857. Si, en droit positif, la vulnérabilité permet de franchir le seuil de gravité à l'intérieur de l'article 3, se pose de manière assez logique la question de sa capacité à participer à la qualification du minimum de gravité nécessaire à la constatation pure et simple d'une violation de l'article 3.

⁹⁶⁸ CEDH, *Ilascu et autres c. Moldava et Russie*, 8 juillet 2004, req. n° 48787/99, § 446 et § 447.

B. La participation de la vulnérabilité à la qualification du minimum requis de gravité pour que l'article 3 soit applicable, en droit prospectif

858. La conception de la notion de traitement ou de peine dégradant(e) a été mise en lumière dans l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978. Selon la cour le caractère dégradant est de nature à créer chez ceux qui les subissent « des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier, à les avilir et à briser leur résistance physique et morale⁹⁶⁹ ». L'article 3 donc n'est applicable que si ce seuil minimum de gravité est constaté par la cour : il doit dépasser les "brutalités" condamnables moralement, mais n'atteignant pas le seuil minimum de gravité. L'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978 avait donné l'occasion à la cour de considérer qu'un châtement corporel – une fustigation en l'espèce – infligé à titre de peine, ne constitue ni une torture, ni un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la Convention. Il s'agit, en revanche, d'une peine dégradante qui entraîne une humiliation ou un avilissement atteignant un niveau de gravité particulier et différent de l'élément habituel d'humiliation que comporte inévitablement les châtements judiciaires⁹⁷⁰. M. Frédéric Sudre précise, concernant cet arrêt et la question des châtements corporels en général, que la commission, comme la cour, semblent recourir à une présomption de gravité dès lors que la victime est vulnérable et dans un état d'infériorité⁹⁷¹.

859. Bien que ces définitions restent valables, il faut les nuancer à la lumière des évolutions jurisprudentielles déjà signalées sur ce point. En effet, tout d'abord, le minimum de gravité requis pour qu'un mauvais traitement entre dans le champ de l'article 3 n'impose pas nécessairement la volonté d'humilier ou d'abaisser la personne⁹⁷². Ensuite, il est nécessaire d'insister sur une volonté de la cour d'abaisser ces seuils de gravité dans leur ensemble que nous avons déjà

⁹⁶⁹ CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, *préc.* § 167.

⁹⁷⁰ CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978 : Série A, n°26, § 82.

⁹⁷¹ Frédéric SUDRE, *Article 3*, *préc.* p. 168.

⁹⁷² CEDH, *V. c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1999, req. n° 24888/94 : *Rec. AD* 1999-IX, § 71.

relevée. L'arrêt Hénaf c. France du 27 novembre 2003, précise que des actes qui étaient qualifiés de « traitements inhumains et dégradants » et non de « torture » pourraient recevoir une qualification différente à l'avenir⁹⁷³.

860. Aucun arrêt ne semble prendre en compte expressément la vulnérabilité d'une personne pour caractériser l'existence du minimum requis. Dans toutes les affaires où la vulnérabilité permet la qualification de la gravité des actes en cause, il se trouve que ce minimum est si largement atteint que la cour passe directement à l'examen de l'existence, soit d'un traitement inhumain, soit de tortures. Mais, si la cour accepte de se servir de la vulnérabilité pour qualifier les actes les plus graves, elle est susceptible de la prendre en compte pour qualifier des actes qui, bien qu'étant moins graves, restent des atteintes à des valeurs fondamentales. Un arrêt confirme cette approche.

861. Dans l'arrêt Kudla c. Pologne du 26 octobre 2000, le requérant se plaignait de n'avoir pas reçu un traitement psychiatrique adéquat pendant sa détention. La prison où il était incarcéré était dépourvue de service psychiatrique et aucun effort n'ayant été fait par l'administration pénitentiaire pour traiter sa dépression. La cour admet, sur le terrain de l'article 3 que le requérant était plus vulnérable que le détenu moyen et que sa détention peut avoir exacerbé de ce fait les sentiments de détresse, de crainte et d'angoisse éprouvés par lui.

862. Cette appréciation montre bien que la vulnérabilité est examinée en relation avec l'atteinte : elle serait dès lors susceptible d'être retenue, car elle accroît la gravité objective de l'atteinte portée. Une personne en détention, psychologiquement fragile, est plus vulnérable que toute autre à un traitement dégradant. Cependant, la cour après s'être livrée à une appréciation globale des faits pertinents, n'estime pas établi que le requérant ait été soumis à des mauvais traitements atteignant un niveau de gravité suffisant pour entrer dans le champ

⁹⁷³ CEDH, 1^{er} sect., 27 novembre 2003, Henaf c. France, req. n° 65436/01 : *J.C.P.* 2004 éd. G. I, 107, p. 181, obs. Frédéric SUDRE, § 55.

d'application de l'article 3 de la Convention⁹⁷⁴. La vulnérabilité même particulièrement caractérisée ne suffit pas à elle seule à atteindre le niveau de gravité minimum exigé pour tomber sous le coup de l'article 3. En d'autres termes, la vulnérabilité inapte à qualifier l'atteinte reste en dehors du droit. Toutefois, la cour admet ici que la vulnérabilité du requérant aurait contribué à considérer que le seuil minimum de gravité était franchi si, par ailleurs, les actes commis avaient été plus graves. Il faut à cet égard tenir compte, en outre, de la volonté de la cour d'abaisser le seuil minimum de gravité. L'arrêt Hénaf c. France, évoqué ci-dessus, tend à considérer que, grâce à la vulnérabilité, le seuil sera susceptible d'être plus facilement atteint. Le constat de la vulnérabilité de la personne peut donc permettre de faire basculer un mauvais traitement dans le champ d'application de l'article 3 : un seuil de gravité suffisant serait atteint.

863. La possibilité que la vulnérabilité puisse participer à la qualification de l'atteinte est donc double : soit elle aggrave une atteinte déjà établie, soit elle contribue à établir l'existence d'une atteinte quant à sa gravité. L'ambivalence de l'évaluation de la gravité d'une atteinte apparaît très nettement relativement à l'article 3. La vulnérabilité pourrait contribuer à établir l'existence d'une violation de l'article 3 : le minimum requis serait atteint. Mais, la vulnérabilité contribue également à aggraver les actes considérés déjà comme suffisamment graves pour constituer une violation de l'article 3 : les seuils de gravité à l'intérieur de l'article 3 seraient franchis. Cet aspect offre une transition toute choisie pour aborder cette difficulté particulièrement aiguë lorsque la vulnérabilité est susceptible de participer à la qualification d'un élément constitutif d'une infraction, en même tant qu'elle en est prévue comme une circonstance aggravante.

⁹⁷⁴ CEDH, grande chambre, Kudla c. Pologne du 26 octobre 2000, req. n° 30210/96 : *Rec. AD* 2000-XI, § 99.

Section II. La qualification concurrente de la gravité et de l'existence d'une infraction

864. Un arrêt servira d'exemple afin de mettre en lumière l'entremêlement fréquent entre la fonction de participation à la qualification de la gravité d'une infraction existante et celle de participation à la qualification de l'existence d'une infraction. Dans une procédure pour abus de faiblesse, la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris avait rejeté la demande de modification des obligations du contrôle judiciaire du prévenu consistant en l'astreinte à verser un cautionnement de 80 000 francs avec obligation de ne pas exercer sa profession – chirurgien-dentiste, en l'espèce. Celui-ci s'était fait remettre, par une personne âgée et sénile, trois chèques, deux de 30 000 francs et un de 300 000 francs, en règlement de soins injustifiés. Dans le pourvoi formé contre cet arrêt, la chambre criminelle, par un arrêt du 26 janvier 1999, considère que la décision de la chambre d'accusation est justifiée⁹⁷⁵. Les juges du fond ont constaté que « les faits reprochés sont *particulièrement graves puisque commis* dans l'exercice professionnel *en profitant de l'état de faiblesse, de l'âge, de la vulnérabilité du patient* ». Ainsi, la vulnérabilité, même lorsqu'elle n'est pas une circonstance aggravante mais une condition préalable, peut tout de même avoir pour effet de contribuer à qualifier la gravité de l'infraction. Les questions de gravité et d'existence de l'infraction sont intimement liées.

865. Cette situation fait naître une difficulté épineuse : le juge se sert parfois de la vulnérabilité pour constater l'existence d'une infraction, alors que corrélativement le législateur prévoit la vulnérabilité en tant que circonstance aggravante de la même infraction. Les infractions concernées sont : le viol et les autres agressions sexuelles (articles 222-23 et 222-27 du Code pénal), le vol (article 311-1), l'extorsion (article 312-1 du même code) : ces infractions sont

⁹⁷⁵ Cass. crim., 26 janvier 1999, Pourvoi n°98-87.361 .

aggravées par la particulière vulnérabilité de la victime (respectivement articles 222-24, 222-29, 311-2, 312-2 et 313-2). En effet, constitue une agression sexuelle toute atteinte commise avec violence, contrainte, menace ou surprise, un vol la soustraction frauduleuse notamment par une remise involontaire de la chose d'autrui, une extorsion le fait d'obtenir par violence, menace de violence ou contrainte soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque.

866. L'acte répréhensible constitutif de ces infractions comporte une atteinte à la volonté soit dans sa dimension de conscience soit dans sa dimension de liberté physique ou mentale. On comprend dès lors que la vulnérabilité d'une personne diminue ses aptitudes à résister à la violence, la contrainte, la menace, la surprise, exigées systématiquement pour la constitution de ces infractions. La vulnérabilité augmente la gravité de l'acte qui, en lui-même, ne suffirait pas à caractériser l'infraction. La jurisprudence prend donc naturellement en compte les aptitudes de la victime à résister pour caractériser l'un des éléments constitutifs de ces infractions, comme elle est amenée à le faire pour d'autres infractions⁹⁷⁶. Une problématique se pose alors : la prise en compte par le juge de la vulnérabilité pour qualifier l'infraction quant à son existence parallèlement à la prévision expresse par le législateur de la vulnérabilité en tant que circonstance aggravante de la même infraction. Il est nécessaire d'explicitier le principe suivant lequel lorsque la vulnérabilité permet de qualifier l'un des éléments constitutifs de l'infraction et que, par ailleurs, le législateur l'a prévue, de manière plus large, en tant que circonstance aggravante de l'infraction, elle ne peut être en principe prise en compte une deuxième fois (§ 1). La problématique telle qu'elle se manifeste dans la jurisprudence se cristallise alors autour de la difficile appréciation des degrés de gravité pour les infractions en cause au regard de la vulnérabilité prise en compte (§ 2).

⁹⁷⁶ Nous renvoyons, sur ce point aux développements, du Titre I de cette Partie, relatifs à la prise en compte de la vulnérabilité par le juge pour qualifier l'un des éléments constitutifs de certaines infractions, assimilable, en fait, à un abus de situation.

§ 1. Le principe selon lequel une même circonstance ne peut tenir lieu à la fois d'élément constitutif et de circonstance aggravante d'une infraction

867. Si ce principe semble être admis clairement tant par la doctrine que par la jurisprudence (A), son application effective est beaucoup plus nuancée (B).

A. Un principe clair

868. S'il est un principe clair et reconnu par tous, c'est bien celui en vertu duquel une même circonstance ne peut à la fois tenir lieu d'élément constitutif et de circonstance aggravante d'une infraction. Ce principe est d'ailleurs régulièrement rappelé par la Cour de cassation face à des juges du fond parfois amnésiques. Ainsi, dernièrement, par un arrêt du 10 mai 2001, la chambre criminelle a cassé la décision de la Cour d'appel de Douai qui, pour caractériser la contrainte, s'était fondée sur l'autorité attribuée au prévenu alors que cet élément ne constitue qu'une circonstance aggravante du délit d'agression sexuelle⁹⁷⁷. Ainsi que le remarque le professeur Michel Véron, « la tentation est forte pour les juges du fond de se contenter de tirer une présomption de contrainte ou de surprise du constat de la qualité des personnes en cause et des relations qui ont pu les réunir. Mais la Cour de cassation s'oppose très catégoriquement à l'usage de cette présomption ». Cette jurisprudence est à rapprocher directement de celle qui interdit de déduire de l'âge de la victime, de son état physique ou psychique uniquement, l'existence d'une contrainte ou d'une surprise – éventuellement d'une tromperie en matière d'escroquerie.

869. Les infractions prenant en compte les capacités de résistance de la victime pour qualifier l'un des éléments constitutifs sont délicates à appréhender

⁹⁷⁷ Cass. crim., 10 mai 2001 : *Bull. crim.*, n° 116 ; *Rev. sc. crim.* 2001, pp. 808-810, obs. Yves MAYAUD ; *Dr. pénal* 2001, Comm. 110, p. 10, note Michel VERON.

lorsque parallèlement la circonstance aggravante de vulnérabilité est prévue⁹⁷⁸. Un même fait ne pouvant tenir lieu d'élément constitutif et de circonstance aggravante, il semble simple d'exiger que la contrainte, la surprise, ou plus généralement l'absence de consentement conscient et libre, soit constatées par le juge sans que ne soit prise en compte, à aucun titre, la vulnérabilité. Cette règle interdit que ces éléments soient déduits de la vulnérabilité. C'est d'ailleurs ce que précise M. Yves Mayaud, dans ses observations sous l'arrêt du 10 mai 2001 : « l'aggravation ne peut que venir se greffer sur le préalable d'une infraction parfaitement constituée, et c'est donc autrement que la contrainte doit être prouvée, sans le recours à ce qui porte la marque de la circonstance aggravante elle-même, sauf à fausser le jeu des données de l'incrimination⁹⁷⁹ ».

870. Parfois, les juges du fond, comme la Cour de cassation, font une application très stricte du principe interdisant qu'une circonstance permette d'établir un élément constitutif alors qu'elle est retenue au titre de circonstance aggravante. Ainsi, dans une affaire où un homme est renvoyé devant une Cour d'assises pour viol et agression sexuelle par personne ayant autorité, les cinq victimes étant des personnes vulnérables en raison de leur handicap et de leur insuffisance intellectuelle. La chambre d'accusation retient « qu'en droit, cette circonstance, qui, au cas d'espèce, est l'élément constitutif des infractions de viol et d'agressions sexuelles, ne peut être retenue également comme circonstance aggravante⁹⁸⁰ ». La Cour de cassation approuve implicitement cette analyse puisque le pourvoi formé contre cet arrêt est rejeté.

871. Le principe semble comporter en outre un corollaire qui, bien que secondaire, mérite toutefois d'être signalé. Celui-ci imposerait que les juges ne se fondent pas sur un élément pour caractériser l'élément constitutif d'une infraction « alors que cet élément ne constitue qu'une circonstance aggravante » selon les termes de l'arrêt du 10 mai 2001. Ainsi, la vulnérabilité en particulier, lorsqu'elle est

⁹⁷⁸ La question se pose de la même manière, s'agissant des circonstances de minorité et d'autorité.

⁹⁷⁹ *Obs. préc.*, p. 809.

⁹⁸⁰ Cass. crim., 23 février 2000, Pourvoi n°99-87.683.

prévue en tant que circonstance aggravante par le législateur ne devrait pas être utilisée par le juge pour qualifier l'infraction elle-même ; d'autant que si elle était retenue pour la qualifier dans cette hypothèse, la conséquence serait défavorable à l'auteur. Cependant, devant la difficulté d'application du principe lui-même, imposer une telle règle relève sans doute d'une exigence juridique exagérée. En outre, les développements qui suivent mettront en évidence que le respect de ce principe corollaire n'est pas conforme à l'esprit du législateur souhaitant sanctionner le plus largement possible les actes graves commis contre les personnes vulnérables. Prendre en compte la vulnérabilité permet de qualifier l'infraction là où, sans cet élément, l'infraction ne pourrait être qualifiée ; la question de l'aggravation n'aurait dès lors même pas à se poser.

872. S'agissant du principe lui-même, s'il apparaît indiscutable, sa mise en œuvre est délicate⁹⁸¹. L'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière le montre avec éclat.

B. Une application nuancée

873. De nombreux arrêts approuvent implicitement que soit prise en compte pour établir les éléments constitutifs des infractions précitées la vulnérabilité de la victime, tout en retenant parallèlement la circonstance aggravante de vulnérabilité à l'encontre de l'auteur.

874. En matière d'agressions sexuelles, le fait de retenir la vulnérabilité de la victime pour apprécier ses capacités de résistance et ensuite la retenir en tant que circonstance aggravante apparaît comme une pratique commune⁹⁸². En effet, sur l'ensemble des affaires examinées pour lesquelles la vulnérabilité est prise en

⁹⁸¹ Michel VERON, *note préc.*

⁹⁸² Voir par exemple : Cass. crim., 23 juillet 1996, Pourvoi n° 96-82.233 ; Cass. crim., 12 novembre 1997, Pourvoi n° 96-83.550 ; Cass. crim., 19 novembre 1997, Pourvoi n° 96-85.693 ; Cass. crim. 27 avril 2000, Pourvoi n° 00-80.827 ; Cass. crim., 19 décembre 2000, Pourvoi n° 00-86.572 ; Cass. crim., 26 juin 2002, Pourvoi n° 00-84.617 et Cass. crim., 26 juin 2002, Pourvoi n° 02-83.133.

compte pour caractériser la contrainte ou la surprise, il semble que seule une affaire refuse de retenir la circonstance aggravante de vulnérabilité⁹⁸³. Ainsi, dans plus d'une quinzaine d'arrêts, la Cour de cassation rejette les pourvois alors qu'elle aurait pu relever d'office cet élément et casser sur ce fondement. Mais en outre, les moyens au soutien du pourvoi reprochent aux juges du fond d'avoir déduit la surprise de la vulnérabilité de la victime confondant ainsi l'élément constitutif de l'infraction et la circonstance aggravante. Cet argument n'avait pas forcément à être relevé d'office par la cour qui ne suit pourtant pas. C'est surprenant dans la mesure où la chambre criminelle a pour rôle de vérifier que les juges du fond ont suffisamment caractérisé les éléments constitutifs d'une infraction. Elle est donc tenue de casser lorsque la circonstance de vulnérabilité est retenue comme circonstance aggravante de l'infraction alors que le juge l'a prise en compte parallèlement pour qualifier la contrainte.

875. On pourrait avancer, au corps défendant de la cour, que la vulnérabilité ne fait que participer à côté d'actes de violence, contrainte, menace ou surprise à la qualification, car finalement elle n'est qu'une circonstance permettant de l'apprécier concrètement. L'entorse serait donc bénigne. Cependant, on l'a vu, parfois la vulnérabilité est l'élément unique pour caractériser les actes de l'auteur, c'est le cas lorsque la victime est inconsciente sur le plan physique ou sur le plan psychique, la vulnérabilité présume alors l'absence de consentement de la victime. La circonstance aggravante est malgré tout retenue.

876. Il est bien entendu que sont ici visés les cas où la vulnérabilité en cause peut être qualifiée de particulière vulnérabilité due à l'âge, une maladie, une infirmité, une déficience physique ou psychique, ou à un état de grossesse : ces causes sont celles qui conditionnent l'existence de la circonstance aggravante. En dehors de cette « particulière vulnérabilité » au sens des textes la vulnérabilité qui interviendrait dans la qualification ne pose aucune difficulté : le principe n'a pas à s'appliquer. Ainsi, la vulnérabilité de la victime due au fait d'être une femme dans le cadre d'une consultation médicale cumulé au fait de souffrir d'une affection

⁹⁸³ Cass. crim., 23 février 2000, *préc.*

vaginale, trop bénigne pour être une cause de « particulière vulnérabilité » peut parfaitement être prise en compte pour caractériser la contrainte dans la mesure où elle ne pourrait pas être retenue en tant que circonstance aggravante⁹⁸⁴. Le même constat s'impose lorsque la vulnérabilité psychologique résultant de la situation familiale, s'agissant d'une femme élevant seule un enfant, est associée à une situation de subordination, la victime étant face à un employeur omnipotent⁹⁸⁵.

877. S'agissant des infractions contre les biens, le constat est plus optimiste : le principe imposant que la vulnérabilité ne tienne lieu à la fois de circonstance aggravante et ne permette de qualifier un élément constitutif semble mieux suivi. Pour le vol, il est difficile de faire des évaluations étant donné le faible nombre d'arrêts. Toutefois, un arrêt, au moins, semble avoir pris en compte la vulnérabilité pour apprécier le caractère involontaire de la remise de la chose, tout en retenant que cette infraction était aggravée, car facilitée par l'état de particulière vulnérabilité de la victime⁹⁸⁶. S'agissant des extorsions, la jurisprudence semble adopter dans l'ensemble une attitude cohérente. Un arrêt, bien qu'étant calqué sur cette ligne directrice, est rédigé en des termes équivoques. En effet, il s'agit d'une affaire où un individu est condamné pour « extorsion de fonds au préjudice d'une personne âgée⁹⁸⁷ » ; cette expression laisse entendre que la circonstance aggravante de vulnérabilité en raison de l'âge a été retenue par la cour. Or, d'une part, il est bien précisé que l'auteur a été déclaré coupable d'extorsion de fonds seulement, non aggravée donc. Et, d'autre part, c'est l'article 312-1 qui est uniquement visé, et non l'article 312-2 prévoyant la circonstance aggravante de vulnérabilité. Les moyens au soutien du pourvoi ne font pas état d'un quelconque reproche à l'arrêt d'appel d'avoir retenu la vulnérabilité pour caractériser la contrainte alors que celle-ci n'est qu'une circonstance aggravante de l'infraction. Le seul reproche fait à la Cour d'appel est d'avoir tenu compte de la vulnérabilité et de

⁹⁸⁴ Cass. crim., 25 octobre 1994 : *Dr. Pénal* 1995, Comm. 63, p. 8, note Michel VERON.

⁹⁸⁵ Cass. crim., 17 octobre 2001, Pourvoi n°01-81.374.

⁹⁸⁶ Cass. crim., 6 mars 2001, Pourvoi n°00-82.280, *préc.*

⁹⁸⁷ Cass. crim., 12 mars 1998, Pourvoi n°97-81.745.

la dépendance de la victime pour caractériser la contrainte, argumentation récurrente dans les pourvois lorsque la vulnérabilité est prise en compte dans la qualification de l'infraction. Ainsi, il semble dans cet arrêt, comme dans tous les autres en matière d'extorsion, que la vulnérabilité permettant d'établir la violence, la menace ou la contrainte n'est pas ensuite retenue en tant que circonstance aggravante.

878. Parmi les arrêts ayant prononcé des condamnations sur le fondement de l'article 312-1 du Code pénal donc, et non 400 de l'ancien code qui ne retenait pas la circonstance aggravante de vulnérabilité en matière d'extorsion, aucun ne semble prendre en compte la vulnérabilité pour aggraver l'infraction lorsqu'elle permet de qualifier la contrainte. Cependant, le corollaire du principe, qui imposerait qu'à partir du moment où la vulnérabilité est prévue en tant que circonstance aggravante, elle ne soit pas prise en compte par le juge au titre de la qualification d'un élément constitutif, est systématiquement oublié. Dès lors, rappelons et admettons son caractère superfétatoire. Le respect du principe selon lequel la même circonstance ne fasse double emploi doit être considéré comme suffisamment satisfaisant sur le plan juridique.

879. Il est d'ailleurs souvent respecté s'agissant des infractions contre les biens. Dans un arrêt du 22 mai 1996, la chambre criminelle approuve la condamnation pour extorsion de fonds d'une prévenue ayant obtenu des libéralités de la victime⁹⁸⁸. Celle-ci, en effet, était un homme particulièrement vulnérable car placé sous curatelle puis sous tutelle, il était assez sourd, ne voyait pas les petites lettres, il était difficile de le comprendre et présentait un ralentissement cérébral patent. La prévenue en l'isolant du monde a aggravé sa vulnérabilité et profité de celle-ci en exerçant son influence. La contrainte est donc constituée. La motivation des juges du fond fait apparaître une terminologie évoquant la circonstance aggravante de vulnérabilité visée par la loi, pour autant celle-ci ne fait que caractériser la contrainte. Aussi, par l'arrêt du 30 juin 1999 de la Cour de cassation, le pourvoi contre un arrêt ayant condamné une autre prévenue pour extorsion est-il

⁹⁸⁸ Cass. crim., 22 mai 1996, Pourvoi n°95-82.988 .

rejeté. La vulnérabilité des victimes, un couple de personnes âgées dans un état de faiblesse physique et mentale caractérisée, due tant à des facteurs physiologiques, tenant de la particulière vulnérabilité donc, qu'à leur solitude accentuée par les manœuvres de la prévenue, permet de caractériser la contrainte morale exercée par celle-ci⁹⁸⁹. Ces solutions sont cohérentes au regard de l'interdiction qu'une même circonstance caractérise l'élément constitutif d'une infraction et tienne lieu en même temps de circonstance aggravante de celle-ci.

880. La difficulté pour la jurisprudence de ne pas prendre en compte la vulnérabilité pour qualifier deux éléments distincts trouve son origine dans la difficulté de mettre en perspective le rôle de la vulnérabilité avec le degré de gravité des faits.

§ 2. La difficile appréciation du degré de gravité au regard de la vulnérabilité

881. Afin de mettre en lumière cette difficulté, il est nécessaire d'en établir l'origine, d'en décrire les manifestations, et enfin de trouver des solutions acceptables. Tout d'abord, la difficulté trouve sa source dans le fait que la gravité de l'atteinte découle de la vulnérabilité. Dès lors ensuite, cette difficulté a pour principal symptôme de placer la vulnérabilité à cheval entre la gravité pure d'une atteinte et son aggravation. En conséquence enfin, les remèdes imposent des choix quant au rôle que l'on privilégie pour la vulnérabilité dans ce cadre.

A. La source : la gravité découle de la vulnérabilité

882. La gravité des actes doit être envisagée relativement à l'intensité dolosive qu'ils comportent chez l'auteur. Or, la prise en compte de la vulnérabilité de la victime, afin d'établir un élément constitutif d'une infraction, s'inscrit dans une

⁹⁸⁹ Cass. crim., 30 juin 1999, Pourvoi n°98-85.440 . Voir aussi : Cass. crim., 8 juin 1999, Pourvoi n°98-81.800 et Cass. crim., 7 mars 2000, Pourvoi n°99-83.819.

tendance générale de l'intégration des particularités de la victime pour qualifier l'acte de l'auteur. Il paraît bien contestable de faire dépendre une qualification pénale des qualités de la victime autant que de l'acte de l'auteur. Cette approche doit donc être rectifiée : ce n'est pas seulement la vulnérabilité en tant que telle qui permet la qualification, mais ce qu'elle suppose d'intention chez l'auteur. Certes, la vulnérabilité matérielle expose objectivement la personne aux types d'agressions subies, mais parallèlement, ce n'est pas par hasard que l'auteur commet une agression sexuelle sur une personne vulnérable, un vol par remise d'une chose par une personne vulnérable ou une extorsion au préjudice d'une personne ayant cette qualité. La contrainte sera de fait moins intense pour forcer le consentement dans certaines hypothèses de vulnérabilité. Ainsi, la gravité de l'acte commis doit être évaluée en tenant compte de la vulnérabilité dans la mesure où elle est intégrée à l'intention coupable de l'auteur qui adapte ses agissements en fonction de celle-ci. C'est d'ailleurs une telle interprétation que propose le professeur André Vitu à propos d'une autre infraction, l'escroquerie. Selon l'auteur, en effet, « l'important n'est pas de savoir si la manœuvre pouvait ou non tromper la victime choisie, mais si le délinquant l'a employée dans l'espoir qu'elle provoquerait chez sa dupe une erreur déterminante. Ce n'est pas la personnalité de la victime qu'il faut scruter, mais celle de l'escroc et se demander ce qu'il a lui même pensé de la valeur persuasive de ses fraudes⁹⁹⁰ ». La vulnérabilité de la victime participe donc de l'infraction dans son aspect matériel, purement factuel, mais surtout elle permet d'apprécier l'intensité de l'intention coupable de l'auteur de l'infraction. Celui-ci abuse de la situation de faiblesse de la victime face à l'atteinte qu'il lui fait subir.

883. Ce raisonnement transparaît de la motivation des juges. Ainsi, lorsque la Cour de cassation approuve les juges d'avoir énoncé que le prévenu « a

⁹⁹⁰ Roger MERLE, André VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, p. 1908. Point de vue rappelé par Pierre BOUZAT, obs. sous Cass. crim., 22 octobre 1987 : *Rev. sc. crim.* 1989, pp. 117-118, p. 118. La jurisprudence ne retient pas la vulnérabilité de la victime pour qualifier la tromperie, on l'a vu, car dans ce cas la qualification d'abus de faiblesse doit être préférée, ce qui est illogique au regard du *quantum* des peines.

imposé⁹⁹¹ » les actes à un majeur sous tutelle en raison de sa débilite mentale malgré son refus, celui-ci ayant fini par céder, c'est bien du côté de l'auteur et non de la victime que les faits sont appréciés. Le fait que l'auteur adapte ses agissements en fonction de la vulnérabilité de sa victime apparaît clairement lorsque la chambre criminelle affirme « l'existence de manœuvres de nature à surprendre le consentement d'une jeune fille de 27 ans, débile moyenne, dont [l'auteur] était l'éducateur⁹⁹² ». L'expression « de nature à » met bien en évidence le lien de corrélation nécessaire entre les agissements de l'auteur et la vulnérabilité de la victime. La prise en compte de la vulnérabilité par l'auteur des faits pour les commettre permet donc au juge de considérer que les faits sont suffisamment graves pour que l'infraction soit qualifiée.

884. Ainsi, l'aspect nécessairement préalable à l'infraction de la vulnérabilité n'empêche pas l'intégration de cet élément dans l'intention de l'auteur : la vulnérabilité contribue sur ce point à la constitution de l'élément moral de l'infraction. Pourtant, curieusement le législateur a prévu que la vulnérabilité pouvait aggraver ces infractions dont elle contribue à la qualification. Et, encore plus curieusement, on l'a vu, le juge retient parfois la vulnérabilité en tant que circonstance aggravante alors qu'elle a permis de caractériser un élément constitutif de l'infraction. Ceci vient du fait que la vulnérabilité qualifie l'atteinte à deux points de vue : sa gravité et son aggravation.

B. Le symptôme : la vulnérabilité entre gravité pure et aggravation

885. Le législateur ajoute à l'incrimination la circonstance aggravante de vulnérabilité afin de sanctionner plus lourdement l'auteur qui s'en prend à une personne vulnérable. Or, dans certaines circonstances, le juge est contraint de ne pas retenir la circonstance aggravante de vulnérabilité, afin d'utiliser celle-ci en vue de qualifier l'infraction elle-même. Cette difficulté est relevée par un auteur à propos

⁹⁹¹ Cass. crim., 30 juin 1993, Pourvoi n°92-85.585, *préc.*

⁹⁹² Cass. crim., 12 novembre 1997, Pourvoi n°96-83.55 0, *préc.*

du vol en cas de remise involontaire de la chose. En effet, si le vol est constitué du seul fait de la remise par une personne dont la vulnérabilité est due à l'âge ou à une déficience psychique, cet état vaut élément constitutif et le délit ne peut pas être aggravé par cette même circonstance, il y a vol simple⁹⁹³. La même remarque paraît appropriée en ce qui concerne l'extorsion et bien entendu les agressions sexuelles.

886. Evidemment, dans certains cas, la vulnérabilité de la victime ne sera pas prise en compte pour apprécier l'élément constitutif parce que, de par sa nature, elle n'a pas déterminé une adaptation des agissements de l'auteur : une vulnérabilité d'origine physique dans le cas de contrainte morale ou une vulnérabilité d'origine psychique, mais n'ayant pas diminué les capacités de résistance de la victime en cas de contrainte physique ou morale. Elle peut être retenue en tant que circonstance aggravante sans que cela soit contestable. Mais alors, le caractère personnel de la circonstance aggravante signifie que l'auteur a commis l'infraction en ayant tout à fait conscience de la vulnérabilité de sa victime. La vulnérabilité entre donc dans l'intention de l'auteur mais à un degré moindre, il n'a pas abusé de la situation, il ne s'est pas servi de la vulnérabilité afin de réaliser son forfait. Il a en revanche agi dans l'indifférence à la vulnérabilité de la victime, qu'il connaissait nécessairement.

887. Il y a donc une situation juridique surprenante. Le législateur souhaitait punir plus sévèrement l'individu qui commet une infraction sur une personne vulnérable, ou grâce à la vulnérabilité de sa victime. Or, finalement, l'individu qui profite de la vulnérabilité d'une personne pour commettre une infraction – la vulnérabilité caractérisant un élément constitutif, tel la contrainte notamment – est moins lourdement sanctionné que celui qui s'en prend à une personne vulnérable en connaissance de cause en commettant les mêmes actes

⁹⁹³ Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial, Infraction des et contre les particuliers*, Paris, Précis, Droit privé, Dalloz, 4^e éd., 2003, p. 111, n°97. L'auteur remarque, en outre, que cette qualification est en concurrence avec celle d'abus de faiblesse d'une personne vulnérable, ce qui ne simplifie évidemment pas ce point.

que s'il s'agissait d'une personne non vulnérable. La question qui se pose alors est une question de valeur que la loi entend faire prédominer : est-il plus grave, pour obtenir un résultat identique, de frapper fort sur une personne dont on connaît la faiblesse ou d'adapter la force du coup en fonction de la vulnérabilité de la victime, sachant que dans ce cas on s'attaque plus spécialement aux personnes vulnérables ? Il n'y a sans doute pas de réponse : classer ces deux situations dans un ordre de gravité paraît bien inconfortable. Dans un cas on sanctionne l'indifférence, dans l'autre la perfidie ! Une conclusion s'impose cependant : en l'état actuel du droit, il est plus grave d'être indifférent que perfide. Il est plus grave d'attaquer une personne bien qu'elle soit vulnérable que de l'attaquer parce qu'elle est vulnérable.

888. La solution reste tout de même cohérente dans une certaine mesure. Pour caractériser un élément constitutif, l'acte (violence, contrainte, menace, surprise) peut être grave en lui-même, de nature à ne pas donner le choix à une personne prudente et avisée ou vaillante : une contrainte physique forte. L'acte peut être en lui-même moins grave, mais la vulnérabilité de la victime complète son manque de gravité et permet de le retenir comme élément constitutif de l'infraction. Dans cette situation, il semble justifié de retenir des peines identiques et donc d'admettre que la vulnérabilité puisse contribuer à caractériser l'un des éléments constitutifs de l'infraction. La cohérence s'arrête là, cependant, car il y a un certain illogisme de la part du législateur à avoir prévu que la même circonstance vienne aggraver l'infraction. Un flottement sur le mode de prise en compte de la vulnérabilité subsiste sur le plan juridique d'autant plus incohérent que les conséquences juridiques sont différentes pour l'auteur quant à la peine encourue. Il est en outre très contestable que la jurisprudence ait tendance à retenir la circonstance de vulnérabilité à la fois pour qualifier l'infraction et en tant que circonstance aggravante. Il convient donc de faire des choix clairs.

C. Le remède : le choix quant au rôle de la vulnérabilité

889. On l'a vu, une jurisprudence relativement importante, notamment en matière d'agressions sexuelles, tend à ce que la vulnérabilité puisse non seulement permettre de qualifier un élément de l'infraction, mais aussi être retenue au titre de circonstance aggravante. Or, de manière tout à fait justifiée, la Cour de cassation exclue en principe formellement la possibilité de retenir un même fait au titre de la qualification d'un élément constitutif de l'infraction et en tant que circonstance aggravante de la même infraction. Ce principe ne reçoit pas une application stricte relativement à la circonstance de vulnérabilité. En fait, le juge pallie deux difficultés qui se cumulent pour les infractions en cause.

890. Tout d'abord, une difficulté de preuve, il est souvent difficile de déterminer le caractère délictuel ou criminel des agissements de l'auteur, spécialement lorsque la victime est vulnérable sur le plan psychique, puisque la crédibilité de son témoignage est souvent mise en cause par la défense⁹⁹⁴. Il est donc logique que la vulnérabilité soit envisagée avec les autres éléments de l'affaire afin de l'éclairer. L'état de la victime peut expliquer l'attitude de l'auteur face à elle. De ce fait matériel qu'est la vulnérabilité, le juge déduit un autre fait, l'absence de discernement ou la capacité réduite de résistance afin de caractériser l'élément juridique que constitue l'absence de consentement de la victime résultant de l'attitude de l'auteur face à cette vulnérabilité. La seconde difficulté qui subsiste malgré tout réside dans la gravité que sous-tend la vulnérabilité de la victime pour certaines infractions. A ce titre, il n'est donc pas anodin que ce soit pour les agressions sexuelles que les juges sont le moins strictes. Pour ce type d'agression, il paraît en effet particulièrement odieux de cibler les personnes vulnérables. La tentation d'aggraver l'infraction est donc parfois irrésistible. Que faire alors ?

891. En l'état actuel de la loi, il paraît évident que c'est la qualification de l'infraction qui prime, sans infraction l'aggravation est inutile. Le juge doit donc s'efforcer de caractériser les éléments constitutifs de l'infraction sans que la

⁹⁹⁴ Par exemple : Cass. crim., 26 juin 1997, Pourvois n°97-82.128, n°96-82.346 .

vulnérabilité ne soit prise en compte, ni sur le plan matériel, ni sur le plan moral. Dans ce cas la circonstance aggravante de vulnérabilité peut aggraver l'infraction. Si les éléments, dont dispose le juge, ne sont pas assez pertinents pour qualifier l'infraction sans le recours à la vulnérabilité de la victime, celle-ci doit permettre la qualification, mais on ne peut admettre qu'elle permette en outre l'aggravation. La vulnérabilité est alors un élément matériel intégré à l'intention de l'auteur. Cette solution est juridiquement la plus acceptable bien qu'elle rende inutile dans une certaine mesure l'aggravation prévue par le législateur. La volonté protectrice de celui-ci n'a pas reçue une traduction juridique adéquate.

892. En effet, si telle était la volonté du législateur, la sanction accrue de l'auteur est envisageable lorsqu'il profite de la vulnérabilité pour réaliser ses agissements. Dans ce cas, une infraction spécifique doit être prévue à côté de l'infraction d'origine, et assortie d'une peine plus importante. Deux hypothèses se présentent toutefois. Tout d'abord, la vulnérabilité permet de présumer l'absence de consentement de la personne et il est inutile de rechercher l'existence d'une violence, contrainte, menace ou surprise. Ce raisonnement est d'ailleurs présent dans le Code pénal. En effet, l'article 227-25 du Code pénal prévoit que lorsque la victime est un mineur de quinze ans et que l'acte de pénétration est le fait d'une personne majeure, alors même qu'il n'y a eu de sa part ni violence, ni contrainte, ni menace, ni surprise de la part de l'auteur, l'atteinte sexuelle est qualifiée. Il serait possible de transposer une telle disposition lorsque la personne est particulièrement vulnérable et que cette vulnérabilité permet de présumer son absence de consentement⁹⁹⁵. La seconde hypothèse vise la particulière vulnérabilité qui réduit les capacités de résistance à l'agression sans nécessairement altérer la capacité à consentir. La vulnérabilité peut alors être prise en compte dans la qualification de l'infraction simple pour caractériser l'un des éléments constitutifs, ainsi que les dispositions actuelles le permettent. Mais une infraction peut également être créée et prévoir une peine encourue plus grave lorsque l'auteur a profité de la vulnérabilité de la victime pour commettre l'acte qui lui est reproché. Dans ce cas,

⁹⁹⁵ Roger MERLE, André VITU, *op. cit.* n°1854, p.1505.

est mise en avant le fait que l'auteur intègre la vulnérabilité afin d'adapter son comportement infractionnel sur le plan matériel et moral. Ce type de disposition viserait d'ailleurs implicitement le cas de la vulnérabilité privant la personne de la capacité à consentir à l'acte. Elle ferait donc l'économie d'une disposition supplémentaire spécifique présumant l'absence de consentement proposée plus haut.

893. En ce qui concerne les infractions contre les biens, le délit d'abus de faiblesse d'un mineur ou d'une personne particulièrement vulnérable procédait de cet esprit. Cette infraction, classée initialement parmi les infractions portant atteinte aux biens, était une infraction voisine de l'escroquerie. Elle est aujourd'hui, depuis la loi sur les mouvements sectaires du 12 juin 2001, parmi les infractions contre les personnes. L'ancienne classification est significative. En effet, des auteurs ont relevé le fait que ce délit était proche d'autres infractions telles l'escroquerie et le vol notamment, avec lesquelles des problèmes de qualification peuvent se poser⁹⁹⁶. La parenté avec l'escroquerie découle du fait que plutôt qu'utiliser l'un des procédés de l'escroquerie, l'auteur profite de la situation⁹⁹⁷. La comparaison des peines encourues par l'auteur révèle un manque de cohérence. L'article 223-15-2 réprimant l'abus de faiblesse d'une personne vulnérable prévoit que l'auteur encourt trois ans d'emprisonnement et trois cent soixante-quinze mille euros d'amende. Pour le vol simple, dont la qualification peut prendre en compte la vulnérabilité de la personne en cas de remise involontaire par celle-ci, l'article 311-3 du Code pénal prévoit trois ans d'emprisonnement et quarante-cinq mille euros d'amende. Lorsque le vol a été facilité par la particulière vulnérabilité d'une personne, il est puni de cinq ans d'emprisonnement et soixante quinze mille euros d'amende. L'escroquerie commise au préjudice d'une personne vulnérable fait

⁹⁹⁶ Michèle-Laure RASSAT, *op. cit.* p. 267, n°256. Selon l'auteur, la difficulté de qualification entre ce délit et celui d'extorsion a été réglée par la loi de juin 2001 prévoyant désormais que l'élément matériel consiste dans le fait de « conduire » la personne à un acte ou une abstention préjudiciable, et non plus « obliger » la personne à un tel acte, ce qui peut recouvrir une remise sous la violence, la contrainte ou la menace.

⁹⁹⁷ Jean PRADEL, Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, 1^{er} éd., 1995, n°958, p. 664.

encourir une peine de sept ans d'emprisonnement et sept cent cinquante mille euros d'amende. Il serait donc sans doute plus logique d'augmenter les peines encourues en cas d'abus de faiblesse sachant qu'en considération des faits et de la personnalité du délinquant, le juge dispose d'une grande liberté en dessous des maxima prévus par la loi. La pénalisation en 1992 de ce type de comportement montre que la volonté législative va dans le sens de la sanction marquée de ceux-ci, la timidité de départ fera sans doute place à une plus grande sévérité que l'on sent déjà au niveau de la peine d'amende encourue.

894. Il semble donc que dans tous les cas de figure, lorsque la vulnérabilité peut être prise en compte pour qualifier les agissements de l'auteur d'une infraction, l'infraction change de nature. D'un acte purement attentatoire suffisamment grave, on passe à un acte souvent moins grave en lui-même, mais relevant de l'abus d'une situation existante qui pousse l'auteur à agir. Dès lors, il est possible de mettre ces deux actes sur le même plan de gravité, une seule infraction peut dans ce cas recouvrir les deux situations, la vulnérabilité est prise en compte dans l'appréciation du caractère grave de l'acte, solution qui semble tout à fait acceptable. Mais on peut aussi estimer que l'atteinte grave pure mérite une sanction plus forte que l'abus de situation et vice-versa. Tout dépend alors des priorités que se fixe le législateur pénal. Dans l'état actuel du droit il est difficile d'évaluer les priorités. Il ne ressort pas des diverses dispositions législatives en matière pénale que la volonté de sanctionner plus sévèrement l'auteur qui profite de la vulnérabilité de la personne pour commettre l'acte.

895. En conséquence, l'appréciation de la gravité de l'atteinte à qualifier fait parfois entrer la vulnérabilité de la personne en tant qu'élément d'appréciation. Les frontières entre la gravité et l'existence de l'atteinte sont alors difficiles à définir, d'autant que ce type d'atteinte peut dans certains cas recouvrir un abus de situation. L'atteinte est toujours grave néanmoins et la vulnérabilité participe de cette gravité parce que l'auteur de l'acte a intégré subjectivement à son intention la vulnérabilité objective de la victime. Le rôle de la vulnérabilité quant à l'appréciation de la gravité d'une l'atteinte existante conditionne l'existence de la notion en droit

Mais lorsqu'une atteinte grave à la personne est à craindre, il arrive que le droit prenne les devants et protège préventivement celle-ci. La protection est alors mise en place en prenant en compte la vulnérabilité : celle-ci permet alors de qualifier l'existence d'une atteinte éventuelle.

CHAPITRE II. L'EXISTENCE DE L'ÉVENTUALITÉ DE L'ATTEINTE

896. Etant admis que la vulnérabilité matérielle d'une personne physique est établie, la situation de vulnérabilité de cette personne implique que sa faiblesse l'expose particulièrement à certains types d'agressions. L'atteinte éventuelle est alors l'expression juridique du risque défini grâce à la vulnérabilité, corrélatif à celle-ci donc. Est reprise ici l'hypothèse, admise ci-dessus, de la possibilité de qualifier un concept juridique éventuel, lorsqu'un élément prépondérant de ce concept est certain et qu'un autre élément essentiel n'est qu'éventuel – l'éventualité⁹⁹⁸. S'agissant de la vulnérabilité, l'élément certain est la vulnérabilité matérielle de la personne. Celle-ci, par sa nature, permet de parier sur l'éventualité d'une atteinte matérielle corrélatrice. La vulnérabilité matérielle et cette atteinte matérielle éventuelle sont les éléments de qualification de l'atteinte éventuelle, non plus matérielle, mais juridique. L'équation est donc simple :

$$\begin{array}{c} \textbf{Atteinte éventuelle (juridique)} \\ = \\ \text{Vulnérabilité matérielle} \\ + \\ \text{Atteinte matérielle éventuelle (éventualité ou risque)} \end{array}$$

897. L'intérêt de qualifier l'atteinte éventuelle grâce tant à la vulnérabilité qu'au risque d'atteinte matériel en découlant, est alors d'être en mesure de protéger la personne contre l'agression à laquelle elle est particulièrement exposée. Dans cet objectif, le droit utilise deux techniques qui supposent que les deux éléments constitutifs de l'atteinte éventuelle soient

⁹⁹⁸ Rappelons que cette hypothèse a été élaborée à partir de la théorie des droits éventuels de René Demogue. Voir le tableau *supra*, § 651.

déterminés. La disparition de l'un de ces éléments fait disparaître à son tour l'atteinte juridique éventuelle. Tout d'abord, c'est le risque matériel d'atteinte qui peut être neutralisé, la protection se veut alors *prévention*. Ensuite, c'est la vulnérabilité matérielle de la personne qui peut être compensée au regard du risque en cause. La vulnérabilité compensée, le risque d'atteinte disparaît *de facto* : la protection se veut alors *compensation*. Que l'on empêche l'agression d'être portée ou que l'on pallie l'incapacité de la personne à se défendre, dans les deux cas l'éventualité de l'agression disparaît ; la personne est protégée d'une atteinte éventuelle.

898. Dans ces développements, c'est une prise en compte juridique effective de la vulnérabilité qui aboutit à la protection de la personne. La vulnérabilité n'est pas seulement un fondement théorique à la protection, elle en apparaît comme une technique efficace en ce qu'elle permet d'identifier le risque précis à éliminer. Ainsi, le législateur, le juge ont effectivement recours à la vulnérabilité pour définir la protection. Mais, la lecture qui est faite de la fonction de la vulnérabilité n'apparaît pas explicitement. Celle-ci résulte d'une structuration des raisonnements induits par la prise en compte de la vulnérabilité en vue de la protection de la personne : l'existence de la notion de vulnérabilité dans la qualification de l'atteinte éventuelle est la construction abstraite se cachant derrière sa conséquence qui est la protection effective de la personne vulnérable. Notre objectif est d'éclairer ce mécanisme d'arrière plan n'ayant aucune réalité matérielle.

899. Ajoutons que *la participation de la vulnérabilité à la qualification de l'atteinte éventuelle* dans un but de protection doit absolument être distinguée de l'hypothèse, développée dans la première partie, où la vulnérabilité est *un fondement de protection sans utilité juridique*. La vulnérabilité est alors présente, mais elle n'est pas une notion juridique à part entière : elle ne qualifie aucune atteinte, ni avérée, ni éventuelle. Dans cette dernière hypothèse, une analyse cohérente de la protection permettait de mettre en lumière que la vulnérabilité en est le fondement, et en particulier le lien de corrélation entre la vulnérabilité

matérielle et le risque encouru de ce fait⁹⁹⁹. Rien de tel ici : la vulnérabilité n'est effectivement retenue que parce qu'elle permet la qualification d'une atteinte éventuelle.

900. Evidemment, en pratique le droit bien souvent constate l'existence d'une obligation de protection de la personne vulnérable dans une hypothèse où justement celle-ci a été méconnue. La vulnérabilité justifie l'obligation de protéger alors que parallèlement la violation d'une telle obligation est constatée : la protection exigée *a priori* ayant fait défaut, une sanction pour défaut de protection est encourue. La vulnérabilité intervient expressément alors dans la définition de la protection nécessaire *a priori*. L'atteinte éventuelle définie grâce à la vulnérabilité s'est réalisée. Cette précision effectuée, il reste à exposer les mesures de protection juridique pour lesquelles la vulnérabilité est prise en compte pour qualifier l'éventualité d'une atteinte à la personne. Une distinction simple s'impose : la vulnérabilité permet soit de déterminer une protection contre le risque d'une atteinte à la personne dans son intégrité (Section I), soit de déterminer une protection contre le risque d'une atteinte à la personne relativement à ses droits procéduraux (Section II).

⁹⁹⁹ Nous renvoyons sur ce point aux développements de la première partie visant à démontrer la pertinence de l'exigence de ce lien de corrélation pour que la vulnérabilité puisse être constatée (Titre II, Chapitre I, Section II).

Section I. Le risque d'une atteinte à l'intégrité de la personne

901. La vulnérabilité conduit à la mise en place d'une protection de l'intégrité physique de la personne de la personne, le risque d'atteinte qu'elle permet de caractériser est une atteinte grave, parfois sanctionnée par un droit. Une telle protection apparaît dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (§ 1), dans le Code pénal (§ 2), et relativement à l'obligation d'information en matière médicale notamment (§ 3).

§ 1. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

902. Dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'intégrité physique ou morale de la personne fait l'objet d'une protection sanctionnée par les articles 3 et 8. Celle-ci relève donc à la fois de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants et du respect de la vie privée¹⁰⁰⁰. La protection de la vie de la personne, garantie par l'article 2, participe sans aucun doute également de cet élément. Afin de constater la violation d'un droit garanti par la Convention, la Cour européenne utilise deux méthodes. En effet, soit de manière très classique, elle constate la violation négative de ce droit parce que l'interdiction qu'il pose n'a pas été pas été respectée en elle-même ; soit par une interprétation dynamique de la convention qui lui est propre, la cour déduit des droits garantis des obligations positives qui, lorsqu'elles ne sont pas respectées, constituent la violation du droit. Dans tous les cas, les obligations positives dégagées par les juges strasbourgeois constituent « une arme décisive »

¹⁰⁰⁰ Frédéric SUDRE, obs. sous CEDH, 1^{re} sect., 4 décembre 2003, M. C. c. Bulgarie, req. n° 39272/98 : *J.C.P.* 2004 éd. G. I, 107, p.181. La protection de l'intégrité physique d'une personne est recouverte par la notion de « vie privée » au sens de l'article 8 de la convention. En particulier, les atteintes de nature sexuelles sont protégées sur ce fondement depuis l'arrêt X. et Y c. Pays-Bas du 26 mars 1985. Le fondement de protection a été étendu par l'arrêt précité, M. C. c. Bulgarie du 4 décembre 2003 à l'article 3 de la convention.

de l'effectivité des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰⁰¹ et sont, par conséquent, de « nature à optimiser la protection des droits de l'homme jusque dans les relations purement privées¹⁰⁰² ». Cette notion d'obligation positive permet en outre de dépasser le clivage entre les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux¹⁰⁰³.

903. Notamment, la cour, dans l'arrêt Airey c. Irlande du 9 octobre 1979, a dégagé l'obligation de l'accès effectif à un tribunal pour les personnes démunies¹⁰⁰⁴. C'est l'occasion pour elle de consacrer le principe dynamique d'effectivité du respect des droits garantis par la Convention. S'agissant du droit d'accès à la justice, elle affirme que le système de sauvegarde des droits de l'homme vise à « *protéger des droits non pas théoriques ou illusoires mais concrets et effectifs*¹⁰⁰⁵ ». « L'obligation d'assurer un droit effectif d'accès à la justice » se range donc dans la catégorie d'engagement assumé, en vertu de la Convention, qui appelle parfois des mesures positives de la part de l'Etat.

904. La prise en compte de la vulnérabilité par la cour, pour caractériser un risque d'atteinte fondamentale à l'intégrité de la personne, intervient dès lors qu'une obligation positive de protection a été enfreinte. Cette violation avérée est en effet le résultat de l'absence de prise en compte de la vulnérabilité dans l'évaluation d'un risque accru d'atteinte qui aurait justifié la protection adéquate de la personne. La vulnérabilité permet de définir la violation de l'obligation positive : c'est cette fonction qui conditionne l'existence juridique de la notion, en son absence le juge européen aurait laissée la vulnérabilité de côté. La cour retient donc la vulnérabilité en vue de renforcer l'effectivité des droits garantis par la convention. L'obligation de

¹⁰⁰¹ Jean-Pierre MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Connaissance du droit, Dalloz, 2^e éd., 2002, p. 36.

¹⁰⁰² *Ibid.* p. 172.

¹⁰⁰³ Frédéric SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Que sais-je ? P.U.F., 5^e éd., 2002, p. 32.

¹⁰⁰⁴ CEDH, Airey c. Irlande, 9 octobre 1979, req. n°62 89/73 : Série A, n°32, § 26.

¹⁰⁰⁵ § 25.

protection imposée vise alors soit à protéger les détenus contre les mauvais traitements éventuels pendant la détention (A), soit à protéger les autres personnes vulnérables contre les mauvais traitements infligés par des particuliers, en dehors de la détention (B).

A. La protection des détenus contre les mauvais traitements

905. La vulnérabilité de la personne détenue permet de caractériser l'existence d'un risque particulier d'atteintes à son intégrité. Dès lors, une protection adéquate est imposée par la cour. Seront distingués ici les personnes en garde à vue et les détenus particulièrement vulnérables.

1. Toutes les personnes détenues

906. Rappelons que la cour a reconnu, dans de nombreuses affaires, que les personnes en garde à vue sont vulnérables s'agissant de personnes décédées ou ayant été blessées pendant leur garde à vue¹⁰⁰⁶». Un tel constat conduit la cour à affirmer que, dès lors, « les autorités ont le devoir de les protéger ». Cette obligation de protection a pour but d'éviter que la personne ne décède pas ou ne soit blessée pendant sa garde à vue¹⁰⁰⁷. Dans l'affaire Aydin et Yunus c. Turquie, la cour constate directement la violation de cette obligation en l'espèce¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁶ CEDH, Tomasi c. France du 27 août 1992, req. n° 12 850/87 : Série A n° 241-A, § 113 ; CEDH, grande chambre, Salman c. Turquie, 27 juin 2000, § 99 ; CEDH, 3^e sect., Demiray c. Turquie, 21 novembre 2000, § 42 ; CEDH, 1^{re} sect., Abdurrahman Orak c. Turquie, 14 février 2002, req. n° 31889/96, § 68 ; CEDH, 4^e sect., Berktaş c. Turquie, 1^{er} mars 2001, req. n° 22493/93, § 167 ; CEDH, 3^{ème} sect., Tanli c. Turquie, 10 avril 2001, req. n° 26 129/95 : *Rec. AD* 2001-III, § 141 ; CEDH, 1^{re} sect., Rivas c. France, 1^{er} avril 2004, req. n° 59584/00, § 38.

¹⁰⁰⁷ Pour les cas de décès : Salman c. Turquie, 27 juin 2000 ; Demiray c. Turquie, 21 novembre 2000 ; Abdurrahman Orak c. Turquie, 14 février 2002 ; Tanli c. Turquie, 10 avril 2001. Pour les cas de blessures graves : Berktaş c. Turquie, 1^{er} mars 2001.

¹⁰⁰⁸ CEDH, 4^e sect., Aydin et Yunus c. Turquie, 22 juin 2004, req. n° 32572/96 et n° 33366/96, § 31 (pour des séquelles physiques graves suite à des actes de tortures).

La cour la considère donc comme constante, elle n'a donc pas nécessairement besoin d'en rappeler le principe¹⁰⁰⁹. Une telle obligation de protection a été assez logiquement étendue à toute personne détenue dont la vulnérabilité est reconnue par la cour. Ainsi, toute personne en détention est « en situation de vulnérabilité et les autorités ont le devoir de les protéger¹⁰¹⁰ ».

907. Le caractère fondamental de la protection de l'intégrité de la personne garanti par les articles 2 et 3 de la convention ressort du raisonnement de la cour. Dans l'arrêt *Salman c. Turquie* du 27 juin 2000 la cour précise que « l'article 2 qui garantit le droit à la vie et définit les circonstances dans lesquelles il peut être légitime d'infliger la mort, se place parmi les articles primordiaux de la Convention et ne souffre aucune dérogation. Avec l'article 3, il consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe. Les circonstances dans lesquelles il peut être légitime d'infliger la mort doivent dès lors s'interpréter strictement. L'objet et le but de la Convention, instrument de protection des êtres humains, requièrent également que l'article 2 soit interprété et appliqué d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives¹⁰¹¹ ». La cour poursuit : « tout recours à la force doit être rendu « absolument nécessaire » pour atteindre l'un des objectifs mentionnés aux alinéas a) à c) » et « pris dans son ensemble, le texte de l'article 2 démontre qu'il ne vise pas uniquement l'homicide intentionnel mais également les situations où un usage légitime de la force peut conduire à donner la mort de façon involontaire¹⁰¹² ». Ainsi, lorsque de tels mauvais traitements entraînent la mort de la personne, il n'est pas nécessaire que ce résultat ait été intentionnellement recherché.

¹⁰⁰⁹ § 167.

¹⁰¹⁰ CEDH, 4^e sect., *Ayse Tepe c. Turquie*, 22 juillet 2004, req. n° 29422/95, § 38 (dans le cas de sévices, pendaison palestinienne, bastonnades, coups sur la tête, électrochocs, jets d'eau froide, menaces de mort et de viol ; la victime a survécu) ; CEDH, 2^e sect., *A. A. et autres c. Turquie*, 27 juillet 2004, req. n° 30015/96, § 66 (décès de la victime suite aux tortures).

¹⁰¹¹ § 97.

¹⁰¹² § 98.

908. La vulnérabilité des personnes détenues crée donc un risque objectif d'atteinte justifiant une obligation particulière de protection. Les termes de la cour, dans l'arrêt *Salman toujours*, sont explicites : « compte tenu de l'importance de l'article 2, la cour doit examiner de façon extrêmement attentive les cas où l'on inflige la mort, en prenant en considération les actes des agents de l'Etat mais également l'ensemble des circonstances de l'affaire. Les personnes en garde à vue sont vulnérables et les autorités ont le devoir de les protéger. Par conséquent lorsqu'un individu est placé en garde à vue alors qu'il se trouve en bonne santé et que l'on constate qu'il est blessé au moment de sa libération, il incombe à l'Etat de fournir une explication plausible pour l'origine des blessures. L'obligation qui pèse sur les autorités de justifier le traitement infligé à un individu placé en garde à vue s'impose d'autant plus lorsque cet individu meurt ». Dans le cas contraire, l'obligation de protection des personnes en garde à vue découlant des articles 2 ou 3 n'est pas respectée par l'Etat en cause. Evidemment, la preuve à rapporter est normalement « au-delà de tout doute raisonnable¹⁰¹³ ». Mais, les blessures ou le décès pendant cette période de détention donnent lieu à de graves présomptions de fait, la charge de la preuve incombe aux autorités qui doivent fournir des explications convaincantes satisfaisantes¹⁰¹⁴. L'obligation positive de protection est donc imposée par la cour en raison du risque objectif de mauvais traitement de la part des autorités, qui s'est d'ailleurs réalisé en l'espèce : la personne a été blessée ou est décédée au cours de sa détention.

909. Cette motivation montre que la violation existe même lorsque le risque ne résulte pas d'une violation volontaire de la Convention, il n'est pas nécessaire ici que la mort soit infligée intentionnellement. Le risque est apprécié objectivement par le juge. Lorsque la vie ou l'intégrité physique d'une personne

¹⁰¹³ Principe posé par : CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, req. n° 5310/71 : Série A n° 25.

¹⁰¹⁴ La cour utilise le même raisonnement dans les arrêts : *Demiray c. Turquie*, 21 novembre 2000 ; *Abdurrahman Orak c. Turquie*, 14 février 2002 ; *Berktaş c. Turquie*, 1^{er} mars 2001 ; *Tanlı c. Turquie*, 10 avril 2001. Voir l'arrêt *Kurt c. Turquie* du 25 mai 1998 pour le mode d'appréciation des preuves par la Commission.

existe du fait de sa garde à vue créant une situation de vulnérabilité, l'obligation de protection est imposée à l'Etat. Il s'agit d'une obligation de ne pas infliger de mauvais traitements, mais aussi de protéger la personne contre tout risque d'atteinte grave à sa personne.

910. Une telle protection de l'intégrité physique de la personne en garde à vue résultant de la prise en considération de sa vulnérabilité est aussi fondée sur l'article 8 de la convention s'agissant plus spécifiquement des agressions sexuelles. Ainsi, dans l'arrêt Y. F. c. Turquie du 22 juillet 2003, la cour constate la violation de l'article 8 de la convention s'agissant d'une femme ayant subi un examen gynécologique forcé lors de sa garde à vue. La motivation est la suivante : « toute atteinte à l'intégrité physique d'une personne doit être prévue par la loi et requiert le consentement de l'intéressé. Sinon, *une personne en situation de vulnérabilité, telle qu'un détenu, serait privée des garanties légales contres les actes arbitraires*¹⁰¹⁵ ». L'atteinte éventuelle est cette privation des garanties légales : elle est définie grâce à la vulnérabilité matérielle de la personne dont la nature fait craindre des actes matériels arbitraires. Dès lors, la protection adéquate qui s'impose est la garantie de la loi, le caractère arbitraire disparaît. D'ailleurs, sans se fonder sur la vulnérabilité de la personne la cour ira plus loin dans l'arrêt M. C. c. Bulgarie du 4 décembre 2003. Elle impose, en effet, en matière d'abus sexuels, une obligation positive de pénaliser et de poursuivre de manière effective tout acte sexuel non consensuel, *même si la victime n'a pas opposé de résistance physique*¹⁰¹⁶. Inutile d'insister sur le fait qu'une telle obligation positive imposée aux Etats renforce la protection des personnes vulnérables. On a suffisamment démontré que la vulnérabilité matérielle de la personne face aux atteintes sexuelles a pour effet une telle absence de résistance. La protection adéquate imposée par la cour contre l'atteinte éventuelle constituée par l'absence de consentement consiste en cette l'obligation de législation spécifique.

¹⁰¹⁵ CEDH, 4^e sect., 22 juillet 2003, Y. F. c. Turquie, req. n° 24209/94, § 43.

¹⁰¹⁶ CEDH, 1^{re} sect., 4 décembre 2003, M. C. c. Bulgarie, req. n° 39272/98.

911. La cour retient aussi la particulière vulnérabilité de certains détenus pour mieux les protéger.

2. Les détenus particulièrement vulnérables

912. Cette particulière vulnérabilité de certains détenus avait été consacrée dans l'arrêt Kudla c. Pologne du 26 octobre 2000, le requérant détenu se plaignait de n'avoir pas reçu en prison un traitement psychiatrique adéquat, la cour ne constate pas la violation de la Convention. Le requérant n'avait pas été soumis à des mauvais traitements atteignant le niveau de gravité suffisant pour constituer une violation de l'article 3 de la Convention. Néanmoins, les juges retiennent « que la nature de l'état psychologique du requérant rendait celui-ci plus vulnérable que le détenu moyen¹⁰¹⁷ ». Dans l'arrêt Pantea c. Roumanie du 3 juin 2003 la cour retient la particulière vulnérabilité d'un requérant en détention provisoire qui avait été transféré, alors qu'il faisait la grève de la faim, dans une cellule où il a été frappé sauvagement à coups de bâtons par des détenus récidivistes ou condamnés. Dans cette affaire la cour avait constaté la violation de l'article 3 car les autorités avaient failli à leur obligation positive de protéger l'intégrité physique du requérant dans le cadre de leur devoir consistant à surveiller les personnes privées de liberté et à empêcher qu'il ne soit porté atteinte à leur intégrité physique¹⁰¹⁸. Il y a là un élément significatif : la prise en compte de la vulnérabilité vient consacrer une obligation positive horizontale. La vulnérabilité de ces personnes détenues, affaiblies physiquement, permet de caractériser un risque particulier de mauvais traitement de la part des autorités, mais aussi de celle d'autres détenus. Ce risque justifie, selon la cour, le devoir de protection imposé à l'Etat.

913. Dans l'arrêt Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni du 14 mars 2002¹⁰¹⁹, la cour estime qu'il y a eu violation de l'obligation procédurale issue de l'article 2 exigeant qu'une enquête effective soit menée lorsqu'un décès est survenu

¹⁰¹⁷ CEDH, grande chambre, Kudla c. Pologne du 26 octobre 2000, *préc.*, § 99.

¹⁰¹⁸ CEDH, 2^e sect., Pantea c. Roumanie, 3 juin 2003, req. n° 33 343/96, § 192, 195.

¹⁰¹⁹ CEDH, 3^e sect., Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni, 14 mars 2002, req. n° 46477/99, § 83.

pendant qu'une personne est sous la responsabilité des autorités. En effet, le fils des requérants, Christopher Edwards, malade mental atteint d'une schizophrénie, a été sauvagement assassiné dans sa cellule par un autre détenu, malade mental lui aussi. Les deux détenus auraient dû être hospitalisés étant donné leurs maladies, ils n'auraient donc pas dû être emprisonnés suite à leur arrestation. De surcroît, ils n'auraient pas dû être placés dans la même cellule. Il y a donc eu une série de négligences des autorités qui ont fait l'objet d'une enquête. Pour la cour, « le défunt, individu vulnérable, a perdu la vie d'une manière horrible et à la suite d'une série de manquements des institutions et agents publics sur qui pesait la responsabilité de veiller à son bien être, la cour considère que l'intérêt public s'attachant aux questions soulevées par la cause était de nature à nécessiter la plus large transparence possible ». La publicité de la procédure d'enquête ou de ses résultats n'a donc pas été respectée. La vulnérabilité de la victime figure parmi les éléments pris en compte par la cour pour rappeler l'obligation pesant sur les autorités pénitentiaires de veiller au bien être des détenus vulnérables, plus exposés que les autres aux risques de mauvais traitements. La vulnérabilité participe à définir l'existence d'une atteinte éventuelle à leur intégrité physique justifiant une protection complète : une obligation positive horizontale doit être imposée à l'Etat.

914. De tels risques, très présents dans le cadre de la détention, n'en existent pas moins à l'extérieur. La vulnérabilité de certaines catégories de personnes les expose en effet à des agressions de la part d'autres personnes.

B. La protection des autres personnes vulnérables contre des mauvais traitements infligés par d'autres particuliers

915. L'arrêt Dudgeon est, déjà évoqué, est le premier arrêt de la cour à consacrer les personnes vulnérables comme une catégorie digne de protection¹⁰²⁰. Le requérant contestait la loi en Irlande du nord sanctionnant les comportements homosexuels avec des jeunes de moins de vingt-et-un ans. Une atteinte injustifiée

¹⁰²⁰ CEDH, Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, req. n°7525/76, Série A n°45.

au droit au respect de la vie privée est constatée du fait de cette loi, en l'absence, selon les termes de la cour, « d'une justification suffisante fournie par le risque de nuire à des individus vulnérables à protéger¹⁰²¹ ». La vulnérabilité était déjà appréhendée en tant qu'élément susceptible de définir un risque précis et par conséquent. La nécessité de protéger les personnes vulnérables était déjà très explicite.

916. Par la suite, les juges européens ont constaté qu'en vertu de l'article 3, « les enfants et autres personnes vulnérables, en particulier, ont droit à la protection de l'Etat, sous la forme d'une protection efficace » les mettant à l'abri de tels mauvais traitements¹⁰²². Les autorités de l'Etat n'avaient pas pris les mesures nécessaires pour empêcher les mauvais traitements subis par des enfants. L'obligation de protection des personnes est générale sur le fondement de l'article 3. Mais, elle s'applique en particulier aux enfants et autres personnes vulnérables. Ainsi l'arrêt Osman pose le principe général d'une obligation positive pour les autorités étatiques de protéger le droit à la vie dans le cadre de leur devoir de prévenir et de réprimer les atteintes à la personne¹⁰²³. Ce principe est affiné dans l'arrêt A. puisque la cour précise que la protection s'impose pour les enfants et autres personnes vulnérables « en particulier », donc pas uniquement. Ces catégories de personnes vulnérables, en raison même de cette vulnérabilité, sont

¹⁰²¹ § 60.

¹⁰²² CEDH, A. c. Royaume-Uni, 23 septembre 1998, req. n° 25599/94 : *Rec.* 1998-VI, § 22. La formulation a un peu évolué : CEDH, grande chambre, Z. et autres c. Royaume-Uni, du 10 mai 2001, req. n° 29392/95, § 73. Selon cet arrêt : « Combiné e avec l'art. 3, l'obligation que l'art. 1 de la Convention impose aux Hautes Parties contractantes de garantir à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés consacrés par la Convention leur commande de prendre des mesures propres à empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers (arrêt A. c. Royaume-Uni du 23 septembre 1998, § 22). Ces dispositions doivent permettre une protection efficace *notamment des enfants et autres personnes vulnérables* et inclure des mesures raisonnables pour empêcher des mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance (voir *mutatis mutandis*, l'arrêt Osman c. Royaume-Uni du 28 octobre 1998 : *Rec.* 1998-VIII, § 116) ».

¹⁰²³ § 116.

plus particulièrement exposées à des mauvais traitements et méritent une attention toute particulière. Une protection renforcée leur est due : l'Etat est donc soumis à une obligation positive horizontale.

917. Cette obligation de protection de l'Etat est également imposée par la cour sur le fondement de l'article 8 de la convention. On se rappelle que selon l'arrêt *Stubblings et autres c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1996 : « les sévices sexuels constituent incontestablement un type odieux de méfaits qui fragilisent les victimes. Les enfants et autres personnes vulnérables ont donc droit à la protection de l'Etat, sous la forme d'une prévention efficace les mettant à l'abri de formes aussi graves d'ingérences dans les aspects essentiels de leur vie privée¹⁰²⁴ ». Sur le terrain de l'article 8, l'obligation de protection est spécifique aux personnes vulnérables. Au contraire de l'article 3, il n'y a pas par ailleurs d'obligation générale de protéger toute personne. Le risque de mauvais traitement, qui existe en raison de la seule vulnérabilité de ces personnes, justifie expressément une protection adaptée. La cour choisit dès lors la technique de l'obligation positive horizontale.

918. Une telle aptitude juridique de la vulnérabilité à qualifier l'existence d'un risque et justifier ainsi une protection adéquate contre l'atteinte éventuelle à l'intégrité de la personne ainsi définie est également présente à travers un certain nombre d'infractions contenues dans le Code pénal.

§ 2. Dans le Code pénal

919. La vulnérabilité de la personne physique est explicitement prise en compte pour qualifier l'existence d'une atteinte éventuelle à l'intégrité de la personne dans diverses infractions. Tel est ainsi le cas s'agissant du délaissement (A), de l'omission de porter secours (B), et des infractions imposant de dénoncer le risque d'infraction (C).

A. Le délaissement

920. La vulnérabilité de la personne crée dans certaines situations un risque tel pour l'intégrité physique de la personne que le droit sanctionne les comportements ignorant ce risque. Spécialement, en droit pénal, l'article 223-2 du Code pénal incrimine le délaissement d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique¹⁰²⁵. Ce délit est un délit de mise en danger, il sanctionne donc un comportement marquant une prise de risque quand bien même aucun préjudice n'en aurait résulté, ni matériel, ni physique, ni moral¹⁰²⁶. Le délaissement est une infraction de commission, il s'agit donc d'un comportement positif intentionnel marquant « la volonté de se défaire de la victime qui ne se confond pas avec une absence de surveillance ou d'intérêt, même critiquable¹⁰²⁷ ». Il faut tout de même préciser que le délit devient un crime lorsque le préjudice a entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, ou lorsqu'il a entraîné le décès de la victime et ce en vertu de l'article 223-4 du Code pénal. Le dommage subit est donc pris en compte lorsque finalement le risque s'est réalisé effectivement. La qualification se fait pourtant sur le fondement de la mise en danger, la prise en compte du dommage ne résultant que de l'application de circonstances aggravantes.

921. Le délaissement est considéré comme le fait pour toute personne (parent ou familial de la victime, préposé ou infirmier...) de laisser à sa solitude une

¹⁰²⁴ CEDH, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, req. n° 22083/93 et n° 22095/93 : *Rec.* 1996-IV, § 64 ; aussi, CEDH, 1^{re} sect., *Covezzi et Morselli c. Italie*, 9 mai 2003, req. n° 52763/99, § 103.

¹⁰²⁵ Notion assimilable à celle de vulnérabilité. Cf. Titre II, Chapitre I, Section I, § 1, A, 2.

¹⁰²⁶ Frédérique DREIFUSS-NETTER, *Délaissement d'une personne hors d'état de se protéger*, Articles 223-3 et 223-4 : *J.-Cl. Pénal*, n° 20, p. 5.

¹⁰²⁷ Jean PRADEL, Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal, Tome III, Droit pénal spécial*, Paris, Cujas, 1995, n° 330, p. 342.

personne incapable d'assurer seule sa propre sécurité¹⁰²⁸. Cette infraction apparaît comme l'atteinte éventuelle qualifiée à la fois par la vulnérabilité matérielle et le risque matériel qu'elle fait courir objectivement à la personne du fait de la solitude à laquelle on l'expose. On songe notamment aux personnes handicapées mentales ou physiques, aux personnes âgées en état de dépendance vis-à-vis d'autrui que le législateur a voulu « protéger contre le danger physique résultant de leur solitude¹⁰²⁹ ».

922. Dès lors, l'atteinte éventuelle n'existe que si la personne est exposée du fait de sa vulnérabilité due non seulement à son état physique ou psychique, mais aussi à une situation de solitude qui doit être réelle. Ainsi, « une personne hors d'état de se déplacer physiquement n'est pas délaissée du seul fait qu'elle est laissée seule mais à côté d'un téléphone ; en revanche un handicapé mental même physiquement autonome pourra être considéré comme délaissé dès lors que les circonstances ne lui permettent pas pour des raisons psychologiques (débilité, panique...) d'assurer sa propre sécurité ou d'appeler à l'aide¹⁰³⁰ ». C'est ce lien de corrélation qui est implicitement exigé lorsque le législateur emploie les termes de « personne qui n'est pas en mesure de se protéger ». Cette expression tend à une interprétation très objective du risque encouru par la personne du fait de sa vulnérabilité particulière, et surtout ne crée pas une présomption de vulnérabilité, le juge devant dans chaque cas d'espèce vérifier que la personne en cause était soumise à un danger particulier pour sa sécurité, sa santé ou son intégrité physique.

923. En outre, le délit étant intentionnel, ce risque objectif doit être entré dans le champ de l'intention de l'auteur. Dans la qualification de l'infraction, le lien de corrélation entre la faiblesse et le risque encouru doit obligatoirement être établi objectivement et pris en compte intentionnellement par l'auteur de l'infraction.

¹⁰²⁸ Gabriel ROUJOU DE BOUBEE, Jacques FRANCILLON, Bernard BOULOC, Yves MAYAUD, *Code pénal commenté, Article par article, Livre I à V*, Paris, Dalloz, 1996, p. 281.

¹⁰²⁹ Frédérique DREIFUSS-NETTER, *art. préc.* n° 12, p. 4.

¹⁰³⁰ *Ibid.*

L'incrimination est donc justifiée par un danger menaçant la personne et qu'une autre refuse d'assister alors qu'elle pourrait le faire sans risque particulier pour elle ou les tiers¹⁰³¹.

924. Conformément à la fonction d'intimidation jouée par la norme pénale, l'incrimination du délaissement incite à des comportements tendant à empêcher de mettre les personnes vulnérables en situation de risque. La vulnérabilité ne joue une fonction de qualification de l'atteinte éventuelle que lorsque la vulnérabilité matérielle de la personne permet de définir un risque pour elle. Ce risque est par ailleurs ignoré de l'auteur du délaissement, qui reste intentionnellement indifférent à la vulnérabilité de la personne. Ainsi, avant d'être délaissée, la personne est certes vulnérable matériellement, mais cette vulnérabilité n'a de fonction juridique qu'à partir du moment où elle est délaissée, c'est à dire placée intentionnellement dans une situation où la personne ne sera pas capable de se protéger¹⁰³². Cette fonction conditionne l'existence juridique réelle de la notion de vulnérabilité ;

925. Une telle condition se retrouve lorsque l'atteinte éventuelle résulte d'une abstention délictueuse.

¹⁰³¹ Jean PRADEL, Michel DANTI-JUAN, *op. cit.* n°332, p. 343.

¹⁰³² On pourrait songer à une autre hypothèse selon laquelle la personne vulnérable peut n'être pas entourée des personnes qui la prennent en charge et qu'un risque soit créé de ce fait. En droit de la responsabilité civile, les associations, ou plus généralement les structures qui prennent en charge des personnes vulnérables, malades mentales notamment, sont responsables de leur fait. Cependant, il ne s'agit pas là d'une situation de vulnérabilité. En effet, la personne vulnérable, dans ce cas, ne risque pas une atteinte à son intégrité physique ou morale, mais au contraire, elle risque d'en causer. C'est sur le fondement de ce risque que la responsabilité générale du fait d'autrui est reconnue par la Cour de cassation, afin notamment de trouver un responsable solvable. Le schéma n'est pas de ceux où la personne vulnérable est une victime potentielle justifiant une protection *a priori*. L'arrêt ayant posé le principe est l'arrêt Blieck, Cass. ass. plén., 29 mai 1991, *D.* 1991, J. pp. 324-326, note Christian LARROUMET ; *JCP*, éd. G. 1991, II, 21673, pp. 169-180, Conclusions D. H. DONTENVILLE, note Jacques GHESTIN ; *G. P.* 92, II, pp. 513-514, note François CHABAS ; *RTD civ.* 1991, pp. 541-544, obs. Patrice JOURDAIN.

B. L'omission de porter secours à une personne vulnérable

926. Cette disposition tend à favoriser les comportements protecteurs vis-à-vis des personnes vulnérables. Ainsi, même si l'article 223-6 alinéa 2 sanctionne le fait de s'abstenir volontairement de porter assistance à une personne en péril quelle que soit cette personne, l'infraction semble trouver une résonance particulière lorsque la personne en péril est une personne vulnérable. Deux raisons permettent une telle appréciation. D'une part, en effet, de toute évidence en fait la vulnérabilité de la personne accroît l'existence d'un péril imminent et constant. Une personne handicapée physique qui tombe dans l'eau, ou se trouve sur une route fréquentée est en situation de péril, là où une personne valide ne le sera pas. L'état de vulnérabilité préexistant influe nécessairement sur l'appréciation du péril. Le péril est donc juridiquement susceptible d'être qualifié grâce à la prise en compte de la vulnérabilité de la victime. D'autre part, la définition même du péril, par la jurisprudence, semble évoluer dans un sens favorable à l'incitation à protéger les personnes vulnérables contre un péril qui ne serait qu'éventuel, la vulnérabilité de la personne accède donc au droit grâce à une fonction de qualification du péril.

927. Le péril doit être, en principe, distingué du danger, mais la jurisprudence tend à les rapprocher, notamment dans le domaine qui nous intéresse. Les deux notions comportent en tout cas l'idée de risque pour la personne. La notion de danger (du latin *dominarius*, domination, pouvoir), peut viser une atteinte, un mal qui est redouté par une personne dominée par un pouvoir naturel ou institutionnel sans qu'elle puisse se défendre¹⁰³³. Cette définition n'est pas sans rappeler celle de la vulnérabilité. Sur le plan juridique, la notion de danger se retrouve en droit pénal concernant les infractions de mise en danger de la personne, auxquelles appartiennent l'omission de porter secours et le délaissement d'une personne vulnérable. En droit civil, cette notion renvoie directement à l'article 375 alinéa 1^{er} du Code civil sur l'assistance éducative dont les mesures sont

¹⁰³³ Brigitte LHERBIER-MALBRANQUE, *La protection de l'enfant maltraité. Protéger, aider, punir et collaborer*, Paris, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2000, p. 50.

applicables si « la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger ou si les conditions de son éducation sont compromises », pour lequel la notion de danger est évolutive car elle dépend de la conception de l'éducation d'une époque¹⁰³⁴.

928. La notion de péril, du latin *periculum*, semble renvoyer à un risque de mal plus grave pour la personne. C'est *un danger imminent et grave, une situation à hauts risques qui menace une personne*¹⁰³⁵. Ainsi, lorsque le droit civil renvoie au danger pour la santé, la sécurité, la moralité des mineurs, le droit pénal vise quant à lui la mise en péril des mineurs. Ainsi, pour le délit de non-assistance à personne en péril, le péril doit représenter un danger pour la vie ou la santé de la personne, nécessitant une intervention d'urgence, il doit être constant ou réel, un danger éventuel, hypothétique ou imaginaire dans l'esprit du prévenu ne suffit pas¹⁰³⁶.

929. Plus précisément, des poursuites semblent être engagée sur le fondement de l'article 223-6 alinéa 2nd contre des personnes encadrant les personnes vulnérables, dans la circonstance où aucun acte positif de violence de leur part ni aucun acte de complicité n'ont pu être établi. M. Christian Guéry remarque que l'incrimination de non-assistance à personne en péril est souvent en effet une incrimination de repli lorsqu'on n'a pas pu établir une complicité de la personne¹⁰³⁷. L'auteur précise que c'est essentiellement le cas pour les femmes ou compagnes d'individus poursuivis pour viols ou agressions sexuelles sur les

¹⁰³⁴ *Ibid.* p. 51.

¹⁰³⁵ Gérard CORNU, sous l'égide de l'association H. Capitant, *Vocabulaire Juridique*, P.U.F., 8^e éd. rev. et augm., 2000.

¹⁰³⁶ Sur la définition du péril, voir : Jean PRADEL, Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal, Tome III, Droit pénal spécial*, Paris, Cujas, 1995, n° 161, pp. 137-140, et Christian GUÉRY, Le défaut de protection de l'enfant par le professionnel : un nouveau délit ? *D.* 2001, Doctr. pp. 3293-3298, n° 19, p. 3296.

¹⁰³⁷ Christian GUÉRY, *préc.*, n° 19, p. 3296.

enfants¹⁰³⁸. Ce qui, selon l'auteur, marque le début d'une conception souple du péril « imminent et constant ». En ce qui concerne plus largement les personnes vulnérables, des situations identiques existent dans les familles ou les établissements les accueillant, ce qui tendrait à généraliser cette acception du péril à des situations diverses concernant les personnes vulnérables en général. La notion de personne vulnérable en péril ou plus largement en danger, deviendrait un fondement de protection. La vulnérabilité jouerait son rôle en participant à la qualification de l'existence du danger en corrélation directe avec celle-ci.

930. Si la condamnation pour complicité est parfois possible, des arrêts l'attestent, on sent bien que le délit de non-assistance à personne en péril pourrait être retenu. Par un arrêt du 9 février 1993, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt d'une chambre d'accusation ayant renvoyé une accusée devant la Cour d'assises pour complicité de coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner sur personne particulièrement vulnérable¹⁰³⁹. En l'espèce, la directrice d'une maison de retraite avait donné pour consigne d'alimenter de force les malades, ce travail avait été attribué à une aide-soignante redoutée des pensionnaires et la directrice veillait à l'exécution de ses instructions. Cette aide-soignante a avoué s'être placée derrière une pensionnaire, une dame âgée atteinte de la maladie d'Alzheimer, lui avoir mis le bras autour du cou et l'avoir forcé à manger avec une cuillère en lui appuyant sur la gorge. Cette compression du cou et des aliments sur les cordes vocales a entraîné un réflexe mortel causant le décès de la personne. La directrice, bien que n'ayant pas elle-même pratiqué les sévices, se voit malgré tout poursuivie pour complicité. Celle-ci a en effet provoqué les actes de violences qui dépassaient évidemment, selon la cour, ceux que la coutume et les obligations médicales peuvent admettre pour la survie des personnes atteintes de la maladie. On peut imaginer que si, sans provoquer par ses instructions les actes délictueux, la directrice n'avait pas agi,

¹⁰³⁸ Cette intervention pouvant consister, selon la circulaire, en une hospitalisation, mais aussi en un signalement aux autorités judiciaires ou administratives. Cette confusion, entre intervenir et signaler, est dénoncée par M. Christian GUERY, *art. préc.* n°23, p. 3297.

¹⁰³⁹ Cass. crim., 9 février 1993, Pourvoi n°92-86.039.

alors qu'elle avait connaissance des agissements incriminés, le délit de non-assistance à personne en péril eu été constitué¹⁰⁴⁰.

931. En ce qui concerne plus particulièrement les personnes tenues au secret professionnel en vertu de l'article 434-3, l'obligation de porter secours leur est incontestablement applicable. C'est ce que rappelle la circulaire du 14 mai 1993. Ainsi, en cas de mauvais traitement mettant en danger la vie ou l'intégrité physique d'un mineur ou d'une personne vulnérable, le professionnel, médecin notamment, n'est pas dispensé d'intervenir. Souvent d'ailleurs, dans une même affaire, des poursuites sont engagées à la fois sur le fondement de la non révélation de mauvais traitements infligés à un mineur ou une personne vulnérable, en vertu de l'article 434-3, et sur celui de la non-assistance à personne en péril. Ce délit permet alors de poursuivre les professionnels qui, libres de révéler ou de garder le secret, ont choisi de ne pas révéler les mauvais traitements aux autorités administratives ou judiciaires.

932. Dans une espèce significative sur ce point, ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 8 octobre 1997, il était reproché à plusieurs personnes exerçant des fonctions dans le cadre d'un service de placement familial d'enfants (assistante maternelle, assistante sociale, éducateur, psychologue, psychiatre ou directeur du service de placement) de n'avoir pas pris les mesures nécessaires en considération de l'imminence du péril : présenter la victime à un médecin, envisager sa prise en charge par un pédopsychiatre... Ces personnes étaient pourtant informées d'actes de sodomie commis sur un enfant de sept ans atteint de mucoviscidose par un jeune majeur, tous deux ayant été placé dans la même famille d'accueil dépendant d'un service de placement par une décision du

¹⁰⁴⁰ M. Christian Guéry cite d'ailleurs un arrêt de la Cour de cassation du 9 avril 1997 ayant condamné pour non-assistance à personne en péril la directrice d'un établissement catholique qui n'avait pas provoqué un secours pour des élèves alors qu'on lui avait signalé que ceux-ci subissaient des agressions sexuelles de la part d'un membre de l'établissement ; Cass. crim., 9 avril 1997 : *Gaz. Pal.* 1997, 2, p. 163, note Jean-Paul DOUCET.

juge des enfants,¹⁰⁴¹. La victime s'était en effet, selon les juges, trouvée dans une situation critique faisant craindre pour elle de graves conséquences tant physiques que morales. Les six professionnels ont donc été condamnés pour non-assistance à personne en péril en vertu de l'article 223-6 du Code pénal, le pourvoi qu'ils ont formé devant la Cour de cassation est rejeté.

933. La nécessité d'une intervention immédiate est établie par le fait que l'enfant était atteint d'une maladie grave et présentait encore des marques attestant de l'agression. L'appréciation du péril est donc fondée sur la déficience physique préexistante de l'enfant et sur l'actualité de signes évidents d'agression¹⁰⁴². La vulnérabilité de la victime, due à son âge et à son état de santé ici, est ainsi prise en compte pour établir l'existence juridique d'un péril imminent et constant : une atteinte éventuelle ayant un caractère imminent et constant dont la réalité sera avérée par la suite d'ailleurs. La vulnérabilité, lorsqu'elle est constatée, peut avoir pour fonction de qualifier l'existence du péril. Mais l'auteur doit-il en outre avoir eu conscience du risque existant du fait de la vulnérabilité de la victime ? En d'autres termes, l'existence d'une atteinte éventuelle doit-elle être appréciée objectivement ou subjectivement si l'on considère l'intention de l'auteur ?

934. L'auteur doit avoir eu conscience de l'existence d'un risque grave pour la personne. Mais en ce qui concerne l'appréciation de cette conscience, la jurisprudence est permissive. Le fait de savoir si l'auteur de l'omission avait conscience qu'il fallait agir du fait de l'existence d'une atteinte éventuelle est apprécié objectivement. Selon la cour, « les prévenus, professionnels de la santé ou de l'assistance à l'enfance, ne pouvaient qu'avoir conscience » de la nécessité d'agir. L'imminence du péril est donc appréciée objectivement, en fonction de la capacité de l'auteur à apprécier la situation : du fait de ses compétences

¹⁰⁴¹ Cass. crim., 8 octobre 1997 : *Bull. crim.*, n° 329 ; *D.* 1998, Somm. pp. 305-306, note Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ ; *Dr pénal* 1998, Comm. 50, pp. 9-10, note Michel VERON ; *Rev. sc. crim.* 1998, pp. 320-325, obs. Yves MAYAUD.

¹⁰⁴² Yves MAYAUD, obs. *préc.*, p. 321 ; Christian GUERY, *art. préc.*, n° 20, p. 3297.

professionnelles notamment¹⁰⁴³. Ainsi, dans l'affaire du 8 octobre 1993, les professionnels en cause, de part leur expérience, auraient dû avoir conscience du péril, de l'existence d'une atteinte potentielle du fait de la vulnérabilité particulière de la victime. Cette vulnérabilité, en raison de l'âge et de la maladie de l'enfant, participait, à côté évidemment de la nature de l'agression elle-même, à la définition objective de l'existence d'un risque. La vulnérabilité a, dans cet arrêt, pour fonction de qualifier subjectivement une atteinte éventuelle constituée par le délit de non-assistance à personne en péril.

935. La vulnérabilité peut aussi, dans certaines circonstances, permettre d'apprécier le risque qu'une infraction soit commise, justifiant alors une protection de la personne vulnérable.

C. La protection contre un risque d'infraction

936. Parfois en raison de sa vulnérabilité la personne est plus particulièrement exposée à l'éventualité d'une infraction. La loi pénale incrimine alors le fait de ne pas empêcher la survenance de telles infractions. Soit alors la loi impose que le risque soit établi, c'est-à-dire qu'il doit être avéré que la vulnérabilité de la personne lui fait effectivement courir un risque accru d'infraction ; soit la loi présume que la vulnérabilité de la personne augmente le risque d'infraction. Une analyse théorique de ces infractions montre que, dans tous les cas, la vulnérabilité de la personne permet de qualifier l'existence d'un risque avéré ou présumé.

1. Un risque avéré d'infraction

937. Certaines dispositions, bien qu'applicables à toute infraction, sont susceptibles d'être envisagées par la jurisprudence dans une perspective identique à l'article précédemment étudié lorsque la victime éventuelle est une personne vulnérable. Il s'agit notamment des articles 223-6 alinéa 1^{er} et 431-1 du Code pénal.

¹⁰⁴³ *Ibid.* p. 321 et la jurisprudence citée.

938. L'article 223-6 alinéa 1^{er} sanctionne quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire, alors que l'alinéa second de cet article vise la non-assistance à personne en péril. Cet article incite donc à neutraliser, sous peine de sanction pénale, une infraction qui devrait se produire, et n'est donc qu'éventuelle. Dans quelles circonstances la vulnérabilité peut-elle permettre de qualifier ce risque que constitue l'infraction ? Sans doute toutes les fois que la vulnérabilité de la personne contribue expressément ou non à la qualification de l'infraction ou de l'un de ses éléments constitutifs. C'est notamment le cas des agressions sexuelles pour lesquelles la contrainte de l'auteur est appréciée par les juges en tenant compte de la vulnérabilité de la victime¹⁰⁴⁴. Ainsi le témoin d'une telle agression ou de son imminence est tenu d'intervenir afin de protéger la personne. Il faut pourtant que soit établi le fait que l'infraction est en train de se commettre ou est imminente : le risque d'atteinte doit donc être prouvé.

939. Aussi l'article 434-1 du Code pénal incrimine-t-il le fait, pour quiconque ayant eu connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas informer les autorités judiciaires ou administratives. La même remarque que précédemment s'impose ici, sauf que l'infraction doit être de nature criminelle et peut s'être déjà produite, la révélation ne s'impose que pour prévenir ses effets ou sa réitération, en d'autres termes empêcher que l'atteinte constituée par les conséquences de l'infraction ne se produise. Une personne vulnérable particulièrement exposée à certains crimes dans certaines circonstances, par exemple une personne déficiente intellectuelle victime d'un viol, le risque d'effets graves sur le plan psychologie notamment, ou de réitération est accru du fait même de la vulnérabilité de la personne, l'intervention d'un tiers s'impose donc et la loi incite à un tel comportement.

¹⁰⁴⁴ Nous renvoyons aux développements précédents sur ce point, en fin de Titre I de cette partie.

2. Un risque présumé d'infraction

940. L'article 434-3 alinéa 1er du Code pénal incrimine le fait de ne pas dénoncer aux autorités judiciaires ou administratives pour quiconque ayant eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles infligées à un mineur de quinze ans ou à une personne vulnérable. Contrairement aux articles précédents, celui-ci vise expressément des faits commis à l'encontre de personnes vulnérables. Selon la circulaire du 14 mai 1993, l'élargissement de cet article aux personnes vulnérables est « une nouvelle illustration de la protection accrue des personnes vulnérables à laquelle procède le nouveau Code pénal ». La circulaire précise qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait une crainte de renouvellement ou de continuation : « le législateur a considéré que l'appréciation du risque de continuation de la maltraitance – parce qu'un tel risque existe en pratique presque toujours – ne devait pas venir limiter l'obligation de signalement ». En effet, en pratique, en raison de la nature des faits leur réitération est toujours à envisager¹⁰⁴⁵. La vulnérabilité des victimes permet au législateur de présumer l'existence d'atteintes éventuelles réitérées.

941. L'appréciation du risque faite par le législateur est fondée sur le fait que des actes graves ont été commis, mauvais traitements ou privations et, en outre, que la vulnérabilité de la victime fait craindre un renouvellement de ces faits ou de conséquences graves liées à ceux-ci. Le législateur a donc déduit de ces circonstances un risque suffisamment caractérisé pour considérer que celui-ci devait se présumer, contrairement à ce qui était exigé par l'article 62 alinéa second de l'ancien code. Le risque est ainsi totalement objectivisé par le législateur. Ainsi, selon M. Claude Zambeaux : « celui qui a connaissance de mauvais traitements ou privations atteignant un personne vulnérable n'a pas à s'interroger sur les

¹⁰⁴⁵ Claude ZAMBEAUX, Non-dénonciation de mauvais traitements ou privations, Art. 434-3 : *J.-Cl. Pénal*, n° 15, p. 5. Mais même en l'absence de risque de renouvellement (éloignement de l'auteur des faits par exemple), l'infraction est tout de même constituée, cf. Françoise ALT-MAES, Un exemple de dépénalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel : *Rev. sc. crim.* 1998, pp. 301-313, p. 304.

conséquences éventuelles de ceux-ci pour alerter les autorités, et la protection des victimes en est renforcée¹⁰⁴⁶ ».

942. Une telle protection visant à neutraliser une atteinte éventuelle définie grâce à la vulnérabilité de la personne est également présente relativement à l'obligation d'information en matière médicale.

§ 3. Le droit à l'information en matière médicale

943. La vulnérabilité n'apparaît en ce domaine pas expressément. Cependant elle imprègne si profondément le dispositif de protection qu'il est apparu nécessaire de l'évoquer à ce stade. La vulnérabilité doit être analysée relativement à l'obligation d'information en général et en particulier en matière médicale comme un outil effectif de protection susceptible d'être utile à la jurisprudence. La protection est celle de l'intégrité du consentement de la personne, doublée inévitablement par celle de l'intégrité physique de la personne toujours en jeu en matière médicale.

944. Dans de nombreux domaines, la loi ou la jurisprudence consacrent un droit à l'information au bénéfice d'une partie au contrat, qui s'analyse en une obligation d'information de la part de l'autre partie. De manière générale, le renforcement de cette obligation d'information peut être constaté par la jurisprudence¹⁰⁴⁷. L'octroi de ce droit à l'information n'est pas déterminé par les qualités de l'une des parties, comme la vulnérabilité, mais par la nature même du

¹⁰⁴⁶ Claude ZAMBEAUX, *art. préc.* n° 15, p. 5. Il faut, tout de même, que la vulnérabilité de la victime soit connue de celui auquel on reproche la non-dénonciation, *Ibid.* n° 17. Pour un exemple : le professeur, responsable pédagogique d'un établissement scolaire, ainsi que le directeur de cet établissement sont condamnés pour non-dénonciation de mauvais traitements infligés à une personne vulnérable sur le fondement de l'art. 434-3 du Code pénal. En effet, ceux-ci avaient été alertés de l'existence des mauvais traitements, Cass. crim., 5 septembre 2001, Pourvoi n°01-81.397.

¹⁰⁴⁷ Patrick MISTRETTA, L'obligation d'information dans la théorie contractuelle : applications et implications d'une jurisprudence évolutive : *Petites affiches* 1998, n° 67, p. 5-8 ; Pierre SARGOS, L'obligation d'informer le patient : *Petites affiches* 1999, n° 189, pp. 9-14.

contrat en cause. Ainsi, les contrats concernés sont essentiellement les contrats médicaux, de consommation, d'assurance, mais aussi les contrats bancaires, ou conclus avec un avocat, un notaire, etc. Pour tous ces contrats, c'est la qualification particulière de la partie tenue à l'obligation d'information, alors que l'autre est profane, qui la justifie. Toute personne qu'elle soit ou non vulnérable bénéficie de ce droit à l'information, l'objectif étant qu'elle puisse donner un consentement éclairé. Cette information a ainsi pour objectif de rééquilibrer un contrat déséquilibré par nature.

945. Dans ce contexte, il est évident que, dans certaines circonstances, la vulnérabilité de la personne peut creuser encore le déséquilibre, la qualité de partie faible peut dans certain cas, en effet, recouvrir une réelle situation contractuelle de faiblesse. C'est le cas notamment lorsque que la vulnérabilité résulte d'une ignorance particulière, d'une faiblesse intellectuelle marquée, ou plus généralement d'une déficience psychique, puisque dans toutes ces situations une atteinte au consentement de la personne est plus que probable. Dès lors, afin que l'équilibre soit rétabli, l'obligation d'information fournie doit être plus consistante. Mais afin de protéger de manière adéquate la personne du fait de sa vulnérabilité, il est nécessaire de déterminer préalablement l'atteinte éventuelle qu'elle risque de subir.

946. C'est en matière médicale que l'obligation d'information présente un intérêt tout particulier concernant la vulnérabilité de la personne pour prodiguer une protection adaptée, l'intégrité physique de la personne est toujours en cause en ce domaine.. Ainsi, la loi sur le droit des malades du 4 mars 2002 s'inscrit nettement dans un mouvement visant à instaurer entre le malade et le personnel de la santé une relation équilibrée. En effet, le patient « tant au niveau psychologique que cognitif » reste dans « une évidente position d'infériorité¹⁰⁴⁸ ». Le malade bénéficie donc d'un droit à la transparence et à l'autonomie, dont le droit à

¹⁰⁴⁸ Alain GARAY, Consentement aux actes médicaux et droits des patients : *Gaz. Pal.* 1999, 1, Doctr., Colloque, Le consentement aux actes médicaux, pp. 26-36, p. 28.

l'information bénéficiant aux malades participe évidemment¹⁰⁴⁹. Ainsi, « des dispositions spécifiques sont également prévues pour les mineurs et les majeurs sous tutelle, lesquels doivent bénéficier d'une information *adaptée à leur degré de maturité ou à leurs facultés de discernement*¹⁰⁵⁰ ». Certes, seules certaines catégories de personnes vulnérables sont ici visées mais la démarche est tout de même très intéressante.

947. Cette disposition s'inspire de l'article 35 du Code de déontologie médicale, qui ne limite pas cette exigence d'une information adaptée aux incapables mineurs ou majeurs sous tutelle. Selon cet article en effet, « le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne et qu'il conseille une information loyale, claire, appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il propose. Tout au long de sa maladie il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension ». La jurisprudence vise de la même manière cette information « loyale, claire et appropriée » qui doit être dispensée au patient¹⁰⁵¹. Cette idée se retrouve aussi à l'article 5 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du 4 mars 1997¹⁰⁵², qui dispose qu'une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée que si la personne a donné un consentement libre et éclairé, et précise en son alinéa second que « cette personne reçoit une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et ses risques ». Dans tous ces textes, les termes sont différents mais ce qu'ils recouvrent est identique. Ainsi, que l'information soit adaptée, appropriée ou adéquate, son contenu et la manière dont elle est donnée doit tenir compte notamment de la vulnérabilité de la personne parce que celle-ci amoindrit sa capacité à consentir. La vulnérabilité de la personne détermine un

¹⁰⁴⁹ Obligation d'information prévue à l'art. L. 1112-1 du Code de la santé publique.

¹⁰⁵⁰ Patrick MISTRETTA, La loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Réflexions critiques sur un Droit en pleine mutation, *JCP*, éd. G. 2002, I, 141, pp. 1075-1083, p. 1078.

¹⁰⁵¹ Cass. civ. 1^{re}, 7 octobre 1998 : *JCP* 1998, éd. G., II, 10179, pp. 1959-1963, concl. Jerry SAINTE-ROSE, note Pierre SARGOS.

¹⁰⁵² [en ligne], Disponible sur : <<http://conventions.coe.int/treaty/fr>>, (consulté le 3 mars 2003).

risque objectif d'atteinte au consentement de la personne, cette atteinte éventuelle permet alors d'accorder une protection adaptée à la personne sous forme ici d'un droit à l'information renforcé. La protection de la personne se fait ainsi par compensation. Le droit pallie la vulnérabilité matérielle de la personne, le risque d'atteinte au consentement disparaît alors *de facto*.

948. L'information doit ainsi toujours être modulée en fonction des considérations propres à chaque patient, cela signifie que « le médecin doit se « mettre au niveau de son interlocuteur », la teneur de l'information donnée varie ainsi nécessairement « en fonction des capacités de compréhension de chaque patient¹⁰⁵³ ». Il faut donc tenir compte de l'âge, de la nature et de la gravité de l'affection, des antécédents médicaux, de la situation familiale et professionnelle du patient¹⁰⁵⁴. Aussi, dans la loi du 4 mars 2002 le législateur privilégie-t-il la forme orale et ne systématise pas la pratique de l'écrit. Ce choix va donc obliger « le corps médical à davantage communiquer oralement et à s'adapter aux facultés de compréhension du patient plutôt qu'à se contenter de remettre un document¹⁰⁵⁵ ». Cette remarque est valable pour toute personne et pas seulement les incapables mineurs ou majeurs sous tutelle. Elle est donc particulièrement intéressante en ce qui concerne toutes les personnes vulnérables, incapables de fait, disposant d'un droit à l'information renforcé et adapté en considération de leur vulnérabilité.

949. Cette orientation répond à une préoccupation globale parfois exprimée par la doctrine. Ainsi, en ce qui concerne la protection des personnes hospitalisées, un auteur note que « les difficultés que soulève la protection des personnes hospitalisées s'inscrivent dans le cadre plus général du problème des

¹⁰⁵³ Denis DENDONCKER, L'essor de l'obligation d'information médicale, *Contrats, conc., consom.* 2000, Chron. 9, pp. 4-9, p. 6.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.* S'agissant de l'âge et en ce qui concerne en particulier le don d'organes, l'article 7 de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique ajoute un alinéa à l'article L.1211-3 du Code de la santé publique prévoyant l'information particulière des patients âgés de seize à vingt-cinq ans sur les modalités de consentement au don d'organes ; *JO* n° 182 du 7 août 2004, p. 14 040

¹⁰⁵⁵ Patrick MISTRETTA, *art. préc.*, p. 1079.

personnes vulnérables dans la loi. Nous avons montré que le législateur n'a pas assez pris en compte les motifs qui justifient la protection. Pour le cas des personnes hospitalisées, aucune distinction n'est faite entre la dépendance due à une maladie et la dépendance due à l'admission dans un établissement sanitaire. Or, cette distinction est indispensable pour proposer des mesures de protection adaptées et efficaces¹⁰⁵⁶ ». L'idée forte est, ici, que la mesure de protection doit être adaptée au risque d'atteinte corrélatif pour être en adéquation avec l'origine précise de la vulnérabilité de la personne. On ne peut traiter de la même manière des personnes dont la vulnérabilité a des origines différentes.

950. En matière de recherche biomédicale, « lorsqu'il sollicite le consentement éclairé du sujet au projet de recherche, le médecin devra prendre des précautions particulières si le sujet se trouve vis-à-vis de lui dans une situation de dépendance, ou doit donner son consentement, sous la contrainte¹⁰⁵⁷ ». L'obligation d'information est donc une obligation qui doit être effective. Elle doit donc être concrètement adaptée à la situation de la personne à informer. Ainsi, la vulnérabilité qui peut atténuer la capacité d'une personne à donner un consentement éclairé est compensée par cette information adaptée, appropriée à ses capacités de compréhension. La technique juridique est au service de la personne vulnérable. Et la vulnérabilité est une technique juridique au service de la protection des personnes vulnérables.

951. Un problème se pose toutefois, de manière évidente : celui de la preuve. En effet, faire bénéficier d'un droit à l'information ou plus exactement imposer une obligation d'information ne signifie rien sans un système probatoire approprié lui aussi. Les complications apparaissent alors. Certes, c'est au médecin de prouver qu'il a satisfait à son obligation d'information. L'article L. 1111-5 du Code

¹⁰⁵⁶ Antoine RETAULT, L'expérimentation sur le malade : soins ou recherche ? A propos de la loi Huriet en psychiatrie : *RTD civ.* 1998, pp. 57-70, p. 68, note n° 38 ; Christian BYK, Expérimentation sur la personne humaine : protection du consentement, Art. 223-8 et 223-9 : *J.-Cl. Pénal*, n°22, p. 6.

¹⁰⁵⁷ Nicolas MAZIAU, Le consentement dans le champ de l'éthique biomédicale française : *RD sanit. soc.* 1999, pp. 469-492, p. 470.

de la santé public, issu de la loi du 4 mars 2002, imposant cette règle entérine la jurisprudence antérieure sur ce point¹⁰⁵⁸. Cependant, la preuve que l'information est adaptée au patient incombe sans doute à celui-ci. Le patient doit en effet établir l'étendue de l'information qui lui est donnée¹⁰⁵⁹. On peut donc en déduire par analogie que la manière dont est dispensée cette information est une preuve qui pèse aussi sur le créancier de l'obligation d'information. Or, il est difficile pour une personne particulièrement vulnérable, en raison de déficiences intellectuelles ou psychiques, d'apporter une preuve crédible et indiscutable, parce que justement elle est vulnérable. Le juge devrait imposer au créancier de l'obligation d'information que la preuve que celle-ci est adaptée à la vulnérabilité de la personne. Cette question rejoint manifestement celle plus large de la place de la personne vulnérable en matière de procédure déjà évoquée. Pour autant, il est indéniable que l'information adaptée permet de largement minimiser le risque d'atteinte au consentement.

952. Cette question du consentement est, d'ailleurs, très importante ici. En effet, en matière médicale, ou plus largement biomédicale, la nature du consentement déborde le domaine du consentement à un acte juridique de droit privé. L'atteinte éventuelle au consentement que risque la personne vulnérable suit cette conception large du consentement de la personne. Ainsi que nous l'avons déjà noté, dans le cadre de l'éthique biomédicale, « le consentement est moins l'expression d'un accord de volonté qu'une procédure visant à sauvegarder les droits de la personne », et « le législateur consacre le consentement comme

¹⁰⁵⁸ Cass. civ. 1^{re}, 25 février 1997 : *Bull. crim.*, n° 75 ; *D.* 1997, Somm., p. 319, obs. Jean PENNEAU ; *Gaz. Pal.* 1997, I, pp. 274-280, rapport Pierre SARGOS, note Jean GUIGUE ; *Defrénois* 1997, pp. 751-753, obs. Jean-Luc AUBERT ; *Petites affiches*, 1997, n° 85, pp. 17-20, note Annick DORSNER-DOLIVET ; *RTD civ.* 1997, pp. 434-436, obs. Patrice JOURDAIN ; *Resp. civ. et assur.* 1997, Chron. 8, pp. 4-7, note Christian LAPOYADE-DESCHAMPS ; *JCP* 1997, éd. G., I, 4025, pp. 238-240, obs. Geneviève VINEY ; *Contrats, conc., consom.* 1997, Chron. 5, Laurent LEVENEUR, Le risque thérapeutique devant la Cour de cassation : la recherche de l'équilibre ; *RD sanit. soc.* 1997, pp. 288-295, note Louis DUBOUIS.

¹⁰⁵⁹ Françoise ALT-MAES, Rapport de synthèse : *Gaz. Pal.* 1999, I, Doctr., Colloque, Le consentement aux actes médicaux, pp. 45-50, p. 46.

corollaire du principe de respect de l'intégrité de la personne humaine¹⁰⁶⁰ ». C'est parce que, dans ces domaines, le consentement conditionne une atteinte au corps de la personne, que l'exigence d'une obligation d'information adaptée aux facultés de compréhension de la personne est si forte. L'atteinte éventuelle au consentement cache une atteinte encore plus grave à l'intégrité de cette personne¹⁰⁶¹. Cerner l'atteinte que risque la personne vulnérable en particulier permet d'affiner et de renforcer la protection en vue de son efficacité.

953. Cependant, l'adaptation du droit à l'information du fait de la vulnérabilité de la personne se justifie dans tous les domaines et doit dépasser le domaine médical : elle doit s'appliquer dans tous les contrats où la personne aura effectivement la qualité avérée de partie faible. Le juge devra ainsi exiger une information adaptée à la vulnérabilité de la personne en vue de prévenir une atteinte éventuelle à son consentement. Il est évident qu'une vulnérabilité de la personne due à une déficience intellectuelle ou mentale rend encore plus difficile la compréhension des termes du contrat et des obligations qu'il implique. Une telle obligation peut aussi aller au-delà du cadre strictement contractuel pour s'appliquer à toute procédure dans laquelle la personne vulnérable risque de voir ce droit mis en péril. L'avocat joue alors donc un rôle essentiel, il doit donc informer la personne, comprendre ses attentes pour la conseiller. L'avocat est en effet tenu à une obligation d'information, d'assistance et de conseil¹⁰⁶². En revanche, aucune décision ne semble exiger que l'information donnée soit adaptée aux capacités de compréhension de la personne. Pour autant, une information réelle et sérieuse ne peut s'entendre qu'à cette condition. Comme dans le cadre de l'obligation

¹⁰⁶⁰ Nicolas MAZIAU, Le consentement dans le champ de l'éthique biomédicale française : *RD sanit. soc.* 1999, pp. 469-492, 469 et 471.

¹⁰⁶¹ M. Lin Daubech précise d'ailleurs, à juste titre, que ce n'est pas le « consentement de l'intéressé qui justifie l'atteinte, mais bien l'autorisation de la loi, fût-elle implicite », Lin DAUBECH, Les formes légales du consentement : *Gaz. Pal.* 1999, I, Doctr., Colloque, Le consentement aux actes médicaux, pp. 19-26, p. 20.

¹⁰⁶² Patrick MICHAUD, Les avocats sont-ils des canards de foire ? En route vers l'acte d'avocat : *Gaz. Pal.* 1997. 1, Doctr. pp. 716-725.

d'information en matière médicale, l'avocat doit s'adapter aux capacités de compréhension de la personne. Comme le médecin, l'avocat doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation¹⁰⁶³.

954. Mais déjà se profile, non plus une protection fondée sur le risque d'une atteinte à l'intégrité de la personne, mais une protection fondée sur le risque d'une atteinte à ses droits procéduraux.

¹⁰⁶³ Cass. civ. 1^{re}, 29 avril 1997 : *Bull. civ. I*, n° 132 ; *D. aff.*, 1997, 1, pp. 729-730 ; *JCP* 1997, éd. G, II, 22948, note Raymond MARTIN ; *Contrats conc., consom.* 1997, Comm. 111, note Laurent LEVENEUR ; *Petites affiches* 1997, n° 98, note Marie-Hélène et Vincent MALEVILLE ; *Resp. civ. et assur.*, 1997, Comm. n° 231, et *Chron.*, n° 19, Hubert GRO UTEL.

Section II. Le risque d'une atteinte aux droits procéduraux de la personne

955. La vulnérabilité est parfois prise en compte pour qualifier une atteinte éventuelle à la personne dans le cadre procédural. Afin de neutraliser cette atteinte, le droit met alors en place des mesures de protection spécifiques adaptées à la vulnérabilité de la personne. Une telle protection apparaît en droit interne avec des mesures ponctuelles en faveur des personnes vulnérables (§ 1) et plus largement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour favoriser l'accès à la justice des personnes vulnérables (§ 2).

§ 1. Des mesures procédurales ponctuelles en faveur des personnes vulnérables, en droit interne

956. De telles mesures apparaissent principalement dans le cadre de la procédure pénale, bien que quelques mesures existent en matière civile notamment. Il convient alors de distinguer la protection de la victime vulnérable (A) de celle de l'auteur de l'infraction vulnérable par l'octroi de droits de la défense renforcés (B).

A. Une protection de la victime vulnérable

957. La victime doit parfois, en raison de sa vulnérabilité, être protégée contre l'auteur des faits et sa vulnérabilité justifie parfois des exceptions au déroulement de la procédure.

1. La protection par la détention de l'auteur pendant la procédure

958. La vulnérabilité de la victime est parfois expressément prise en compte pour justifier la mesure de détention. Celle-ci en effet permet de

caractériser un risque de pressions sur la victime que la détention a pour but d'empêcher. Ainsi, bien souvent la détention apparaît au juge comme « l'unique moyen d'empêcher une pression sur les victimes particulièrement vulnérables¹⁰⁶⁴ ». De même, le juge considère « qu'eu égard à la vulnérabilité de la fillette en raison de son âge, et des dénégations de l'accusé, il existe un risque évident de pressions sur la victime que la détention est le seul moyen de prévenir » dans le cas d'un viol sur une mineure de quinze ans¹⁰⁶⁵. La circonstance aggravante soit de vulnérabilité soit de minorité était encourue. En l'absence d'une telle mesure de détention, des pressions risqueraient d'être exercées par l'auteur, et elles auraient d'autant plus de chance d'aboutir que la personne est vulnérable. Un lien de corrélation objectif doit exister entre le risque de pressions et la vulnérabilité de la personne. Dans l'hypothèse où la vulnérabilité particulière de la personne en cause la rend très perméable aux pressions et menaces, la notion de vulnérabilité accède au droit parce qu'elle permet de qualifier le risque de pressions.

959. Ce raisonnement peut s'appliquer exactement de la même manière lorsque l'infraction qui est reprochée à l'auteur n'est pas, comme précédemment, aggravée par la vulnérabilité, mais que celle-ci joue un rôle dans la qualification de l'infraction elle-même, qu'elle soit expressément exigée par la loi ou que le juge la constate en fait. Par conséquent, dans une procédure pour abus de vulnérabilité et escroqueries, la chambre criminelle approuve la chambre d'accusation d'avoir rejeté la demande de mise en liberté du prévenu car « sa détention provisoire est l'unique moyen d'éviter toute pression sur les victimes, dont l'état de faiblesse a été révélé par les experts¹⁰⁶⁶ ». Ici encore la vulnérabilité matérielle induit le risque de pression, une atteinte éventuelle est donc qualifiée : telle est la condition de l'existence juridique de la notion de vulnérabilité.

960. Aussi, dans une information pour escroquerie, complicité d'escroquerie, publicité de nature à induire en erreur, la Cour de cassation rejette-t-

¹⁰⁶⁴ Cass. crim., 18 décembre 1991, Pourvoi n°91-85.51 9.

¹⁰⁶⁵ Cass. crim., 10 octobre 2001, Pourvoi n°01-85.190 .

¹⁰⁶⁶ Cass. crim., 7 septembre 1999, Pourvoi n°99-84.24 7.

elle le pourvoi formé contre l'arrêt de la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris confirmant l'ordonnance du juge d'instruction plaçant le prévenu en détention provisoire¹⁰⁶⁷. Il lui est reproché de s'être livré à des manœuvres frauduleuses multiples en vue de faire souscrire par des personnes de condition très modeste des contrats de vente portant sur des biens immobiliers, et ce, par le recours à des méthodes commerciales démontrant une absence totale de scrupules et visant à exploiter la crédulité des personnes les plus vulnérables. La détention constitue donc « l'unique moyen d'empêcher des pressions sur les témoins et les victimes ». Si, ici, la vulnérabilité des victimes est reconnue, elle ne fonde cependant pas le risque réel de pressions. L'affaire permet de déduire que la vulnérabilité fonde le risque de pression puisque toutes les victimes étaient des personnes vulnérables, ce qui d'ailleurs permettra sans doute de constater avec plus de facilité l'escroquerie. Le risque de pression existe du fait notamment de la vulnérabilité des victimes, et dans une telle affaire, sans doute des témoins aussi.

961. La protection de la victime dans le cadre procédural peut intervenir également par d'autres dispositions que la vulnérabilité contribue à définir.

2. La vulnérabilité justifie des exceptions au déroulement de la procédure

962. La vulnérabilité d'une personne susceptible d'intervenir dans une procédure pénale justifie certains aménagements de celle-ci. Certaines exceptions à son déroulement normal lorsque celui-ci constitue un risque d'atteinte à la personne. Ainsi, si l'article 6-3 d de la Convention européenne des droits de l'homme garanti au prévenu ou à l'accusé en matière pénale le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge, la Cour de cassation admet que cette garantie fondamentale subisse des tempéraments. En conséquence, dans une affaire de tentative d'extorsion de fonds et de vol, le tribunal correctionnel peut passer outre à une demande d'audition de témoin lorsqu'elle n'a pas été rendue

¹⁰⁶⁷ Cass. crim., 28 juin 1993, Pourvoi n°93-81.927.

possible en raison de l'état de santé de ce témoin. La Cour d'appel approuve ce raisonnement et la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le prévenu¹⁰⁶⁸, le refus de l'audition n'est dans ce contexte pas inéquitable, et donc conforme à l'article 6-3 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, le témoin avait été entendu à deux reprises lors de l'instruction, d'autres témoins de même que la victime ont été entendus, la preuve de la culpabilité du prévenu est établie de façon formelle malgré tout. En l'espèce, le témoin est « une personne âgée de 58 ans, de corpulence faible et donc vulnérable et craintive ; [elle] s'exprimait très difficilement devant le juge d'instruction ». La vulnérabilité sur le plan matériel est donc constatée par les juges du fond. En outre, selon les juges, la fragilité du vieil homme ainsi que l'état de terreur à l'évocation des faits sont attestés, peuvent faire craindre qu'une nouvelle audition devant le tribunal n'aggrave l'état de fragilité psychologique de ce témoin. La vulnérabilité permet de qualifier objectivement l'atteinte éventuelle constituée par l'exception au droit d'auditionner les témoins justifiant le refus d'audition par le juge.

963. Il est toutefois nécessaire de préciser que, dans cette affaire, le refus de l'audition était plus fondé sur le fait que la personne avait déjà été entendue lors de l'instruction, qu'il y avait d'autres témoins, que sur le risque de fragiliser encore plus la personne. L'absence d'audition ne portait pas préjudice à l'efficacité de la justice. D'ailleurs, de manière générale, l'état de santé du témoin est pris en compte dans le but de rendre le témoignage possible malgré cet état de santé, dans l'objectif de contribuer à l'efficacité de la justice¹⁰⁶⁹. De telles dispositions ne visent en aucun cas à protéger la personne. Ainsi, lorsque le témoin est atteint d'une invalidité physique, la justice s'inquiète qu'il ne puisse se déplacer pour apporter son concours, le juge peut alors se déplacer, en vertu de l'article 113

¹⁰⁶⁸ Cass. crim., 31 mars 1998, Pourvoi n°97-83.404.

¹⁰⁶⁹ Aussi, si le prévenu ne peut comparaître en raison de son état de santé, il peut être entendu à son domicile ou à la maison d'arrêt dans laquelle il se trouve détenu, selon l'art. 416 du Code de procédure pénale ; en assises, si l'accusé ne se présente pas le jour fixé pour être interrogé par le président de la cour, sans motif légitime, celui-ci peut mettre à exécution l'ordonnance de prise de corps, selon l'art. 272 du même code.

du Code de procédure pénale. Sinon, le principe est que toute personne citée comme témoin est tenue de comparaître. L'article 207 du Nouveau Code de procédure civile autorise quant à lui une justification du témoin, qui peut éviter ainsi une amende civile.

964. Dans un souci d'efficacité toujours, la justice s'inquiète, à juste titre, lorsque la qualité et la crédibilité du témoignage d'une personne peuvent être mises en doute. Ainsi, l'article 205 du Nouveau Code de procédure civile interdit aux personnes frappées d'incapacité – personnes frappées d'immoralité, de partialité ou d'inaptitude – de témoigner en justice. Concernant les mineurs, seuls ceux « incapables de discernement » peuvent ne pas être entendus dans les procédures les concernant, selon l'article 388-1 du Code civil. En procédure pénale, ce sont les mineurs de moins de seize ans qui ne peuvent avoir la qualité de témoin, en vertu des articles 108, 335, 447 et 536 du Code de procédure pénale¹⁰⁷⁰. Ces dispositions sont fondées sur une recherche d'efficacité de la procédure.

965. En revanche, une disposition autorise à affirmer que la vulnérabilité d'une personne permet de qualifier l'éventualité d'une atteinte et justifier sa protection en ce domaine. En effet, l'article 1247 du Nouveau Code de procédure civile prévoit que si l'audition de la personne à protéger est de nature à porter préjudice à sa santé, le juge peut décider qu'il n'y a pas lieu d'y procéder. Sa décision doit être motivée, l'avis du médecin est demandé. La personne est, par cette disposition, mise à l'abri d'un risque d'atteinte à sa santé du fait de l'audition. Le juge est appelé à évaluer ce risque. Celui-ci est en outre lié directement à la vulnérabilité particulière de la personne, dont l'état de santé est nécessairement altéré. Il a été proposé d'ailleurs d'étendre cette disposition au cas où la personne doit donner son avis¹⁰⁷¹. Ceci va dans le sens d'une protection accrue de la

¹⁰⁷⁰ Carol JONAS, *Maladie et témoignage en justice : Médecine et droit* 1998, n°29, pp. 11-14, p. 12.

¹⁰⁷¹ Jean-Marie PLAZY, *La personne de l'incapable*, Thèse Bordeaux IV, Jean HAUSER (Sous-dir.), 1998, n° 365, p. 304. Il faut préciser que, par ailleurs, l'art. 1247 alinéa 2 prévoit que le juge ordonne

vulnérabilité en tant qu'elle caractérise une atteinte éventuelle à laquelle la personne doit être soustraite.

966. Une telle protection est aujourd'hui l'une des préoccupations manifeste du législateur. Ainsi, avait été introduite, dans le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, une disposition visant à compléter l'article 82-2 du Code de procédure pénale. L'article 82-2 du Code de procédure pénale prévoit que lorsque la personne mise en examen ou la partie civile saisit le juge d'instruction de certaines demandes d'actes, elle peut demander que ces actes soient effectués en présence de son avocat. L'article 32 bis, introduit dans le projet de loi, complétait cet article afin de « prévoir que le juge d'instruction est tenu de rejeter la demande s'il lui apparaît que la personnalité de la victime, notamment lorsqu'elle est particulièrement vulnérable, le justifie¹⁰⁷² ». Expressément, la vulnérabilité de la victime pouvait ainsi justifier le rejet de ces demandes. Celle-ci aurait permis de caractériser l'existence de l'éventualité d'une atteinte du fait notamment de sa fragilité psychologique. Cette modification de l'article 82-2 du Code de procédure pénale par l'article 32 bis du projet de loi a néanmoins été supprimée puisqu'elle était « sans portée normative, puisque les juges d'instruction peuvent toujours refuser de faire droit aux demandes qui leur sont présentées¹⁰⁷³ ». Une telle disposition traduit bien, néanmoins, le souci du législateur de protéger plus particulièrement les victimes vulnérables.

967. Cela n'exclut pas en outre qu'une protection de l'auteur de l'infraction vulnérable soit mise en place.

que la connaissance de la procédure sera donnée à la personne dans une forme appropriée à son état, cette question rejoint celle de l'accès au droit et à la justice des personnes vulnérables.

¹⁰⁷² AN, Rapport de M. Jean-Luc WARSMANN, *au nom de la Commission des lois sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, n° 1236, Tome I (2003-2004), 19 novembre 2003.

¹⁰⁷³ *Ibid.*

B. Des droits de la défense renforcés pour le prévenu vulnérable

968. En matière pénale en particulier, les droits de la défense accordés au prévenu ou à l'accusé visent à compenser sa vulnérabilité face au système judiciaire. L'individu, sans de tels droits, se trouverait démuné face à une justice parfois omnipotente : il risquerait donc une atteinte grave due à une condamnation sans avoir eu la possibilité matérielle de se défendre. La recherche de la vérité est mieux assurée par la contradiction que par l'inquisition pure. L'atteinte éventuelle vient du système judiciaire lui-même. En effet, une procédure trop préoccupée par la recherche de l'efficacité peut amener à commettre des abus incompatibles avec le respect d'un procès équitable¹⁰⁷⁴. Notamment, la présomption d'innocence, apparue de manière formelle dans l'article préliminaire III du Code de procédure pénale grâce à la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, signifie que la personne poursuivie est présumée innocente tant que la preuve de sa culpabilité n'a pas été rapportée. En découlent toute une série de conséquences procédurales protectrices de la personne poursuivie : le droit de ne pas contribuer à sa propre condamnation, le droit de se taire face aux accusations, les droits accordés à la personne gardée à vue...¹⁰⁷⁵ Ces dispositions ont notamment pour objet de rétablir le déséquilibre entre l'accusation et la défense, spécialement en matière de preuve.

969. Ce déséquilibre est encore accru lorsque la vulnérabilité du prévenu est elle-même très importante et résulte d'une faiblesse particulière. Le législateur prend en compte le risque que la personne soit, en fait, dans l'incapacité de se défendre en raison de cette vulnérabilité. Un accompagnement de la personne est alors obligatoire afin qu'elle puisse se défendre en connaissance de cause et de manière effective. Ainsi, dans le cadre de la comparution du prévenu, l'article 417 alinéa 4 du Code de procédure pénale prévoit que l'assistance d'un

¹⁰⁷⁴ Marcel LEMONDE, La protection des témoins devant les tribunaux français : *Rev. sc. crim.* 1996, pp. 815-821, p. 816.

¹⁰⁷⁵ Philippe CONTE, Patrick MAISTRE du CHAMBON, Procédure pénale, Paris, U Série Droit, Armand Colin, 4^e éd., 2002, pp. 29-30, n° 45 ; Jean PRADEL, Geert CORSTENS, *Droit pénal européen*, Paris, Précis, Droit privé, Dalloz, 2^e éd., 2002, pp. 389-394, n°s 351-354.

défenseur est obligatoire quand *le prévenu est atteint d'une infirmité de nature à compromettre sa défense*¹⁰⁷⁶. L'appréciation de l'existence d'une telle infirmité est donc déterminante. Il semble que les personnes majeures protégées puissent être rangées sans difficulté dans cette catégorie¹⁰⁷⁷.

970. En effet, la protection dont bénéficie un incapable majeur dans tous les actes de la vie civile est applicable à la procédure pénale dirigée contre lui. C'est en ce sens qu'a statué la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt Vaudelle contre France du 30 janvier 2001¹⁰⁷⁸. Dans cet arrêt, la cour condamne la France pour violation de l'article 6 de la Convention. Le requérant, majeur sous curatelle, était prévenu d'atteintes sexuelles sur des mineurs de moins de quinze ans. Le tribunal correctionnel prononça, sur citation directe, sans

¹⁰⁷⁶ La question ne se pose pas en assises puisque l'avocat y est obligatoire, en vertu de l'art. 274 du Code de procédure pénale, la personne ayant des difficultés à se défendre est ainsi, en principe, comme toute personne, conseillée, informée et assistée au cours de la procédure devant cette juridiction.

¹⁰⁷⁷ En ce qui concerne le mineur, l'avocat est obligatoire dès la phase d'instruction (art. 4-1 de l'ordonnance du 2 février 1945). La convocation à comparaître devant le juge des enfants est en outre notifiée aux parents, au tuteur, à la personne ou au service auquel le mineur est confié (art. 4 alinéa 5 de l'ordonnance). Pour la phase de jugement des contraventions, délits et crimes, selon l'art. 10 de l'ordonnance précitée, l'avocat est obligatoire et si aucun avocat n'a été choisi, ni une demande de désignation d'office faite par les parents ou les représentants légaux, le juge des enfants, ou le juge d'instruction, fait désigner, sur-le-champ, un avocat d'office par le bâtonnier. En outre, les parents, le tuteur, la personne ou le service auquel le mineur est confié sont avisés des poursuites dont il est l'objet. Lors des procédures de comparution le mineur, les parents, le tuteur ou la personne qui en a la garde ou son représentant sont entendus, ils sont tenus informés de l'évolution de la procédure. Aussi, selon l'art. 13 de ladite ordonnance, le tribunal pour enfant ne statue qu'après avoir entendu l'enfant, les parents, le tuteur ou le gardien, le ministère public et le défenseur. Dans l'ensemble donc, la vulnérabilité du mineur diminuant ses capacités à se défendre, est bien prise en compte au cours de la procédure pénale.

¹⁰⁷⁸ CEDH, 3^e sect., 30 janvier 2001, Vaudelle c/ France : *D.* 2001, Inf. rap. p. 676 ; *RTD civ.* 2001, pp.330-332, obs. Jean HAUSER ; *id.*, pp. 439-442, obs. Jean-Pierre MARGUENAUD ; *JCP* 2001, éd. G., II, 10526, pp. 944-947, note Laurent DI RAIMONDO ; *D.* 2002, J. pp. 353-358, note Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT, Eliette RUBI-CAVAGNA ; *J.C.P.* 2001, éd. G., I, 342, p. 1561, obs. Frédéric SUDRE.

instruction donc, un jugement de condamnation réputé contradictoire, en l'absence à l'audience du requérant et de son représentant. La cour « ne voit donc pas en quoi et pourquoi un individu reconnu inapte à défendre ses intérêts civils et bénéficiant d'une assistance à cet effet, ne disposerait pas également d'une assistance pour se défendre d'une accusation pénale dirigée contre lui¹⁰⁷⁹ ». Et ce d'autant plus que la procédure comportait un enjeu certain étant donné que le prévenu avait été condamné à une peine d'emprisonnement en partie ferme.

971. La cour rappelle en outre que « des garanties spéciales de procédure peuvent s'imposer pour protéger ceux qui, en raison de leurs troubles mentaux, ne sont pas entièrement capables d'agir pour leur propre compte », en vertu notamment des arrêts *Megyeri* contre Allemagne du 12 mai 1992 et *Winterwerp* contre Pays-Bas du 24 octobre 1979¹⁰⁸⁰. La cour considère qu'une telle affaire aurait exigé que les autorités nationales accomplissent des diligences supplémentaires. L'équité exige que la personne comprenne la procédure en cours et soit informée d'une manière détaillée de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui au sens de l'article 6-3 a) de la Convention. Dans ce but, les autorités auraient pu sommer le requérant de se rendre à la convocation en vue d'un examen psychiatrique, ainsi qu'à comparaître à l'audience, et à défaut y faire assurer la représentation par le curateur ou par un avocat¹⁰⁸¹.

972. Ainsi, « si l'altération des facultés mentales ne suffit pas toujours à dégager la personne de sa responsabilité pénale (article 122-1 du Code pénal), elle devrait donc être susceptible de la placer dans une position particulière quant à

¹⁰⁷⁹ Arrêt, § 62.

¹⁰⁸⁰ Respectivement : Série A, n°237-A, § 22 ; Série A , n°33, § 60.

¹⁰⁸¹ La Cour de cassation a considéré récemment que le prévenu non comparant et non excusé ne peut être jugé sans que soit entendu l'avocat présent à l'audience pour assurer sa défense : Cass. ass. plén., 2 mars 2001 : *Bull. crim.*, n°56 ; *D.* 2001, pp. 1899-1901, note Jean PRADEL. Aussi, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité prévoit-elle désormais que le jugement d'un prévenu en son absence est possible, la représentation par un avocat lors des débats étant admise (art. 412 du Code de procédure pénale).

l'exercice de ses droits procéduraux¹⁰⁸² ». L'obligation pour le majeur incapable d'être assisté par un défenseur devant le tribunal correctionnel devrait être mise en place¹⁰⁸³. La représentation du majeur non comparant à l'audience ne devant être que très exceptionnelle (impossibilité physique, risque pour la santé...). Il serait plus pertinent d'utiliser l'article 417 *in fine* apprécié avec mesure. Une infirmité de nature à compromettre la défense est de toute évidence une forme de vulnérabilité de la personne. C'est parce que la personne est atteinte d'une infirmité que sa défense peut être compromise. Les termes de la loi « *de nature à* » invitent à une telle interprétation. Cette forme de vulnérabilité permet de caractériser l'existence d'une atteinte éventuelle constituée par le non respect des certains de ses droits procéduraux : ne pas être informée correctement de la procédure et ne pas se défendre de manière efficace et selon sa volonté, dans une procédure, en outre, où l'enjeu est une peine privative de liberté.

973. Un jeune majeur intellectuellement déficient prévenu de violences aura bien des difficultés à se défendre, l'assistance d'un avocat permettra de compenser cette vulnérabilité et ainsi évacuer le risque d'atteinte. S'il est placé sous un régime de protection, l'altération des facultés mentales est constatée, elle permet de présumer son incapacité à comprendre la procédure et donc à exercer les droits de la défense efficacement. En effet, le fait d'être pénalement responsable n'entraîne pas d'office la capacité à conduire utilement une procédure conforme à l'article 6 de la Convention¹⁰⁸⁴.

974. Encore faut-il sans doute nuancer, la personne sous sauvegarde de justice se trouve sans doute dans une situation moins critique que la personne sous tutelle. L'avocat doit pourtant l'assister, car le risque existe du fait même de

¹⁰⁸² Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT, Eliette RUBI-CAVAGNA, note sous CEDH, 3^e sect., 30 janvier 2001, Vaudelle c/ France, *préc.*, n° 19, p. 356.

¹⁰⁸³ *Ibid.* n° 31, p. 358.

¹⁰⁸⁴ Jean HAUSER, obs. sous CEDH, 3^e sect., 30 janvier 2001, Vaudelle c/ France, *préc.*, p. 332. L'auteur cite à ce propos la remarque du Juge Costa dans son opinion concordante : « une chose est de comprendre ce dont on vous accuse, autre chose est de savoir comment réagir... ».

cette vulnérabilité constatée matériellement. Cela ne s'oppose pas à ce qu'en outre, les tuteur ou curateur soient présents aux côtés de la personne protégée, ceux-ci devraient donc être tenus informés des poursuites engagées contre les tuteur ou curatelaire et de l'évolution de la procédure. Ainsi, l'avocat jouerait son rôle d'assistant, de défenseur ou de conseil sur le plan juridique, le tuteur ou le curateur leur rôle d'assistance ou de représentation pour les décisions importantes comme le choix de l'avocat ou l'exercice de voies de recours¹⁰⁸⁵. Dans tous les cas, la volonté du majeur devra être recherchée et sans doute en ce domaine particulier son intérêt, ce qui n'est pas forcément équivalent. La pluralité des personnes intervenant à différents niveaux aux côtés de la personne protégée aurait le mérite de mieux protéger, et de protéger de manière plus équilibrée la personne vulnérable dans la procédure.

975. Dans le cas de la sauvegarde de justice, une présomption d'infirmité de nature à compromettre la défense, conformément aux termes de l'article 417 *in fine* du Code de procédure pénale, devrait être admise afin d'octroyer à la personne le bénéfice d'un avocat. Pour les autres personnes, non soumises à un régime de protection, cette infirmité devra être établie¹⁰⁸⁶. Ainsi, un handicap

¹⁰⁸⁵ *Ibid.* n°32, p. 358.

¹⁰⁸⁶ Il a ainsi été jugé que la connaissance insuffisante de la langue française ne peut être considérée comme constitutive d'une infirmité de nature à compromettre la défense justifiant l'assistance obligatoire d'un défenseur : Cass. crim., 7 novembre 1968 : *Bull crim.*, n° 169. Selon la cour, une telle situation justifie seulement la désignation d'un interprète. Une telle désignation est plus adaptée à la situation de vulnérabilité particulière de la personne ayant une connaissance insuffisante de la langue risquant de lui rendre difficile la compréhension de la procédure. Aussi, le Code de procédure pénale prévoit-il la désignation d'office d'un interprète lorsque la personne poursuivie (ou la personne prévenue, accusée, le témoin) ne parle pas suffisamment la langue française (pendant l'instruction : art. 121 du Code de procédure pénale – renvoyant aux dispositions de l'art. 102 concernant les auditions de témoins – ; devant le tribunal correctionnel : art. 407 du code, comme pour les témoins ou parties civiles, et devant la Cour d'assises : art. 272 du code). De même, si cette personne est atteinte de surdité, un interprète en langue des signes est nommé pour l'assister lors du procès (lors de l'instruction : art. 121 du Code de procédure pénale ; devant le tribunal correctionnel : art. 408 du code, et devant la Cour d'assises : art. 345 du code).

sensoriel, cognitif ou moteur lourd, une fragilité psychologique due par exemple à un état dépressif sont-ils sans doute, dans bien des cas, des causes de vulnérabilité permettant de craindre une défense plus difficile pour la personne, déjà dans une situation procédurale bouleversante pour elle. Ainsi, toutes les personnes, dont la vulnérabilité permet de caractériser l'existence d'une atteinte éventuelle à l'exercice effectif de tous les droits de la défense en matière pénale, devraient au moins se voir octroyer l'assistance d'un défenseur, en vertu de l'article 417 précité.

976. Cette problématique de l'accès à la justice des personnes vulnérables se pose de manière tout aussi ardue dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

§ 2. L'accès à la justice des personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

977. En ce domaine la vulnérabilité est prise en compte pour prévenir la violation de certains aspects de deux droits : celui d'un recours individuel et effectif devant le juge européen (A) et celui d'un recours devant les instances nationales (B). Dans tous les cas, la cour utilise la notion de *vulnérabilité* au soutien de sa motivation en vue de garantir l'effectivité de l'accès à la justice des personnes vulnérables. L'assouplissement de règles restrictives a pour conséquence d'élargir le recours.

A. Des règles restreignant la recevabilité d'un recours individuel assouplies

978. La vulnérabilité d'une personne est parfois un frein pour celle-ci en matière procédurale. La cour est donc amenée, dans un souci de garantie effective des droits, à prendre en compte la vulnérabilité d'une personne afin d'adapter l'application rigide de règles procédurales. La vulnérabilité de la personne contribue alors à la qualification d'une atteinte éventuelle à un droit d'accès à la justice européenne. Ainsi, la notion de victime, telle que conçue strictement par l'article 34,

peut être étendue, et l'exigence d'épuisement des voies de recours internes, prévue par l'article 35-1, peut trouver des exceptions.

1. La vulnérabilité, situation justifiant exceptionnellement l'extension de la notion de victime

979. L'article 34 de la Convention¹⁰⁸⁷ précise que la cour peut être saisie d'une requête notamment par toute personne physique qui se prétend victime d'une violation par un Etat des droits reconnus par la Convention ou ses protocoles. En principe, le requérant, pour être considérée comme une « victime » au sens de cette disposition, doit avoir été lésé personnellement du fait de la violation qu'il dénonce. Cette condition a toutefois été assouplie par la jurisprudence¹⁰⁸⁸. Ainsi la cour admet-elle les requêtes introduites par des victimes potentielles, une catégorie spécifique de personnes, ou enfin la qualité de victime indirecte ou par ricochet¹⁰⁸⁹.

980. Le premier arrêt à avoir pris en compte la vulnérabilité d'une personne afin d'étendre la conception jurisprudentielle de la notion de victime, est l'arrêt *Ilhan c. Turquie* du 27 juin 2000. En effet, la cour admet que le frère d'un homme introduise la requête à sa place sur le terrain de l'article 3, car cet homme se trouve « dans une situation particulièrement vulnérable¹⁰⁹⁰ ». Il avait été victime de blessures graves lors de son arrestation par les gendarmes de son village. Selon le requérant, frère de la victime, compte tenu de son état de santé, l'homme en question n'est pas en mesure de mener lui-même la procédure. La prise en compte de la vulnérabilité de la personne pour permettre à une autre, qui lui est proche,

¹⁰⁸⁷ Art. 25-1 avant l'entrée en vigueur du Protocole n°11.

¹⁰⁸⁸ Ronny ABRAHAM, Article 25, *In* : Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT (Sous-dir.), *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 2^e éd., 1999, pp. 579-590, p. 587 ; Frédéric SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Que sais-je ? P.U.F., 5^e éd., 2002, pp. 58-59.

¹⁰⁸⁹ Frédéric SUDRE, *op. cit.* p. 59 ; Jean-Pierre MARGUENAUD, *La cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Connaissance du droit, Dalloz, 2^e éd., 2002, pp. 17-18.

¹⁰⁹⁰ CEDH, grande chambre, *Ilhan c. Turquie*, 27 juin 2000, req. n°22277/93 : *Rec. AD* 2000-VII, § 55.

d'intenter l'action à sa place sans qu'il n'y ait eu aucune procuration, marque un assouplissement remarquable des exigences de l'article 34¹⁰⁹¹. Afin de ne pas créer un assouplissement trop important, la cour est très restrictive quant à l'appréciation de la vulnérabilité de la personne et insiste particulièrement sur le fait que cette prise en compte de la vulnérabilité pour assouplir la notion de victime est liée aux circonstances très spéciales de l'affaire.

981. Il s'agissait, en effet, d'une personne ayant été victime de mauvais traitements lors d'une arrestation par les gendarmes et ayant suite à ces blessures des séquelles psychiques importantes. Cette prise en compte de la particulière vulnérabilité apporte une exception à l'exigence d'une procuration. Elle est liée au risque de voir la victime de faits abominables privée de son droit de recours individuel et donc d'accès à la justice européenne. La privation d'un tel droit constitue l'atteinte éventuelle et est prévenue par l'assouplissement de la règle en cause. La vulnérabilité retenue permet donc de neutraliser l'atteinte éventuelle à ce droit en élargissant la notion de victime. La prise en considération de la vulnérabilité dans un tel objectif a été confirmée par la cour depuis.

982. Dans l'arrêt Y. F. c. Turquie du 22 juillet 2003, la Cour européenne des droits de l'homme a encore une fois admis qu'un proche de la victime soulève au nom de celle-ci un grief concernant des violations alléguées de la convention¹⁰⁹². Il s'agissait, en l'espèce, du mari de la victime. Celle-ci avait subi un examen gynécologique lors de sa détention, en situation de vulnérabilité donc, et ce contre sa volonté. La cour confirme sa motivation selon laquelle cet assouplissement de la conception de la notion de « victime » est possible « compte tenu en particulier de la situation vulnérable dans laquelle elle s'est trouvée dans des circonstances particulières ». Cet arrêt semble étendre la règle posée dans l'arrêt Ilhan : l'assouplissement de la notion de « victime » peut être admis en dehors du cas où la violation est fondée sur l'article 3. Il s'agissait en l'espèce d'un grief fondé sur la

¹⁰⁹¹ Jean-Pierre MARGUENAUD, *op. cit.* p. 18. L'auteur y voit une évolution vers l'*actio popularis*.

¹⁰⁹² CEDH, 4^e sect., 22 juillet 2003, Y. F. c. Turquie, req. n° 24209/94, § 31.

violation de l'article 8¹⁰⁹³. L'élargissement de la notion de victime est justifié par l'existence de circonstances particulières à l'espèce faisant craindre que la victime ne soit privée de la possibilité matérielle d'exercer son droit de recours individuel. L'atteinte éventuelle est précisément l'atteinte à ce droit : la cour la prévient par une solution protectrice de la personne.

983. Dans le même objectif, la cour assouplit les exceptions à la règle exigeant que les voies de recours internes soient épuisées pour que la requête devant la cour soit recevable.

2. La vulnérabilité, élément participant à qualifier une exception à la règle d'épuisement des voies de recours internes

984. L'article 35-1 de la Convention¹⁰⁹⁴ prévoit que la cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes. Dans un souci de réalisme, la jurisprudence de la cour n'impose pas l'épuisement des voies de recours lorsque le recours apparaît en fait inutile ou impossible. Ainsi en est-il dans plusieurs circonstances : lorsque aucune voie de droit interne adéquate n'existe pour redresser la situation considérée, lorsque la voie adéquate existe, mais n'est pas accessible au requérant, lorsqu'elle serait en principe accessible, mais s'avèrerait en réalité ineffective ou inefficace car dénuée de toute chance raisonnable de succès. Egalement, le recours apparaît inutile ou impossible en cas de « pratiques administratives » : celles-ci consistent en une tolérance des autorités face à des faits répétés illicites au regard de la Convention, et enfin lorsque

¹⁰⁹³ § 31. En effet traditionnellement l'article 8 garantissant le respect de la vie privé recouvre la protection de l'intégrité physique et morale de la personne, suite à l'arrêt X. et Y. c. Pays-Bas du 26 mars 1985. Les atteintes sexuelles se plaçaient donc sur ce terrain. Nous avons cependant signalé plus haut que la jurisprudence a évolué sur ce point. L'arrêt Aydin c. Turquie du 25 septembre 1997, implicitement, et surtout l'arrêt M.C. c. Bulgarie du 4 décembre 2003, explicitement, placent désormais la protection de l'intégrité physique et morale de la personne sous couvert des articles 3 et 8 de la convention.

¹⁰⁹⁴ Art. 26 avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11.

certaines circonstances particulières rendent impossible ou inutile le recours qui eût été éventuellement adéquat ou efficace¹⁰⁹⁵. Cette dernière hypothèse vise essentiellement le cas d'une impossibilité matérielle d'exercer le recours par exemple lorsque le requérant est en prison ou enfermé dans un hôpital, ou une impossibilité due à l'Etat défendeur d'identifier les personnes contre lesquelles introduire le recours¹⁰⁹⁶.

985. Les impossibilités matérielles d'exercer le recours dues à l'Etat défendeur sont parfois constatées en tenant compte de l'extrême vulnérabilité des requérants face à cet Etat. La vulnérabilité crée un risque plus fort, dans les affaires en cause, d'impossibilité concrète d'épuiser les voies de recours nationales, et donc de voir la requête devant les instances européennes déclarée irrecevable. Dans les arrêts Akdivar et autres et Aksoy, contre la Turquie, la cour rappelle qu'elle doit tenir compte du contexte dans l'application de la règle imposant au requérant d'avoir épuisé les voies de recours internes avant de saisir les instances européennes, cette règle devant s'appliquer avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif. Aussi, cette règle ne s'accommode-t-elle pas d'une application automatique et ne revêt pas un caractère absolu, en en contrôlant le respect il faut donc avoir « égard aux circonstances de la cause ». Cela signifie notamment que la cour « doit tenir compte de manière réaliste non seulement des recours prévus en théorie dans le système juridique de la Partie contractante concernée, mais également du contexte juridique et politique dans lequel ils se situent ainsi que la situation personnelle du requérant¹⁰⁹⁷ ».

986. Rappelons que l'arrêt Akdivar concernait une plainte pour destruction des habitations des requérants par les forces de sécurité turques. C'est la situation personnelle de vulnérabilité politique des requérants face aux forces de

¹⁰⁹⁵ Etienne PICARD, Article 26, In : Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT (Sous-dir.), *op. cit.*, pp. 591-620, p. 603.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.* p. 607.

¹⁰⁹⁷ CEDH, Akdivar c. Turquie, 16 septembre 1996, § 69 ; CEDH, Aksoy c. Turquie, 18 décembre 1996, § 53.

sécurité responsables de ces destructions, ajoutée à l'existence de troubles civils dans la région, qui caractérise l'existence de circonstances particulières dispensant les requérants de la en règle d'épuisement des voies de recours internes, en vertu de l'article 35-1 de la Convention¹⁰⁹⁸. Cette même circonstance d'insécurité et de vulnérabilité des requérants dans un contexte politique fortement troublé, est prise en compte dans l'arrêt *Mentes et autres c. Turquie* du 28 novembre 1997. Dans cette affaire, les requérants n'avaient saisi aucun juge interne en vue d'un constat de violation d'un article garanti par la Convention, ce qui n'était pas le cas dans les arrêts *Akdivar et Selçuk et Asker*. Le juge De Meyer, dans son opinion partiellement dissidente déjà évoquée, estime l'exigence d'épuisement des voies de recours internes n'était pas respectée en l'espèce : les requérantes auraient au moins pu essayer de saisir les autorités, d'autant qu'une association de défense des droits de l'homme s'était chargée de la défense de leurs intérêts.

987. Cela dit l'exception à la règle d'épuisement de voies de recours est fondée, non pas sur les circonstances particulières de l'affaire, mais plutôt, semble-t-il, sur l'absence de chance de succès des recours existants. C'est dans ce cadre particulier que la vulnérabilité est prise en compte : elle renforce le risque que le recours n'aboutisse pas. Il est dès lors légitime de dispenser les requérantes de l'obligation d'épuisement des voies de recours nationales, afin d'admettre la recevabilité de leur requête. Ces affaires montrent bien que la vulnérabilité contribue à définir juridiquement l'atteinte éventuelle, une atteinte au droit de recours individuel ici. La vulnérabilité a pour origine la situation d'insécurité face aux autorités politiques, elles risquent donc de ne pouvoir accéder à la justice européenne étant donné l'impossibilité d'épuiser les voies de recours nationales. La solution choisie par la cour est alors d'accorder une exception à la règle d'épuisement des voies de recours internes.

988. D'autres affaires concernent des plaintes contre les autorités alléguant des actes de torture perpétrés à l'occasion d'une arrestation ou d'une

¹⁰⁹⁸ CEDH, *Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, § 73 ; aussi, CEDH, *Selçuk et Asker c. Turquie*, 24 avril 1998, req. n°23184/94 et n°2318 5/94 : *Rec.* 1998-II, § 68.

garde à vue. Dans l'arrêt Aksoy, le requérant est libéré de l'obligation d'épuisement des voies de recours internes étant donné l'existence de circonstances spéciales : il faut rappeler que le requérant a été gardé à vue pendant au moins quatorze jours sans avoir accès à une assistance ou à un soutien d'ordre juridique ou social. Il a subi des lésions graves nécessitant un traitement hospitalier. Dès lors, la cour estime normal que le requérant ait pu croire qu'il pouvait espérer susciter l'intérêt et obtenir satisfaction par les voies de droit interne¹⁰⁹⁹. En effet, le procureur s'était rendu compte de ses blessures, s'agissant d'une paralysie des mains, mais s'était abstenu d'agir à cet égard, or en droit turc, celui-ci avait l'obligation d'enquêter. La vulnérabilité du requérant fait donc partie des éléments pris en compte pour conclure que des circonstances spéciales le libéraient de l'obligation d'épuisement des voies de recours internes.

989. Dans l'arrêt Ilhan c. Turquie, la cour va sans doute plus loin. En effet, elle précise que découle de l'article 13 de la Convention l'obligation faite à l'Etat d'effectuer une enquête propre à mener à l'identification et à la punition des responsables, sous l'angle de l'article 3, au sujet « des cas de torture ou de sévices graves lorsque les circonstances sont de nature à inspirer au plaignant un sentiment de vulnérabilité, d'impuissance et d'appréhension face aux représentants de l'Etat¹¹⁰⁰ ». En conséquence, un simple recours administratif visant à l'obtention d'une indemnité ne suffit pas, le requérant n'avait donc pas l'obligation d'intenter une action administrative de droit interne. En outre, le procureur ayant été informé en l'espèce que M. Ilhan avait subi des blessures graves au moment de son arrestation par les gendarmes de son village, il pouvait escompter que les investigations nécessaires seraient menées, et n'avait donc pas à saisir les juridictions de droit pénal interne. De l'obligation de mener une enquête résultant de la combinaison des articles 3 et 13 se déduit la dispense pour le requérant de l'obligation d'épuisement des voies de recours internes.

¹⁰⁹⁹ Aksoy c. Turquie, 18 décembre 1996, § 56.

¹¹⁰⁰ § 61.

990. Pour la cour, concernant le recours de droit pénal, dès lors que la situation de la victime était de nature à lui inspirer un sentiment de vulnérabilité, d'impuissance et l'appréhension face aux autorités de l'Etat, le requérant pouvait légitimement escompter que les investigations nécessaires seraient menées sans que lui-même ou sa famille dussent déposer formellement une plainte précise. Le sentiment de vulnérabilité, qui recouvre une véritable situation objective de vulnérabilité, permet donc à la cour de considérer que, sans tenter une action, l'obligation d'épuiser les voies de recours internes peut néanmoins subir une exception ayant pour conséquence directe la recevabilité du recours. La vulnérabilité matérielle empêche matériellement l'exercice d'un recours interne : une atteinte éventuelle au droit de recours individuel est donc caractérisée. En effet, l'épuisement des voies de recours internes est une condition de recevabilité du recours devant la cour européenne. La protège la personne contre la réalisation de l'atteinte éventuelle par une exception à cette condition de recevabilité : la personne vulnérabilité a accès au juge européen, l'atteinte est neutralisée. L'existence d'une atteinte éventuelle que la vulnérabilité contribue à établir est la condition de la prise en compte juridique de la notion de vulnérabilité.

991. Cette prise en compte de la vulnérabilité par la Cour européenne des droits de l'homme permet le plus souvent d'imposer aux Etats de nouvelles obligations positives.

B. Le droit à un recours effectif devant les instances nationales source d'obligations positives

992. La situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve une catégorie de personnes justifie parfois que la cour impose une obligation positive en vue de protéger celle-ci contre des atteintes à un droit procédural. La vulnérabilité contribue à dégager deux obligations positives sont concernées en matière procédurale : l'obligation de mener une enquête en cas de tortures ou sévices graves par les autorités policières ou pénitentiaires d'une part, et l'obligation

d'exercer un contrôle judiciaire automatique de la détention d'une personne par les autorités, d'autre part.

1. L'obligation de mener une enquête en cas de tortures fondée sur la vulnérabilité

993. L'obligation de mener une enquête approfondie et effective au sujet de cas de torture, sur le fondement de l'article 13 de la Convention, a été dégagée par la cour dans l'arrêt *Aksoy c. Turquie* du 18 décembre 1996. Il est intéressant de reprendre l'ensemble de l'argumentation de la cour pour dégager une telle obligation : « la nature du droit garanti par l'article 3 de la Convention a des implications pour l'article 13. Eu égard à l'importance fondamentale de la prohibition de la torture et à la situation particulièrement vulnérable des victimes de tortures, l'article 13 impose aux Etats, sans préjudice de tout autre recours disponible en droit interne, une obligation de mener une enquête approfondie et effective au sujet de cas de tortures ». La cour ajoute que « lorsqu'un individu formule une allégation défendable de tortures subies aux mains d'agents de l'Etat, la notion de "recours effectif" au sens de l'article 13, implique, outre le versement d'une indemnité là où il échet, des investigations approfondies et effectives propres à conduire à l'identification et à la punition des responsables et comportant un accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête¹¹⁰¹ ».

994. La vulnérabilité des victimes de tortures face au risque de l'absence de recours effectif pour punir les actes de torture est donc explicitement l'un des fondements de l'obligation imposée à l'Etat. Cette atteinte éventuelle découle de la vulnérabilité matérielle et du risque matériel de ne pouvoir conduire une procédure. Pour éviter une telle atteinte la cour impose une obligation positive à l'Etat. Cette obligation positive de mener une enquête est rappelée dans l'arrêt *Aydin c. Turquie* du 25 septembre 1997 dans les mêmes termes que dans l'arrêt

¹¹⁰¹ CEDH, *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, req. n° 21987/93 : *Rec.* 1996-VI, § 98.

Aksoy¹¹⁰². Selon la cour, la requérante dépendait entièrement du procureur et des policiers agissant sous ses ordres : pour la collecte des preuves nécessaires à une confirmation de sa version des faits – viol et autres sévices – et afin d’obtenir la poursuite des auteurs, mais aussi en vue d’obtenir une réparation¹¹⁰³. La vulnérabilité d’une victime de torture, incapable de se plaindre efficacement des mauvais traitements dénoncés justifie l’obligation faite aux autorités étatiques de mener une enquête effective sur les actes de tortures allégués¹¹⁰⁴. La vulnérabilité est prise en compte pour dégager l’obligation positive de l’article 13 parce qu’elle crée le risque que cette obligation ne soit pas respectée.

995. La cour a encore étendu indirectement cette obligation positive dans l’arrêt Ilhan c. Turquie du 27 juin 2000. Dans le cadre de l’examen de la recevabilité de la requête concernant l’épuisement des voies de recours internes, la cour estime que le requérant n’avait, en particulier, pas l’obligation d’intenter une procédure administrative, car elle ne pouvait déboucher que sur l’octroi d’une indemnité et pas sur la recherche et la punition des responsables des actes. Selon la cour en effet, « l’obligation que les articles 2 et 13 de la Convention font peser sur les Etats contractants d’effectuer une enquête propre à mener à l’identification et à la punition des responsables en cas d’agression mortelle pourrait être rendue illusoire si, pour les griefs formulés sur le terrain de ces articles, un requérant devait être censé avoir exercé une action de droit administratif ne pouvant déboucher que sur l’octroi d’une indemnité. Cette considération s’applique également, sous l’angle de l’article 3, aux cas de torture ou de sévices graves lorsque les circonstances sont de nature à inspirer au plaignant un sentiment de vulnérabilité, d’impuissance et d’appréhension face aux autorités de l’Etat¹¹⁰⁵ ». Or, de telles circonstances caractérisent les situations où la personne a subi des tortures, des traitements

¹¹⁰² CEDH, Aydin c. Turquie, 25 septembre 1997, *préc.* VI, § 103.

¹¹⁰³ § 104.

¹¹⁰⁴ Dans le même sens : CEDH, 1^{re} sect., Bati et autres c. Turquie, 3 juin 2004, req. n° 33097/96 et n° 57834/00, § 133.

¹¹⁰⁵ § 61.

inhumains ou des traitements dégradants, minimum requis pour l'application de l'article 3¹¹⁰⁶. L'obligation de mener une enquête propre à mener à l'identification et à la punition des responsables s'applique donc pour tous les cas de mauvais traitements interdits par l'article 3, et pas seulement les tortures. Cette obligation positive est aussi, dans l'arrêt Ilhan, fondée sur la vulnérabilité de la victime des mauvais traitements. Cette solution est confirmée et généralisée dans l'arrêt Gennadiy Naumenko c. Ukraine du 10 février 2004. La cour fonde clairement cette obligation sur deux éléments : l'importance fondamentale de la prohibition de la torture *et des traitements inhumains et dégradants* ; la situation particulièrement vulnérable des victimes de tortures¹¹⁰⁷. La situation de la personne due aux mauvais traitements la met dans une impossibilité relative de contester les actes commis. Celle-ci justifie que l'Etat prenne les devants afin que le droit de recours devant les instances nationales de la personne contre le grief allégué ne soit pas atteint. C'est parce qu'elle contribue à définir une atteinte contre laquelle une protection est mise en place que la vulnérabilité est retenue juridiquement.

996. La difficulté à contester utilement une situation face aux autorités étatiques, source de vulnérabilité, est aussi prise en compte par la cour pour imposer à l'Etat un contrôle automatique de la détention d'une personne.

2. La nécessité d'un contrôle automatique de la détention renforcée par la vulnérabilité

997. L'article 5-3 de la Convention précise en particulier que toute personne arrêtée ou détenue doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat. La vulnérabilité particulière d'une personne notamment peut justifier une obligation renforcée de contrôle judiciaire rapide de la détention en vertu de cette disposition. Dans les arrêts Aquilina c. Malte et T.W. c. Malte du 29 avril 1999, la cour précise que le contrôle judiciaire de la détention d'une personne doit non

¹¹⁰⁶ Voir, CEDH, Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978, req. n°5310/71 : Série A n°25, § 167.

¹¹⁰⁷ CEDH, 2^e sect., Gennadiy Naumenko c. Ukraine, 10 février 2004, req. n°42023/98, § 134.

seulement avoir lieu rapidement, mais doit être en outre automatique. « Il ne peut être tributaire d'une demande formée au préalable par la personne détenue », ce qui selon la cour priverait « de sa substance l'article 5 § 3 visant à protéger l'individu contre la détention arbitraire en garantissant la soumission de l'acte privatif de liberté à un contrôle judiciaire indépendant ». L'automatisme du contrôle est fondée sur la particulière vulnérabilité de certaines personnes arrêtées ou détenues, notamment les personnes ayant subi des mauvais traitements. Ainsi, « les personnes arrêtées ayant été soumises à pareils traitements pourraient se trouver dans l'impossibilité de saisir le juge d'une demande de contrôle de la légalité de leur détention. Il pourrait en aller de même pour d'autres catégories vulnérables de personnes arrêtées, telles celles atteintes d'une déficience mentale ou celles qui ne parlent pas la langue du magistrat¹¹⁰⁸ ». Ainsi, ce qui renforce, confirme et justifie complètement le contrôle automatique de la détention est la vulnérabilité particulière de la personne détenue : celle-ci la met souvent, en pratique, dans l'incapacité de saisir le juge. L'existence juridique d'une telle atteinte éventuelle aux droits procéduraux de la personne est donc définie par la nature de la vulnérabilité.

998. Ainsi, les obligations positives en matière procédurale sont justifiées par la vulnérabilité d'une personne lorsque celle-ci est caractérisée face aux autorités de l'Etat. La cour semble alors présumer que la volonté et la possibilité matérielle de cette personne de se plaindre de sa situation sont très affaiblies. Cet amoindrissement de la capacité d'agir en justice, dû à la vulnérabilité, justifie alors que l'Etat mette en place des procédures automatiques ne nécessitant pas que la personne agisse par elle-même.

999. La fonction de qualification d'une atteinte procédurale éventuelle remplie par la vulnérabilité est l'une des facettes de cette fonction unique de qualification d'une atteinte que le droit attribue incontestablement à la notion lorsqu'il la prend en compte. Or, tel est le cas pour des mesures ponctuelles en

¹¹⁰⁸ CEDH, grande chambre, Aquilina c. Malte, 29 avril 1999, req. n° 25642/94 : *Rec. AD* 1999-III, § 49 ; CEDH, grande chambre, T.W. c. Malte, 29 avril 1999, Requête 25644/94, § 43.

droit interne et s'agissant de la protection conçue par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans tous les cas, la vulnérabilité matérielle de la personne induit un risque d'atteinte matériel à certains droits procéduraux. La vulnérabilité et le risque sont les éléments constitutifs d'une atteinte éventuelle. La protection de la personne vise alors à éviter que cette atteinte éventuelle ne se réalise. Le droit intervient alors soit sur la vulnérabilité, l'incapacité de se défendre de la personne est alors compensée ; soit, le plus souvent, le risque d'atteinte est neutralisé par des mesures spécifiques.

Conclusion du Titre II

1000. La vulnérabilité de la personne, lorsqu'elle est prise en compte par le droit, contribue ainsi à qualifier une atteinte se manifeste par un certain degré de gravité. On constate qu'effectivement les matières dans lesquelles la notion de vulnérabilité accède au droit sont principalement le droit pénal interne et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Or, il est indéniable que par principe ces matières comportent la définition de comportements considérés *a priori* comme extrêmement graves dans l'échelle de gravité des comportements répréhensibles. La vulnérabilité qualifie ainsi l'atteinte avérée dans sa gravité même. Il n'est dès lors pas surprenant que, lorsque la vulnérabilité est prise en compte dans un souci de protection de la personne, avant donc la survenance éventuelle d'une agression, la protection n'intervienne que pour neutraliser des atteintes considérées comme graves. Leur gravité ne permet que de mieux les prévoir sans doute.

1001. La vulnérabilité contribue à qualifier toutes sortes d'atteintes caractérisées par un certain degré de gravité. Ainsi, la vulnérabilité, lorsqu'elle n'est pas prise en compte pour qualifier l'existence d'un abus de situation, participe à la qualification d'une autre atteinte grave que ce soit relativement à sa gravité ou relativement à son éventualité. C'est alors à la condition que la vulnérabilité entre dans un tel mécanisme qu'il est possible de la concevoir comme une notion juridique.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

1002. Dans l'extrême diversité juridique des domaines où la vulnérabilité de la personne est retenue, une constante a pu être dégagée. En effet, sous des manteaux apparemment très différents, de la sanction à la protection de la personne en passant par l'aggravation de sa situation, la prise en compte juridique de la vulnérabilité montre finalement que le tailleur est toujours le même. C'est en effet que la vulnérabilité, dans toutes ces situations juridiques, apparaît comme ayant une fonction unique. Elle contribue toujours à la qualification d'une atteinte. L'élément constitutif principal de celle-ci est l'atteinte matérielle risquée par la personne en raison de sa vulnérabilité. Certes, parfois une telle fonction est évidente. Tel est le cas lorsque la vulnérabilité contribue à qualifier l'existence d'un abus de situation ou d'une atteinte avérée plus généralement. Cette fonction apparaît aussi assez clairement lorsque la vulnérabilité contribue à apprécier la gravité d'une atteinte. La fonction de qualification ne porte plus alors sur l'existence même de l'atteinte, mais sur une partie plus infime de sa qualification juridique, la part de gravité qu'elle porte du fait de la vulnérabilité.

1003. Parfois, au contraire, la fonction doit être mise en lumière parce qu'elle n'apparaît pas explicitement. Ainsi, lorsque la vulnérabilité tend à la protection de la personne contre un abus ou contre toute autre atteinte grave, la démonstration est plus ardue. En effet, il faut nécessairement décomposer la structure logique qui conduit à imposer la protection. Or, pour que la protection soit efficace, il faut identifier l'élément contre lequel la personne doit être protégée. Il est alors impératif de déterminer l'atteinte matérielle que risque la personne, dans cette opération la vulnérabilité se révèle être l'élément central. Par sa matérialité, elle permet de définir une situation de vulnérabilité face à certains types d'atteintes. L'atteinte éventuelle est alors un concept dont les éléments constitutifs sont la vulnérabilité matérielle et l'atteinte risquée. Cette structure rejoint celle déjà décrite lorsque la vulnérabilité contribue à qualifier une atteinte avérée.

1004. La participation de la vulnérabilité à la qualification d'une atteinte apparaît comme son unique fonction juridique, une notion juridique de vulnérabilité ne peut exister pleinement en dehors de celle-ci. Une telle constance est la manifestation éclairante que la fonction de la vulnérabilité conditionne l'existence juridique de la vulnérabilité en tant que notion de droit.

CONCLUSION GENERALE

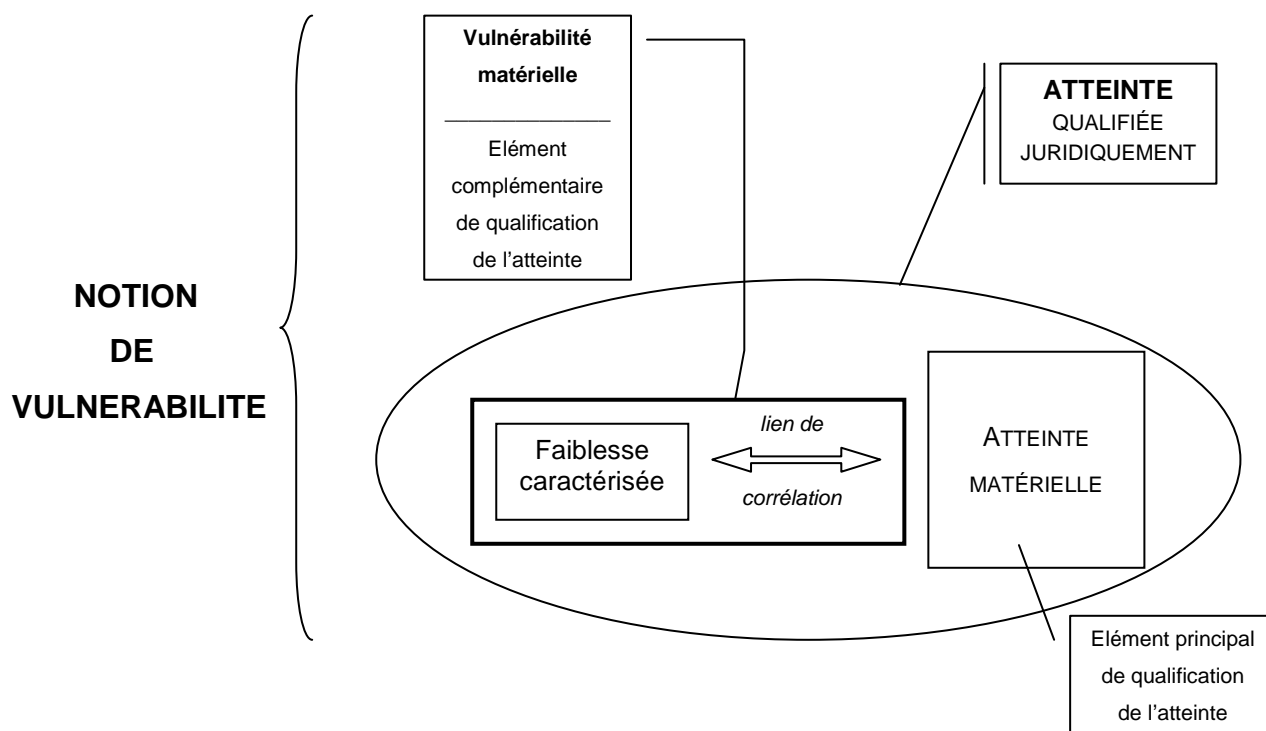
1005. Au terme de cette étude, il est possible d'affirmer que la vulnérabilité n'est pas seulement une notion matérielle, mais une véritable notion juridique. Comment s'effectue ce passage de l'un à l'autre ?

1006. Matériellement, une faiblesse de la personne doit placer celle-ci dans une situation de vulnérabilité. La faiblesse peut être de toute nature, dès lors qu'elle atteint un degré suffisant au regard des circonstances. Surtout, en raison de cette faiblesse la personne est particulièrement exposée à une atteinte.

1007. Juridiquement, c'est la fonction de la vulnérabilité qui est essentielle : la vulnérabilité participe toujours à la qualification juridique d'une atteinte. La fonction intègre la matérialité de la vulnérabilité dans un mécanisme juridique qui lui donne la consistance d'une notion juridique. Se dessine alors la nature de l'*atteinte* : concept juridique à distinguer de l'*atteinte matérielle risquée*, en fait, par la personne en raison de sa faiblesse.

1008. Un schéma permet de replacer ces différentes conditions selon la place qu'elles occupent dans la structure de la notion de vulnérabilité. Une précision s'impose : ce schéma se veut général, détaché donc du contexte ponctuel de qualification d'une atteinte particulière. En effet, l'atteinte est qualifiée, sur le plan juridique, à titre principal par l'atteinte matérielle ; la vulnérabilité matérielle vient alors au soutien de cette qualification dont elle est un élément complémentaire. Cela étant, il n'est évidemment pas exclu que d'autres éléments que la vulnérabilité matérielle participent à la qualification de l'atteinte : un élément moral, une circonstance de fait ou de droit (circonstance aggravante en droit pénal, contexte juridique en droit européen des droits de l'homme...), une qualité de l'auteur (fonction, autorité sur la victime...), une autre qualité de la victime (patrimoine, fonction...). C'est en gardant à l'esprit cette capacité de la notion de vulnérabilité à

garder sa propre unité de structure, pour la qualification d'atteintes variées, qu'il convient de lire le schéma qui suit.



1009. La qualification juridique de l'atteinte, à laquelle participe la vulnérabilité matérielle, est tournée vers deux objectifs fondamentaux : la sanction de l'auteur de l'atteinte ou la protection de la personne vulnérable. Ces finalités permettent de rendre compte de toute la dimension juridique de la notion de vulnérabilité au-delà de son existence.

1010. Cela dit, il faut tempérer : le recours à la notion de vulnérabilité n'est en aucun cas indispensable pour atteindre de telles finalités, loin s'en faut ! Il suffit alors que, selon une disposition légale ou une décision ponctuelle du juge, une faiblesse particulière (une déficience psychique) permette de qualifier un abus, par exemple, parce que justement, en fait, cette faiblesse expose particulièrement la personne aux actes visant à profiter d'elle. Pourquoi alors serait-il nécessaire de

recourir à une notion superflue étant donné l'existence de moyens comparables pour obtenir le même résultat : une sanction ou une protection ? D'ailleurs, le droit n'a pas attendu la notion de vulnérabilité pour sanctionner les personnes indélicates envers les faibles ou protéger ceux-ci.

1011. Il y a là un argument sérieux. Son poids n'est toutefois réel que dans un contexte où la vulnérabilité est une notion juridique floue, sans cadre. En revanche, si l'on utilise la définition de la vulnérabilité proposée, il devient alors utile d'y avoir recours. Le caractère superflu de la notion se dissipe au profit d'une plus grande sécurité juridique : le raisonnement à suivre est balisé, toutes les étapes le composant sont soumises à des conditions précises. Le recours à la seule notion de vulnérabilité, par le mécanisme qu'elle impose, simplifie le travail du législateur ou du juge : il réalise une économie de droit. Des situations matérielles différentes conduisant à des conséquences variées seront couvertes d'un même manteau juridique, parce qu'elles obéissent à une structure commune.

1012. Dès lors, il est possible d'établir une typologie des situations permettant la prise en compte de la vulnérabilité de la personne en droit privé. Les quatre situations types, présentées ci-dessous, recouvrent globalement l'ensemble des situations rencontrées au cours de ce travail et se recoupent parfois. L'objectif est seulement de proposer une typologie représentative sans rechercher l'établissement de catégories ; au contraire, l'intention est de refléter une grande élasticité, sans tendre à l'exhaustivité, et de laisser le livre ouvert pour l'avenir.

Première situation type

1013. Une personne handicapée, très âgée, un enfant, bref, une personne dont la vulnérabilité physique est avérée (origine de vulnérabilité) se trouve, en raison de la nature de sa faiblesse, particulièrement exposée aux agressions physiques (situation de vulnérabilité caractérisée par le lien de corrélation entre l'atteinte matérielle risquée et l'origine de la vulnérabilité).

1014. Cette vulnérabilité matérielle est susceptible de contribuer à la qualification de plusieurs types d'atteintes sur le plan juridique :

- meurtre, tortures et actes de barbarie, violences, bizutages, agressions sexuelles, vol, extorsion, en droit pénal ;
- violations du droit à la vie ou de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, ainsi que de la torture ; violation de l'atteinte à la vie privée et familiale en cas de mauvais traitements entre particuliers garantis par les articles 2, 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;
- atteintes éventuelles à l'intégrité physique des personnes, dans certaines dispositions protectrices contre de telles atteintes : en droit pénal (délaissement, risque de renouvellement ou de continuation d'une infraction, omission de porter secours) ; en matière de recherche médicale ; en droit de la protection sociale (protection des enfants, des personnes âgées, des femmes contre les mauvais traitements) ; en matière procédurale pour les victimes et les témoins vulnérables (droit interne et européen)...

1015. On le voit, la notion de vulnérabilité s'adapte : des origines matérielles diverses exposant au risque d'une atteinte violente sont susceptibles de qualifier des atteintes variées en droit.

Deuxième situation type

1016. Une personne âgée, dépendante, isolée, malade ou déficiente psychiquement, socialement et culturellement exclue, bref présentant une faiblesse altérant ses capacités de comprendre, juger et vouloir (origine de vulnérabilité), est peu apte à résister aux actes destinés à abuser sa volonté, profiter de la situation (situation de vulnérabilité découlant du lien de corrélation). Dans ce cas, l'atteinte matérielle consiste en un abus. Mais elle peut consister en des actes, qui sans constituer un abus au sens strict, en sont très proches : l'auteur de l'atteinte matérielle n'exploite pas directement la faiblesse de la personne, il profite de son infériorité de fait. Quoi qu'il en soit, l'atteinte matérielle est facilitée, pour l'auteur, par la faiblesse de la personne.

1017. Cette vulnérabilité matérielle est susceptible de participer à la qualification de plusieurs types d'atteintes :

- abus de faiblesse en droit de la consommation ou en droit pénal ;
- harcèlement moral et sexuel en droit du travail et en droit pénal ;
- escroquerie, extorsion, vol, abus de confiance en droit pénal ;
- abus de situation en droit civil (dol, violence, abus de droit, faute contractuelle) ;
- abus éventuels (en matière de recherche médicale, incapacités de défiance, risques d'abus dans le fonctionnement d'un régime de protection) donnant lieu à des mesures de protection préventives.
- proxénétisme, traite des êtres humains, exploitation de la mendicité, recours à la prostitution d'une personne vulnérable, soumission à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine, en droit pénal. Si l'abus n'a pas à être caractérisé ici, c'est que l'on veut que l'atteinte soit plus facilement qualifiée, afin d'en faciliter la sanction (les faits sont très graves, et l'abus, bien que manifeste, reste difficile à établir indépendamment de ses effets, le choix est donc fait de ne pas exiger son établissement).

1018. Cette situation type est particulièrement intéressante. En effet, elle met en lumière le fait que la notion de vulnérabilité transcende les barrières existant entre les différentes disciplines du droit privé. La vocation de la notion à se développer dans tout le droit privé apparaît nettement. Pour les actes les pires, il semble d'ailleurs que les barrières ne peuvent exister : la sanction des formes "modernes" de l'esclavage intervient aux confins de l'intolérable, là où les clivages entre les disciplines de droit n'existent plus, en matière de travail, de logement, de conditions sociales...

Troisième situation type

1019. La faiblesse de la personne (origine de vulnérabilité) résulte d'une déficience, d'une fragilité psychologique et de l'isolement car elle se trouve dans une institution : établissements de soin, maisons de retraite, centres pour personnes handicapées, centres d'aide par le travail, lieux d'hébergement de travailleurs agricoles saisonniers, centres pour jeunes en difficulté, établissements scolaires, établissements pénitentiaires, locaux de police ou de gendarmerie, zones d'attente retenant des étrangers... Cette personne est particulièrement exposée aux actes commis par les membres, mal intentionnés, des personnels de ces institutions et encadrant ces personnes (qui se trouvent donc en situation de vulnérabilité).

1020. La vulnérabilité contribue alors à qualifier plusieurs types d'atteintes :

- violences physiques ou morales, agressions sexuelles, bizutage, harcèlement sexuel ou moral, vol, extorsions, en droit pénal.
- violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants et de la torture.
- incapacités de défiance.

Quatrième situation type

1021. Un enfant, une personne âgée dépendante, une personne handicapée mentale, une personne malade, fragile psychologiquement, une personne en grande difficulté sociale ou économique (origine de vulnérabilité) se trouve, dans certaines circonstances, plus exposée qu'une autre à la violation d'un droit dont elle est titulaire, ou trouvera plus de difficultés qu'une autre à exercer ce droit, et ce en raison de sa faiblesse (situation de vulnérabilité).

1022. Cette vulnérabilité matérielle de la personne contribue à la qualification d'une atteinte, qui est en fait la violation du droit en question, dont par ailleurs toute personne bénéficie :

- violation du droit d'accès effectif à la justice (européenne en particulier, article 34 *in fine* de la Convention européenne des droits de l'homme) ;
- violation des droits de la défense en matière procédurale ;
- violation d'une obligation générale ou particulière d'information en matière contractuelle, spécialement dans les contrats déséquilibrés ;
- atteinte éventuelle au droit d'accès à la justice dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (accès au juge interne et au juge européen).

1023. L'impression générale est nette : la notion de vulnérabilité n'est pas en demi-teinte : une origine marquée par une faiblesse indiscutable, la participation à la qualification d'une atteinte grave.

1024. La prise en considération expresse par le droit privé d'une notion juridique implique inévitablement ce fort caractère. Comment imaginer qu'elle puisse s'imposer autrement ? Matériellement, la vulnérabilité évoque un rapport de force, juridiquement elle entre dans un rapport de force. La notion, pour éclore et survivre en droit, doit donc être dotée de critères sûrs et restrictifs au départ. Ce n'est que suite à sa reconnaissance juridique, conformément à de tels critères, qu'il sera envisageable d'en élargir la conception. L'épanouissement de la notion s'accommodera peut-être d'un assouplissement des conditions la constituant. L'avenir est un possible que le présent se propose de déterminer.

BIBLIOGRAPHIE

TRAITES, MANUELS GENERAUX

Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE,

Précis de droit civil, Tome I, Paris, Larose, 10^e éd., 1908, (pp. ?).

Michel BAUER, Thierry FOSSIER,

Les tutelles, Protection juridique et sociale des enfants et des adultes, Paris, ESF éditeur, 3^e éd., 1999, 411 pp.

Alain BENABENT,

Droit civil, La famille, Paris, Litec, 10^e éd., 2001, 515 pp.

Bernard BOULOC,

Pénologie, exécution des sanctions. Adultes et mineurs, Paris, Précis, Droit privé, Dalloz, 2^e éd., 1998, 454 pp.

Jean CALAIS-AULOY, Frank STEINMETZ,

Droit de la consommation, Paris, Précis, Droit privé, Dalloz, 2003, 6^e éd., 631 pp.

Jean CARBONNIER,

Droit civil, Introduction, Paris, Thémis, Droit privé, P.U.F., 27^e éd. refondue, 2002, 391 pp.

Droit civil, Les personnes, personnalité, incapacités, personnes morales, Paris, Thémis, Droit privé, P.U.F., 22^e éd., 2000, 425 pp.

Philippe CONTE, Patrick MAISTRE du CHAMBON,

Droit pénal général, Paris, U Série Droit, Armand Colin, 6^e éd., 2002, 363 pp.

Procédure pénale, Paris, U Série Droit, Armand Colin, 4^e éd., 2002, 468 pp.

Gérard CORNU, sous l'égide de l'association Henri Capitant,

Vocabulaire Juridique, P.U.F., 8^e éd. rev. et augm., 2000, 925 pp.

André DECOCQ,

Droit pénal général, Paris, Coll. U, Série Droit pénal et Sciences criminelles, Librairie Armand Colin, 1971, 446 pp.

Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT,

Les obligations, 1, L'acte juridique, Paris, U Série Droit, Armand Colin, 10^e éd., 2002, 409 pp.

Thierry GARE, Catherine GINESTET,

Droit pénal, Procédure pénale, Paris, HyperCours, Dalloz, 2^e éd. 2002, 390 pp.

René GARRAUD,

Traité théorique et pratique du droit pénal français, vol. I (6 Vol.), 3^e éd. par Paul GARRAUD, Paris, Sirey, 1913 à 1926, 813 pp.

Raymond GASSIN,

Criminologie, Paris, Précis, Droit privé, Dalloz, 4^e éd., 1998, 705 pp.

Eugène GAUDEMET, Henri DESBOIS, Jacques GAUDEMET,

Théorie générale des obligations, Paris, Sirey, réimpression de l'édition publiée en 1937, 508 pp.

Jacques GUESTIN,

Traité de droit civil, La formation du contrat, Jacques GUESTIN (Sous-dir.), Paris, L.G.D.J., 3^e éd., 1993, 976 pp.

Gilles GOUBEAUX,

Traité de droit civil, Les personnes, Jacques GUESTIN (Sous-dir.), Paris, L.G.D.J., 1989, 602 pp.

Jacques GUESTIN, Gilles GOUBEAUX,

Traité de droit civil, Introduction générale, Jacques GUESTIN (Sous-dir.), Paris, L.G.D.J., 1990, 3^e éd., 821 pp.

Louis JOSSERAND,

De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits, Paris, coll. Essais de téléologie juridique, Dalloz, 1927, 426 pp.

Jacques LEROY,

Droit pénal général, Paris, L.G.D.J., 2003, 532 pp.

Georges LEVASSEUR,

Cours de droit pénal spécial, Paris, Cours de droit, 1967-1968, 446 pp.

Claude LOMBOIS,

Droit pénal général, Paris, Les fondamentaux, Hachette Supérieur, 1994, 160 pp.

Philippe MALAURIE, Laurent AYNES,

Les personnes, les incapacités, Paris, Defrénois, 2003, 330 pp.

Jean-Pierre MARGUENAUD,

La Cour européenne des droits de l'Homme, Paris, Connaissance du droit, Dalloz, 2^e éd., 2002, 141 pp.

Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS,

Leçons de droit civil, Tome II, Obligation Théorie générale, Paris, Montchrestien, 9e éd. par François CHABAS, 1998, 1353 pp.

Roger MERLE, André VITU,

Traité de droit criminel, Droit pénal spécial, 2 volumes, Paris, Cujas, 1982, 2111 pp.

Joseph-Louis-Elzéar ORTOLAN,

Éléments de droit pénal, 2 volumes, Paris, Plon, 5^e éd., 1886, (pp. ?).

Marcel PLANIOL,

Traité élémentaire de droit civil, Tome II, Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, les privilèges, les hypothèques, Paris, L.G.D.J., 5^e éd., 1909, 1105 pp.

Jean PRADEL,

Droit pénal général, Paris, Manuels, Cujas, 14^e éd., 2002, 749 pp.

Droit pénal général, Paris, Manuels, Cujas, 11^e éd. à jour au 15 décembre 1996, 1996, 939 pp.

Jean PRADEL, Geert CORSTENS,

Droit pénal européen, Paris, Précis, Droit privé, Dalloz, 2^e éd., 2002, 609 pp.

Jean PRADEL, Michel DANTI-JUAN,

Droit pénal, Tome III, Droit pénal spécial, Paris, Cujas, 1995, 809 pp.

Jacques-Henri ROBERT,

Droit pénal général, Paris, Thémis, Droit privé, P.U.F., 5^e éd., 2001, 552 pp.

Michèle-Laure RASSAT,

Droit pénal général, Coll. Droit fondamental, Droit pénal, P.U.F., 2^e éd., 1999, 669 pp.

Droit pénal spécial, Infraction des et contre les particuliers, Paris, Précis, Droit privé, Dalloz, 4^e éd., 2003, 701 pp.

Gabriel ROUJOU DE BOUBEE, Jacques FRANCILLON, Bernard BOULOC, Yves MAYAUD,
Code pénal commenté, Article par article, Livre I à V, Paris, Dalloz, 1996, 878 pp.

Jean-Louis SOURIOUX,

Introduction au droit, Paris, Coll. Droit fondamental, P.U.F., 1^e éd., 1987, 243 p.

Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR, Bernard BOULOC,

Procédure pénale, Paris, Précis, Droit privé, Dalloz, 17^e éd., 2000, 978 pp.

Bernard TEYSSIE,

Droit civil, Les personnes, Paris, Litec, 8^e éd., 2003, 435 pp.

Anne TRIOMPHE, Camille HERMANCE,

Droit des personnes handicapées en France, Sceaux, Euredit, 1999, 301 pp.

Frédéric SUDRE,

La Convention européenne des droits de l'homme, Paris, Que sais-je ? P.U.F., 5^e éd., 2002, 127 pp.

Jean VINCENT, Serge GUINCHARD,

Procédure civile, Paris, Précis, Droit privé, Dalloz, 27^e éd. refondue, 2003, 1235 pp.

Robert VOUIN,

Droit pénal spécial, Infractions contre les biens, les personnes, la famille, les mœurs et la paix publique, Tome I, Toulouse, Précis Dalloz, Dalloz, 3^e éd., 1971, 592 pp.

OUVRAGES SPECIALISES, THESES, MEMOIRES

André-Jean ARNAUD (Sous-dir.),

Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris, L.G.D.J., 1993, 2^e éd., 758 pp.

Geneviève BAILLE,

La notion de personne particulièrement vulnérable, Mémoire D.E.A., Aix-Marseilles, 1995, 163 pp.

Bénédicte BEVIÈRE,

La protection de la personne dans la recherche biomédicale, Thèse Rennes I, Francis Kernalegou (Sous-dir.), 1996, 516 pp.

Pierre BONASSIES,

Le dol dans la conclusion des contrats, Thèse Lille, 1955, 2 Tomes, 615 pp.

Les Cahiers de la Société Française de Psychologie Légale,

Crédibilité et discernement, La revue de la Société Française de Psychologie Légale, 1997, n°2, 126 pp.

Jean CARBONNIER,

Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, Paris, L.G.D.J., 10^e éd., 2001, 493 pp.

Robert CARIO,

Victimologie, De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale, Paris, Coll. Traité de Sciences criminelles, L'Harmattan, 2000, 256 pp.

Centre de droit fondamental, Faculté de droit de Grenoble, Frédérique COHET-CORDEY (Sous-dir.),

Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2000, 336 pp.

Hélène COLONNA d'ISTRIA,

La notion de justification en droit pénal, Thèse Nice, Jean-François Renucci (Sous-dir.), 1997, 467 pp.

Commission de révision du code pénal,

Projet de nouveau code pénal, présentation par Robert BADINTER, Paris, Dalloz, 1988, 171 pp.

Gérard CORNU

Linguistique juridique, Paris, Domat, Droit privé, Montchrestien, 2^e éd., 2000, 443 pp.

L'art du droit en quête de sagesse, Paris, Coll. Doctrine juridique, P.U.F., 1998, 421 pp.

Adrien-Charles DANA,

Essai sur la notion d'infraction pénale, Paris, Bibliothèque de sciences criminelles, L.G.D.J., 1982, 568 pp.

Michel DANTI-JUAN, *L'égalité en droit pénal*, Jean Pradel (Sous-dir.), Paris, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, Cujas, 1987, 401 pp.

Noël DEJEAN DE LA BATIE,

Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français, Préface de Henri Mazeaud, Paris, L.G.D.J., 1965, 316 pp.

René DEMOGUE,

Les notions fondamentales du droit privé, essai critique, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1911, 681 pp.

Noëlle EULER,

La notion de risque en droit public, Thèse Grenoble II, François Servoin (Sous-dir.), 1999, 519 p.

Yves GAUDEMET,

Les méthodes du juge administratif, Georges Vedel (Sous-dir.), L.G.D.J., Paris, 1972, 321 p.

Claire GEFFROY,

La condition civile du malade mental et de l'inadapté, Préf. Henri-Daniel Cosnard, Toulouse, Librairies techniques, 1974, 281 pp. (Thèse Rennes I, 1971 remaniée)

François GENY,

Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique, Tome premier, Paris, L.G.D.J., 2^{de} éd., 1919, 446 pp.

Brigitte LHERBIER-MALBRANQUE,

La protection de l'enfant maltraité, Protéger, aider, punir et collaborer, Paris, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2000, 331 pp.

Claude LOMBOIS,

De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils, Thèse, Université de Poitiers, Faculté de droit et de sciences économiques, Paris, L.G.D.J., 1963, 347 pp.

Jean-Pierre MARGUENAUD,

L'animal en droit privé, préface de Claude Lombois, Thèse, Limoges, 1987, Paris, P.U.F, 1992, 557 pp.

Béatrice MAURER,

Le principe du respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme, Paris, Coll. Monde européen et international, Jacques Bourrinet (Sous-dir.), La documentation française, 1999, 555 pp.

Florence MILLET,

La notion de risque et ses fonctions en droit privé, Thèse Paris X-Nanterre, Antoine Lyon-Caen (Sous-dir.), 1998, 490 pp.

Jean-Claude MONTANIER,

L'incidence des prédispositions de la victime sur la causalité du dommage, Thèse Grenoble II, 1978, Grenoble, Service de reproduction des thèses Grenoble II, 1981, 531 pp.

Claire NEIRINCK,

La protection de la personne de l'enfant contre ses parents, Thèse 1982, Paris, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 1984, 453 pp.

Jean-Marie PLAZY,

La personne de l'incapable, Thèse Bordeaux IV, Jean HAUSER (Sous-dir.), 1998, 698 pp.

Pierrette PONCELA, Pierre LASCOUMES, en collaboration avec Daniel CHARLES, Anna LEPAIGNE, Catherine VIDAL-ENGAURAN,

Réforme ou reconstruction de l'ordre public ? La réforme du code pénal de 1992, Convention de recherche n°RE 9522 de la Mission de Recherche Droit et Justice, Ministère de la Justice, Juin 1998, 303 pp.

Jean PRADEL,

La condition civile du malade, Thèse Poitiers, Gérard Cornu (Sous-dir.), Paris, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 1963, 278 pp.

Stéphane RIALS,

Le juge administratif et la technique du standard, Paris, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., 1980, 564 pp. (Texte remanié de : Thèse doctorat Droit, Prosper Weil (Sous-dir.), Paris II, 1978).

Georges RIPERT,

Les forces créatrices du droit, Paris, L.G.D.J., 1955, 2^e éd., 431 pp.

La règle morale dans les obligations civiles, Paris, L.G.D.J., 1949, 4^e éd., 421 pp.

Jean ROVINSKY,

La violence dans la formation du contrat, Thèse Aix-Marseille, M. Borysewicz (Sous-dir.), 1987, 418 pp.

Vasile V. STANCIU,

Les droits de la victime, Paris, coll. Droit d'aujourd'hui, P.U.F., 1985, 116 pp.

Philippe STOFFEL-MUNCK,

L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, Thèse, L.G.D.J., 2000, 649 pp.

Aline TERRASSON DE FOUGERES,

Le modèle en droit privé de la famille, Notion et fonction (Essai de droit comparé interne), Thèse Paris II, Gérard Cornu (Sous-dir.), 1994, 408 p.

Hans VON HENTIG,

The criminal and his victim. Studies in the sociobiology of crime, New Haven, Yale University Press, 1948.

ARTICLES, RAPPORTS, ETUDES

Ronny ABRAHAM,

Article 25, In : Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT (Sous-dir.), *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^e éd., 1999, pp. 579-590.

Frédérique AGOSTINI,

La responsabilité pénale en droit de la consommation, panorama de la jurisprudence de la Chambre criminelle, In : *Rapport de la Cour de cassation 2002*, Paris, La documentation française, 2003, pp. 119-144.

Françoise ALT-MAES

Le concept de victime en droit civil et en droit pénal : *Rev. sc. crim.* 1994, pp. 35-52.

Un exemple de dépénalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel : *Rev. sc. crim.* 1998, pp. 301-313.

Rapport de synthèse, In : Colloque, Le consentement aux actes médicaux, *Gaz. Pal.* 1999, 1, Doctr. pp. 45-50.

Paul AMSELEK,

Le doute sur le droit ou la teneur indéterminée du droit, *In* : Institut de formation continue du Barreau de Paris, *Le doute et le droit*, Philosophie et théorie générale du droit, Dalloz, 1994, pp. 57-78.

Suzanne ANTOINE,

La loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 et la protection animale : *D.* 1999, Chron. p. 167-168.

Le droit de l'animal, évolutions et perspectives : *D.* 1996, Chron. pp. 127-130

L'animal et le droit des biens : *D.* 2003, Chron. pp. 2651-2654.

AN,

Rapport de Michel PEZET au nom de la Commission des lois sur le projet de loi portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, n° 2121, Tome I, Exposé général – examen des articles, 1990-1991.

Rapport de M. Jean-Luc WARSMANN, au nom de la Commission des lois sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, n° 1236, Tome I (2003-2004), 19 novembre 2003.

Rapport de M. Christian ESTROSI, au nom de la Commission des lois sur le projet de loi pour la sécurité intérieure, n° 508, 18 décembre 2002.

Christian ATIAS

Définir les définitions juridiques ou définir le droit : *Les définitions dans la loi et les textes réglementaires*, Colloque Aix-en-Provence, 11-12 septembre 1987, *R.R.J.* Cahiers de méthodologie juridique, n° 2, pp. 1081-1096.

Savoirs et pouvoirs juridiques : des ombres portées : *R.R.J.* 2001, pp. 59-75.

Claudine ATTIAS-DONFUT,

La construction sociale de la dépendance, *In* : Francis KESSLER (Sous-dir.), *La dépendance des personnes âgées*, Paris, Droit sanitaire et social, Série actions, éd. Sirey, 2^e éd., 1997, pp. 15-24.

Cécile BARBERGER,

Les personnes vulnérables, *In* : Actes du XIII^e Congrès de l'association française de droit pénal, Le nouveau code pénal : deux années d'application, *Rev. jur. d'Île-de-France*, 1994, n° 44, pp. 179-191.

ibid. : *Rev. pénit.* 1996, n°3, pp 277-287.

Florence BELLIVIER,

Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales : *RTD civ.* 2001, pp.682-687.

Brigitte BELLOIR-CAUX,

Le délit d'abus de faiblesse ou d'ignorance : une protection excessive ? *Petites affiches*, 1993, n°70, pp.19-24.

Monique BIDLOWKI,

Le bébé avant la naissance : particularités de la vie psychique de la femme enceinte, in : *Le fœtus et son entourage*, Genève, éd. Médecine et hygiène, 1989, pp 51-59.

Ch. BLAEVOET,

De l'anormal devant les hautes juridictions civile et administrative : *J.C.P.* 1946, Doctr. 560, 11 pp.

Myriam BLUMBERG-MOKRY, L'embryon humain aux prises avec le droit : *L.P.A.* 2003, n°48, pp. 12-19.

Yvaine BUFFELAN-LANORE,

Condition : *Rép. civ. Dalloz*, Vol. III, 16 pp.

Jeannette BOUGRAB,

L'aide juridictionnelle, un droit fondamental ? *AJDA* 2001, Etudes, pp. 1016-1024.

Florence BURGAT,

Res nullius, l'animal est objet d'appropriation : *Arch. Phil. Droit* 1993, t. 38, pp. 286-289.

Christian BYK

Recherche médicale et droits de l'homme. Une approche européenne : *JCP* 1993 éd. G, I, 3719, pp 484-488.

L'exemple du droit comparé : *Journ. int. bioéth.* 1993, vol. 4, Hors série, pp 21-23.

Expérimentation sur la personne humaine : protection du consentement, Article 223-8 et 223-9 : *J.-Cl. Pénal*, 14 pp.

Jean CARBONNIER,

Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du code pénal : *J.C.P.* 1952, éd. G., I, 6 pp.

Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille, *In* : Centre national de recherches de logique, Travaux publiés par Ch. Perelman et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 99-112.

Robert CARIO,

Victimisation des aînés et aide aux victimes, *Rev. sc. crim.* 2002, pp. 81-94.

Robert CASTEL,

La dynamique du processus de marginalisation : de la vulnérabilité à la désaffiliation : *Cah. rech. socio.* 1994, n°22, pp. 11-25.

Raphaël CELIS,

Entre monde et infini, La condition de l'homme moderne chez Descartes et Lévinas : *Cah. école sc. philo. relig.* 1990, n°8, pp. 43-66.

François CHABAS,

La protection du vieillard : *Dr. et patrimoine*, octobre 1996, n°42, pp. 54-62.

Albert CHAVANNE,

Interventions aux Séances du 24 août 1964 et du 27 août 1964, *In* : Association internationale de droit pénal, IX^e Congrès international de droit pénal, *Les circonstances aggravantes autres que le concours d'infraction et la récidive*, Vol. I, La Haye, 1964, éd. Centre scientifique d'information et de documentation du Ministère de la justice des Pays-Bas, 1964, pp. 70-72 et 116-119.

Jean-Pascal CHAZAL,

Le consommateur existe-t-il ? *D.* 1997, Chron. pp. 260-266.

Jean-Pierre CHAUCHARD,

Subordination et indépendance : un Sisyphe juridique ? *Travail et protection sociale* 2001, Chron. 22, pp. 4-5.

Pierre CHEVALIER,

L'aide juridictionnelle : *Procédures*, 2001, n°11, Chron.16, pp. 3-5.

Christian CHOMIENNE et Christian GUERY,

Secret, révélation, abstention, ou les limites de la liberté de conscience du professionnel dans le nouveau code pénal : *ALD*, 1995, Comm. lég. pp 85-92.

Gérard CORNU,

Les définitions dans la loi, *In* : *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 77-92.

Fabrice COURAULT,

L'APA : bienfaits et incertitudes : *RJPF* 2001, n°11, pp.6-9.

Alain COURET,

L'abus de droit : *Diplôme* 1998, n°21, pp. 12-13.

Gérard COUTURIER,

Les relations entre employeurs et salariés en droit français, *In* : Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I, Dir. Jacques GUESTIN, Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, Dir. Marcel FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 143-164.

Chantal CUTAJAR,

La loi pour la sécurité intérieure (principales dispositions), *D.* 2003, Chron. pp. 1106-1112.

Caroline DAIGUEPERCE,

L'animal, sujet de droit, réalité de demain : *Gaz. Pal.* 1981, 1, Doctr. pp. 160-164.

Michel DANTI-JUAN,

La contribution du nouveau code pénal au débat sur la nature juridique de l'animal : *RD rur.* 1996, pp. 477-482.

Lin DAUBECH,

Les formes légales du consentement, *In* : Colloque, Le consentement aux actes médicaux, *Gaz. Pal.* 1999, 1, Doctr. pp 19-26.

Pierre DECHEIX,

Abus frauduleux d'une état de faiblesse, Article 313-4 : *J.-Cl. Pénal*, 1996, 12 pp.

Mireille DELMAS-MARTY,

Vers une autre logique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : *D.* 1988, Chron. pp. 221-224.

René DEMOGUE,

Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance : *RTD civ.* 1905, pp. 723-791.

De la violence comme vice du consentement : *RTD civ.* 1914, pp. 435-480.

Denis DENDONCKER,

L'essor de l'obligation d'information médicale, *Contrats, conc., consom.* 2000, Chron. 9, pp. 4-9.

Di BIRCH,

A better deal for vulnerable witnesses? *The criminal Law Review*, 03/2000, pp.223-249.

Frédérique DREIFUSS-NETTER,

Délaissement d'une personne hors d'état de se protéger, Articles 223-3 et 223-4, *J.-Cl. Pénal*, 7 pp.

Jean-Paul DOUCET,

La condition préalable à l'infraction, *Gaz. Pal.* 1972, 2, Doctr. pp. 726-729.

Pierre-Mathieu DUHAMEL,

Le devoir de loyauté dans l'exploitation des marques : *Gaz. Pal.* 2000, novembre-décembre, Doctr. pp. 2135-2138.

Bernard EDELMAN,

La dignité de la personne humaine, un concept nouveau : *D.* 1997, Chron. pp. 185-192.

De la liberté et de la violence économique : *D.* 2001, Chron. pp. 2315-2319.

Jean-Marc ELCHARDUS,

Aspects théoriques de l'évaluation de la crédibilité des victimes en justice, In : Claude LOUZOUN et Denis SALAS (Sous-dir.), *Justice et psychiatrie, normes, responsabilité, éthique*, Raymonville Saint-Agne, Collection Etudes, Recherches, Actions en Santé Mentale en Europe, Erès, 1998, pp. 195-201.

Henri ELLENBERGER,

Relations psychologiques entre le criminel et la victime : *Rev. int. crim. pol. techn.* 1954, VII, pp 103-121.

Ezzat A. FATTAH

Le rôle de la victime dans le passage à l'acte, vers une approche dynamique du comportement délictuel : *Rev. int. crim. pol. techn.* 1973, n°2, pp. 173-188

Victimologie : tendances récentes : *Criminologie* 1980, n°1, pp 6-36.

Jean-François FLAUSS

Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (novembre 1998 – avril 2000) : *AJDA* 2000, Doctr. pp.526-544.

Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (novembre 2000 – octobre 2001), *AJDA* 2001, Doctr. pp.1060-1077.

Marcel FONTAINE,

La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse), In : Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I, Dir. Jacques GUESTIN, Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, Dir. Marcel FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 615-652.

P. FORIERS,

Présomptions et fictions, In : Centre national de recherches de logique, Travaux publiés par Chaïm PERELMAN et P. FORIERS, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp. 7-26.

Elisabeth FORTIS,

La lutte contre l'abus de dépendance des personnes âgées, In : Francis KESSLER (Sous-dir.), *La dépendance des personnes âgées*, Paris, Droit sanitaire et social, Série actions, éd. Sirey, 2^e éd., 1997, pp. 176-192.

Thierry FOSSIER,

Droits de la défense et personnes vulnérables : *Rev. sc. crim.* 1998, pp 57-68.

Le rapport du groupe Jean Favard sur le dispositif de protection des majeurs : *J.C.P.* 2000 éd. G, Act. pp. 1055-1057.

Démocratie sanitaire et personnes vulnérables : *J.C.P.* 2003, éd. G. I, 135, pp. 931-936.

Thierry FOSSIER, Philippe DARRIEUX,

La contraception et les personnes handicapées mentales. Le point de vue des juges : *Gaz. Pal.* 1998, 1, libres propos, pp 9-10.

Thierry FOSSIER et Thierry VERHEYDE,

La stérilisation à fins contraceptives des incapables majeurs L. n° 2001-588, 4 juillet 2001 : *J.C.P.* 2001, éd. G., Act. pp. 1477-1479.

Stéphanie FOURNIER,

Le nouveau code pénal et le droit de la complicité : *Rev. sc. crim.* 1995, pp. 475-504.

Sandrine FREMEAU,

Enfant et normalité : *R.R.J.* 1999, pp 139-150.

Marie-Anne FRISON-ROCHE,

Les droits de la défense en matière pénale, In : Remy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (Sous-dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2002, 8^e éd., pp. 539-559.

Didier FROGER,

95^e congrès des notaires de France, Marseille 9-12 mai 1999, Demain la famille, La dépendance des personnes âgées et la solidarité familiale, *J.C.P.* 1999, éd. N., I, 484, pp. 484-488.

Alain GARAY,

Consentement aux actes médicaux et droits des patients, In : Colloque, Le consentement aux actes médicaux, *Gaz. Pal.* 1999, 1, Doctr. pp. 26-36.

Le droit au suicide assisté et le Cour européenne des droits de l'homme : le "précédent" de la dramatique affaire Pretty : *Gaz. Pal.* 2002, 2, Doctr. pp. 1244-1248.

Raymond GASSIN,

L'influence du mouvement de la défense sociale nouvelle sur le droit pénal français contemporain, In : Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, Etudes de sciences pénales et de politique criminelle, Vol. II, Aspects nouveaux de la pensée juridique, Paris, Pédone, 1975, pp. 3-17.

La criminologie et les tendances modernes de la politique répressive : *Rev. sc. crim.* 1981, pp 265-279.

Les définitions dans les textes en matière pénale, *Les définitions dans la loi et les textes réglementaires*, Colloque Aix-en-Provence, 11-12 septembre 1987, *R.R.J. Cahiers de méthodologie juridique*, n°2, pp. 1019-1 042.

Séduction idéologique ou réalisme scientifique ? Réponse à Francis Caballero, *Droits : Rev. fr. théorie juridique*, 1994, n°19, pp. 137-151.

Jacques GHESTIN,

L'abus dans les contrats : *Gaz. Pal.* 1981, 2, Doctr. pp. 379-384.

Jean-Louis GOUTAL,

L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose : *Rev. sc. crim.* 1980, pp 911-941.

Christian GUERY,

Le défaut de protection de l'enfant par le professionnel : un nouveau délit ? *D.* 2001, Doctr. pp. 3293-3298.

Geneviève GUIDICELLI-DELAGE,

La responsabilité pénale des travailleurs sociaux au regard du nouveau code pénal : *RD sanit. soc.*, 1993, n°4, pp 708-724.

La responsabilité des travailleurs sociaux au regard du nouveau code pénal, *In* : Sylvie HENNION-MOREAU et Francis PINTIAU (Sous-dir.), *Les travailleurs sociaux, statuts et responsabilités*, Paris, coll. Droit sanitaire et social, Sirey, 1995, 2^e éd., pp. 106-122.

Daniel GUINIER,

Une signature numérique insatisfaisante est-elle encore une signature ? *Gaz. Pal.* 2001, 1, Doctr. pp. 559-562.

Jean-Pierre GRIDEL,

L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle, *In* : Rapport de la cour de cassation 2000, *La protection de la personne*, La documentation Française, pp. 79-92.

La sénescence mentale et le droit : *Gaz. Pal.* 2001, 1, pp. 4-12.

Jean HAUSER,

La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes, *In* : Francis KESSLER (Sous-dir.), *La dépendance des personnes âgées*, Paris, Droit sanitaire et social, Série actions, éd. Sirey, 2^e éd., 1997, pp. 159-175.

La notion d'incapacité, *Petites affiches* 2000, n° 164, pp. 3-8.

Anne d'HAUTEVILLE,

La gradation des fautes pénales en matière d'atteinte à la vie et à l'intégrité physique, *In* : Equipe de recherche sur la politique criminelle, Christine LAZERGES (Sous-dir.), *Réflexions sur le nouveau code pénal*, Paris, Pédone, 1995, pp. 31-56.

Bertrand HOHL, Marie VALDING,

Protection des personnes vulnérables. Le droit français devrait-il s'inspirer du droit allemand ? *Gaz. Pal.* 2000, mars-avril, Doctr. pp. 634-635.

Marie-Laure IZORCHE,

La genèse du délit d'abus de faiblesse, *In* : Equipe de recherche sur la politique criminelle, Christine LAZERGES (Sous-dir.), *Réflexions sur le nouveau code pénal*, Paris, Pédone, 1995, pp. 107-119.

Abus de faiblesse ou d'ignorance : *Rép. pén. Dalloz*, 22 pp.

Wilfrid JEANDIDIER,

La protection pénale de l'animal, *In* : Mélanges offerts à Albert Chavanne, *Droit pénal, propriété industrielle*, Paris, Litec, 1990, pp. 81-93.

Sophie JOLY,

Le passage de la personne, sujet de droit, à la personne, être humain : *Droit de la famille*, n° 10, octobre 2001, Chron. 22, pp. 9-15.

Carol JONAS,

Maladie et témoignage en justice : *Médecine et droit*, 1998, n° 29, pp. 11-14.

N. KERSCHEN,

La reconnaissance de la dépendance comme un nouveau risque de sécurité sociale. L'expertise luxembourgeoise, *In* : Francis KESSLER (Sous-dir.), *La dépendance des personnes âgées*, Paris, Droit sanitaire et social, Série actions, éd. Sirey, 2^e éd., 1997, pp. 70-79.

Francis KESSLER,

La prestation spécifique dépendance (premier commentaire de la loi n° 97-60 du 24 janvier 1997), *In* : Francis KESSLER (Sous-dir.), *La dépendance des personnes âgées*, Paris, Droit sanitaire et social, Série actions, éd. Sirey, 2^e éd., 1997, pp. 37-69.

Geneviève KOUBI,

Les mesures prises en faveur des personnes défavorisées, Réflexion sur les notions de faveur et de défaveur en droit public français, *R.R.J.* 2003, pp. 1321-1335.

André LAINGUI,

Histoire de la protection pénale des enfants, *RID Pén.* 1979, pp. 521-533.

P. LAMBERT,

Les économiquement faibles, *Gaz. Pal.* 1952, 2, pp. 15-23.

Pierre LAMBERT,

Le droit de l'homme à un logement décent : *RTDH* 2001, pp. 47-54.

Simha F. LANDAU, Robert E. FREEMAN-LONGO,

Classifying victims : a proposed multidimensional victimological typology: *International review of victimology*, 1990, vol.1, n°3, pp 267-286.

Béatrice LAPEROU-SCHENEIDER,

Les mesures de lutte contre le harcèlement moral : *Dr. soc.* 2002, Numéro spécial, *La loi de modernisation sociale et le droit du travail*, pp. 313-320.

Xavier LAQUEILLE,

Le drogué : délinquant ou malade ? *Rev. pénit.* 1995, n°2, pp.132-133.

Jean LARGUIER,

Chronique de jurisprudence, Droit pénal : *Rev. sc. crim.* 1980, pp. 421-423.

Christine LAZERGES, Hubert DELESALLE,

Les enjeux d'une nouvelle politique criminelle en matière de lutte contre l'esclavage (1^e partie) : *Rev. sc. crim.* 2002, pp. 169-187.

Christine LAZERGES, présidente, et Alain VIDALIES, rapporteur,

Mission d'information commune sur les diverses formes de l'esclavage moderne, Rapport d'information, L'esclavage, en France, aujourd'hui, Tome I Rapport, Les documents d'information de l'Assemblée nationale, n°3459, 2001, 221 pp.

Robert LEGROS,

Les notions à contenu variable en droit pénal, *In* : Centre national de recherches de logique, Travaux publiés par Ch. Perelman et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, 377 pp., pp. 21-37.

Francis LE GUNEHEC,

Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, articles 225-13 à 225-16 (ancien article datant de 1996) : *J.-Cl. Pénal*, 11 pp.

Marcel LEMONDE,

La protection des témoins devant les tribunaux français, *Rev. sc. crim.* 1996, pp 815-821.

L. LERNELL,

Rapport général, *In* : Association internationale de droit pénal, IX^e Congrès international de droit pénal, *Les circonstances aggravantes autres que le concours d'infraction et la récidive*, Vol. II, Travaux préparatoires et rapports généraux, La Haye, Secrétariat du congrès, éd. Centre scientifique d'information et de documentation du Ministère de la justice des Pays-Bas, 1964, pp. 1-80.

Marc LEROUX,

L'abus de faiblesse des consommateurs, un abus de circonstances : *Notes bleues de Bercy*, 1993, n°23, 4 pp.

Remy LIBSHABER,

Perspectives sur la situation juridique de l'animal : *RTD civ.* 2001, pp.239-243.

Sandy LICARI,

Des conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine résultant d'un abus de la situation de vulnérabilité ou de dépendance de la victime : *Rev. sc. crim.* 2001, pp. 553-569.

Claude LIENHARD,

La loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, Les nouvelles infractions : *J.C.P. 2003*, éd. G., Act. 185, pp. 597-599.

Antoine LYON-CAEN,

L'égalité et la loi en droit du travail : *Dr. soc.* 1990, pp. 68-75.

Gérard LYON-CAEN,

Les libertés publiques et l'emploi, Rapport au ministère de l'emploi et de la formation professionnelle, Paris, coll. Les rapports officiels, La documentation française, 1992, 169 pp.

François MAGNIN,

Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation : *J.C.P.* 1976, éd. G., I, 2780, 16 pp.

Jean-Pierre MARGUENAUD,

La personnalité juridique des animaux : *D.* 1998, *Chron.*, pp. 205-211.

L'animal dans le nouveau code pénal : *D.* 1995, *Chron.* pp. 187-191.

Claude MARTIN,

Le « risque solitude » : divorces et vulnérabilité relationnelle : *Rev. int. d'action communautaire* 1993, n°69, pp 69-83.

Yves MAYAUD,

Du concept de dignité appliqué aux conditions de travail et d'hébergement in infractions contre les personnes : *Rev. sc. crim.* 1998, pp 541-543.

Antoine MAZEAUD,

Harcèlement entre salariés : apport de la loi de modernisation : *Dr. soc.* 2002, Numéro spécial, *La loi de modernisation sociale et le droit du travail*, pp. 321-324.

Nicolas MAZIAU,

Le consentement dans le champ de l'éthique biomédicale française : *RD sanit. soc.* 1999, pp. 469-492.

Michel MELCHIOR,

Notion "vagues" ou "indéterminées" et lacunes dans la Convention européenne des Droits de l'Homme, In : Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA, *Protecting Human Rights : The european Dimension / Protection des droits de l'homme : La dimension européenne*, Köln, Berlin, Bonn, München, édité par Franz Mather - Herbert Petzold, Carl Heymans Verlag KG, 1988, pp. 411-419.

Albert MEMMI,

La vieillesse ou la dissolution des pourvoyances, In : Francis KESSLER (Sous-dir.), *La dépendance des personnes âgées*, Paris, Droit sanitaire et social, Série actions, éd. Sirey, 2^e éd., 1997, pp. 11-14.

Benjamin MENDELSON,

Victimology and contemporary Society Trends, In : Emilio C. Viano (Sous-dir.), *Victims and society*, Washington DC Visage press, 1976, pp. 7-27.

Sylvie MENOTTI,

Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, articles 225-13 à 225-16 : *J.-Cl. Pénal*, 16 pp.

Patrick MICHAUD,

Les avocats sont-ils des canards de foire ? En route vers l'acte d'avocat : *Gaz. Pal.* 1997. 1, Doctr. pp. 716-725.

Patrick MISTRETTA,

L'obligation d'information dans la théorie contractuelle : applications et implications d'une jurisprudence évolutive : *Petites affiches* 1998, n°67, pp. 5-8.

La loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Réflexions critiques sur un Droit en pleine mutation : *J.C.P.* 2002, éd. G., I, 141, pp. 1075-1083.

Françoise MONEGER,

La notion d'inadaptation en droit positif : *RD sanit. soc.* 1975, pp.441-457.

Evelyne MONTEIRO,

Le concept de harcèlement moral dans le code pénal et le code du travail : *Rev. sc. crim.* 2003, pp 277-288.

Henri MOTULSKY,

Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile, *In* : *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER, Tome II, Droit privé, Propriété industrielle littéraire et artistique*, Paris, Librairies Dalloz et Sirey, 1961, pp. 175-200.

Claire NEIRINCK, L'embryon humain, une catégorie juridique à dimension variable ? *D.* 2003, Chron. pp. 841-845.

Roger NERSON,

La condition de l'animal au regard du droit : *D.* 1963, Chron. pp. 1-6.

Cyril NOURRISSAT,

La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? *D.* 2000, Chron. pp. 369-370.

Pietro NUVELONE,

La victime dans la genèse du crime, *In* : Recueil *d'études en hommage à Marc ANCEL, Etudes de sciences pénales et de politique criminelle, Vol. II, Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Paris, Pédone, 1975, pp. 157-162.

Reynald OTTENHOF,

Abus de faiblesse, Article 313-4 du code pénal et articles L. 122-8 et 10 du code de la consommation : *Rev. sc. crim.* 2000, pp. 614-617.

Elisabeth PAILLET,

Vieillesse, capacité et famille : *Dr. et patrimoine* 2000, pp. 54-60.

Frédéric-Jérôme PANSIER et Cyrille CHARBONNEAU,

Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades (1^e partie) : *Petites affiches* 2002, n°52, pp. 5-16.

François PETIT,

Observations sur la notion d'excès en droit privé : *R.R.J.* 2001, pp. 255-269.

Etienne PICARD,

Article 26, *In* : Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT (Sous-dir.), *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^e éd., 1999, pp. 591-620.

Marie-Christine PIATTI,

Droit, éthique et condition animale : réflexion sur la nature des choses : *Petites affiches* 1995, n°60, p. 4-9.

Danielle PINARD,

Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés, *In* : *Les Standards dans les divers systèmes juridiques*, *R.R.J.* 1988, pp. 1069-1122.

Jean PINATEL,

Les aspects interpersonnels de la conduite criminelle : *Rev. sc. crim.* 1961, pp. 392-399.

Jacqueline POUSSON-PETIT,

La protection personnelle des malades mentaux dans les principaux droits européens : *European Review of Private Law*, 1995, n°3, pp. 383-425.

Emmanuel PUTMAN,

Présentation de la loi contre les sectes : *RJPF* 2001, n°10, pp. 10-11.

Guy RAYMOND,

Droit pénal de la consommation, Les abus de faiblesse : *Gaz. Pal.* 2002, 1, Doctr., pp. 399-404.

Martine REMOND-GOUILLOUD,

Quel avenir pour les Conventions de Bruxelles sur l'indemnisation des marées noires ? *Droit maritime français* 1993, pp. 260-277.

Pascale RENAUD-DURAND,

La prise en compte de la vulnérabilité dans le nouveau code pénal, In : Equipe de recherche sur la politique criminelle, Christine LAZERGES (Sous-dir.), *Réflexions sur le nouveau code pénal*, Paris, Pédone, 1995, pp. 120-130.

Antoine RETAULT,

L'expérimentation sur le malade : soins ou recherche ? A propos de la loi Huriet en psychiatrie : *RTD civ.* 1998, pp. 57-70.

Thierry REVET,

Loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 relative aux animaux dangereux et errants et à la protection des animaux : *RTD civ.* 1999, pp. 479-483.

Stéphane RIALS,

Les standards, notions critiques du droit, In : Centre national de recherches de logique, Travaux publiés par Chaïm Perelman et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 41-53.

Jacques RIBS,

L'accès au droit, In : *Mélanges Jacques ROBERT, Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 415-430.

Paul RICŒUR,

Autonomie et vulnérabilité, In : Antoine GARAPON, Denis SALAS (Sous-dir.), *La justice et le mal*, coll. « Opus », Editions Odile Jacob, 1997, pp. 163-184.

François RIGAUX,

Interprétation consensuelle et interprétation évolutive, In : Institut de droit européen des droits de l'homme, Frédéric SUDRE (Sous-dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998, Faculté de Droit de Montpellier I, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 1998, pp. 41-62.

Françoise RINGEL et Emmanuel PUTMAN,

L'animal aimé par le droit : *RRJ* 1995, pp. 45-59.

Jacques-Henri ROBERT,

Rapport général, In : Actes du XIIIe Congrès de l'association française de droit pénal, Le nouveau code pénal : deux années d'application, *Rev. jur. d'Ile-de-France* 1994, n°44, pp. 271-277.

Imputation et complicité : *JCP* 1975, éd. G., I, 2720.

Edgardo ROTMAN,

L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale, In : *Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, Etudes de sciences pénales et de politique criminelle, Vol. II, Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Paris, Pédone, 1975, pp. 163-176.

M. SAFJAN,

Les donneurs vulnérables, *Journ. int. bioéth.*, 1995, n°2, pp 132-137.

Pierre SARGOS,

L'obligation d'informer le patient : *Petites affiches* 1999, n° 189, pp. 9-14.

Jean-François SEUVIC,

Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse (articles 223-15-2 à 223-15-4 du code pénal) : *Rev. sc. crim.* 2001, pp. 852-854.

Anne SINAY-CYTERMANN,

Protection ou surprotection du consommateur ? *J.C.P.* 1994, éd. G., I, 3804, pp. 511-515.

Anne-Marie SOHM-BOURGEOIS,

La personnification de l'animal, une tentation à repousser : *D.* 1990, Chron. pp. 33-37.

Jean-Claude SOYER, Michel De SALVIA,

Article 6, In : Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT (Sous-dir.), *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^e éd., 1999, pp. 239-279.

Georges SPYROPOULOS,

Le droit du travail à la recherche de nouveaux objectifs, *Dr. soc.* 2002, pp. 391-402.

Vasile V. STANCIU,

Victim-Producing Civilizations and Situations, In : Emilio C. Viano (Sous-dir.), *Victims and Society*, Washington D.C., Visage Press, 1976, pp. 28-39.

Christian STARCK,

L'égalité en tant que mesure du droit, In : Centre national de recherches de logique, Travaux publiés par Ch. Perelman et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 181-199.

Frédéric SUDRE,

Le recours aux notions autonomes, In : Institut de droit européen des droits de l'homme, Frédéric SUDRE (Sous-dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998, Faculté de Droit de Montpellier I, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 1998, pp. 93-131.

Article 3, In : Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT (Sous-dir.), *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^e éd., 1999, pp. 155-175.

Alain SUPIOT,

Pourquoi un droit du travail ? *Dr. soc.* 1990, pp. 485-492.

Les nouveaux visages de la subordination : *Dr. soc.* 2000, pp. 131-145.

Céline TACHON-DELOBE,

Des actes de violence commis par le personnel soignant à l'égard des patients vulnérables et du contrôle du juge sur le choix de la sanction, *J.C.P.* 2004 éd. A, 1438, pp. 922-923, p. 923.

Aline TERRASSON DE FOUGERES,

La maltraitance des personnes âgées : *RD sanit. soc.* 2003, pp. 176-186.

Ph. THOMAS, C. HAZIF-THOMAS, C. PRADERE et P. DARRIEUX,

Dépendance affective de la personne âgée et abus de faiblesse : *La Revue Gériatrie*, 1994, n°6, pp 401-409.

Jacques TREILLARD,

La violence comme vice du consentement en droit comparé, *In* : *Mélanges de droit d'histoire et d'économie offerts à Marcel LABORDE-LACOSTE*, Bordeaux, Editions Bière, 1963, pp. 419-434.

Pierre TRUCHE,

Le doute sur le fait ou le problème de la preuve, *In* : Institut de formation continue du Barreau de Paris, *Le doute et le droit*, Philosophie et théorie générale du droit, Dalloz, 1994, 125 pp., pp. 43-56.

Thierry VERHEYDE,

La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français ? *J.C.P.* 1993, éd. N., I, pp. 396-402.

Michel VERON,

Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine : *JCP* 2004 éd. G, Chron. 105, pp.127-128

Georges VIRASSAMY,

Les relations entre professionnels en droit français, *In* : Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I, Dir. Jacques GUESTIN, Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, Dir. Marcel FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 479-511.

Patricia VLIEGHE, Anne-Françoise GENNOTTE, Philippe CASPAR,

Violation des droits de l'homme dans le cas des personnes mentalement retardées séropositives : état des lieux : *Journ. int. bioéth.* 1999, n°1-2, pp. 57-68.

Marcel WALINE,

Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? *In* : *Mélanges en l'honneur de Jean DABIN, Théorie générale du droit*, Tome I, Paris, Sirey, 1963, pp. 359-371.

David WEISSTUB,

La recherche médicale en milieu carcéral : *Journ. int. bioéth.*, 1997, n°1, pp 87-93.

Christophe WILLMANN,

Abus de situation de dépendance : *Rép. pén. Dalloz*, 12 pp.

Quand le travail devient esclavage, [en ligne], Disponible sur :
<<http://www.lexbase.fr>>, (consulté le 11.12.2003).

Claude WITZ, Françoise FURKEL,

La réforme du droit des incapables, *Chronique de droit civil allemand*, septembre 1991-décembre 1993 : *RTD civ.* 1994, pp. 445-446.

Hayet ZEGGAR,

L'accès au droit des populations en difficulté, Une enquête de l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale : *Dr. soc.* 2001, pp. 535-538.

Claude ZAMBEAUX,

Non-dénonciation de mauvais traitements ou privations, Article 434-3 : *J.-Cl. Pénal*, 6 pp.

NOTES, OBSERVATIONS ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

Pierre BOUZAT,

obs. sous T. corr. Versailles, 13 mai 1970 : *Rev. sc. crim.* 1971, pp. 428-429.

obs. sous Cass. crim., 25 janvier 1973, Cass. crim., 4 mai 1973 : *Rev. sc. crim.* 1973, p. 910.

obs. sous Cass. crim., 22 octobre 1987 : *Rev. sc. crim.* 1989, pp. 117-118.

obs. sous T. corr. Belley, 14 décembre 1989 : *RTD com.* 1990, pp. 291-294.

obs. sous Cass. crim., 3 octobre 1991 : *Rev. sc. crim.* 1993, p. 109.

Jean-Pascal CHAZAL,

note sous Cass. civ. 1^e, 30 mai 2000 : *D.* 2000, J. p. 879-882.

Jean CHEVALIER,

obs. sous Cass. soc., 5 juillet 1965 : *Bull. civ. IV*, n° 545 ; *RTD civ.* 1966, pp. 283-284.

Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ,

note sous Cass. crim., 8 octobre 1997 : *D.* 1998, Somm. pp. 305-306.

Philippe DELEBECQUE,

obs. sous Cass. civ. 3ème, 13 janvier 1999 : Defrénois 1999, pp. 749-751.

obs. sous Cass. civ. 1ère, 30 mai 2000 : Defrénois 2000, pp. 1124-1125.

Laurent DI RAIMONDO,

note sous CEDH, 30 janvier 2001, Vaudelle c/ France : J.C.P. 2001, éd. G., II, 10526, pp. 944-947.

Jean-Paul DOUCET,

note sous T. corr. Versailles, 13 mai 1970 : *Gaz. Pal.* 1971, 1, p. 34.

note sous T. corr. Albi 11 juillet 1985, Landriau : *Gaz. Pal.* 1985, 2, J. p. 588.

note sous Cass. crim., 22 octobre 1987 : *Gaz. Pal.* 1988, 2, J. pp. 114-115.

note sous Cass. crim., 9 avril 1997 : *Gaz. Pal.* 1997, 2, p. 163.

Jean-François FLAUSS,

obs. sous CEDH, Grande Chambre, 26 octobre 2000, Kudla c./ Pologne Le droit à un recours effectif au secours de la règle du délai raisonnable : un revirement de jurisprudence historique : *RTDH* 2002, pp. 169-201.

Thierry FOSSIER,

note sous Cass. civ. 1^e, 4 décembre 1990 : *J.C.P.* 1991, éd. N., II, 198 (1^e espèce).

Carole GIRAULT,

note sous CEDH, Pretty c. Royaume-Uni, 29 avril 2002 : *J.C.P.* 2003, éd. G., II 10 062, pp. 676-682.

Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT, Eliette RUBI-CAVAGNA,

note sous CEDH, 30 janvier 2001, Vaudelle c/ France : *D.* 2002, J. pp. 353-358.

Michel GRIMALDI,

obs. sous Cass. civ. 1^e, 30 novembre 1983 : *Gaz. Pal.* 1984, 2, Somm. p. 205.

Marie HAUTEFORT,

Qui impose des conditions de travail indignes prend le chemin de la prison ! note sous Cass. crim., 4 mars 2003 : *Jurispr. Soc. Lamy* 2003, n°122, pp. 8-9.

Jean HAUSER,

obs. sous CEDH, 30 janvier 2001, Vaudelle c/ France : *RTD civ.* 2001, pp. 330-332.

Sylvie HENNION-MOREAU,

Les incapacités de défiance à l'égard du personnel des établissements sociaux,
note sous Cass. civ. 1^e, 20 mars 1990 et 12 juin 1990 : *RD sanit. soc.* 1992, pp.
342-347.

Georges HOLLEAUX,

note sous Cass. 1^e sect. civ., 6 novembre 1961 : *D.* 1961, J. pp. 733-735.

Louis HUGUENEY,

obs. sous Cass. 1^e sect. civ., 6 novembre 1961 : *Rev. sc. crim.* 1962, pp. 98-99.

Agathe LEPAGE,

note sous Cass. crim., 11 décembre 2001 : *RJPF* 2002, n° 4, pp. 10-11, Dignité
humaine : la Cour de Cassation demande aux juges du fond de motiver davantage
leurs décisions.

Georges LEVASSEUR

obs. sous C. assises Meurthe-et-Moselle, 24 octobre 1983 : *Rev. sc. crim.* 1985, p.
813.

obs. sous Cass. crim., 10 octobre 1984 : *Rev. sc. crim.* 1985, pp. 813-814.

obs. sous Cass. crim. 17 octobre 1984 : *Rev. sc. crim.* 1985, pp. 813-814.

obs. sous Cass. crim., 6 novembre 1985 : *Rev. sc. crim.* 1986, pp. 611-614.

obs. sous Cass. crim., 4 janvier 1990 : *Rev. sc. crim.* 1990, pp. 341-342.

obs. sous Cass. crim., 7 mars 1991 : *Rev. sc. crim.* 1992, p. 82.

obs. sous Cass. crim., 27 janvier 1988 : *Rev. sc. crim.* 1992, p. 83.

Laurent LEVENEUR,

note sous Cass. civ. 3^eème, 13 janvier 1999 : *Contrats, conc., consom.* 1999, p. 54.

Grégoire LOISEAU,

note sous Cass. civ. 1^e, 30 mai 2000 : *JCP* 2001, éd. G., 10461, pp. 195-198.

François MAGNIN,

note sous Cass. civ. 3^eème, 13 janvier 1999 : *Petites affiches* 1999, n° 239, pp. 4-5
et n° 242, pp. 4-5.

Jean-Yves MARECHAL,

note sous Cass. crim., 12 janvier 2000 : *D.* 2001, J. pp. 813-816, Un abus de faiblesse préjudiciable sans préjudice.

Jean-Pierre MARGUENAUD,

obs. sous CEDH, 30 janvier 2001, Vaudelle c/ France : *RTD civ.* 2001, pp. 439-442.

Jacques MASSIP,

note sous Cass. Civ. 1^e, 4 décembre 1990 : *Defrénois* 1991, pp. 301-302.

note sous Cass. Civ. 1^e, 20 mars 1990 : *D.* 1991, J. pp. 213-214.

Yves MAYAUD

obs. sous Cass. crim., 22 janvier 1997 : *Rev. sc. crim.* 1998, pp. 325-327.

obs. sous C. A. Bordeaux, 7 janvier 1997 : *Rev. sc. crim.* 1998, pp. 541-542.

obs. sous Cass. crim., 8 octobre 1997 : *Rev. sc. crim.* 1998, pp. 320-325.

obs. sous Cass. crim., 11 février 1998 : *Rev. sc. crim.* 1998, pp. 542-543.

note sous Cass. crim., 21 octobre 1998 : *D.* 1999, J. pp. 75-78.

obs. sous Cass. crim., 25 avril 2001, Cass. Crim., 10 mai 2001 : *Rev. sc. crim.* 2001, pp. 808-810.

obs. sous Cass. crim., 10 mai 2001 : *Rev. sc. crim.* 2001, pp. 808-810.

Jacques MESTRE,

obs. sous Cass. civ. 3^eème, 13 janvier 1999 : *RTD civ.* 1999, p. 382.

Yves MONNET,

note sous Cass., crim., 3 décembre 2002 : *Gaz. Pal.*, 10 septembre 2003, n° 253, J. pp. 6-8.

Reynald OTTENHOF

obs. sous Cass. crim., 30 avril 1996 : *Rev. sc. crim.* 1997, pp. 110-112.

obs. sous Cass. crim. 26 octobre 1999, M. Salvy et autres : *Rev. sc. crim.* 2000, pp. 615-616.

obs. sous Cass. crim., 12 janvier 2000 : *Rev. sc. crim.* 2000.

Frédéric-Jérôme PANSIER,

note sous Cass., crim., 3 décembre 2002, Stage ou exploitation abusive de l'étudiant: *Cah. soc. barreau*, 1/03/2003, n°148, pp. 134-135,.

Philippe PIERRE,

note sous CA Paris, 12 janvier 2000, M^{me} K. c./ S.A. L.-B. : *J.C.P.* 2000, éd. G., II, 10433, pp. 2237-2241.

Guy RAYMOND

note sous Cass. crim. 26 octobre 1999, M. Salvy et autres : *Contrats, conc., consom.* 2000, n°6, Comm. 102, p. 25.

note sous CA Paris 13 mai 1996, M. Elhaik c./ Mme Hauroo : *Contrats, conc., consom.* 1996, n°10, Comm. 178, p. 19.

note sous CA Dijon, 10 février 2000, Ministère public et Union fédérale des consommateurs [UFC] de Saône-et-Loire c./ M. Rebheiser : *Contrats conc. Consum.* 2001, n°3, pp. 23-24.

note sous C.A. Riom, 11 juin 2003 : *Contrats, conc., consom.* 2004, Comm.48, p. 28.

Jacques-Henri ROBERT,

note sous Cass. crim., 21 novembre 2001, Fofana Ousmane : *Dr. Pénal* 2002, n° 4, Comm. 46, pp. 19-20.

Jean ROVINSKY,

note sous Cass. civ. 3^e, 13 janvier 1999 : *Gaz. Pal.* 2001, 3, J. 1583-1589.

François RUELLAN,

note sous CA Lyon 19 septembre 1990 : *D.* 1991, J. pp. 250-253.

Maria-Béatriz SALGADO,

note sous Cass. crim., 23 avril 2003 : *JCP* 2004 éd. G, II, 10 015, pp. 193-195.

Pierre SARGOS,

note sous Cass. civ. 1^e, 7 octobre 1998 : *JCP* 1998, éd. G, II, 10179, pp. 1959-1963, Concl. Jerry SAINTE-ROSE.

Jean SAVATIER,

obs. sous Cass. crim., 21 novembre 2001, Fofana Ousmane : *Dr. soc.* 2002, n°2, pp. 214-216.

Frédérique SUDRE,

Comm. EDH, Van Volsem, 9 mai 1990, Décision d'irrecevabilité : *RUDH* 1990, pp. 349-353, arrêt pp. 384-385.

obs. sous CEDH, 30 janvier 2001, Vaudelle c/ France : *J.C.P.* 2001, éd. G., I, 342, p. 1561.

obs. sous CEDH, 1^e sect., 4 décembre 2003, M. C. c. Bulgarie : *J.C.P.* 2004 éd. G. I, 107, p.181.

Michel VERON

note sous Cass. crim. 3 octobre 1991 : *Dr. pénal*, 1992, Comm 64, p. 9.

note sous Cass. crim., 8 juin 1994 : *Dr. Pénal* 1994, Comm. 232, pp. 7-8

note sous Cass. crim., 1^{er} mars 1995 : *Dr. pénal* 1995, Comm. 171, pp. 7.

note sous Cass. crim., 30 avril 1996 : *Dr. pénal* 1996, Comm. 217, p.8.

note sous CA Paris, 13^e ch. B, 26 juin 1996 : *Dr pénal* 1996, Comm. 243, pp. 6-7.

note sous Cass. crim., 6 février 1997 : *Dr. pénal* 1997, Comm. 94, p. 10.

note sous Cass., crim., 8 octobre 1997 : *Dr. pénal* 1997, Comm. 50, pp. 9-10.

note sous CA Paris, 11^e ch. A, 19 janvier 1998 : *Dr. pénal* 1998, Comm. 64, pp 12-13.

note sous Cass. crim., 11 février 1998 : *Dr. pénal* 1998, Comm. 65, pp. 13-14.

note sous Cass. crim., 29 novembre 2000 : *Dr. Pénal* 2001, Comm. 70, p.12.

note sous Cass. crim., 10 mai 2001 : *Dr. Pénal* 2001, Comm. 110, p. 10.

note sous Cass. crim., 3 décembre 2002 : *Dr. pénal* 2003, Comm. 30, pp. 13-14.

note sous Cass. crim., 4 mars 2003 : *Dr. Pénal* 2003, Comm. 83, pp. 12-13.

note sous Cass. crim., 23 avril 2003 : *Dr. pénal* 2003, Comm. 107, pp. 11-12.

Jean VILLACEQUE,

note sous CA Paris, 19 septembre 1991 (2^e espèce), *D.* 1993, p. 193-195.

Christophe WILLMANN,

note sous Cass. civ. 3^e, 13 janvier 1999 : *D.* 2000, J. pp. 76-80.

JURISPRUDENCE

Droit interne

Les décisions dont le numéro est indiqué sont : **[en ligne]**, Disponible sur :
<<http://www.legifrance.gouv.fr> >, (consulté le 20 mai 2004).

Cass. sect. crim., 17 décembre 1819 : S. 1819-1821, 1^e partie, p. 154.

Cass. crim., 14 octobre 1842 : *Bull. crim.*, n°280.

Cass. crim., 31 août 1899 : S. 1901, 1, pp. 478-479; *D.* 1902, I, pp. 331-332.

Cass. crim., 22 mars 1946 : *D.* 1946, p. 242.

Cass. crim., 20 janvier 1949 : *Bull. crim.*, n°23.

Cass. sect. civ 1^e, 6 novembre 1961 : *D.* 1961, J. pp. 733-735, note Georges HOLLEAUX ; *Rev. sc. crim.* 1962, pp. 98-99, obs. Louis HUGUENEY.

Cass. soc., 5 juillet 1965 : *Bull. civ. IV*, n°545 ; *RTD civ.* 1966, pp. 283-284, obs. Jean CHEVALIER.

Cass. crim., 7 novembre 1968 : *Bull. crim.*, n°289.

T. corr. Versailles, 13 mai 1970 : *Gaz. Pal.* 1971, 1, pp. 34-37, note Jean-Paul DOUCET ; *Rev. sc. crim.* 1971, pp. 428-429, obs. Pierre BOUZAT.

Cass. crim., 25 janvier 1973 : *Bull. crim.*, n°45.

Cass. crim., 4 mai 1973 : *Bull. crim.*, n°207 ; *Rev. sc. crim.* 1973, p. 910, obs. Pierre BOUZAT.

Cass. crim., 26 juin 1974 : *Bull. crim.*, n°243,

Cass. crim., 17 janvier 1978 : *Bull. crim.*, n°20.

Cass. crim., 19 décembre 1979 : *Bull. crim.* n°369.

Cass. crim., 18 mai 1983 : *Bull. crim.*, n°147.

Cass. crim., 15 juin 1983 : *Bull. crim.*, n°185.

C. assises Meurthe et Moselle, 24 octobre 1983 : *Rev. sc. crim.* 1985, p. 813, obs. Georges LEVASSEUR.

Cass. civ. 1^e, 30 novembre 1983 : *Bull. civ. I*, n°285 ; *Gaz. Pal.* 1984, 2, Somm. p. 205, obs. Michel GRIMALDI ; *Gaz. Pal.* 1984, 2, pp. 431-433, note J.M.

Cass. crim., 10 octobre 1984 : *Bull. crim.*, n° 297 ; *Rev. sc. crim.* 1985, pp. 813-814, obs. Georges LEVASSEUR.

Cass. crim., 17 octobre 1984 : *Bull. crim.*, n° 308 ; *Rev. sc. crim.* 1985, p. 813, obs. Georges LEVASSEUR.

T. corr. Albi 11 juillet 1985, Landriau : *Gaz. Pal.* 1985, 2, J. p. 588, note Jean-Paul DOUCET.

Cass. crim. 11 février 1986 : *Bull. crim.*, n° 54.

Cass. crim., 6 mai 1986, Pourvoi n° 84-95.496 : *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. I.

Cass. crim., 31 mars 1987, Pourvoi n° 86-93.802 : *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. I..

Cass. crim., 12 mai 1987, Pourvoi n° 87-80.909 : *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. I.

Cass. crim., 22 octobre 1987 : *Gaz. Pal.* 1988, 2, J. pp. 114-115, note Jean-Paul DOUCET ; *Rev. sc. crim.* 1989, pp. 117-118, obs. Pierre BOUZAT.

Cass. crim., 31 janvier 1989, Pourvoi n° 88-82.219.

Cass. crim., 16 mars 1989 : *Bull. crim.*, n° 133.

Cass. crim., 29 mars 1989, Pourvoi n° 89-80.589.

Cass. civ. 1^{er}, 24 mai 1989 : *Bull. civ. I*, n° 212.

Cass. crim., 8 novembre 1989, Pourvoi n° 88-84.894.

T. corr. Belley 14 décembre 1989 : *RTD com.* 1990, pp. 291-294, obs. Pierre BOUZAT.

Cass. crim., 4 janvier 1990 : *Bull. crim.*, n° 1 ; *Rev. sc. crim.* 1990, pp. 341-342, obs. Georges LEVASSEUR.

Cass. crim., 14 février 1990 : *Bull. crim.*, n° 77.

Cass. civ. 1^{er}, 20 mars 1990 : *D.* 1991, J. pp. 213-214, note Jacques MASSIP.

Cass. civ. 1^{er}, 20 mars 1990 et 12 juin 1992 : *RD sanit. soc.* 1992, pp. 342-347, note Sylvie HENNION-MOREAU, Les incapacités de défiance à l'égard du personnel des établissements sociaux.

Cass. crim., 5 septembre 1990, Pourvoi n° 90-83.668 et 90-83.671 : *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. I.

CA Lyon, 19 septembre 1990 : *D.* 1991, J. pp. 250-253, note François RUELLAN.

Cass. civ. 1^{er}, 4 décembre 1990 : *Defrénois* 1991, pp. 301-302, note Jacques MASSIP.

Cass. ass. plén., 29 mai 1991, *D.* 1991, J. pp. 324-326, note Christian LARROUMET ; *JCP*, éd. G. 1991, II, 21673, pp. 169-180, Conclusions D. H. DONTENVILLE, note Jacques GHESTIN ; *G. P.* 92, II, pp. 513-514, note François CHABAS ; *RTD civ.* 1991, pp. 541-544 , obs. Patrice JOURDAIN.

Cass. civ. 1^e, 25 juin 1991, Pourvoi n° 89-20.152 : *Bull. civ. I* n° 209 ; *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. II.

CA Paris, 19 septembre 1991 (2^e espèce): *D.* 1993, p. 193-195, note Jean VILLACEQUE.

Cass. crim. 3 octobre 1991 : *Dr. pénal* 1992, Comm. 64, p. 9, note Michel VERON ; *Gaz. Pal.* 1992, 1, Somm. p. 39 ; *Rev. sc. crim.* 1993, pp. 109, obs. Pierre BOUZAT.

Cass. crim., 6 novembre 1991, Pourvoi n°91-84.790.

Cass. crim., 11 décembre 1991, Pourvoi n°90-87.372 .

Cass. crim., 18 décembre 1991, Pourvoi n°91-85.519 .

Cass. crim., 18 décembre 1991, Pourvoi n°91-85.607 .

Cass. crim., 17 juin 1992, , Pourvoi n°92-81.709.

Cass. crim., 9 février 1993, Pourvoi n°92-86.039.

Cass. crim., 10 mars 1993, , Pourvoi n°91-85.850.

Cass. soc., 5 mai 1993, Pourvoi n°90-41.351.

Cass. crim., 17 mai 1993, Pourvoi n°92-85.880.

Cass. crim., 28 juin 1993, Pourvoi n°93-81.927.

Cass. crim., 30 juin 1993, Pourvoi n°92-85.585.

Cass. crim., 26 octobre 1993, Pourvoi n°93-83.810.

Cass. crim., 2 février 1994 : *Bull. crim.*, n°50 ; *J.C.P.* 1994, éd. G., IV, 1062.

Cass. crim., 30 mars 1994, Pourvoi n°93-82.950.

Cass. crim., 8 juin 1994 : *Bull. crim.*, n° 226 ; *Dr. Pénal* 1994, Comm. 232, pp. 7-8, note Michel VERON.

Cass. crim., 25 octobre 1994 : *Dr pénal* 1995, Comm. 63, pp. 8, note Michel VERON.

Cass. crim., 1^{er} mars 1995 : *Dr pénal* 1995, Comm. 171, pp. 7, note Michel VERON.

Cass. crim., 5 juillet 1995, Pourvoi n°94-84.774.

Cass. crim., 10 janvier 1996, Pourvoi n°95-82.084 : *Bull. crim.*, n° 11.

Cons. const., déc. n° 96-373 DC du 9 avril 1996, : *AJDA* 1996, pp. 371-375 , note Olivier SCHRAMECK.

Cass. crim., 30 avril 1996 : *Dr pénal* 1996, Comm. 217, p.8, note Michel VERON ; *Rev. sc. crim.* 1997, pp. 110-112, obs. Reynald OTTENHOF.

Cass. crim., 6 mai 1996, Pourvoi n°84-95.496 : *Juridisque Lamy Cour de cassation* , [CD-rom], Vol. III.

Cass. crim., 22 mai 1996, Pourvoi n°95-82.988.

CA Paris, 13^e ch. B, 26 juin 1996 : *Dr pénal* 1996, Comm. 243, pp. 6-7, note Michel VERON.

Cass. crim., 23 juillet 1996, Pourvoi n°96-82.233.

Cass. crim., 11 décembre 1996 : *Bull. crim.*, n°461.

CA Bordeaux, 3^e ch. corr., 7 janvier 1997, Proc. Gén. près CA Bordeaux c./ Charbit : *J.C.P.* 1997, éd. G., IV, Somm. 2420, p. 384 ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 541-542, obs. Yves MAYAUD.

Cass. crim., 29 janvier 1997, Pourvoi n°96-82.838.

Cass. crim., 5 février 1997, Pourvoi n°95-86.116.

Cass. crim., 5 février 1997, Pourvoi n°96-80.971.

Cass. crim., 6 février 1997, Sidaine : *Bull. crim.*, n° 53 ; *J.C.P.* 1997, éd. G., IV, Somm. 1543, p.242 ; *Dr pénal* 1997, Comm. 94, p. 10, note Michel VERON.

Cass. civ. 1^e, 25 février 1997 : *Bull. crim.*, n°75 ; *D.* 1997, Somm., p. 319, obs. Jean PENNEAU ; *Gaz. Pal.* 1997, I, pp. 274-280, rapport Pierre SARGOS, note Jean GUIGUE ; *Defrénois* 1997, pp. 751-753, obs. Jean-Luc AUBERT ; *Petites affiches*, 1997, n°85, pp. 17-20, note Annick DORSNER-DOLIVET ; *RTD civ.* 1997, pp. 434-436, obs. Patrice JOURDAIN ; *Resp. civ. et assur.* 1997, Chron. 8, pp. 4-7, note Christian LAPOYADE-DESCHAMPS ; *JCP* 1997, éd. G., I, 4025, pp. 238-240, obs. Geneviève VINEY ; *Contrats, conc., consom.* 1997, Chron. 5, Laurent LEVENEUR, Le risque thérapeutique devant la Cour de cassation : la recherche de l'équilibre ; *RD sanit. soc.* 1997, pp. 288-295, note Louis DUBOUIS.

Cass. crim., 19 mars 1997 : *Bull. crim.*, n°114.

Cass. crim., 9 avril 1997 : *Gaz. Pal.* 1997, 2, p. 163, note Jean-Paul DOUCET.

Cass. civ. 1^e, 29 avril 1997 : *Bull. civ. I*, n° 132 ; *D. aff.*, 1997, 1, pp. 729-730 ; *JCP* 1997, éd. G, II, 22948, note Raymond MARTIN ; *Contrats conc., consom.* 1997, Comm. 111, pp. 6-7, note Laurent LEVENEUR ; *Petites affiches* 1997, n°98, note Marie-Hélène et Vincent MALEVILLE ; *Resp. civ. et assur.*, 1997, Comm. 231, et Chron. 19, Hubert GROUDEL.

Cass. crim., 6 mai 1997 : *Bull. crim.*, n°172.

Cass. crim., 26 juin 1997 : Pourvois n^{os} 96-82.346 et 97-82.128, *Juridique Lamy Cour de cassation*.

Cass. crim., 8 octobre 1997 : *D.* 1998, Somm. pp. 305-306, note Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ ; *Dr pénal* 1998, Comm. 50, pp. 9-10, note Michel VERON ; *Rev. sc. crim.* 1998, pp. 320-325, obs. Yves MAYAUD.

Cass. crim., 5 novembre 1997, Pourvoi n°96-85.952.

Cass. crim., 12 novembre 1997, Pourvoi n°96-83.550 .

Cass. crim., 19 novembre 1997, Pourvoi n°96-85.693 .

Cass. crim., 10 décembre 1997, Pourvoi n°97-82.100 .

CA Paris, 11e ch. A, 19 janvier 1998 : *Dr pénal* 1998, Comm. 64, pp 12-13, note Michel VERON.

Cass. crim., 4 février 1998, Pourvoi n°97-86.090.

Cass. crim., 11 février 1998 : *Bull. crim.*, n°53 ; *D.* 1998, inf. rap. p. 89 ; *Dr pénal* 1998, Comm. 65, pp. 13-14, note Michel VERON ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 542-543, obs. Yves MAYAUD.

Cass. crim., 25 février 1998 , Pourvoi n°97-81.024 .

Cass. crim., 4 mars 1998, Pourvoi n°97-82.624.

Cass. crim., 12 mars 1998, Pourvoi n°97-81.745.

Cass., crim., 31 mars 1998, Pourvoi n°97-83.404.

Cass. crim., 2 avril 1998, Pourvoi n°97-83.771.

Cass. crim., 21 avril 1998, Pourvoi n°98-80.582.

Cass. crim., 22 avril 1998, Pourvoi n°98-80.679.

Cass. crim., 17 juin 1998, Pourvoi n°98-81.636.

Cass. civ. 1^e, 7 octobre 1998 : *J.C.P.* 1998, éd. G., II, 10179, concl. Jerry SAINTE-ROSE, note Pierre SARGOS.

Cass. crim., 6 janvier 1999, Pourvoi n°97-86.655.

Cass. civ. 3^e, 13 janvier 1999 : *Bull. civ. III*, n°10 ; *D.* 1999, Inf. rap. p. 38 ; *D.* 2000, J. pp. 76-80, note Christophe WILLMANN ; *Petites affiches* 1999, n°239, pp. 4-5 et n°242, pp. 4-5, note François MAGNIN ; *Defrénois*, 1999, pp. 749-751, obs. Philippe DELEBECQUE ; *Gaz. Pal.* 2001, 3, J. pp. 1583-1589, note Jean ROVINSKY ; *J.C.P.* 1999, éd. G., I, 143, pp. 1076-1077, note Grégoire LOISEAU ; *Contrats, conc., consom.* 1999, p. 54, note Laurent LEVENEUR ; *RTD civ.* 1999, p. 382, obs. Jacques MESTRE.

Cass. crim., 26 janvier 1999, Pourvoi n°98-87.361.

Cass. crim., 14 avril 1999, *Bull. crim.*, n° 83.

Cass. crim., 18 mai 1999, Pourvoi n°97-85.979.

Cass. crim., 19 mai 1999, Pourvoi n°99-81.326.

Cass. crim., 8 juin 1999, Pourvoi n°98-81.800.

Cass., crim., 15 juin 1999, Pourvoi n°98-85.338.

Cass. crim., 23 juin 1999, Pourvoi n°98-84.158 : *Bull. crim.*, n°502.

Cass. crim., 30 juin 1999, Pourvoi n°98-85.440.

CE sect., 28 juillet 1999, M. Abouyechou, n°195078 .

Cass. crim., 7 septembre 1999, Pourvoi n°99-84.247 .

Cass. crim., 15 septembre 1999, Pourvoi n°98-86.36 5.

Cass. crim., 22 septembre 1999, Pourvoi n°98-86.67 7.

Cass. crim. 26 octobre 1999, M. Salvy et autres : *Contrats, conc., consom.* 2000, Comm. 102, p. 25, note Guy RAYMOND ; *J.C.P.* 2000, éd. G., IV, 1261 ; *Rev. sc. crim.* 2000, pp. 615-616, obs. Reynald OTTENHOF.

Cass. crim., 23 novembre 1999, Pourvoi n°99-82.488 .

Cass. crim., 12 janvier 2000 : *Bull. crim.*, n° 15 ; *Rev. sc. crim.* 2000, pp. 614-615, obs. Reynald OTTENHOF; *D.* 2001, J. pp. 813-816, note Jean-Yves MARECHAL, Un abus de faiblesse préjudiciable sans préjudice.

Cass. crim., 12 janvier 2000, Pourvoi n°99-82.409.

CA Paris, 4^e ch., 12 janvier 2000 : *J.C.P.* 2000, éd. G., II, 10433, pp. 2237-2241, note Philippe PIERRE ; *D.* 2001, J. pp. 2067-2072, note Pierre FADEUILHE.

Cass. civ. 1^e, 18 janvier 2000, Pourvoi n°97-16.711: *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. IV.

Cass. crim., 19 janvier 2000, Pourvoi n°98-87.690.

CA Dijon, 10 février 2000, Ministère public et Union fédérale des consommateurs [UFC] de Saône-et-Loire c./ M. Rebheiser : *Contrats conc. Consom.* 2001, pp. 23-24, note Guy RAYMOND.

Cass. crim., 23 février 2000, Pourvoi n°99-87.683.

Cass. crim., 7 mars 2000, Pourvoi n°99-83.819.

Cass. crim. 27 avril 2000, Pourvoi n°00-80.827.

Cass. crim., 24 mai 2000, Pourvoi n°99-85.309.

Cass. civ. 1^e, 30 mai 2000 : *Bull. civ. I*, n° 169 ; *JCP* 2001, éd. G., 10461, pp. 195-198, note Grégoire LOISEAU ; *RTD civ.* 2000, pp. 827-828, obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES, et pp. 863-865, obs. Pierre-Yves GAUTHIER ; *Defrénois* 2000, pp. 1124-1125, obs. Philippe DELEBECQUE ; *D.* 2000, J. p. 879-882, note Jean-Pascal CHAZAL.

Cass. crim., 15 juin 2000, Pourvoi n°99-84.171 : *Bull. crim.*, n°227.

Cass. crim. 27 juin 2000, Pourvoi n°99-87.379.

Cass. crim., 6 septembre 2000, Pourvoi n°99-84.319 .

Cass. crim., 10 octobre 2000, Pourvoi n°99-83.138.

Cass. civ. 2^e, 16 novembre 2000, Pourvoi n° 99-11.909 : *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. IV.

Cass. crim., 29 novembre 2000 : *Dr pénal* 2001, Comm. 70, p.12, note Michel VERON.

Cass. crim., 12 décembre 2000, Pourvoi n°00-82.392 .

Cass. crim., 19 décembre 2000, Pourvoi n°00-86.572 .

Cass. crim., 17 janvier 2001 : *Bull. crim.*, n°16.

Cass. crim., 24 janvier 2001, Pourvoi n°00-83.511.

Cass. crim., 13 février 2001, Pourvoi n°00-87.733.

Cass. crim., 21 février 2001, Pourvoi n°99-88.006.

Cass. ass. plén., 2 mars 2001 : *Bull.* n°56 ; *D.* 2001, pp. 1899-1901, note Jean PRADEL.

Cass. crim., 6 mars 2001, Pourvoi n°00-82.280.

Cass. crim., 13 mars 2001, Pourvoi n°00-85.087.

Cass. crim., 27 mars 2001, Pourvoi n°00-86.015.

Cass. crim., 25 avril 2001: *Bull. crim.*, n°99 ; *Rev. sc. crim.* 2001, pp. 808-810, obs. Yves MAYAUD.

Cass. civ. 2^e, 2 mai 2001 : *D.* 2001, J. pp. 2773-2777, concl. contraires de Roland KESSOUS, note François JULIEN-LAFERRIERE ; *RTD civ.* 2001, pp.854-855, obs. Jean HAUSER; *RJPF*, n°9, septembre 2001, pp. 10-11, note Emmanuel PUT MAN.

Cass. crim., 10 mai 2001, Pourvoi n°00-86.158.

Cass. crim., 10 mai 2001 : *Bull. crim.*, n°116 ; *Rev. sc. crim.* 2001, pp. 808-810, obs. Yves MAYAUD ;
Dr pénal 2001, Comm. 110, p. 10, note Michel VERON.

Cass. crim., 29 mai 2001, Pourvoi n°00-86.461.

Cass. crim., 29 mai 2001, Pourvoi n°00-87.464.

Cass. crim., 6 juin 2001 : *D.* 2002, J. p. 1457, obs. Jean PRADEL.

Cass. crim., 5 septembre 2001, Pourvoi n°00-87.279 .

Cass. crim., 5 septembre 2001, Pourvoi n°01-81.397 .

Cass. crim., 26 septembre 2001, Pourvoi n°00-84.54 8.

Cass. crim., 26 septembre 2001, Pourvoi n°00-87.74 5.

Cass. crim., 10 octobre 2001, Pourvoi n°01-85.190.

Cass. crim., 17 octobre 2001, Pourvoi n°01-81.156.

Cass. crim., 17 octobre 2001, Pourvoi n°01-81.374.

Cass. crim., 23 octobre 2001, Pourvoi n°00-88.038.

Cass. crim., 31 octobre 2001, Pourvoi n°01-82.373.

Cass. crim., 7 novembre 2001, Pourvoi n°00-85.491.

Cass. crim., 7 novembre 2001, Pourvoi n°01-80.697.

Cass. crim., 21 novembre 2001 : *Dr. soc.* 2002, pp. 214-216, obs. Jean SAVATIER ; *Dr. pénal* 2002,
Comm. 46, pp. 19-20, note Jacques-Henri ROBERT.

Cass. crim., 5 décembre 2001, Pourvoi n°01-80.698.

Cass. crim., 11 décembre 2001 : *Bull. crim.*, n° 256 ; *D.* 2002, Inf. rap. pp. 695-696 ; *Rev. jur. pers. fam.* 2002, n° 4, pp. 10-11, note Agathe LEPAGE, Dignité humaine : la Cour de Cassation demande aux juges du fond de motiver davantage leurs décisions.

Cass. civ. 1^{re}, 11 décembre 2001, Pourvoi n° 00-14.898, *Juridisque Lamy Cour de cassation*, [CD-rom], Vol. IV.

Cass. crim., 12 décembre 2001, Pourvoi n°01-86.972 .

Cass. crim., 19 décembre 2001, Pourvoi n°01-83.156 .

CAA Nantes, 3^e ch., 28 décembre 2001, M. Ahmed Benouis : n°00NT0 0692.

Cass. crim., 20 mars 2002, Pourvoi n°02-80.081.

Cass., crim., 19 juin 2002, Pourvoi n°01-87.471.

Cass crim., 26 juin 2002, Pourvoi n°02-83.133.

Cass. crim., 21 août 2002, Pourvoi n°02-84.080.

Cass. crim., 3 septembre 2002, Pourvoi n°01-86.948 .

Cass. crim., 17 septembre 2002, Pourvoi n°01-85.89 1.

Cass. crim., 9 octobre 2002, Pourvoi n°02-85.358.

Cass., crim., 15 octobre 2002, Pourvoi n°01-86.697 .

Cass. crim., 23 octobre 2002, Pourvoi n°02-82.039.

Cass. crim., 6 novembre 2002, Pourvoi n°02-82.511.

CE, sect., 20 novembre 2002, n°237984, Centre hosp italier Gérard Marchant.

Cass., crim., 3 décembre 2002 : *Cah. soc. barreau*, 1/03/2003, n° 148, pp. 134-135, note Frédéric-Jérôme PANSIER, Stage ou exploitation abusive de l'étudiant ; *Dr. pénal* 2003, Comm. 30, pp. 13-14, note Michel VERON ; *Gaz. Pal.*, 10 septembre 2003, n°253, J. pp. 6-8, note Yves MONNET.

Cass. crim., 22 janvier 2003, Pourvoi n°02-82.432.

Cass., crim., 4 mars 2003, Maxime B. : *Bull. crim.*, n° 58 ; *Jurispr. soc. Lamy* 2003, n° 122, pp. 8-9, note Marie HAUTEFORT, Qui impose des conditions de travail indignes prend le chemin de la prison ! ; *Dr. pénal* 2003, Comm. 83, pp. 12-13, note Michel VERON.

Cass., crim., 23 avril 2003, Pourvoi n°02-82.971 : *Bull. crim.*, n° 85 ; *Dr pénal* 2003, Comm. 107, note Michel VERON.

Cass. crim., 29 avril 2003, Pourvoi n°02-86.654.

C.A. Riom, 11 juin 2003 : *Contrats, conc., consom.* 2004, Comm.48, p. 28, note Guy RAYMOND.

Cass. civ. 1^{re}, 30 septembre 2003, Pourvoi n°01-15.376.

Cass. crim., 10 décembre 2003, Pourvoi n°02-86.863 : *Bull. crim.* n°141.

Cass. crim., 13 janvier 2004, Pourvoi n°03-832.04.

Cass. crim., 21 janvier 2004, Pourvoi n°03-82.360.

Cass. crim., 27 janvier 2004, Pourvoi n°03-81.295.

Cass. crim., 28 janvier 2004, Pourvoi n°03-80.930.

Cass. crim., 3 mars 2004, Pourvoi n°03-84.724.

Cass. crim., 31 mars 2004, Pourvoi n°03-85.624.

Cass. crim., 7 avril 2004, Pourvoi n°03-85.457.

Cass. crim., 27 avril 2004, Pourvoi n°04-80788.

Cass. crim., 4 mai 2004, Pourvoi n°03-83.524.

Cass. crim., 12 mai 2004, Pourvoi n°03-85.104.

Droit européen

Tous les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme cités sont disponibles sur le site de la Cour : **[en ligne]**, < <http://hudoc.echr.coe.int/> >, (consulté 16.11.2003).

CEDH, Golder c. Royaume-Uni, 21 février 1975 : Série A, n°18.

CEDH, Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978 : Serie A n°25.

CEDH, Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978 : Serie A n°26.

CEDH, Airey c. Irlande, 9 octobre 1979, req. n°6289/73 : Série A, n°32.

CEDH, Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, req. n°7525/76 : Série A n°45.

CEDH, X. et Y. c. Pays-Bas du 26 mars 1985, req. n° 8978/80 : Série A n°91.

Comm. EDH, Van Volsem, 9 mai 1990, Décision d'irrecevabilité : *RUDH* 1990, pp. 349-353, arrêt pp. 384-385, note Frédéric SUDRE.

CEDH, Tomasi c. France, 27 août 1992, req. n°12850/87, Série A n°241-A.

CEDH, Ribitsch c. Autriche, 4 décembre 1995, req. n°18896/91, Série A n°336.

CEDH, Akdivar et autres c. Turquie, 16 septembre 1996, req. n°21893/93 : *Rec.* 1996-IV.

CEDH, Stubbings et autres c. Royaume-Uni, 22 octobre 1996, req. n°22083/93 et n°22095/93 : *Rec.* 1996-IV.

CEDH, Aksoy c. Turquie, 18 décembre 1996, req. n°2 1987/93 : *Rec.* 1996-VI.

CEDH, D. c. Royaume-Uni, 2 mai 1997, req. n°30240/96 : *Rec.* 1997-III.

CEDH, Aydin c. Turquie, 25 septembre 1997, req. n° 23178/94 : *Rec.* 1997-VI.

CEDH, Mentes et autres c. Turquie, 28 novembre 1997, req. n°23186/94 : *Rec.* 1997-VIII.

CEDH, Selçuk et Asker c. Turquie, 24 avril 1998, réf. 23184/94 et 23185/94 : *Rec.* 1998-II.

CEDH, Kurt c. Turquie, 25 mai 1998, req. n°24276/94 : *Rec.* 1998-III.

CEDH, A. c. Royaume-Uni, 23 septembre 1998, req. n° 25599/94 : *Rec.* 1998-VI ;

CEDH, Petra c. Roumanie, 23 septembre 1998, req. n° 27273/95 : *Rec.* 1998-VII.

CJCE, 27 octobre 1998, C-411/96, Margaret Boyle c. Equal Opportunities Commission : [en ligne],
Disponible sur : < <http://curia.eu> > page jurisprudence générale (consulté le
16/01/2004).

CEDH, grande chambre, Tanrikulu c. Turquie, 8 juillet 1999, req. n°23763/94 : *Rec. AD*, 1999-IV.

CEDH, grande chambre, Aquilina c. Malte, 29 avril 1999, req. n°25642/94 : *Rec. AD* 1999-III.

CEDH, grande chambre, T.W. c. Malte, 29 avril 1999, Requête 25644/94.

CEDH, Pancenko c. Lettonie, 28 octobre 1999, Décision d'irrecevabilité, req. n°40772/98.

CEDH, grande chambre, V. c. Royaume-Uni, 16 décembre 1999, req. n°24888/94 : *Rec. AD* 1999-IX.

CEDH, grande chambre, T. c. Royaume-Uni, 16 décembre 1999, req. n°24724/94 : *RTDH*, n°49, 1^{er}
janvier 2002, pp. 111-152, obs. Florence MASSIAS.

CEDH, grande chambre, Ilhan c. Turquie, 27 juin 2000, req. n°22277/93 : *Rec. AD* 2000-VII.

CEDH, grande chambre, Salman c. Turquie, 27 juin 2000, req. n°21986/93 : *Rec. AD* 2000-VII.

CEDH, 1^{er} sect., Dikme c. Turquie, 11 juillet 2000, req. n°20869/92 : *Rec. AD* 2000-VIII.

CEDH, 1^{er} sect., Akkoç c. Turquie, 10 octobre 2000, req. n°22947/93 et n°22948/93 : *Rec. AD* 2000-
X.

CEDH, grande chambre, Kudla c. Pologne 26 octobre 2000, req. n°30210/96 : *Rec. AD* 2000-XI ;
RTDH, n°49, 1^{er} janvier 2002, pp. 169-201, obs. Jean-François FLAUSS, Le droit à
un recours effectif au secours de la règle du délai raisonnable : un revirement de
jurisprudence historique.

CEDH, 3^e sect., Demiray c. Turquie, 21 novembre 2000, req. n°27308/95 : *Rec. AD* 2000-XII.

CEDH, grande chambre, 18 janvier 2001, Chapman c. Royaume-Uni, req. n°27238/95, *Rec. AD*
2001-I.

CEDH, grande chambre, 18 janvier 2001, Coster c. Royaume-Uni, req. n°24876/9.

CEDH, grande chambre, 18 janvier 2001, Jane Smith c. Royaume-Uni, req. n°25154/94.

CEDH, 3^e sect., Vaudelle c. France, 30 janvier 2001 : *D.* 2001, Inf. rap. ; *RTD civ.* 2001, pp. 330-332,
obs. Jean HAUSER ; *Ibid.* pp.439-442, obs. Jean-Pierre MARGUENAUD ; *J.C.P.*,
éd. G. 2001, II, 10526, pp. 944-947, note Laurent DI RAIMONDO ; *D.* 2002, J. pp.
353-358, note Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT, Eliette RUBI-CAVAGNA ; *J.C.P.*
2001, éd. G., I, 342, p. 1561, obs. Frédéric SUDRE.

CEDH, 4^e sect., Berktaş c. Turquie, 1^{er} mars 2001, req. n°22493/93.

CEDH, 3^e sect., Tanli c. Turquie, 10 avril 2001, req. n°26129/95 : *Rec. AD* 2001-III.

CEDH, 3^e sect., Mc Kerr c. Royaume-Uni, 4 mai 2001, req. n° 28883/95 : *Rec. AD* 2001-III.

CEDH, grande chambre, Z. et autres c. Royaume-Uni, du 10 mai 2001, req. n° 29392/95.

CEDH, 1^e sect., Altay c. Turquie, 22 mai 2001, req. n° 2227 9/93.

CEDH, 4^e sect., Denizci et autres c. Chypre, 23 mai 2001, req. n° 25316/94 et n° 25317/94 : *Rec. AD* 2001-V.

CJCE, Tele Danmark A/S, 4 octobre 2001 : [en ligne], Disponible sur: < <http://curia.eu> >, page jurisprudence générale, (consulté le 16/01/2004).

CEDH, 1^e sect., Abdurrahman Orak c. Turquie, 14 février 2002, req. n° 31889/96.

CEDH, 3^e sect., Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni, 14 mars 2002, req. n° 46477/99.

CEDH, grande chambre, Christine Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, req. n° 28957/95.

CEDH, grande chambre, I. c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, req. n° 25680/94.

CEDH, 4^e sect., Pretty c. Royaume-Uni, 29 avril 2002, req. n° 2346/02 : *J.C.P.*, éd. G. 2003, II, 10 062, pp. 676-682, note Carole GIRAULT.

CEDH, 4^e sect., Algür c. Turquie, 22 octobre 2002, req. n° 32574/96.

CEDH, 4^e sect., Covezzi et Morselli c. Italie, 9 mai 2003, req. n° 52763/99.

CEDH, 2^e sect., Pantea c. Roumanie, 3 juin 2003, req. n° 33 343/96.

CEDH, 4^e sect., Cotlet c. Roumanie, 3 juin 2003, req. n° 38 565/97.

CEDH, 4^e sect., 22 juillet 2003, Y. F. c. Turquie, req. n° 24209/94.

CEDH, 1^e sect., 27 novembre 2003, Henaf c. France, req. n° 65436/01 : *J.C.P.* 2004 éd. G. I, 107, p. 181, obs. Frédéric SUDRE.

CEDH, 1^e sect., 4 décembre 2003, M. C. c. Bulgarie, req. n° 39272/98 : *J.C.P.* 2004 éd. G. I, 107, p.181, obs. Frédéric SUDRE.

CJCE, 30 septembre 2003, C-144/02, MK. Alabaster c. Woolwich plc and Secretary of State for Social Security : [en ligne], Disponible sur: < <http://curia.eu> >, page jurisprudence générale, (consulté le 16/01/2004).

CEDH, 2^e sect., Gennadiy Naumenko c. Ukraine, 10 février 2004, req. n° 42023/98.

CEDH, 1^{re} sect., Rivas c. France, 1^{er} avril 2004, req. n° 59584/00.

CEDH, 1^{re} sect., Bati et autres c. Turquie, 3 juin 2004, req. n° 33097/96 et n° 57834/00.

CEDH, 4^e sect., Aydin et Yunus c. Turquie, 22 juin 2004, req. n° 32572/96 et n° 33366/96.

CEDH, grande chambre, Ilascu et autres c. Moldava et Russie, 8 juillet 2004, req. n° 48787/99.

CEDH, 4^e sect., Ayse Tepe c. Turquie, 22 juillet 2004, req. n° 29422/95.

CEDH, 2^e sect., Slimani c. France, 27 juillet 2004, req. n° 57671/00.

CEDH, 2^e sect., A. A. et autres c. Turquie, 27 juillet 2004, req. n° 30015/96.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux pages)

A

Abstention volontaire de porter assistance à
personne en péril, 533

Abstract, 19

Abus

- de vulnérabilité, 324
- et bonne foi, 326
- par déloyauté, 326

Abus de confiance, 463

Abus de droit, 321

Abus de faiblesse

- caractère frauduleux, 401
- code de la consommation, 97
- création, 398
- et contrainte, 408
- et résultat de l'infraction, 409
- notion, 330
- sujétion, 224

Abus de situation

- définition, 324
- en droit pénal, 328
- et dol, 324
- et violence, 324

Abus de vulnérabilité, 550

- moyen de l'infraction, 396

Accès au droit, 299

Agressions sexuelles, 426

- incapacité de résistance, 447
- incapacité psychique de résister, 443
- passivité de la victime, 441
- résistance amoindrie, 451

Aide juridictionnelle, 301

Atteinte éventuelle, 353, 517

Auteur de l'infraction

– étranger, 466

Avocat, 558

B

Blessure, 5, 105, 158

Bon père de famille, 121, 437

C

Circonstance aggravante

- et élément constitutif, 501
- et gravité, 482
- mixte, 475, 480
- personnelle, 475, 477, 486
- réelle, 475

Circonstance aggravante de vulnérabilité

- et détention de l'auteur, 550
- et gravité de l'infraction, 471
- et peine, 464
- infractions non aggravées, 461

Coaction, 487

Code de déontologie médicale, 543

Compensation, 518

Compensation de la faiblesse, 354

Complicité, 486

Conditions de travail contraires à la dignité

- suppression de l'abus, 421

Conditions de travail et d'hébergement contraires à
la dignité humaine

- dépendance, 221
- vulnérabilité, évaluation, 145

Consensus, 157, 261

Contrainte

- droit pénal, notion, 428

Crédibilité, 512

D

Danger *Voir* Péril
Dangerosité, 473, 483
Défaut de consentement, 349
Défiance, 65, 137
Délaissement, 530
Délit de manipulation mentale, 224
Dépendance
– droit social, 231
– économique, 229
– et contrainte, 236
– notion, 228
Destructions, dégradations, détériorations, 463
Détenue, 550
Détenus, 103
– garde à vue, 104
Dignité humaine, 259, 491
Dispositif de protection des personnes vulnérables,
267
Dol général, 385, 484
– faute, 388
– intention, 386
Dol spécial, 392
– intention de nuire, 393
Droit éventuel, 356
– éventualité, 356
Droits de la défense, 295, 302, 555

E

Egalité, 215
Élément constitutif, 508
Embryon, 167
Emprunt, 355
Esclavage
– domestique, 115, 147
Escroquerie, 463, 550
– tromperie, appréciation objective, 437
– tromperie, appréciation subjective, 438
Etat de coma, 70
Etat de grossesse, 71
Etat d'ivresse, 68

Euthanasie, 256
Evidence, 156
Expulsion, 466
Extorsion, 434, 463
– contrainte, 436

F

Faute professionnelle, avocat, 336
Foetus, 167

G

Gravité
– aggravation, 459
– pure, 459
Gravité de l'acte, 508

H

Handicap, 137
Harcèlement moral, 454
Harcèlement sexuel, 453

I

Incapacité, 240, 361
– accompagnement de la personne, 368
– de défiance, 245
– de protection, 365
– et droits de la défense, 556
– et procédure, 558
– fondements, 241
– principe de nécessité, 365
– principe de subsidiarité, 365
– recherche médicale, 369
– statut personnel, 366
– volonté de la personne, 366
Inconscience, 68
Infirmité, 64, 137
Infirmité de nature à compromettre la défense du
prévenu, 556
Infractions d'intérêt général, 270
Insécurité, 102

Intention *Voir* Dol général

J

Jeune âge, 51

Jugement de valeur, 183

L

Lien de corrélation, 305, 484

– définition, 188

Loi pénale

– fonction expressive, 462

M

Maintien en détention, 470

Maladie, 59, 136

Maltraitance

– enfants, 263

– personnes âgées vulnérables, 264

Mandat spécial, 363

Mauvais aloi, 334

Mauvais traitements, 280

– non-dénonciation, 540

Mécanisme de recours individuel, 333

Modèle, 355

N

Neutralisation, 518

Neutralisation de l'atteinte, 354

Non-empêchement d'une infraction, 539

Notion

– à contenu variable, 218

– floue, 25

Nullité

– insanité d'esprit, 349

O

Obligation d'information

– en général, 542

– information claire, loyale, appropriée, 543

– partie faible au contrat, 547

En matière médicale, 542

Obligation positive, 520, 568

– de justifier le traitement infligé, 524

– de mener une enquête effective, 527

– de mener une enquête en cas de torture, 568

– de protéger l'intégrité physique, 526

– de traduire la personne arrêtée ou détenue
devant un juge, 571

P

Particulière vulnérabilité

– adjectif "particulière", sens, 124

– appréciation *in concreto*, 126

– appréciation souveraine des juges du fond, 125

– et infraction, 504

– évaluation, 123

– preuve, 139

Passage à l'acte, 389

– fonction morale, 391

– légitimation, 389

Patient, 543

Pauvreté, 78, 87

Peine

– fonction expressive, 261

– fonction préventive, 260

Peine dégradante *Voir* Traitement dégradant

Peine inhumaine *Voir* Traitement inhumain

Personnalité de l'auteur de l'infraction, 464

Personne qui n'est pas en mesure de se protéger

– et vulnérabilité, 192, 193, 196

– notion, 190

Personnes vulnérables *Voir* Vulnérabilité

Prélèvements d'organes, 255

Présomption de vulnérabilité

– dépendance, 141

– handicap, 141

– incapacité, 141

– situation irrégulière, 148

Prévention des risques, 352

Principe du contradictoire, 304

R

- Recherche médicale
 - avec bénéficiaire individuel direct, 175, 247
 - sans bénéficiaire individuel direct, 176, 248
- Recours à la prostitution de personnes particulièrement vulnérables, 424
- Règle d'épuisement des voies de recours internes, 564
- Répétition de l'infraction, 472
- Révélation
 - de maltraitances, 276
 - professionnels, 278
- Risque d'atteinte matérielle, 517
- Risque de pression, 550, 551
- Risque procédural, 297

S

- Salarié, 257
 - "infériorité-vulnérabilité", 258
 - droits fondamentaux, 257
- Sauvegarde de justice, 559
- Sérvices *Voir* Mauvais traitements
- Situation précriminelle, 390
- Solitude, 112
- Standard
 - conduite objective, 198
 - matériel, 121
 - normalité, 199
- Stérilisation, 243
- Subordination, 89, 226, 258, 370
- Sujétion, 224
- Système judiciaire, 555

T

- Témoins vulnérables, 288
- Torture, 174, 489, 493
- Traite des êtres humains, 292
- Traitement dégradant, 488, 495
- Traitement inhumain, 489, 490
- Tribunal accessible, 299

- Tromperie *Voir* Escroquerie
- Trouble à l'ordre public, 469

V

- Valeur sociale, 392
- Victime
 - Convention européenne des droits de l'homme, 562
 - de tortures, 117
 - potentielle, 205
 - vulnérable, 549
- Victime d'infraction vulnérable
 - crédibilité du témoignage, 273
 - et procédure, 270
 - rareté du témoignage, 272
- Victimisation, 205, 208
- Victimologie, 204
- Vieillesse, 54, 110
- Violence (vice du consentement)
 - abus de situation, 346
 - appréciation *in concreto*, 340
 - délit civil, 341
 - et intention de l'auteur, 344
 - état de nécessité, 343
 - protection, 341
- Vol
 - remise involontaire, 432
 - victime, 433
- Vulnérabilité
 - apparente, 478
 - catégorie, 165
 - condition préalable, 381
 - connaissance par l'auteur, 412, 482
 - connue de l'auteur, 478, 483
 - consommateur, 93
 - culturelle, 77, 113
 - définitions, 186
 - détention, 171
 - droit public, 9
 - économique, 77
 - élément constitutif, 380
 - enfant mineur, 167

- et exception procédurale, 551
- et minorité, 50
- et sanction de l'auteur, 462, 465, 466
- familiale, 95
- garde à vue, 522
- langage courant, 4
- maladie grave, 170
- partie faible au contrat, 88
- personne morale, 8
- politique, 99
- seuil d'âge, 129
- sociale, 77
- victime de tortures, 172

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	1
INTRODUCTION	3
PARTIE I. DES CONDITIONS MATERIELLES	37
TITRE I. L'ORIGINE DE LA VULNÉRABILITÉ	41
<i>Chapitre I. Des faiblesses multiples</i>	43
Section I. Les origines intrinsèques de vulnérabilité de la personne.....	45
§ 1. La vulnérabilité en raison de l'âge	46
A. Le jeune âge.....	47
1. Dans le Code pénal.....	47
a. La genèse de l'idée de vulnérabilité de l'enfant	47
b. La vulnérabilité due au jeune âge et la minorité	50
c. Le jeune âge recouvert par la vulnérabilité	51
2. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	53
B. L'âge avancé	54
§ 2. Les autres causes de vulnérabilité intrinsèque.....	59
A. La maladie.....	59
B. L'infirmité	64
C. Les déficiences physiques ou psychiques	65
1. L'appréciation lâche des états constitutifs de déficiences	65
2. L'inconscience entendue comme une déficience	68
D. La grossesse.....	71
1. Le droit pénal	71
2. La recherche biomédicale	73
3. Le droit européen	74
Section II. Les origines extrinsèques de vulnérabilité de la personne.....	77
§ 1. La vulnérabilité due à la situation sociale, économique ou culturelle ..	77

A. Une origine de vulnérabilité générale	77
B. Une origine de vulnérabilité spécifique dans les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal	79
C. Une origine de vulnérabilité oubliée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	86
§ 2. La vulnérabilité due à une situation contractuelle.....	88
§ 3. La vulnérabilité due à la situation familiale	95
§ 4. La vulnérabilité due à la situation politique	98
A. L'origine politique de la vulnérabilité explicite.....	99
B. L'origine politique de la vulnérabilité implicite.....	100
§ 5. La vulnérabilité due à la privation de liberté	103
A. De la vulnérabilité des personnes en garde à vue en particulier....	104
B. ... A la vulnérabilité des personnes détenues en général	106
Section III. Le cumul de différentes origines de vulnérabilité d'une personne	108
§ 1. Dans le Code pénal.....	108
A. La vulnérabilité due à l'âge dans le Code pénal.....	108
1. Le grand âge	110
2. La fragilité psychique	111
3. La solitude, l'isolement.....	112
4. Le faible niveau d'études	113
B. La vulnérabilité des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal.....	114
§ 2. Dans la jurisprudence, en dehors de tout texte	115
A. Une affaire isolée, en matière de responsabilité professionnelle.....	116
B. Une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme...	117
<i>Chapitre II. Une faiblesse évaluée.....</i>	<i>121</i>
Section I. L'évaluation ponctuelle	123
§ 1. La « particulière vulnérabilité » dans le Code pénal	123
A. Les étapes successives de l'évaluation.....	124
1. Le préalable : la précision de l'origine de la vulnérabilité <i>in concreto</i>	125

2. La finalité : la caractérisation du degré de l'origine de vulnérabilité	126
B. L'existence constante d'une évaluation.....	128
1. Dans l'appréciation de la vulnérabilité due à l'âge de la personne	129
a. L'exclusion d'un seuil d'âge.....	129
b. La vulnérabilité due à l'âge fondée sur une autre cause légale de « particulière vulnérabilité »	131
c. La vulnérabilité due à l'âge caractérisée par un ensemble de conséquences personnelles liées à l'âge	134
2. Dans l'appréciation d'une autre cause de « particulière vulnérabilité » de la personne	136
C. La preuve nécessaire à l'évaluation	139
1. La « particulière vulnérabilité » prouvée.....	139
2. La « particulière vulnérabilité » présumée.....	140
§ 2. La « vulnérabilité » des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal.....	145
A. L'exigence de caractérisation de la « vulnérabilité »	145
B. La présomption de vulnérabilité des personnes en situation irrégulière	148
§ 3. La vulnérabilité prétorienne	152
A. L'évaluation dans la jurisprudence de droit privé interne.....	153
1. En droit civil.....	153
2. En droit pénal	154
B. L'évaluation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	156
1. La vulnérabilité due à une invalidité résultant de blessures suite à des tortures	158
2. La vulnérabilité due à la situation de troubles civils et politiques...	159
3. La particulière vulnérabilité des personnes détenues	161
Section II. L'évaluation catégorielle.....	165
§ 1. Les catégories de personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	166
A. Les enfants mineurs	167

B. Les personnes atteintes d'une maladie.....	170
1. Une maladie incurable grave en phase terminale.....	170
2. Des troubles mentaux.....	171
C. Les personnes en détention.....	171
D. Les victimes de tortures.....	172
§ 2. Les catégories de personnes vulnérables en matière de recherche médicale.....	175
CONCLUSION DU TITRE I.....	178
TITRE II. LA SITUATION DE VULNÉRABILITÉ.....	181
<i>Chapitre I. Le lien de corrélation entre faiblesse et atteinte risquée mis en évidence.....</i>	185
Section I. Un lien latent.....	186
§ 1. Dans les définitions de la vulnérabilité.....	186
A. Les définitions générales.....	186
B. Une définition matérielle : la notion de « personne qui n'est pas en mesure de se protéger ».....	189
1. Une interprétation rejoignant celle de la « particulière vulnérabilité »	190
2. Un régime de preuve identique à celui de la « particulière vulnérabilité ».....	193
§ 2. Dans la vulnérabilité entendue comme un standard de conduite.....	196
A. La vulnérabilité, standard de conduite.....	196
B. Le lien de corrélation dans l'appréciation de la vulnérabilité en tant que standard juridique.....	200
Section II. Un lien patent.....	204
§ 1. Dans la conception originelle de la vulnérabilité.....	204
§ 1. Dans la conception relative de la vulnérabilité.....	210
A. Une singularisation relative à la notion de faiblesse.....	211
1. La teneur de la distinction entre les notions.....	211
2. Les prolongements de la distinction : les rapports entre la vulnérabilité et l'égalité.....	215
B. Une différenciation relative à la notion de dépendance.....	218

1. La nécessité de différencier vulnérabilité et dépendance.....	219
a. La vulnérabilité ou l'état de dépendance des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal	219
i. Les travaux préparatoires peu explicites	220
ii. Une jurisprudence insuffisamment précise.....	220
b. La sujétion et la vulnérabilité de l'article 223-15-2 du Code pénal	223
2. La recherche d'un critère de différenciation des notions	227
a. La notion de dépendance en droit de la concurrence.....	229
b. La notion de dépendance en droit social	230
3. De la confusion apparente à la différenciation	233
a. Le recoupement de notions sous-tendues par une réalité commune.....	233
b. L'enchevêtrement des notions en cas de recours à la contrainte pour caractériser la dépendance	235
<i>Chapitre II. Le lien de corrélation entre faiblesse et atteinte risquée mis à l'épreuve.....</i>	<i>239</i>
Section I. Un fondement de protection au fond.....	240
§ 1. La protection contre les risques d'abus en matière de consentement de la personne	240
A. Les incapacités.....	240
1. Les incapacités de protection.....	240
2. Les incapacités de défiance	245
B. Le domaine biomédical	246
1. La recherche biomédicale	246
a. La recherche avec bénéfice individuel direct.....	247
b. Les recherches sans bénéfice individuel direct	248
i. Une protection renforcée par une limitation des essais pour les personnes « vulnérables »	249
ii. Une protection renforcée par une exclusion des recherches pour les personnes « particulièrement vulnérables »	253
2. Les prélèvements d'organes	255

3. L'euthanasie.....	256
§ 2. La protection contre les risques d'atteintes aux libertés fondamentales de la personne	257
§ 3. La protection contre les risques d'atteintes graves à l'intégrité physique de la personne	260
A. La fonction dissuasive du droit pénal	260
1. Pour tous les délinquants éventuels.....	260
2. Pour les personnes ayant en charge l'encadrement des personnes vulnérables.....	262
B. Les mesures visant à protéger les enfants, les aînés, les femmes victimes de violences.....	263
Section II. Un fondement de protection procédural.....	269
§ 1. La preuve de l'infraction commise contre une personne vulnérable..	269
A. Le problème du témoignage de la personne vulnérable victime	272
1. La rareté du témoignage	272
2. La crédibilité du témoignage	273
B. Les solutions	276
1. Le témoignage extérieur	276
2. Le témoignage du professionnel tenu au secret.....	278
a. Les dispositions communes à tous les professionnels	278
b. Les dispositions applicables aux travailleurs sociaux intervenant dans le cadre de l'assistance éducative	284
§ 2. Le droit d'accès à la justice des personnes vulnérables.....	286
A. Les témoins et victimes vulnérables au procès	286
1. La protection européenne	287
2. La protection du droit interne.....	292
B. La personne vulnérable face au juge	295
1. L'accès à un juge	298
2. Les droits de la défense	302
CONCLUSION DU TITRE II	307
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	309

PARTIE II. UNE CONDITION FONCTIONNELLE	313
TITRE I. LA PARTICIPATION TOPIQUE À LA QUALIFICATION D'UN ABUS DE SITUATION.....	317
<i>Chapitre I. L'abus de situation qualifié en dehors du droit pénal</i>	<i>319</i>
Section I. La qualification d'un abus de situation avéré	320
§ 1. L'approche générale de l'abus de situation	321
A. Les conceptions de l'abus de droit	321
B. Les constantes de l'abus de situation.....	323
1. L'esprit	323
2. La finalité.....	327
§ 2. L'abus de la situation de vulnérabilité de la victime de l'atteinte	332
A. Des solutions prétoriennes dépourvues d'ambiguïté.....	332
1. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : la vulnérabilité dans la qualification de l'existence d'une violation de l'article 34 <i>in fine</i> de la Convention.....	333
2. La vulnérabilité dans la qualification d'une faute disciplinaire	336
B. Un arrêt du 13 janvier 1999 : une solution ambiguë.....	338
1. L'exigence explicite d'un lien de corrélation objectif.....	339
2. La recherche de la nature subjective du lien de corrélation	341
a. La prise en compte de l'intention de l'auteur dans la qualification de la violence, en général.....	341
b. La volonté de l'auteur de la violence de profiter de la vulnérabilité de la victime.....	344
i. L'exigence d'une telle volonté absente en apparence.....	344
b. L'exigence d'une telle volonté présente en réalité	345
C. Un arrêt du 30 septembre 2003 : un prolongement naissant	348
Section II. La qualification d'un abus de situation éventuel.....	351
§ 1. L'élaboration théorique.....	352
A. La mise en perspective de la vulnérabilité et du risque à prévenir ...	352
B. La modélisation de la vulnérabilité en tant que source de qualification de l'atteinte éventuelle	355

1. La théorie dite "des droits éventuels" de René Demogue – le modèle	356
2. La vulnérabilité caractérisant une "atteinte éventuelle" – l'emprunt	358
§ 2. L'utilité juridique.....	360
A. La vulnérabilité, outil ponctuel de protection au service du juge.....	361
1. En matière d'incapacités	361
a. Dans une vision classique de la protection de la personne	361
b. Dans une vision rénovée de la protection de la personne	365
2. En matière de recherche biomédicale.....	369
B. La vulnérabilité, outil ponctuel de protection au service du législateur	
.....	372
<i>Chapitre II. L'abus de situation qualifié en droit pénal</i>	<i>375</i>
Section I. La prise en compte textuelle de la notion.....	376
§ 1. La discussion quant à la nature de condition préalable de la	
vulnérabilité qualifiant l'infraction.....	378
A. La nature de condition préalable : un choix difficile	378
1. La vulnérabilité présentée comme un élément constitutif.....	380
2. La vulnérabilité présentée comme une condition préalable de	
l'infraction	381
a. Une tendance du droit positif	381
b. Une alternative discutable	383
B. La nature de condition préalable : une solution cohérente	384
1. La vulnérabilité intégrée au dol général dans sa conception classique	
.....	385
a. La présentation de l'analyse	385
b. La confirmation sous l'angle de la criminologie	388
2. L'éclairage apporté par la conception du dol spécial de M. Adrien-	
Charles Dana	391
§ 2. La vulnérabilité, condition préalable d'un abus de situation	
expressément visé	394
A. Les textes	395
1. L'abus de vulnérabilité, moyen d'obtenir le résultat de l'infraction.	396

2. La vulnérabilité, moyen de réaliser l'abus	398
B. La jurisprudence.....	401
1. L'article 223-15-2 du Code pénal	401
a. L'abus caractérisé expressément par le juge	402
i. L'abus révélé par les actes matériels positifs	402
ii. L'abus constitué par le simple fait de profiter de la vulnérabilité de la victime	405
b. L'abus non caractérisé expressément par le juge	407
i. La contrainte de la victime vulnérable constitutive d'un abus implicite	407
ii. La vulnérabilité associée au résultat du délit pour qualifier implicite l'abus.....	408
2. Les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal.....	413
a. L'abus de vulnérabilité caractérisé explicitement par le juge	415
b. L'abus caractérisé implicitement par le juge	416
§ 3. La vulnérabilité face au recul de l'exigence de l'abus dans le Code pénal	420
A. Une exigence supprimée des articles 225-13 et 225-14 du Code pénal	420
B. Une exigence exclue <i>a priori</i> du nouvel article 225-12-1 du Code pénal	423
Section II. La prise en compte jurisprudentielle de la notion	425
§ 1. Les éléments constitutifs d'infractions assimilables à des abus de situation.....	425
A. Le point de vue de la doctrine	426
B. La confirmation par le juge	429
§ 2. Les éléments constitutifs d'infractions qualifiés grâce à la vulnérabilité	431
A. Les infractions contre les biens	431
1. Le vol	431
2. L'extorsion.....	433
3. L'escroquerie.....	436

B. Les agressions sexuelles	439
1. L'incapacité à consentir du fait de la vulnérabilité	440
a. La victime physiquement incapable de formuler un consentement	440
b. La victime psychiquement incapable d'exprimer un consentement conscient	442
2. L'incapacité à résister évaluée relativement à la vulnérabilité.....	446
a. La passivité due à la vulnérabilité	446
b. Une résistance amoindrie due à la vulnérabilité	450
C. Le harcèlement	452
CONCLUSION DU TITRE I	454
TITRE II. LA PARTICIPATION CONSTANTE À LA QUALIFICATION D'UNE ATTEINTE GRAVE ..	457
<i>Chapitre I. Le degré de gravité de l'atteinte.....</i>	<i>459</i>
Section I. La qualification de la seule gravité d'une atteinte existante	461
§ 1. L'aggravation de certaines infractions en droit pénal interne	461
A. Les manifestations de l'aggravation	461
1. La sanction pénale de l'auteur de l'infraction aggravée	462
2. La situation administrative de l'étranger auteur d'une infraction aggravée	466
3. La situation de l'auteur de l'infraction avant condamnation aggravée	469
a. Pour faire cesser un trouble.....	469
b. Pour prévenir la continuation ou le renouvellement de l'infraction	471
B. Le mécanisme de l'aggravation.....	474
1. La consécration du caractère subjectif de la circonstance aggravante de vulnérabilité	474
a. Les termes du débat.....	474
b. Une solution rationnelle	477
2. Les incidences du caractère subjectif de la circonstance aggravante de vulnérabilité	482
a. Les incidences théoriques	482

b. Les incidences pratiques	485
§ 2. L'aggravation d'une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme	488
A. La participation de la vulnérabilité à la qualification des seuils de gravité à l'intérieur de l'article 3, en droit positif	489
1. Les traitements inhumains	490
2. La torture.....	492
B. La participation de la vulnérabilité à la qualification du minimum requis de gravité pour que l'article 3 soit applicable, en droit prospectif.....	495
Section II. La qualification concurrente de la gravité et de l'existence d'une infraction	498
§ 1. Le principe selon lequel une même circonstance ne peut tenir lieu à la fois d'élément constitutif et de circonstance aggravante d'une infraction .	500
A. Un principe clair.....	500
B. Une application nuancée	502
§ 2. La difficile appréciation du degré de gravité au regard de la vulnérabilité	506
A. La source : la gravité découle de la vulnérabilité.....	506
B. Le symptôme : la vulnérabilité entre gravité pure et aggravation	508
C. Le remède : le choix quant au rôle de la vulnérabilité	511
<i>Chapitre II. L'existence de l'éventualité de l'atteinte.....</i>	<i>517</i>
Section I. Le risque d'une atteinte à l'intégrité de la personne.....	520
§ 1. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	520
A. La protection des détenus contre les mauvais traitements.....	522
1. Toutes les personnes détenues	522
2. Les détenus particulièrement vulnérables	526
B. La protection des autres personnes vulnérables contre des mauvais traitements infligés par d'autres particuliers.....	527
§ 2. Dans le Code pénal	529
A. Le délaissement	530
B. L'omission de porter secours à une personne vulnérable	533

C. La protection contre un risque d'infraction	538
1. Un risque avéré d'infraction.....	538
2. Un risque présumé d'infraction.....	540
§ 3. Le droit à l'information en matière médicale	541
Section II. Le risque d'une atteinte aux droits procéduraux de la personne.	549
§ 1. Des mesures procédurales ponctuelles en faveur des personnes vulnérables, en droit interne	549
A. Une protection de la victime vulnérable.....	549
1. La protection par la détention de l'auteur pendant la procédure ...	549
2. La vulnérabilité justifie des exceptions au déroulement de la procédure	551
B. Des droits de la défense renforcés pour le prévenu vulnérable	555
§ 2. L'accès à la justice des personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	560
A. Des règles restreignant la recevabilité d'un recours individuel assouplies.....	560
1. La vulnérabilité, situation justifiant exceptionnellement l'extension de la notion de victime	561
2. La vulnérabilité, élément participant à qualifier une exception à la règle d'épuisement des voies de recours internes	563
B. Le droit à un recours effectif devant les instances nationales source d'obligations positives.....	567
1. L'obligation de mener une enquête en cas de tortures fondée sur la vulnérabilité	568
2. La nécessité d'un contrôle automatique de la détention renforcée par la vulnérabilité	570
CONCLUSION DU TITRE II	573
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	575
CONCLUSION GENERALE.....	577
BIBLIOGRAPHIE	585

INDEX ALPHABETIQUE 633

TABLE DES MATIÈRES..... 639