Les vulnérabilités nommées et innommées en matière pénale

Agnès Cerf-Hollender

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/6417>

DOI : 10.4000/crdf.6417

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 19 novembre 2020

Pagination : 31-38

ISBN : 978-2-84133-987-7

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Agnès Cerf-Hollender, « Les vulnérabilités nommées et innommées en matière pénale », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 18 | 2020, mis en ligne le 19 novembre 2021, consulté le 14 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/6417> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.6417>

Les vulnérabilités nommées et innommées en matière pénale

Agnès CERF-HOLLENDER

Maître de conférences (HDR) en droit privé à l'université de Caen Normandie
Institut Demolombe (EA 967)

-
- I. La vulnérabilité nommée de la victime
 - A. La vulnérabilité physique ou psychique
 - B. La vulnérabilité économique et sociale
 - II. La vulnérabilité innommée du délinquant
 - A. La vulnérabilité du mineur délinquant
 - B. La vulnérabilité du majeur protégé délinquant

Les termes « vulnérabilité » ou « vulnérable » ne figuraient pas dans le Code pénal de 1810, alors même que certaines victimes y bénéficiaient déjà d'un régime plus protecteur, leur qualité étant constitutive d'une infraction autonome, ou considérée comme une circonstance aggravante de l'infraction subie¹. Le Code pénal issu des quatre lois du 22 juillet 1992, entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, a procédé à un bouleversement des valeurs, clairement exposé par Robert Badinter : « Pour exprimer les valeurs de notre temps, le nouveau Code pénal doit être un code humaniste, un code inspiré par les droits de l'homme »². Au-delà des classiques fonctions répressive et préventive du droit pénal, c'est sa fonction expressive de valeurs sociales qui est ainsi mise en lumière. C'est à cette fin que la vulnérabilité a fait son entrée officielle dans le Code pénal, le droit se devant de protéger les plus faibles. Par la suite, le terme a connu un succès grandissant, les textes l'utilisant se sont multipliés³, la Cour de cassation y a consacré un rapport⁴. Du côté de

la doctrine, la vulnérabilité suscite ces dernières années un intérêt croissant, dans toutes les branches du droit⁵.

La vulnérabilité trouve son origine dans le verbe latin *vulnerare*, qui signifie « blesser, porter atteinte à ». La loi pénale, si elle utilise fréquemment le mot depuis la réforme de 1992, n'en donne pas une définition générale, préférant, dans la grande majorité des articles concernés, dresser une liste des critères de vulnérabilité. Toutefois, quelques textes du Code pénal permettent d'en cerner le sens. Tout d'abord, l'article 223-15-2, spécifique aux personnes vulnérables, incrimine, à leur encontre, l'abus de « l'état d'ignorance ou de faiblesse ». Ensuite, l'article 223-3, relatif au délaissement, l'article 226-14, relatif à la levée du secret professionnel, et l'article 434-3, relatif à la non-dénonciation de privations et mauvais traitements, usent de la périphrase éclairante de « personne qui n'est pas en mesure de se protéger ». La vulnérabilité est donc synonyme d'ignorance, de faiblesse, et renvoie en matière pénale, en premier lieu, aux personnes

1. En particulier les enfants, par l'incrimination autonome d'infanticide et la circonstance aggravante de mineur de 15 ans.
2. R. Badinter, préface au *Projet de nouveau Code pénal*, Paris, Dalloz, 1988, p. 31.
3. Pour un recensement des textes usant des mots « vulnérable » ou « vulnérabilité », dans et hors Code pénal, voir F.-X. Roux-Demare, « La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe », *Les cahiers de la justice*, n° 4, 2019, p. 619-630.
4. Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, rapport annuel de la Cour de cassation 2009, Paris, La documentation française, 2009, en ligne : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2009_3408. Voir J.-L. Gillet, « Réflexions sur le rapport de la Cour de cassation relatif aux personnes vulnérables », *Les cahiers de la justice*, n° 4, 2019, p. 649-653.
5. Voir notamment, outre le colloque ayant donné lieu à cet article (« Penser / exposer la vulnérabilité », qui s'est tenu du 29 novembre au 1^{er} décembre 2018 à l'université de Caen Normandie) : *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité. Études de droit français et de droit comparé*, F. Rouvière (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2010 ; dossier spécial *Les cahiers de la justice*, n° 4, 2019.

qu'il est nécessaire de spécialement protéger, à savoir les victimes potentielles. C'est ainsi pour ces dernières que la vulnérabilité est nommée (I) par la loi pénale, produisant alors un effet répressif, incriminant ou aggravant, car constituant une condition préalable, un élément constitutif, ou une circonstance aggravante de l'infraction. Mais la vulnérabilité ne se limite pas aux victimes. Elle peut aussi naître du procès pénal engagé. Ainsi, le mis en cause, quelle que soit la gravité des faits qui lui sont reprochés, peut être vulnérable face à la machine policière et judiciaire. La loi ne veut, ni ne peut, qualifier un assassin, un terroriste, un pédophile, de vulnérable. Pourtant, cette vulnérabilité-là existe aussi, et elle est, de façon certes limitée, nommée par la Cour européenne des droits de l'homme, à l'égard des personnes privées de liberté⁶. Quoiqu'innommée par la loi, cette dernière en tient malgré tout compte, avec une certaine réticence cependant, en prévoyant, pour certains délinquants, des garanties tenant compte de leur situation de vulnérabilité (II).

I. La vulnérabilité nommée de la victime

Toutes les victimes d'infraction ne sont pas, *ipso facto*, vulnérables. La vulnérabilité ne se confond pas avec le fait d'avoir subi un préjudice. Dans le Code pénal, elle est généralement nommée au travers d'une liste de critères, de sorte qu'elle a pu être qualifiée de « mot-valise »⁷, ou encore de « concept polymorphe »⁸. Diverses classifications ont été proposées : vulnérabilité personnelle ou réelle⁹, intrinsèque ou conjoncturelle¹⁰, d'ordre physique ou d'ordre social ou culturel¹¹. Seuls les termes changent, pour distinguer ce qui relève de facteurs d'ordre physique ou psychique (A) et de la situation économique ou sociale de la victime (B).

A. La vulnérabilité physique ou psychique

Quelques textes du Code pénal, peu nombreux, visent la « vulnérabilité » sans plus de précision¹², mais, le plus fréquemment, cette dernière est nommée par le biais des

mêmes critères, à savoir : l'âge, la maladie, l'infirmité, la déficience physique ou psychique et la grossesse¹³. Les états figurant dans cette liste sont une condition préalable des délits de délaissement et d'abus de l'état d'ignorance et de faiblesse, un des éléments constitutifs de la traite des êtres humains, et une circonstance aggravante commune à un grand nombre d'infractions contre les personnes : meurtre, actes de torture ou de barbarie, violences volontaires de toutes gravités, viol, agressions et atteintes sexuelles, harcèlements sexuel et moral, réduction en esclavage et exploitation d'une personne réduite en esclavage, proxénétisme, exploitation de la vente à la sauvette ou de la mendicité, bizutage, atteinte à l'intimité, outrage sexiste. Cette même circonstance aggravante se retrouve pour les principales atteintes aux biens que sont le vol, l'extorsion, l'escroquerie, l'abus de confiance et la dégradation de biens. Une dernière cause de vulnérabilité, propre au délit d'abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse, a été ajoutée par la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 relative à la lutte contre les mouvements sectaires : la « sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer son jugement ».

Ces critères sont alternatifs. Ainsi, l'âge suffit pour rendre vulnérable, sans qu'il soit besoin d'établir aussi une altération des facultés mentales de la victime¹⁴. Ils sont formulés de telle façon qu'ils offrent au juge une marge d'appréciation. Ainsi, quant à l'âge, aucun seuil particulier n'est fixé, il peut donc s'agir du grand âge¹⁵ comme du jeune âge, sous réserve des textes spécifiques aux mineurs qui seront développés ci-après. Aucune maladie, infirmité ou déficience particulière n'est visée, et donc, toutes peuvent être prises en compte. L'état de sujétion est appliqué hors de tout contexte sectaire, à l'encontre de mages, marabouts et extralucides en tout genre¹⁶, ou s'il résulte d'une dépendance psychologique, qu'elle soit fondée sur des sentiments amoureux ou affectifs¹⁷, ou sur la qualité de l'auteur¹⁸. Toutefois, pour que la vulnérabilité soit prise en compte, elle doit être établie *in concreto* par le juge, et être en lien avec l'infraction, l'avoir permise ou facilitée : le seul constat du critère de

6. Cour EDH, GC, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, n° 36391/02 ; *La semaine juridique, édition générale*, n° 3, 14 janvier 2009, doct. 104, n° 7, obs. F. Sudre. Cet aspect ne sera pas développé ici, faisant l'objet d'une intervention distincte : voir, dans ce volume, M. Rota, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne et la Cour interaméricaine des droits de l'homme ».
7. J.-P. Pierron, « La vulnérabilité, un concept pour le droit et la pratique judiciaire », *Les cahiers de la justice*, n° 4, 2019, p. 570.
8. F.-X. Roux-Demare, « La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe ».
9. X. Lagarde, avant-propos au rapport annuel de la Cour de cassation, *Les personnes vulnérables...*, p. 59-65.
10. F.-X. Roux-Demare, « La notion de vulnérabilité... », p. 623-626.
11. R. Badinter, préface au *Projet de nouveau Code pénal*, p. 41.
12. Voir notamment les articles 222-30-1, 225-13, 225-14, 225-14-2 du Code pénal.
13. On trouve parfois quelques variantes : l'article 223-3 du Code pénal, incriminant le délaissement, ne vise que « l'âge et l'état physique ou psychique » ; l'article 225-12-1 du même Code, incriminant le recours à la prostitution, vise « la vulnérabilité due à une maladie, à une infirmité, à un handicap ou à un état de grossesse ».
14. Cass. crim., 11 juillet 2017, n° 17-80.421, à propos de l'abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse.
15. P. Thomas, C. Hezif-Thomas, C. Pradère, P. Darrieux, « Dépendance affective de la personne âgée et abus de faiblesse », *Revue de gériatrie*, vol. 19, n° 6, juin 1994, p. 401.
16. Cass. crim., 18 mars 2014, n° 13-82.466, relatif à un étudiant de 18 ans, boursier, loin de sa famille, isolé et en « mal d'amour », abusé par une voyante contactée par téléphone.
17. Cass. crim., 29 avril 2014, n° 12-87.650 ; Cass. crim., 17 octobre 2018, n° 17-87.048 ; Cass. crim., 19 avril 2017, n° 16-80.718, *Revue de science criminelle*, 2017, p. 283, obs. Y. Mayaud.
18. Cass. crim., 16 janvier 2019, n° 17-86.162, relatif à l'abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse commis par le conseiller financier d'une banque.

vulnérabilité ne suffit pas¹⁹, et cela même si la victime est un majeur protégé au sens du Code civil²⁰.

Le cas de l'enfant et de l'adolescent est à distinguer. Toutes les infractions contre les personnes prenant en compte la qualité de personne vulnérable de la victime, listées ci-dessus, prévoient aussi, mais distinctement, celle de mineur. La minorité produit ainsi le même effet incriminant ou aggravant que la vulnérabilité, sans avoir été pour autant nommée comme telle par le Code pénal de 1992. Un commentateur avait souligné que les mineurs « auraient très bien pu être englobés dans la catégorie de ces personnes particulièrement *vulnérables* mais on a préféré les distinguer, sans doute dans un but pédagogique ou expressif »²¹. Cette dissociation est en effet expressive de l'importance de la protection de l'enfance pour le législateur, qui se manifeste aussi par l'existence, dans le Code pénal, d'un chapitre intitulé « Des atteintes aux mineurs et à la famille »²², alors qu'aucun chapitre équivalent ne concerne les majeurs vulnérables.

La minorité est ainsi un cas particulier de vulnérabilité, présumée de façon irréfragable et reposant sur le seul constat de l'âge, là où, pour le majeur, elle doit être établie *in concreto*. La vulnérabilité prise en compte ici a trois aspects. Tout d'abord, elle est d'ordre physique, l'enfant, être faible, n'étant pas apte à se défendre contre une agression. Ensuite, elle est d'ordre psychologique, l'enfant ne comprenant pas toujours les faits dont il est victime, allant parfois jusqu'à, en apparence du moins, y consentir. Cela explique qu'en matière d'agression sexuelle, l'article 222-22-1, alinéa 3 du Code pénal dispose que, si la victime a moins de 15 ans, la contrainte morale ou la surprise sont caractérisées « par l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes ». Enfin, il s'agit aussi d'une vulnérabilité d'ordre économique et social, l'enfant ne pouvant subvenir seul à ses besoins. C'est pourquoi le mineur est présumé vulnérable pour l'application des délits d'exploitation par le travail, de travail forcé et de réduction en servitude, par l'article 225-15-1 du même code. Ces deux textes sont aujourd'hui les seuls nommant expressément la vulnérabilité du mineur. Relativement récents, le premier issu de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018, le second de celle n° 2013-711 du 5 août 2013, ils sont annonciateurs du passage

d'une vulnérabilité innommée à une vulnérabilité nommée du mineur, y compris pour la vulnérabilité économique et sociale.

B. La vulnérabilité économique et sociale

Contrairement à ce que l'on pourrait *a priori* penser, la vulnérabilité de type économique et social n'est pas une vulnérabilité de « deuxième génération », car elle fut consacrée elle aussi dès le Code pénal de 1992, dans le contexte particulier du travail et du logement, par le biais de la formule « la vulnérabilité ou l'état de dépendance ». L'expression fut ensuite reprise par la loi du 5 août 2013²³. La loi tend, par ce biais, à protéger contre l'exploitation par le travail et les marchands de sommeil. La « vulnérabilité ou l'état de dépendance » sont aujourd'hui une condition préalable de trois délits : l'obtention de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli, la soumission à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine²⁴, et la réduction en servitude²⁵. La loi visant « la vulnérabilité ou l'état de dépendance » de la victime, la question pouvait se poser de son interprétation : la dépendance est-elle une alternative de la vulnérabilité, dont elle serait en conséquence distincte ? Ou bien en est-elle une simple variante ? Ou bien encore un critère, comme le sont l'âge ou la maladie ? La jurisprudence n'est pas entrée dans de telles considérations sémantiques, sans doute parce qu'elles ne présentent aucun intérêt répressif. Pour les juges, les deux termes sont assimilés. Ainsi, un travailleur peut être qualifié de vulnérable à l'égard de celui qui l'emploie, alors que le lien les unissant est un lien de dépendance²⁶. Ces textes permettent notamment de sanctionner l'esclavage domestique, illustré en particulier à l'égard de jeunes filles étrangères confiées, parfois par leurs propres parents, à des tiers pour accomplir des tâches ménagères en échange du gîte et du couvert²⁷. La vulnérabilité sociale ou économique peut aussi résulter de l'absence de qualification des salariés et de la situation particulièrement difficile de l'emploi dans le secteur concerné²⁸, de l'éloignement de leur pays

19. Cass. crim., 8 juin 2010, n° 10-82.039, *Bulletin criminel*, n° 102 ; *Revue de science criminelle*, 2010, p. 619, obs. Y. Mayaud ; Cass. crim., 16 juin 2015, n° 14-87.756.

20. Cass. crim., 1^{er} avril 2014, n° 13-83.163, relatif à un curatelaire.

21. P. Couvrat, « Les infractions contre les personnes dans le nouveau Code pénal », *Revue de science criminelle*, 1993, p. 469 (nous soulignons).

22. Dans lequel on trouve, notamment, les délits relevant de la pédophilie : corruption de mineur (Code pénal, art. 227-22), propositions sexuelles (Code pénal, art. 227-22-1), délits liés aux images pédophiles (Code pénal, art. 227-23 et 227-24) et atteinte sexuelle (Code pénal, art. 227-25 et 227-27).

23. Loi n° 2013-71 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, qui a notamment incriminé l'esclavage, la réduction en servitude et le travail forcé.

24. Respectivement art. 225-13 et 225-14 du Code pénal. Ces délits sont généralement en concours avec des contraventions du Code du travail (non-respect du SMIC, de la durée du travail et des congés), mais s'en distinguent de par la prise en compte de la vulnérabilité ou la dépendance du travailleur.

25. Code pénal, art. 225-14-2.

26. Voir, par exemple, Cass. crim., 28 mars 2017, n° 16-80.914 ; Cass. crim., 4 mars 2003, n° 02-82.194, *Bulletin criminel*, n° 58 ; *Droit pénal*, 2003, n° 83, obs. M. Véron ; *Revue de science criminelle*, 2003, p. 561, obs. Y. Mayaud.

27. Cass. crim., 11 mars 2011, n° 09-88.575 ; Cass. crim., 11 décembre 2001, n° 00-87.280, *Bulletin criminel*, n° 256 ; *Droit pénal*, 2002, n° 65, obs. M. Véron ; *Revue de science criminelle*, 2002, p. 324, obs. Y. Mayaud ; Cass. crim., 10 décembre 2014, n° 13-86.206 ; Cass. crim., 31 mars 2016, n° 15-82.036 ; Cass. crim., 29 mars 2017, n° 16-83.186.

28. Cass. crim., 4 mars 2003, n° 02-82.194, *Bulletin criminel*, n° 58 ; *Droit pénal*, 2003, n° 83, obs. M. Véron ; *Revue de science criminelle*, 2003, p. 561, obs. Y. Mayaud.

d'origine et de leur famille, de leur absence de maîtrise de la langue française et de leur défaut d'autorisation de travail en France²⁹. Ont aussi été considérés comme vulnérables ou dépendants des stagiaires, dès lors que le stage est indispensable pour l'obtention de leur diplôme³⁰, des majeurs protégés³¹, des personnes analphabètes et déficientes³².

La vulnérabilité ou l'état de dépendance nommés par ces textes doivent en principe être établis *in concreto*. Mais ici la loi pose une présomption spécifique, qui n'existe pas pour la vulnérabilité physique ou psychique, y compris pour les personnes placées sous un régime civil de protection, tutélaire ou curatelaire. L'article 225-15-1 du Code pénal dispose que pour l'application des délits précités « sont considérés comme des personnes vulnérables ou en situation de dépendance », non seulement les mineurs, mais aussi « les personnes qui ont été victimes des faits décrits par ces articles à leur arrivée sur le territoire français ». Cette formule vise, sans le dire expressément, les étrangers entrés irrégulièrement sur le territoire, proies faciles de l'exploitation par le travail. Or, ils sont, de ce seul fait, des délinquants³³. Ceci explique que la loi ait préféré une périphrase. Pour autant, tous les travailleurs en situation irrégulière ne bénéficient pas de la présomption. Encore faut-il qu'ils aient été soumis à des conditions de travail indignes, ou sous-payés, ou, au pire réduits en servitude, dès leur arrivée, ce qui limite en pratique le champ de la présomption aux victimes de traite des êtres humains. Il est dommage que la loi du 5 août 2013, lorsqu'elle a instauré cette présomption, n'ait pas pensé à l'étendre à d'autres infractions, tout aussi susceptibles d'être commises à l'égard des mêmes personnes, dans les mêmes conditions, mais issues de lois antérieures : l'exploitation de la mendicité et l'exploitation de la vente à la sauvette³⁴.

Par la suite, le législateur a eu recours à un nouveau terme pour nommer la vulnérabilité économique ou sociale : celui de précarité. Apparu pour la première fois dans la loi n° 2012-954 du 6 août 2012, relative au harcèlement sexuel, il fut repris ensuite dans la loi n° 2016-832 du 24 juin 2016, visant à lutter contre les discriminations à raison de la précarité sociale, puis par la loi n° 2018-703 du 3 août 2018, renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes. Constitue ainsi aujourd'hui une circonstance aggravante du viol, des agressions sexuelles, du

harcèlement sexuel et de l'outrage sexiste la « particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de la situation économique ou sociale » de la victime³⁵. Il ressort clairement des débats parlementaires que la loi cherche, par cette expression, à protéger les plus pauvres³⁶. Mais le terme « précarité » est difficile à cerner de façon précise, et il a été diversement accueilli par la doctrine³⁷. La seule chose qui soit sûre est qu'il permet, de par les infractions visées, d'étendre la prise en compte de la vulnérabilité économique et sociale au-delà de son contexte initial.

Enfin, la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016, relative à la lutte contre le système prostitutionnel, ajoute à la liste des circonstances aggravantes de toutes les violences volontaires et des agressions sexuelles le fait que l'infraction ait été commise sur « une personne qui se livre à la prostitution », y compris de manière occasionnelle, dans l'exercice de cette activité. Le terme « vulnérabilité » n'est pas utilisé, mais la qualité de la victime produit le même effet aggravant. On peut donc y voir une nouvelle facette, ou un nouveau critère de vulnérabilité.

Ce refus de nommer clairement la vulnérabilité des prostituées peut être rapproché de ce qui a été dit à propos des travailleurs étrangers sans titre. Ces deux catégories de victimes sont vulnérables, certes, mais le législateur rechigne à le dire clairement, peut-être en raison de l'illégalité ou l'immoralité de leur situation. Il en est *a fortiori* de même en présence d'un délinquant vulnérable. Ce constat permet de faire une transition avec la seconde partie.

II. La vulnérabilité innommée du délinquant

Tout mis en cause dans une procédure pénale, quelle que soit la gravité des actes commis, bénéficie des droits de la défense, garantis, notamment, par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, et plusieurs directives de l'Union européenne³⁸. Mais, pour que ces derniers soient efficaces, encore faut-il que leur titulaire les comprenne pleinement. Celui dont le discernement est amoindri, *a fortiori* celui qui n'est pas discernant, se trouve donc en situation de vulnérabilité durant la procédure, ne pouvant, en raison de son état, faire valoir ses droits et présenter utilement ses moyens de défense. En outre, la responsabilité pénale étant subjective,

29. Cass. crim., 28 mars 2017, n° 16-80.914.

30. Cass. crim., 3 décembre 2002, n° 02-81.453, *Bulletin criminel*, n° 215 ; *Revue de science criminelle*, 2003, p. 352, obs. A. Cerf-Hollender.

31. Cass. crim., 15 juin 2010, n° 09-83.185.

32. Cass. crim., 25 avril 2017, n° 16-83.053.

33. Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, art. L. 621-2.

34. Code pénal, art. 225-12-6 et 225-12-9, issus respectivement des lois n° 2003-239 du 18 mars 2003 et n° 2011-267 du 14 mars 2011.

35. Code pénal, art. 222-24, 222-29, 222-33 et 621-1. Curieusement, pour l'agression sexuelle, le mot dépendance n'est pas utilisé, la loi visant seulement la vulnérabilité résultant de la précarité de la situation économique ou sociale.

36. Voir le rapport du Sénat n° 507 de P. Kaltenbach, et le rapport de l'Assemblée nationale n° 3799 de M. Ménard.

37. G. Loiseau, « Regard sur la précarité sociale », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1753 sq. ; G. Calvès, D. Roman, « La discrimination à raison de la précarité sociale : progrès ou confusion ? », *Revue de droit du travail*, 2016, p. 526 sq.

38. Voir notamment la directive 2012/13 du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales ; la directive 2012/29 du 25 octobre 2012 relative au droit des victimes ; la directive 2013/48 du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat ; la directive 2016/343 du 9 mars 2016 relative à la présomption d'innocence et au droit d'assister à son procès.

elle suppose non seulement la culpabilité matérielle, mais aussi la culpabilité morale de l'auteur, à savoir le discernement. C'est pour tenir compte de tout cela que la loi pénale instaure un régime protecteur au profit de certains délinquants, les mineurs (A) et les majeurs protégés (B).

A. La vulnérabilité du mineur délinquant

La vulnérabilité présumée de l'enfant ne peut être limitée aux situations dans lesquelles il est victime d'infraction. Si tel était le cas, la loi manquerait de cohérence. En revanche, sa vulnérabilité en tant que victime étant innommée³⁹, il est cohérent qu'elle ne le soit pas non plus s'il est passé à l'acte. Elle est toutefois incontestable. La doctrine sensible au sujet le rappelle régulièrement⁴⁰, même si, comme cela a pu être souligné, l'opinion publique, voire les juges ou le législateur, sont parfois dans un déni de cette dernière⁴¹. La vulnérabilité du mineur est doublement prise en compte. Tout d'abord, la loi conditionne sa responsabilité pénale au discernement, sans en fixer un seuil précis pour le moment⁴², et si tel est le cas, d'une part, la réponse éducative doit l'emporter sur la réponse répressive, d'autre part, si une peine est justifiée aux regards des circonstances et de la personnalité, cette dernière doit en principe être atténuée de moitié⁴³. Ensuite, la loi tient aussi compte de la vulnérabilité procédurale, afin de garantir l'équité du procès et les droits de la défense. Seule cette dernière sera développée ci après.

Au niveau international, la nécessité de prévoir des règles de procédure pénale distinctes de celles des majeurs est proclamée par l'article 14, § 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966⁴⁴, les règles de Beijing adoptées par l'Organisation des Nations unies le 29 novembre 1985, et l'article 40 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Si l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne contient pas de dispositions analogues à celles de l'article 14 du pacte onusien, la jurisprudence européenne considère que la justice des mineurs doit « nécessairement présenter des particularités par rapport au système de la justice pénale

applicable aux adultes », et qu'un « enfant accusé d'une infraction se doit d'être traité d'une manière qui tienne pleinement compte de son âge, de sa maturité et de ses capacités sur le plan émotionnel et intellectuel »⁴⁵. Plus récemment, la directive du 11 mai 2016 impose aux États membres « la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre de procédures pénales »⁴⁶, par le biais de « droits » devant leur être accordés. Cela étant, en droit interne, et bien avant que ces dispositions internationales et européennes ne soient adoptées, le législateur avait déjà mis en place un arsenal procédural protecteur, qui a trouvé son point d'orgue avec l'ordonnance du 2 février 1945, relative à l'enfance délinquante, dont les lignes directrices ont été érigées en principe fondamental reconnu par les lois de la République⁴⁷, inscrites désormais dans l'article préliminaire du futur Code de justice pénale des mineurs⁴⁸.

Ainsi, un consensus se dégage pour reconnaître que le mineur ne peut, du simple fait de son âge, être soumis au même régime que les majeurs, la procédure devant être adaptée à sa situation. Il ne sera pas fait ici un exposé détaillé de toutes les dispositions propres à sa vulnérabilité procédurale, mais seulement des mesures permettant de compenser l'essentiel, à savoir le discernement amoindri du mineur. Elles se traduisent, d'une part, par ce que la directive de 2016 précitée appelle « le droit d'être accompagné par le titulaire de la responsabilité parentale pendant les procédures », d'autre part, par l'assistance d'un avocat, cela à tous les stades de la procédure, dès l'enquête de police, avant même que l'action publique ne soit engagée. Cette garantie est fondamentale, et elle a été soulignée par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 8 février 2019 relative à l'audition libre du mineur suspect : il s'agit d'éviter que ce dernier « opère des choix contraires à ses intérêts »⁴⁹.

La participation des parents⁵⁰ à la procédure se concrétise par l'obligation de les informer des poursuites dont l'enfant fait l'objet, de l'évolution de la procédure, de les convoquer à toute audience⁵¹. Leur rôle peut aussi être actif. Ainsi, certaines alternatives à l'action publique

39. Voir *supra*, I.A, sous réserve des articles 222-22-1, alinéa 3, et 225-15-1 du Code pénal.

40. E. Gallardo, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *Revue de science criminelle*, 2019, p. 755-764.

41. D. Salas, « Le déni de la vulnérabilité », *Les cahiers de la justice*, n° 4, 2019, p. 557-561.

42. Code pénal, art. 122-8. L'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de justice pénale des mineurs pose une présomption simple d'absence de discernement avant 13 ans (art. L. 11-1).

43. Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945, art. 2, et ordonnance du 11 septembre 2019, art. L. 11-3 et L. 11-5.

44. « La procédure applicable aux jeunes gens qui ne sont pas encore majeurs au regard de la loi pénale tiendra compte de leur âge et de l'intérêt que présente leur rééducation. »

45. Cour EDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c. Pologne*, n° 54729/00, § 106 et 70.

46. Directive 2016/800/UE du 11 mai 2016, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 132, 21 mai 2016, p. 1 ; T. Cassuto, « Dernières directives relatives aux droits procéduraux », *Actualité juridique. Pénal*, 2016, p. 314 *sq.*

47. CC, déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Journal officiel de la République française*, 10 septembre 2002, p. 14953 ; *Revue de science criminelle*, 2003, p. 606, obs. V. Bück.

48. Issu de l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019, qui entrera en vigueur le 1^{er} octobre 2020.

49. CC, déc. n° 2018-762 QPC du 8 février 2019, *Journal officiel de la République française*, 9 février 2019, texte n° 68 ; *Actualité juridique. Pénal*, 2019, p. 278, obs. A. Taleb-Karlsson ; *Droit de la famille*, n° 4, 2019, comm. 90, P. Bonfils.

50. Le futur Code de justice pénale des mineurs (art. L. 311-2), transposant la directive du 11 mai 2016, prévoit la possibilité de substituer aux parents un « adulte approprié », choisi par l'enfant, avec l'aval des autorités judiciaires.

51. Ordonnance du 2 février 1945, art. 10, repris par l'art. L. 311-1 du Code de justice pénale des mineurs.

ne peuvent être mises en œuvre qu'avec leur accord⁵². Durant l'enquête de police, ils doivent être informés du placement en garde à vue, ainsi que de leur droit, si l'enfant ne l'a pas fait, de choisir un avocat et de demander un examen médical⁵³. Ces dispositions ont été en partie étendues à l'audition libre et aux confrontations et opérations d'identification auxquelles le mineur participe par la loi 23 mars 2019⁵⁴. Transposant la directive de 2016⁵⁵, cette même loi consacre un double droit du mineur : le droit à l'information de ses représentants légaux, qui doivent recevoir les mêmes informations que celles qui doivent lui être communiquées au cours de la procédure, et le droit d'être accompagné par eux pour chaque audience et lors de ses interrogatoires ou auditions⁵⁶. Toutefois, un bémol est posé, car le droit à l'accompagnement lors des auditions ou interrogatoires est conditionné : il ne joue que si l'autorité qui procède à l'acte estime qu'il est dans l'intérêt de l'enfant, et si la présence de ses représentants légaux n'est pas de nature à préjudicier à la procédure. Si on peut comprendre la seconde, s'agissant de concilier l'objectif à valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions avec les droits de la défense, la première est plus problématique. Il y aurait des cas dans lesquels l'accompagnement ne serait pas conforme à l'intérêt de l'enfant ? En outre, l'appréciation de ces conditions relève de l'autorité qui « procède à l'acte », et non de celle qui en contrôle l'exécution... soit un officier de police judiciaire en garde à vue ou en audition libre. Or la mise en œuvre d'un tel droit ne devrait-elle pas relever d'un juge, ou du moins du procureur ? Tout ceci permet-il de compenser pleinement la vulnérabilité du mineur ?

Quant à l'assistance de l'avocat, elle était, dès l'ordonnance de 1945, une obligation à compter des poursuites, mais il a fallu attendre la loi du 18 novembre 2016⁵⁷ pour qu'elle soit étendue à la garde à vue. Le législateur rechigne à aller au-delà, notamment en ce qui concerne l'audition libre du suspect, malgré la décision du Conseil constitutionnel du 8 février 2019 précitée. La loi du 23 mars 2019, et, dans sa continuité, le futur Code de justice pénale des mineurs⁵⁸ instaurent des dispositions alambiquées. Il n'est pas dit clairement que le mineur est assisté d'un avocat. Le texte prévoit seulement que, si le mineur ou

ses représentants légaux n'ont pas sollicité l'assistance d'un avocat (ils en ont donc le droit), il en sera commis un d'office,

[...] sauf si le magistrat compétent estime que l'assistance d'un avocat n'apparaît pas proportionnée au regard des circonstances de l'espèce, de la gravité de l'infraction, de la complexité de l'affaire et des mesures susceptibles d'être adoptées en rapport de celle-ci, étant entendu que l'intérêt supérieur de l'enfant demeure toujours une considération primordiale⁵⁹.

L'assistance de l'avocat n'est donc pas finalement, obligatoire... Il est pourtant le mieux à même, plus encore que les parents, de protéger l'enfant lors de l'audition.

Ainsi, si la prise en compte de la vulnérabilité procédurale du mineur délinquant est incontestable, quoiqu'innommée, on note toutefois une certaine réticence des textes les plus récents. Il en est de même à l'égard du majeur protégé, pour lequel la protection, même si elle s'inspire de celle accordée au mineur, est plus limitée.

B. La vulnérabilité du majeur protégé délinquant

Curieusement, le majeur soumis à une mesure de protection civile, parce qu'il est dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés mentales ou corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté⁶⁰, n'est pas pour autant qualifié de vulnérable par le Code civil. Il ne l'est pas non plus par le Code pénal. En tant que victime, il relève de la catégorie des personnes vulnérables en raison d'un critère physique, voire économique ou social. En tant qu'auteur d'infraction, il peut, si son discernement est aboli ou altéré au jour de l'infraction, relever de la cause d'irresponsabilité ou d'atténuation de responsabilité de l'article 122-1 du Code pénal. Mais il a longtemps été le grand oublié de la procédure pénale, étant soumis aux mêmes règles que les autres suspects, sans aucune spécificité⁶¹. Une telle lacune fut censurée, comme violant l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Vaudelle c. France*, la Cour européenne soulignant l'incohérence à protéger civilement

52. Ordonnance du 2 février 1945, art. 7-1 et 7-2, repris par les art. L. 422-2 et L. 422-4 du Code de justice pénale des mineurs.

53. Ordonnance du 2 février 1945, art. 4, repris par l'art. L. 413-9 du Code de justice pénale des mineurs. Il en est de même pour la retenue du mineur de 10 à 13 ans.

54. Ordonnance du 2 février 1945, art. 3-1, issu de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *Journal officiel de la République française*, 24 mars 2019, texte n° 2. Disposition reprise par les art. L. 412-1 et L. 412-2 du Code de justice pénale des mineurs.

55. Spécialement les articles 5, « droit de l'enfant à ce que le titulaire de la responsabilité parentale soit informé », et 15, « droit de l'enfant à être accompagné par le titulaire de la responsabilité parentale ».

56. Ordonnance du 2 février 1945, art. 6-2, repris par les art. L. 12-5 et L. 311-1 du Code de justice pénale des mineurs.

57. Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *Journal officiel de la République française*, 19 novembre 2019, texte n° 1.

58. Ordonnance du 2 février 1945, art. 3-1, et art. L. 412-2 du Code de justice pénale des mineurs.

59. P. Bonfils, « Loi de programmation et de réforme de la justice. Droit pénal des mineurs et de la famille », *Droit de la famille*, n° 4, 2019, dossier 17 ; voir E. Gallardo, « L'intérêt supérieur de l'enfant... ».

60. Code civil, art. 425.

61. Tout au plus pouvait-il bénéficier du dernier alinéa de l'article 417 du Code de procédure pénale, qui impose l'assistance d'un avocat devant le tribunal correctionnel « quand le prévenu est atteint d'une infirmité de nature à compromettre sa défense ».

un majeur sans prévoir aussi son assistance contre une accusation pénale portée contre lui⁶². Furent ainsi mises en lumière sa vulnérabilité procédurale, et la nécessité de prévoir des garanties pour permettre la compréhension de la procédure et assurer les droits de la défense.

Afin de se mettre en conformité avec les exigences européennes, la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 a inséré dans le Code de procédure pénale une série de dispositions protectrices : l'obligation d'informer le juge des tutelles ayant décidé la mesure de protection de l'engagement des poursuites et de certaines alternatives à l'action publique ou au jugement⁶³, l'obligation d'informer le tuteur ou le curateur de ces mêmes éléments, mais aussi de la date de l'audience (la chambre criminelle ayant précisé que toutes les audiences sont concernées, y compris durant l'instruction⁶⁴ et dans le cadre de l'exécution des peines⁶⁵), et de l'issue de la procédure⁶⁶, l'assistance obligatoire d'un avocat dès l'engagement des poursuites⁶⁷, et une expertise psychiatrique tendant à évaluer la responsabilité pénale⁶⁸.

Toutefois, on ne peut que constater une certaine réticence à protéger pleinement le majeur protégé suspecté ou poursuivi. Tout d'abord le décret d'application de la loi de 2007⁶⁹ tend à limiter certaines garanties. Ainsi, l'expertise psychiatrique est rendue facultative dans certains cas, de telle sorte qu'elle n'est réellement obligatoire qu'en matière criminelle⁷⁰. Quant à l'assistance obligatoire de l'avocat, il n'est pas imposé au tribunal correctionnel ou de police, en première instance, d'en commettre un d'office si aucun n'est présent à l'ouverture de l'audience, qui peut donc se tenir sans lui ; il appartiendra alors à la cour d'appel, si elle constate cela, de le faire, de renvoyer à une audience ultérieure, puis d'annuler le jugement, évoquer et statuer au fond⁷¹. Cette assistance n'est donc, finalement, réellement obligatoire qu'en appel, mais encore faut-il qu'il ait été interjeté... Quant à la garde à vue, domaine particulièrement sensible de la procédure pénale, et au cours de laquelle le gardé à vue est particu-

lièrement vulnérable et susceptible de s'auto-incriminer, aucune disposition particulière n'était prévue par la loi de 2007, la loi de réforme du 14 avril 2011 ayant seulement ajouté le droit, pour le gardé à vue, de faire prévenir son tuteur ou son curateur⁷².

La jurisprudence est venue compenser la frilosité légale, contraignant le législateur à réagir, mais, toujours, avec réticence. Deux décisions récentes surtout doivent être signalées, qui consacrent la vulnérabilité procédurale du majeur protégé, sans toutefois la nommer expressément.

La première concerne les lacunes légales en matière de garde à vue. Le Conseil constitutionnel a considéré que l'absence d'obligation d'informer le tuteur ou le curateur de la mesure méconnaît les droits de la défense, car, compte tenu de son absence de discernement suffisant, le majeur protégé peut être alors dans l'incapacité d'exercer ses droits, et « opérer des choix contraires à ses intérêts »⁷³. Des motifs équivalents avaient motivé la censure des lacunes de l'audition libre du mineur⁷⁴. En réaction, la loi du 23 mars 2019⁷⁵ a instauré l'obligation d'informer du placement en garde à vue le tuteur ou le curateur, ces derniers ayant alors la faculté de demander l'assistance d'un avocat et un examen médical si le gardé à vue n'a pas encore exercé ces droits⁷⁶... mais elle n'est pas allée jusqu'à prévoir l'assistance obligatoire de l'avocat, comme cela est le cas pour les mineurs. Cette même loi a étendu cette obligation à l'audition libre⁷⁷, et son décret d'application à toutes les autres retenues possibles au cours de la procédure pénale⁷⁸ : les mandats d'amener ou d'arrêt, la retenue pour suspicion de manquement à un contrôle judiciaire ou aux obligations pesant sur un condamné en milieu ouvert soumis au contrôle du juge de l'application des peines. Cette extension est certes protectrice, mais on se demande si elle n'est pas essentiellement motivée par le désir d'éviter une nouvelle censure du Conseil constitutionnel, voire de la Cour européenne.

62. Cour EDH, 30 janvier 2001, *Vaudelle c. France*, n° 35683/97, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 354, note A. Gouttenoire-Cornut et E. Rubi-Cavagna ; *ibid.*, p. 2164, obs. J.-J. Lemouland ; *La semaine juridique, édition générale*, n° 19, 9 mai 2001, II, 10526, note L. Di Raimondo ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, p. 330, obs. J. Hauser et p. 439, obs. J.-P. Marguénaud ; *Droit de la famille*, n° 6, 2001, comm. 66, obs. T. Fossier.

63. Réparation, médiation, composition pénale et comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : Code pénal, art. 706-113, al. 1.

64. Cass. crim., 19 septembre 2017, n° 17-81.919.

65. Cass. crim., 24 juin 2014, n° 13-84.364.

66. Code de procédure pénale, art. 706-113, al. 4 et 5.

67. Code de procédure pénale, art. 706-116.

68. Code de procédure pénale, art. 706-115 et D. 47-21.

69. Décret n° 2007-1658 du 23 novembre 2007, *Journal officiel de la République française*, 25 novembre 2007, texte n° 8.

70. Code de procédure pénale, art. D. 47-22 et D. 47-23.

71. Code de procédure pénale, art. D. 47-26.

72. A. Cerf-Hollender, « Le majeur protégé en garde à vue, grand oublié de la procédure pénale », in *Nouveau droit des majeurs protégés*, G. Raoul-Cormeil (dir.), Paris, Dalloz (Thèmes et commentaires), 2012, p. 207-220.

73. CC, déc. n° 2018-730 QPC du 14 septembre 2018, *Constitutions*, 2018, p. 454 ; *Dalloz actualité*, 21 septembre 2018, obs. S. Fucini ; *Droit de la famille*, n° 11, 2018, comm. 269, obs. P. Bonfils ; *Actualité juridique. Pénal*, 2018, p. 518, obs. J. Frinçaboy ; *La semaine juridique, édition générale*, n° 44-45, 29 octobre 2018, 1149, note J. Garrigues ; *Procédures*, n° 11, novembre 2018, comm. 344, note A.-S. Chavent-Leclère.

74. Voir *supra*, II.A.

75. V. Tellier-Cayrol, « L'assistance du majeur protégé placé en garde à vue, encore un effort : à propos de l'article 48 de la loi du 23 mars 2019 », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1241 sq.

76. Code de procédure pénale, art. 706-112-1 et D. 47-14. Dispositions à rapprocher du rôle des représentants légaux du mineur gardé à vue.

77. Code de procédure pénale, art. 706-112-2.

78. Décret n° 2019-507 du 24 mai 2019, Code de procédure pénale, art. D. 47-14, al. 3.

La seconde décision à signaler est un arrêt de la chambre criminelle du 5 septembre 2018⁷⁹. Au visa des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et préliminaire du Code de procédure pénale, elle pose un principe selon lequel

[...] il ne peut être statué sur la culpabilité d'une personne que l'altération de ses facultés physiques ou psychiques met dans l'impossibilité de se défendre personnellement contre l'accusation dont elle fait l'objet, fût-ce en présence de son tuteur et assistée d'un avocat [...].

En conséquence, la juridiction de jugement saisie doit surseoir à statuer et renvoyer à une audience ultérieure, la personne ne pouvant être jugée qu'après avoir recouvré la capacité de se défendre. Cette décision est particulièrement protectrice du prévenu ou de l'accusé, mais elle laisse de côté la victime, tenue d'attendre, parfois à perpétuité si les facultés ne sont jamais recouvrées, ce qui peut être le cas si l'altération est liée au grand âge. En réaction immédiate, la loi du 23 mars 2019 a consacré cette règle comme un cas de suspension de

l'action publique, et permis au juge pénal de statuer sur la seule action civile, sans être tenu d'attendre la décision sur la culpabilité... ce qui risque de poser des difficultés pratiques si, au final, le mis en cause est relaxé ou acquitté par la suite.

Cet arrêt présente l'intérêt d'ouvrir la protection au-delà des majeurs protégés. Ses motifs en effet ne se limitent pas à ces derniers. Il met en lumière la vulnérabilité de toute personne suspectée ou poursuivie dès lors qu'elle n'a pas le discernement suffisant pour se défendre, sans limiter ses motifs aux majeurs protégés. Face à la mise en balance de l'intérêt général, qui impose de juger le suspect, de l'intérêt de la victime, et de celui de la personne vulnérable, elle a fait prévaloir ce dernier.

Il résulte de tout cela que la loi pénale est particulièrement attentive à la vulnérabilité des victimes d'infraction, nommée et au champ en constante extension. Elle l'est moins à l'égard des personnes suspectées ou poursuivies, pourtant vulnérables en raison de leur minorité ou de leur état, même si la jurisprudence veille au respect à leur égard des droits de la défense et du procès équitable.

79. Cass. crim., 5 septembre 2018, n° 17-84.402, *Actualité juridique. Famille*, n° 10, 2018, p. 551, obs. A. Cerf-Hollender et G. Raoul-Cormeil; *Recueil Dalloz*, 2018, p. 2076, note V. Tellier-Cayrol; V. Tellier-Cayrol, « Lorsque l'état de santé du mis en cause paralyse les droits de la défense, quel remède apporter? », *Gazette du Palais*, n° 5, 5 février 2019, p. 73 sq.