



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droit Pénal et Sciences Pénales
Dirigé par Monsieur le professeur Yves Mayaud
2014**

L'âge en droit pénal spécial

Manon Fraysse

Sous la direction de Madame le professeur Agathe Lepage



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
PARIS II
DROIT - ÉCONOMIE - SCIENCES SOCIALES

L'âge en droit pénal spécial

Par Manon Fraysse

Sous la direction
de Madame le Professeur Agathe Lepage

Master 2 Recherche
Droit Pénal et Sciences Pénales

Année universitaire 2013-2014

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier Madame le Professeur Agathe Lepage pour son aide et son inspiration qui m'ont été très précieuses dans la réalisation de ce mémoire. Ainsi, la pertinence de ses remarques, ses conseils précis, sa rigueur et son exigence ont largement contribué à l'aboutissement de ce travail.

*L'âge n'est jamais qu'un rôle dans le théâtre du monde.
Les jeunes se veulent plus vieux, les vieux plus jeunes, et tous meurent de n'avoir
pas été.*

Karl Kraus

SOMMAIRE

Partie 1 : L'âge, vecteur de l'individualisation des victimes 21

Chapitre 1 : Une individualisation quantifiée par l'âge 21

Chapitre 2 : Une individualisation qualifiée par l'âge 44

Partie 2 : L'âge, vecteur de la catégorisation des incriminations... 73

Chapitre 1 : La catégorisation des incriminations de droit commun par l'âge 74

Chapitre 2 : La catégorisation par des incriminations spécifiques à l'âge..... 88

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJ Pén.	Actualité Juridique Pénal
al.	Alinéa
AN	Assemblée Nationale
Art	Article
Bull. Crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
CA	Cour d'Appel
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
COM	Communication
Comm.	Commentaire
Cons. Const.	Conseil Constitutionnel
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
D.	Recueil Dalloz
Délib.	Délibération
Dir.	Directive
Dr. pénal	Droit Pénal
Dr. Soc.	Droit Social
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCP G.	La semaine juridique Edition générale
JO	Journal officiel de la République française
JOAN	Journal officiel, Assemblée nationale
Rép. pén.	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz
RSC	Revue de Sciences criminelles
Soc.	Chambre Sociale de la Cour de cassation
TA	Tribunal Administratif

INTRODUCTION

« Impossible de vous dire mon âge, il change tout le temps ! »

1. Par cette citation emprunte d'humour d'Alphonse Allais¹, apparait toute la relativité de la notion de l'âge. L'âge n'est pas un concept juridique, c'est une donnée de la condition humaine traduisant le cycle de la vie depuis la naissance et jusqu'à l'*hora mortis nostrae*. Décompté en années, en mois, voire en jours, il renseigne sur le temps écoulé depuis la naissance d'un être vivant. Il tente de saisir l'homme à un moment donné, de fixer cet instant sur l'échelle de la vie entre la naissance et la mort de l'individu. Mais alors l'âge est à la fois la durée écoulée depuis la naissance, et le moment de la vie correspondant à cette durée. Perçu comme continuité, il est un instrument de mesure, et il change donc continuellement pour un même individu, mais il est aussi unique à un instant donné. Alors qu'envisagé comme instant, il est un renseignement chronologique et se succèdent alors différents âges pour un même individu.

L'âge correspond encore à différentes ères aux frontières plus ou moins approximatives, de l'Histoire (l'âge de pierre, le Moyen-âge...) ou dans la mythologie, à travers le mythe des âges de l'humanité² (âge d'or, âge d'argent...). Pour l'homme, auquel nous nous limiterons, au sens de période, l'âge désigne des phases de la vie, caractérisées par des stades d'évolution différents de l'être humain.

2. L'âge est donc multiple : il est à la fois moment, durée, et période de la vie. Le droit peut alors saisir l'âge de l'individu de deux manières différentes : une donnée chiffrée, *c'est le nombre d'années d'existence (réel ou par référence à la loi, minimum ou maximum) auquel sont attachées des conséquences juridiques*³ ou un stade atteint de l'évolution de l'homme, c'est-à-dire un état suffisamment caractéristique pour fonder une catégorie, telle que l'enfance, l'adolescence ou la vieillesse, c'est *une période de la vie humaine, [une] division approximative de la course de l'existence (tranche d'âge)*⁴. L'âge chiffré, présente un automatisme, à un âge donné correspond des conséquences juridiques, a *contrario* l'âge apprécié nécessite de s'intéresser à la personne *in concreto*, par rapport à un état d'évolution global.

¹ Alphonse Allais (1854-1905) était un journaliste, écrivain et humoriste français. Il est à l'origine du facétieux prix Alphonse Allais remis chaque année à Honfleur depuis 1954.

² Hésiode, *Les travaux et les jours*, VIII^e siècle av. J.-C.

³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, collec. Quadrige, 8^e éd., 2007

⁴ *Ibid.*

3. Quelle que soit la conception retenue, l'âge distingue les hommes entre eux, chacun ayant un âge différent. Mais le droit n'est-il pas général et impersonnel ? La loi doit être la même pour tous, « un verbe à l'impératif qui ne s'adresse à personne en particulier et qui interpelle tout le monde »¹ le droit ne prend pas en compte les particularismes de chacun et s'applique à tous de manière indifférenciée, il devrait donc se désintéresser de l'âge des individus. Il apparaît donc une contradiction entre le principe d'égalité devant la loi, que le droit a justement pour objet de garantir, et une prise en compte de l'âge de l'individu. En réalité, le principe d'égalité, s'il impose que des situations similaires soient traitées de manière identique, ne fait pas obstacle à ce que des situations différentes soient traitées de manière particulière. Le Conseil constitutionnel retient *qu'il n'interdit pas que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit*². Il en résulte que le législateur peut légitimement adopter un traitement juridique particulier en fonction de l'âge des individus, qui les place dans une situation différente. Cependant, le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement, notamment depuis l'instauration de la QPC, qu'il n'existe pas un droit à être traité différemment, c'est-à-dire que les pouvoirs publics, s'ils ont la faculté d'accorder un traitement spécifique à une situation juridique particulière, n'en ont pas l'obligation³.

4. Ainsi, le Droit peut tout d'abord ignorer l'âge des individus. Il peut le faire de manière implicite en prévoyant que la loi s'applique à tous, en effet nombre de droits sont indifférents à l'âge de leur titulaire, comme le droit à la vie, le droit à la dignité, ou le droit à l'identité par exemple. Toute personne a droit à un nom, un domicile, un patrimoine ou une nationalité quelque soit son âge. L'indifférence à l'âge peut également se retrouver de manière explicite sous la plume du législateur, comme l'article 371 du Code civil qui dispose que *l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère*, ainsi toute personne devra assumer la charge des frais d'obsèques de ses parents y compris s'il a renoncé à leur succession⁴.

5. Au rebours, le Droit peut s'emparer de l'âge, il va alors l'utiliser de différentes manières, comme un critère d'accession à certains droits, comme déclenchant une protection particulière, voire encore comme source d'irresponsabilité. Une différenciation en fonction de l'âge se déploie alors dans toutes les branches du Droit (section 1), et notamment en droit pénal (section 2).

¹ J. Carbonnier, Essais sur les lois, Defrénois, 1979, p.8

² V. par ex. pour une application récente : décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013 relative à la loi de finance pour 2014

³ V. par ex. décision n° 2011-136 QPC du 17 juin 2011 (QPC posée par la Fédération nationale des associations tutélaires et autres)

⁴ Civ. 1^{ère}, 14 mai 1992, n° 90-18.967

Section 1 : La prise en compte de l'âge dans le Droit

Si l'influence de l'âge est discrète en droit public, elle s'impose cependant en droit civil.

6. Le droit public ayant pour objet de réguler les relations entre l'État et les personnes de droit privé, qu'elles soient physiques ou morales, ne prend que modestement en considération le critère de l'âge.

Tout d'abord, en droit constitutionnel, l'âge détermine la participation et l'éligibilité des citoyens aux élections, ils doivent avoir au moins 18 ans. Depuis 2011¹, les conditions d'âge pour l'éligibilité aux élections présidentielles et législatives ont été alignées sur celle des électeurs, l'éligibilité au Sénat est, elle, conditionnée par l'âge de 24 ans²

En matière de droit fiscal, la naissance d'un enfant sera prise en compte dans le calcul des parts, tout comme l'accueil d'une personne âgée ouvrira droit à une majoration du quotient familial. En matière de responsabilité administrative, il existe des règles spécifiques en cas de dommages causés par un enfant placé ou lorsqu'il en est victime.

Le droit de la sécurité sociale, par son lien au droit social, se trouve à la limite du droit privé, et voit alors le critère de l'âge s'affirmer. L'âge a en effet une large influence en la matière. Il interviendra par exemple au sein des dispositions régissant les prestations sociales, une allocation peut être attribuée lors de la naissance d'un enfant, et ce jusqu'à ses 3 ans pour certaines, jusqu'à 6 ans pour d'autres, alors que les allocations familiales sont en principe versées jusqu'à 20 ans. Les assurances sociales sont également subordonnées à des conditions d'âges pour que l'enfant soit couvert par l'assurance maladie de l'assuré : 16, 17, 18 ou 20 ans. L'âge conditionne également le versement de l'assurance veuvage, le bénéficiaire doit avoir moins de 55 ans. L'âge conditionne évidemment le versement d'une pension de retraite à taux plein, il est compris entre 65 et 67 ans selon les cas, sauf dispositions particulières. L'âge est également pris en compte dans l'attribution de l'allocation transitoire de solidarité qui remplace l'allocation équivalent retraite qui s'était elle-même substituée à l'allocation chômage, en effet le bénéficiaire ne doit pas avoir atteint l'âge légal de départ à la retraite.

On relèvera encore que le versement du RSA nécessite d'avoir plus de 25 ans, et que l'allocation adulte handicapé est versée dès 20 ans jusqu'à l'âge légal de départ à la retraite ou au-delà selon les conditions.

7. En effet, les politiques d'emploi font la différence entre un âge minimum de départ à la retraite, un âge maximum et celui de la retraite à taux plein. L'âge légal de la retraite a été modifié

¹ Loi organique n° 2011-410 du 14 avril 2011 relative à l'élection des députés et sénateurs

² Au lieu de 30 ans

lors de la réforme des retraites en 2010¹. Désormais, l'âge minimum est de 62 ans, et l'âge maximum a été fixé à 70 ans. S'il apparaît un âge où il est légitime de demander aux uns de céder leur place, il y a un âge où il est légitime d'aider les autres à trouver un emploi. Il existe ainsi des contrats spéciaux pour les jeunes travailleurs, comme le contrat d'insertion dans la vie professionnelle, ou un contrat emploi avenir. De la même manière, les contrats génération visent à aider à l'insertion professionnelle des moins de 26 ans et à maintenir l'emploi des plus de 57 ans.

8. On voit donc que l'âge a une large influence dans les politiques d'emploi, néanmoins en droit social *stricto sensu*, régissant les relations entre les parties d'un contrat de travail, son impact est moindre. L'âge de 16 ans fixe l'âge à partir duquel on peut travailler, avant cet âge le travail est prohibé et il existe des mesures de protection des travailleurs mineurs. Ensuite, l'âge de 18 ans est retenu pour l'éligibilité des représentants du personnel. Enfin, l'âge fixe le départ à la retraite comme nous l'avons vu.

9. C'est donc « à une pluie, à une averse d'anniversaires »² que le droit social doit faire face. Pour l'auteur, au contraire le droit civil ne connaîtrait qu'un seul âge, celui de 18 ans. En effet, la majorité civile est fixée à 18 ans par l'article 414 du Code civil disposant *qu'à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance*. « Tout pourrait être dit en quelques secondes : l'âge, par sa détermination de la majorité, conditionne l'acquisition de la capacité civile. En revanche, il n'en commande jamais la cessation : l'âge est sans effet juridique sur la perte de la capacité »³, mais ce serait ignorer que le droit civil prend en compte certaines réalités psychologiques et sociologiques pour nuancer cette prise en compte de l'âge. D'une part, il existe entre la naissance et la majorité civile, des périodes intermédiaires de la minorité telle que l'enfance et l'adolescence, que le droit va prendre en compte. D'autre part, s'il n'y a pas un seuil d'âge à partir duquel la personne perd sa capacité civile, il y a toutefois une incidence indirecte de l'âge sur la perte de la capacité civile par les mesures de protection. Envisageons les mineurs, avant de revenir sur le cas des personnes âgées.

10. Pour les mineurs, le principe est celui de l'incapacité générale. En effet, le mineur est placé sous l'autorité de ses parents jusqu'à sa majorité. Ces derniers ont l'administration et la jouissance de ses biens. Il est encore inapte à contracter, sauf disposition spécifique. On relèvera qu'en matière de capacité matrimoniale, l'âge de la femme a été aligné sur celui de l'homme, 18 ans, par la loi du 4 avril 2006. Néanmoins, la volonté du mineur peut être prise en compte. Ainsi, l'article 371-1 du Code civil prévoit *que le mineur est associé aux décisions qui le concernent selon son âge et sa maturité*, et l'article 388-1 que *dans toute procédure le concernant, le mineur capable de*

¹ Loi n°2010-1330 portant réforme des retraites

² J.-J. Dupeyroux, L'âge en droit social, *Dr. Soc.* 2003, p.1041

³ J.-P. Gridel, L'âge et la capacité civile, *D.* 1998. 90

discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. L'âge de 13 ans est également pris en compte par le droit civil, pour un certain nombre d'actes personnels comme le changement de nom, l'adoption, ou l'acquisition de la nationalité.

11. En matière de capacité civile délictuelle, si naguère la faute civile délictuelle supposait l'imputabilité, cette dernière n'est plus une condition de la responsabilité délictuelle. En effet, le Code civil admet depuis 1804 que le mineur soit responsable sur le plan délictuel. Toutefois, était exclue la responsabilité de l'*infans* dépourvu de discernement, car son comportement ne lui était pas imputable sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. En 1984, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a modifié sa position, par deux arrêts¹. Elle a décidé que l'application de l'article 1382 est indifférente à la capacité de discernement de l'*infans*, ainsi l'enfant même dépourvu de discernement peut être déclaré responsable de son comportement. La conséquence de cette position est que l'on peut opposer au mineur sa propre faute pour diminuer sa réparation lorsqu'il est victime. Bien qu'elle soit contestable (et contestée), la solution est aujourd'hui acquise² et reprise dans les avant-projets Catala et Terré³. Néanmoins, l'intérêt de la victime à agir contre le mineur est limité aux vues de sa probable insolvabilité, ainsi est prévu un régime de responsabilité des parents du fait de leurs enfants. En effet, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4, la victime peut agir contre les parents pour obtenir réparation du dommage causé par un mineur, à condition qu'ils exercent l'autorité parentale, qu'ils cohabitent avec lui et qu'il y ait un fait causal de l'enfant. Selon la lettre du texte, il n'est pas nécessaire que le fait de l'enfant soit fautif, et donc a fortiori que les conditions de la responsabilité personnelle de l'enfant soient réunies bien qu'en pratique la jurisprudence démontre que la responsabilité est le plus souvent engagée pour un fait illicite⁴.

12. Si la responsabilité civile délictuelle est *a priori* indifférente à l'âge, elle prévoit toutefois un régime spécifique dans le cadre de la faute du mineur. Si l'indifférence est de mise en matière de faute simple, il en va différemment en matière de faute inexcusable, comme l'illustre la loi du 3 juillet 1985 sur les accidents de la circulation. *La faute inexcusable ne peut avoir été commise par une victime non conductrice si elle a moins de 16 ans ou plus de 70 ans*⁵, mineurs de 16 ans ou septuagénaires ne sauraient se voir opposer leur propre faute dans ce cas.

13. Si l'âge ne saurait avoir pour conséquence juridique la perte de la capacité, la réalité démontre néanmoins une prise en considération de l'âge avancé. En effet, dès lors que l'âge

¹ Ass. Plén., 9 mai 1984, Bull. crim., A.P. n°2 et 3, arrêts *Lemaire et Derguini*

² Civ 2^e, 28 février 1996, D1996.602

³ Dans les avant-projets Catala et Terré, il est prévu, respectivement dans l'article 1340-1 et dans l'article 6, que celui cause un dommage alors qu'il est privé de discernement n'en ait pas moins responsable, mais les articles 1351-1 et 46 al 2 prévoient que la faute de la victime privée de discernement ne lui est pas opposable.

⁴ H. Groutel, Motivations en trompe l'œil sur la responsabilité des parents, *RCA* 1996. chron.n° 7

⁵ Art 3 de la loi du 3 juillet 1985

s'accompagne d'une perte des capacités physiques ou psychiques, le droit intervient soit de manière occasionnelle soit de manière plus définitive.

14. À titre occasionnel, la prise en compte de l'âge peut se traduire par une remise en cause des actes passés par la personne âgée.

On peut tout d'abord songer aux vices du consentement, l'article 1112 invite en effet à prendre en considération l'âge de la personne pour caractériser la violence, de même que l'âge pourra être l'indice d'un dol. L'âge peut également appuyer la démonstration d'une erreur déterminante, sur l'instrument monétaire par exemple¹. Au titre de la protection temporaire, peut être organisée une sauvegarde de justice, mais qui peut également être continue, nous l'envisagerons dans les mesures de protection.

On pourra contester la validité de l'acte passé par une personne âgée, en effet il existe des incapacités spéciales pour certains contractants de la personne âgée tel que le personnel médical ou d'un établissement accueillant des personnes âgées.

On pourra encore se fonder sur l'article 414-1 du Code civil pour demander la nullité d'un acte à condition de prouver l'insanité d'esprit. Il s'agit de faire valoir l'absence de discernement au moment de l'accomplissement de l'acte sans considération d'une quelconque mesure de protection. Le Code civil faisait auparavant référence à l'affaiblissement dû à l'âge dans les cas d'insanité d'esprit², la réforme de 2007 a supprimé la précision, mais il est toujours pris en compte.

15. De manière plus continue, peut ensuite être organisée la protection de la personne affaiblie par son grand âge. Les régimes de protection ne désignent pas expressément la personne âgée, mais la personne qui est *dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté*³.

Tout d'abord, la loi du 5 mars 2007 a instauré un mandat de protection future⁴ permettant d'organiser conventionnellement les modalités de sa prise en charge future et éventuelle. Il doit être rédigé à une époque où la personne est capable. Il permet à la personne de charger un mandataire de la représenter pour le cas où, en raison d'une altération de ses facultés mentales ou en raison d'un état pathologique médicalement constaté, elle se trouverait dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts. Il peut concerner la gestion du patrimoine, auquel cas il est limité aux actes que le tuteur peut faire sans autorisation, mais aussi la protection de la personne du

¹ Confusion entre les francs et les anciens francs, Com. 14 janv. 1969, D1970.458, ou entre les francs et l'euro, Orléans, 13 mai 2004, CCE 2004 n°144

² Anc. Art 490 du Code civil

³ Art 425 du Code civil

⁴ Art 477 du Code civil

mandant, les obligations du mandataire étant alors régies par les articles 457-1 à 459-2 du Code civil¹. Sont ensuite prévues des mesures de protection judiciaire.

16. La sauvegarde de justice² est la mesure la moins grave, elle est mise en œuvre lorsque les personnes n'ont besoin que *d'une protection temporaire ou d'être représentées pour l'accomplissement de certains actes déterminés*³. Le principe est que la personne conserve l'exercice de ses droits, elle est protégée sans que soit instaurée une incapacité générale. La gestion des biens est alors faite par un mandataire ou selon les règles de la gestion d'affaire. Si la sauvegarde de justice est insuffisante, et seulement dans ce cas, l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle⁴ peut être demandée.

La curatelle repose sur une assistance de la personne pour les actes qui supposeraient une autorisation du juge des tutelles dans le cadre de la tutelle, mais le curateur ne se substitue pas à la personne protégée. Dans le cadre de la tutelle, le principe est celui de la représentation pour tous les actes de la vie civile, à l'exception de ceux que la loi ou l'usage autorise à accomplir seul. Il peut notamment faire une donation en étant assisté ou représenté par le tuteur, à la condition d'y être autorisé par le juge ou le conseil de famille. Malgré l'ouverture de la tutelle, il peut tester seul à condition d'y avoir été autorisé par le juge des tutelles. Le Code civil régit la gestion des biens de la personne protégée, selon que le tuteur peut accomplir les actes avec ou sans autorisation, ou qu'il lui est interdit de les accomplir.

17. La loi du 5 mars 2007⁵ en réformant la protection des majeurs protégés a insisté sur la prise en compte de l'intérêt de la personne et a exprimé la volonté de favoriser l'autonomie de la personne. La mesure doit être subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle n'intervient que lorsque cela est nécessaire, et ce de manière individualisée. En effet, un médecin habilité donne son avis sur l'état de la personne, et la mesure est décidée par un juge, gardien des libertés individuelles.

18. Alors que pour les mineurs, l'incapacité résulte de l'automaticité, l'incapacité des personnes âgées, si elle intervient, résulte d'une individualisation. De ce panorama non exhaustif de la prise en considération de l'âge, force est de constater que plus que l'âge, ce sont certains âges que le Droit prend en compte pour distinguer des catégories spécifiques : les jeunes, et les « personnes âgées »⁶, identifiées comme étant les plus fragiles. L'âge fonctionne alors comme un critère d'exclusion ou comme un critère de protection des catégories les plus faibles. Qu'en est-il du droit pénal ?

¹ Art 479 du Code civil

² Art 433 et suiv. du Code civil

³ Art 433 du Code civil

⁴ Art 440 et suiv. du Code civil

⁵ Loi n°2007-308 du 5 mars 2007

⁶ Nous convenons que l'expression « personnes âgées » n'a aucun sens, chacun étant âgé d'un certain âge, mais nous faisons le choix de la préférer à celle de « vieux » pour la suite des développements.

Section 2 : La prise en compte de l'âge par le droit pénal

19. Le droit pénal est comme les autres branches du droit, soumis au principe d'égalité, mais celui-ci va se doubler du principe de légalité. En effet, le droit pénal a vocation à garantir l'ordre public défini de manière abstraite et s'imposant à tous, sans considération des sensibilités individuelles. Le principe de légalité pénale impose une préexistence des textes d'incriminations fixant les règles de conduite à même de protéger l'ordre public. Ainsi, le principe de légalité se combine au principe d'égalité, conduisant à une égale connaissance des textes d'incrimination, garantissant une égalité de traitement des individus. Le droit pénal ne semble donc pas pouvoir tenir compte des particularités de chacun, et notamment de l'âge, qui individualise les personnes. Cependant, des atténuations à une acceptation stricte des principes de l'égalité et de la légalité ont depuis longtemps été acceptés, comme le démontre le principe de la personnalisation de la peine. Si égalité et légalité étaient appliquées de manière orthodoxe, le principe serait celui de la fixité de la peine, c'est-à-dire que les peines encourues, prononcées et exécutées se confondraient. Le juge serait lié par le texte d'incrimination : dès lors que l'individu serait déclaré coupable, il encourrait la peine prévue sans aucune régulation possible. Cette automaticité garantirait l'égalité devant la loi et la justice, mais elle serait extrêmement sévère et n'a jamais été appliquée¹.

20. Une telle conception conduirait à nier la dimension personnelle de la responsabilité pénale. Le droit pénal s'applique à des personnes, il a un aspect humain et social, il est donc nécessaire de prendre en compte les individus dans l'application de la loi pénale. Ainsi, les conséquences du prononcé d'une peine pénale sont éminemment personnelles et humaines, elles induisent à s'éloigner, sans les délaissier, des principes de légalité et d'égalité. « Toute l'histoire du droit pénal se résume dans ce mouvement favorable à plus d'humanisme »², par une mise en place d'une théorie de la peine. Le juge doit prendre en compte la gravité objective des faits et la personnalité du condamné dans son prononcé.

21. Le principe de personnalisation de la peine a donc été largement accepté depuis longtemps. Cependant, on observe un mouvement d'individualisation plus général du droit pénal dans son ensemble. Il s'agit d'une adaptation des dispositions pénales aux acteurs du phénomène criminel en fonction de leurs particularités, de leur personnalité, de leur individualité, conduisant notamment à prendre en compte leur âge. Le sujet de droit pénal n'est plus un être abstrait, mais « un homme concret ».

L'âge du délinquant va ainsi être pris en compte par le droit pénal de manière directe en ce qui concerne le mineur, et de manière indirecte pour le majeur d'âge mûr.

¹ Excepté durant une brève période du droit intermédiaire, Y. Mayaud, *Droit Pénal Général, 4^e Edition* citant A. Decocq, *Droit Pénal Général*, p32

² Y. Mayaud, *Droit Pénal Général*

- Le jeune âge

22. L'âge qui apparaît dans les textes est celui de 18 ans, entraînant un dispositif particulier pour le mineur, en effet la minorité pénale est d'ordre public¹. En effet, le droit pénal prend acte que la délinquance des mineurs est en partie due à la minorité elle-même, synonymes de facultés réduites ou d'éducation inachevée. C'est un enjeu de politique criminelle de longue date, car la répression des mineurs ne saurait être assimilée à celle des majeurs sans verser dans l'injustice. Pour autant, la minorité, si elle entraîne une incapacité générale en droit civil, ne se double pas d'une irresponsabilité pénale. La question est de savoir si l'on peut leur reprocher la commission d'une infraction, si celle-ci leur est *imputable*.

Pour être responsable, encore faut-il comprendre ses actes, c'est-à-dire que la volonté soit libre et éclairée. L'*infans*, par son immaturité, ne peut comprendre et vouloir son acte. Si le Code pénal de 1810 subordonnait la responsabilité pénale du mineur à la preuve du discernement au moment des faits, une loi du 22 juillet 1912 créa une présomption d'absence de discernement pour les mineurs de 13 ans et le maintien du système antérieur pour ceux de plus de 13 ans. La matière fut ensuite réformée par l'ordonnance du 2 février 1945 qui a mis en exergue la réadaptation sociale de la personne du mineur plus que la sanction. En effet, l'article 122-8 prévoyait que seraient prononcées des *mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation* à l'encontre du mineur reconnu coupable, sans évoquer sa responsabilité. Une référence à la responsabilité faisait alors cruellement défaut aux dispositions. Bien que l'exposé des motifs évoquait « un régime d'irresponsabilité », le principe demeurait la responsabilité du mineur. La loi du 9 septembre 2002² a parachevé le système, en complétant l'article 112-8 du Code pénal par la précision que *les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables*.

Il faut enfin signaler la volonté des pouvoirs publics d'apporter une réponse toujours plus juste à cette criminalité particulière des mineurs. Si les projets ne sont plus d'actualité, relevons tout de même le rapport³ de la Commission Varinard⁴ qui maintenait une responsabilité pénale des mineurs avec une présomption de discernement dès 12 ans et l'avant-projet de « Code de la justice pénale des mineurs » qui fixait cet âge à 13 ans. La solution actuelle est donc une absence de présomption d'absence de discernement, mais l'accusation devra rapporter la preuve du discernement du mineur.

¹ Crim, 30 mars 1999, Bull. crim., n°62

² Loi n°2002-1138

³ Rapport « Adapter la justice pénale des mineurs. Entre modification raisonnable et innovations fondamentales. 70 propositions, remis le 3 décembre 2008, La Documentation française, *Collection des rapports officiels*

⁴ Commission de proposition de réforme de l'ordonnance du 2 février 1945 relative aux mineurs délinquants mise en place le 14 avril 2008

23. Si les mineurs sont responsables de leurs actes comme les majeurs, la spécificité réside dans les peines qui peuvent être prononcées. Tout d'abord, la peine traditionnelle ne peut être prononcée qu'à l'encontre des mineurs de plus de 13 ans si les circonstances et leur personnalité l'exigent, démontrant que les mesures éducatives priment la sanction classique. La loi du 9 septembre 2002 a créé la notion de sanction éducative qui se distingue des mesures éducatives, et peut être prononcée à l'encontre des mineurs de plus de 10 ans¹. Ces sanctions sont moins sévères qu'une peine classique tout en revêtant une dimension répressive, ce peut être une confiscation d'un objet ou une interdiction d'aller et venir sur la voie publique entre 23h et 6h sans être accompagné par exemple. Associant répression et éducation, la loi a également créé des centres éducatifs fermés où les mineurs font l'objet de surveillance et de contrôle.

Dans le cas où une peine classique, privation de liberté ou amende, est prononcée à l'encontre d'un mineur de plus de 13 ans, celui-ci bénéficie néanmoins d'une atténuation de sa responsabilité se traduisant par une réduction des peines de référence. En effet, ils ne peuvent être condamnés à une peine supérieure à la moitié de la peine encourue par les majeurs.

Ces mesures dérogatoires aux mesures de droit commun caractérisent un droit pénal des mineurs gagnant en autonomie.

24. Au titre de la procédure pénale, il faut relever une spécialisation des juridictions face à la délinquance des plus jeunes. Il existe trois juridictions spécifiques aux mineurs : le juge des enfants, le tribunal pour enfants, et la cour d'assises des mineurs. Le juge pour enfants est juge d'instruction pour les contraventions de 5^e classe et les délits, mais sa compétence vient en concurrence de celle du juge d'instruction classique. Il rend ensuite le jugement lorsqu'il ne renvoie pas le mineur devant le tribunal pour enfants. Ce dernier est compétent pour connaître des contraventions de 5^e classe et des délits lorsque le juge pour enfant a renvoyé devant lui le mineur, mais aussi des crimes de mineurs de 16 ans, pour lesquels l'instruction doit être menée devant le juge d'instruction classique. Il est présidé par un juge des enfants assisté de deux assesseurs non professionnels. Lorsque le mineur qui a commis un crime a plus de 16 ans, il est renvoyé devant la Cour d'assises des mineurs présidée par le conseiller délégué à la protection de l'enfant, un conseiller de la Cour d'appel désigné pour 3 ans par le Garde des Sceaux, assisté de deux assesseurs qui sont des juges pour enfants.

La spécialisation peut encore être limitée à une formation de la juridiction, c'est le cas du tribunal correctionnel pour mineurs créé par la loi du 10 août 2011². Il est instauré dans chaque TGI comportant un tribunal pour enfants, et composé de trois magistrats du TGI. Il est compétent pour juger les mineurs de plus de 16 ans poursuivis pour un ou plusieurs délits punis d'au moins 3 ans d'emprisonnement commis en état de récidive légale.

¹ Art 15-3 de l'ordonnance du 2 février 1945

² Loi n°2011-939 du 10 août 2011

25. Les procédures devant ces juridictions sont largement dérogoires du droit commun dans la mesure où les procédures ordinaires sont inadaptées et que la spécificité du mineur appelle un traitement particulier. Nous ne reviendrons pas ici sur le détail des procédures, mais on retiendra à titre d'exemple que la loi du 10 août 2011 a instauré la césure du procès pénal consistant à prononcer la culpabilité lors d'une première audience et à reporter le prononcé de la sanction lors d'une seconde audience dans un délai maximal de 6 mois, que le mineur de 13 ans ne peut être mis en garde à vue sauf conditions particulières, qu'il ne peut être placé ni sous contrôle judiciaire, ni en détention ou encore que le mineur doit être assisté d'un avocat de manière effective¹. Lors de l'enquête, le juge d'instruction fait procéder à une enquête relative à la personnalité du mineur. Enfin, lors du jugement, la publicité des audiences est réduite.

26. Pour certains² l'autonomie est peut-être remise en cause par l'adoption de multiples lois depuis 2002³ tant sur le fond que sur la forme. Les réformes relatives à la peine peuvent notamment l'illustrer. La diminution de la peine prononcée à l'encontre du mineur peut être désormais plus aisément écartée. Les sanctions éducatives évoquent davantage un esprit de répression. Enfin, l'application des peines planchers aux mineurs peut s'interpréter comme un recul de l'individualisation. Sur le plan de la procédure, les privations possibles de liberté se multiplient, tout comme les alternatives aux poursuites et les procédures accélérées, rappelant les procédures applicables aux majeurs. Toutefois, la justice s'adapte en présence de délinquants mineurs pour apporter une réponse correspondant à la personnalité du mineur, particulière parce qu'en construction, et a fortiori fortement influençable et vulnérable. L'âge a donc une large influence sur l'application de la loi pénale, cependant elle ne connaît que de l'âge des mineurs. Le seul âge de la majorité qu'il connaît est celui de 18 ans, par conséquent il est indifférent à l'âge des seniors.

- Le grand âge

27. Comme le rappelle J.Ortolan,⁴ « les facultés de l'homme se sont développées, l'expérience est acquise, l'excitation des passions est amortie : la culpabilité, loin d'en être diminuée, s'en augmente peut-être ». Pour autant, il faut constater que le droit pénal ne fait pas mention de la prise en compte d'un seuil d'âge à partir duquel les individus bénéficieraient d'un traitement juridique particulier. Est-ce à dire que le grand âge n'a aucune influence sur la responsabilité pénale ?

¹ Crim, 28 juin 2000, *Bull. crim.*, n°254

² C. Lazerges, La mutation du modèle protectionniste de justice des mineurs, *RSC* 2008, p. 200

³ Loi n° 2002-1138 du 9 sept. 2002, d'orientation et de programmation pour la justice ; Loi n° 2003-239 du 18 nov. 2003, pour la sécurité intérieure ; Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, relative à l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; Loi n° 2005-1549 du 12 déc. 2005 relative au traitement de la récidive ; Loi n° 2006-64 du 23 janv. 2006, relative à la lutte contre le terrorisme ; Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, relative à la prévention de la délinquance ; Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007, renforçant la lutte contre la récidive

⁴ J.Ortolan, *Eléments de droit pénal*, 5^e éd, Plon, 1886

28. L'âge avancé peut amener un affaiblissement physique ou psychique de la personne susceptible de fonder une altération des facultés mentales ou physiques. Si la perturbation totale est une cause subjective d'irresponsabilité pénale¹, lorsque l'altération est partielle², la personne demeure punissable sous réserve de la personnalisation de la peine. La preuve du trouble mental ne saurait d'ailleurs être déduite du fait que la personne est placée sous une mesure civile de protection juridique, en vertu de l'autonomie du droit pénal. Le grand âge est donc à même d'entraîner indirectement une disparition ou à tout le moins une diminution de la responsabilité pénale des personnes âgées.

29. Sur le plan de l'exécution de la peine, le grand âge du condamné peut être pris en compte. On songe ici à l'affaire hautement médiatisée de Maurice Papon condamné pour complicité de crime contre l'humanité à 88 ans à l'occasion de laquelle la CEDH a été saisie. La Cour³, si elle a décidé qu'en l'espèce les conditions de la détention n'atteignaient pas un degré suffisant de gravité, a néanmoins affirmé que l'âge avancé associé à une dégradation de l'état de santé pouvait entraîner une atteinte à la dignité. Ainsi, la détention prolongée d'une personne âgée entre dans le champ d'application de l'article 3 de la CESDH⁴.

30. De plus, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 s'inscrit dans l'inspiration humaniste du droit pénal, et notamment du droit de l'exécution des peines et rappelle que toute personne détenue « a droit au respect de sa dignité et de ses droits ». Ainsi, lorsque la santé du condamné l'impose, la peine peut être fractionnée,⁵ voire suspendue lorsque le condamné est atteint d'une *pathologie engageant le pronostic vital*⁶ ou que l'état de santé est incompatible avec un maintien en détention.

31. Au titre de la procédure, point de juridictions spécifiques au grand âge, mais à titre indirect, le grand âge pourra avoir une influence sur la procédure, dès lors que l'auteur de l'infraction fait l'objet d'une mesure de protection. On retiendra par exemple l'article 706-13 du Code de procédure pénale prévoyant que le tuteur ou le curateur doit être prévenu des poursuites dont la personne protégée fait l'objet ou des mesures alternatives le cas échéant.

32. L'influence de l'âge du délinquant se fait donc de manière progressive pour le mineur, et de manière très relative pour la personne âgée, mais dans les deux cas elle se traduit par une plus grande indulgence. Le droit pénal général, tout comme la procédure pénale prennent donc en compte l'âge du délinquant dans l'application de la loi pénale, mais qu'en est-il de l'âge de la victime ?

¹ Art 122-1 al 1 du Code pénal

² Art 122-1 al 2 du Code pénal

³ CEDH, 7 juin 2001, Papon c. France, req. n° 64666/01

⁴ *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.*

⁵ Art 720-1 du Code de procédure pénale

⁶ Art 720-1-1 du Code de procédure pénale

33. L'individualisation du droit pénal œuvre relativement à l'auteur de l'infraction pour apporter une réponse adaptée à sa personnalité, mais il n'ignore pas non plus la personnalité de la victime. En effet, dans le développement d'un droit toujours plus empreint d'humanisme, apparaît une adaptation de l'arsenal juridique à un objectif de protection des plus faibles. C'est justement aux confins de l'existence que l'individu apparaît être le plus fragile, et mériter une protection accrue, dès lors le législateur va recourir au critère de l'âge de la victime pour organiser la répression.

Sur un plan formel, on assiste à une multiplication de règles dérogatoires au droit commun, relativement à la fixation du point de départ de l'action publique notamment, lorsque la victime de certains crimes et délits est mineure¹, ou de certains délits commis à l'encontre d'une personne vulnérable en raison de son âge². Sans la négliger, nous excluons cependant l'appréhension de l'âge de la victime par la procédure pénale, c'est en effet au sein même de la définition des incriminations que l'on retrouve des références bien plus prégnantes à l'âge, nous plaçant alors sur le terrain du droit pénal spécial. Il convient alors de préciser qu'il s'agit de l'âge au moment de la réalisation de l'infraction. Il pourra être prouvé par tous moyens, en cas de difficulté relative aux documents d'identité, on pourra recourir à des examens médicaux.

Si en droit pénal général, on a pu voir que l'âge conduisait à une répression plus clémente à l'égard de l'auteur de l'infraction, l'objet de la présente étude est d'analyser l'influence de l'âge de la victime sur cette répression.

Comment le droit pénal spécial se saisit-il du critère de l'âge de la victime pour moduler la répression de l'auteur d'une infraction ?

L'âge permet tout d'abord au législateur pénal d'identifier les catégories de personnes qu'il convient de protéger davantage que les autres, c'est pour lui un outil de l'individualisation des victimes (Partie 1). Il va ensuite mettre en œuvre cette protection en créant des incriminations que l'âge va lui permettre de catégoriser (Partie 2).

Partie 1 : L'âge, vecteur de l'individualisation des victimes

-

Partie 2 : L'âge, vecteur de la catégorisation des incriminations

¹ Art 7 et 8 du Code de procédure pénale

² Art 8 du Code de procédure pénale

Partie 1 : L'âge, vecteur de l'individualisation des victimes

L'âge est un outil pour identifier les personnes méritant une plus grande protection du droit pénal, il convient alors de s'interroger sur la méthode employée par le législateur dans cette individualisation des victimes. Comme nous l'avons vu, l'âge peut s'entendre d'une donnée chiffrée, ou d'une période de la vie de l'homme. De cette conception duale découlent deux méthodes possibles d'appréhension de l'âge, si une conception chiffrée de l'âge appelle la mise en place de seuils, la conception comme période relève plutôt d'une appréciation de l'âge comme indice d'une fragilité. Ainsi, l'individualisation sera tantôt quantifiée par l'âge (Chapitre 1), tantôt qualifiée par l'âge (chapitre 2).

Chapitre 1 : Une individualisation quantifiée par l'âge

-

Chapitre 2 : Une individualisation qualifiée par l'âge

Chapitre 1 : Une individualisation quantifiée par l'âge

Le recours à des seuils s'observe pour les mineurs, opérant de manière générale une différenciation des mineurs (Section 1), mais également une différenciation parmi les mineurs (Section 2).

Section 1 : La différenciation des mineurs

34. L'idée d'une protection spécifique des mineurs renvoie à la protection de l'enfance par le droit pénal, et trouve ses sources dans l'Ancien Droit. Auparavant, il semble que le mode d'organisation de la société et la mortalité infantile ait empêché le développement de la protection des enfants. Progressivement, la notion d'enfance a trouvé sa place face au recul de la mortalité infantile et au progrès de l'éducation, particulièrement au XIXe siècle¹. Ainsi, si le Code pénal de 1810 ne fait pas œuvre de rupture par rapport à la protection de l'enfant, il comportait toutefois des incriminations visant à protéger spécifiquement le mineur, tels que l'infanticide², l'enlèvement des mineurs de 18 ans³, ou l'abandon d'enfant de moins de 7 ans⁴. La protection du mineur était davantage fondée sur une protection d'un membre de la famille, de l'État ou en tant que créature de Dieu⁵ que sur sa fragilité.

35. Peu à peu c'est la faiblesse de l'enfant qui devient le fondement de sa protection, comme le montre la prise en compte des mauvais traitements. Une loi du 19 avril 1898 initie la lutte contre la maltraitance en introduisant l'infraction de coups et blessures contre un mineur de moins de 15 ans. Au sortir de la Seconde Guerre mondiale, la lutte s'intensifie par une multiplication des incriminations au sein du Code pénal.

36. Ce mouvement national répond à un mouvement international de préoccupation du sort des enfants. En effet, de nombreux textes à portée internationale ont été adoptés dans le cadre de la protection du mineur victime d'infraction. On peut citer la Déclaration des droits de l'enfant adopté le 20 novembre 1959, les diverses conventions de La Haye, la convention européenne pour l'exercice des droits des enfants du 25 janvier 1996 ou encore la Convention européenne des droits de l'homme, qui pose notamment en son article 3 une obligation positive à la charge des États de protection des enfants contre les maltraitements. Cependant, le texte le plus important est

¹ A. Gouttenoire et Ph. Bonfils, Droit des mineurs, Collection Précis, 2ème Edition, 2014, Dalloz

² Ancien art. 300 du Code pénal

³ Ancien art. 354 du Code pénal

⁴ Ancien art 349 à 353 du Code pénal

⁵ André Laingui, Histoire de la protection pénale des enfants, RID pén. 1979

la Convention internationale des droits de l'enfant adoptée à New York le 20 novembre 1989, et ratifiée par la France le 2 juillet 1990.

37. Le droit pénal a donc peu à peu élargi la protection du mineur « parce que l'enfant est un être faible, incapable de se défendre ni même de survivre sans la protection sociale »¹ ce qui entraîne certains à se demander si tout comme il existe un droit pénal du mineur délinquant, il n'existerait pas un droit pénal autonome du mineur victime². Si la réponse ne paraît pas pouvoir être positive, il n'en reste pas moins que le droit pénal opère une véritable différenciation du mineur par rapport aux autres victimes. Si la différenciation est dans la plupart des cas légitimée par la spécificité de la personne du mineur (I), certaines différenciations sont contestables (II).

I- Une différenciation légitimée par la spécificité de la personne du mineur

38. À titre préalable, il convient de préciser que la protection pénale des mineurs concerne les mineurs. L'affirmation semble digne de La Palice, mais cette affirmation appelle quelques précisions. En effet, le droit français définit le mineur comme une personne âgée de moins de 18 ans, mais il convient d'ajouter que cette protection démarre à la naissance de la personne, et uniquement à la naissance. Sans revenir sur les débats relatifs à la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point, nous précisons uniquement que le droit pénal n'inclut pas le fœtus dans la protection de la personne humaine.

39. L'âge ici étudié est donc compris entre la naissance et le dix-huitième anniversaire de l'individu. Si cet âge peut constituer une condition préalable de l'infraction (A), il pourra également être une circonstance aggravante (B).

A- L'âge du mineur comme condition préalable

Certains comportements vont être poursuivis du simple fait d'avoir été commis à l'encontre d'un mineur, l'âge est alors une condition préalable de l'infraction. La condition préalable se définit comme « le domaine dans lequel l'infraction peut se commettre »³, c'est-à-dire une situation antérieure, de droit ou de fait, sans laquelle l'infraction ne peut se réaliser. Elle ne doit pas être confondue avec l'élément constitutif qui se rapporte au comportement de l'agent. Ainsi, la minorité est pour certaines infractions une condition absolument nécessaire, comme les violences habituelles.

40. La maltraitance serait à l'origine de 2 morts par jour⁴. L'OMS estimait en janvier 2014 que 23% des personnes déclarent avoir été physiquement maltraitées dans leur enfance¹. Ainsi, on

¹ André LAINGUI, Histoire de la protection pénale des enfants : RID pén. 1979, p 521

² A. Gouttenoire et Ph. Bonfils, Droit des mineurs, Collection Précis, 2ème Edition, 2014, Dalloz

³ M.-L. RASSAT, Droit pénal spécial, Collection Précis, 6ème Edition, 2011, Dalloz

⁴ Le Monde, juin 2013

estime que chaque année, 34 000 enfants de moins de 15 ans décèdent suite à des faits de maltraitance, le chiffre ne rendant pas compte de l'ampleur du phénomène étant donné que de nombreux décès sont attribués, à tort, à d'autres causes. La maltraitance infantile se définit comme les violences et négligences envers toute personne de moins de 18 ans. Il peut alors paraître surprenant à la lecture du Code pénal de ne pas retrouver expressément le terme de maltraitance, pourtant la loi pénale n'ignore pas le phénomène lorsqu'il se commet de manière habituelle (1), bien que la jurisprudence identifie un fait justificatif (2).

1- Violences habituelles

41. Selon Michèle-Laure Rassat², les violences habituelles sont « des violences ordinaires, dans leur manifestation, mais qui doivent avoir été habituelles et exercées sur une victime spécifique ». En effet, le Code pénal incrimine les violences aux articles 222-7 et suivants, prévoyant diverses incriminations en fonction du résultat. Le mineur peut alors en être victime, ce qui constitue une circonstance aggravant la répression de l'auteur. Cependant, les violences n'appréhendent pas la spécificité de la maltraitance infantile en ce qu'elle présente de gravité renforcée. Ainsi, le législateur instaure une protection particulière de ceux qui peuvent être facilement victimes de violences, les mineurs de 15 ans, en faisant intervenir un critère spécifique, celui de l'habitude.

42. Tout d'abord, les violences habituelles³ recouvrent, comme les violences ordinaires, les coups et blessures volontaires. Il faut également y inclure les voies de fait, la jurisprudence admettant de retenir des violences ordinaires en dehors de tout contact avec la victime⁴. Ainsi, les violences recouvrent-elles également les violences faites à l'intégrité psychique.

43. Ensuite, il faut que ces violences revêtent un caractère habituel. L'habitude n'étant pas mentionnée dans les violences ordinaires, elle est « un critère de qualification spéciale »⁵ de cette incrimination. Le Code pénal ne livrant pas de définition de l'habitude, il faut alors se référer à la jurisprudence pour l'obtenir. De manière constante, l'habitude peut être retenue à partir du deuxième fait. Ainsi, des violences isolées tomberont sous l'incrimination de violences volontaires, mais non de violences habituelles.

44. Enfin, en l'absence de précision du législateur, il s'agit donc d'une infraction intentionnelle, conformément à l'article 121-3 du Code pénal. Les peines encourues reproduisent le modèle de répression des violences ordinaires, mais en étant plus sévères, à savoir 30 ans de réclusion criminelle lorsqu'elles ont entraîné la mort, 20 ans de réclusion criminelle lorsqu'elles

¹ Site de l'OMS

² M.-L. RASSAT, Droit pénal spécial, Collection Précis, 6^{ème} Edition, 2011, Dalloz

³ Art 222-14 du Code pénal

⁴ Crim, 2 sept. 2005, Bull. crim., n°212

⁵ Y. Mayaud. Rép. Pén., v° *Violences volontaires*, n°178

ont entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, dix ans et 150 000 euros d'amende lorsqu'elles ont entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours et 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsqu'elles ont entraîné une incapacité inférieure à 8 jours¹.

45. L'arsenal répressif appréhende donc largement la maltraitance faite au mineur, mais parce que ces faits se produisent souvent dans les alcôves de la famille, et que de par sa faiblesse le mineur est peu enclin à révéler ces faits, le législateur a également incriminé le fait de ne pas dénoncer de tels agissements. De manière générale, la non-dénonciation d'un crime² est punie, ainsi une personne pourra se voir reprocher d'avoir gardé le silence alors qu'elle avait connaissance d'un crime commis à l'encontre d'un mineur. S'il est prévu que les personnes tenues au secret professionnel ne peuvent être auteur d'une telle infraction, il est également prévu en vertu de l'article 226-14 du Code pénal que *le secret professionnel n'est pas applicable à celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur (...), au médecin qui, même sans l'accord de la victime mineure, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises ; aux professionnels de la santé ou de l'action sociale qui informent le préfet du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté l'intention d'en acquérir une*. L'incrimination est néanmoins limitée, car elle ne concerne que les crimes, et à la condition qu'il ait été encore possible d'en limiter les effets, ou d'en prévenir la répétition.

46. Ainsi, pour apporter une plus grande protection aux victimes mineures, une incrimination spécifique de non-dénonciation des faits de maltraitance sur mineurs a été insérée dans le Code pénal à l'article 434-3. Elle est circonscrite aux mineurs de 15 ans, et concerne les privations, mauvais traitements ou atteintes sexuelles, elle s'applique donc tout à la fois aux crimes et aux délits. Il n'est pas exigé que la révélation puisse mettre fin aux faits de maltraitance ou puisse en limiter les effets. L'infraction rejoint toutefois la précédente en ce que les personnes tenues au secret professionnel ne peuvent se voir reprocher le délit, sauf lorsque la loi le prévoit, ce qui renvoie également à l'article 226-14 du Code pénal.

Les deux délits sont punis de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.

47. Le droit pénal français incrimine donc largement la maltraitance, pour autant certains auteurs déplorent que « les parents, auteurs de violence ne provoquant pas d'ITT ne sont jamais

¹ Art 222-14 du Code pénal

² Art 434-1 du Code pénal

punis ». En effet, se pose en la matière la question d'une éventuelle justification tirée « d'un droit de correction ».

2- Le droit de correction

48. La gifle, la fessée, la claque... tant de termes qui font polémique autour de ce l'on nomme la violence éducative. Traditionnellement, le droit de correction se définit comme « le droit d'infliger à l'enfant en cas d'infraction à la discipline familiale, les sanctions qu'approuve la coutume »¹. Or, les faits justificatifs sont limitativement prévus par la loi², et la coutume et l'usage n'en font pas partie. Écarter l'application d'une loi écrite au nom de la coutume paraît alors bien surprenant eu égard au principe de légalité pénale. Cependant, la jurisprudence a reconnu depuis longtemps l'existence d'un droit de correction pour les parents, puis pour les enseignants.

49. Dans un arrêt datant de 1819³, fut censuré l'arrêt de la Cour d'appel condamnant une mère à 5 ans d'emprisonnement pour avoir puni sa fille en lui infligeant des coups ayant laissé des marques visibles vingt jours plus tard. La Cour de Cassation affirmait alors que les parents jouissent d'un droit de correction sur leurs enfants. En 1908, la Haute juridiction retint que les actions engagées par l'enseignant poursuivi n'avaient pas dépassé les limites de son droit de correction et de discipline qu'il détenait sur les élèves⁴.

50. Ainsi, au début du XXe siècle, parents et enseignants disposaient du droit de recourir à la violence envers leurs enfants et ce, même, de manière sévère. Cependant, en 1967 la Cour de cassation instaura une limite au droit de correction dès lors qu'il risquait de porter atteinte à la santé de l'enfant⁵. À la suite, le Tribunal correctionnel de Bordeaux posa les conditions du droit prétorien de correction en 1981 : la violence doit être légère, et elle doit avoir un but pédagogique. Il n'est également admis que lorsqu'elle émane des enseignants, éducateurs ou parents, ce qui peut apparaître paradoxal, puisque la loi retient justement une cause d'aggravation lorsque les violences sont commises par ces personnes. Ainsi ont été condamnés le « familial » ayant giflé et plongé la tête d'un enfant de 6 ans dans les toilettes⁶, quand bien même ce fut à la demande de la mère, ou le beau père ayant violemment frappé un enfant de 9 ans⁷. Si ces arrêts ont retenu le délit de violence volontaire, c'est parce que les critères du droit de correction n'étaient pas réunis, ce qui a contrario confirme l'existence du droit de correction. Pour autant, la Cour de cassation exige alors des juges du fond qu'ils motivent suffisamment leur décision au

¹ J. Carbonnier, *Droit civil 2. La famille*, PUF, 21^e éd, 2002, p. 113

² Autorisation de la loi, légitime défense, état de nécessité, ordre de la loi

³ Crim, 17 décembre 1819, Bull. crim., n° 137

⁴ Crim, 4 déc. 1908, Bull. crim., n° 482

⁵ Crim, 21 février 1967, Bull. crim., n° 66-91

⁶ Crim, 21 février 1990 Dr. pén. 1990, p. 216, RSC 1990, p. 785, obs. G. Levasseur

⁷ Crim., 3 mai 1984, Bull. crim., n° 154

risque d'encourir la cassation, mais il reste que leur appréciation est souveraine¹ en la matière. Ainsi, pas même le très jeune âge de la victime potentielle ne saurait écarter le droit de correction, puisque la Cour de cassation a confirmé le non-lieu prononcé en première instance et en appel d'une nourrisse ayant administré une claque dans la couche d'un enfant de 23 mois au nom du droit de correction². Certains dénoncent alors l'entière latitude des tribunaux et cours d'appel pour interpréter les limites du droit de correction.

51. Le droit de correction fait en effet l'objet de nombreuses critiques, et l'évolution dans le cadre de l'Europe tend à interdire les châtiments corporels, même les plus légers. La France a alors fait l'objet de réclamations auprès du Comité des droits de l'enfant de l'ONU, et le Gouvernement a indiqué dans son rapport que la jurisprudence admet l'emploi du droit de correction dès lors qu'il respecte des conditions d'inoffensivité, d'intensité modérée et qu'il a pour objectif le maintien de l'ordre scolaire et de la discipline. Le Comité des droits de l'enfant avait à plusieurs reprises fait des recommandations en s'appuyant sur l'article 19 de la CIDE pour enjoindre aux États de protéger l'enfant contre toute forme de maltraitance. Le Conseil de l'Europe a également émis une recommandation en 2004 pour « Interdire le châtiment corporel des enfants en Europe », la CEDH condamnant depuis 1998 les châtiments corporels³. Ainsi, une proposition de loi a été déposée le 22 janvier 2010 pour abolir tout châtiment corporel⁴ sur le bureau de l'Assemblée nationale. Détournée sous le nom de « loi antifessée », cette loi ne visait cependant pas à punir les auteurs, mais uniquement à protéger les enfants, car l'article avait pour but d'être inséré dans le Code civil. Cependant, la proposition est à ce jour restée sans suite.

52. Le droit de correction est d'ailleurs toujours utilisé par les juridictions françaises. Un arrêt du 10 octobre 2012 de la Cour d'Appel de Douai⁵ a relaxé le maire d'une commune ayant giflé un enfant de moins de 15 ans considérant le geste justifié au regard des circonstances. Cependant, le TGI de Limoges a condamné le 21 octobre 2013 à une amende 500 euros avec sursis le père ayant infligé une fessée à son fils qui refusait de lui dire bonjour.

53. Ainsi, si les violences sont expressément interdites par le Code pénal, mais aussi par le Code civil, par la loi de 2006 relative aux violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, et par la loi de 2007 réformant la protection de l'enfance, elles ne sont pas interprétées en droit français comme interdisant tous les châtiments corporels dans l'éducation des enfants.

54. Il résulte que s'est construit un droit de correction en dehors du Code pénal, que le législateur n'a jamais codifié, ce qui est heureux. Ce droit de correction est dénoncé par de

¹ Crim, 26 nov 2002 n° 02-81727

² Crim, 17 juin 2003, n° 02-84986

³ CEDH, A. c/ Royaume-Uni, 23 sept. 1998, req. n° 100/1997/884/1096

⁴ Article unique : L'enfant a droit à une éducation non violente. Aucun enfant ne peut être soumis à des châtiments corporels ou à toute forme de violence physique.

⁵ CA Douai, 4^e chambre, 10 oct. 2012 RG n°12/729

nombreuses professions, pour l'inutilité éducative de la violence et ses effets néfastes sur les enfants. Il s'apparente néanmoins plutôt à une forme de tolérance à l'égard des parents, dès lors que les violences sont légères, comme dans le cas de l'arrêt de 2012 où il est relevé que le geste était « inoffensif », « mesuré et adapté aux circonstances » face « à une atteinte inacceptable ». Il y a lieu dès lors de différencier des faits « inoffensifs » de ceux traduisant une réelle violence, voire qui s'apparentent à des traitements inhumains et dégradants.

55. En droit pénal, les violences sont incriminées, ainsi interdire expressément les châtiments corporels, n'ajouterait rien au droit existant. Le droit de correction, en tant que construction prétorienne, laisse place à une marge d'appréciation du juge, ce qui paraît satisfaisant, tant que « l'éducation ne justifie pas tout »¹.

56. Le droit de correction comme fait justificatif est évidemment également invocable à l'égard des violences ordinaires. Il faut alors remarquer que le droit de correction ne peut être invoqué qu'à l'égard d'un mineur, ce qui pourrait conduire à ce qu'un fait punissable lorsqu'il est commis sur un majeur, ne le soit pas à l'encontre d'un mineur. Si ce n'est plus dans un but de protection, cela démontre néanmoins la prise en compte de la spécificité du mineur soumis à l'éducation de ses parents. Cependant, dans ce cas l'âge n'est plus une condition préalable, mais une circonstance aggravante.

B- L'âge du mineur comme circonstance aggravante

57. Si certaines infractions n'existent que dans la mesure où la victime est mineure, d'autres infractions existent indépendamment de l'âge de la victime, la minorité n'intervenant alors qu'à titre de circonstance aggravante. Cependant, on peut observer que si l'âge n'est qu'une circonstance aggravante, certaines infractions ont vocation à s'appliquer plus particulièrement aux mineurs qui est alors implicitement visé. La répression des infractions commises sur les mineurs est donc modulée par l'âge de la victime, cependant d'autres circonstances aggravantes, si elles ne visent pas expressément le mineur, sont susceptibles de le viser et de se cumuler avec l'âge.

1- Une atteinte physique spécifique au mineur

58. Les violences volontaires² sont placées dans le chapitre 2 du titre 2 du livre II du Code pénal, elles ont donc vocation à s'appliquer à toutes victimes, majeures ou mineures. Cependant, lorsqu'elles sont commises sur un mineur, elles traduisent une plus grande dangerosité de l'auteur, tant il est plus aisé de s'en prendre à une victime mineure. La sanction pénale est donc d'autant plus forte que la réprobation sociale est accrue. Il apparaît toutefois une infraction ne désignant

¹ Y. Mayaud, Rép. Pén., v° *Violences volontaires*, n°178 et suiv.

² Art 222-7 et suiv. du Code pénal

pas les mineurs comme seules victimes possibles, mais dont l'évolution démontre une véritable consécration de l'incrimination comme instrument privilégié de protection des mineurs.

59. « Le XXI^e siècle sera religieux ou ne sera pas », cet aphorisme attribué à Malraux place en effet le législateur dans une situation complexe face au phénomène religieux dès lors qu'il doit concilier la pratique religieuse aux droits des individus. La difficulté est d'autant plus prégnante lorsque la pratique rituelle se traduit en acte de mutilation et que la victime est mineure, ce qui est le cas dans la pratique de l'excision. Si le législateur était d'abord muet sur le sujet, c'est la jurisprudence qui a assuré une qualification pénale aux faits. Le législateur a progressivement accompagné, puis consacré l'interdiction du recours à l'excision.

a- La jurisprudence

60. L'excision n'est pas prévue en tant que telle par le Code pénal, elle ne fait pas l'objet d'une incrimination spécifique. Cette pratique aux origines incertaines¹ attribuée à l'Islam alors que le Coran n'en fait pas mention se définit comme une ablation du clitoris de la jeune fille.

61. Dès lors, la qualification d'acte de torture ou de barbaries prévues à l'article 222-1 du Code pénal paraît envisageable² et a été envisagée³. Il semble cependant qu'il faille l'écartier, la jurisprudence ayant précisé que la caractérisation des tortures suppose un dol spécial dans la volonté de faire souffrir et de nier la dignité de personne humaine de la victime, volonté a priori absente des hypothèses d'excision. Ainsi, la jurisprudence a préféré la qualification de violences ayant entraîné une mutilation⁴. En effet, l'article 222-9 du Code pénal réprime les violences ayant entraîné une mutilation, qui se définit comme l'ablation ou la détérioration d'un membre ou d'une partie externe du corps, l'excision entre donc dans son champ d'application.

b- La loi du 4 avril 2006

62. Une confirmation que ces pratiques rituelles sont à même de relever de la qualification de violences ayant entraîné une mutilation est venue du législateur lui-même. En effet, la réalité des pratiques empêchait toutes poursuites pénales, les faits étant souvent commis à l'étranger sur des victimes qui ne sont pas de nationalité française. Il faut ici revenir à la compétence pénale de la loi française, celle-ci n'est applicable que si un fait constitutif est commis sur le territoire de la République⁵, si l'auteur des faits est français¹ ou si la victime est française². Il existe bien un cas

¹ M. Benillouche, L'interdiction des mutilations sexuelles : entre confirmation et révolution, *RDLF* 2014, chron. n°6 : « Une ethnie du Congo la justifie par le mythe des vagins dentés. Le clitoris serait la dernière dent à supprimer. Pour une autre ethnie, le clitoris serait un dard qui peut blesser, voire tuer l'homme. »

² Y. Mayaud, Rép. Pén v° Violences volontaires, n°143 et suiv

³ TA, Lyon, 12 juin 1996 *RUDH* 1996. 695, note Levinet, *JCP* 1997. I. 3996 obs. Fulchiron

⁴ Crim, 20 août 1983 Bull. crim., n°229 ; Crim, 9 mai 1990, Dr. Pénal 1990, comm. 291

⁵ Art 113-2 du Code pénal

d'application universelle³ de la loi pénale française, s'appliquant aux tortures, mais elles ne sauraient être retenues en l'espèce. La loi du 4 avril 2006⁴ a alors prévu une dérogation à la compétence personnelle passive de la loi pénale française en insérant l'article 222-16-2 dans le Code pénal. En effet, il prévoit que la loi pénale française est applicable lorsque les faits sont commis sur une victime mineure résidant habituellement sur le territoire français. La résidence habituelle en France devient le critère d'applicabilité de la loi française étant assimilée « à une attache nationale méritant la protection de la loi nationale »⁵. La circulaire d'application du texte révèle, si cela était nécessaire, que ces dispositions sont destinées à lutter contre les excisions pratiquées à l'encontre de jeunes filles de nationalité étrangère résidant habituellement en France, pendant les vacances, dans leur pays d'origine, et ce, avec la complicité de leurs parents⁶. La loi a encore facilité les poursuites en prévoyant une dérogation à l'incrimination de violation du secret professionnel lorsqu'il s'agit de dénoncer notamment des mutilations sexuelles⁷.

c- La loi du 5 août 2013

63. Il résulte donc de l'étude du droit positif que les pratiques d'excision sont couvertes, cependant la loi du 5 août 2013 est venue renforcer le dispositif existant, en favorisant la prévention. Il s'agit en effet de créer une infraction obstacle pour faire tomber le comportement sous le coup de la loi pénale, alors même que le résultat, ici la mutilation, n'est pas encore intervenue. Si la tentative remplit normalement ce rôle, la tentative n'est pas punissable dans le cadre des violences étant donné qu'il s'agit de délit et que la loi ne prévoit pas la poursuite de leur tentative. La loi du 5 août 2013 entend donc combler cette lacune, en incriminant le fait d'inciter autrui par offres, promesses, proposition ou d'user de pression, à commettre une mutilation sexuelle sur la personne d'un mineur, lorsque la mutilation n'a pas été réalisée.

Elle incrimine également le fait de faire à un mineur des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques ou d'user contre lui de pressions ou de contraintes de tout nature, afin qu'il se soumette à une mutilation sexuelle. S'agissant d'une hypothèse de complicité, de tels faits n'étaient pas susceptibles d'être poursuivis dès lors qu'une infraction principale n'avait pas été commise.

¹ Art 113-6 du Code pénal

² Art 113-7 du Code pénal

³³ Art 689 du Code de procédure pénale

⁴ Loi n°2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs

⁵ Y. Mayaud, Rép. Pén, v° *Violences volontaires*, n°147

⁶ Circ. CRIM 2006-10 E8, 19 avril. 2006 : BO min. Just. 2006, n°102, §3.1.1

⁷ Art 226-14 1° du Code pénal

De tels comportements sont alors punis d'une peine moindre que les violences ayant entraîné une mutilation commises sur un mineur de 15 ans, 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende au lieu de 15 ans de réclusion criminelle. Il s'agit donc bien d'éviter que l'excision ne survienne.

64. Si le texte complète le dispositif, il consacre également le fait que l'excision est expressément sanctionnée en droit français, serait-elle commise en conformité à des rites religieux.

65. Cependant, la lecture de la loi du 5 août 2013 révèle l'emploi de termes larges puisqu'elle se réfère « aux mutilations sexuelles ». Une telle rédaction laisserait entendre que la circoncision serait couverte par le texte, alors même que la circoncision est traditionnellement justifiée par la tradition culturelle ou religieuse. La justification repose sur une autorisation de la loi tirée de la coutume quand la violence est légère, bien que la doctrine doute parfois de la licéité d'un tel acte, tout en relevant l'absence de jurisprudence sur la question, faute de poursuite pour de tels faits. La jurisprudence civile a pu être saisie en cas de désaccord des parents et a pu qualifier la pratique d'« actes graves », mais sans jamais se prononcer sur la licéité¹. La jurisprudence pénale n'a été saisie qu'en cas de complication médicale et ne s'est pas plus prononcée sur la licéité². Si les travaux parlementaires font à maintes reprises référence à l'excision, ils ne mentionnent pas la circoncision, l'intention du législateur n'était donc pas de la réprimer. Nonobstant, une interprétation stricte de la loi pénale conduirait à réprimer l'incitation de mineur à la circoncision et la sollicitation d'une personne pour pratiquer une circoncision. Une telle interdiction répondrait à une résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe visant à faire prohiber la circoncision. Il faudra donc veiller à l'application de ce texte, qui appelle à des précisions de la jurisprudence, voire à une modification du législateur.

2- L'articulation avec d'autres circonstances aggravantes

66. D'autres circonstances que la minorité peuvent aggraver la répression des infractions, sans viser expressément le mineur, celles-ci peuvent également le protéger, voire se cumuler avec la circonstance aggravante de minorité.

67. Tout d'abord, la circonstance aggravante de lien de parenté ou d'autorité est fréquemment utilisée par le législateur. En effet, cette circonstance instaure un lien de dépendance entre la victime et l'auteur de l'infraction, la rendant particulièrement fragile à son égard. Le lien de parenté désigne alors les ascendants naturels ou adoptifs, alors que le lien d'autorité peut découler de la loi ou des circonstances de fait en raison de circonstances particulières. Si cette circonstance aggravante est centrée sur la qualité de l'auteur, elle comprend implicitement une prise en

¹ CA Paris, 29 sept. 2000, *D.* 2001.1585

² Crim, 18 mai 1989, n°87.19-600

considération de la victime. En visant la qualité d'ascendant de l'auteur, le législateur désigne implicitement la qualité de descendant de la victime. De même lorsqu'est visée l'autorité de l'auteur de l'infraction, cela suppose que la victime soit placée sous cette autorité. Ainsi, cette circonstance a-t-elle été appliquée lorsque les victimes étaient mineures pour des faits commis par le mari de la mère¹, par l'oncle sur sa nièce² ou au fils de l'assistance maternelle à qui l'enfant était confié³.

68. Le législateur utilise ensuite la circonstance de proximité avec un établissement d'enseignement, insérée par la loi du 17 juin 1998, et élargie par la loi du 5 mars 2007 aux établissements d'enseignement ou d'éducation ou dans les locaux de l'administration, ainsi que lors des entrées ou sorties des élèves, ou du public ou dans un temps très voisin de celles-ci aux abords de ces établissements ou locaux. Elle concerne un nombre limité d'infractions : les violences légères, la provocation à l'usage illicite de stupéfiants, la provocation au trafic de stupéfiants, la cession ou offre illicite de stupéfiants, la provocation à l'usage habituel ou excessif d'alcool, la provocation à la commission d'infraction et la corruption de mineur.

69. Elle peut également prendre une autre forme, mais concerne peu ou prou les mêmes hypothèses, il s'agit de la circonstance prévue à l'article 322-3 du Code pénal aggravant les destructions, dégradations et détériorations du bien d'autrui et ne présentant pas de danger pour les personnes. La répression est aggravée dès lors qu'elles sont commises à l'encontre notamment d'un établissement scolaire, éducatif ou de loisir ou d'un véhicule transportant des enfants.

70. Ces circonstances ont évidemment vocation à s'appliquer lorsque les victimes sont mineures, si elles sont parfois alternatives, elles sont le plus souvent cumulatives. Dans le cas des violences, par exemple, l'article 222-12, prévoit une aggravation supplémentaire lorsque l'infraction est commise dans deux voire trois des circonstances aggravantes, alors que sont énumérées la minorité et la proximité avec un établissement d'enseignement. Les articles 222-7 et suivants prévoient le cas spécifique des violences commises par un ascendant sur un mineur de 15 ans⁴.

71. L'articulation de la minorité et de l'abus d'autorité mérite néanmoins quelques précisions. En matière d'agressions sexuelles, le cumul des deux circonstances aggravantes était possible alors qu'il ne l'était pas en matière de viol, et ce de manière surprenante. Cependant, la loi du 5 août 2013 a inséré l'article 222-29-1 dans le Code pénal créant un délit d'agression sexuelle aggravée lorsqu'il est commis sur un mineur, sanctionné de 10 ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. Certes, la peine prévue est plus sévère et accentue la répression, mais elle rend

¹ Crim, 16 fév. 1837, B. 51

² Crim, 3 oct 1862, B. 238

³ Crim, 9 juill. 1991, *Gaz. Pal.* 1992.1, somm. 39

⁴ Art 222-8 in fine, Art 222-10 in fine, Art 222-12 in fine et Art 222-13 in fine du Code pénal

impossible le cumul des circonstances aggravantes. En effet, l'article 222-30 venait aggraver la répression des agressions sexuelles dans un certain nombre de circonstances, dont l'abus d'autorité, et opérait un renvoi à l'article 222-29, soit aux agressions commises sur des personnes vulnérables et sur des mineurs. Le renvoi n'a pas été modifié, mais le mineur est sorti de l'article 222-29 pour prendre place dans une incrimination autonome, l'article 222-29-1, auquel il n'est pas renvoyé. En tout état de cause, ce renvoi eut été inutile puisque la répression de l'agression commise sur un mineur est alignée sur celle de l'article 222-30.

72. Alors qu'auparavant, la volonté législative était d'accentuer la répression des agressions sexuelles autres que le viol sur les personnes vulnérables et les mineurs dans les conditions de l'article 222-30, désormais elle n'est aggravée que dans le cas des personnes vulnérables. Il n'y a plus de différence opérée entre les agressions sexuelles sur mineur et celles commises dans les conditions de l'article 222-30, comprenant l'abus d'autorité. Le parallélisme des formes aurait voulu que les agressions sexuelles autres que le viol commises sur un mineur soient également aggravées, ce qui aurait impliqué une peine criminelle¹. Maladresse rédactionnelle ou volonté législative, il en ressort que le cumul des circonstances de minorité et d'autorité est annihilé en matière d'agressions sexuelles, et cela est bien regrettable. La distinction ainsi instaurée par rapport aux violences est difficilement compréhensible, d'autant plus qu'elle efface la différenciation des infractions incestueuses, différenciation faisant justement partie de celles qui soulèvent des interrogations.

II- Des différenciations en question

Le droit pénal opère indéniablement une différenciation des mineurs en leur accordant une protection spécifique, mais certaines différenciations ont pu soulever des interrogations lorsqu'il n'apparaissait pas pertinent de limiter une incrimination au mineur(A), ou lorsque son existence est remise en cause (B).

A- L'inceste, une différenciation injustifiée

73. L'inceste n'a pas (ou n'avait pas, ou n'a plus...) droit de cité en droit pénal. En effet, si « la réprobation de l'inceste fonderait l'humanité », il n'est pas une notion juridique. Certes, la notion évoque un tabou universel, mais sa précision lui fait défaut. Par inceste, il faudrait entendre les relations sexuelles entre des personnes unies par des liens de parenté ou d'alliance, mais selon les époques ou les sociétés la notion a pu recouvrir des réalités bien différentes. Quoi qu'il en soit, ce vide juridique a suscité la culpabilité du législateur, qui a voulu en reconnaître la singularité par rapport aux autres infractions sexuelles et faire entrer « l'Aigle noir » chanté par

¹ La peine prévue à l'article 222-29-1 est la plus sévère sur l'échelle délictuelle.

Barbara dans le Code pénal¹. Cette inscription s'inscrivait dans la volonté de différenciation, une différenciation des mineurs par rapport aux majeurs, mais aussi une différenciation parmi les mineurs.

74. La loi du 8 février 2010 inscrit l'inceste commis sur un mineur dans le Code pénal. Ainsi, la relation incestueuse entre deux majeurs restait libre dès lors qu'elle était consentie, mais en l'absence de consentement, les incriminations d'agressions sexuelles étaient (et sont toujours) susceptibles de s'appliquer. Le législateur induisait donc l'idée que l'inceste ne pouvait être commis que sur une victime mineure. En effet, en réprimant l'inceste, le législateur sous-entendait que ce qui n'était pas réprimé à ce titre n'était pas incestueux. Les relations imposées au sein de la famille entre personnes majeures n'étaient pas incriminées, ces relations n'étaient pas incestueuses. Un auteur relevait d'ailleurs que « le concubin d'une femme de 19 ans commet une agression sexuelle incestueuse en cas d'actes commis sur la sœur de celle-ci, âgée de 17 ans. En revanche, le père de famille qui viole sa fille de dix-huit ans ne commet pas en ce qui le concerne de viol incestueux ». Le législateur opérait donc une distinction en fonction de l'âge de la victime, alors que la spécificité de l'inceste réside davantage dans le lien qu'il existe entre la victime et son auteur. Par cette « préférence » pour la victime mineure, le législateur niait la souffrance spécifique de la victime majeure, et créait une différenciation peu cohérente, qui s'ajoutait à l'incohérence quant aux auteurs² résultant de l'articulation de la qualification incestueuse et de la circonstance aggravante d'autorité.

75. Ensuite, la loi du 8 février 2010 opérait une différenciation entre les mineurs eux-mêmes. En effet, l'insertion de l'inceste, laissait exister le droit antérieur, c'est-à-dire que la circonstance aggravante de minorité de 15 ans demeurait pour les viols et les agressions sexuelles. Ainsi, d'une part l'inceste s'appliquait pour tous les mineurs, mais d'autre part les agressions sexuelles n'étaient aggravées que lorsqu'elles étaient commises sur des victimes âgées de moins de 15 ans. La superposition des textes créait ici un désordre regrettable par le message qu'il envoyait aux victimes, que la loi entendait justement protéger.

76. Enfin, la loi du 8 février 2010 insérait un nouveau paragraphe « De l'inceste » à la suite des viols et autres agressions sexuelles, donnant l'apparence que désormais l'inceste était une infraction autonome. « Une loi pour rien »³ selon certains, en effet, la loi n'ajoutait rien au droit positif. La circulaire d'application du 9 février 2010⁴ venant préciser que *la loi n'ajoute rien au*

¹ C. Lazerges, *Politique criminelle et droit de la pédophilie*, RSC 2010, p.725

² « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », Agathe LEPAGE, JCP G. n°22, 22 mars 2010, doct. 335

³ C. Lazerges, *Op. Cit.*

⁴ Circulaire n° CRIM10-3/E8 du 9 février 2010 présentant les dispositions de la loi n°2010-121 du 8 février 2010

droit existant, aucune incrimination autonome n'était créée et les peines n'étaient pas modifiées. Les conséquences procédurales restaient limitées, l'apport était donc plus pédagogique que normatif. Il s'agissait « de se substituer aux titulaires de l'autorité parentale pour nommer, nommer l'inceste, afficher l'inceste, tenter de définir l'inceste »¹. Un viol commis par un ascendant ou une personne ayant autorité sur un mineur restait réprimé par l'article 222-24 4° que les faits ait été ou non incestueux.

77. « Inspiré des meilleures intentions »², le législateur fut censuré³ par le Conseil constitutionnel en raison de l'imprécision de la définition de la famille, faute d'avoir désigné expressément les personnes qui devaient être regardées comme membre de la famille. En effet, le texte mettait l'accent davantage sur la notion d'autorité que sur celle de famille, on pouvait regretter que le lien familial soit mis au second plan dans une incrimination réprimant pourtant l'inceste.

78. Notons que la sous-division « De l'inceste » demeure dans la section des agressions sexuelles, alors qu'elle a été vidée de son contenu⁴, ce qui n'est pas des plus cohérents pour un lecteur non averti du Code pénal. L'incrimination de l'inceste a donc été abrogée, est-ce à dire que l'inceste n'est plus réprimé ?

79. La réponse doit être négative, l'inceste étant couvert par les infractions de nature sexuelle. D'aucuns regrettent la dilution de l'inceste dans les infractions sexuelles de droit commun, qui ne permettent pas d'appréhender la spécificité de l'inceste, tout en reconnaissant quelques lignes plus loin que l'inceste est sous-entendu dans les termes d'ascendant. L'inceste apparaît en effet implicitement dans l'abus d'autorité de droit ou de fait qui est une circonstance aggravante du viol, des agressions sexuelles et de l'atteinte sexuelle sur mineur de 15 ans, mais aussi un élément constitutif des atteintes sexuelles sur un mineur de plus de 15 ans.

80. Il s'agissait donc uniquement de mettre « un mot sur les maux »⁵, la circulaire reconnaissant que la loi n'était que déclarative, mais est-ce bien le rôle du législateur de s'exprimer par « une succession de lois déclaratives et émotives »⁶ ? L'absence de normativité ne peut que porter atteinte à la majesté de la loi pénale, qui plus est lorsque la loi se révèle inutile. Il s'agissait ici d'une véritable différenciation des victimes « d'affichage », sans création d'incriminations. Le comportement d'un majeur ayant des relations sexuelles avec un mineur doit être réprimé et le

¹ C. Lazerges, *Op. Cit.*

² Ph. Bonfils, L'évolution de la protection pénale des mineurs victimes, *AJP* 2014. 10

³ Cons. Const., 16 sept. 2011 n°2011-163 QPC et 17 févr. 2012, n°2011-222 QPC

⁴ L'article 222-31-2 demeure, il prévoit le retrait de l'autorité parentale lorsque les faits sont commis sur un mineur par le titulaire de l'autorité parentale, les termes incestueux en ont été supprimé par la loi du 5 août 2013.

⁵ G. Delors, L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière, *RSC* 2010, p.599

⁶ C. Lazerges, *Op. Cit.*

Code pénal assure cette sanction, mais la prise en compte du contexte familial dans lequel est intervenue l'infraction semble relever davantage de la personnalisation de la peine, et incomberait alors plus au juge qu'au législateur. Le juge dispose alors des circonstances aggravantes pour moduler la répression à l'égard de l'auteur de l'infraction, ce qui nous semble être le plus opportun qu'une incrimination spécifique de l'inceste¹. Dès lors, on peut regretter l'absence de cumul possible des circonstances aggravantes de minorité et d'abus d'autorité, qui n'est pas possible pour le viol, et n'est désormais plus possible pour l'agression sexuelle² qui permettait pourtant d'adapter la répression à l'inceste.

81. Toutefois, plus qu'une différenciation des victimes mineures incestueuses, c'est plutôt une meilleure catégorisation des infractions sexuelles commises sur les mineurs de manière globale que le législateur devrait opérer. Il existe également des hypothèses où la différenciation est plus apparente que réelle.

B- La prostitution des mineurs, une différenciation apparente

Si l'appréhension pénale de la prostitution des mineurs *stricto sensu* diverge de celles des majeurs (1), en réalité cette différenciation est apparente et appelée peut-être à disparaître (2).

1- **La différenciation**

82. « La prostitution des mineurs est interdite sur tout le territoire de la République », la loi du 4 mars 2002 a posé un principe de prohibition de la prostitution des mineurs, alors même que le fait prostitutionnel n'est pas en soi réprimé, la prostitution n'étant pas une infraction. Cependant, elle semble le devenir lorsque celui qui s'y livre est mineur. Face à l'interdiction de principe de la prostitution des mineurs, on cherche en vain la sanction applicable, la prostitution des mineurs étant interdite sans être assortie d'une sanction. On en déduit donc une absence de répression, le législateur affichant une différenciation des mineurs à l'égard de la prostitution sans en tirer les conséquences légales. Dès lors, pourquoi poser une telle interdiction ? La loi du 4 mars 2002 y répond : « Tout mineur qui se livre à la prostitution, même occasionnellement, est réputé en danger et relève de la protection du juge des enfants au titre de la procédure d'assistance éducative ». Le mineur n'est pas vu comme l'auteur d'une infraction, mais plutôt comme une victime du phénomène prostitutionnel qui mérite une protection, la déclaration de principes permettant le déclenchement de mesures judiciaires médico-sociales.

83. C'est dans cette logique de victimisation de la personne prostituée que la loi du 4 mars 2002 instaure une innovation majeure. Cette loi a incriminé le recours à la prostitution d'une personne mineure, y compris entre 15 et 18 ans, créant une nouvelle section du Code pénal « Du

¹ Que la loi du 8 février 2010 n'ait pas créé, ayant simplement prévu une « surqualification ».

² *V. Infra*

recours à la prostitution d'un mineur» insérée dans le chapitre des atteintes à la dignité. Désormais, l'article 225-12-1 dispose que *le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération, des relations de nature sexuelle de la part d'un mineur qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, est puni de trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende*. L'incrimination du comportement du client de la personne prostituée mineure semble alors répondre de l'interdiction de la prostitution du mineur, la prostitution revêt en effet une nature duale impliquant le comportement de deux personnes. On ne saurait interdire l'un des comportements sans proscrire l'autre, au risque de tomber dans l'incohérence. Ainsi, la vente de stupéfiants est-elle réprimée à la fois au titre de la cession que de l'acquisition¹, et la corruption au titre de son aspect passif² et actif³, sont respectivement sanctionnés vendeur et acheteur, corrompu et corrupteur. La prostitution se présente sous la même forme sans que le législateur ne lui accorde le même traitement.

84. Si le législateur n'inflige pas de sanctions au mineur qui se livre à la prostitution, il opère néanmoins une différenciation relativement à la prostitution des personnes majeures. Nonobstant, cette différenciation semble non seulement circonscrite, mais également amenée à être remise en cause.

2- Les limites de la différenciation

85. S'il existe une différenciation quant au recours à la prostitution, elle ne saurait dissimuler l'absence de distinction quant aux incriminations qui entourent la prostitution. En effet, le Code pénal assure une protection à la personne prostituée contre les tiers favorisant ou exploitant la prostitution, que celle-ci soit majeure ou mineure. Le chapitre des atteintes à la dignité contient une section 2 intitulée « Du proxénétisme et des infractions qui en résultent », qui a vocation à s'appliquer autant dans le cas d'une personne prostituée mineure que majeure. Certes, la répression est aggravée dans le cas où le proxénétisme est commis à l'égard d'un mineur, mais les infractions concernent l'exploitation de la prostitution des majeurs.

86. Le législateur entend assurer la répression de ceux qui favorisent les débordements sexuels ou en profitent. Le proxénétisme est puni *stricto sensu*, et certaines infractions sont assimilées au proxénétisme. Toutes les infractions présentent comme éléments constitutifs de reposer sur la prostitution d'autrui, et d'être intentionnelles, l'élément moral résidant dans la connaissance de l'activité d'autrui. Au titre du proxénétisme sont alors réprimés les comportements de celui qui est en rapport direct avec la personne prostituée, le proxénète, par sa participation à la prostitution, par le fait de profiter de la prostitution d'autrui, par le fait de ne

¹ Art 222-36 du Code pénal : *Le transport, la détention, l'offre, la cession, l'acquisition ou l'emploi illicites de stupéfiants sont punis de dix ans d'emprisonnement et de 7 500 000 euros d'amende.*

² Art 432-11 du Code pénal

³ Art 433-1 du Code pénal

pouvoir justifier de ses ressources tout en étant en relations habituelles avec une personne prostituée, et par l'embauchage, l'entraînement et les pressions en vue de la prostitution. Sont ensuite assimilées au proxénétisme, les infractions d'aide au proxénétisme par entremise, facilitation à la justification de ressources fictives ou entrave à l'action de prévention ou de reclassement des personnes prostituées.

87. La minorité simple est alors une circonstance aggravante à toutes ces infractions, l'émancipation volontaire ou par le mariage ne faisant pas obstacle à ce que la circonstance aggravante soit retenue. Dans le cadre de la minorité, la répression est encore aggravée lorsque la victime est un mineur de 15 ans, l'infraction devenant criminelle et punie de 15 ans de réclusion criminelle et de 3 000 000 euros d'amende¹ depuis la loi du 18 mars 2003.

Il reste donc que la seule infraction spécifique au mineur est le recours à la prostitution des mineurs, cependant cette singularité est peut-être remise en cause.

88. Tout d'abord, nous pouvons nous interroger quant à la place de l'incrimination, celle-ci semblerait permettre de relativiser le caractère spécifique au mineur de l'infraction. Si l'incrimination du recours à la prostitution est l'apanage de la minorité, pourquoi ne pas l'avoir placée dans le chapitre VI justement consacré aux incriminations spécifiques au mineur ? En insérant la section « Du recours à la prostitution d'un mineur » dans les atteintes à la dignité, le législateur sous-entend que la valeur protégée n'est pas la minorité de la victime, mais sa dignité. Or la dignité est commune à tous les membres de l'espèce humaine, sans considération de leur âge. Si l'on se réfère aux autres infractions s'appliquant aux mineurs, mais extérieures au chapitre VI, les violences volontaires et les agressions sexuelles, des hypothèses spécifiques aux mineurs sont envisagées, mais les infractions dans leur forme classique s'appliquent aux majeurs. Bien que le chapitre des atteintes à la dignité présente une certaine hétérogénéité, le but est de protéger la dignité partagée par l'ensemble du genre humain. Les infractions contenues devraient donc s'appliquer à tous les membres de l'espèce humaine. Ici, l'idée serait donc que le recours à la prostitution est une atteinte à la dignité, uniquement lorsque la personne est mineure, mais elle ne l'est plus lorsque la personne est majeure. Cette dichotomie nous paraît peu conforme à la notion de dignité. Le comportement de prostitution serait une atteinte à la dignité du genre humain à certaines périodes de la vie, mais pas à d'autres, alors que la dignité est une valeur indisponible. La dignité étant attachée à chaque membre de l'espèce humaine, tous les êtres humains participent de la dignité, elle ne saurait varier selon l'âge de la personne.

89. Deux interprétations sont alors possibles, soit la place de l'incrimination ne résulte pas d'une réflexion rationnelle du législateur, soit le législateur sous-entend que le recours à la prostitution de toute personne est une atteinte à la dignité, sans oser le dire. Si nous n'osons

¹ Art 225-7-1 du Code pénal

guère opter pour la première solution, la seconde semble être confirmée par l'attitude du législateur. Un an plus tard, le législateur a étendu l'incrimination à la personne vulnérable¹, sans interdire dans le même temps la prostitution des personnes vulnérables. Ainsi, les personnes vulnérables demeurent libres de se prostituer, leur consentement étant présumé d'une part, mais on incrimine le client de ces personnes, présumant d'autre part que leur consentement n'est pas libre. Cette incohérence tend à être étendue par le législateur.

90. En effet, si l'on ne retrouve pas l'incrimination de recours à la prostitution d'une personne majeure, ce temps est peut-être bientôt révolu, l'Assemblée nationale ayant adopté en première lecture le 5 décembre 2013 une proposition de loi tendant à pénaliser le recours à la prostitution. Tout en laissant libre le fait de se livrer à la prostitution, le législateur entend réprimer le recours à la prostitution sauf à démontrer que la personne prostituée était totalement libre. Le législateur obère alors la liberté sexuelle du majeur par un changement complet de paradigme, ce n'est plus la faiblesse de la personne qui appelle une protection, mais le seul fait qu'elle se livre à la prostitution. Il ne s'agit pas ici de revenir sur l'opportunité ou non de cette incrimination, mais quoi qu'il en soit elle mettrait un terme à la différenciation entre le comportement du mineur et du majeur en matière de prostitution, différenciation déjà restreinte. Une telle incrimination générale du recours diluerait la spécificité de la prostitution des mineurs, ce qui s'inscrirait d'une manière générale dans la difficile différenciation des mineurs en matière d'infractions sexuelles.

Le mineur est une personne à part méritant une protection de la part du législateur que celui-ci lui accorde, mais il va plus loin en différenciant ensuite les mineurs entre eux.

¹ Loi n°2003-339 du 18 mars 2003

Section 2 : La différenciation parmi les mineurs

Si l'âge de 16 ans n'apparaît pas dans le Code pénal, il est néanmoins une circonstance aggravante du travail dissimulé dans le Code du travail¹. Cependant, le seuil d'âge au sein de la minorité le plus répandu est celui de 15 ans que l'on retrouve à l'égard de nombreuses infractions, caractérisant l'exigence d'une minorité renforcée. Si on observe une exigence récurrente de la minorité renforcée (I), la seule minorité est parfois évoquée (II).

I- L'exigence rare de la seule minorité

91. Le législateur a érigé différents seuils d'âge pour les mineurs victimes, on retrouve la seule minorité pour le proxénétisme, la traite des êtres humains, l'exploitation de la mendicité et les conditions de travail et d'hébergement contraire à la dignité humaine.

A- Le proxénétisme

92. Le législateur fixe une majorité sexuelle à 15 ans, donc toute personne au-dessus de cet âge serait libre d'adopter le comportement sexuel qu'il entend. Ce n'est pourtant pas la position du législateur qui interdit, nous l'avons vue sans conséquence répressive, la prostitution de tous les mineurs. Il assimile cependant à une atteinte sexuelle le fait de recourir à une personne prostituée mineure, l'article 225-12-1 ne visant pas les mineurs de 15 ans, mais ceux de 18 ans.

D'une part, le consentement du mineur de plus de 15 ans est libre et éclairé, de l'autre il ne saurait être pris en compte. On reconnaît la liberté sexuelle à partir de 15 ans, mais celle-ci reste encadrée entre 15 et 18 ans. Ainsi, si le proxénétisme est normalement puni de 7 ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende, l'article 225-7 le punit de 10 ans d'emprisonnement et de 1 500 000 euros d'amende lorsqu'il est commis envers un mineur.

B- L'exploitation de la mendicité

93. La loi du 18 mars 2003 a introduit dans le Code pénal aux articles 225-12-5 à 225-12-7 l'incrimination d'exploitation de la mendicité. Cette incrimination est largement inspirée de celle de proxénétisme dans sa construction, la mendicité n'étant pas spécifiquement incriminée. Toutefois, une certaine forme de l'infraction ne trouve pas d'échos dans celle de proxénétisme, il s'agit de l'organisation de la mendicité pour en tirer profit. Sont ensuite réprimés les faits de tirer profit de la mendicité d'autrui, d'en partager les bénéfices, ou de recevoir les subsides d'une personne se livrant habituellement à la mendicité. Enfin, est incriminé le fait d'embaucher, d'entraîner, ou de détourner une personne afin qu'elle se livre à la mendicité, ou d'exercer sur elle

¹ Art L8224-2 du Code du travail

des pressions pour qu'elle le fasse. L'exploitation de la mendicité est alors punie de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Commise à l'encontre d'un mineur, la répression s'élève à 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

C- La traite des êtres humains

94. La loi du 18 mars 2003 a créé une nouvelle section entre les discriminations et le proxénétisme, la Section 1 bis « de la traite des êtres humains » insérant les articles 225-4-1 et suivants. La matérialité est relativement complexe, l'infraction pouvant prendre diverses formes. L'auteur doit tout d'abord avoir agi dans un but de lucre, et qu'il ait recruté, transporté ou transféré, hébergé ou accueilli une personne. Deux formes sont ensuite possible, soit l'agent a appréhendé la victime pour la fournir à un tiers pour qu'elle commette un délit, soit l'agent a fourni la victime afin que celui à qui elle est livrée commette avec elle ou sur elle des faits de proxénétisme, agressions ou atteintes sexuelles, exploitation de la mendicité ou soumission à des conditions de travail ou de d'hébergement contraire à la dignité. Si l'infraction dans sa forme simple est punie de 7 ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende, dans sa forme aggravée par la minorité de la victime, elle est sanctionnée d'une peine de 10 ans d'emprisonnement et 1 500 000 euros d'amende.

D- Les conditions de travail et d'hébergement contraire à la dignité humaine

95. Sont punis 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 en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli, et le fait de soumettre ces personnes à des conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine. L'infraction est centrée sur la personne vulnérable, seule susceptible d'être victime de l'infraction. Cependant, en vertu de l'article 225- 15 du Code pénal, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 200 000 euros d'amende lorsque ces infractions sont commises à l'égard d'un mineur, et à dix ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende lorsqu'elles sont commises à l'égard de plusieurs personnes parmi lesquelles figurent un ou plusieurs mineurs.

La minorité dans son ensemble est alors protégée par ces infractions, néanmoins le plus souvent la protection est circonscrite aux mineurs de moins de 15 ans.

II- L'exigence récurrente d'une minorité renforcée

Au contraire des infractions précédentes, le plus souvent le législateur a recours à une minorité renforcée plutôt qu'à la simple minorité. Il a alors choisi le seuil de 15 ans, que l'on retrouve le plus souvent. Si la minorité renforcée aggrave la répression des infractions chaque fois qu'elles sont commises avec violence (A), elle est une condition préalable d'une infraction justement commise sans violence (B).

A- Les infractions violentes

96. Pléthore d'infractions sont aggravées par la minorité renforcée. C'est le cas des infractions portant une atteinte à l'intégrité physique, mais également des agressions sexuelles. Dès lors, un dénominateur commun à ces infractions apparaît, c'est l'agressivité de l'auteur, dans les infractions violentes par essence, et dans les agressions sexuelles au travers des quatre procédés que sont la violence, la contrainte, la surprise et la menace. En effet, ces procédés sont requis tant dans l'agression sexuelle que dans le viol. Ainsi, cette agressivité est d'autant plus importante, et donc d'autant plus blâmable lorsqu'elle est couplée à la faiblesse de la victime mineure la rendant incapable de résister à l'infraction. C'est peut-être ce qui explique que les autres « autres agressions sexuelles »¹, c'est-à-dire le harcèlement sexuel² et l'exhibition sexuelle³, ne soient pas aggravées par la minorité, car dans leur cas n'est pas requis l'un des quatre procédés attentant à la liberté de consentement de la victime.

D'autres infractions non violentes sont aggravées par la minorité de 15 ans. En effet, dès lors que la minorité simple est d'ores et déjà une condition préalable de l'infraction, on ne saurait retenir un même fait au titre des conditions préalables et de l'aggravation, seule la minorité de 15 ans aggrave alors la répression dans ce cas. C'est le cas des infractions en lien avec la consommation de stupéfiants et d'alcool, mais également de provocation à la commission d'une infraction.

97. Une autre infraction non violente va ériger la minorité renforcée non pas en circonstance aggravante, mais en condition préalable : l'atteinte sexuelle.

B- Les atteintes sexuelles

98. Les atteintes sexuelles, qui ne sont pas définies, ne sont réprimées que lorsqu'elles sont commises sur des mineurs de 15 ans selon l'article 227-25 du Code pénal. En effet, les atteintes sexuelles sur les mineurs de 15 à 18 ans ne sont réprimées que lorsqu'elles sont commises par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou toute personne ayant autorité sur la victime ou encore

¹ On entend ici les infractions placées dans la section 3 « Des agressions sexuelles » qui ne sont ni le viol, ni une agression sexuelle au sens de l'article 222-27 du Code pénal.

² Art 222-33 du Code pénal

³ Art 222-32 du Code pénal

par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions¹. Dans ce cas, le consentement est présumé ne pas être libre, mais la peine est moins forte par rapport à celle qui sanctionne les mêmes faits commis sur un mineur de 15 ans². Son consentement serait donc tout de même plus éclairé que celui du mineur de 15 ans, une appréciation graduelle du consentement pouvant néanmoins faire l'objet de débat³. Il faut remarquer que l'atteinte sexuelle sur un mineur de 15 ans n'est condamnable que lorsqu'elle est commise par un majeur, ainsi les relations sexuelles entre mineurs ne sont pas couvertes par l'incrimination.

99. On peut remarquer avec certains auteurs⁴ que cet âge de 15 ans, posant une majorité sexuelle, avait été choisi en cohérence avec l'article 144 du Code civil autorisant le mariage des filles à partir de 15 ans. Désormais, l'âge du mariage est à dix-huit ans pour les garçons et les filles, le seuil en matière d'infraction sexuelle perd donc de sa pertinence, d'autant plus que l'appréhension de l'âge en la matière n'est pas toujours le même.

Pour dresser un rapide bilan, limité aux infractions de nature sexuelle :

- La minorité de 15 ans aggrave le viol, les agressions sexuelles, les atteintes sexuelles, et le recours à la prostitution des mineurs
- La minorité de 15 ans est une condition préalable des atteintes sexuelles sur mineur
- La minorité entre 15 et 18 ans est une condition préalable des atteintes sexuelles
- La minorité de 18 ans est une condition préalable du recours à la prostitution des mineurs

Il en ressort que l'appréhension de l'âge du mineur n'est pas uniforme, on peine alors à en identifier la cohérence. D'une part, si l'âge de 15 ans paraît être celui de la majorité sexuelle, il est également utilisé dans des infractions ne relevant pas de la sphère sexuelle, et d'autre part des infractions sexuelles font référence à l'âge de 18 ans. Cette hésitation de la part du législateur entre un seuil à 15 ou 18 ans peut conduire à l'incompréhension et à un certain sentiment d'injustice des victimes. Toutefois, la répression, ou l'aggravation des infractions contre les mineurs est déclenchée de manière automatique par l'âge de la victime ce que permet l'utilisation de seuils, cependant dès que la victime est majeure, on ne retrouve pas de seuils d'âges dans la lettre de la loi. Le législateur invite alors le juge à apprécier l'âge de la victime.

¹ Art 227-27 du Code pénal

² Art 227-25 du Code pénal

³ Il nous semble que le consentement est libre ou ne l'est pas, nous percevons difficilement une situation intermédiaire.

⁴ C. Lazerges, *Op. Cit.*

Chapitre 2 : Une individualisation qualifiée par l'âge

La prise en compte de l'âge de la victime par le législateur traduit une préoccupation humaniste de celui-ci. La focale est placée sur la victime en tant que personne, le droit pénal tend à la prendre en compte dans son particularisme. L'évolution de l'individu est éminemment relative, chacun présentant un rythme de croissance, et de décroissance, propre. L'acquisition de la maturité, tout comme la dégénérescence, est plus ou moins rapide selon chaque personne. Dans cette perspective, la mesure quantitative de l'âge s'accommode difficilement de la spécificité de la nature humaine, un seuil d'âge ayant le désavantage d'instaurer une scission stricte, privant le juge de son pouvoir d'individualisation. Il est alors apparu plus opportun de se référer à des périodes de la vie caractéristiques, et donc communes à tous, mais aux frontières imprécises, laissant ainsi la place à la spécificité de chacun. Il ne s'agit plus de construire un statut de protection autour d'un âge déterminé, mais de percevoir l'âge comme l'indice d'une protection nécessaire. L'âge n'est plus quantifié, mais il révèle l'appartenance d'un individu à un stade de la vie (enfance, adolescence, vieillesse...), la victime est donc *qualifiée* par son âge. Via cette référence à l'âge, le juge est libre d'apprécier si la victime mérite une protection particulière, l'âge est alors un simple indice révélant ponctuellement une vulnérabilité (Section 1), ou de manière plus fluctuante une discrimination prohibée (Section 2).

Section 1 : L'âge, indice ponctuel de vulnérabilité

100. En 1994, le Code pénal marquait un tournant en ce qu'il est désormais inspiré « par les droits de l'homme »¹. Il tend à protéger davantage les personnes et en particulier les plus faibles, ceux qui sont dans l'impossibilité de se défendre et qui sont des « proies » d'autant plus attractives pour les auteurs d'infractions. Ainsi, le Code pénal est-il recentré sur la victime, et plus particulièrement la victime vulnérable.

La vulnérabilité peut être un synonyme de fragilité. Celui qui est vulnérable est celui qui « est exposé à recevoir des coups, des blessures, qui est exposé aux atteintes d'une maladie, qui peut servir de cible facile aux ennemis »². Dès 1980, la notion de *personne vulnérable* apparaissait dans le Code pénal comme circonstance aggravante du viol, de l'attentat à la pudeur, et des violences volontaires. La personne vulnérable était alors considérée comme « hors d'état de se protéger » en raison d'un état physique ou mental principalement, et d'un état de grossesse pour le viol. En 1994, le Code pénal harmonise les dispositions pour désormais parler de *particulière vulnérabilité*,

¹ R. Badinter, exposé des motifs *In* « Au nom de l'ordre, une histoire politique du Code pénal », P. Lacombe, P. Poncella, P. Lenoel, Paris. Hachette, 1989, p. 292

² Dictionnaire Larousse

l'expression étant employée dans de nombreux articles comme circonstance aggravante ou condition préalable. Le législateur a désormais quasi systématiquement recours à la circonstance aggravante de vulnérabilité qui semble devenue incontournable. Ainsi, la vulnérabilité de la victime aggrave les infractions commises sur ou à l'égard de la personne dont la particulière vulnérabilité est connue ou apparente de l'auteur, au préjudice de celle-ci ou facilitée par sa particulière vulnérabilité. La particulière vulnérabilité est au contraire une condition préalable de l'abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse, mais également du recours à la prostitution d'une personne vulnérable. Il y en fin deux infractions où la vulnérabilité apparaît sans le qualificatif de *particulière*, ce sont les infractions de conditions de travail et d'hébergement contraire à la dignité de la personne.

101. La vulnérabilité est une notion contingente, elle dépend en effet de chaque personne et des circonstances. Chaque individu n'a pas les mêmes capacités pour résister à une agression, qu'elles soient physiques ou mentales. Tout individu peut être blessé ou manipulé, et être victime d'une infraction, mais certaines personnes se révèlent être des proies plus faciles pour les auteurs d'infraction. Cette prise en compte de la vulnérabilité, en théorie, traduit moins un souci de protection de la victime, qu'un souci de répression accentuée de celui qui s'en prend aux plus faibles, car les « atteintes à la personne humaine sont particulièrement graves, voire odieuses quand elles visent [...] des personnes particulièrement vulnérables »¹. Néanmoins, elle aboutit à une protection des personnes dont la faiblesse les expose à des atteintes inacceptables, la prise en compte de la vulnérabilité traduit la création d'une « valeur sociale privilégiée »².

102. La vulnérabilité se manifeste par une situation particulière dans laquelle est placée une personne en raison d'une faiblesse l'exposant aux agressions d'autrui. En raison de sa faiblesse, cette personne est davantage susceptible d'être victime d'infraction, mais cette faiblesse peut trouver sa source dans des origines diverses. Les causes de la vulnérabilité sont intrinsèques à la personne elle-même, c'est-à-dire qu'elles résultent de l'état physiologique de la personne, elles sont physiques ou psychologiques³. Avant la réforme du Code pénal, seules la maladie, l'infirmité ou la déficience physique ou psychique étaient évoquées, ce n'est qu'en 1994 qu'est ajoutée une nouvelle cause de vulnérabilité : l'âge de la victime.

103. En l'absence de précision sur cet âge, la question se pose de savoir quel âge est susceptible de placer la victime dans un état de particulière vulnérabilité. « Il ne peut s'agir que

¹ Commission de révision du Code pénal, Projet de nouveau Code pénal, présentation par Robert Badinter, Paris, Dalloz, 1988, p. 39

² 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

³ Il a été ajouté au sein de l'article 223-15-2 l'état de sujétion psychologique ou physique qui est plutôt une cause extrinsèque, mais n'étant pas lié à l'âge de la victime, nous ne développerons pas ce point. De plus, on ne le trouve que dans cette infraction, l'objet est ici d'étudier la vulnérabilité de manière générique.

d'un âge avancé, les mineurs étant expressément visés par ailleurs » relève Pascale Renaud-Durand¹, mais une étude des différentes références à la vulnérabilité semble permettre de nuancer cette proposition. La notion de vulnérabilité est plus large que celle de l'âge, l'âge n'étant qu'une des causes de la vulnérabilité de la victime. Il n'est alors qu'un indice révélant cette particulière vulnérabilité, lequel est ponctuel, car si le jeune âge n'implique pas systématiquement la vulnérabilité (I), le grand âge est quant à lui insuffisant à l'établir (II).

I- Le jeune âge et la vulnérabilité

104. Dans le Code pénal, lorsqu'est visée la particulière vulnérabilité, le mineur est souvent spécialement visé au préalable. Ainsi, l'article 223-15-2 vise « *l'état d'ignorance ou (...) la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne [d'une] particulière vulnérabilité, due à son âge* ». L'emploi du terme *soit* démontre que minorité et vulnérabilité sont alternatives sous la plume du législateur, l'interprétation pouvant être exportée hors de cet article. Si la vulnérabilité semble ne jamais pouvoir reposer sur le jeune âge (A), une analyse des termes employés par le législateur permet de recourir ponctuellement à la notion de vulnérabilité afin de l'appréhender (B).

A- Le jeune âge exclusif de vulnérabilité

105. À la lecture de l'énumération faite par le législateur des causes de vulnérabilité, il apparaît que l'âge est une cause de vulnérabilité. De prime abord, il semble que le grand âge et le jeune âge soient tous deux susceptibles de placer la victime dans une situation de faiblesse. En effet, tout au long de sa vie, une personne n'a pas les mêmes facultés de résister aux agressions. Si au début de sa vie, les capacités de discernement de l'enfant ne sont pas encore développées, elles tendent à disparaître à la fin de la vie. Plus que l'âge, c'est donc certains âges, certaines périodes de la vie qui sont visées. Dès lors, il apparaît inutile d'avoir visé expressément le mineur, sa faiblesse pouvant être prise en compte par la notion de vulnérabilité.

106. Or, le législateur fait bien une référence expresse au mineur, nettement distincte de celle faite à l'âge. En effet, les textes visent la faiblesse du mineur d'une part, et la particulière vulnérabilité due à l'âge d'autre part. Il sera vu que cette distinction formelle répond d'une différence de régime, l'âge étant à lui seul insuffisant pour caractériser la particulière vulnérabilité². Au contraire, le seul âge du mineur le place dans une situation de faiblesse, sans qu'il soit besoin de l'étayer par d'autres éléments. Le mineur est placé dans « un état naturel de vulnérabilité »³, on parle alors de présomption de faiblesse pour le mineur, laquelle sera

¹ La prise en compte de la vulnérabilité dans le Nouveau Code pénal In *Réflexions sur le nouveau Code pénal* Paris, Ed. Pédone, 1995, p125

² *V. Infra*

³ Yves Mayaud, Droit pénal général, p 556

irréfragable. Ainsi, alors qu'il faudra prouver que le majeur était dans une situation de faiblesse ou d'ignorance, cet état sera présumé pour le mineur de par son âge.

107. Cette différence entre le traitement du majeur et du mineur peut s'expliquer par la situation spécifique du mineur. La particulière protection du mineur dans le Code pénal trouve certes son origine dans sa fragilité, mais la notion même de minorité est juridiquement suffisante à fonder sa protection. Le droit pénal protégeait le mineur avant que soit élaborée la notion de vulnérabilité, il le protège évidemment encore, et ce par un droit spécifique au mineur victime. La notion de vulnérabilité est alors inutile face à une référence à la minorité, laquelle fonde une protection plus élaborée dans un droit pénal spécifique au mineur, et plus précisément au mineur-victime¹.

108. La faiblesse du mineur est donc, dans ces cas, indépendante d'une quelconque situation de vulnérabilité. Le mineur étant protégé indépendamment de sa vulnérabilité, jeune âge et vulnérabilité ne peuvent se superposer. Dès lors que la minorité est établie, il est inutile de faire référence à la vulnérabilité. La Cour de Cassation a eu l'occasion de l'énoncer dans un arrêt du 4 février 1998², alors que la Cour d'appel avait retenu comme circonstances aggravantes à la fois la minorité et la particulière vulnérabilité de la victime. Elle rappela alors qu'un même fait ne peut être retenu pour établir deux circonstances aggravantes, et cassa l'arrêt. Minorité et vulnérabilité sont donc bien alternatives l'une de l'autre, qu'elles soient prévues comme circonstance aggravante ou condition préalable de l'infraction.

On peut en déduire que la vulnérabilité ne trouve à s'appliquer qu'en dehors du jeune âge, lorsque la minorité est visée par le code. Cependant, le cas où la seule minorité est visée est rare, on retrouve cette rédaction à propos de l'abus frauduleux de faiblesse, la traite des êtres humains, le proxénétisme, l'exploitation de la mendicité et la vente à la sauvette, dans la majorité des références faites à la vulnérabilité, le jeune âge pourra être pris en compte.

B- Le jeune âge cause de vulnérabilité

109. Minorité et vulnérabilité sont le plus souvent alternatives, cependant il est des cas où le recours à la vulnérabilité sera possible y compris pour le jeune âge. La vulnérabilité est rarement alternative à la seule minorité, le plus souvent elle se trouve énoncée après une référence à la minorité de 15 ans, et dans certains cas le législateur ne parle que de vulnérabilité en raison de l'âge, voire que de vulnérabilité.

¹ *V. Infra*

² Crim., 4 février 1998 Bull. crim., n°44

1- Vulnérabilité et minorité de 15 ans

110. Tout d'abord, dans les travaux préparatoires du Code pénal, il est énoncé que la nouvelle cause de vulnérabilité « vise nécessairement un âge supérieur à 15 ans »¹. En effet, en deçà la circonstance aggravante de minorité de 15 ans s'applique, laquelle se trouve quasi systématiquement visée au côté de la vulnérabilité. Il en va ainsi du viol, des tortures et actes de barbaries, ou encore des différentes infractions de violences.

Il est dans ces différents cas prévus que les peines seront aggravées lorsque les faits sont commis : *sur un mineur de 15 ans [ou] sur une personne, dont la particulière vulnérabilité due à son âge est apparente ou connue de son auteur.*

Par la vulnérabilité due à l'âge, le législateur visait donc le majeur, mais également le mineur entre 15 et 18 ans. Dans ce cas, l'âge du mineur entre 15 et 18 ans ne fondera pas une présomption de vulnérabilité, mais suivra le régime de la particulière vulnérabilité, il pourra être à l'origine d'une aggravation de la répression, à condition d'être confortée par d'autres éléments.

2- La vulnérabilité due à l'âge

111. Ensuite, il se trouve une catégorie d'infractions où le législateur vise uniquement comme circonstance aggravante la particulière vulnérabilité de la personne, sans évoquer la minorité. D'une part, cette omission peut s'expliquer par le fait que la protection du mineur est spécifiquement envisagée à un autre endroit du code. Ainsi, si les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal prévoient uniquement la vulnérabilité de la victime comme conditions préalables des conditions de travail et d'hébergement contraire à la dignité de la personne, c'est parce que l'article L4153-1² du Code du travail prévoit l'interdiction de principe du travail des mineurs de 16 ans. La minorité n'intervient dans ce cas que comme circonstance aggravante, et non au titre de la matérialité. De même, l'article 223-3 du Code pénal prévoit comme circonstance aggravante du délaissement d'une personne hors d'état de se protéger, la seule vulnérabilité, car est expressément réprimé le délaissement d'un mineur à l'article 227-1 du Code pénal.

D'autre part, cette seule référence à la vulnérabilité peut renvoyer à la volonté du législateur de ne pas protéger spécifiquement la personne du mineur. Ainsi, les infractions contre les biens facilitées par la vulnérabilité de la personne, ou commises au préjudice de la personne vulnérable ne sont aggravées que par la particulière vulnérabilité, sans référence à la minorité. En effet, la *ratio legis* ici n'est pas la protection de la personne, mais la protection des biens, il n'y avait donc pas lieu à une prise en compte spécifique du mineur.

¹ P. 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, p125

² Il est interdit d'employer des travailleurs de moins de seize ans.

La vulnérabilité recouvre alors le jeune âge, à la fois en dessous de 15 ans, mais aussi entre 15 et 18 ans, voire au-delà en principe. En effet, même au dessus de 18 ans, l'âge peut encore être qualifié de « jeune âge », ce qui peut être démontré à l'aide de l'infraction de bizutage.

112. L'article 225-16-2 du Code pénal prévoit qu'est aggravée la répression du bizutage par la vulnérabilité en raison de l'âge, sans autre indication. En effet, la loi du 17 juin 1998¹ a inséré le délit de bizutage dans le Code pénal. Or, non seulement il paraît peu probable que l'infraction de bizutage s'applique aux personnes relevant du troisième âge, mais il est également difficile de concevoir de telles pratiques entre des enfants, particulièrement en dessous de 15 ans. En effet, l'infraction vise implicitement les pratiques observées dans les établissements de l'enseignement supérieur, « les victimes éventuelles des bizutages sont, la plupart du temps, des majeurs »². Ainsi, l'âge ici visé pourra induire une particulière vulnérabilité y compris pour une victime majeure, à condition de prouver qu'elle était placée dans une situation de faiblesse par rapport à l'auteur de l'infraction.

Dès lors qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où le législateur ne distingue pas, pour une même rédaction il faut en déduire une même application, si les jeunes majeurs peuvent être visés par la vulnérabilité en raison de l'âge pour le bizutage, il semblerait qu'ils peuvent l'être pour les infractions contre les biens.

113. Le jeune âge permet donc de retenir la qualification de vulnérabilité en droit pénal, nonobstant on peut observer dans les applications de la jurisprudence que le plus souvent, la vulnérabilité en raison de l'âge trouve à s'appliquer à la catégorie des seniors, donc plutôt au « grand âge ».

II- Le grand âge et la vulnérabilité

La victime mineure présente par essence une faiblesse l'exposant particulièrement aux agressions d'autrui, il n'est donc pas nécessaire dans la plupart des cas de rapporter la preuve de sa *particulière vulnérabilité*. Au contraire, dès lors que la victime est majeure, elle est présumée être douée de toutes ses facultés, et ne pas être placée en situation de vulnérabilité. Cependant, en introduisant le critère de l'âge dans l'énumération faite des causes de vulnérabilité, s'il inclut ponctuellement le jeune âge, le législateur visait plutôt l'âge avancé. Il existe toutefois une hypothèse où la vulnérabilité est invoquée, qui plus est comme condition préalable, sans que soit visé l'âge de la victime, il s'agit de l'incrimination de recours à la prostitution d'une personne

¹ Loi n°98-468 du 17 juin 1998

² Lors des débats devant l'Assemblée Nationale, M. Renaud Dutreil relevait que « 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 séances du 20 janvier 1998, p443

vulnérable¹. L'âge, autre que la minorité, n'est donc plus une cause de vulnérabilité dans l'incrimination de recours à la prostitution, ce qui peut se comprendre en pratique pour les personnes âgées, mais on peut peut-être le regretter pour les jeunes majeurs. Néanmoins, dans la majorité des hypothèses, l'âge est mentionné, mais lorsqu'il est confronté à la notion contingente de vulnérabilité (A), il se révèle être à lui seul insuffisant pour fonder la vulnérabilité (B).

A- La difficulté

114. En insérant le critère de l'âge, le législateur reconnaît donc que la « vieillesse » est susceptible de placer l'individu dans une situation de vulnérabilité. Cependant, le rapprochement de « vieux » et vulnérable ne se justifie pas systématiquement, ainsi Pascale Renaud-Durand espérait en 1994 que « les tribunaux pourront apprécier, dans chaque cas d'espèce, si l'âge de la victime est une cause de vulnérabilité, celle-ci variant à l'évidence pour un âge donné, d'un individu à un autre »². En effet, en l'espèce c'est moins la relativité de la notion d'âge que de celle de vulnérabilité qui est en cause. Il convient donc de revenir sur la caractérisation de la vulnérabilité (1), puis de l'appliquer à l'âge.

1- La caractérisation de la vulnérabilité

115. Pour être retenue, la vulnérabilité doit découler d'une faiblesse suffisamment importante. En effet, la vulnérabilité trouve son origine dans une faiblesse, ayant pour conséquence de placer la victime dans une certaine situation l'exposant à des agressions. Le législateur traduit ce processus en évoquant une vulnérabilité *due* à l'âge, l'âge est alors l'origine de la faiblesse, tout en évoquant *une particulière vulnérabilité* traduisant un degré suffisamment important de la faiblesse pour appeler une protection du droit pénal. L'adjectif *particulier* renvoie alors à une exigence d'évaluation de la faiblesse qui s'impose au juge. Le contrôle auquel le juge devra se livrer peut s'expliquer à travers la polysémie du terme *particulier*.

116. Tout d'abord, le terme particulier renvoie à ce qui est propre, qui appartient à un individu, le singularise par rapport aux autres. Ainsi, la vulnérabilité doit donc être propre à la personne, le juge doit donc opérer un contrôle *in concreto* pour apprécier la vulnérabilité de la personne en cause. 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

¹ En effet, l'article 225-12-1 réprime le recours à la prostitution lorsque la personne prostituée 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*.

² La prise en compte de la vulnérabilité dans le Nouveau Code pénal In *Réflexions sur le nouveau Code pénal Paris*, Ed. Pédone, 1995, p125

in concreto »¹. Par sa proximité avec les faits, la notion de vulnérabilité appelle à une appréciation par le juge de la réalité dans laquelle se trouvait placée la victime au moment de l'infraction, pour établir son éventuelle vulnérabilité.

117. Ensuite, le terme particulier signifie d'une importance significative, c'est-à-dire que la faiblesse est assez importante pour être prise en compte par le juge. En ce sens, l'adjectif est restrictif, toute faiblesse ne saurait être prise en compte, elle doit être d'un degré suffisamment important pour être opérante. Cette interprétation restrictive trouve son origine dans l'institution défavorable à la personne poursuivie que sont les circonstances aggravantes, elle est exigée pour toutes les circonstances aggravantes². Cette exigence quantitative quant à la faiblesse s'exprimait davantage dans le Code pénal avant la réforme de 1994, qui évoquait « une personne particulièrement vulnérable », l'adverbe insistant mieux sur l'importance de la vulnérabilité que l'adjectif *particulière*. La Cour de cassation rappelle d'ailleurs que la « juridiction pénale doit rechercher, à titre préliminaire, si à la date des faits [...] [la victime] était une personne non pas vulnérable, mais particulièrement vulnérable »³.

118. Finalement, la seule précision de la cause de la vulnérabilité, en ce qui nous concerne l'âge, ne sera pas suffisante, dès lors que le juge n'établira pas dans quelle mesure cet âge a placé la victime dans une situation l'exposant particulièrement à la malveillance d'autrui. La vulnérabilité n'est qualifiée que dans la mesure où elle trouve son origine dans un élément de fait établissant une faiblesse significative. La censure de la Cour de cassation est donc encourue dès lors que les juges évoquent l'âge de la victime de manière absolue sans préciser en quoi l'âge de la victime la plaçait dans une situation de particulière vulnérabilité, ainsi de la Cour d'appel qui retient la vulnérabilité de la victime uniquement en raison de ses 64 ans⁴. La Cour de cassation lui reproche de ne pas avoir établi que cet âge avait amoindri ses capacités. Si dans ce cas d'espèce, l'âge relativement peu avancé de la victime pouvait expliquer la solution, la Cour de cassation la réitère à propos de victime plus âgée. Ainsi, elle a pu décider que la seule circonstance que la victime d'un viol soit âgée de 70 ans au moment des faits ne suffisait pas à caractériser sa particulière vulnérabilité⁵.

119. La solution a été récemment réitérée puisque la Cour de cassation a approuvé la motivation d'une chambre d'instruction relevant « que si, effectivement [la victime] était affaibli par l'âge et par sa maladie, sa " faiblesse " ne revêtait pas le caractère " majoré " exigé par la loi »⁶. En effet, il est de jurisprudence constante que la particulière vulnérabilité ne peut être tirée du

¹ 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

² M.-L. RASSAT *Droit pénal général*, Coll. Droit fondamental, Droit pénal, P.U.F., 2e éd., 1999, p. 583

³ Crim, 1^{er} avril 2014, n°13-83163

⁴ Crim, 23 juin 1999, n° 98-84.158

⁵ Crim, 8 juin 2010 n°10-82.039

⁶ Crim, 1^{er} avril 2014, n°13-83.163

seul âge de la victime¹. L'âge, quand bien même avancé de la victime, ne suffit pas à établir sa vulnérabilité. Se contenter de la seule précision de l'âge reviendrait à considérer que l'âge de la victime est en lui-même une circonstance aggravante, renvoyant alors au cas de figure des mineurs. Or, dans le cas de l'âge avancé c'est bien plus *la particulière vulnérabilité* qui découle du grand âge, que l'âge lui-même qui est en cause. Ainsi, Michel Véron parlait-il plutôt de « vulnérabilité due aux conséquences personnelles de l'âge sur l'état physique ou psychique de chaque victime »².

2- L'exclusion d'un seuil d'âge

120. Si « la date de naissance ne peut suffire à elle seule à caractériser la vulnérabilité »³, le juge ne peut alors recourir à un seuil d'âge pour l'âge avancé. En effet, le juge pourrait rechercher un seuil au-dessus duquel une personne serait présumée vulnérable, la technique étant employée pour les mineurs. La Cour de cassation estime en effet « que la loi, n'ayant pas déterminé l'âge d'où résulte la particulière vulnérabilité [elle] en a confié l'appréciation aux juges du fond »⁴. Ceux-ci pourraient alors créer une présomption pour les victimes présentant un âge avancé, solution souhaitée par certains, notamment « pour les victimes qui appartiennent à ce qu'on nomme parfois le quatrième âge ». Or, la vulnérabilité se caractérise par sa relativité, sa spécificité à chaque individu, et c'est le contrôle du juge qui assure l'effectivité de la notion. Le juge a en effet pour rôle de révéler la situation particulière de la personne qui en raison de sa faiblesse est moins apte à se défendre qu'une autre. Instaurer un seuil d'âge en matière de vulnérabilité transformerait la notion concrète de vulnérabilité en une notion artificielle dénuée de sa proximité avec les faits.

L'âge en lui-même n'implique donc pas la vulnérabilité de la personne, mais s'avère être plutôt un indice, plus ou moins fort, de la vulnérabilité de la victime. Le juge devra dès lors confirmer cette suspicion par d'autres éléments afin de faire face à l'insuffisance du seul critère de l'âge.

¹ Crim., 12 janvier 2000, Bull. crim., n°15

² M. Véron, *La vulnérabilité due à l'âge*, Dr. Pén. 2001 comm. n°70

³ *Ibid.*

⁴ Crim., 4 mars 1998, n° 97-82.624

B- L'insuffisance du seul critère de l'âge

121. Le juge ne peut recourir à un seuil d'âge pour caractériser la vulnérabilité de la victime dès lors que celle-ci trouve son origine dans l'âge de la victime, il peut en revanche utiliser d'autres procédés, soit recourir à une autre cause de *particulière vulnérabilité* énoncée par le Code pénal (1), soit prendre en compte tout élément de nature à établir une faiblesse due à l'âge (2).

1- **Le recours à une autre cause légale de particulière vulnérabilité**

122. L'âge étant à lui seul insuffisant pour caractériser la particulière vulnérabilité, le juge va recourir à d'autres causes légales énumérées par le législateur. En effet, outre l'âge, la vulnérabilité peut être due à *une maladie, une infirmité, une déficience physique ou psychique*. Or, ces causes sont elles-mêmes des causes de vulnérabilité, si elles sont relevées, la vulnérabilité est établie. Cependant, de manière curieuse la jurisprudence a pris l'habitude de mentionner à côté de l'âge, l'existence de maladie, infirmité, déficience physique ou psychique, ainsi on ne sait plus très bien si c'est l'âge ou une autre cause qui est à l'origine de la vulnérabilité.

123. Ainsi, dans différentes affaires d'abus de faiblesse, les juges ont pu relever que la vulnérabilité était caractérisée pour la victime « âgée de 83 ans, atteinte de la maladie d'Alzheimer »¹, pour une « grand-mère âgée de 85 ans handicapée à 90% » et un « grand père âgé de 92 ans qui présentait un important déficit intellectuel »², pour une victime « née le 27 août 1929 » à « l'état de santé déficient »³. Dans un arrêt rendu le 18 février 2014 est rejeté le pourvoi contre une cour d'appel ayant estimé que la preuve de l'abus de faiblesse n'était pas rapportée dès lors que la victime était « dans un état de particulière vulnérabilité en raison de son grand âge et des nombreuses affections physiques », mais qu'elle « ne présentait aucun affaiblissement psychique »⁴. Il aurait été préférable de considérer que si la victime présentait une faiblesse due à son âge et des affections physiques, celles-ci n'étaient pas telles qu'elles plaçaient la victime dans une situation de particulière vulnérabilité. Cependant, nous retiendrons de l'arrêt que malgré un âge avancé, l'abus de faiblesse n'est pas caractérisé en l'absence d'affaiblissement psychique.

124. Dès lors, il faut remarquer que dans ces différentes espèces, la jurisprudence, si elle se réfère au grand âge, elle ne se réfère pas expressément aux autres causes légales de vulnérabilité (maladie, infirmité, déficience physique ou psychique) alors même que l'arrêt mentionne des faits démontrant qu'elles sont constatées dans les différentes espèces. Toutefois, la vulnérabilité constatée découle bien de ces causes légales, les causes de vulnérabilité étant

¹ Crim, 21 oct. 2008, n°08-81.126

² Crim, 11 déc. 2013, n°12-86.489

³ Crim, 1^{er} avril 2014, n°13-83.179

⁴ Crim, 18 février 2014, n°13-81.528

alternatives, ce sont elles qui fondent la vulnérabilité. Ainsi, l'âge apparaît plutôt comme un élément renforçant la mesure de la faiblesse, un indice de la vulnérabilité de la victime, que comme une cause autonome de vulnérabilité. Le juge multiplie les indices révélant la vulnérabilité, s'attachant plus à mesurer la faiblesse de la victime qu'à énumérer les causes légales de vulnérabilité. L'évaluation de la faiblesse prime son origine, démontrant bien, que plus que la cause de la vulnérabilité, c'est son intensité qui doit retenir l'attention. Cette interprétation est confirmée lorsque le juge, pour caractériser la vulnérabilité, recourt à des éléments qui ne sont pas érigés en causes légales de *particulière vulnérabilité*.

2- Le recours à des causes non légales de vulnérabilité

125. La vulnérabilité ne saurait reposer sur le seul critère l'âge de la victime, Michel Véron parle de vulnérabilité due « aux conséquences personnelles de l'âge sur l'état physique ou psychique de chaque victime »¹. Il traduit bien ici l'idée que plus que l'âge en lui-même, ce sont ses conséquences sur la personne de la victime qui sont prises en compte pour caractériser sa faiblesse. La Cour de cassation a d'ailleurs estimé que « pour être pris en considération, le grand âge doit s'accompagner d'un affaiblissement des facultés physiques ou psychiques » refusant la caractérisation de l'abus de faiblesse malgré l'âge avancé des plaignants². L'important pour les juges n'est pas réellement l'origine de la faiblesse, mais plutôt son intensité, ainsi peuvent-ils prendre des distances avec le texte d'incrimination, pour cumuler des éléments bien qu'ils ne soient pas des causes légales de vulnérabilité. L'association d'éléments alimente l'importance de la faiblesse et corrobore d'autant plus la qualification de la vulnérabilité.

126. La jurisprudence retient autant de causes de vulnérabilité qu'il existe de conséquences personnelles liées à l'âge, l'objectif n'est donc pas d'être exhaustif, mais simplement de rendre compte du recours à des causes extérieures au Code pénal. On peut évoquer tout d'abord, la fragilité psychique, le grand âge entraînant parfois un affaiblissement des facultés psychiques de l'individu. Il ne s'agit pas d'une maladie, d'une déficience ou d'une infirmité, mais simplement d'une fragilité psychologique liée à une dépendance à l'autre, à une fragilité face au monde extérieur ou une suggestibilité. Ainsi, dans un arrêt du 29 novembre 2000, la Cour de cassation retient que les expertises psychiatriques concluaient à la fragilité psychologique des individus âgés de 92 et 87 ans, et estime leur particulière vulnérabilité caractérisée³.

127. La solitude de la personne peut également être prise en compte par les juges pour caractériser la vulnérabilité des individus, en effet « l'isolement où est réduit l'aîné et sa

¹ M. Véron, *Op.Cit.*

² Crim, 13 janvier 2004, n°03-832.04

³ Crim, 29 nov. 2000, *Dr. Pén.* 2001, comm. 70

vulnérabilité affective et physique laissent souvent libre le terrain de l'abus de faiblesse»¹. L'isolement social devient un facteur de vulnérabilité, d'origine non plus intrinsèque à la personne, mais extrinsèque, l'isolement résultant de son environnement. La solitude de la personne âgée peut également résulter de son veuvage², de l'isolement complété par « l'absence de la personne qui lui prêtait habituellement assistance »³. Ainsi, a pu être écarté l'abus de faiblesse d'une personne présentant un grand âge et de nombreuses affections physiques dès lors qu'elle était entourée d'un personnel soignant se rendant quotidiennement à son domicile et qu'un carnet de liaison avait été mis en place⁴. La solitude est bien une cause de vulnérabilité, puisque dès que la personne présentant une faiblesse est assistée d'une tierce personne ou qu'une protection judiciaire est mise en place, la situation de vulnérabilité s'efface.

128. D'autres causes ont pu être retenues alors qu'elles ne sont pas des conséquences à l'avancement de l'âge. Ont pu être retenus comme cause de vulnérabilité : le faible niveau d'éducation, dès lors qu'une personne ne sait ni lire, ni écrire, ni compter, ne pouvant effectuer des démarches seules et ignorant l'argent en sa possession⁵, mais également la personnalité « confiante et anxieuse, probablement fragile à l'égard du monde extérieur »⁶, ou « une personnalité très passive ».⁷ Ces divers éléments ne sauraient en eux même être à l'origine de la caractérisation de la vulnérabilité, mais couplés au grand âge et à d'autres éléments, ils deviennent opérants. La jurisprudence recourt ici à la méthode du faisceau d'indices. Chacun des éléments pris isolément ne saurait être une cause de vulnérabilité à part entière, mais ils viennent corroborer la faiblesse de la personne âgée. Le juge retient donc une vulnérabilité aux origines diverses, dont le grand âge n'est qu'un indice parmi d'autres. Ainsi, les différentes causes liées à l'état psychique ou physique, sans pouvoir caractériser une maladie, déficience ou infirmité, deviendront opérantes dès lors qu'elles seront associées à l'âge de la victime.

Le grand âge apparaît alors comme un critère subsidiaire lorsque la maladie, l'infirmité ou la déficience ne sont pas suffisamment caractérisées pour emporter la conviction du juge quant à la vulnérabilité de la victime. L'arrêt du 29 janvier 1997 illustre cette interprétation, en retenant la particulière vulnérabilité « d'une femme de 65 ans contrainte de prendre appui sur une canne, et tombant facilement, atteinte d'une fragilité psychologique »⁸. Si isolément chacun des facteurs ne traduisaient pas une faiblesse significative, associés les uns aux autres, ils révèlent une faiblesse suffisamment importante pour placer la femme dans une situation de particulière vulnérabilité.

¹ Ph. Thomas, C. Hazif-Thomas, C. Pradere et P. Darieux, Dépendance affective de la personne âgée et abus de faiblesse : La Revue Gériatrie 1994, n°6

² Crim., 1er avril 2014, n°13-83.179

³ Crim., 1er février 2000, Bull. crim., n° 52

⁴ Crim., 18 février 2014, n°13-81.528

⁵ Crim., 29 mai 2011, n°00-86.461

⁶ Crim., 5 déc. 2001, n° 01-80.698

⁷ Crim., 28 janvier 2014 n°12-87.239

⁸ Crim., 29 janvier 1997, n° 96-82.838

Le grand âge des victimes ne déclenche donc pas une protection automatique de la victime, mais il est un indice révélant ponctuellement une vulnérabilité. Le droit pénal prend alors en compte l'âge de la victime majeure, ce qu'il peut faire tout autrement dans le cadre des discriminations.

Section 2 : L'âge, indice fluctuant de discrimination

129. «Les hommes naissent libres et égaux en droit» proclame l'article 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme. En effet, le principe d'égalité est un principe constitutionnel, ainsi est-il repris dans la Constitution de 1958. Face à cette proclamation solennelle, mais abstraite, le législateur s'emploie à garantir le principe par des mesures plus techniques, notamment en érigeant en infraction les comportements qui porteraient atteinte au principe.

130. L'engagement dans une politique pénale antidiscriminatoire trouve son origine dans la lutte contre le racisme en 1939¹, mais le véritable mouvement législatif réprimant les comportements discriminatoires débuta en 1972². Ainsi étaient érigées en motifs discriminatoires des considérations ethniques, nationales, raciales, religieuses ou syndicales. Puis, le périmètre des discriminations s'élargit successivement à différents motifs : le sexe et la situation de famille en 1975, les mœurs en 1985, le handicap en 1989, et l'état de santé en 1990³. La réforme du Code pénal en 1992 simplifia la présentation des discriminations tout en élargissant encore son champ d'application aux opinions politiques et pratiques syndicales.

131. La vision française des discriminations était principalement envisagée via le prisme de considérations ethniques ou raciales, conduisant à n'adopter que des critères y correspondant. L'âge était alors périphérique à la lutte contre les discriminations, on ne concevait pas de discriminations fondées sur ce critère. La difficulté était d'autant plus prégnante que le critère de l'âge était bien un critère spécifique, non pas de discrimination, mais bien de protection, particulièrement en matière d'emploi. C'est dans ce contexte que s'engageait l'élaboration de la loi du 16 novembre 2001⁴ sur la lutte contre les discriminations, mais l'influence internationale et particulièrement européenne introduisit l'idée nouvelle que l'âge pouvait constituer un motif de discrimination.

132. Tout d'abord, l'article 26 du Pacte des droits civils et politiques du 16 décembre 1999 interdit la discrimination sur la base de divers critères, la liste n'étant pas exhaustive, l'âge est

¹ Décret-loi Marchandeu du 21 avril 1939

² Loi n°72-546 du 1^{er} juillet 1972

³ Loi du 11 juillet 1975 n°75-625, Loi n° 85-10 du 3 janvier 1985, Loi n° 85-772 du 25 juillet 1985, Loi n°89-462 du 6 juillet 1989, Loi n° 90-602 du 12 juillet 1990

⁴ Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations

donc implicitement reconnu. La CEDH a également interprété l'article 14 de la CESDH comme interdisant la discrimination en raison de l'âge¹.

133. Le droit de l'Union européenne intervient en la matière, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux interdit explicitement les discriminations fondées sur l'âge tandis que l'article 19 du TFUE prévoit que le Conseil de l'Union peut prendre des mesures de lutte contre les discriminations, notamment, fondées sur l'âge. La CJUE est allée jusqu'à considérer que « le principe de non-discrimination en fonction de l'âge doit ainsi être considéré comme un principe général du droit communautaire »².

134. En effet, lors de l'adoption du Traité d'Amsterdam avait été inséré le nouveau critère de l'âge comme motif des discriminations interdites. La commission européenne avait alors fait une communication³ dans laquelle elle exprimait le vœu de s'engager « vers une Europe pour tous les âges » qui avait conduit à l'adoption de la directive du 27 novembre 2000⁴. Cette directive énonce l'obligation de mieux appréhender le vieillissement de la population. Bien que la France ait eu l'obligation de transposer la directive, l'insertion du critère dans la loi du 16 novembre 2001 fut tardive comme le montrent les travaux parlementaires.

135. Le 12 octobre 2000, le texte fut adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, sans que le critère de l'âge n'apparaisse. Il avait été proposé dans un amendement lors de la discussion en commission, mais il fut explicitement rejeté par le rapporteur. Cependant, devant le Sénat les parlementaires invoquèrent l'article 13 du Traité d'Amsterdam et la directive Emploi pour ajouter le critère de l'âge, adjonction qui fut entérinée devant l'Assemblée nationale⁵.

136. Relevons que cette appréhension de l'âge en termes de discrimination, si elle était nouvelle en France, s'était déjà imposée dans d'autres pays. Ainsi, aux États-Unis l'idée avait émergé dès l'*Age Discrimination in Employment Act* de 1967 alors qu'en Grande-Bretagne la question est apparue dès les années 1930. Cela peut s'expliquer par les différences culturelles des conceptions d'égalité et de discrimination entre le droit anglo-saxon et le droit romano-germanique, les origines anglo-saxonnes du concept de discrimination, empreint de pragmatisme, le rendent très éloigné de notre vision juridique⁶.

137. Désormais, on peut alors distinguer deux catégories de motifs discriminatoires, selon qu'ils relèvent d'une situation catégorielle ou d'une situation personnelle de la victime⁷. Ils

¹ CEDH, 10 juin 2010, *Schwizgebel c/ Suisse*

² CJCE, 22 nov. 2005, *Mangold*

³ COM (1999) 221 final

⁴ Dir. N°2000/78/CE, 27 nov. 2000

⁵ Travaux préparatoires : loi n°2001-162 du 16 nov. 2001, J.O. du 16 nov. 2001

⁶ M.Mercat-Bruns, *Discrimination fondée sur l'âge et fin de carrière*, Cnav, *Retraite et Société*, n°36, La Documentation française, 2002, Paris, p. 112-1124

⁷ Michel Danti-Juan, Rep. Pén. v° *Les discriminations*

sont limitativement énumérés à l'article 225-1 du Code pénal. La discrimination est désormais définie comme *toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée*. L'alinéa 2 prévoit l'application aux personnes morales, constitue alors une discrimination toute distinction opérée entre elles à raison des mêmes éléments concernant les membres ou certains membres de ces personnes morales.

138. Le législateur français a donc été au-delà des exigences européennes, la matière pénale ne faisant alors pas partie des compétences communautaires, en insérant le critère de l'âge comme motif discriminatoire dans le Code pénal. Ainsi, l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge présente un champ d'application étendu. Si les discriminations commises par les particuliers sont prévues et sanctionnées, celles commises par un dépositaire de l'autorité publique le sont également¹. Les provocations à la discrimination sont quant à elles réprimées par la loi de 1881².

139. La discrimination fondée sur l'âge en elle-même peut prendre différentes formes : discrimination directe, discrimination indirecte et harcèlement. La discrimination directe « se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable »³. La discrimination indirecte quant à elle « se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes [...] d'un âge [donné], par rapport à d'autres personnes »⁴. Enfin, le harcèlement peut également constituer une discrimination fondée sur l'âge, comme la tentative de licencier un salarié de 51 ans⁵ ou les difficultés élevées contre le déroulement de la carrière d'un salarié de 56 ans⁶.

140. Tous les comportements motivés par des raisons discriminatoires fondées sur l'âge ne sont pas en eux-mêmes réprimés. Le Code pénal érige en infractions trois catégories de comportements :

- le fait de refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ou de subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition d'âge,
- le fait d'entraver l'exercice normal d'une activité économique en raison de l'âge,

¹ Art 432-7 du Code pénal

² Loi du 29 juillet 1881, art. 24, al. 6

³ Dir. N°2000/78/CE, 27 nov. 2000, art. 2

⁴ Dir. N°2000/78/CE, 27 nov. 2000, art. 4 ?

⁵ HALDE, délib. n°2011-92, 4 avr.2011

⁶ HALDE, délib. 2010-200, 4 oct. 2010

- le fait de refuser d'embaucher, de sanctionner ou licencier une personne, ou subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation à une condition fondée sur l'âge.

Le Code pénal prévoit une peine de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

141. Il appert alors un lien entre les discriminations et la matière sociale, il convient donc de s'interroger sur les dispositifs prévus par le Code du travail. Nombre d'auteurs ont mis en évidence à propos du harcèlement, l'existence d'un « doublon »¹ entre le Code pénal et le Code du travail. Qu'en est-il alors des discriminations ?

142. En la matière, un auteur² a pu relever que l'articulation entre les deux codes n'était pas cohérente et s'apparentait plutôt à une superposition partielle qu'à une complémentarité. En effet, si le Code du travail prohibe la discrimination en raison de l'âge, il ne comporte de dispositions pénales qu'à propos de la discrimination syndicale et sexuelle. Néanmoins, il vise des comportements plus larges que ceux du Code pénal³, on ne peut donc pas parler de doublon, mais plutôt de recoupements ponctuels.

143. Le critère de l'âge est donc désormais largement pris en compte par de nombreuses sources du droit. Il n'est pas pour autant dépourvu de toute ambiguïté, ce qu'illustre le faible nombre de décisions sur ce point. Le critère de l'âge s'avère être un critère fluctuant aux vues de sa singularité par rapport aux autres critères (I), mais également de sa répression largement incertaine (II).

¹ V. Malabat, Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations, in Le champ pénal, Mélanges en l'honneur du professeur R. Ottenhof, Dalloz, 2006, p. 155 et s

² E. Fortis, Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », AJ Pénal 2008, p.303

³ Art L1142-1 du code du travail

I- La singularité du critère de l'âge comme critère antidiscriminatoire

144. « Si l'interdiction de certaines discriminations s'impose avec la force de l'évidence, d'autres suscitent réserve et malaise, tel est le cas du critère de l'âge »¹. L'âge se singularise par rapport aux autres critères de discrimination par sa nature imprécise (A), laquelle est renforcée par la relativité de la notion (B).

A- Le critère de l'âge : une nature imprécise

145. Insaisissable, imprécis, inexistant, paradoxal²... tels sont les différents qualificatifs que l'on peut trouver pour caractériser le critère de l'âge comme critère de discrimination. En effet, l'imprécision de l'âge s'explique par des caractères particuliers (1) , et l'enchevêtrement possible avec d'autres critères (2).

1- **Des caractères particuliers**

Lorsque l'on compare l'âge aux autres critères de discrimination, il en ressort que sa singularité repose sur ses caractères variable, pluridirectionnel et multiple.

a- *Un caractère variable*

146. La race, le sexe, l'origine, l'ethnie, l'orientation sexuelle ou encore le handicap ont comme point commun d'être a priori toujours les mêmes pour une personne donnée tout au long de sa vie. De manière générale, une femme restera une femme tout au long de sa vie³, et une personne aura toujours la même origine. Au contraire avec l'âge, c'est à une succession d'âges qu'il faut faire face, et donc à un changement constant de l'âge pour une personne donnée. Chacun « a été jeune et est potentiellement vieux »⁴. L'âge de chacun évolue tout au long de la vie, l'individu est donc susceptible de subir des discriminations différentes selon son âge ou de ne plus en subir parce que son âge a changé.

147. L'individu a vocation à traverser tous les âges, l'appartenance à un groupe d'âge n'est donc pas figée, ainsi J-P. Lhernould se demande si « les désavantages subis lors de la jeunesse sont [...] légitimement compensés par des avantages consentis lorsqu'on est âgé, et inversement ? »⁵ En effet, ne faudrait-il pas apprécier l'égalité de traitement des individus sur

¹ M.-C. Amauger-lattes, La discrimination fondée sur l'âge : une notion circonstancielle sous haute surveillance, *Retraite et société*, 2007/2 n° 51, p. 27-41

² J. Fougerouse, La discrimination à raison de l'âge, in *Le droit social, l'égalité et les discriminations* [actes du colloque qui s'est tenu les 14 et 15 juin 2012 à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense] sous la direction de BORENFREUND, G., et VACARIE, I., 2013, Dalloz

³ Quand bien même y aurait-il un changement de sexe, celui-ci ne se présenterait qu'une fois dans la vie d'une personne.

⁴ M. Mercat-Bruns, *Vieillesse et droit à la lumière du droit français et du droit américain*, LGDJ, coll. « Thèses », p 696

⁵ J.-P. Lhernould « Le chantier des discriminations en raison de l'âge », *Revue de Jurisprudence Sociale* 7 (2007) 595-602

toute une vie, et non à un instant donné ? Doit-on apprécier une égalité de chaque instant ou une égalité évaluée sur l'ensemble d'une vie ? Discriminer une classe d'âge peut s'avérer indifférent si l'on considère les vies complètes, ainsi la privation de droit de vote, pendant les premières 18 années de la vie, s'avère ne pas être une discrimination, dès lors que par rapport à une durée de vie moyenne, nous avons tous le même nombre d'années de vote. Cependant, une telle égalité, évaluée sur une vie complète, suppose donc une constance dans l'utilisation de l'âge et une espérance de vie comparable des individus. Faute de remplir ces conditions, la discrimination par l'âge sera un obstacle à l'égalité, mais le critère de l'âge n'en sera pas moins fluctuant dès lors qu'il ne désignera pas des personnes déterminées.

b- Un caractère pluridirectionnel

148. Les personnes situées aux deux extrémités de la vie, les plus jeunes et les plus murs, sont les plus enclins à subir des discriminations, en ce qu'elles présentent des faiblesses et sont les plus exposées économiquement. Nonobstant, il ne faut pas réduire les discriminations fondées sur l'âge à des discriminations faites aux plus jeunes ou aux plus murs, toutes les catégories d'âge peuvent être touchées, y compris les catégories intermédiaires. Ainsi, la loi du 16 novembre 2001 vise tous les âges, sans précisions particulières, la discrimination fondée sur l'âge concerne donc toutes les périodes de la vie.

Ainsi, si la discrimination en raison du sexe vise plutôt massivement les femmes, la discrimination en raison de l'orientation sexuelle, les homosexuels ou celle en raison de l'origine, les étrangers, la discrimination en raison de l'âge ne présente pas ce caractère « unidirectionnel ». Chaque âge est susceptible de conduire à une discrimination, il est donc difficile d'établir des catégories d'âges pertinentes au regard des pratiques discriminatoires.

Si ce caractère multidirectionnel est légitime quant à la nature du critère de l'âge, il alimente toutefois l'imprécision de la notion, également renforcée par le caractère multiple de l'âge.

c- Un caractère multiple

149. Si le sexe conduit à un découpage binaire entre homme et femmes, ou l'orientation sexuelle entre hétérosexuel et homosexuel, la discrimination par l'âge, elle, se décline en fonction des situations.

Il n'y a pas de caractéristiques fixes permettant d'identifier des groupes d'âge particuliers, à la différence des autres critères. Même à considérer les plus jeunes et les plus murs d'entre nous, il est impossible de définir des seuils. Si le droit social tente de poser des seuils pour les salariés âgés en les définissant comme ceux bénéficiant des dispositifs de fin de carrière¹, ces âges varient au gré des circonstances, 50, 55, 57 ans, certains textes se référant même à 45 ans. Qui plus est, de tels seuils paraissent d'autant plus insaisissables pour les catégories intermédiaires. En outre, nous

¹ J.-J. Dupeyroux « L'âge en droit social », *Droit social* n°12

sommes tous plus jeunes qu'untel, mais plus vieux qu'un autre. Entre deux individus, il y a nécessairement une différence d'âge. Dès lors qu'une différence de traitement sera observée pour ces deux individus, il sera légitime de s'interroger sur une éventuelle discrimination fondée sur l'âge.

Cette impossibilité d'établir des groupes d'âge conduit à l'impossibilité de comparer des groupes entre eux. Pour caractériser un comportement discriminatoire, encore faut-il pouvoir le comparer à un autre comportement, qui lui ne serait pas discriminatoire. En effet, la discrimination consiste à distinguer des personnes selon certains critères, or pour distinguer, il faut une référence, c'est-à-dire un individu ne présentant pas les critères en cause, en l'occurrence un certain âge.

150. Pour établir une discrimination faite aux femmes, on regarde la différence de traitement entre les hommes et les femmes, pour la nationalité entre les Français et les étrangers, etc. Un comportement sera discriminatoire s'il porte sur des situations comparables. Or, à qui comparer celui qui se dit victime d'une discrimination fondée sur l'âge ? Faut-il établir un individu de référence qui aurait un âge fixé, et le cas échéant lequel ? Faut-il le comparer à un individu qui a presque son âge ou appartenant à sa catégorie d'âge ? La comparaison doit-elle être réelle ou hypothétique ?

Il est indispensable d'établir que les situations sont comparables pour établir une discrimination, mais l'âge « exacerbe le problème de la comparabilité des situations »¹ au regard de l'absence de catégories. Finalement, bien que le législateur ait choisi de placer toutes les discriminations sur un même plan, quel que soit le motif qui en est l'origine, l'âge présente des spécificités par rapport aux autres critères qui le rendent fuyant, ce qui a conduit à des difficultés de mise en œuvre du critère par de possibles enchevêtrements de l'âge avec d'autres critères de discrimination.

2- L'enchevêtrement avec d'autres critères

151. L'âge va parfois être invoqué au côté d'autres critères de discrimination, et ce de manière inséparable. Il en va ainsi de l'agent public invoquant une discrimination en raison de son âge et de son état de santé alors que son employeur profite d'un congé maladie pour annoncer son remplacement, ou d'un employé de 51 ans se plaignant de harcèlement en raison de son âge, de son état de santé et de son activité syndicale².

L'âge peut aussi être lié à une discrimination fondée sur le sexe, en raison de la différence d'espérance de vie entre les hommes et les femmes³.

Le grand âge sera souvent associé à la maladie, du moins c'est en raison d'une plus grande potentialité de maladie qu'une différence de traitement pourra être opérée sur une personne d'âge

¹ J.-P. Lhernould L'âge en droit du travail – la politique anti-discrimination du droit de l'Union européenne, in *Principe d'égalité et lutte contre les discriminations*, 2011

² J. Fougerouse, *op. cit.*

³ CJUE, 18 nov. 2010, *Georgiev*

avancé. Ainsi, la HALDE relevait un amalgame fait entre l'âge et l'état de santé¹.

152. Si les discriminations fondées sur l'âge concernent tous les âges, ce sont plutôt ceux situés aux deux extrémités de la vie qui seront concernés : les jeunes et les séniors. En effet, sont associés à eux nombre de préjugés et stéréotypes en raison de leur âge : immaturité, inexpérience pour les premiers, démotivation, coût important, et inadaptation pour les seconds. On peut également se référer aux facultés physiques et psychologiques, seraient jeunes ceux qui n'ont pas acquis la plénitude de ces facultés, et vieux ceux faisant face à leur déclin².

153. Finalement, ce sont davantage les valeurs attachées à l'âge que l'âge en lui-même qui sont prises en considération par l'auteur d'une discrimination. Ainsi, peut-on s'interroger sur la pertinence du critère, tant les contours en paraissent mouvants et le contenu nébuleux. L'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge est loin d'être rigide, et rend la discrimination incertaine. Cette incertitude est confortée par la relativité du critère.

B- La relativité du critère

La relativité du critère de l'âge repose sur les nombreuses justifications de la discrimination fondée sur l'âge (2), mais en amont, sur la relativité de la notion de discrimination elle-même (1).

1- **La relativité de la notion de discrimination pénale**

154. En droit français, l'égalité est le principe premier, c'est pourquoi la discrimination n'y a longtemps pas trouvé sa place. Le droit international des droits de l'homme a eu une grande influence en la matière, mais la plus grande influence provient du droit communautaire proclamant un droit à la non-discrimination. Or, le droit pénal est par essence exclu de la compétence communautaire, en ce qu'il relève de la souveraineté de l'État, ainsi l'interdiction de la discrimination soulève des difficultés dès lors qu'on se place dans la sphère pénale. Les dispositions récentes relatives aux discriminations reposent sur une transposition des directives, or ces directives n'étaient pas destinées à la matière pénale, ce qui conduit à une définition incertaine de l'interdiction de discrimination.

155. La loi du 27 mai 2008 est relative aux adaptations du droit communautaire de la lutte contre les discriminations. Elle transpose la définition des discriminations directe et indirecte, qui n'étaient jusque-là pas définies en droit français. Dès lors, une différence apparaît avec l'article 225-1 du Code pénal qui, lui, n'opère pas de distinction entre discriminations directes et indirectes. L'absence de qualification de la discrimination dans le Code pénal doit-il

¹ HALDE, rapport annuel 2010, p. 48

² J.-J. Dupeyroux L'âge en droit social, *Droit social* n°12

s'interpréter comme la prise en compte de la seule discrimination directe ou des deux types de discriminations ?

156. Les travaux parlementaires de la loi du 27 mai 2008 délimitent l'application à la matière civile, et en principe la loi étant une loi de transposition elle ne saurait concerner la sphère pénale. Un auteur¹ relève plusieurs indices rendant difficile la prise en compte des discriminations indirectes en matière pénale. Tout d'abord, l'infraction étant intentionnelle, la preuve de l'intention d'une discrimination indirecte semble difficile à rapporter. Ensuite, la jurisprudence pénale retient plutôt des actes de discrimination directe. Enfin, le principe de légalité apparaît comme un obstacle insurmontable dès lors que le texte ne prévoit pas expressément la prise en compte de discrimination indirecte.

Le domaine de la discrimination présente un lien évident avec le droit du travail, ainsi le Code du travail comporte-t-il des dispositions pénales en la matière. Si les motifs de discrimination sont plus restreints (sexe, grossesse, situation de famille et activité syndicale) les comportements sont plus nombreux et recourent partiellement ceux prévus par le Code pénal. Certains agissements sont donc doublement pris en compte. Si la discrimination fondée sur le sexe, la situation de famille ou de l'état de grossesse fait encourir une peine d'un an d'emprisonnement et de 3750 € d'amende, la discrimination syndicale ne fait encourir que cette amende. Il apparaît donc une différence relative à la peine entre le Code pénal et le Code du travail, le Code pénal prévoyant 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.

157. L'articulation entre les deux codes apparaît difficile, et la cohérence est donc ici à déplorer. En effet, des doublons apparaissent, dont la prévisibilité et l'accessibilité du droit pénal ne peuvent se satisfaire², susceptibles de conduire à des conflits de qualification insolubles. Des conflits de qualification sont également susceptibles d'apparaître avec des infractions proches de la discrimination, comme le harcèlement. Pour le droit communautaire, les discriminations reposent sur les discriminations directes, indirectes et les faits de harcèlement. En droit interne, la répression du harcèlement est indépendante de celle de la discrimination. Cependant, les comportements de harcèlement peuvent recouper ceux de la discrimination. En effet, le harcèlement est le fait de *harceler autrui par des 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.*³

158. Que ce soit en raison d'infractions voisines ou de son contenu imprécis, l'infraction de discrimination apparaît peu précise. Cette imprécision est alors renforcée par

¹ E. Fortis, Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », *AJ Pénal* 2008, p.303

² V. Malabat, *op. cit.*

³ Art 222-33-2 du Code pénal

nombre d'exceptions et de justifications des comportements discriminatoires. La loi du 27 mai 2008 a inséré à l'article 225-3 du Code pénal, qui comprend les discriminations insusceptibles de donner lieu à des poursuites, deux nouveaux types de discrimination : celles fondées sur la nationalité en matière de refus d'embauche dans la fonction publique, et celles fondées sur le sexe en matière d'accès aux biens et services. Cette loi a également ajouté deux motifs à la discrimination en matière d'embauche, et notamment celui de l'âge.

2- Les nombreuses justifications à la discrimination fondée sur l'âge

159. Si les articles 225-1 et 225-2 prévoient les motifs discriminatoires et leur répression, l'article 225-3 vient aussitôt neutraliser la répression d'un certain nombre de comportements discriminatoires. L'article a été complété par la loi du 27 mai 2008, transposant la directive Emploi de 2000. En effet, elle ajoute le critère de l'âge au sein de l'article 225-3, 3°. Ainsi, une discrimination fondée sur l'âge est licite en matière d'embauche lorsque la différence de traitement fondée sur l'âge constitue une exigence professionnelle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. L'article 225-3 pose alors un fait justificatif spécial à la discrimination définie par l'article 225-2, circonscrit au refus d'embauche transposant l'exception générale des exigences professionnelles essentielles et déterminantes d'un emploi prévue par l'article 4 de la directive. Une différence de traitement fondée sur l'âge ne sera pas condamnable dès lors que le fait d'être d'un âge donné est une exigence pour un poste, et que cette exigence est proportionnée. Cette limite au principe de l'interdiction des discriminations paraît cependant marginale, puisqu'il faudrait démontrer qu'un âge donné est exigé pour exercer certaines activités. Si on peut songer à des activités de mannequinat ou de spectacle, le nombre d'emplois concerné paraît résiduel, et la Cour de Cassation est peu encline à reconnaître une telle exception.

160. De prime abord, il apparaît donc que la répression d'une discrimination fondée sur l'âge ne pourra être neutralisée qu'en matière d'embauche. Cependant, ne faut-il pas articuler les dispositions du Code pénal avec celle du Code du travail ?

L'article 1133-2 prévoit que certaines différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas des discriminations, transposant ainsi la directive de 2000. La directive s'inscrit dans une politique d'égalité réelle posant la nécessité pour les États de compenser la vulnérabilité de certains groupes par des mécanismes de compensation, on parle alors d'actions positives permettant d'assurer « la pleine égalité dans la vie professionnelle ». Il s'agit d'accorder des avantages aux catégories habituellement lésées. Les mesures sont alors susceptibles d'avoir des répercussions sur les personnes extérieures au champ d'application desdites mesures, qui ne pourront pas s'en plaindre.

161. L'article 7 autorise les États à adopter ou maintenir des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs. Si tous les motifs sont concernés, l'âge est mis en avant pour attirer l'attention des États sur la situation des travailleurs âgés, mais aussi les plus jeunes. Plus précisément, c'est l'article 6 qui accorde un traitement spécifique au critère de l'âge, puisqu'il justifie cette discrimination et en neutralise l'interdiction dès lors qu'elle est fondée sur un objectif légitime et proportionné dans le cadre du droit national. Si pour les autres motifs de discrimination, le test de la justification objective s'inscrit dans le cadre de l'exception fondée sur l'exigence professionnelle essentielle et déterminante, l'âge reçoit ici un traitement différencié : il peut être opérée une discrimination fondée sur l'âge en dehors d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante. La dérogation apparaît alors nettement plus large qu'au sein de l'article 225-3 du Code pénal.

162. La loi du 16 novembre 2001 a transposé cette disposition à l'article L122-45-3, devenu l'article 1133-2, lequel met en avant comme but légitime *le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi* permettant alors notamment *l'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ou la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.*

163. Cette transposition prête néanmoins le flanc à la critique, en effet l'article 6 de la directive s'adressait aux États, qui étaient autorisés à adopter des mesures dérogeant à l'interdiction de discrimination en raison de l'âge. Or, « en recopiant pratiquement mot pour mot la directive »¹ au sein du Code du travail, le législateur a donné un blanc seing aux employeurs. La directive donnait un cadre aux États, en prévoyant la possibilité pour eux de neutraliser certaines différences de traitement, mais c'était bien aux États de fixer ces dérogations et non aux employeurs. Ces derniers sont alors dotés d'un large pouvoir pour pratiquer des différenciations fondées sur l'âge dans un cadre juridique aux frontières imprécises. Certes, une série d'exemples est dressée, mais la liste n'est pas limitative, comme le montre l'adverbe *notamment*. Le législateur a délégué aux employeurs le soin de décider des dérogations à apporter au principe. Il reviendra alors au juge de contrôler le caractère légitime de l'objectif et la proportionnalité des moyens employés, dès lors qu'une personne se plaindra de discrimination.

164. Cette transposition est d'autant plus regrettable que l'on peut se demander si cet article n'est pas à même d'être le siège d'une autorisation de la loi. En effet, le Code pénal a fait disparaître le motif de justification général tiré d'un motif légitime en instaurant des causes de justifications limitées au sein de l'article 225-3 du Code pénal. Il semble cependant que « les faits

¹ P. Langlois, Que faire de l'interdiction de la discrimination selon l'âge ?, Éditions techniques et économiques, *Droit social*, n° 2, 2006, p. 155-15

justificatifs de droit commun ne sont pas exclus »¹.

Si l'article 225-3 du Code pénal est restreint au domaine des embauches dans le cadre d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante, l'article 1133-2 du Code du travail apparaît plus étendu en ce qu'il autorise des discriminations fondées sur l'âge sans aucune restriction quant à son champ d'application. L'article est doublement plus large, s'appliquant à toutes les pratiques dans le domaine de l'emploi, et ce en dehors du cadre de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante. Ainsi, les faits entrant dans le champ d'application de l'article 225-2 du Code pénal, mais n'entrant pas dans celui de l'article 225-3 du Code pénal, comme la sanction ou le licenciement, sont susceptibles d'entrer dans le giron de l'article 1133-2 du Code du travail dès lors que l'on est en matière d'emploi. L'article autorise des différences de traitement fondées sur l'âge dès lors qu'elles poursuivent un but légitime par des moyens nécessaires et appropriés, il apparaîtrait alors contradictoire que le législateur autorise, voire prescrive des différences de traitement fondées sur l'âge d'une part, mais qu'il les réprime pénalement d'autre part. L'employeur adoptant une mesure à même de favoriser la sécurité d'un travailleur âgé conformément à l'article 1133-2 du Code du travail ne paraît pas pouvoir encourir simultanément une sanction pénale pour discrimination.

165. Dès lors qu'il serait susceptible de neutraliser le caractère pénal d'un comportement, un texte devrait présenter des qualités particulières afin de se conformer au principe de la légalité pénale. Ici, l'article 1133-2 pourrait peut-être prendre les traits d'une autorisation de la loi à opérer une pratique discriminatoire, fait justificatif faisant échec à l'établissement de la responsabilité pénale de l'auteur du comportement. Ainsi, la responsabilité d'un employeur ne pourrait être engagée alors qu'il a eu une pratique discriminatoire. On peut donc regretter que ce texte n'ait pas fait l'objet d'un travail plus élaboré du législateur, dès lors que la prérogative régaliennne de la répression pénale est en jeu. Le principe de légalité pénale apparaît ici quelque peu malmené, bien que l'objectif de protection poursuivi soit louable.

166. En effet, « la différence en fonction de l'âge est non seulement de droit, mais aussi de devoir »². Le droit du travail n'a-t-il pas pris naissance par l'interdiction du travail des enfants ? Nul ne songerait à remettre en cause de telles mesures protectrices des jeunes travailleurs, malgré l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge. Apparaît ici, tel celui du Dieu Janus, le double visage du critère de l'âge : d'une part il fonde des mesures de protection de certaines catégories qui constitueront des discriminations fondées sur l'âge, d'autre part, la discrimination fondée sur l'âge est prohibée. Le critère de l'âge apparaît grandement paradoxal, et est donc difficile à manipuler, ce qui peut expliquer la transposition malheureuse de l'article 6 de la directive.

¹ M.-L. RASSAT, *op. cit.*

² P. Rodière, Âge et discriminations dans l'accès à l'emploi, *Semaine sociale Lamy*, n° 1266, 2006, p. 7-11

Face à tant d'exceptions et de justifications, certains ont pu se demander si le principe n'était pas vidé de son contenu. En effet, si la plasticité de la notion permet de l'adapter aux circonstances, le risque est de réduire le principe à une peau de chagrin. « La différence est partout, ce qui conduirait à penser que l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge ne sera nulle part »¹. La victoire du principe de non discrimination fondée sur l'âge s'apparente plus à une victoire à la Pyrrhus tant les exceptions et justifications sont nombreuses.

167. Si déjà l'introduction tardive du critère laissait douter de sa pertinence, la technique employée pour son introduction conforte l'impression. De plus, la directive concerne l'application du droit communautaire et la sphère de l'emploi, on peut donc considérer que le domaine de l'emploi est largement couvert, mais hors de ce domaine l'interdiction semble être peu mise en œuvre. Malgré la flexibilité et les nombreuses exceptions au principe d'interdiction aux discriminations fondées sur l'âge, le champ d'application de l'interdiction de ces discriminations est important, car il couvre largement la matière de l'emploi, mais la portée de l'interdiction doit être interrogée au regard de sa mise en œuvre par le contrôle juridictionnel, notamment dans les autres domaines.

II- Une répression incertaine

168. « La répression pénale de la discrimination : mythe ou réalité ? » s'interrogeait un praticien², en effet si la voie pénale paraît bien plus menaçante que la voie civile eu égard à ses sanctions, il n'est pas certain que le droit pénal soit en matière de discriminations réellement efficace. La répression de la discrimination fondée sur l'âge devant faire à de nombreux obstacles inhérents à la matière pénale (A) elle se révèle être en pratique peu mise en œuvre (B).

A- Les obstacles à la répression

Plusieurs obstacles apparaissent en raison de la spécificité de la matière pénale se conciliant mal à celle des discriminations quant à la matérialisation de l'infraction (1), mais également quant à la preuve à rapporter (2).

1- **Les difficultés relatives à la caractérisation de l'infraction**

169. L'incrimination prévue à l'article 225-2 du Code pénal incrimine le fait de refuser la fourniture d'un bien ou d'un service, l'entrave à l'exercice normal d'une activité économique, ou des refus d'embauche, des sanctions ou licenciements en raison de l'âge de la victime. L'incrimination peut s'appliquer à des particuliers, dans le cadre d'un refus de louer ou vendre un bien, mais s'applique tout particulièrement à l'égard des employeurs. Or, en matière d'emploi, il

¹ G. Lyon-Caen, Différences et traitement ou discrimination selon l'âge, *Droit social*, n°12, o.1047-1050

² T. Sagardoytho, Le droit pénal de la discrimination, un droit à construire, *AJP* 2008, p. 313

peut parfois être difficile d'identifier la personne qui a pris la décision. En effet, en droit pénal seul celui contre qui les éléments constitutifs sont réunis peut se voir reprocher les faits, mais en matière sociale les décisions sont souvent prises de manière collective alors que le refus d'embauche ne peut être imputé qu'à un employeur. Lors par exemple de l'examen d'une candidature, celle-ci est soumise à divers organes de l'entreprise, il sera alors impossible de déterminer lequel a pris le choix de l'écarter en raison de l'âge du candidat. Ainsi, le législateur a-t-il instauré une infraction obstacle pour contourner la difficulté, l'article 225-3 5° incrimine le fait de subordonner une offre d'emploi à un motif discriminant alors même qu'aucun candidat n'aurait été écarté en raison de son âge. Le seul fait de proposer une offre comportant un motif discriminatoire est pénalement répréhensible, ainsi en est-il d'une offre de courtier en assurance recherchant un directeur général entre 35 et 40 ans¹, une offre d'emploi recherchant un chasseur de têtes entre 28 et 35 ans².

170. En effet, la difficulté principale réside dans la preuve de l'intention ségrégationniste. L'infraction de discrimination a vocation à s'appliquer dès lors que l'auteur doit faire un choix. Or sauf s'il expose les raisons de son choix, il paraît difficile de prouver ce qui l'a déterminé en son for intérieur vers une personne plutôt qu'une autre. La discrimination étant une infraction intentionnelle, la caractérisation de l'intention de l'auteur est indispensable. La chambre criminelle retient de manière constante qu'il n'est pas nécessaire de caractériser un dol spécial, c'est-à-dire la volonté de nuire de la part de l'auteur, le seul caractère volontaire de l'acte ou de l'omission suffisant à caractériser l'élément moral de l'infraction.

171. L'intention discriminatoire est indispensable à la caractérisation de cette infraction intentionnelle, mais en pratique, si elle ne s'extériorise pas par des propos, des écrits ou autres manifestations, il paraît bien difficile d'en rapporter la preuve. Cependant, il semblerait qu'en matière de discrimination fondée sur l'âge, le motif apparaisse bien plus souvent que pour les autres motifs ségrégationnistes.

La caractérisation de la discrimination doit également faire face à des difficultés probatoires notamment quant à la charge de la preuve, mais également quant à son administration.

¹ TGI Niort, 20 sept. 2007, n°648/07BR

² TGI Lyon, 13 février 2007 cité par actuchomage.org

2- Les difficultés probatoires

172. Bien que le principe soit celui de la liberté de la preuve en matière pénale, il s'avère particulièrement difficile d'établir la preuve d'une discrimination fondée sur l'âge, notamment en raison de la difficulté de rapporter la preuve de l'intention discriminatoire, mais également en raison des spécificités des règles probatoires en matière pénale. En matière pénale, la charge de la preuve incombe à la partie poursuivante, le Ministère public, mais également à la personne s'estimant victime de discrimination.

173. Alors qu'en matière sociale, le droit communautaire a imposé un déplacement de la preuve, adopté par la chambre sociale de la Cour de cassation¹ puis par le législateur², en matière pénale un tel renversement n'a pas sa place. En effet, il se heurterait au principe de la présomption d'innocence, comme le rappelle le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 12 janvier 2002. Ainsi, la loi du 27 novembre 2008 portant adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, précise que les dispositions relatives à la répartition de la charge de la preuve ne s'appliquent pas devant les juridictions pénales. Ainsi, la charge de la preuve pèse sur le ministère public, ou la victime qui s'est constituée partie civile, ou qui a intenté une action par voie de citation directe.

174. La difficulté probatoire inhérente à la discrimination doit également faire face au principe de loyauté dans l'administration de la preuve, pierre angulaire du procès pénal. Cependant, la Cour de cassation a admis que la preuve d'une discrimination puisse être établie par la méthode dite du *testing*, qui constitue pourtant une provocation à l'infraction dès lors que la victime se présente dans le seul dessein d'obtenir la preuve de pratique discriminatoire. Le législateur a consacré la méthode au sein de l'article 225-3-1 du Code pénal. Alors qu'en matière sociale, le fait que la preuve ait été obtenue de manière déloyale suffira à l'écartier, elle sera reçue devant les juridictions pénales. Malheureusement, si la méthode est opportune pour rapporter la preuve de la plupart des discriminations, la singularité du critère de l'âge rend la méthode inappropriée en la matière, dès lors qu'on ne peut établir des catégories d'âges.

175. Les difficultés quant à l'objet, mais également aux moyens de preuve expliquent sans doute, la quasi inexistence de jurisprudence en la matière.

¹ Soc, 23 nov 1999, Bull. crim., n°147 et Soc 28 mars 2000, Bull. crim., n°126

² Code du travail, art L1134-1, L1144-1 et L1154-1

B- Une répression inefficace

176. « Une des très rares jurisprudences en matière de discrimination par l'âge »¹ fondée sur les dispositions pénales, et en dehors de la sphère sociale est un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Nîmes le 6 novembre 2008² cité par le rapport annuel de la HALDE³. En l'espèce, une personne âgée de 77 ans s'était rendue dans une agence d'assurance, l'employée la prévenant que l'organisme d'assurance n'assurait pas les gens de son âge. L'agence confirmera quelques jours plus tard le refus du dossier. Cette personne porta alors plainte. Durant l'enquête le chef de l'agence confirma qu'il avait refusé de l'assurer en raison de son âge, ce qu'il réaffirmera devant le tribunal et la Cour d'Appel. Cette dernière condamna alors l'assureur pour discrimination fondée sur l'âge faisant valoir que « la sélection du risque par l'assureur, autorisée dans son principe, a pour limite la prohibition résultant des dispositions des articles 225-1 et suivants du Code pénal ». La Cour d'Appel précise alors que « le législateur a pris soin d'opérer une distinction entre l'âge et l'état de santé, il ne peut dès lors être procédé à un amalgame entre ces deux motifs en considérant que l'âge avancé induit nécessairement une santé défaillante ».

177. L'absence de jurisprudence en la matière démontre que les poursuites pénales et les condamnations sont rares en la matière. Si les difficultés probatoires sont une des raisons indéniable de ce phénomène, certains dénoncent un désintérêt des services de police, mais aussi des juridictions pénales en matière discriminatoire. En effet, l'encombrement des différentes juridictions par les matières traditionnelles d'atteinte à l'intégrité physique fait obstacle à ce que des actions fondées sur des discriminations prospèrent. Nombre de Procureurs ne poursuivent pas les faits, mais certains commencent à le faire, et des jugements commencent à être rendus par les juridictions du fond⁴ condamnant dans un premier temps à des condamnations symboliques, puis à des amendes fermes en reconnaissant le préjudice moral et professionnel⁵. Les décisions sont toutefois rendues en matière d'emploi.

178. De plus, si les textes font encourir des peines sévères d'emprisonnement et d'amende, les peines prononcées sont généralement légères et assorties de sursis, induisant un sentiment de gravité relative en comparaison des autres contentieux.

179. Ainsi, la voie pénale demeure une voie peu empruntée par les justiciable en matière de discrimination fondée sur l'âge, en raison d'une application délicate de la matière, un désintérêt des acteurs de la procédure pénale ou l'insuffisance de preuve. Le choix de la

¹ Le Parisien, 13/11/2009

² CA, Nîmes 6 novembre 2008, n°08/00917

³ Rapport annuel de la HALDE, 2009

⁴ TGI Lyon 13 février 2007, TGI Bordeaux, 5 mars 2007 cité par actuchômage.org,

⁵ TGI Lyon, 5 juin 2007 cité par Actuchômage.org, TGI Albertville, 21 février 2012 JurisData n° 2012-002702, TGI Grenoble, 18 mars 2013 invalidé par CA Grenoble, 1re ch. civ., 30 sept. 2013, note J. Icard

pénalisation de la discrimination fondée sur l'âge peut alors faire l'objet de critiques. Le caractère fluctuant de la notion couplé à une répression incertaine font de la discrimination fondée sur l'âge une infraction insaisissable dans la pratique judiciaire. Se sont ainsi développés des modes alternatifs de règlement des contentieux en la matière, à la fois civils et administratifs face à l'importance du phénomène dans la pratique. En 2010, 6% des réclamations devant la HALDE étaient fondées sur l'âge, 69% des DRH citaient l'âge comme premier facteur de discrimination en général, 32% considéraient que la discrimination fondée sur l'âge était la plus répandue dans leur entreprise, et enfin 41% des salariés citaient l'âge en premier comme facteur de discrimination¹. L'évolution doit néanmoins être replacée dans son contexte, elle est liée à une nouvelle perception de l'égalité concrète plutôt qu'à une modification des pratiques, dans un contexte où la politique d'emploi des séniors et des jeunes soulève des interrogations.

Ainsi, la HALDE depuis 2006 a la faculté de prononcer des transactions dans certaines matières, faculté désormais attribuée au collège de lutte contre les discriminations du Défenseur des droits. Ces amendes sont limitées par des plafonds, 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale, mais elles ne sont pas soumises au principe d'individualisation des peines s'appliquant devant le juge pénal.

180. L'âge a longtemps été un passager clandestin dans la dynamique antidiscriminatoire. Certes, il a intégré la liste des motifs discriminatoires au sein du Code pénal, mais son imprécision est un obstacle à la répression des faits de discrimination en raison de l'âge. Ainsi, cette insertion ne semble pas être « un triomphe du principe de non-discrimination »².

Que la méthode soit quantitative, pour le mineur, ou qualitative, le législateur use du critère de l'âge pour individualiser les victimes et dessiner le contour des catégories de personnes qu'il entend protéger plus que les autres : les mineurs et les personnes âgées, bien que dans la discrimination toute personne puisse être visée, ils sont également les plus susceptibles d'en être victime. Après avoir identifié les personnes fragiles, il va mettre en œuvre cette protection par la définition des incriminations.

¹ J. Fougerouse, *op. cit.*

² G. Lyon-Caen, *op. cit.*

Partie 2 : L'âge, vecteur de la catégorisation des incriminations

L'âge est un outil que le droit pénal, après avoir identifié les personnes qu'il entend protéger plus que les autres, va utiliser pour catégoriser les incriminations qu'il définit. L'âge de la victime peut tout d'abord intervenir au sein des incriminations de droit commun (Chapitre 1), mais le législateur peut également créer des infractions qui ne s'appliqueront qu'à certaines catégories de personne, on parlera d'incriminations spécifiques (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La catégorisation des incriminations de droit commun par l'âge

-

Chapitre 2 : La catégorisation par des incriminations spécifiques à l'âge

Chapitre 1 : La catégorisation des incriminations de droit commun par l'âge

Par essence, les incriminations ont vocation à s'appliquer à toutes les personnes de manière indifférenciée, ainsi peut-il paraître curieux de parler d'un droit pénal spécial « commun », nous entendons ici l'ensemble des incriminations pouvant s'appliquer à toutes les personnes, par différence aux incriminations spécifiques à la personne du mineur par exemple. Dans cette perspective, l'âge de la victime est susceptible d'influencer la mise en œuvre de sa protection lors de la caractérisation des éléments constitutifs, quant au consentement de la victime (Section 1) et quant à l'intention de l'auteur (Section 2).

Section 1 : L'influence de l'âge quant au consentement de la victime

181. Les faits justificatifs sont limitativement énumérés par la loi, et le consentement de la victime n'étant pas prévu, il ne saurait neutraliser la répression des infractions. Le droit pénal est une réaction de la société à un fait troublant l'ordre public, il paraît donc inconcevable de faire dépendre la réaction de la société dans son ensemble de la liberté individuelle. Ainsi, semblerait-il incongru de s'intéresser au consentement de la victime. Néanmoins, certaines infractions supposent, pour être constituées, l'absence de consentement de la victime. Elles ne remettent pas le principe précédent en cause, en ce que le consentement ne neutralise pas la répression puisque l'infraction n'est pas caractérisée. Le consentement intervient alors en amont du processus, il n'est pas un fait justificatif intervenant une fois l'infraction caractérisée, mais un obstacle même à la caractérisation de l'infraction. Le droit pénal multiplie récemment le nombre d'infractions supposant l'absence de consentement de la victime traduisant la prise en compte toujours plus prégnante de la liberté individuelle y compris en droit pénal. Cependant, pour prendre en considération le consentement de la victime, encore faut-il que cette victime puisse valablement consentir, ce qui se traduit différemment pour la victime mineure (A) et la victime majeure vulnérable (B).

I- La difficile appréhension du consentement du mineur

182. Nombre d'infractions accorde désormais une place au consentement de la victime, mais nous retiendrons la question des infractions sexuelles laquelle est la plus caractéristique des difficultés en la matière. Nous relèverons ici les difficultés du droit positif (A), avant d'envisager de possibles évolutions (B).

A- De lege lata

183. L'influence de l'âge sur l'absence de consentement a été une des questions les plus controversées des dernières décennies et a connu un nouveau rebondissement, qui n'est pas des plus heureux, avec la (malheureuse) loi du 8 février 2010 ayant inscrit l'inceste dans le Code pénal.

Le bon sens¹ nous conduit de prime abord à nous demander si le mineur peut valablement consentir de manière générale, et à une relation sexuelle en particulier. En droit civil, la validité du consentement n'est-elle pas subordonnée à la capacité du cocontractant ? Au-delà des vices juridiques du consentement, celui-ci peut ne peut pas être libre. En effet, celui qui consent doit être à même de comprendre la portée de ces actes, et c'est bien cette faculté qui fait cruellement défaut au mineur, du moins lorsqu'il est très jeune. Ce n'est pas seulement l'âge donné du mineur qui influe, mais les circonstances de fait, notamment si l'auteur des faits a sur lui une autorité dont il abuse.

184. Dès lors, il n'est pas surprenant de trouver une incrimination réprimant les atteintes sexuelles sans violence contre les mineurs où la preuve de l'absence de consentement n'est pas requise. Les atteintes sexuelles se définissent par un acte de nature sexuelle porté sur la personne d'autrui, c'est-à-dire tout agissement en rapport avec une activité sexuelle (attouchement, caresses, baisers...). Ainsi, le consentement du mineur de 15 ans et celui de plus de 15 ans à l'égard d'une personne exerçant sur lui une autorité de droit ou de fait, ne saurait être un obstacle à la caractérisation de l'infraction, pas plus qu'à sa répression. Le législateur ne considère pas que le consentement de la victime soit inopérant, mais il nie l'existence d'un tel consentement dans ces hypothèses, le mineur de 15 ans ne peut consentir aux actes sexuels. Cependant, on remarquera que l'incrimination est limitée aux actes les moins graves, il en va différemment des actes les plus graves compris dans les agressions sexuelles.

185. Toutes les agressions sexuelles présentent comme élément constitutif l'absence de consentement de la victime, en cas de relations sexuelles librement consenties le droit pénal ne saurait intervenir. Dans le texte d'incrimination, l'absence de consentement se déduit du fait que l'auteur ait eu recours à *la violence, la contrainte, la surprise ou la menace*² pour parvenir à ses fins. La difficulté réside donc, pour des faits commis à l'encontre de mineurs, dans l'établissement de l'absence de consentement dès lors qu'il n'y pas eu utilisation de l'un des procédés. Certains juges du fond, au lieu de recourir à l'incrimination d'atteinte sexuelle, pour assurer une juste qualification des faits, déduisaient du jeune âge de la victime la caractérisation d'une contrainte.

¹ Guidé par M.-L. RASSAT, *op. cit.*

² Art 222-22

186. Toutefois, l'absence d'un des quatre procédés a-t-elle pour autant comme corollaire le consentement de la victime mineure ? La Cour de cassation a d'abord répondu par la négative considérant que la contrainte était caractérisée par l'âge des victimes suffisamment peu élevé pour les rendre incapable d'avoir une idée de ce qu'est la sexualité, les empêchant de comprendre la portée de leurs actes, et donc d'y consentir¹. La Haute juridiction est ensuite revenue sur sa position considérant que la surprise ne pouvait résulter du seul âge de la victime² en refusant de confondre éléments constitutifs et circonstances aggravantes. En effet, si la minorité est retenue pour caractériser l'un des procédés de l'agression sexuelle, elle ne peut venir aggraver l'infraction. Sous couvert d'une application du principe de légalité, la Cour de Cassation maintint la solution³ durant plusieurs années. Cette position pêchant par un excès de rigueur était néanmoins difficilement justifiable, notamment au regard de certaines circonstances d'espèce. Ainsi, dans un arrêt rendu le 7 décembre 2005, la Chambre criminelle décida que justifie sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer un prévenu coupable d'atteintes sexuelles avec violence, contrainte, menace ou surprise sur trois mineurs âgés d'un an et demi à cinq ans, énonce que l'état de contrainte ou de surprise des victimes résulte de leur très jeune âge qui les rendait incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur étaient imposés. On ne peut que saluer cette jurisprudence, sur le plan des faits, tant la recherche du consentement de jeunes enfants nous paraît être aberrante. La solution est toutefois jurisprudentielle, elle demeure donc largement incertaine en ce qu'elle relève du pouvoir d'appréciation des juges, qui devront fixer arbitrairement le « très jeune » âge.

187. On peut alors observer que cette considération n'a rien à voir avec la « différence d'âge » entre la victime et l'auteur, que la loi du 8 février 2010 a pourtant introduite à l'article 222-22-1 du Code pénal. Il s'agissait d'assouplir le régime de la preuve du consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles, la censure du Conseil constitutionnel étant intervenue sur la définition de la notion de famille, la disposition n'a pas été abrogée. L'article énonce que *la contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peut être physique ou morale. La contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime*. Dès lors, ce n'est plus le jeune âge de la victime qui caractérise la contrainte, mais la différence d'âge entre la victime et l'auteur. De plus, cette différence d'âge doit s'ajouter à l'autorité de droit ou de fait, comme le montre la conjonction *et*. Plusieurs remarques s'imposent. Tout d'abord, l'âge de la victime et la relation d'autorité, sont placées au rang d'éléments constitutifs, alors qu'ils sont également des circonstances aggravantes. On regrettera la confusion faite entre éléments constitutifs et circonstances aggravantes, « si le législateur a entendu donner à une circonstance de commission

¹ Crim, 11 juin 1992 Bull. crim., n°228

² Crim, 21 oct. 1998 Bull. crim., n°274

³ Crim, 3 mars 2001, *Juris-Data* N°2001-011717, Crim, 10 mai 2001 Bull. crim., n°116

le rôle de circonstance aggravante, c'est qu'elle ne peut constituer en elle-même le cœur de l'incrimination, sinon... elle ne serait pas circonstance aggravante de celle-ci ! »¹.

188. Ensuite, si l'âge et l'autorité sont retenus comme élément constitutif, ils ne pourront plus l'être comme circonstance aggravante, un même fait ne pouvant fonder à la fois un élément constitutif et une circonstance aggravante. Alors que la loi devait faciliter la répression de l'inceste, elle rend impossible l'aggravation de la répression justement en cas d'inceste.

189. Enfin, le critère de la différence d'âge paraît bien arbitraire², et gomme ce qui fondait la position de la jurisprudence, le jeune âge de la victime. Le législateur met ici l'accent sur la relation entre l'auteur et la victime, alors que c'est la victime qui devrait être davantage prise en considération pour la caractérisation du consentement. De plus, cette différence entraînera nécessairement des divergences d'appréciation quant à l'évaluation chiffrée de cette différence entre les juridictions.

190. La source de l'erreur paraît alors résider dans une confusion du législateur entre le traitement du consentement de la victime mineure et celui de l'inceste. L'article 222-22-1 semble induire que l'absence de consentement du mineur ne peut être constatée que dans les relations incestueuses impliquant une contrainte morale. Sans doute le législateur tire-t-il les conséquences du fait que souvent les violences et les menaces sont utilisées par les tiers au cercle familial, alors que dans celui-ci ce sont la contrainte et la surprise qui sont utilisées via l'autorité. C'est peut-être le cas dans la majorité des hypothèses, mais la loi se doit être générale, et on peut envisager des faits commis hors du cercle familial, justement sans violence en raison du jeune âge des victimes. Si la parenté ou l'autorité peut indéniablement jouer un rôle dans l'imposition des actes, et éviter le recours à l'un des procédés, en l'absence d'une telle relation, le jeune âge peut également rendre inutile le recours à la violence. C'était le cas dans l'arrêt du 7 décembre 2005, ce n'était pas une question de contrainte morale, mais simplement que les enfants n'étaient pas à même de comprendre quoi que ce soit à ce qu'on leur imposait.

Le but des quatre procédés des agressions sexuelles est d'établir l'absence de consentement de la victime, or si l'on admet qu'il n'y a pas de consentement possible du mineur, la preuve de l'usage des procédés est inutile. De plus, fonder la répression sur une contrainte morale nous paraît bien artificiel. La contrainte morale se définit comme une menace faite à quelqu'un de lui faire du mal ou à ses proches³, voire par une promesse, elle suppose d'avoir obligé la victime, de l'avoir forcée, ce qui n'est pas nécessairement le cas des victimes mineures. L'agent profite de l'ignorance de la victime mineure, plutôt qu'il ne la pousse à accepter les actes sexuels, nombre d'affaires démontre

¹ C. Guéry, Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste, *Aj pénal* 2010.126

² A. Lepage, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G.* n°22, 22 mars 2010, doct. 335

³ La contrainte morale recouvre la menace, pourtant expressément visée par le texte.

que les mineurs se disent consentants, voire sollicitent les relations sexuelles avec le majeur¹. La contrainte est un élément constitutif, qui est justement absent dans ces hypothèses, la matérialité étant caractérisée par les seuls actes sexuels.

L'âge de la victime relève du contexte de l'infraction, c'est plutôt une condition préalable qu'un élément constitutif, il est alors maladroit d'assoir un élément constitutif – la contrainte- sur une condition préalable. La jurisprudence était bien astreinte de recourir à la notion de contrainte pour se conformer au principe de légalité pénale, mais le législateur aurait pu faire davantage preuve de réalisme en la matière.

191. Quoi qu'il en soit, cette complexification réside dans le fait que le législateur exige toujours la preuve de l'absence de consentement du mineur. Or, « la recherche de l'existence ou de l'absence du consentement de l'enfant est un non sens. Il n'y a de consentement que lorsqu'il y a discernement »². En matière de responsabilité pénale des mineurs, le principe est que le mineur est responsable, à condition qu'il soit doté de discernement³. Dès lors qu'on rapporte la preuve qu'il n'y a pas de discernement, sa responsabilité est écartée. Il paraîtrait donc opportun de prendre en compte le discernement du mineur, et donc son absence, plutôt que son consentement. On distinguerait alors selon que le mineur était ou non, doté de discernement au moment des faits. Se pose alors la question de l'opportunité d'une présomption d'absence de consentement des victimes mineures d'agressions sexuelles, dont découleraient diverses conséquences.

B- De lege ferenda

Nous nous interrogeons ici sur l'opportunité d'une présomption d'absence de consentement des mineurs aux actes sexuels, puis sur le maintien de l'incrimination des atteintes sexuelles.

192. Diverses vertus découleraient d'une présomption d'absence de consentement du mineur. Les difficultés inhérentes au consentement du mineur seraient tout d'abord écartées, il ne serait plus nécessaire de rapporter la preuve de l'absence de consentement. On éviterait ensuite le brouillage entre conditions préalables, éléments constitutifs et circonstances aggravantes au stade de la répression, mais également dans les définitions des infractions tant l'usage de la minorité, comme condition préalable, comme circonstance aggravante, voire comme élément constitutif est confus. Enfin, une telle présomption poserait la question du maintien de l'incrimination d'atteinte sexuelle.

¹ Crim, 29 mars 2006, n°05-84.552 « il ressort des propres constatations de l'arrêt, à propos des faits commis lorsqu'elle passait ses vacances seule, à l'âge de 13 ans, avec les deux adultes, que Mélody Z... a déclaré qu'elle s'était sentie obligée d'accepter des relations sexuelles avec acte de pénétration, qu'elle avait fini par dire oui aux demandes réitérées des adultes et qu'elle a précisé que si (sa) bouche (avait) dit oui (son) corps avait dit non.

² C. Guéry, L'inceste : étude de droit pénal comparé, D. 1998 chron. 47

³ Art 122-8 du Code pénal

193. En effet, dès lors que l'on ne parvient pas à caractériser la violence, la menace, la contrainte ou la surprise à l'encontre d'un mineur, la qualification d'atteinte sexuelle est préférée à celle d'agression sexuelle. L'agression sexuelle se définit comme une atteinte sexuelle commise avec violence, menace, contrainte ou surprise¹. Elle peut prendre la forme d'un viol, se caractérisant alors par un acte de pénétration sexuelle sur la victime² ou d'une « autre agression sexuelle », c'est-à-dire un acte sexuel sans qu'il y ait pénétration.

194. Ainsi, la Cour de Cassation a pu reprocher à une Cour d'Appel, alors que la contrainte n'était pas caractérisée, de ne pas avoir recherché si les faits étaient constitutifs d'une atteinte sexuelle³. On ne s'intéresse dès lors pas à la matérialité des actes imposés, le seul fait qu'il y ait consentement entraîne la qualification d'atteintes sexuelles. Il importe peu que la victime ait été pénétrée ou non, à défaut de violence, le viol ne pourra être retenu. La spécificité du viol par rapport aux atteintes sexuelles réside dès lors plus dans l'absence de consentement que dans son résultat spécifique qu'est la pénétration. On donne davantage d'importance au consentement du mineur qu'à l'acte qu'il a subi, alors même que ce consentement est impossible. Ainsi, si les infractions les moins graves sur un enfant mineur peuvent être poursuivies, le consentement ne faisant pas obstacle à la caractérisation des atteintes sexuelles sans violence, lorsque la victime est pénétrée, il faudra prouver l'absence de son consentement. « Peu importe que l'enfant ait consenti à un attouchement sans violence. Même s'il approche de ses 18 ans, son père peut être poursuivi... alors que s'il a 10 ans et a été pénétré, la nécessité de la démonstration de l'absence de son consentement est exigée ! »⁴.

195. Alors que le résultat spécifique de la pénétration est pris en compte pour les victimes majeures, puisqu'il fonde la divergence entre le viol et les agressions sexuelles, entraînant une sanction différente, celui-ci n'est pas pris en compte pour les victimes mineures. Qu'il y ait ou non pénétration, les atteintes sexuelles sont retenues. Ce vide juridique porteur d'une protection paradoxale du consentement des mineurs est alors difficilement compréhensible. On pourrait envisager une infraction résidant dans un acte de pénétration sexuelle commis sans violence, contrainte, menace ou surprise à l'encontre des mineurs. La coexistence des agressions sexuelles et des atteintes sexuelles, où la minorité de la victime est tantôt une circonstance aggravante, tantôt une condition préalable (frontière d'autant plus troublée par l'insertion de l'article 222-22-1) pourrait paraître inutile, et la différence de sanctions peu opportune⁵.

¹ Art 222-22

² Art 222-23

³ Crim, 28 février 2001, n°00-82.548

⁴ C. Guéry, L'inceste : étude de droit pénal comparé, *D*1998.47

⁵ 20 ans de réclusion criminelle (viol aggravé), 10 ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende (agressions sexuelles aggravées), 5 ans et 75 000 euros d'amende (atteinte sexuelle) ou 3 ans et 45 000 euros d'amende (atteinte sexuelle sur un mineur de plus de 15 ans)

196. Néanmoins, l'incrimination d'atteinte sexuelle assure la nuance que le législateur entend apporter aux hypothèses d'actes sexuels commis sur des mineurs ne relevant plus de l'enfance et exprimant un consentement aux actes sexuels. La *ratio legis* de l'incrimination est de sanctionner ceux qui profitent de l'ignorance, de la faiblesse et de l'immaturation des mineurs. « La minorité objet de protection de la loi pénale ne saurait être exploitée à des fins de désertion de cette qualification spécifique, pour rebondir à volonté sur les infractions plus graves de viol ou d'agression »¹. Le consentement du mineur est alors source d'une diminution de la peine encourue, ainsi sa prise en compte doit-elle être circonscrite à des situations où l'âge de la victime est suffisamment élevé. Une présomption d'absence de consentement des mineurs en deçà d'un certain âge, associé le cas échéant à l'abus d'autorité, ne supprimerait pas la nuance recherchée par les atteintes sexuelles, qui est pertinente.

197. Par la présomption d'absence de consentement des mineurs aux relations sexuelles, demeurerait le viol, lorsqu'il y a pénétration sexuelle et les agressions sexuelles, en l'absence de pénétration sexuelle. Pour les majeurs, la preuve de la violence, contrainte, menace ou surprise devrait être rapportée, alors qu'elle ne serait pas nécessaire pour les mineurs. Face à une présomption simple, l'agent serait toujours à même de rapporter la preuve du discernement du mineur (et non pas de son consentement).

198. Les opposants d'une telle présomption soulèvent l'épineuse question de l'âge des mineurs qu'il faudrait prendre en considération. Mais comme le rappelait un auteur, la fixation d'un seuil d'âge est toujours injuste², mais elle est nécessaire. Par essence, le seuil d'âge est une fiction juridique, et le législateur ne saurait prétendre déterminer l'âge de la majorité sexuelle tant elle dépend des circonstances relatives à l'environnement, l'éducation, l'apparence physique, la maturité ou l'ouverture d'esprit du mineur. « La question qui se pose réellement en droit pénal n'est pas, en effet, celle de savoir à partir de quel moment la "victime" peut librement disposer de son corps mais jusqu'à quel âge de la victime l'auteur des faits est coupable d'avoir, avec un mineur, même consentant, des relations sexuelles »³. Le seuil de dangerosité de l'individu recherchant des plaisirs sexuels avec un enfant paraît alors se situer autour de 13 ans⁴, un tel âge paraîtrait alors pertinent, mais conduirait à une nouvelle dissection de la minorité. L'âge de 15 ans présenterait l'avantage de s'aligner sur l'âge prévu par les atteintes sexuelles.

Ce serait alors faire fi de l'article 227-27 du Code pénal prenant en compte la spécificité des relations incestueuses qui incrimine les faits commis sur un mineur âgé de 15 et 18 ans. En effet, il ne paraît pas pertinent dans ce cas d'exiger la preuve de la violence, contrainte, menace ou surprise, tant le consentement n'apparaît pas être donné librement. Cependant, le législateur

¹ Y. Mayaud, Viol ou atteinte sexuelle ? De l'appréciation des faits à la restitution du droit... *RSC* 2006.828

² C. Lazerges, *Op.Cit.*

³ M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, 593

⁴ *Ibidem*

opère une différenciation entre les victimes d'inceste qui ont moins de 15 ans et celles qui ont plus de 15 ans. Cette dichotomie dans le traitement des relations incestueuses apparaît alors peu pertinente, voire injuste pour les victimes de plus de 15 ans. Un alignement du régime des atteintes sexuelles commis par un ascendant ou une personne abusant de son autorité sur les mineurs de moins de 15 ans et ceux de plus de 15 ans, serait alors un gain de cohérence.

199. La présomption d'absence de consentement ne ferait pas obstacle à l'aggravation de la peine par la minorité de la victime ou la qualité de l'auteur. Une telle présomption assurerait de retenir un viol là où le droit pénal ne voit souvent qu'une atteinte sexuelle, néanmoins il paraîtrait opportun de prendre en compte la spécificité du résultat qu'est la pénétration sexuelle y compris lorsque le mineur exprime un consentement, c'est-à-dire au sein des atteintes sexuelles. Enfin, l'alignement du régime des atteintes sexuelles incestueuses nous paraîtrait être source de cohérence quant au consentement des mineurs, que le système actuel peine à appréhender. Cette présomption nous paraît d'autant plus plausible qu'elle existe, sous différentes formes, dans la majorité des législations étrangères¹. Quitte à envisager des modifications, on pourrait imaginer que le législateur en profite pour expliciter les différentes notions de manière autonome, il cesserait alors de les définir les unes par rapport aux autres, ce qui conduit à une regrettable absence de définition².

Si l'appréhension du consentement des mineurs se caractérise par sa difficulté, celle du majeur peut également être source d'incertitude.

II- La valeur du consentement de la personne affaiblie par l'âge

200. Pour apprécier la valeur du consentement de la personne vulnérable en raison de son âge, il convient de revenir sur une rapide étude des manifestations de « la vieillesse » (A), avant d'en voir les conséquences sur le plan pénal (B).

A- La réalité de la vieillesse

201. « L'un des privilèges de la vieillesse, c'est d'avoir, outre son âge, tous les âges »³, cependant ce n'est pas le seul. Il est difficile de distinguer le vieillissement normal et le vieillissement pathologique, il y a en la matière une imbrication des phénomènes biologiques, psychologiques, et sociologiques. Pour dresser un bilan de l'état de santé des personnes âgées, le livre blanc de la gériatrie française⁴ utilise plusieurs indicateurs.

¹ Pour n'en citer que quelques uns : Allemagne, Espagne, Angleterre, Pays de Galle, Italie, Suisse, Danemark, Autriche, Etats-Unis.

² Le viol est une agression sexuelle, l'agression sexuelle est une atteinte sexuelle, et l'atteinte sexuelle est une ... atteinte sexuelle !

³ V. Hugo

⁴ C. Jeandel, J.-P. Aquino, G. Berrut, et al. , *Livre blanc de la gériatrie française*, Paris : ESV Productions 2011

202. Tout d'abord la perception qu'ont les individus de leur propre santé, il en ressort qu'une minorité des personnes âgées se perçoit en bonne santé, laquelle se dégrade à peu près à l'âge de 84 ans¹. En effet, on relève des « polyopathologies » chez les personnes âgées, c'est-à-dire une multiplication de maladies chez la même personne, des maladies cardiovasculaires pour le plus grand nombre. Il y a ensuite des troubles moins importants : des problèmes de vue et des problèmes d'audition. Avec l'âge, il y a également un risque accru de fracture notamment du col du fémur, associé à un risque accru de chutes. Il faut enfin relever la prévalence de la démence.

La vieillesse se traduit par des limitations fonctionnelles et de l'activité, plaçant les personnes dans l'impossibilité de réaliser au moins une activité mettant en œuvre une fonction physique (lever le bras, soulever un sac, marcher...). Ainsi, l'incapacité absolue de réaliser les actes essentiels de la vie courante comme se nourrir touche de nombreuses personnes âgées.

On relève également des limitations cognitives par l'effet du processus physiologique dégénèrescent qu'est le vieillissement, mais aussi des troubles psychiques, parmi lesquelles l'anxiété et la dépression. Ils peuvent se traduire par une excessive réceptivité aux moindres événements de la vie, des difficultés de compréhension et d'expression. Dans les cas les plus graves, on constate des démences séniles, de type Alzheimer ou non, engendrant des troubles de la mémoire, de la concentration, de l'élocution, de la localisation spatio-temporelle, ou de l'abstraction².

203. Ces facteurs se combinent avec un environnement social qui peut être défavorable à la suite de la perte d'un proche ou l'isolement géographique. Ainsi, les circonstances peuvent placer les individus dans des situations de dépendance, qui couplées à la faiblesse physique, les rendent bien incapable d'opposer une quelconque défense à leurs agresseurs. Relevons tout de même que ce n'est pas le grand âge, mais la maladie causée par l'âge qui entraîne la dépendance. En effet, il n'y a pas de lien nécessaire entre l'avancée de l'âge et la dépendance de la personne, éminemment variable d'un individu à l'autre.

204. La situation des personnes âgées ne peut être appréhendée de manière unique, il y a une diversité de manifestation de la vieillesse par des troubles de natures différentes à la portée variable, tout comme il y a une multitude d'âges des personnes âgées³.

À la différence des mineurs, ce n'est pas nécessairement une question de discernement. Si pour les mineurs, on peut présumer qu'ils n'ont pu consentir aux actes subis, le degré de discernement du majeur mérite d'être évalué.

¹ Si entre 65 et 74%, plus de 50 % des personnes s'estiment en bonne voire très bonne santé, le pourcentage chute à 35 % entre 75 et 84 ans.

² Ph. Thomas., C. Hazif-Thomas, C. Pradere, c., et P. Darieux, Dépendance affective de la personne âgée et abus de faiblesse, *La Revue Gériatrie* 1994, n°6 cité dans J.-P. Gridel, L'âge et la capacité civile, *D.* 1998. 90

³ Elles sont plus ou moins âgées.

B- L'appréhension de la liberté du consentement

205. Dès lors que l'âge s'accompagne de déficiences psychiques telles que la personne âgée est dépourvue de discernement, son consentement ne pourra être invoqué de manière utile, il ne sera pas valable.

Il en ira différemment si le majeur, bien qu'affaibli par l'âge, n'est pas dépourvu de toutes ses facultés mentales. En effet, ce n'est pas un obstacle pour la jurisprudence, la Cour de cassation a pu valider une Cour d'Appel ayant relevé que la victime « avait toute sa tête », mais dont l'autonomie de jugement était diminuée, la rendant incapable de résister psychologiquement aux insistances de l'auteur de l'infraction. L'auteur de l'infraction, bien que n'usant pas de violence, va conduire la personne à lui remettre un bien ou lui donner son consentement. Pour autant, il ne s'agit pas non plus d'une mise en scène ou de manœuvres frauduleuses, comme dans le cadre de l'escroquerie où le consentement est trompé par une mauvaise représentation de la réalité.

206. L'auteur va véritablement exploiter la faiblesse de la victime pour parvenir à ses fins, laquelle n'aura plus sa capacité de jugement et sera conduite à un acte qui lui sera préjudiciable. Le législateur punit le comportement de celui qui tire profit de la vulnérabilité d'autrui au titre des atteintes aux personnes. Certes, il y a une dimension patrimoniale dans l'infraction, mais par le déplacement au sein des atteintes aux personnes¹, celle-ci a perdu « sa valeur de référence »². C'est la considération de la personne qui est mise au premier plan, et plus précisément son consentement. L'auteur ne fait pas seulement abstraction de la faiblesse de la personne vulnérable, il l'utilise pour obtenir l'agrément qu'il n'aurait pu obtenir sans manipulation. L'infraction est donc une atteinte à la liberté du consentement de la victime.

207. Ainsi, dès lors que la vulnérabilité de la personne âgée sera établie, l'invocation d'un quelconque consentement ne saurait prospérer, car celui-ci n'a pas été donné de manière libre et éclairée, au contraire, il a été extorqué. Ce qui aurait nécessité stratagèmes ou violences à l'égard de toute personne est rendu aisément possible sur la victime du seul fait de sa vulnérabilité. De la même manière, ce qui aurait nécessité stratagèmes ou violences pour être répréhensible est rendu punissable du seul fait de la vulnérabilité de la victime. Dès lors que la vulnérabilité est suffisamment importante, le consentement de la victime devient inopérant à faire obstacle à la caractérisation de l'infraction.

Lorsqu'il est peu élevé, ou au contraire très élevé, l'âge impose d'apprécier la valeur du consentement de la victime. La prise en compte de l'âge dans la définition des infractions influe également la caractérisation de l'intention de l'auteur.

¹ *V. Infra*

² Y. Mayaud, Abus de faiblesse et testament, une relation intrinsèquement préjudiciable, *RSC* 2009. 100

Section 2 : L'influence de l'âge quant à l'intention de l'auteur

Conformément aux principes en la matière, dès lors que l'âge fait partie des éléments constitutifs de l'infraction, il est donc nécessaire que l'agent ait eu connaissance de cet âge, et qu'il ait choisi de profiter de la faiblesse engendrée par cet âge pour commettre l'infraction. Cependant, lorsque l'âge de la victime intervient non pas en tant que condition préalable, mais comme circonstance aggravante, la connaissance de l'âge de la victime est-elle nécessaire ? Il convient donc d'envisager le traitement de l'erreur sur l'âge du mineur (A), avant de se pencher sur la nécessaire connaissance ou apparence de l'âge de la victime vulnérable (B).

I- Le traitement de l'erreur sur l'âge du mineur

En matière d'infractions intentionnelles, la preuve de l'intention doit être rapportée, aux vues de la matérialité des infractions concernant les mineurs, il paraît peu probable que cela pose des difficultés, excepté le cas de l'erreur sur l'âge. En effet, certains comportements ne sont érigés en infraction qu'en considération de la minorité de la victime, l'erreur sur l'âge devrait alors permettre d'éviter la répression. De manière ponctuelle, le législateur peut lui-même prévoir l'erreur sur l'âge du mineur, ce qui est le cas de l'auteur d'une vente ou d'offre gratuite de boissons alcooliques à des mineurs de 16 ans. Il pourra rapporter la preuve qu'il a été induit en erreur¹.

208. Pour caractériser l'intention, il faut prouver que l'agent s'est fait une juste représentation de la réalité, qu'il a intégré psychologiquement les circonstances qui ont entouré la commission de l'infraction et qu'il connaissait parfaitement toutes les composantes de son action. L'intention suppose alors la connaissance des conditions préalables, et donc la connaissance de l'âge de la victime.

L'erreur de fait n'étant pas un fait justificatif, elle est ici prise en compte dans la mesure où elle fait obstacle à la caractérisation de l'intention. C'est à la partie poursuivante de rapporter la preuve que l'infraction est caractérisée, et donc de ramener la preuve de l'intention. Il devrait alors incomber au juge d'établir qu'il n'y a pas eu d'erreur sur l'âge de la victime. Les solutions prétoriennes ne vont pourtant pas en ce sens, elles exigent de celui qui invoque l'erreur sur l'âge de la victime qu'il rapporte la preuve de cette erreur. La preuve semble pouvoir être rapportée par l'apparence physique de la victime, encore que l'erreur n'ait pas résulté d'une négligence de la part de l'auteur. Si une telle erreur est improbable lorsque le mineur est très jeune, elle devient plausible lorsque le mineur s'approche des 15 ou 18 ans selon les cas, tant la différence entre des mineurs de 15 et 17 ans, ou 17 et 19 ans peut être tenue.

¹ Art L3353-5 du Code de la santé publique

Ainsi, un prévenu a pu arguer de son ignorance relative à l'âge de la victime, 17 ans en l'espèce, pour des faits de recours la prostitution d'une mineure. La Cour d'appel de Paris retint qu'il n'était pas possible qu'il eut ignoré l'âge de la victime qui ressortait « à l'évidence de son apparence physique ». La Cour de cassation suivit la Cour d'appel en considérant que « le prévenu [n'avait] pu se méprendre sur l'âge de la victime »¹. La solution a pu paraître sévère, en raison « de la relativité de l'appréciation de l'âge, maquillage et tenue vestimentaire aidant »². En effet, une apparence physique de la victime proche de la majorité est souvent invoquée par l'agent prétendant alors avoir été trompé, ou s'être trompé sur l'âge de la victime. Un tel argument est régulièrement développé en matière d'infractions sexuelles, dès lors qu'une erreur sur l'âge ferait perdre aux faits leur qualification infractionnelle. La jurisprudence est peu encline à recevoir une telle défense qui « ne saurait être admissible qu'autant qu'il justifierait d'une erreur dont il ne serait pas responsable, et non pas de celle qui consisterait à prétendre que le développement physique des mineurs pouvait faire illusion sur leur âge »³. Ainsi, l'erreur sur l'âge doit résulter d'un élément extérieur à la personne du prévenu dont il ne serait pas responsable⁴. La Cour de cassation rappelle alors à l'agresseur la nécessité « de s'informer sur l'âge de la victime »⁵ ou « de s'assurer de sa majorité »⁶.

L'erreur sur l'âge est donc rarement retenue tant pour les infractions où l'âge est une condition préalable que lorsqu'il est une circonstance aggravante.

209. Contrairement à la vulnérabilité, le législateur n'exige pas expressément que la minorité soit *connue ou apparente* de l'agent. On peut donc en déduire que l'infraction serait aggravée quand bien même l'auteur de l'infraction aurait ignoré l'âge de la victime. Cette position, si elle est celle de la jurisprudence, n'est pas partagée par toute la doctrine⁷. Certains estiment que l'intention de l'agent doit se vérifier tant à l'égard de la matérialité de l'infraction, qu'à l'égard des circonstances aggravantes, considérant l'infraction aggravée comme une infraction autonome. Cependant, lors des débats sur la réforme du Code pénal, le législateur a exprimé que la minorité constituait « un cas spécial », « un cas particulier de circonstances aggravantes »⁸ pour lequel il n'était pas nécessaire que l'auteur ait eu connaissance de la minorité. Il s'agit d'apporter une protection particulière au mineur subissant l'agression d'un criminel. L'erreur sur l'âge aura d'autant moins de chance de prospérer lorsque l'auteur était un proche de

¹ Crim, 29 mars 2006, Bull. crim., n°96

² P.Rémilleux, *AJP* 2006, p 262

³ Crim. 4 janv. 1902, *DP* 1902. 1. 528

⁴ TGI Paris, 6 sept. 2004, JurisData n° 2004-280369

⁵ Crim, 31 oct. 2001, n° 00-87.812

⁶ Crim, 31 mars 2004, n°03-85.624

⁷ J. Ortolan, *Éléments de droit pénal* et G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc *Droit pénal général* n°439 cités dans JACOBET de NOMBEL, C., *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2006, p87

⁸ JO Sénat, CR 24 avril 1991

la victime, ce qui est le cas des atteintes sexuelles sur mineur entre 15 et 18 ans, et chaque fois que sera retenue la circonstance d'abus d'autorité.

L'apparence de majorité n'est donc pas un obstacle à la répression, cette sévérité traduit alors un objectif de protection des victimes mineures. Le législateur peut aller plus loin en utilisant l'apparence de minorité pour déclencher la répression : comme présomption dans le cas de la diffusion d'image pornographique¹, ou comme fiction dans le cadre des propositions sexuelles via des moyens de communication électronique².

Si l'erreur sur l'âge de la victime mineure n'est pas opérante, la méprise sur l'âge de la victime majeure semble être un obstacle à la caractérisation de l'infraction.

II- La nécessaire apparence ou connaissance de l'âge de la personne vulnérable

210. En la matière, le texte d'incrimination exige expressément que la particulière vulnérabilité de la victime soit connue ou apparente. Envisagée via le prisme de la cause de vulnérabilité de l'âge, dès lors que la matérialité ne saurait résulter de la seule constatation de l'âge avancé de la victime, l'intention ne saurait résider dans la seule connaissance que l'auteur avait de l'âge de la victime. C'est la connaissance ou l'apparence de la faiblesse engendrée par l'âge qui doit être démontrée. Ainsi, la faiblesse est ostensible dès lors qu'une personne âgée souffre d'hallucinations, de confusions, d'incuries et de troubles du comportement³. En outre, dès lors que l'auteur des faits entretenait des relations avec la victime, la preuve de la connaissance de l'état de faiblesse sera rapportée, il en va ainsi du conseiller financier en charge des intérêts de la victime⁴, du médecin de la victime⁵ ou de son aide ménagère⁶. La jurisprudence se contentant en la matière de constater que le prévenu « voyait quotidiennement » la victime⁷, connaissait donc l'état de faiblesse de ses grands-parents, le prévenu qui s'était installé chez eux et demeurait oisif⁸.

211. Il faut aussi faire état d'une curiosité rédactionnelle aujourd'hui corrigée en la matière. En effet, si la vulnérabilité en tant que circonstance aggravante exigeait qu'elle soit apparente *ou* connue de l'auteur, lors de l'introduction de l'article 225-12-1 du Code pénal par la loi du 12 mai 2001, le législateur exigeait que la vulnérabilité soit connue *et* apparente. Il fallait alors rapporter cumulativement la preuve de la connaissance et de l'apparence. Or, si la vulnérabilité de la victime est apparente, elle est nécessairement connue, et si elle est connue, il

¹ V. n°231

² V. n°236

³ Crim, 29 avril 2003, n°02-86.654, Crim, 16 oct. 2007, n°06-88.897

⁴ Crim, 5 sept. 2001 n°00-87.279

⁵ Crim, 5 oct 2004, n°02-86.522

⁶ Crim, 4 sept. 2007, n°06-87.997

⁷ Crim, 5 avril 2011, n° 10-84.355

⁸ Crim, 11 déc 2013, n° 12-86489

n'apparaît pas utile de rapporter en plus la preuve de l'apparence. Si le législateur a prévu le cas où la vulnérabilité est connue de l'auteur, c'est justement pour couvrir les cas où elle n'est pas apparente. La double exigence apparaissait alors redondante aux yeux de la Cour de cassation, qui préconisa dans son rapport de 2005 de modifier la rédaction de l'article, relevant que l'ancien article 313-4 ne l'exigeait pas. L'exigence s'avérait excessivement sévère sur le terrain de la preuve, et de nature à faire obstacle à la répression des abus commis sur les plus faibles que le législateur cherchait pourtant à rendre plus efficiente.

212. Ainsi, la loi du 12 mai 2009 est venue remplacer l'expression *connue et apparente* par *connue ou apparente*. Cette loi rend la caractérisation de l'infraction plus aisée, et est donc plus sévère à l'égard de l'auteur d'une infraction, elle n'est donc pas rétroactive.

213. Enfin, il faut relever que cette exigence concerne l'auteur de l'infraction, et s'inscrit donc plus dans la logique répressive que dans un unique objectif de protection. Cela pourrait apparaître comme un obstacle à la protection de la victime vulnérable, mais le droit pénal n'est pas un droit de protection, il est bien un droit de répression, venant sanctionner des comportements. Ainsi, cette exigence est-elle non seulement tout à fait légitime, mais surtout un encadrement nécessaire de la réaction pénale.

L'âge de la victime, mineure ou majeure, intervient donc au sein des incriminations de droit commun. S'il peut être un obstacle à la caractérisation des infractions en raison des difficultés qu'il engendre, dès lors que l'infraction est caractérisée, il opérera comme facteur d'aggravation de la répression. Si la catégorisation des incriminations se fait ici de manière incidente, par la spécificité de la caractérisation et l'aggravation de la répression, elle peut être faite de manière bien plus apparente par le législateur.

Chapitre 2 : La catégorisation par des incriminations spécifiques à l'âge

Les incriminations spécifiques sont des infractions dont seules certaines personnes peuvent en être les victimes. L'âge peut alors être un critère de « sélection » de certaines infractions, ce que traduit le regroupement spécifique au mineur qu'est le chapitre VII du livre II du Code pénal (Section 1), mais également l'incrimination d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse spécifique à la personne vulnérable (Section 2).

Section 1 : Un regroupement d'infractions spécifiques au mineur

214. L'innovation du Code pénal en 1994 réside d'un point de vue formel sur sa nouvelle présentation, notamment quant à son plan. Désormais, le livre II est consacré aux infractions contre les personnes, il est divisé en deux titres, et sept chapitres dont la distinction semble reposer sur la valeur sociale protégée. Cependant, dès l'origine la logique n'était pas entièrement respectée, comme l'illustre le titre du chapitre VII : « Des atteintes aux mineurs et à la famille ». Ce n'est plus la valeur sociale qui induit le regroupement des infractions, mais la qualité particulière de la victime. Si le chapitre démontre une prise en compte de la spécificité du mineur (I), il acte néanmoins une rupture de logique bien regrettable (II).

I- Un chapitre spécifique traduisant la situation particulière du mineur

215. Dans l'exposé des motifs de la loi de 1986, la volonté affichée était celle d'un code pénal protégeant l'être humain, et renforçant cette défense lorsqu'il s'agit des personnes les plus faibles. Dès la lecture du plan du Code pénal, les infractions contre les mineurs apparaissent comme une catégorie à part, par un chapitre qui leur est spécifiquement consacré. Alors que le livre II s'adresse à la personne humaine, le chapitre VII du Titre 2 a vocation à ne s'appliquer qu'à la victime mineure. Par la forme, le législateur traduit déjà sa volonté de catégoriser les incriminations contre les mineurs par rapport aux autres.

216. Les incriminations ont en général pour victime, *autrui* ou *une personne* puisque la loi doit être générale et impersonnelle et doit s'appliquer à tous. En effet, la loi pénale a vocation à s'appliquer sans considération spécifique de la victime. Néanmoins, à la différence des autres incriminations du Code pénal, celles du chapitre VI sélectionnent une catégorie de victimes à laquelle elles vont s'appliquer : le mineur.

217. Les mineurs sont des personnes, et leur seule appartenance à la catégorie des personnes humaines justifie que le droit pénal leur accorde une protection. L'existence d'un

chapitre spécifique au mineur ne saurait le faire échapper à l'application du droit commun, mais parce qu'il présente une singularité, le législateur lui accorde une protection spécifique au titre d'un chapitre autonome. En effet, le législateur prend acte de ce que le mineur présente une fragilité particulière le plaçant dans une situation de dépendance vis-à-vis de ses parents, de sa famille (A). Le mineur est également dans une situation particulière de fragilité le rendant sensible à des attitudes susceptibles d'avoir des conséquences importantes sur son développement, sa moralité est donc protégée (B).

A- La protection du cadre familial du mineur

Son manque d'autonomie rend indispensable de protéger le lien du mineur à sa famille. Si le rattachement familial du mineur est protégé, c'est non seulement pour permettre que ce lien soit établi, et s'assurer que le mineur reste sous la protection de ses parents (1), mais également pour lui assurer une protection en sanctionnant ceux qui, chargés de l'éducation du mineur, se désintéressent de lui (2).

1- Une atteinte à la filiation

218. L'enfant est une victime dès lors qu'il y a une atteinte à la filiation, il s'agit de protéger le droit de l'enfant à son identité. L'identité est assurée par la déclaration de la naissance de l'enfant à l'officier d'état civil dressant l'acte de naissance. Les comportements susceptibles d'empêcher l'élaboration de cet acte sont érigés en infraction. Au titre d'atteintes directes à l'état civil de l'enfant sont réprimés le défaut de déclaration et le défaut de remise ou de déclaration d'enfant trouvé. Au titre d'atteintes indirectes à l'état civil de l'enfant sont sanctionnées les déclarations mensongères, la provocation à l'abandon ainsi que les entremises à la gestation pour autrui ou à l'adoption.

219. Le défaut de déclaration¹ désigne le fait pour une personne qui a assisté à un accouchement de ne pas procéder à la déclaration prévue à l'article 56 du Code civil dans les formes de l'article 55 du même Code. La déclaration d'enfant mort-né étant obligatoire, il importe peu que l'enfant soit né vivant ou non. Peuvent être coupable de l'infraction, le père de l'enfant, puis à défaut de père, les médecins, sages-femmes ou toute autre personne ayant assisté à l'accouchement. La mère n'est pas tenue de procéder à la déclaration, elle ne peut donc être coupable de l'infraction, mais si elle fait la déclaration elle libère les autres de leur obligation. L'infraction est intentionnelle et repose donc sur une abstention ou une omission durant le délai légal de 3 jours.

¹ Art R645-4

Sont également réprimés le défaut de remise ou de déclaration d'enfant trouvé, si la personne est décidée à se charger de l'enfant¹. Ce sont des contraventions de 5^e classe.

220. L'article 227-13 réprime les déclarations mensongères relatives à l'identité de l'enfant. Elles supposent tout d'abord un enfant vivant, et l'élément matériel repose sur trois comportements différents : la simulation, la substitution, et la dissimulation. La substitution consiste à remplacer l'enfant d'une femme par celui d'une autre. La simulation consiste à attribuer à une femme un enfant dont elle n'a pas accouché, qui est donc l'enfant d'une autre femme dont l'accouchement a fait l'objet d'une dissimulation. La dissimulation consiste à masquer la réalité de la filiation.

221. On peut donc penser aux hypothèses de mères porteuses, une femme abandonnant son enfant au profit d'une autre. La dissimulation consiste à ne pas déclarer l'accouchement, et la simulation consiste à attribuer l'enfant à une femme autre que celle qui a accouché. Sont également visés les cas où des couples ramènent des enfants de l'étranger, et déclarent que l'enfant est né de la femme du couple. La Cour de cassation a jugé que le fait d'avoir fait entrer l'enfant clandestinement en France réalise la dissimulation, alors que la déclaration à l'état civil constituait la simulation². Ainsi, les opérations de simulation et de dissimulation sont très souvent liées. Le caractère intentionnel des infractions suppose donc la conscience de porter atteinte à l'état civil de l'enfant.

Le délit est puni de 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.

222. Afin de lutter contre les pratiques de mère porteuse, la loi du 29 juillet 1994 a complété le dispositif de lutte contre les pratiques de mères porteuses, mais moins par le biais des parents en mal d'enfants que par ceux qui profitent de leur détresse, les intermédiaires.

L'article 227-12 réprime ainsi la provocation à l'abandon d'enfants³, qu'elle soit opérée dans un but lucratif ou par des pressions sur un ou les deux parents, et l'entremise⁴ entre un couple voulant abandonner leur enfant et un candidat à l'adoption lorsqu'elle est commise dans un but de lucre. Ces deux infractions concernent tant l'enfant né ou à naître, c'est-à-dire qu'il s'applique à des enfants conçus, mais qui ne sont pas encore nés. Au contraire, l'alinéa 3 de l'article 227-12 du Code pénal ne s'applique qu'aux enfants à concevoir, et réprime l'incitation au contrat de mère porteuse. En effet, est réprimée l'entremise entre une personne ou un couple souhaitant accueillir un enfant, et une femme acceptant de le porter puis de leur remettre. Il s'agit ici de réprimer l'opération dans sa totalité, en couvrant l'opération consistant à faire naître un enfant en vue de le remettre à un couple, et pas seulement le fait de faire adopter un enfant déjà conçu.

¹ Art R655-5

² Crim, 12 janv. 2000, Bull. crim., n°22

³ Art 227-12 al 1

⁴ Art 227-12 al 2

L'incrimination est le pendant de l'interdiction au sein du Code civil des contrats de mère porteuse¹.

Si la provocation à l'abandon entraîne une peine de 6 mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende, les deux infractions d'entremise entraînent une peine d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende.

Par le truchement de l'atteinte à l'état civil de l'enfant, ce sont en réalité les substitutions et simulations d'enfant qui sont prohibées, dans un but de lutte contre la pratique des mères porteuses. Alors que la filiation est établie, le mineur peut également être victime d'une défaillance parentale.

2- Une défaillance parentale

223. L'enfant peut être une victime lorsque ceux qui sont chargés de lui ne remplissent pas leur obligation. En effet, l'enfant n'est pas en mesure de satisfaire à ses besoins, qu'ils soient matériels ou éducatifs. Certaines personnes sont alors investies de la charge de satisfaire à ces besoins. C'est une obligation légale, c'est pourquoi une défaillance parentale peut faire l'objet de sanctions pénales. La défaillance est réprimée au titre d'un désengagement parental, ou au titre d'une atteinte à l'autorité parentale.

224. Le mineur peut être mis en péril à travers deux types de comportements indépendamment incriminés : l'abandon de famille et l'abandon matériel et éducatif de l'enfant. Remarquons à titre préalable que l'abandon d'enfant est licite lorsqu'il est réalisé dans le respect des formes prévues par les droits civils et l'aide sociale. Sont néanmoins réprimées, les infractions gravitant autour de l'abandon d'enfant, en vue d'enrayer certaines pratiques autour de l'adoption et des mères porteuses².

L'abandon de famille réprime le défaut d'exécution d'une obligation alimentaire. Réprimée à l'article 227-3 du Code pénal, l'infraction érige en condition préalable la reconnaissance d'une dette d'aliment due en raison d'un lien familial passé ou présent ou d'un lien de sang éventuel, exigence aujourd'hui remise en cause³. Elle doit résulter d'une décision judiciaire, mais sa nature importe peu, le texte visant *les pensions, contributions, subsides ou prestations de toute autre nature*. La décision doit être exécutoire, et connue de celui à qui on l'oppose. L'inexécution de l'obligation repose sur le non-paiement qu'il soit total ou partiel pendant plus de deux mois. De plus, l'élément moral repose tout à la fois sur la connaissance de l'obligation, et dans la conscience du défaut de paiement, mais également sur l'absence d'impossibilité de s'acquitter de sa dette. C'est à

¹ Art 16-7 du Code civil : Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.

² V. *Supra*

³ M.-L. RASSAT, *op.cit.*

la partie poursuivante de rapporter la preuve de l'élément moral, c'est donc le Ministère Public qui devrait démontrer que l'agent n'était pas dans l'impossibilité de s'acquitter de son obligation. Cependant, certaines décisions font peser la preuve de l'insolvabilité sur le prévenu, qui apparaît alors plutôt comme une cause exonératoire de responsabilité. Pour être retenue, l'insolvabilité devra découler d'une cause légitime, une maladie ou des difficultés financières, qui ne sont pas le fait du prévenu. L'infraction est sanctionnée de 2 ans d'emprisonnement et 15 000 d'amende.

S'agissant de l'abandon moral ou matériel d'enfant, l'article 227-17 ne peut s'appliquer que dans le cadre d'une relation un enfant mineur et ses parents (contrairement au délaissement qui s'applique à toute personne) puisqu'il exige un lien de filiation entre l'auteur et la victime. Le comportement incriminé vise toute défaillance aux obligations découlant de la qualité de parents, et notamment de l'autorité parentale¹. Il s'agit donc d'une inexécution des obligations, c'est donc une infraction d'omission qui ne nécessite pas que l'auteur ait quitté le domicile. La preuve de l'intention est nécessaire, la loi ne sanctionnant que l'abandon volontaire sans motif légitime. Celui qui invoque un motif légitime devra en rapporter la preuve, ainsi ne sera pas poursuivi la mère invoquant les faits de violence de son mari.

Est également réprimée la négligence scolaire, par la contravention d'obligation scolaire² qui se trouve dans le Code de l'éducation, puis par le délit de non inscription dans un établissement scolaire³ et la contravention de tolérance de l'absentéisme scolaire⁴.

225. L'enfant est ensuite une victime indirecte des infractions lorsqu'il s'agit de protéger son environnement que cela soit au titre de ses relations avec sa famille ou du milieu social ou matériel.

Sont alors réprimées les atteintes à l'autorité parentale, par les incriminations de non-représentation d'enfant⁵, de défaut de notification de changement de domicile⁶ et de soustraction de mineur⁷. Il s'agit à la fois de protéger les titulaires de l'autorité parentale, mais également le mineur en assurant que le lien avec les parents soit maintenu. Les infractions trouvent à s'appliquer principalement dans les hypothèses de séparation des parents. En effet, le législateur s'est adapté aux évolutions d'une société connaissant de plus en plus de divorces. Ainsi le défaut de notification de changement domicile vise à prévenir la non-représentation d'enfant, c'est une infraction obstacle. Infraction intentionnelle, elle est punie de 6 mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende. La non-représentation d'enfants *réprime le fait de refuser indûment de représenter un*

¹ Art 371-2 du Code civil : L'autorité parentale appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation.

² Art R131-18 du Code de l'éducation

³ Art 227-17-1 du Code pénal

⁴ Art R624-7 du Code pénal

⁵ Art 227-5 du Code pénal

⁶ Art 227-6 du Code pénal

⁷ Art 227-7 et art 227-8 du Code pénal

enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer, elle n'est donc pas exclusivement fondée sur une décision judiciaire, bien qu'elle intervienne le plus souvent dans ce cadre lorsque la décision fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale, de la garde et de l'exercice des droits de visite et d'hébergement. Elle est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Enfin, la soustraction de mineur peut être réalisée par un ascendant ou un tiers à la famille, celle par un ascendant s'inscrit dans le conflit familial alors que la seconde est l'héritière du « rapt de jeune fille ». Sont alors punis le détournement de mineur par un ascendant¹ et celui fait par un tiers². Si dans le second cas il précise qu'il ne s'applique qu'au cas où il n'y a ni fraude ni violence, la précision ne se retrouve pas dans le premier. Ainsi, l'enlèvement par un tiers avec violence serait un enlèvement de droit commun aggravé par la minorité de la victime puni de 30 ans de réclusion criminelle, alors que l'enlèvement par un ascendant (avec ou sans violence) est un délit puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Cette disproportion est curieuse et regrettable, l'ascendant étant classiquement plus sévèrement puni qu'un tiers lorsqu'il commet une infraction sur un mineur. Les deux infractions sont réalisées par une *soustraction* qui peut consister à enlever ou détourner l'enfant de l'endroit où il devrait être, ou à ne pas le remettre à l'endroit où il devrait être amené, et ce, de manière intentionnelle.

226. L'environnement de l'enfant est protégé à travers les lieux qu'il est amené à fréquenter en y interdisant certaines activités, en interdisant la vente aux mineurs de produits susceptibles de porter atteinte à leur santé ou leur intégrité morale, et en prohibant le travail des mineurs. Néanmoins, ces incriminations se trouvent en dehors du Code pénal et a fortiori du Chapitre VII. Le mineur peut ensuite être protégé au titre de son intégrité.

B- La protection de l'intégrité du mineur

227. Le mineur se distingue par son immaturité, en effet il manque d'expérience, de connaissance et de discernement. Pour assurer son développement et son équilibre, il est nécessaire qu'il accorde une certaine confiance aux majeurs, notamment aux majeurs qui l'entourent. Cependant, une telle confiance le rend particulièrement influençable, ce qui peut mettre en danger tant son intégrité morale (1), que physique (2).

1- **L'intégrité morale**

228. Des attitudes qui ne sont pas réprimées lorsqu'elles ne concernent pas des enfants vont pourtant être érigées en infraction lorsqu'elles sont commises contre des mineurs dans un but de préservation de l'innocence des enfants. Si les majeurs sont en principe³ pleinement

¹ Art 227-7 du Code pénal

² Art 227-8 du Code pénal

³ Certaines infractions de provocation concernent les majeurs, comme l'incitation au bizutage

responsables de leur attitude d'un point de vue moral, certains comportements font encourir un danger moral au mineur, lorsqu'ils sont en lien avec la sexualité, mais aussi lorsqu'ils relèvent de la provocation.

229. Si comme le relève Christine Lazerges, le terme de pédophilie n'apparaît pas dans le Code pénal, cela ne signifie pas que de tels comportements ne sont pas réprimés, et que le législateur ne tente pas de les prévenir. En effet, le législateur réprime également une forme virtuelle de pédophilie à travers l'exploitation pornographique de l'image du mineur et la diffusion de messages pornographiques.

230. L'exploitation pornographique de l'image d'un mineur est incriminée à l'article 227-23 du Code pénal, le mineur apparaît alors plus comme « un moyen » de l'infraction qu'une victime. En effet, la condition préalable à l'infraction est l'image d'un mineur présentant un caractère pornographique. Le texte vise non seulement l'image, mais également la représentation d'un mineur, et les images d'une personne, dont l'aspect physique, est celui d'un mineur. Le législateur a créé une sorte de présomption découlant de l'apparence physique de la personne, il suffit qu'elle corresponde à celle d'un mineur, sauf s'il est établi qu'elle était majeure au jour de la réalisation des images. L'élément matériel réside dans la fabrication, c'est-à-dire fixer, enregistrer ou transmettre, mais uniquement en vue de la diffusion. Cela implique donc que la fabrication sans diffusion est licite, on voit ici que l'on ne cherche pas à protéger le mineur de telles réalisations, il en va différemment dès lors que le mineur a moins de 15 ans. En outre, la différence entre transmission et diffusion est difficilement perceptible et appelle des précisions de la jurisprudence.

231. Pour se mettre en conformité avec le protocole facultatif de la Convention internationale des droits de l'enfant ratifié par la France en 2002 relative à la vente, la prostitution d'enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, la loi du 4 mars 2002 incrimina la simple détention d'image pornographique d'un mineur à l'alinéa 5 de l'article 227-23. En outre, la loi du 5 mars 2007 a ajouté l'incrimination du fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition une telle image ou représentation ou de détenir une telle image ou représentation par quelque moyen que ce soit.

Les deux infractions sont punies de 2 ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

232. Le mineur peut ensuite être victime de la diffusion de messages pornographiques ou violents, réprimée à l'article 227-24 du Code pénal. L'infraction présente des liens évidents avec la précédente, mais ici le mineur n'est plus l'objet, mais le destinataire du message. La condition préalable de l'infraction est un message à caractère violent, ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, le moyen de diffusion et le support étant indifférents. L'élément matériel est le fait de fabriquer, transporter, diffuser ou faire commerce d'un tel objet. L'élément moral peut être la diffusion délibérée à des mineurs, ou le simple risque

pris que des mineurs puissent visualiser le message, voire le simple fait de ne pas avoir pris les précautions nécessaires pour éviter l'accès aux mineurs. L'infraction est punie de 3 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. Il est également prévu une contravention de diffusion de messages contraires à la décence à l'article R. 624-2 du Code pénal, puni d'une peine de contravention de 4^e classe.

233. Le délit de corruption des mineurs est venu remplacer depuis le 1^{er} mars 1994, le délit d'excitation des mineurs à la débauche¹. Si la minorité de la victime est une condition préalable à l'infraction, elle se compose de deux éléments constitutifs : le fait de corrompre le mineur, et de l'inciter à commettre des actes de nature sexuelle inadaptés à son jeune âge. Le comportement de l'agent, à la différence des autres infractions de nature sexuelle, n'a pas pour but la satisfaction d'un plaisir personnel, mais bien la corruption des mineurs, cette exigence indique que les actes doivent viser à désinhiber le mineur afin de lui ôter tout sens de la pudeur. La jurisprudence nous livre des exemples d'actes pouvant être qualifiés ainsi, comme le fait de fournir un local où sont admis les mineurs en vue de la débauche², le fait d'accomplir des actes sexuels devant des mineurs³, ou l'envoi à une mineure de correspondances érotiques « qui l'incitaient à une sexualité perverse »⁴.

234. La dualité de l'élément matériel se répercute sur l'élément moral, en effet l'agent doit non seulement commettre les actes intentionnellement, ce qui aux vues de leur matérialité ne soulève aucune difficulté, mais également les commettre dans l'intention de corrompre le mineur. Si un dol spécial est exigé, la Cour de cassation estime qu'il est inhérent à la matérialité des faits, et n'exige pas que des juges qu'il le constate expressément⁵. Le délit est puni de 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

235. Enfin est incriminée la proposition de nature sexuelle via Internet lorsque le destinataire est un mineur de 15 ans, ou une personne qui se prétend l'être. C'est donc une infraction obstacle destinée à éviter la commission d'actes de pédophilie. On peut remarquer ici que l'attention n'est pas portée uniquement sur la personne du mineur, puisque peut être poursuivie une proposition faite à un majeur, mais plutôt sur le comportement déviant de l'auteur. Certes, l'établissement d'une telle incrimination est fait dans un esprit de protection contre la pédophilie, mais le comportement d'une personne peut être réprimé y compris en l'absence de dommage ou de mise en danger d'une victime mineure. Cela traduit le fait que le droit pénal a bien pour but de punir un comportement déviant plus que d'accorder une protection aux personnes.

¹ Anc. Art 334-2 du Code pénal

² Crim, 6 juill. 1966, Bull. crim., n°194

³ Crim, 27 avril 1854, D 1854.1.261

⁴ Crim, 25 janv. 1983, Bull. crim., n°29

⁵ Crim, 16 janv. 1947, Bull. crim., n°23

236. La moralité du mineur peut également être menacée par la provocation à commettre des infractions. Si de tels comportements sont susceptibles d'être poursuivis du chef de complicité, de telles infractions autonomes permettent de poursuivre les faits lorsqu'ils ne sont pas suivis d'effet, ce qui n'est pas possible avec la complicité. *A contrario*, dès lors que le mineur se rendra coupable d'une infraction, il sera pénalement responsable et son instigateur sera poursuivi sur le fondement de la complicité.

237. Est ensuite incriminée la provocation à commettre des crimes ou des délits, l'incrimination vise alors les majeurs utilisant le statut pénal protecteur des mineurs, pour profiter des bénéfices d'une activité criminelle sans être directement impliquée. Le mineur apparaît davantage comme une victime que comme l'auteur de l'infraction. Tout comme l'infraction précédente, c'est une infraction obstacle, la répression ne saurait dépendre d'un quelconque résultat. Il n'est pas nécessaire que le mineur soit effectivement passé à l'acte, la focale est placée sur la seule provocation. L'infraction est sanctionnée de 5 ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende selon l'article 227-21.

238. Est également incriminée à titre spécifique la provocation au trafic de stupéfiants à l'article 227-18-1, elle relève des mises en péril du mineur. La matérialité de l'infraction repose sur *le fait de provoquer directement un mineur à transporter, détenir, offrir ou céder des stupéfiants*. Elle est punie de 7 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. Ces incriminations de provocation sont le pendant de celles mettant en danger la santé du mineur.

2- L'intégrité physique

239. Le Code pénal réprime la provocation d'un mineur à avoir un comportement qui serait dangereux pour sa santé, en assimilant peu ou prou la consommation de stupéfiants à celle d'alcool. Certains auteurs ont pertinemment remarqué qu'une différence fondamentale entre les deux aurait du faire obstacle à un régime identique : si la vente et la consommation de stupéfiants sont illicites, il en va différemment de l'alcool¹.

240. Certes, la consommation illicite de stupéfiants est expressément incriminée, mais en raison de la dangerosité d'une telle consommation pour un mineur, et des conditions exigeantes de la complicité, la provocation d'un mineur à l'usage de stupéfiants est spécialement incriminée à l'article 227-18 du Code pénal. Elle fait encourir à son auteur 5 ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende. C'est une infraction intentionnelle, la provocation doit être directe, mais est caractérisée par toute incitation, c'est-à-dire tout acte ayant pour conséquence la consommation de stupéfiants. Étant une infraction obstacle, il n'est pas nécessaire qu'un mineur ait effectivement consommé de telles substances. Si le comportement est

¹ M.-L. RASSAT, *op. cit*

susceptible d'être qualifié de provocation à la commission d'une infraction, on préférera néanmoins cette disposition en vertu du principe *specialia generalibus derogant*. On relèvera enfin que si l'auteur peut être un mineur ou un majeur, il apparaîtra plus pertinent de poursuivre deux mineurs se livrant à l'usage de stupéfiants sous la qualité de coauteurs d'usage illicite de stupéfiants, s'ils ont relativement le même âge¹.

241. Sur le même modèle, le Code pénal réprime la provocation d'un mineur à une consommation habituelle et excessive d'alcool. L'infraction a vocation à être peu utilisée² puisqu'elle ne vise qu'une consommation *habituelle* et *excessive*, il s'agit de poursuivre la provocation à une ivresse répétée, ce qui écarte le fait de faire goûter de l'alcool à un mineur de manière occasionnelle des prévisions textuelles. Le fait que la consommation d'alcool ne soit pas en soi une infraction appelle quelques remarques. Tout d'abord, le mineur n'est pas susceptible d'être poursuivi à la différence de l'usage de stupéfiants, il importe donc peu que la provocation ait été ou non suivie d'effets, l'auteur ne pourra pas être poursuivi pour complicité. Ensuite, l'habitude ne peut être entendue comme une habitude juridique reposant sur une première condamnation suivie d'un deuxième fait, elle repose donc sur une appréciation des faits, tout comme l'excessivité.

242. Ainsi, les infractions contenues dans le Chapitre VII du Livre II du Code pénal sont pour certaines des atteintes directes au mineur, mais parfois il s'agit d'atteintes indirectes. Les infractions gravitant autour des pratiques de mères porteuses sont érigées comme des atteintes à la filiation, mais l'atteinte à l'état civil est plutôt une conséquence du comportement que le résultat véritablement recherché. Le mineur apparaît alors comme une victime indirecte. De la même manière, pour les atteintes à l'autorité parentale, le mineur n'est qu'une victime indirecte de l'infraction. Dans ces infractions ce qui est atteint est plutôt la valeur familiale, traduisant une sacralisation du rattachement familial qui conduit le législateur à envisager le mineur comme membre de la famille. Le législateur érige donc des comportements en infraction pour protéger le mineur parce qu'ils sont des atteintes à la famille, accordant ainsi « une protection pénale à l'institution familiale »³. Mais le mineur est aussi une personne, nécessitant d'être envisagée dans son individualité, ainsi ce « mélange des genres » au sein d'un même chapitre soulève la question de sa cohérence.

¹ A. GOUTTENOIRE et PH. BONFILS, Droit des mineurs, Collection Précis, 2e Edition, 2014, Dalloz

² Ph. Conte, Droit pénal spécial

³ P.Couvrat, RSC 1969.807

II- La cohérence du groupement d'infraction

La construction du Code reflète la politique criminelle en ce qu'elle traduit les choix du législateur, à la fois par ce qu'il distingue, mais aussi par ce qu'il regroupe. Ainsi, la cohérence du groupement d'infraction doit-elle être interrogée au regard de l'hétérogénéité du chapitre (A), et le choix d'y placer certaines infractions, comme la privation de soins et d'aliments (B).

A- L'hétérogénéité du chapitre

243. D'un point de vue formel tout d'abord, force est de constater que le titre du chapitre implique que le mineur n'est pas seulement concerné par ce regroupement d'infraction. D'une part le législateur prend en considération la qualité de la victime, par la mention du mineur, mais en mettant sur le même plan le mineur et la famille, induit-il que la famille est elle-même victime de certaines infractions ? S'il s'agit de désigner des valeurs sociales protégées, il eut été souhaitable alors de parler de minorité ou d'enfance. Le contenu du chapitre suit donc l'annonce faite par le titre de la sous-division, les infractions concernent tout à la fois les atteintes faites à la famille et celles faites aux mineurs.

244. Dès lors que le législateur prend la peine de consacrer un chapitre à la protection de la personne du mineur, on pourrait s'attendre à ce que toutes les infractions spécifiques aux mineurs se retrouvent dans ce groupement. Ce n'est pas le cas, comme nous avons pu le voir avec le recours à la prostitution des mineurs, les violences habituelles, ou les incriminations placées hors du Code pénal. Ainsi, peut-on regretter qu'une protection du mineur se trouve en dehors du chapitre consacré au mineur.

245. Cependant, l'hétérogénéité montre peut-être les limites de la pertinence du regroupement. Si l'on ne peut que louer l'intention législative tendant à protéger spécifiquement le mineur, la méthode employée nuit à la cohérence de l'ensemble du code, et le contenu lui-même rencontre l'écueil de l'incohérence. En effet, si le mineur est un membre de la famille, il est avant tout un individu méritant une protection individualisée de sa personne. Ainsi, la protection du cadre de vie du mineur et celle de sa personne poursuivent deux objectifs sociaux fort différents, et ne méritent peut-être pas d'être réunies au sein d'un même chapitre.

246. Au contraire, certaines infractions trouvent leur place au sein du chapitre au prix d'un certain « forçage » peu rationnel. Ainsi, des atteintes sexuelles, que le Sénat refusait pourtant lors de travaux préparatoires¹ de séparer des agressions sexuelles. Il considérait qu'il existe une unité de comportement de l'agresseur commettant un acte d'atteinte sexuelle, et parce que le mineur ne peut jamais consentir à de tels actes, les actes sur les mineurs sont de même gravité que

¹ M.-L. Rassat, *Op. Cit.*

ceux commis sur des majeurs. La volonté était d'assimiler les actes commis avec violence sur des majeurs à ceux commis sans violence sur des mineurs. La séparation entre les deux infractions revêt plutôt la forme d'un déchirement, les deux empruntent aux mêmes notions et suivent le même régime. Il est une autre infraction qui soulève des questions quant à sa place au sein du Chapitre VII.

B- La place de la privation de soins et d'aliments

247. L'incrimination de privation de soins et d'aliments est réprimée par l'article 227-15 du Code pénal, au titre donc des atteintes aux mineurs et de la famille. La particularité du chapitre, comme nous l'avons vu, est le lien du comportement avec le rattachement familial. Cependant, la *ratio legis* de l'incrimination de privation de soins et d'aliments semble être moins la protection de la famille que la protection de l'intégrité physique du mineur.

248. Au-delà d'être un membre de la famille, le mineur est une personne humaine, mais de par sa particulière faiblesse il est dans une situation de dépendance à l'égard de ses parents relativement à son entretien. En effet, certaines personnes sont légalement tenues de pourvoir aux besoins des mineurs, les parents dans la majorité des cas, mais aussi d'autres personnes exerçant l'autorité parentale. Ils sont donc les seuls à qui l'on peut reprocher une telle infraction, puisqu'on ne saurait reprocher une abstention à celui qui n'était pas tenu d'agir. Le résultat juridique de l'infraction réside dans un dommage corporel du mineur, rappelant ainsi celui des violences. En effet, l'incrimination était antérieurement à la réforme du Code pénal placée dans la division relative aux violences volontaires¹, la sanction variant selon le résultat constaté. Il s'agissait d'une infraction de commission par omission.

249. La réforme du Code pénal a entraîné un déplacement de l'infraction au sein de la division relative à la protection du mineur, et plus spécifiquement dans la section relative à *la mise en péril des mineurs*. Or, la mise en péril ne nécessite pas de dommage effectif, c'est une infraction formelle, le simple risque est érigé en résultat légal. On peut donc en déduire que le législateur a fait de l'infraction de privation de soins et d'aliments une infraction formelle, il n'est plus nécessaire de constater une atteinte effective à la santé du mineur, il suffit que le comportement

¹ Anc. Art 312 du Code pénal : Quiconque aura, volontairement, porté des coups à un enfant âgé de moins de quinze ans, ou aura commis à son encontre des violences ou voies de fait, à l'exclusion de violences légères, sera puni suivant les distinctions ci-après : 1° De trois mois à trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 F à 20.000 F, s'il n'en est pas résulté une maladie ou une incapacité totale de travail personnel de plus de huit jours ; 2° De deux ans à cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 5.000 F à 100.000 F s'il en est résulté une maladie ou une incapacité totale de travail personnel de plus de huit jours ; 3° De la réclusion criminelle à temps de dix à vingt ans s'il en est résulté une mutilation, une amputation, ou la privation de l'usage d'un membre, la cécité, la perte d'un œil ou d'autres infirmités permanentes ou la mort sans que l'auteur ait eu l'intention de la donner. Si les coupables sont les père et mère légitimes, naturels ou adoptifs, ou toutes autres personnes ayant autorité sur l'enfant ou chargées de sa garde, les peines encourues seront les suivantes : 1° Le maximum de l'emprisonnement sera porté au double dans le cas prévu au 2° ci-dessus ;

2° La peine sera celle de la réclusion criminelle à perpétuité dans les cas prévus au 3° ci-dessus.

Les privations de soins et d'aliments imputables aux père et mère légitimes, naturels ou adoptifs, ou à toutes autres personnes ayant autorité sur l'enfant ou chargées de sa garde, seront punies suivant les distinctions prévues à l'alinéa précédent.

de l'agent ait été susceptible de la mettre en danger. La protection du mineur est ici effectivement renforcée, tant il est souhaitable d'éviter la survenance du dommage. Bien que le législateur utilise le terme de compromettre, signifiant exposer à un danger, à une atteinte, à un risque¹, la jurisprudence semble de manière contraire à la lettre du texte exiger qu'il résulte un dommage corporel de la privation².

250. Ensuite, à l'article 227-16 du Code pénal, le législateur a prévu l'incrimination du comportement de délaissement lorsque le résultat est la mort du mineur, l'infraction étant alors sanctionnée de 30 ans de réclusion criminelle. Cette incrimination est elle aussi placée dans le chapitre VII alors même qu'il y a un dommage corporel constaté chez le mineur. Afin de respecter la cohérence de construction du Code pénal, il aurait peut-être été plus judicieux de placer cette infraction auprès des atteintes à la vie de la personne. Cependant, on peut affirmer de manière certaine que lorsque le résultat d'une infraction est le décès de la victime, l'incrimination ne saurait se situer, de manière rationnelle, dans une section relative à la mise en péril.

251. Mais le plus surprenant reste qu'entre l'infraction formelle et l'infraction matérielle dont le résultat est la mort, aucun palier n'est prévu. Alors que pour les violences, une gradation de la répression est prévue selon la gravité du résultat provoqué chez la victime (absence d'ITT, mutilation, mort, etc.), celle-ci ne trouve pas sa place pour le mineur. Entre l'absence de dommage et la mort de la victime, aucune incrimination spécifique n'est prévue. Le principe de légalité pénale empêchant d'assimiler un comportement de commission à des faits d'omission, les faits ne peuvent être appréhendés par l'incrimination de violences volontaires. Si la privation de soins ou d'aliments conduit à une mutilation ou à une longue incapacité du mineur, il faudra appliquer les sanctions de l'infraction formelle, soit 7 ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende. Rappelons qu'en cas de mutilation du mineur, les faits de violence sont susceptibles d'entraîner la criminalisation du comportement³, ce qui ne saurait être le cas en cas d'abstention de soins des parents, alors que le résultat pourra être le même. « Heureusement que la volonté de protéger les plus faibles a été le *leitmotiv* des travaux préparatoires dans l'élaboration de cette partie du code ! »⁴.

252. La particularité de la situation du mineur légitime le recours à un chapitre spécifique, mais sa mise en œuvre par le législateur en efface quelque peu la portée. Si le mineur a un chapitre qui lui est consacré, la personne vulnérable dispose elle aussi d'une incrimination spécifique.

¹ Dictionnaire Larousse

² Crim, 12 oct. 2005, Bull. crim., n°259 : « Attendu que, pour relaxer la prévenue, l'arrêt attaqué retient, notamment, que les pièces produites aux débats révèlent que l'enfant est en bonne santé et que la privation de soins au sens du second alinéa de l'article 227-15 du Code pénal n'a pas compromis la santé du mineur »

³ Art 222-10 du Code pénal

⁴ M.-L. RASSAT, *op. cit.*

Section 2 : Une infraction spécifique à la personne vulnérable

253. « L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison »¹, Portalis nous mettait déjà en garde au début du XIX^e siècle contre l'excès de naïveté. Cependant, il apparaît que certaines personnes ne sont pas dotées des capacités nécessaires pour faire usage de leur raison et éviter la fraude d'autrui.

254. Plus communément appelé l'abus de faiblesse, le législateur incrimine *l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit 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, 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*². Initialement classée parmi les infractions contre les biens, l'infraction a été recentrée sur la considération de la personne (I), mais sa place soulève néanmoins des difficultés (II).

I- Une infraction recentrée sur la personne

255. Lors de l'élaboration de la loi relative aux dérives sectaires du 12 juin 2001, l'Assemblée nationale avait proposé la création d'un délit de manipulation mentale, relevant que *l'abus de faiblesse ne s'applique qu'à des personnes objectivement vulnérables à l'origine, en raison de leur âge ou pour des raisons physiques et qu'il ne sanctionne que des préjudices matériels ou patrimoniaux*³. Le Sénat a quant à lui considéré, suite à la consultation de la commission nationale consultative des droits de l'homme, que la création d'un nouveau délit n'était pas opportune, car la répression de tels abus était déjà couverte par l'article 313-4 du Code pénal⁴.

256. La loi du 12 juin 2001⁵ a alors déplacé l'infraction d'abus de faiblesse au sein du livre II du Code pénal, initialement insérée au sein du Livre III protégeant les atteintes aux biens, l'infraction est donc venue s'inscrire dans la protection de la personne humaine.

257. En effet, est érigée en condition préalable la vulnérabilité de la victime, l'infraction ne pouvant être commise qu'à l'égard de personnes placées dans *un état d'ignorance* ou *une situation de faiblesse*. Par ce critère, le législateur fait de l'incrimination, une incrimination sélective,

¹ Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801

² Art 223-15-2 du Code pénal

³ Catherine Picard, Rapport AN n°2472

⁴ Rapport du Sénat n°192 par N. ABOUT

⁵ Loi n°2001-504 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires

distinguant les personnes susceptibles d'être victimes d'un abus qu'il va exhaustivement désigner ensuite. Sont susceptibles d'être victimes de l'infraction : les mineurs, les personnes particulièrement vulnérables, et les personnes en état de sujétion psychologique ou physique. La définition des personnes vulnérables correspond à la définition classique, il s'agit d'une personne d'une *particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse*. Mineurs et personnes âgées sont donc susceptibles d'être victimes d'un abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse.

258. Conformément à ce qui a été vu, la seule appartenance à l'une des catégories énumérées ne saurait impliquer la situation de faiblesse, le juge devra démontrer en quoi l'appartenance à l'une des catégories visées a placé la victime dans une situation de faiblesse. Ainsi, l'âge avancé de la victime ne saurait postuler son état de faiblesse¹. Certains estiment que la règle vaut également à l'égard des mineurs², la présomption de vulnérabilité créée par la loi du 18 mars 2003 serait circonscrite aux infractions de conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine³. Bien que la jurisprudence en la matière concerne exclusivement des personnes âgées, et ne permette pas d'apprécier la position de la Cour de cassation sur ce point, il semble que conformément à ce qui a été vu, la volonté législative ait été depuis la réforme de 1994 de déduire la vulnérabilité de la seule minorité de la victime.

259. Le déplacement de l'infraction remet également en cause la nature du préjudice. Lorsque l'infraction protégeait les biens, le préjudice ne pouvait être que matériel. Désormais, l'infraction protège les personnes, le préjudice peut donc être d'ordre moral, comme la souscription induite d'un testament⁴. En effet, la *ratio legis* de l'incrimination n'est plus la protection du patrimoine, mais la protection de la personne, c'est le fait d'avoir forcé le consentement, perturbé le libre arbitre qui est réprimé.

Le déplacement de l'infraction devrait suffire à considérer la nouvelle infraction comme une infraction contre les personnes, cependant ce repositionnement n'a pas rompu tous les liens que l'incrimination entretenait avec les infractions contre les biens, ce qui suscite des difficultés eu égard à la place de l'infraction.

¹ Crim, 23 juin 1999, Bull. crim., n°131

² C. Andre, Droit pénal Spécial, Collection Cours - Edition 2010, Dalloz

³ Art 225-13 et 225-14 du Code pénal

⁴ Crim, 15 nov 2005, n° 04-86.051

II- La place de l'infraction

260. En 1994, la réforme du Code pénal avait placé l'abus de faiblesse dans la section relative aux infractions proches de l'escroquerie, ce qui en faisait une infraction contre les biens. C'est le préjudice matériel qui était protégé, le résultat de l'infraction résidait dans une atteinte au patrimoine de la victime. La nouvelle place de l'incrimination soulève des interrogations d'une part quant à la nature du dommage, et d'autre part quant à l'effectivité.

261. Tout d'abord, l'élément constitutif rappelle l'origine patrimoniale de l'infraction. Le comportement réprimé par l'infraction est celui d'un abus, la notion est relativement large, elle vise l'exploitation de la situation, ici de la faiblesse. En outre, l'abus doit conduire la personne en cause à un acte ou une abstention qui lui est gravement préjudiciable. L'expression s'écarte donc de la seule contrainte, elle peut supposer une tromperie, rappelant la proximité de l'infraction avec celle d'escroquerie. L'abus peut néanmoins être plus large que les manœuvres frauduleuses exigées pour caractériser l'escroquerie, il peut reposer sur une crainte, ou une dépendance de la victime.

Il faut ensuite revenir aux motivations du déplacement de l'infraction, pour comprendre le choix du livre II. L'ambition était de protéger les adeptes des sectes, notamment contre les incitations au suicide, que ne permet pas de réprimer l'incrimination de provocation au suicide en l'absence de tentative¹. Ainsi, l'infraction fut placée au sein des infractions contre les personnes, pour les protéger dans leur intégrité.

262. Dès lors, il faudrait considérer que l'infraction n'est constituée qu'en cas de mise en danger de la personne, et non en cas de menace du patrimoine, ce qui était pourtant la *ratio legis* de l'incrimination à son origine, et qui présente toujours une grande partie de l'intérêt de l'incrimination. Un auteur² craint que la place au sein des mises en danger, entendues comme des mises en danger de l'intégrité physique et morale, crée une confusion quant au préjudice. L'insertion dans la section des mises en danger laisserait entendre que la vulnérabilité est le résultat de l'infraction, et non une condition préalable. Un tel écueil ne semble pas réalisé. La prise en compte de la vulnérabilité de la victime ne fait pas échec à la caractérisation d'un préjudice moral, le texte d'incrimination distinguant utilement l'état de faiblesse antérieur à l'incrimination, et le préjudice moral causé. Si l'âge peut fonder l'état de faiblesse, il ne saurait être pris en considération pour établir le préjudice moral. L'auteur relève alors que la vulnérabilité ne peut être le résultat de l'infraction, et que celui-ci peut être entièrement matériel, et de sous entendre qu'ainsi il ne serait pas appréhendé par la nouvelle incrimination.

¹ Art 223-13 du Code pénal

² V. Malabat, *Droit Pénal Spécial*, Hypercours Dalloz

263. Un aperçu de la jurisprudence confirme que sont toujours sanctionnées les atteintes au patrimoine. On peut considérer qu'à travers l'incrimination, le patrimoine est *de facto* protégé, car si atteinte d'ordre pécuniaire il y a, celle-ci découle nécessairement d'une atteinte à la liberté du consentement de la victime. L'atteinte au patrimoine ne serait qu'une conséquence subséquente de l'atteinte à la liberté.

Le législateur envisage l'infraction d'abus de faiblesse par le prisme de la liberté de consentement, protégeant toujours davantage la liberté individuelle. Il ne semble cependant pas que la protection du patrimoine soit délaissée par ce recentrage sur la personne. Les conséquences matérielles ne sont dans cette optique, qu'une manifestation de l'atteinte personnelle, elles ne méritaient plus d'être le centre de gravité de l'infraction.

264. L'effectivité du dommage au sein de l'infraction d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse suscite également des divergences d'interprétation.

D'une part, l'infraction est placée dans la division des mises en danger, qui sont par essence des infractions formelles, ce qui supposerait qu'il n'est pas nécessaire que l'acte ou l'abstention ait été réalisés. Il faut cependant nuancer l'influence de la place de l'infraction sur sa nature tant le contenu du chapitre *De la mise en danger* s'éloigne de la notion : interruption illégale de grossesse, risque causé à autrui, délaissement d'une personne majeure hors d'état de se protéger, entrave aux mesures d'assistance, omission de porter secours, provocation au suicide, expérimentation sur la personne humaine et abus de faiblesse. On perçoit par exemple difficilement l'identité de la personne qui est mise en danger dans l'interruption illégale de grossesse, car d'abord l'enfant est tué et ensuite la mère subit des violences qui se révèlent être effectives.

265. D'autre part, le texte de la loi érige en résultat *un acte ou une abstention qui lui sont gravement préjudiciables*, la formule semble donc exiger un dommage effectif. Le législateur usant à diverses reprises de la formule « de nature à », le fait qu'il ne l'est pas employée pourrait révéler son intention de conserver le caractère matériel de l'infraction. Il y a donc une contradiction entre la place de l'incrimination et sa rédaction.

La Cour de cassation a apporté une réponse dans un arrêt du 12 janvier 2000 sur le fondement de l'ancien article 313-4 : elle a considéré qu'il n'était pas nécessaire que le préjudice se manifeste réellement, la signature d'un acte de nature à causer un préjudice suffisant à caractériser l'infraction. Une telle interprétation conduit à considérer que ce qui est incriminé est la seule manipulation mentale, et non le fait d'avoir causé un préjudice à la victime. C'est donc bien plus l'affaiblissement de la victime que son appauvrissement qui est regardé par le Code pénal.

266. D'aucuns mettent en avant le mérite de cette place au sein des mises en danger, elle permettrait de mettre en exergue la volonté législative de sanctionner la seule atteinte à la liberté de la victime et à son intégrité physique. C'est moins le préjudice que le comportement de celui qui profite de la moindre résistance de la victime qui est pris en compte. Ainsi, le seul

comportement de l'auteur remplirait *ipso facto* l'exigence du préjudice, entendu comme atteinte à la liberté. Il nous semble que le même but aurait pu être atteint, et de manière plus limpide par un meilleur positionnement de l'infraction au sein du Code pénal. Il est apparu pour certains qu'il serait néanmoins plus simple de supprimer l'exigence de préjudice, d'autant plus qu'il doit revêtir un caractère de gravité.

267. Le préjudice n'apparaît cependant pas dénué de tout intérêt, notamment à l'égard de l'âge de la victime. Si des affaires sous haute surveillance médiatique nous le démontrent au sein de l'actualité, la jurisprudence ne faillit pas non plus en la matière, les personnes âgées étant les plus enclins à subir des abus de faiblesse. Rappelons que l'âge ne peut à lui-même fonder la particulière vulnérabilité de la victime, les juges du fond vont alors arguer de la particulière gravité du préjudice pour appliquer l'incrimination. L'insuffisante vulnérabilité due à l'âge est alors en quelque sorte compensée par la gravité des agissements perpétrés. Ainsi, étaient condamnés pour abus de faiblesse les individus ayant conduit une personne âgée de 74 ans à commander un système d'alarme. Si la particulière vulnérabilité n'était pas fondée sur autre chose que l'âge de la victime, il était relevé que la commande représentait un montant global de 100000 francs et qu'elle avait signé deux offres de crédit aux mensualités supérieures au tiers de ses revenus¹. À l'inverse, est mise en exergue la faiblesse physique d'une personne de 85 ans qui, si elle ne présentait pas de troubles manifestes de la compréhension ou de la mémoire, souffrait de difficultés visuelles et auditives de nature à diminuer son autonomie de jugement par le fait de ne pouvoir, ni par la lecture ni par l'audition, recueillir tous les éléments lui permettant de se forger une opinion sur la proposition qui lui était faite, de telle sorte que ces difficultés étaient de nature à amoindrir sa résistance psychologique aux sollicitations commerciales².

268. Tantôt, les juges mettent l'accent sur la particulière vulnérabilité, tantôt sur la gravité du préjudice, pour assurer une effective répression des « manipulations mentales préjudiciables »³ que la loi entendait réprimer. Préjudice et vulnérabilité, notamment par l'âge, apparaissent comme des notions se relayant entre elles. L'objectif louable de protection des plus faibles emprunte des chemins bien détournés, mais qui répondent de la difficulté d'appréhender des comportements si spécifiques.

269. Sur le plan formel, la place de l'infraction d'abus frauduleux de l'état de faiblesse ou d'ignorance n'est pas satisfaisante, mais sa rédaction semble permettre une répression effective des actes commis notamment au préjudice des personnes âgées.

La création d'incriminations spécifiques repose sur une « bonne intention législative », mais cette séparation entre les personnes méritant d'être protégées, et celles qui au contraire ne le méritent

¹ La solution est certes rendue sur le fondement de l'article L122-8 du Code de la consommation, mais la solution peut être étendue à l'incrimination du Code pénal.

² C. Paris, 9^e ch. A, 2 avr. 2001, D 2002, somm. Commentés, obs. M. H. Gozzi, p. 1804 et s.

³ G.-X. Bourin, Contribution à l'étude du délit de manipulation mentale préjudiciable, PUAM, 2005

pas n'est pas sans soulever des difficultés. Un droit tourné vers la protection de certains au détriment des autres prend alors le risque, sur un plan pratique, de créer des injustices entre les victimes, et sur un plan théorique, d'un morcellement porteur d'incohérence.

CONCLUSION

Comment le droit pénal spécial se saisit-il du critère de l'âge de la victime pour moduler la répression de l'auteur d'une infraction ?

270. Telle est la question qui avait initié nos développements. L'appréhension de l'âge de la victime se traduit certes par la diversité, mais une diversité maîtrisée, et non une déclinaison infinie de méthodes. Cette diversité correspond à la différence de situation des victimes, il ne s'en dégage pas moins une ligne directrice permettant de distinguer les victimes que le législateur identifie comme fragiles. Présente dans l'individualisation des victimes, cette cohérence fait cependant parfois défaut dans la catégorisation des incriminations, c'est-à-dire dans la mise en œuvre de la protection et l'on perçoit parfois difficilement ce qui a guidé le législateur dans ces choix, tant sur la forme que sur le fond du droit.

271. Nonobstant, apparaît en filigrane de l'analyse menée un point commun aux infractions concernées par le critère de l'âge : l'intention.

Dans le cas des infractions non intentionnelles, le législateur sanctionne celui qui a commis *une faute délibérée* dans le cas de la mise en danger, une *faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* dans le cas d'une causalité directe avec le dommage, ou une faute qualifiée dans le cas d'une causalité indirecte¹. Il s'agit de sanctionner celui qui a pris un risque, a été insouciant ou peu adroit, mais qui dans tous les cas n'a pas eu la volonté d'atteindre un résultat dommageable pour la victime. L'auteur de l'infraction n'est pas guidé par une hostilité manifeste à l'ordre public, par une animosité aux valeurs sociales ou par une agressivité envers la victime, contrairement aux infractions intentionnelles.

272. En excluant la prise en compte de l'âge de la victime dans les infractions non intentionnelles, le législateur nous rappelle alors que ce qui intéresse le droit pénal est avant tout le comportement de l'auteur, on ne saurait reprocher à un auteur un dommage sur une victime spécifique, alors même qu'il n'avait pas l'intention de commettre une infraction. La raison de l'aggravation ou de la spécification de l'infraction sur une victime en raison de son âge est de sanctionner davantage l'auteur qui a profité de l'âge, ou pour qui l'âge a facilité la commission de l'infraction. On ne saurait sanctionner un comportement uniquement en considération de la

¹ Art 121-3 du Code pénal

victime, soit-elle particulièrement faible. Il ne s'agit pas d'accorder une protection absolue, à certaines personnes, déconnectée du comportement de l'auteur de l'infraction.

273. Et c'est ici une limite précieuse à la prise en compte de l'âge de la victime, qui employée sans restrictions serait vidée de sa pertinence. Si l'évolution récente de la philosophie criminelle démontre un changement de paradigme par une prise en considération croissante de la victime, celle-ci ne saurait obérer la prise en compte de l'auteur, dont le comportement doit rester l'élément déclencheur de la répression, tout comme de l'aggravation. L'individualisation en fonction de l'âge présente certes des vertus, mais elle doit être maîtrisée, pour éviter l'écueil de l'incohérence d'une part, et la perte de l'universalisme d'autre part.

Souvenons-nous de ce qu'écrivait le doyen Carbonnier : « Non, le droit n'est pas tantôt mal, tantôt bien, suivant des cas dont nous posséderions la clef. Il est bien et mal à la fois, avec ambigüité, comme toutes choses de ce monde. Sachant qu'il a été donné pour brider le mal, les juristes en useront sans complexe. Sachant qu'il est porteur du mal, ils en useront avec sobriété »¹. Puisse-t-il en être ainsi de la prise en compte de l'âge en droit pénal spécial.

¹ J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Defrénois, 1979, p. 334

BIBLIOGRAPHIE

Textes et lois :

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950

Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation

Loi n°2001-504 du 16 novembre 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires

Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice

Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs

Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance

Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 dite de simplification et de clarification du droit

Loi n°2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux

Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs

Loi n° 2013-711 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

Ouvrages :

C. ANDRE, Droit pénal Spécial, Collection Cours - Edition 2010, Dalloz

PH. CONTE, Droit pénal Spécial, Collection Les Manuels, 4^{ème} Edition, 2013, LexisNexis

A. GOUTTENOIRE et PH. BONFILS, Droit des mineurs, Collection Précis, 2^{ème} Edition, 2014, Dalloz

V. MALABAT, Droit pénal spécial 4^{ème} édition, Dalloz

Y. MAYAUD, Droit pénal général 2ème éd. 2007 123

R. MERLE et A. VITU, Traité de droit criminel, Droit pénal spécial par A. VITU, Cujas, 1982, t.2

M.-L. RASSAT, Droit pénal spécial, Collection Précis, 6ème Edition, 2011, Dalloz

M. VERON, Droit pénal spécial, 12ème Edition

R. VOUIN, Droit pénal spécial, 3ème Edition

Répertoire de droit pénal et de procédure pénale
Répertoire de droit du travail

Doctrines :

AMAUGER-LATTES, M.-C., La discrimination fondée sur l'âge : une notion circonstancielle sous haute surveillance, *Retraite et société*, 2007/2 n° 51, p. 27-41

AMBROISE-CASTEROT, C., Les infractions parentales, *D.* 2013. Chron. 1846

BADINTER. R, Exposé des motifs In *Au nom de l'ordre, une histoire politique du Code pénal*, P. LACOMBES, P. PONCELLA, P. LENOEL, Paris. Hachette, 1989, p. 292

BENILLOUCHE, M., L'interdiction des mutilations sexuelles : entre confirmation et révolution, *RDLF* 2014, chron. n°6

BONFILS, PH. Loi n°2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le cde pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *RSC* 2010, p.462

BONFILS, PH, L'évolution de la protection pénale des mineurs victimes, *AJ Pénal* 2014, p 10

BOURIN, G.-X., Contribution à l'étude du délit de manipulation mentale préjudiciable, *PUAM*, 2005

COMBLES de NAYVES, P., Loi sur l'inceste : peut mieux faire, *Constitutions* 2012, p.91

DELORS, G., Le consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles, *RSC* 2011, p.817

GRIDEL, J.-P., L'âge et la capacité civile, *D.* 1998.90

GUERY, C., Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste, *AJ Pénal* 2010, p.126

DUPEYROUX, J.-J., L'âge en droit social, *Droit social* n°12, p.1041-1046

FOUGEROUSE, J., La discrimination à raison de l'âge, in *Le droit social, l'égalité et les discriminations* [actes du colloque qui s'est tenu les 14 et 15 juin 2012 à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense] sous la direction de BORENFREUND, G., et VACARIE, I., 2013, Dalloz

FORTIS, E., Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », *AJ Pénal* 2008, p.303

JACOBET de NOMBEL, C., *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2006, n°121 et suiv, pp80-89

LANGLOIS, P., Que faire de l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge ?, *Dr. Soc.* 2006, n°2, p155

LASSERRE-CAPDEVILLE, J., La disposition de ses biens par testament constitue un acte gravement préjudiciable, *AJ pénal* 2009. 30

LAZERGES, C., Politique criminelle et droit de la pédophilie, RSC 2010.725

LEPAGE, A., Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010, *JCP G.* n°22, 22 mars 2010, doct. 335

LHERNOULD, J.-P., Le chantier des discriminations en raison de l'âge », *Revue de Jurisprudence Sociale* 7 (2007) 595-602

LHERNOULD, J.-P., L'âge en droit du travail – la politique anti-discrimination du droit de l'Union européenne, in *Principe d'égalité et lutte contre les discriminations*, 2011

LYON-CAEN, G., Différences et traitement ou discrimination selon l'âge, *Droit social*, n°12, p.1047-1050

HOUSER, M., La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge, *RFDA* 2010, p.323

MAYAUD, Y., Les qualifications relatives aux atteintes sexuelles, *AJ Pénal* 2004 p.9

MAYAUD, Y., Le jeune âge de la victime, facteur de contrainte ou de surprise constitutives d'agression sexuelle », RSC 2006, p 319

MAYAUD, Y., Recours à la prostitution d'une mineure : le débat sur l'âge !, RSC 2006, p603

MAYAUD, Y., Viol ou atteinte sexuelle ? De l'appréciation des faits à la restitution du droit... , RSC 2006, p.828

MAYAUD, Y., Abus de faiblesse et testament, une relation intrinsèquement préjudiciable, RSC 2009. 100

MAYAUD, Y., De la particulière vulnérabilité liée à l'âge de la victime d'un viol, RSC 2012.619

MERCAT-BRUNS, M., Discrimination fondée sur l'âge et fin de carrière, Cnav, Retraite et Société, n°36, La Documentation française, 2002, Paris, p. 112-1124

MERCAT-BRUNS, M., Vieillesse et droit à la lumière du droit français et du droit américain, LGDJ, coll. Thèses, p 696

MERCAT-BRUNS, M., Avant-propos, *Retraite et société*, 2007/2 n° 51, p. 4-9

MERCAT-BRUNS, M., La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ?, *RDT* 2007.360

OTTENHOF, R., Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne vulnérable (art. 313-4 nouv. c. pén.) , *RSC* 1997. 110

OTTENHOF, R., Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne vulnérable, *RSC* 2002. 821

OTTENHOF, R., L'abus de faiblesse (art. 313-4 ancien et 223-13-2 nouveau, c. pén.) est constitué par le fait d'obtenir d'une personne vulnérable de modifier en faveur de l'auteur de l'infraction des dispositions testamentaires, *RSC* 2006.833

RENAUD-DURAND, P., La prise en compte de la vulnérabilité dans le Nouveau Code pénal In *Réflexions sur le nouveau Code pénal Paris*, Ed. Pédone, 1995, p125

ROUJOU de BOUBEE, G., Abus de faiblesse au moyen d'un testament, *D.* 2009. 911

ROUSSEL, G., L'absence de contrainte ne peut justifier une atteinte sexuelle, *AJ Pénal* 2006, p310

ROUSSEL, G., La particulière vulnérabilité ne peut être tirée du seul âge de la victime, *AJ Pénal* 2010 p.444

T. SAGARDOYTHO, Le droit pénal de la discrimination, un droit à construire, *AJ Pénal* 2008, p. 313

VERON, M., La vulnérabilité due à l'âge, *Dr. Pén.* 2001 comm. n°70

VERON, M., La preuve de la vulnérabilité, *Dr. Pén.* 2005, comm. 65

VERON, M., Vers un délit autonome de « maltraitance », *Dr. Pén.* n°12, repère 11

Sites internet :

Légifrance

Site de l'Assemblée Nationale

Site de la HALDE

Site du Monde

Site de l'OMS

Site du Parisien

Site du Sénat

INDEX

Les nombres renvoient aux numéros des paragraphes

A

abandon, 34, 223
accouchement, 220
agression sexuelle, 71, 185, 247
alcool, 68, 96, 240
ascendant, 67, 98, 226
atteinte sexuelle, 79, 92, 185, 247
autorité parentale, 11, 76, 224

B

bizutage, 111

C

circoncision, 65
consentement, 74, 89, 92, 98, 181

D

délaissement, 111, 251
détournement, 226
diffusion, 230
discernement, 11, 22, 105, 192, 206, 228
discrimination, 129
dissimulation, 221

E

enlèvement, 226
entremise, 86, 223
état civil, 219
excision, 59
exploitation,
- exploitation de la mendicité, 93,

- exploitation pronographique de l'image
de l'enfant 230, 262

F

famille, 45, 76, 215
filiation, 219

G

gestation pour autrui, 219

I

image pornographique d'un mineur, 231
inceste, 73, 190, 199

M

mendicité, 93, 108,
message pornographique, 230
mise en danger, 263
mutilation, 49

N

naissance, 219
non représentation, 226

P

parents, 10, 224
privation de soins et d'aliments, 248
prostitution, 82, 209, 232, 245
provocation, 68, 96
- provocation à l'abandon, 223

- provocation à la commission d'infractions, 174, 237
- provocation à la consommation de produits dangereux, 240
- provocation à la discrimination, 138
- provocation au suicide, 262

proxénétisme, 85, 92

S

simulation, 221

stupéfiants, 68, 96, 239

T

traite des êtres humains, 108

V

viol, 74, 195

violences,

- violences habituelles, 41

- violences volontaires, 58, 249

TABLE DES MATIÈRES

<u>REMERCIEMENTS</u>	4
<u>SOMMAIRE</u>	6
<u>LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS</u>	7
<u>INTRODUCTION</u>	8
<u>Partie 1 : L'âge, vecteur de l'individualisation des victimes</u>	21
Chapitre 1 :Une individualisation quantifiée par l'âge	22
Section 1 : La différenciation des mineurs.....	22
I- Une différenciation légitimée par la spécificité de la personne du mineur.....	23
A-L'âge du mineur comme condition préalable.....	23
1-Violences habituelles	24
2-Le droit de correction	26
B-L'âge du mineur comme circonstance aggravante	28
1-Une atteinte physique spécifique au mineur	28
a-La jurisprudence	29
b-La loi du 4 avril 2006.....	29
c-La loi du 5 août 2013	30
2-L'articulations avec d'autres circonstances aggravantes.....	31
II- Des différenciations en question	33
A-L'inceste, une différenciation injustifiée.....	33
B-La prostitution des mineurs, une différenciation apparente.....	36
1-La différenciation.....	36
2-Les limites de la différenciation	37
Section 2 : La différenciation parmi les mineurs.....	40
I- L'exigence rare de la seule minorité	40
A- Le proxénétisme.....	40
B- L'exploitation de la mendicité.....	40
C- La traite des êtres humains.....	41
D- Les conditions de travail et d'hébergement contraire à la dignité humaine	41

II- L'exigence récurrente d'une minorité renforcée.....	42
A-Les infractions violentes.....	42
B-Les atteintes sexuelles.....	42
 Chapitre 2 :Une individualisation qualifiée par l'âge	44
Section 1 : L'âge, indice ponctuel de vulnérabilité.....	44
I- Le jeune âge et la vulnérabilité	46
A-Le jeune âge exclusif de vulnérabilité	46
B-Le jeune âge cause de vulnérabilité	47
1-Vulnérabilité et minorité de 15 ans	48
2-La vulnérabilité due à l'âge	48
II- Le grand âge et la vulnérabilité.....	49
A-La difficulté	50
1-La caractérisation de la vulnérabilité.....	50
2-L'exclusion d'un seuil d'âge.....	52
B-L'insuffisance du seul critère de l'âge.....	53
1-Le recours à une autre cause légale de particulière vulnérabilité	53
2-Le recours à des causes non légales de vulnérabilité	54
Section 2 : L'âge, indice fluctuant de discrimination.....	56
I- La singularité du critère de l'âge comme critère antidiscriminatoire	60
A- Le critère de l'âge : une nature imprécise.....	60
1-Des caractères particuliers	60
a-Un caractère variable	60
b-Un caractère pluridirectionnel.....	61
c-Un caractère multiple.....	61
2-L'enchevêtrement avec d'autres critères.....	62
B- La relativité du critère	63
1-La relativité de la notion de discrimination pénale	63
2-Les nombreuses justifications à la discrimination fondée sur l'âge.....	65
II- Une répression incertaine	68
A- Les obstacles à la répression	68
1-Les difficultés relatives à la caractérisation de l'infraction.....	68
2-Les difficultés probatoires	70
B- Une répression inefficace	71

Partie 2 : L'âge, vecteur de la catégorisation des incriminations...73

Chapitre 1 : La catégorisation des incriminations de droit commun par l'âge 74

Section 1 : L'influence de l'âge quant au consentement de la victime.....	74
I- La difficile appréhension du consentement du mineur.....	74
A- <i>De lege lata</i>	74
B- <i>De lege ferenda</i>	77
II- La valeur du consentement de la personne vulnérable.....	81
A- La réalité de la vieillesse.....	80
B- L'appréhension de la liberté de consentement	82
Section 2 : L'influence de l'âge quant à l'intention de l'auteur.....	84
I- Le traitement de l'erreur sur l'âge du mineur.....	84
II- La nécessaire apparence ou connaissance de l'âge de la personne vulnérable.....	86

Chapitre 2 : La catégorisation par des incriminations spécifiques à l'âge 88

Section 1 : Un regroupement d'infractions spécifiques au mineur.....	88
I- Un chapitre spécifique traduisant la situation particulière du mineur.....	88
A- La protection du cadre familial du mineur	89
1- Une atteinte à la filiation.....	89
2- Une défaillance parentale	91
B- La protection de l'intégrité du mineur.....	93
1- L'intégrité morale.....	93
2- L'intégrité physique	96
II- La cohérence du groupement d'infraction	98
A- L'hétérogénéité du chapitre	98
B- La place de la privation de soins et d'aliments	99
Section 2 : Une infraction spécifique à la personne vulnérable	101
I- Une infraction recentrée sur la personne	101
II- La place de l'infraction	103

CONCLUSION..... 107

BIBLIOGRAPHIE..... 109

INDEX..... 113

TABLE DES MATIERES..... 115