UNIVERSITE NANCY 2

FACULTE DE DROIT, SCIENCES ECONOMIQUES ET GESTION

LE MINEUR, SON CORPS ET LE DROIT CRIMINEL

THÈSE

en vue de l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT PRIVÉ

(Nouveau régime)

présentée et soutenue publiquement
le 26 juin 2010 par

Bertrand MARRION

MEMBRES DU JURY

Mme Marie-France BUREAU, Professeur à l'Université de Sherbrooke, Canada
M. Xavier LABBEE, Professeur à l'Université de Lille 2 (Rapporteur)
M. Bruno PY, Maître de Conférences-HDR à l'Université Nancy 2 (Directeur de recherche)
M. Jean-François SEUVIC Professeur à l'Université Nancy 2
M. François VIALLA, Maître de Conférences-HDR à l'Université Montpellier 1 (Rapporteur)

LE CORPS ENSEIGNANT
de la Faculté de Droit, Sciences Economiques & Gestion
Année Universitaire 2009-2010

DOYEN **M. Olivier CACHARD**

DOYENS HONORAIRES MM. TALLON, GROSS, JAQUET, CRIQUI

PROFESSEURS ÉMÉRITES

M. VITU, Professeur de Droit Pénal
M. CHARPENTIER, Professeur d'Economie
M. JAQUET, Professeur de Droit Public
M. COUDERT, Professeur d'Histoire du Droit
Mme GAY, Professeur d'Histoire du Droit
M. BORELLA, Professeur de Droit Public
Mme MARRAUD, Professeur de Droit Privé
M. GROSS Bernard, Professeur de Droit Privé

PROFESSEURS

M. RAY Jean-Claude	Professeur de Sciences Économiques
M. SEUROT François	Professeur de Sciences Économiques
M. SEUVIC Jean-François	Professeur de Droit Privé
M. MOUTON Jean-Denis	Professeur de Droit Public
M. JACQUOT François	Professeur de Droit Privé
M. CRIQUI Etienne	Professeur de Science Politique
M. BILLORET Jean-Louis	Professeur de Sciences Économiques
M. PIERRÉ-CAPS Stéphane	Professeur de Droit Public
M. GARTNER Fabrice	Professeur de Droit Public
M. EBOUE Chicot	Professeur de Sciences Economiques
M. MAZIAU Nicolas	Professeur de Droit Public
M. DEREU Yves	Professeur de Droit Privé
M. BISMANS Francis	Professeur de Sciences Economiques
M. ASTAING Antoine	Professeur d'Histoire du Droit
M. STASIAK Frédéric	Professeur de Droit Privé
M. CACHARD Olivier	Professeur de Droit Privé

M. GRY Yves	Professeur de Droit Public
M. LAMBERT Thierry	Professeur de Droit Privé
M. HENRY Xavier	Professeur de Droit Privé
M. PLESSIX Benoît	Professeur de Droit Public
Mme SPAETER-LOEHRER Sandrine	Professeur de Sciences Economiques
M. TAFFOREAU Patrick	Professeur de Droit Privé
M. PARENT Antoine	Professeur de Sciences Economiques
M. PERREAU-SAUSSINE Louis	Professeur de Droit Privé
Mme TUFFERY-ANDRIEU Jeanne-Marie	Professeur d'Histoire du Droit
Mme GRAMAIN Agnès	Professeur de Sciences Economiques
M. FONCEL Jérôme	Professeur de Sciences Economiques
M. PETIT Yves	Professeur de Droit Public
Mme GOLDIE-GENICON Charlotte	Professeur de Droit Privé
Mme MARINO Laure	Professeur de Droit Privé

MAÎTRES DE CONFERENCES

M. BOURGAUX Claude	Maître de Conférences de Droit Privé
M. PELLISSIER Dominique	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme CHARDIN France	Maître de Conférences de Droit Privé
M. GERMAIN Eric	Maître de Conférences de Droit Public
M. LUISIN Bernard	Maître de Conférences de Droit Public
Mme MANSUY Francine	Maître de Conférences de Droit Privé
M. VENANDET Guy	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme TILLEMENT Geneviève	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme GANZER Annette	Maître de Conférences de Droit Privé
M. OLIVIER Laurent	Maître de Conférences de Science Politique
M. DIELLER Bernard	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GUIGOU Jean-Daniel	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GASSER Jean-Michel	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme JANKELIOWITCH-LAVAL Eliane	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. AIMAR Thierry *(Détachement)*	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme KUHN Nicole	Maître de Conférences de Droit Public
Mme DAVID-BALESTRIERO Véronique	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme ETIENNOT Pascale	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle BARBIER Madeleine	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. FOURMENT François	Maître de Conférences de Droit Privé
M. ANDOLFATTO Dominique	Maître de Conférences de Science Politique
Mme DEFFAINS Nathalie	Maître de Conférences de Droit Public

Mme SIERPINSKI Batyah	Maître de Conférences de Droit Public
M. MOINE André	Maître de Conférences de Droit Public
Mlle LEBEL Christine	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle LE GUELLAFF Florence	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. PY Bruno	Maître de Conférences de Droit Privé
M. EVRARD Sébastien	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. FENOGLIO Philippe	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme BOURREAU DUBOIS Cécile	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle GARDIN Alexia	Maître de Conférences de Droit Privé
M. KLOTGEN Paul	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme DERDAELE Elodie	Maître de Conférences de Droit Public
M. DAMAS Nicolas	Maître de Conférences de Droit Privé
M. GICQUEL Jean-François	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
Mme LELIEVRE Valérie	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. PREVOT Jean-Luc	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. WEBER Jean-Paul	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme CHAUPAIN-GUILLOT Sabine	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. CHOPARD Bertrand	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle PIERRE Nathalie	Maître de Conférences de Droit Privé
M. PIERRARD Didier	Maître de Conférences de Droit Public
Mme HOUIN-BRESSAND Caroline	Maître de Conférences de Droit Privé
M. ZIANE Ydriss	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. GABUTHY Yannick	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle BLAIRON Katia	Maître de Conférences de Droit Public
M. FEREY Samuel	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. MULLER François	Maître de Conférences de Droit Public
Melle ABALLEA Armelle	Maître de Conférences de Droit Public
M. THIERRY Jean-Baptiste	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle DUBUY Mélanie	Maître de Conférences de Droit Privé

MAÎTRES DE CONFERENCES ASSOCIES

M. FERRY Frédéric	Maître de Conférences associé de Droit Privé
Mme MOUKHA Stéphanie	Maître de Conférences associé de Droit Privé
M. GAUDEL Pierre-Jean	Maître de Conférences associé de Droit Public
M. GUENOT Jacques	Maître de Conférences associé de Droit Privé
M. GREGOIRE Christian	Maître de Conférences associé de Sciences Economiques
M. BERNARDEAU Ludovic	Maître de Conférences associé de Droit Privé

ASSISTANTS - PRAG

M. ECKERSLEY David *(Convention)*	Assistant d'Anglais
M. LOVAT Bruno	PRAG de Mathématiques
Mme DIEHL Christel	PRAG d'Anglais
M. PERRIN Yves	PRAG d'Economie et Gestion

La Faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

ABREVIATIONS

AJ famille	Acutalité juridique Famille
AJ pénal	Actualité juridique Pénal
al.	Alinéa
Ann. Fac.	Annales de la Faculté
art.	Article
ASE	Aide sociale à l'enfance
AN	Assemblée Nationale
avr.	Avril
BO éducation nationale	Bulletin Officiel de l'Education Nationale
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
C. civ.	Code civil
C. pén.	Code pénal
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
C. route	Code de la route
C. trav.	Code du travail
C. santé publ.	Code de la santé publique
CASF	Code de l'action sociale et des familles
Cass. Ass. Plén.	Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Comm. com. électr.	Communication - commerce électronique
CCNE	Comité Consultatif National d'Ethique
CE	Arrêt du Conseil d'Etat
CEDH	Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme
cf.	Confer
ch.	Chambre
ch. corr.	Chambre correctionnelle
chron.	Chronique
CIDE	Convention Internationale des Droits de l'Enfant
Circ. min.	Circulaire ministérielle
coll.	Collection
comm.	Commentaire
concl.	Conclusions
contra	Solution contraire
Conv. EDH	Convention européenne des Droits de l'Homme
CSC	Cour suprême du Canada
CSS	Code de la sécurité sociale
D.	Dalloz (Recueil)
DC	Décision du Conseil constitutionnel
déc.	Décembre
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
dir.	Direction
doctr.	Doctrine

Dr. Famille	Droit de la famille
Dr. pén.	Droit pénal
Dr. soc.	Droit social
éd.	Edition(s)
Ex.	Exemple
fasc.	Fascicule
févr..	Février
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
HPST	Hôpital, patient, santé, territoire
ibid	*ibidem* (même référence)
in	Dans
infra	Ci-dessous
IMG	Interruption médicale de grossesse
I.R.	Information rapide
ITG	Interruption thérapeutique de grossesse
ITT	Incapacité totale de travail
IVG	Interruption volontaire de grossesse
janv.	Janvier
JCP	Juris-classeur périodique
- G, N	édition générale, édition notariale et immobilière
JDJ	Journal du droit des jeunes
JE	Juge pour enfants
JOAN	Journal officiel de l'Assemblée Nationale
JORF	Journal officiel de la République Française (lois et décrets)
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
juill.	Juillet
Jurispr.	Jurisprudence
Lebon	Recueil Lebon
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Petites Affiches (les)
n°	Numéro
nov.	Novembre
CPC	Code de procédure civile
obs.	Observations
oct.	Octobre
op. cit.	*Opere citato* (dans l'ouvrage cité)
ord.	Ordonnance
p.	Page
pp.	Pages
PUF	Presses universitaires de France
préc.	Précité
rapp.	Rapport
Rec.	Recueil
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rép. pén.	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale
Rev. pénit.	Revue Pénitentiaire et de droit pénal
Rev. crim. et pol. techn.	Revue internationale de criminologie et de police technique
RID comp.	Revue internationale de droit comparé
RID pén.	Revue internationale de droit pénal

RJPF	Revue juridique personne & famille
RSC	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
s.	Suivant
sept.	Septembre
somm.	Sommaire
spéc.	Spécialement
Supra	Ci-dessus
t.	Tome
TA	Tribunal administratif
T. civ.	Tribunal civil
T. enfants	Tribunal pour enfants
TGI	Tribunal de grande instance
th.	Thèse
V°	*Verbo*
vol.	Volume
§	Paragraphe

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Partie 1 : La protection du corps de la personne mineure

Titre 1 : Corps et minorité, objets de la protection

Chapitre 1 : Une définition plurielle de la minorité

Section 1. Une définition dichotomique de la minorité

Section 2. Une définition évolutive de la minorité

Chapitre 2 : Une définition extensive du corps du mineur

Section 1. Une définition nécessairement globale

Section 2. Une définition spécifiquement étendue

Titre 2 : La vulnérabilité, justification de la protection

Chapitre 1. Une vulnérabilité inhérente à la minorité

Section 1. Une vulnérabilité présumée des mineurs de quinze ans

Section 2. Une vulnérabilité à prouver pour les mineurs de plus de quinze ans

Chapitre 2. Une adaptation conséquente des modalités de poursuite

Section 1. Une spécificité dans la révélation des infractions

Section 2. Une spécificité dans la poursuite des infractions

Partie 2 : L'autonomie de la personne mineure sur son corps

Titre 1 : Une autonomie relative

Chapitre 1 : Une autonomie générale limitée

Section 1. Une autonomie personnelle corporelle

Section 2. Une autonomie personnelle sexuelle

Chapitre 2 : Une autonomie en matière médicale étendue

Section 1. Une autonomie corporelle initialement limitée aux actes médicaux liés à la sexualité

Section 2. Une autonomie corporelle étendue au droit commun des actes médicaux

Titre 2. Une autonomie à renforcer

Chapitre 1. Les modalités d'acquisition d'une autonomie corporelle

Section 1. Une autonomie corporelle acquise à l'adolescence

Section 2. Une autonomie corporelle acquise par une prémajorité

Chapitre 2. Les modalités d'exercice d'une autonomie corporelle

Section 1. Une prémajorité corporelle en matière pénale

Section 2. Une prémajorité corporelle en matière médicale

INTRODUCTION GENERALE

« C'est l'enfant lui-même qui doit s'éduquer, s'élever avec le concours des adultes »
Célestin FREINET, *Naissance d'une pédagogie populaire*

1. **« Mineur : ce qui est le plus petit »**. Comme l'exposait LACORDAIRE, « *entre le faible et le fort c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui libère* ». En dehors de la Loi, et outre la référence aux travailleurs des mines, le terme « mineur » renvoie à « *ce qui est plus petit, inférieur ou considéré comme tel* »[1], conformément à son étymologie latine *minor*. Cette infériorité est une constante de la notion. Ainsi, dans le cadre d'une démonstration, la mineure constitue le terme qui a la plus petite extension dans le syllogisme. En matière musicale, l'intervalle mineur est celui qui a « *un demi-ton chromatique de moins que l'intervalle majeur de même nom* »[2] et la gamme mineure est placée en dessous de la gamme majeure. Dans la religion catholique, l'ordre mineur désigne « *chacun des quatre ordres inférieurs chez les ecclésiastiques* »[3] et l'ordre majeur, c'est-à-dire la prêtrise, ne peut être conférée qu'après avoir reçu les ordres mineurs. La « mineure » désignait encore dans ce cadre la « *plus courte thèse que les étudiants en théologie soutenait durant le cours de la licence* »[4].
Le terme définit aussi ce qui est « *d'importance, d'intérêt secondaire* »[5], comme dans le domaine artistique où une œuvre mineure désigne une œuvre d'un intérêt moindre, ou dans le langage courant où une difficulté mineure indique un problème de faible gravité.

2. Ces considérations se retrouvent dans le substantif de la notion, à savoir la minorité, qui sous-tend également une infériorité. Lorsqu'il est employé pour un groupe de personnes, le terme trouve son origine dans l'anglais *minority* et renvoie au système parlementaire britannique qui conduit à un partage de la Chambre des communes et une confrontation entre la majorité, sur laquelle s'appuie l'action du gouvernement, et la minorité[6]. Plus globalement,

[1] Trésor de la langue française, http://atilf.atilf.fr, *V°* « mineur ».
[2] *Ibid.*
[3] *Ibid.*
[4] *Ibid.*
[5] REY Alain (dir.) *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert, 2006, *V°* « mineur ».
[6] Cette dénomination est remplacée de nos jours par celle d'opposition, qui a un caractère moins péjoratif, même si l'opposition reste un groupe politique en infériorité numérique au sein des Chambres parlementaires et corrélativement disposant de prérogatives moindres.

la minorité évoque « *le plus petit nombre* »[7], ou un « *groupement qui est inférieur en nombre* »[8], qu'il s'agisse d'un groupement politique, religieux, ethnique ou encore culturel.

3. Lorsque le terme est employé pour une personne, il concerne « *la période de la vie humaine s'étendant de la naissance à la majorité* »[9], ce qui se traduit juridiquement par « *l'état dans lequel se trouve l'individu qui, n'ayant pas atteint l'âge de la majorité civile, est soumis à un régime de protection et frappé par la loi d'une incapacité d'exercice* »[10]. Cette incapacité est présente dans la terminologie employée sous la monarchie pour le Roi, qualifiant « *le temps pendant lequel un souverain étant trop jeune, ne peut régner par lui-même et qui peut correspondre à une régence* »[11].

4. Le mineur, un terme juridique. Comme la minorité, le terme mineur a une acception juridique. Il se définit négativement comme « *l'individu qui n'a pas atteint l'âge de la majorité* »[12]. Aussi, il est nécessaire de se reporter à la définition de la majorité pour connaître ce que recouvre pleinement le mot « mineur ». La majorité est « *l'âge légal auquel il* [un individu] *accède à la pleine capacité d'exercice et devient en droit indépendant et responsable* »[13]. Il s'agit essentiellement de la majorité civile, laquelle est visée à l'article 338 C. civ. qui précise que « *le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis* ». Il convient de préciser que le terme « mineur » signifie également « *qui n'a pas atteint l'âge de* »[14], la terminologie « mineur de moins » apparaît redondant. Aussi, lorsque les développements évoqueront, par exemple, les mineurs de quinze ans, il sera question des personnes de moins de quinze ans.

5. Le mineur est donc l'individu qui est âgé de moins de dix-huit ans. La majorité civile était fixée à vingt-et-un ans dans le Code civil de 1804, reprenant le seuil déterminé dans un décret du 20 septembre 1792. Ce n'est que par une loi du 5 juillet 1974[15] que la majorité

---

[7] Trésor de la langue française, http://atilf.atilf.fr, *V°* « minorité».
[8] REY Alain (dir.) *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert, 2006, *V °* « mineur ».
[9] CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2008, *V °* « minorité ».
[10] *Ibid*.
[11] REY Alain (dir.) *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert, 2006, *V °* « minorité ».
[12] CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2008, *V °* « mineur ».
[13] *Ibid.*, *V °* « majorité ».
[14] *Ibid.*, *V °* « minorité ». Dans un sens identique : MALAURIE Philippe, *Les personnes, Les incapacités*, Defrénois, coll. « Droit civil », 3e éd., 2007, n° 597, p. 241.
[15] Loi n°74-631 du 5 juillet 1974 « fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité », JORF 7 juillet 1974, p. 7099.

civile a été abaissée à dix-huit ans, tout comme la majorité électorale[16]. En revanche, la majorité pénale, qui désigne l'âge auquel l'individu se voit appliquer le Droit pénal commun, était fixée dans le Code pénal de 1810 à seize ans, et a été portée à dix-huit ans par une loi du 12 avril 1906[17].

Le terme a aujourd'hui une définition globalisante, puisque quels que soient les domaines du droit visés, le mineur renvoie à une personne de moins de dix-huit ans[18]. D'autres terminologies, qui paraissent définir la même notion, sont parfois utilisées à tort et il convient de les exclure de l'étude.

6. Le mineur, un terme singulier. En dehors de cette terminologie, essentiellement juridique, d'autres mots sont utilisés pour caractériser cette période de la vie, certains plus larges et d'autres délimitant des périodes intermédiaires dans la minorité. Ainsi, le Code du travail vise à plusieurs reprises non pas la personne mineure mais le terme « jeune », comme à l'article L. 1133-2 qui concerne « *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* », la discrimination fondée sur l'âge étant ici justifiée ; ou encore l'article L. 6111-1 qui destine la formation professionnelle tout au long de la vie « *aux adultes et aux jeunes* ». Le mot figure encore au sein du Code civil pour les créances privilégiées mais se réfère également à une prestation de travail, les articles 2331 et 2375 visant « *l'indemnité due par l'employeur aux jeunes en stage d'initiation à la vie professionnelle* ». Pour autant le terme « jeune » n'a aucune définition juridique et renvoie dans le langage courant à une personne qui est « *peu avancée en âge* »[19] mais aussi à un état ou un statut récent indépendamment de l'âge. Deux individus âgés de soixante-dix ans qui se marient seront néanmoins considérés comme des jeunes mariés. Les deux termes, mineur et jeune, sont donc bien différents, le second n'étant pas nécessairement relatif à l'état de minorité.

7. À l'inverse, le mot adolescent est également utilisé mais conduit à une conception plus restrictive des mineurs. L'adolescence est l'« *âge de la vie qui suit l'enfance et qui s'étend*

[16] Art. L. 2 C. électoral : « *Sont électeurs les Françaises et Français âgés de dix-huit ans accomplis, jouissant de leurs droits civils et politiques et n'étant dans aucun cas d'incapacité prévu par la loi* ».
[17] Loi du 12 avril 1906 « modifiant les articles 66, 67 du Code pénal, 340 du Code d'instruction criminelle et fixant la majorité pénale à l'âge de dix-huit ans », JORF 14 avril 1906.
[18] Si la fin de la minorité est clairement déterminée, la question du point de départ est davantage discutée entre la conception et la naissance. Cette question fait l'objet d'un développement spécifique, cf *infra* n° 29.
[19] Trésor de la langue française, http://atilf.atilf.fr, *V°* « jeune ».

jusqu'à l'âge adulte »[20]. Aussi, si l'adolescent est mineur, le terme ne permet d'appréhender qu'une partie de la minorité, à savoir la période faisant suite à l'enfance. La référence est étrangement souvent associée au handicap comme dans le Code de l'éducation avec un Chapitre relatif aux « *Dispositions particulières aux enfants et adolescents handicapés* »[21], ou encore dans le Code de l'action sociale et des familles dans un paragraphe consacré aux « *établissements accueillant des enfants ou adolescents présentant des déficiences intellectuelles* », et dans un Chapitre visant les « *personnes handicapées* » au sein duquel le législateur évoque « *l'adolescent ou l'adulte handicapé* »[22]. L'adolescence semble être une période de la minorité particulièrement prise en compte pour les personnes handicapées, bien que le terme ne soit jamais défini juridiquement.

8. Tel n'est pas le cas du mot « enfant », qui est utilisé comme synonyme de mineur, voire à sa place, alors que les deux mots ne recouvrent pas nécessairement les mêmes réalités. « *La notion d'enfant s'oppose à celle de minorité par son aspect flou ; on parle d'enfance prolongée comme de maturité précoce, on stigmatise certains adultes comme infantiles, en les enjoignant de ne "pas faire l'enfant", on invente en psychologie le "complexe de Peter Pan" pour nommer ceux qui refusent de quitter l'enfance. Tout cela semble montrer que l'enfance désigne plutôt un état d'esprit qu'un espace chronologique* »[23]. À l'instar de l'adolescence, l'enfance, qui se définit comme « *les premières années de la vie d'un être humain jusqu'à l'adolescence* »[24], ne recoupe que partiellement la minorité ; comme le rappelle son origine latine *infans*, signifiant « *qui ne parle pas* » et qui ne peut s'adresser qu'au mineur en bas âge. Contrairement aux expressions « jeune » et « adolescent », le terme « enfant » est également un concept juridique qui évoque un « *descendant au premier degré, fils ou fille, sans considération d'âge* »[25]. En cela, la notion d'enfant est plus large que celle de mineur puisqu'elle n'est pas limitée par l'âge. L'enfant renvoie à l'établissement de la filiation entre une personne et ses ascendants directs et tout enfant n'est pas nécessairement mineur. Pour autant certains éléments peuvent conduire à la confusion. À titre d'exemple, le juge compétent n'est pas le juge des mineurs mais le juge des enfants. Cette terminologie permet

[20] *Ibid*., *V* ° « adolescence ».
[21] Partie législative, Première partie : « *Dispositions générales et communes* », Livre I : « *Principes généraux de l'éducation* », Titre I : « *Le droit à l'éducation* », Chapitre II : « *Dispositions particulières applicables aux enfants et adolescents handicapés* ».
[22] Art. L. 114-2 CASF, ou encore les art. L. 241-7, L. 241-9, L. 242-12 CASF qui évoquent « *l'adolescent handicapé* ».
[23] REY Alain (dir.) *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert, 2006, *V* ° « enfant ».
[24] Trésor de la langue française, http://atilf.atilf.fr, *V* ° « enfance ».
[25] CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2008, *V* ° « enfant ».

peut-être d'expliquer le maintien de sa compétence en matière de protection judiciaire pour les individus de dix-huit à vingt-et-un ans.[26]. Il en est de même pour les droits des mineurs où la convention qui leur est spécifique est la Convention Internationale des Droits de l'Enfant (CIDE)[27], bien que son article 1er précise qu' « *au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans* » ; ce qui correspond davantage au terme mineur. Aussi, l'étude portant sur les individus n'ayant pas atteint l'âge de la majorité, la terminologie de personne mineure sera préférée à celle d'enfant dans les développements.
Il est intéressant de constater que les mineurs n'ont pas toujours été l'objet d'attention des parents ou de l'État. Un détour par l'histoire permet d'expliquer la place primordiale qu'ils occupent dans la société d'aujourd'hui ainsi que l'état actuel du Droit des mineurs et des tensions qui y règnent. Ces études historiques étant consacrées aux enfants et non aux mineurs, les deux termes seront utilisés comme synonymes dans la suite de cette introduction.

9. L'enfant dans l'histoire. Qu'il s'agisse d'enfant, d'adolescent, de jeune ou de mineur, cette étape de la chronologie des individus a longtemps été ignorée dans la société. Historiquement, les travaux de Philippe ARIÈS[28] apportent de nombreux éclairages en la matière. L'auteur estime que, jusqu'au XIIe siècle environ, « *il n'y avait pas de place pour l'enfance dans ce monde* »[29]. Le mineur est alors considéré comme un adulte en réduction, comme le démontrent ses vêtements, identiques à ceux des adultes de sa condition[30], ou encore sa représentation artistique où il est présenté sous les traits des adultes mais en plus petit[31]. « *Cela signifie sans aucun doute que les hommes des Xe-XIe siècles ne s'attardaient pas à l'image de l'enfance, que celle-ci n'avait pour eux ni intérêt, ni même réalité. Cela laisse à*

[26] Art. L. 252-3 C. org. jud. : « *Le juge des enfants est compétent en matière d'organisation ou de prolongation d'une action de protection judiciaire à l'égard des mineurs émancipés ou des majeurs âgés de vingt-et-un ans ou moins* ». Il convient de préciser que les mesures qui peuvent être prononcées par le juge des enfants relèvent de la protection judiciaire de l'individu et non de l'assistance éducative, laquelle prend fin à la majorité de la personne. Cependant, il s'agit pour l'essentiel de mesures identiques.
[27] Convention disponible sur le site de l'Unicef : http://www.unicef.org/french/crc.
[28] ARIÈS Philippe, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Seuil, coll. « Points Histoire », 1973. Les thèses de l'auteur ont cependant été critiquées parfois par des historiens médiévistes : Annales de l'Est, Les entrées dans la vie ; initiations et apprentissages, cinquième série, n° spécial (n°1 et 2 groupés), *Presses Universitaires de Nancy*, 1982.
[29] ARIÈS Philippe, *op. cit*., p. 53.
[30] « *Dès que l'enfant quittait le maillot, c'est-à-dire la bande de toile qu'on enroulait serrée autour de son corps, il était habillé comme les autres hommes et femmes de sa condition* » : *Ibid.*, p. 75.
[31] « *Une miniature ottonienne du XIe siècle, nous donne une idée impressionnante de la déformation que l'artiste faisait subir aux corps d'enfants dans un sens qui nous paraît s'éloigner de notre sentiment et de notre vision. Le sujet est la scène de l'Évangile où Jésus demande qu'on laisse venir à lui les petits enfants, le texte latin est clair :* parvuli*. Or le miniaturiste groupe autour de Jésus huit véritables hommes sans aucun des traits de l'enfance : ils sont simplement reproduits à une échelle plus petite. Seule leur taille les distingue des adultes* » : *ibid.*, p. 53.

penser aussi que dans le domaine des mœurs vécues, et non plus seulement dans celui d'une transposition esthétique, l'enfance était un temps de transition, vite passé et dont on perdait aussi vite le souvenir »[32].

Plusieurs raisons expliquent, non pas ce désintérêt, mais plutôt ce manque d'intérêt pour cette époque de la vie. Il était fréquent de perdre un enfant à la naissance ou en très bas âge et la forte mortalité infantile incitait les familles à ne pas s'attacher aux nouveaux-nés. Ce détachement se retrouve dans les propos de MONTAIGNE lorsqu'il confesse : « *j'ai perdu deux ou trois enfants en nourrice, non sans regret, mais sans fâcherie* »[33]. Outre l'absence de « fâcherie », l'affirmation surprend par l'approximation sur le nombre d'enfants dont le père fait preuve, dénotant le peu d'intérêt qui leur était porté.

10. Lorsque l'enfant avait survécu, il n'était pas nécessairement élevé par ses parents. Dans les milieux bourgeois ou aristocratiques, il était pris en charge par une nourrice et souvent même au domicile de celle-ci, en dehors du cercle familial. Dans les milieux plus populaires, sa socialisation était collective en raison d'une démographie essentiellement rurale de la société française. Ainsi, « *dans la socialité des rues, indiscriminante, l'enfant n'est presque à personne* – res nullius – *à force d'être presque à tout le monde. Distribuées* in vivo *par les parents, l'éducation et l'instruction le sont aussi et tout autant pour les maîtres et les compagnons à l'atelier, les voisins et les marchands dans la rue et ceux qui vivent sous le même toit, puisque la maison n'est pas la demeure de la seule cellule familiale* »[34].

11. Le XIIIe siècle voit apparaître les enfants, au sens moderne du terme (c'est-à-dire les mineurs en bas âge), au sein des représentations artistiques et iconographiques[35]. Ce changement marque le début d'une prise en considération de ce temps de vie, renforcée au XVIIe siècle où la condition sociale de l'enfant change. Ainsi, si « *la découverte de l'enfance commence sans doute au XIIIe siècle* [...], *les témoignages deviennent particulièrement nombreux et significatifs à partir de la fin du XVIe siècle et au début du XVIIe siècle* »[36]. Cette évolution s'explique par divers facteurs et continue dans les siècles suivants. Les progrès de la médecine ont permis la réduction de la mortalité infantile et l'évolution des mœurs et des

[32] *Ibid*., p. 55.
[33] De MONTAIGNE Michel, Essais, II, 8, cité par ARIÈS Philippe, *op. cit*., p. 60.
[34] MEYER Philippe, *L'enfant et la raison d'État*, Seuil, coll. « Points Politique », 1977, pp. 11 et 12.
[35] Le XIIe siècle voit fleurir les représentations d'anges sous la forme d'enfants (signe de leur pureté) et le XVe siècle est marqué par l'apparition de portraits consacrés aux enfants, démontrant l'intérêt croissant qui leur est porté, individuellement en tant que personne.
[36] ARIÈS Philippe, *op. cit*., pp. 70 et 71.

conditions sociales ont conduit à la baisse des infanticides. À titre d'exemple, est crée en 1663 à Paris par Vincent de Paul, l'Ordre des Filles de la Charité pour recueillir les enfants abandonnés. Plus généralement, un décret impérial du 19 janvier 1811 organise la mise en place de tours dans les hospices pour permettre aux individus de déposer anonymement les enfants abandonnés. L'évolution de l'urbanisme permet également d'expliquer l'attention croissante portée aux enfants. « *Dans le nouvel ordre urbain, la famille sera amputée, délestée de son milieu. Livrée à elle-même, elle devra remplir de plus en plus seule les fonctions assumées naguère dans la rue par la société* »[37]. La France devient un pays de moins en moins rural et davantage industrialisé conduisant à une modification de l'habitat[38] et au repli de la famille. « *Le logis tend à être le substitut de la rue, le nouveau centre de la vie, la résidence des seuls membres de la famille. Le champ des investissements affectifs et sociaux de l'enfant s'y réduit peu à peu à la famille conjugale qui, elle, commence à lui donner une importance telle qu'il sort de l'anonymat* »[39].

Il ressort de cette longue maturation que ce n'est qu' « *à l'extrême fin du XVIIIe, et durant le XIXe, […] que l'enfant prend dans la vie sociale et familiale une importance nouvelle* »[40]. La représentation des enfants et plus globalement des personnes mineures dans la société a évolué, et l'acquisition d'un statut social impacte le Droit.

12. D'un enfant objet de droit à un enfant objet de protection. Dans les sociétés antiques, l'enfant est un objet de propriété et appartient à son père qui peut en disposer, soit en l'utilisant au travail soit en mettant fin à sa vie. « *L'avortement, l'infanticide sont alors utilisés à des fins de régulation des naissances ou d'eugénisme* »[41]. La vie de l'enfant est dépendante non seulement de la volonté de son père mais également parfois de la communauté qu'il intégrera. Ainsi, « *à Sparte comme à Rome, l'enfant nouveau-né n'a le droit de vivre que s'il n'est ni monstrueux, ni difforme et encore faut-il qu'il ait été agréé par les Anciens à Sparte, par le* paterfamilias *à Rome* »[42].

---

[37] MEYER Philippe, *op. cit*., p. 11.
[38] « *De plus en plus centrées sur elles, ces familles* [essentiellement bourgeoises dans un premier temps] *soignent leur intérieur et y élèvent leur progéniture tant qu'elle n'est pas d'âge scolaire. Pièces à recevoir, à manger, à dormir, chacune reçoit une fonction* » : *Ibid*., p. 14.
[39] *Ibid*., p. 12.
[40] LAINGUI André, « Histoire de la protection pénale des enfants », *RID pén.* 1979, p. 521.
[41] RAYMOND Guy, *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Litec, coll. « Pratique professionnelle », 5e éd., 2006, n° 4, p. 5.
[42] *Ibid*.

Cette toute puissance paternelle sur l'enfant se retrouve en Droit français. Si le père n'a plus le pouvoir de mettre à mort ses enfants[43], la *patria potestas* s'exerce sans partage et l'absence de statut social de l'enfant la rend toute puissante. La correction paternelle permettait notamment au père de faire enfermer son enfant « *par les soins du lieutenant de police, sous le contrôle le plus souvent lointain des tribunaux et des parlements* »[44] et avec le concours de l'État qui mettait à sa disposition ses prisons. Le XVIIe siècle marque ici encore une prise en compte de l'enfant et le début de l'immixtion de l'État dans la famille. À la suite d'une enquête du procureur général du parlement de Paris, ce dernier, par trois arrêts de 1673, 1678 et 1697, règlementait le droit de correction et soumettait l'enfermement des enfants de pères remariés à la permission du lieutenant civil[45]. Cette évolution perdure aux XVIIIe et XIXe siècles, notamment sous l'influence des philosophes des lumières qui s'intéressent à la cause des enfants comme des personnes, objets de protection et d'éducation[46]. « *Les enfants, comme personne, ont aussi par là, originairement, comme un avantage inné, droit aux soins de leurs parents jusqu'à ce qu'ils soient capables de se conserver eux-mêmes* »[47].

13. Les premières mesures légales de protection interviennent dans le cadre de la réglementation du travail des enfants. Le décret du 3 janvier 1813 interdit de laisser descendre ou travailler dans les mines des enfants de moins de dix ans. Cependant, ce décret ne sera pas appliqué et en « *1840, le Docteur VILLERME, dans son "*Tableau de l'état physique et moral des ouvriers*", dresse un rapport affligeant sur les conditions de travail des enfants* »[48]. Les enfants âgés de six ou sept ans descendaient au fond des mines ou étaient employés dans les usines et manufactures. La durée journalière du travail était de quinze heures dont treize heures de travail effectif et l'état de santé des enfants était alarmant : tuberculose et

[43] Les empereurs chrétiens avaient banni du Droit romain les abus et mauvais traitement tolérés sur les enfants au nom de la puissance paternelle : LAINGUI André, art. préc.
[44] MEYER Philippe, *op. cit*., p. 53.
[45] *Ibid*., p. 54. L'auteur fait état des résultats de l'enquête du procureur qui mettent en exergue l'enfermement « *d'enfants en bas âge ne sachant ni parler ni parfois marcher, placés là parce qu'ils gênent le remariage de leur père, des enfants de dix ans dont les parents détournent l'héritage* ». Par la suite, le Code civil de 1804 introduisait une distinction selon l'âge de l'enfant. Les mineurs de seize ans, pouvaient être mis en détention à la demande de leur père et pour les mineurs de seize à vingt-et-un ans s'ajoutait l'accord du président du tribunal et l'avis du ministère public. Le droit de correction paternelle prend fin avec l'ordonnance n°58-1301 du 23 décembre 1958 « relative à la protection de l'enfance et l'adolescence en danger », JORF 24 décembre 1958, p. 11770.
[46] Ainsi *L'Émile, ou De l'éducation* de Jean-Jacques ROUSSEAU est publié en 1768 et décrit l'éducation idéale d'un enfant en distinguant quatre stades dans la vie : l'enfance (de la naissance à douze ans), l'âge de la force (douze à quinze ans), la puberté (quinze à vingt ans) et l'âge adulte.
[47] KANT Emmanuel, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, cité par RAYMOND Guy, *op. cit*., n° 8, p. 7.
[48] LENOEL Pierre, « La place des enfants dans la société et les droits personnels des mineurs », article disponible sur : http://www.rosenczveig.com/contributions/droits_enfant/lenoel.htm.

rachitisme étaient légion, d'autant que les logements étaient insalubres. Devant ce constat catastrophique, le législateur instaure une nouvelle réglementation du travail des enfants par une loi du 22 mars 1841[49]. Ces dispositions interdisent le travail des enfants de moins de huit ans ainsi que le travail de nuit pour les mineurs de treize ans. La durée journalière du travail est limitée à huit heures pour les mineurs de huit à douze ans et à douze heures pour les mineurs de douze à seize ans. L'article 5 de la loi prévoit enfin, dans une optique d'éducation, que « *tout enfant admis devra, jusqu'à l'âge de douze ans, suivre une école* ». Cette loi, « *bien qu'assortie d'un système de contrôle, va être peu respectée* »[50], notamment en raison de l'apport financier que représente le salaire d'un enfant pour le foyer familial. Plus efficaces sont les lois du 19 mai 1874 et du 2 novembre 1892, cette dernière interdisant le travail « *des mineurs de 13 ans sur les chantiers ou dans les usines et ateliers et […] limitant aussi la durée du travail à 10 heures par jour entre 13 et 16 ans, à 11 heures entre 16 et 18 ans* »[51]. L'objectif de l'ensemble de ces mesures est d'assurer une protection aux mineurs, de préserver leur santé et leur développement physique.

14. Toujours dans cette seconde moitié du XIXe siècle, diverses lois interviennent pour restreindre la puissance paternelle. Au plan civil, la loi du 24 juillet 1884 instaure la possibilité pour les juges civils de prononcer la déchéance de la puissance paternelle et la loi du 24 juillet 1889[52] prévoit que cette déchéance intervient de plein droit en cas de condamnation pour excitation de mineur à la débauche, pour crime sur mineur ou en cas de deuxième condamnation pour un délit sur mineur, dés lors que l'auteur est le père de la victime. Á la suite d'une enquête judiciaire diligentée par la Direction des affaires criminelles et de grâce le 19 décembre 1881 auprès des procureurs généraux des Cours d'appel[53], est votée la loi du 19 avril 1898 « sur la répression des violences, voies de faits, actes de cruauté et attentats commis contre des enfants »[54]. Avec ces nouvelles dispositions, « *apparaît une*

[49] Loi du 22 mars 1841 « relative au travail des enfants dans les manufactures, usines ou ateliers », Bull. des lois de la République française 1841, n° 795, p. 461.
[50] PELISSIER Jean, SUPIOT Alain, JEAMMAUD Antoine, *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis », 24e éd., 2008, n° 9, p. 11.
[51] LENOEL Pierre, art. préc.
[52] Loi du 24 juillet 1889 « sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés », JORF 25 juillet 1889, p. 3654.
[53] Pour une analyse détaillée des résultats de cette enquête, voir : YVOREL Jean-Jacques, « L'enfant, la puissance paternelle et le juge au XIXe siècle », *Les cahiers de la sécurité intérieures* 1997, n° 25, p. 17.
[54] Loi du 19 avril 1898 « sur la répression des violences, voies de faits, actes de cruauté et attentats commis contre des enfants », JORF 21 avril 1898, p. 2618.

répression pénale spécifique des infractions commises contre les mineurs »[55]. En effet, si le Code pénal de 1810 aggravait les violences commises sur les ascendants de l'auteur, l'inverse, à savoir les violences commises sur les descendants, ne faisait pas l'objet de mesure spécifique. Toutefois, le Code pénal réprime néanmoins certaines atteintes spécifiques aux enfants comme l'infanticide, l'excitation de mineur à la débauche, l'attentat à la pudeur ou encore l'abandon de mineur.

15. La fin du XIXe siècle voit l'attention portée à l'éducation des enfants se concrétiser par la loi du 28 mars 1882[56], dite « loi Jules Ferry », qui rend l'enseignement primaire obligatoire pour tous les enfants âgés de six à treize ans. Afin de rendre la réforme effective et d'éviter que les parents ne continuent à envoyer leurs enfants au travail, l'article 12 de la loi prévoit que « *lorsqu'un enfant se sera absenté de l'école quatre fois dans le mois, pendant au moins une demi-journée, sans justification admise par la commission municipale scolaire, le père, le tuteur ou la personne responsable sera invité […] à comparaître dans la salle des actes de la mairie, devant ladite commission, qui lui rappellera le texte de la loi et lui expliquera son devoir* ».

16. Aussi, lorsque s'achève le XIXe siècle, les mineurs restent objets de droit (si l'autorité paternelle a évolué, elle n'a pas disparu), mais ils sont surtout objets de protection, laquelle est assumée par sa famille ainsi que par l'État[57]. Le début du XXe siècle est marqué par des réformes pénales qui posent les jalons d'un Droit pénal des mineurs délinquants, à savoir un Droit pénal ajusté à la spécificité de l'auteur mineur. Dans un but de protection, le législateur soustrait les mineurs auteurs d'infractions du droit commun pour leur appliquer des règles plus adaptées et moins sévères. Ainsi, une loi du 12 avril 1906[58] porte la majorité pénale, c'est-à-dire l'âge à partir duquel l'individu se voit appliquer le Droit pénal commun, de seize à dix-huit ans, laissant les mineurs de dix-huit ans bénéficier de mesures plus clémentes. Une autre loi, du 22 juillet 1912[59] marque davantage le Droit pénal des mineurs. Les nouvelles dispositions créent des juridictions spécialisées, nommées tribunaux pour enfants et

[55] BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. « Précis », 2008, n° 31, p. 15.
[56] Loi n° 11696 du 28 mars 1882 « sur l'enseignement primaire obligatoire », JORF 29 mars 1882, p. 1697.
[57] Éventuellement contre sa famille : NEIRINCK Claire, *La protection de la personne de l'enfant contre sa famille*, LGDJ 1984.
[58] Loi du 12 avril 1906 « modifiant les articles 66, 67 du Code pénal, 340 du Code d'instruction criminelle et fixant la majorité pénale à l'âge de dix-huit ans », JORF 14 avril 1906.
[59] Loi du 22 juillet 1912 « sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée », JORF 25 juillet 1912.

adolescents, organisent les première mesures de sûreté éducative ainsi que la liberté surveillée pour les mineurs et, surtout, soustraient les mineurs de treize ans à la juridiction pénale. Ces éléments seront repris par l'ordonnance du 2 février 1945, texte fondamental en Droit pénal des mineurs qui constitue une véritable « *charte de l'enfance délinquante* »[60], organisant des mesures pénales substantielles et processuelles spécifiques[61]. Ces dispositions inspirées d'un esprit humaniste[62] sont fondées sur l'idée d'une resocialisation du délinquant en donnant la primauté à l'éducatif sur le répressif[63]. Depuis sa création, cette ordonnance a connu de nombreuses modifications et les dernières lois tendent à supprimer cette spécificité pour les mineurs les plus âgés.

17. L'ensemble de ces dispositions tend à « *mettre en place une protection légale sans rendre son bénéficiaire* [le mineur] *directement titulaire de droits subjectifs* »[64]. Aussi, si la préoccupation de la protection spécifique des mineurs perdure, la seconde partie du XXe siècle voit émerger une revendication nouvelle, celle des droits de l'enfant.

18. D'un enfant objet de protection à un enfant sujet de droit. Même si les développements historiques mettent en exergue un désintérêt certain pour les enfants, leur personnalité juridique n'a jamais été remise en cause ; « *le mineur est évidemment titulaire de l'ensemble des droits reconnus à tout sujet de droit* »[65]. Si le mineur est une personne, il est aussi un être en devenir et sa situation particulière nécessite la reconnaissance de droits spécifiques. Dans cette optique, l'Assemblée générale de la Société des Nations adopte le 26 septembre 1924 la Déclaration de Genève[66] et affirme que « *l'Humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur* ». La déclaration comporte cinq articles très courts et rédigés en des termes très généraux qui en font une pure déclaration d'intention comme le démontre l'article 1er : « *l'enfant doit être en mesure de se développer d'une façon normale, matériellement et spirituellement* ».

---

[60] MERLE Philippe et VITU André, *Traité de droit criminel*, *Droit pénal général*, Cujas, 7e éd., 1997, n° 630 et s., p. 795.
[61] Le Conseil constitutionnel a reconnu dans une décision du 29 août 2002 le principe d'autonomie du Droit pénal des mineurs : DC du 29 août 2002, JORF 10 septembre 2002, p. 14953.
[62] ANCEL Marc, *La défense sociale*, Cujas, 3^è^ éd., 1981.
[63] Pour une analyse plus précise des dispositions actuelles : cf. *infra*, n° 116 et s.
[64] BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *op. cit*., n° 95, p. 55.
[65] *Ibid*., n° 98, p. 56.
[66] Déclaration disponible sur le site du Comité des droits de l'enfant : www.aidh.org.

19. À la sortie de la seconde guerre mondiale, les mineurs deviennent une considération importante des États. Le 11 décembre 1946 l'Assemblée générale des Nations Unies crée le Fond des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF) dont le programme conduit à l'adoption de la « Déclaration des droits de l'enfant » le 20 novembre 1959 par l'Assemblée générale des Nations Unies. Ce nouveau texte est plus étoffé que le précédent et comprend dix « principes » qui tendent d'une part à reconnaître aux enfants des droits et notamment le droit à un nom et à une nationalité (principe 3) ou le droit à l'éducation (principe 7), mais aussi d'autre part à leur assurer « *une protection spéciale et des soins spéciaux* »[67], comme une protection contre toute forme d'exploitation, de négligence et de cruauté (principe 9). Néanmoins, s'agissant juridiquement d'une simple déclaration, elle n'a aucune valeur contraignante à l'égard des États et le non respect des principes généraux qu'elle expose ne peut entraîner qu'une réprobation morale ou politique.

20. Afin de rendre les droits de l'enfant plus effectifs, l'Assemblée générale des Nations Unies adopte le 20 novembre 1989, date qui devient symbolique[68], la CIDE. Cette Convention est signée par la France le 26 janvier 1990 puis ratifiée par la loi du 2 juillet 1990[69]. L'entrée en vigueur intervient le 6 septembre 1990 à l'issue de son processus de ratification[70]. Le texte est composé de cinquante-quatre articles et à l'instar de la Déclaration de Genève de 1959, il est mixte dans sa nature, certains articles reconnaissant des droits et d'autres obligeant à la protection des mineurs. « *Il est indéniable que la CIDE a provoqué une évolution incontestable des droits de l'enfant et plus largement de la conception même de l'enfant au niveau international et européen et dans les différents États parmi lesquels la France figure en bonne place* »[71].

[67] Préambule de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 décembre 1959, préc.
[68] Depuis 1995, le 20 novembre est en France « la journée nationale de défense et de promotion des droits de l'enfant ».
[69] Loi n° 90-548 du 2 juillet 1990 « autorisant la ratification de la convention relative aux droits de l'enfant », JORF 5 juillet 1990, p. 7856. La France a également ratifié, le 5 février 2003, les deux protocoles additionnels facultatifs de la CIDE, le premier portant sur la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, et le second sur l'implication des enfants dans les conflits armés.
[70] L'art. 49 § 1 de la CIDE prévoit que la Convention entrera en vigueur après la ratification d'au moins vingt pays et le 2 septembre 1990, trente-et-un États avaient procédé à cette ratification. Aujourd'hui, tous les États ont ratifié la Convention à l'exception de la Somalie et des États-Unis.
[71] GOUTTENOIRE Adeline (dir.), « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après – Commentaire article par article », *Dr. Famille* 2009, dossier 13 ; voir également : MEININGER BOTHOREL Chantal, « Les apports de la Convention internationale des droits de l'enfant », *Gaz. Pal.* 2007, n° 324, p. 4.

21. S'agissant d'une Convention internationale et en vertu de l'article 55 de la Constitution française[72], la CIDE aurait dû être appliquée à partir de sa ratification et primer le droit interne dans l'hypothèse de conflit de normes. Cette applicabilité directe de la Convention apparaît fondamentale dans le cadre de la CIDE puisque le texte n'instaure aucune juridiction chargée de sanctionner son irrespect[73] mais simplement un Comité international des droits de l'enfant dont la mission est, conformément à l'article 43, « *d'examiner les progrès accomplis par les États parties dans l'exécution des obligations contractées par eux en vertu de la présente Convention* »[74].

22. Malgré l'importance de cette applicabilité directe, la CIDE n'a pas reçu un accueil favorable devant les juridictions nationales. Par l'arrêt « Lejeune » du 10 mars 1993, la première chambre civile de la Cour de cassation prend une décision inattendue en estimant que « *les dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990, ne peuvent être invoquées devant les tribunaux, cette convention, qui ne crée des obligations qu'à la charge des États parties, n'étant pas directement applicable en droit interne* »[75]. Les premières critiques apparaissent très rapidement[76] en raison de la distinction opérée par la Haute juridiction judiciaire qui conduit à exclure l'applicabilité de la Convention. Cette exclusion est pourtant contraire à la volonté du pouvoir politique au

---

[72] Art. 55 Constitution du 4 octobre 1958 : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie », document disponible sur le site : www.legifrance.gouv.fr .

[73] Contrairement à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (Conv. EDH) dont l'article 19 dispose : « *Afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses protocoles, il est institué une Cour européenne des Droits de l'Homme* ». Les arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) jouissent d'une autorité de la chose interprétée.

[74] Dans le dernier rapport rendu par le Comité concernant la France, lors de sa 51e session du 25 mai 2009 au 12 juin 2009, l'organe est préoccupé par la situation des enfants en France sur plusieurs points : « *le nombre limité de dispositions de la Convention qui sont reconnues comme étant d'application directe* » ; « *par l'attitude générale négative de la police à l'égard des enfants, en particulier des adolescents* » ; « *le nombre de décès parmi les enfants placés en détention en 2008* » ; « *les allégations faisant état d'actes de mauvais traitements à l'encontre d'enfants de la part d'agents publics dans les lieux de détention* » ; « *la situation des enfants non accompagnés placés dans les zones d'attente des aéroports français* ». Le rapport est disponible sur le site du Comité des droits de l'enfant : http://www.aidh.org/ONU_GE/Comite_DE/51Sess.htm#_1. Ce rapport, déjà négatif, ne prend pas en compte le projet de loi organique et ordinaire du 9 septembre 2009 relatif à la suppression du Défenseur des droits, qui ne va pas dans le sens d'une amélioration des dispositions relatives aux droits de l'enfant.

[75] Cass. civ. 1er, 10 mars 1993, Bull. civ. n° 103. En espèce, il s'agit d'un père qui reproche au juge de ne pas avoir procédé à l'audition de son enfant âgé de onze ans en se fondant notamment sur l'article 12 de la CIDE. Position confirmée par : Cass. civ. 1er, 2 juin 1993, Bull. civ., I, n° 195 qui concerne le droit de visite d'un des parents.

[76] RONDEAU-RIVIER Marie-Claire, « La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un traité mis hors jeu », *D*. 1993, chron., p. 203 ; NEIRINCK Claire et MARTIN Pierre-Marie, « Un traité bien maltraité », *JCP G* 1993, I, 3677 ; DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « L'application de la Convention de New-York sur les droits de l'enfant », *D*. 2004, somm., p. 34.

moment de sa signature et de sa ratification puisque le secrétaire d'État à la famille déclare en 1989 qu'« *on pourra invoquer la Convention internationale des droits de l'enfant devant les tribunaux français une fois que la France l'aura ratifiée* »[77]. À cette déclaration s'ajoute l'observation du Premier ministre de l'époque, Michel ROCARD qui précise : « *certains pensent que la Convention ne concerne que les États et ne pourrait s'appliquer en droit interne. Il me semble qu'ils font là un contresens profond […] la Convention internationale s'applique bien totalement, ici et maintenant* »[78]. Cependant telle n'est pas la position de la Cour de cassation qui refuse d'appliquer directement la Convention, estimant qu'elle ne crée de droits qu'à l'égard des États. Aussi, pour qu'« *un traité international soit d'application directe en droit interne (self executing), deux conditions sont exigées : que le traité soit intégré dans l'ordre juridique national – c'est-à-dire ratifié et publié – et que ce traité énonce des droits expressément reconnus aux personnes, et non seulement des engagements pris par les États signataires* »[79].

23. Alors que la Cour de cassation rejette en bloc l'ensemble de la Convention, le Conseil d'État procède par la technique des « petits pas », en analysant chaque article de la Convention pour déterminer s'il énonce des obligations pour les États ou s'il crée des droits pour les personnes. Peu de temps avant l'arrêt « Lejeune », le Conseil d'État accepte d'examiner des moyens tirés de la violation de la Convention[80] et par un arrêt du 29 juillet 1994[81], la juridiction estime que l'article 9 de la CIDE crée seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés. *A contrario*, les autres dispositions de la Convention créent ou peuvent créer des droits pour les individus. Cette analyse au cas par cas a conduit à la reconnaissance de l'applicabilité directe des articles 16[82] et 3-1[83] et à son refus pour les articles 12 et 14-1[84].

[77] Le Monde du 23 novembre 1989, p. 15.
[78] Cité par CHABERT Cyril « Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention internationale des droits de l'enfant », *JCP G* 2003, I, 129.
[79] Rapport annuel de la Cour de cassation 2009, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La documentation française, 2010 ; disponible sur le site de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2009_3408/presentation_15425.html. La contribution de la première chambre civile commence par une étude consacrée à « L'application directe de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant ».
[80] CE, 17 février 1993*, Journal du droit des Jeunes* 1994, n° 136, contre le refus de délivrance d'un permis de séjour ; CE 30 juin 1993, Lebon, p. 778, pour faire annuler un arrêté de reconduite à la frontière.
[81] CE, 29 juillet 1994, *Préfet maritime*, *AJDA* 1994, p. 841, concl. DENIS-LINTON Martine.
[82] CE, 10 mars 1995, *Demirpence*, *D*. 1995, p. 617
[83] CE, 22 septembre 1997, *Mlle Cinar*, *D*. 1997, I.R., p. 224.
[84] CE, 3 juillet 1996, *Paturel*, *JCP G* 1996, IV, 2279.

24. La Cour de cassation opère un remarquable revirement de jurisprudence par un arrêt du 18 mai 2005[85] en rendant un arrêt de cassation au visa des articles 3-1 et 12-2 de la CIDE, estimant que « *la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de celui-ci à être entendu lui imposaient de prendre en compte la demande de l'enfant* ». La décision mentionne en tant que visa les dispositions du droit interne, qui sont la transposition des articles de la Convention, la juridiction relève d'office le moyen tiré de la violation de la Convention. Le revirement est confirmé par un arrêt du 14 juin 2005[86] qui décide que « *l'article 3-1 de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant,* […] *est d'application directe devant la juridiction française* ».

25. Ces décisions ne reconnaissent pas une applicabilité directe de tous les articles de la CIDE mais seulement de certains d'entre eux ; la méthode étant désormais identique pour la Cour de cassation et le Conseil d'État. Aussi, si certains articles sont reconnus comme d'application directe et conférant des droits aux personnes, d'autres sont exclus puisque s'adressant uniquement aux États, et une dernière catégorie reste dans le flou en l'absence de position jurisprudentielle[87].

26. En dehors de cet effet direct de la CIDE sur les droits de l'enfant, la Convention a également un effet indirect en tant que norme interprétative qui se retrouve surtout dans la jurisprudence de la CEDH[88]. La Conv. EDH vise à reconnaître et garantir les droits universels à « *toute personne* » comme le relève l'article 1er. Aussi, les mineurs jouissent des droits énoncés dans la Conv. EDH et « *la jurisprudence de la Cour européenne est marquée, comme en droit interne, par la volonté de prendre en compte la spécificité de l'enfant* »[89]. Bien que

---

[85] Cass. civ. 1er, 14 juin 2005, *JCP G* 2005, II, 10081, note GRANET-LAMBRECHTS Frédérique et STRICKLER Yves ; *JCP G* 2005, II, 10115, note CHABERT Cyril et concl. PETIT Cécile ; *Dr. Famille* 2005, comm. 156, note GOUTTENOIRE Adeline ; *D*. 2005, p. 1909, note EGÉA Vincent.

[86] Cass. civ. 1er, 14 juin 2005, pourvoi n° 04-16942.

[87] Le Professeur Adeline GOUTTENOIRE propose une division des articles de la CIDE en trois catégories qui emporte notre adhésion : « *la première catégorie rassemble les dispositions dont l'effet direct ne fait pas de doute. Il s'agit des articles ou alinéas qui ne s'adressent pas aux États mais ont comme sujet l'enfant. […]. La deuxième catégorie rassemble les dispositions dont l'effet direct est sans aucun doute exclu. Il s'agit des dispositions qui s'adressent aux États pour leur enjoindre de prendre des mesures pour atteindre tel ou tel objectif. […] La troisième catégorie rassemble toutes les dispositions pour lesquelles il conviendrait de reconnaître qu'ils sont d'applicabilité directe même si celle-ci relève moins de l'évidence.*

[88] GOUTTENOIRE Adeline, « La Convention internationale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER*, Economica, 2008, p. 495.

[89] SURREL Hélène, « Le juge des droits de l'homme », *Dr. Famille* 2006, étude 36.

les dispositions de la Convention n'évoquent pas spécifiquement les mineurs[90], la CEDH est très attentive aux atteintes portées notamment à l'intégrité corporelle des mineurs et se réfère souvent à la CIDE, « *procédant ainsi à un croisement audacieux des normes constitutif d'un enrichissement bienvenu des sources des droits de l'enfant* »[91]. Dans ce cadre, elle consacre un effet horizontal de la Convention pour l'application de l'article 3 aux mineurs en matière de châtiments corporels par exemple[92] et met à la charge des États des obligations positives de protection des mineurs contre les mauvais traitements[93]. Ces mêmes considérations se retrouvent pour l'article 4 qui interdit l'esclavage et le travail forcé comme l'atteste l'arrêt *Siliadin c. France* du 26 juin 2005 où la juridiction européenne rappelle que les mineurs « *ont droit à la protection de l'État, sous la forme d'une prévention efficace, les mettant à l'abri de formes aussi graves d'atteinte à l'intégrité de la personne* »[94]. La CEDH a su tirer profit de la CIDE pour combler quelques lacunes de la Conv. EDH comme dans l'arrêt *Burghartz c. Suisse* où elle relève que « *contrairement à d'autres instruments internationaux tels […] la Convention du 20 novembre 1989 relative au droits de l'enfant […], la Convention ne contient pas de disposition explicite en matière de nom* »[95], et palie cette lacune en créant un droit au nom fondé sur la vie privée de la personne (art. 8 Conv. EDH) ; bien qu'en l'espèce les requérants étaient majeurs.

27. Si la CIDE et la Conv. EDH ne sont pas les seules conventions internationales applicables pour les droits de l'enfant[96], elles n'en demeurent pas les plus essentielles conduisant notamment la France à modifier diverses lois pour être en conformité avec ses engagements internationaux, en intégrant parfois les dispositions de la CIDE dans le droit

[90] Les mineurs sont toutefois visés à l'art. 5 en matière de détention (portant atteinte à la liberté) et à l'art. 6 pour faire échec au principe de la publicité des débats.
[91] BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. « Précis », 2008, n° 69, p. 38.
[92] CEDH, 25 mars 1993, requête n° 13134/87, *Costello-Roberts c. Royaume-Uni* ; CEDH, 23 sept. 1998, requête n° 25599/94, *A. c. Royaume-Uni*, spéc. § 22. Pour un aperçu d'ensemble voir : GOUTTENOIRE Adeline, « La protection de l'enfant contre les maltraitances », *RTDH* 2003, p. 1355.
[93] CEDH, 10 mai 2001, requête n° 29392/95, *Z. et autres c. Royaume-Uni*.
[94] CEDH, 26 juin 2005, requête n° 73316/01, *Siliadin c. France*, § 143.
[95] CEDH, 22 février 1994, requête n° 16213/90, *Burghartz c. Suisse*, § 24.
[96] D'une façon générale sont applicables aux mineurs le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000 (en vigueur depuis la Loi n° 2008-125 du 13 février 2008 « autorisant la ratification du traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne, le traité instituant la Communauté européenne et certains actes connexes », JORF 14 février 2008, p. 2712), ou encore les Conventions de La Haye qui concernent les enfants sans pour autant être attributives de droits : Convention du 25 octobre 1980 relative aux enlèvements d'enfants, Convention du 29 mai 1993 pour la coopération en matière d'adoption internationale et Convention du 19 octobre 1996 sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

interne comme l'audition de l'enfant en matière civile. L'article 12 de la Convention prévoit l'audition des mineurs capables de discernement dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, ces mesures étant reprises depuis la loi du 8 janvier 1993[97] à l'article 388-1 C. civ. qui précise que « *dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut […] être entendu par le juge* ».

28. Cependant, la reconnaissance de ces droits subjectifs aux mineurs n'est pas sans poser de problème. Ce courant libéral de la seconde moitié du XXe siècle n'a pas mis fin au mouvement protectionniste des siècles précédents, fort heureusement pour les enfants eux-mêmes. La CIDE reflète bien ces deux éléments puisque certains articles tendent à conférer des droits aux enfants alors que d'autres obligent les États à protéger les mineurs. La coexistence entre ces deux types de dispositions peut s'avérer délicate et source de tension. Ces sources internationales reconnaissent des droits, que ce soit la CIDE ou la CEDH à toute personne, dès le commencement de la vie, ce qui pose en droit interne la question du statut de l'enfant conçu. Cette interrogation illustre les tensions qui résident dans le corpus juridique relatif aux droits des mineurs.

29. L'exclusion de l'enfant simplement conçu. Si la minorité s'achève avec la majorité de la personne, voire parfois avec son émancipation, son point de départ peut poser davantage problème. Le préambule de la CIDE, se référant à la Déclaration des droits de l'enfant de 1959, rappelle que « *l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant, comme après la naissance* ». En raison de la loi du 17 janvier 1975 dite « Loi Veil »[98], qui autorise l'interruption volontaire de grossesse, la France a émis des réserves d'interprétation concernant ces dispositions. Aussi, « *s'il est constant que la loi de 1975 n'a pas créé un véritable "droit à l'avortement", mais plutôt instituée une liberté, une faculté dont est titulaire la mère, il n'en demeure pas moins que la définition juridique de l'enfant conçu va se trouver modifiée* »[99].

[97] Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 « modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales », JORF 9 janvier 1993, p. 495.
[98] Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 « relative à l'interruption volontaire de grossesse », JORF 18 janvier 1975, p. 739.
[99] LABBÉE Xavier, *Condition juridique du corps humain avant la vie et après la mort*, Presses Universitaire de Lille, 1990, p. 142.

30. Ces considérations se retrouvent en droit interne dans l'article 16 C. civ. qui rappelle que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». Mais bien que l'enfant conçu soit un être humain, c'est-à-dire un être biologique « *de l'instant de sa conception à celui de sa mort* »[100], le Droit lui refuse la qualité de personne et corrélativement la personnalité juridique ; il n'a pas juridiquement de droits, que ce soit patrimoniaux[101] ou extra-patrimoniaux. Ainsi, « *l'enfant porté par sa mère n'est pas un sujet indépendant, il n'est pas titulaire de droits subjectifs* […] *c'est un élément du corps de la mère dont il empruntera la condition juridique* »[102].

L'enfant conçu, bien qu'il ne soit pas un sujet de droit, peut néanmoins être objet de droit. Un parent peut ainsi procéder à une reconnaissance prénatale, l'article 316 C. civ. précisant que celle-ci peut être « *faite avant ou après la naissance* »[103]. De même, le juge aux affaires familiales peut, dans l'ordonnance de conciliation, confier conjointement l'autorité parentale aux parents d'un enfant à naître, fixer la résidence de l'enfant à compter de sa naissance, accorder au père un droit de visite et d'hébergement et déterminer le montant de la pension alimentaire[104]. L'intégralité de ces mesures ne seront effectives qu'à la naissance de l'enfant.

31. Si l'enfant conçu peut être objet de droit, la question se pose de savoir s'il peut être objet de protection, malgré l'absence de personnalité juridique. Or « *cette personnalité juridique […] est un mécanisme juridique qui régit le commerce juridique* ; *il ne faut pas en faire une condition de la protection pénale de l'humain* »[105]. Le principe d'autonomie du Droit pénal[106] lui permet de s'émanciper des concepts des autres branches du Droit pour leur

---

[100] SEUVIC Jean-François, « Variations sur l'humain, comme valeur pénalement protégée », *Éthique, droit et dignité de la personne, Mélanges Christian BOLZE*, Economica, 1999, p. 343.

[101] L'adage « *infans conceptus pro nato abetur quoties de commodis ejus agitur* », permet à un enfant simplement conçu de recevoir par donation ou testament, comme l'indique l'art. 906 C. civ. qui précise : « *Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né vivant et viable* ». De même, l'article 725 du Code civil dispose que « *pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable* ». Aussi, cet adage ne permet pas de conférer la personnalité juridique à l'enfant conçu puisque les textes soumettent la validité de l'acte juridique à la naissance viable de l'enfant. Par conséquent, l'enfant devient juridiquement une personne par la naissance et sa personnalité juridique rétroagit au jour de sa conception.

[102] LABBÉE Xavier, *op. cit*., p. 128.

[103] Pour une application jurisprudentielle antérieure à la modification législative de la loi du 4 juillet 2005, sur la base de l'adage *infans conceptus* : TGI Lille, 3 février 1987, *JCP G* 1990, II, 21447, note LABBÉE Xavier.

[104] TGI Lille, 11 février 1998, *D*. 1999, p. 177, note LABBÉE Xavier.

[105] SEUVIC Jean-François, « Variations sur l'humain, comme valeur pénalement protégée », *in Éthique, droit et dignité de la personne, Mélanges Christian BOLZE*, Economica, 1999, pp. 370 et 371.

[106] Cf. *infra* n° 64.

donner une autre définition. Aussi, « *il n'y a pas identité nécessaire entre la victime d'un homicide involontaire et la personne au sens du droit civil parce que* la vocation des deux disciplines est tout à fait différente. […] *La personne humaine ou l'autrui que vise le Code pénal ne se confond pas avec la notion de sujet de droit, la protection pénale étant en principe accordée à tout être humain quel que soit son statut juridique* »[107].

L'enfant conçu étant un être humain, les dispositions pénales protectrices devraient lui être applicables. Pour autant telle n'est pas la position de la Cour de cassation qui très tôt refuse de sanctionner les atteintes portées au fœtus. Ainsi, en 1874[108], la Haute juridiction refuse de qualifier de suppression d'enfant, le fait pour un individu, à la suite d'un accident, d'avoir causé la mort du fœtus de cinq mois et demi, au motif que la femme « *n'ait point accouché d'un enfant qui put vivre, mais d'un être simplement ébauché auquel a manqué le développement suffisant pour exister même hors de la vie utérine* ». La Cour semble se référer, à l'instar du Droit civil, au critère de viabilité, c'est-à-dire à l'aptitude du fœtus ou du nouveau-né à vivre hors du sein maternel.

32. Au cours du XXe siècle, les mœurs évoluent et l'enfant conçu est considéré dans les faits comme une personne. Les progrès de l'imagerie médicale y sont sans doute pour beaucoup. Le fœtus n'est plus un être humain abstrait qui grandit en silence dans le ventre de sa mère, mais devient visible par une échographie : il a deux bras, deux jambes, une tête, on connaît son sexe et on choisit son prénom. La pratique médicale le considère comme un patient[109]. Les juridictions pénales se font le relais de cette évolution et de nombreuses décisions émanant surtout des juges du fond[110] appliquent à l'enfant conçu et viable les délits d'homicide involontaire ou celui d'omission de porter secours à personne en péril. La Cour d'appel de Douai le 2 juin 1987[111] condamne, sur le fondement d'homicide involontaire, l'auteur d'un accident dont la victime est une femme enceinte et à la suite duquel elle a perdu l'enfant (un fœtus de neuf mois). Reprenant expressément le seuil de viabilité, la Cour d'appel de Reims dans un arrêt du 3 février 2000[112] condamne pour homicide involontaire l'auteur d'un accident de la circulation dont la victime, enceinte de huit mois, perd le fœtus des suites

[107] SAINTE ROSE Jerry, « L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », *JCP G* 2001, II, 13569. Souligné par l'auteur.
[108] Cass. crim., 7 août 1874, *S*. 1875, 1, p. 41.
[109] SEUVIC Jean-François, art. préc. ; SAINTE ROSE Jerry, art. préc.
[110] Voir les nombreuses décisions citées par M. l'avocat général Jerry SAINTE ROSE, art. préc.
[111] Douai, 2 juin 1987, *JCP G* 1989, II, 21250, note LABBÉE Xavier ; *RSC* 1989, p. 319, note LEVASSEUR Georges.
[112] Reims, 3 févr. 2000, *JCP G* 2000, II, 10406, note FAURÉ Georges ; *Dr. pén.* 2000, comm. 53, note VÉRON Michel ; *D*. 2000, p. 873, note CHEVALIER Jean-Yves.

de l'accident. La juridiction relève qu' « *un enfant, après huit mois de grossesse, a franchi le seuil de viabilité, étant jusqu'à terme, apte à vivre de façon autonome ; que dans ces conditions, bien que non séparée du sein de sa mère lors de son décès, la petite Maeva était une personne humaine et en tant que telle, bénéficiait de la protection pénale* »[113].

33. En revanche, un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997 semble faire fi du critère de la viabilité et condamne sur le fondement d'homicide involontaire un médecin qui, confondant deux patientes, procède à une extraction d'un stérilet (imaginaire ?) sur une patiente enceinte et provoque la mort du fœtus de cinq à six mois[114]. Cependant, cet arrêt a été cassé par la Chambre criminelle le 30 juin 1999[115] au visa de l'article 111-4 C. pén. La Haute juridiction rappelle, en se fondant sur le principe d'interprétation stricte du Droit pénal, que « *les faits reprochés au prévenu n'entrent pas dans les prévisions de l'article 221-6 du Code pénal* ». Deux interprétations peuvent être faites de cette décision. Soit, la Cour de cassation sanctionne la Cour d'appel en raison de l'absence de preuve suffisante de viabilité du fœtus, l'infraction étant devenue inapplicable. Soit, la Cour de cassation condamne l'application à l'enfant non conçu de l'infraction d'homicide involontaire, le fœtus n'étant pas « *autrui* ».
Le contentieux a été élevé devant la CEDH[116]. L'article 2 de la Conv. EDH protégeant le droit de toute personne à la vie aurait pu conduire la juridiction européenne à reconnaître une protection pénale au fœtus. Toutefois, la Cour n'a pas voulu prendre position en l'absence de consensus européen sur la question et considère qu'il appartient aux États de déterminer le point de départ du droit à la vie.

34. La décision de la Cour d'appel de Reims du 3 février 2000 précédemment évoquée[117] semble aller dans le sens d'une protection pénale du fœtus viable. L'Assemblée plénière

[113] L'usage par les juges du fond du prénom, bien que l'enfant ne soit pas encore une personne titulaire de droit dénote leur volonté de considérer le fœtus comme tel.
[114] Lyon, 13 mars 1997, *JCP G* 1997, II, 22955, note FAURÉ Georges ; MAYAUD Yves, « Entre la vie et la mort, la protection pénale du fœtus », *RSC* 1999, p. 814 ; ROUJOU de BOUBÉE Gabriel et de LAMY Bertrand, « Contribution complémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus », *D*. 2000, p. 181.
[115] Cass. crim., 30 juin 1999, Bull. crim., n° 184 ; *RSC* 1999, p. 813, note MAYAUD Yves ; *JCP G* 2000, II, 10231, note FAURÉ Georges ; RASSAT Michèle-Laure, « La victime des infractions contre les personnes après l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 2000 », *Dr. pén.* 2000, chron. 12 ; *D.* 1999, p. 710, note VIGNEAU Daniel.
[116] CEDH, 8 juillet 2004, *Vo c. France*, requête n° 539224 ; *JCP G* 2004, II, 10158, note LEVINET Michel ; *D*. 2004, p. 2456, note PRADEL Jean ; SERVERIN Evelyne, « Réparer ou punir ? L'interruption de grossesse accidentelle devant la CEDH », *D*. 2004, p. 2801.
[117] Reims, 3 février 2000, préc.

statue sur la même question le 29 juin 2001[118]. Suite à un accident de la circulation ayant conduit pour la victime à la perte de son fœtus de six mois, l'individu est poursuivi du chef d'homicide involontaire. Le Tribunal correctionnel de Metz condamne le 17 juin 1997 l'auteur alors que la Cour d'appel de Metz, le 26 juin 1997, infirme la décision au motif que « *l'enfant mort-né n'est pas pénalement protégé au titre de l'infraction concernant les personnes ; qu'en effet pour qu'il y ait personne il faut qu'il y ait un être vivant, c'est-à-dire venu au monde et non encore décédé* ». Reprenant la position de la Cour d'appel, la Cour de cassation affirme une position claire et explicite, décidant que « *le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendu au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève des textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus* ».

La position de la Cour de cassation est désormais établie[119] et à l'instar du Droit civil, le fœtus n'est pas, en matière pénale, une personne. Par conséquent, notre étude commencera à la naissance de l'enfant, et ne seront donc pas évoquées les règles juridiques relatives à l'embryon[120] et à l'enfant sans vie[121]. À compter des premières secondes, l'enfant devient juridiquement une personne, est plus précisément une personne mineure dont le traitement juridique varie selon les branches du Droit.

---

[118] Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, *D.* 2001, p. 2917, note MAYAUD Yves ; *RTD civ.* 2001, p. 560, note HAUSER Jean ; *JCP G*, II, 10569, concl. SAINTE ROSE Jerry, note RASSAT Michèle-Laure, rapport SARGOS Pierre.

[119] Confirmation par Cass. crim., 25 juin 2002, *Dr. pén.* 2002, comm. 93, note VÉRON Michel ; *JCP G* 2002, II, 10155, note RASSAT Michèle-Laure ; TZITZIS Stamatios, « Néantiser la vie, à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2002 », *Rev. pénit.* La Cour de cassation considère que même en cours d'accouchement, l'enfant conçu n'est pas autrui. Cette position n'est cependant pas exempte de critique puisque la répression est conditionnée à la naissance de l'enfant. L'auteur de violences aurait ainsi tout intérêt à provoquer la mort du fœtus, entraînant aucune poursuite sur ce chef, plutôt que de violences entraînant une infirmité permanente pour lesquelles l'auteur serait poursuivi à la naissance de l'enfant. Ainsi, « *la résistance de l'enfant conditionne donc le prononcé de la sanction pénale* » : HENNION-JACQUET Patricia, « Le droit pénal n'est pas l'armurier des innocents : à propos de la protection pénale de l'enfant conçu », *RDSS* 2008, p. 67.

[120] NEIRINCK Claire, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable », *D.* 2003, p. 841 ; SAINTE ROSE Jerry, « L'enfant à naître : un objet destructible ou une destinée humaine », *JCP G* 2004, I, 194. Pour l'indemnisation liée à la perte d'un embryon humain : LABBÉE Xavier, « La valeur de l'embryon congelé », *D.* 2004, p. 1051.

[121] MURAT Pierre, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS* 1995, p. 451. Pour les dernières réformes qui permettent l'enregistrement à l'état civil des enfants décédés avant la déclaration de naissance et la possibilité d'établir des actes d'enfants sans vie : BINET Jean-René, « L'acte d'enfant sans vie : un contentieux en gestation ? », *JCP G* 2010, I, 215 ; DUTIEUX Damien, « Enfants nés sans vie. Publication d'une nouvelle circulaire », *JCP N* 2009, act. 583 ; PICHARD Marc, « À propos de l'acte d'enfant sans vie (Étude des décrets et arrêtés du 20 août 2008) », *LPA* 2008, n° 236, p. 4 ; LAMARCHE Marie, « Actes d'enfant né sans vie, livret de famille et certificat médical : peut-on se satisfaire de la nouvelle réglementation », *Dr. Famille* 2008, Focus 67.

35. Le mineur et ses droits dans les différentes branches du Droit. Si la reconnaissance aux mineurs de droits subjectifs est désormais acquise, leur exercice s'avère plus délicat. « *Ces droits doivent être mis en œuvre de manière spécifique parce que le sujet est une personne vulnérable et susceptible d'évolution* »[122]. Ces deux éléments se retrouvent dans le traitement juridique de la minorité, quelle que soit la branche du Droit privé visée[123], et fonde un système essentiellement protecteur de la personne mineure.

36. Ainsi, le mineur est incapable civilement. Étant doté de la personnalité juridique, il est titulaire de droits mais son incapacité l'empêche de les exercer par lui-même. Aucune disposition générale du Code civil n'établit cette incapacité d'exercice mais elle est énoncée en matière contractuelle à l'article 1124[124] et se déduit d'une interprétation *a contrario* de la définition de la majorité, à savoir « *l'âge légal auquel il* [un individu] *accède à la pleine capacité d'exercice* »[125]. Cependant, l'influence de la reconnaissance des droits des mineurs a conduit le législateur à reconnaître au mineur l'exercice de certaines prérogatives. Dans la sphère patrimoniale, l'article 904 C. civ. confère la possibilité pour les mineurs de plus de seize ans de disposer par testament pour la moitié de leur patrimoine. Les articles 389-3 et 408 C. civ. permettent au mineur, quel que soit son âge, d'accomplir seul les actes de la vie courante, ou quand la loi ou l'usage l'autorise à agir seul. Ainsi, un mineur, selon son âge, peut acheter seul un livre, des vêtements, voire ouvrir un compte bancaire[126] sans que l'acte juridique soit annulé pour incapacité[127], le comportement entrant dans la catégorie des actes de la vie courante. En matière bancaire, l'article L. 221-3 C. mon. fin. permet à un mineur d'ouvrir seul un Livret A mais limite la faculté de retrait au mineur de plus de seize ans, l'article R. 221-77 C. mon. fin. autorise le mineur à ouvrir seul un livret jeune et l'art. R. 221-39 permet l'ouverture d'un livret d'épargne populaire à « *la demande d'un mineur sans*

[122] BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *op. cit*., n° 99, p. 57.
[123] Le Droit public, en tant qu'ensemble de règles juridiques ayant pour objet les relations avec l'État et les collectivités ou organisations qui le représentent, ne s'intéresse que très peu aux droits des mineurs. Aussi, sans être totalement écarté, le Droit public ne sera abordé dans cette étude qu'épisodiquement, s'agissant des mesures de santé publique ou du Droit pénitentiaire des mineurs.
[124] Art. 1124 C. civ. : « *Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : les mineurs non émancipés* ».
[125] CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2008, *V* ° « majorité ».
[126] Cass. civ. 1re, 12 novembre 1998, *JCP G* 1999, II, 10053, note GARÉ Thierry. Le mineur était en l'espèce âgé de dix-sept ans.
[127] L'article 1305 C. civ. précise dans ce cadre que lorsque le mineur accomplit seul les actes de la vie courante, il ne peut invoquer son incapacité pour obtenir la nullité, mais uniquement la rescision pour lésion.

l'intervention de son représentant légal ». Corrélativement, les opérations de retrait sont possibles au travers d'une carte de retrait voire d'une carte bancaire à montant limité[128].
Ponctuellement, la capacité du mineur est également reconnue pour des actes extrapatrimoniaux et liés au gouvernement de la personne. Le mineur de plus de treize ans doit consentir à son changement de prénom[129], de nom[130] et à son adoption plénière[131] ; et à partir de seize ans, il peut faire seul la demande en vue d'acquérir la nationalité française[132]. Enfin, quel que soit son âge, le mineur peut reconnaître ses enfants naturels[133] ainsi qu'exercer l'action en recherche de paternité ou de maternité[134].

37. Au niveau commercial, l'article L. 121-2 C. com. dispose que « *le mineur, même émancipé, ne peut être commerçant* ». Cette volonté d'exclure du monde des affaires les mineurs est à mettre en corrélation avec la faiblesse morale de cette catégorie de personnes ainsi que son incapacité de principe à contracter. Toutefois, l'article L. 222-10 C. com. permet au mineur d'être commanditaire dans une société en commandite simple, puisque cette qualité ne nécessite pas d'être commerçant.

38. Bien que l'article L. 1221-1 C. trav. précise que « *le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun* », c'est-à-dire à l'incapacité du mineur, ce dernier n'étant pas totalement exclu du monde du travail. L'article L. 4153-3 C. trav. autorise les mineurs de plus de quatorze ans à travailler pendant les vacances scolaires pour des travaux adaptés à leur âge, à condition de leur assurer un repos effectif d'une durée au moins égale à la moitié de chaque période de congés. Les mineurs de quatorze peuvent également travailler comme l'illustre le cas des enfants artistes et des enfants mannequins. Dans un but de protection, les mesures sont d'autant plus encadrées[135]. De même, l'article L. 6222-1 C. trav. permet au mineur de plus de seize ans, ou de plus de quinze ans qui justifie avoir accompli la scolarité du premier cycle de l'enseignement secondaire, d'être engagé en qualité d'apprenti. Le mineur de plus de seize ans

[128] LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, « Le compte en banque du mineur », *RDBF* 2008, étude 6 ; CASEY Jérôme, « L'enfant et la banque », *Droit et patrimoine* 2000, n° 87, p. 76 ; KENGNE Gabriel, « La banque et le mineur », *LPA* 1997, n° 16, p. 19.
[129] Art. 60 C. civ.
[130] Art. 61-3 C. civ. Encore faut-il que le changement de nom ne soit pas la conséquence de l'établissement ou la modification d'un lien de filiation.
[131] Art. 345 dernier al. C. civ.
[132] Art. 17-3 C. civ.
[133] Art. 316 C. civ.
[134] Art. 328 C. civ.
[135] HILT Patrice, « Les enfants artistes de moins de seize ans : un emploi sous haute surveillance », *AJ famille* 2006, p. 136.

peut encore conclure un contrat jeune en entreprise[136] ou un contrat de professionnalisation[137]. Enfin, le mineur peut adhérer à un syndicat[138] et peut être, à partir de seize ans, électeur aux élections du Conseil des Prud'hommes[139] et des délégués du personnel[140]. Ce seuil de seize ans est très utilisé en Droit du travail afin de protéger les mineurs n'ayant pas atteint cet âge de travaux dangereux pour leur santé[141] ou leur moralité[142]. Globalement, l'ensemble de ces mesures constitue des entorses au principe d'incapacité ainsi que des autorisations faites à l'employeur, lequel assure, comme relai de l'incapacité, un rôle de protection de ses salariés mineurs.

39. Enfin, le principe d'incapacité des mineurs est ponctué de nombreuses exceptions en Droit de la santé[143]. Le début du XXIe siècle est marqué par la conquête de nouveaux droits par les mineurs, touchant davantage à leur corps comme l'atteste la loi du 4 juillet 2001[144] sur la contraception régulière et l'interruption volontaire de grossesse ou celle pour la contraception d'urgence[145]. Dans cette démarche de reconnaissance d'une autonomie des mineurs en matière de santé, la loi du 4 mars 2002 fait du mineur un véritable patient, en allant au-delà de son association aux décisions comme le commandent l'article 371-1 C. civ. et l'article L. 1111-4 C. santé publ., les nouvelles dispositions lui conférant un droit à l'information[146], un droit au secret[147], et la capacité de consentir seul à de nombreux actes médicaux[148].

40. Le mineur objet de protection ET sujet de droit. Ainsi, quelle que soit la branche du Droit concernée, l'incapacité de principe du mineur cède, dans des mesures différentes,

[136] Art. L. 5134-54 C. trav.
[137] Art. L. 6325-1 C. trav.
[138] Art. L. 2141-1 C. trav.
[139] Art. L 1441-1 C. trav.
[140] Art. L 2314-15 C. trav.
[141] À titre d'exemple l'art. D. 4153-30 C. trav. « *interdit d'employer les jeunes travailleurs âgés de moins de seize ans au service des appareils de production, d'emmagasinage ou de mise en œuvre de gaz comprimés, liquéfiés ou dissous* ».
[142] Article D. 4153-16 C. trav. : « *Il est interdit d'employer des jeunes travailleurs âgés de moins de seize ans dans les locaux où sont confectionnés, manutentionnés ou vendus des écrits, imprimés, affiches, gravures, peintures, emblèmes, images ou autres objets qui, même s'ils ne sont pas réprimés par des lois pénales, sont de nature à blesser leur moralité* ».
[143] Les droits du mineur en matière de santé faisant l'objet d'un développement plus conséquent dans le corps de l'étude (Partie 2, Titre 1, Chapitre 2 : Une autonomie en matière médicale étendue, n°xxx et s.), nous nous bornerons ici à énoncer les quelques lois récentes qui fondent ces droits nouveaux.
[144] Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 « relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception », JORF 7 juillet 2001, p. 10823.
[145] Loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 « relative à la contraception d'urgence, » JORF 14 décembre 2000, p. 19830
[146] Art. L. 1111-2 C. santé publ.
[147] Art. L. 1111-5, L. 1111-7 et R. 1111-6 C. santé. publ.
[148] Art. L. 1111-5 C. santé. publ.

devant l'exercice personnel de ses droits. Une constante apparaît dans l'ensemble de ces développements : cette capacité n'est pas reconnue à l'ensemble des mineurs mais seulement à une partie d'entre eux. Le mineur est capable selon son âge (en Droit civil ou en Droit du travail), et parfois selon la nature de l'acte (acte de la vie courante et en Droit de la santé). La définition globalisante du mineur, quoique rassurante par son homogénéité, s'avère difficilement compatible avec la réalité comme le démontrent la multiplicité et la multiplication des exceptions au principe d'incapacité. Il faut alors se résoudre au constat que « *la conception juridique de l'enfance fondée sur l'incapacité et la représentation* [s'est] *révélée insuffisante et inadaptée aux besoins d'autonomie du mineur à partir d'un certain âge* »[149].

Les conceptions protectionniste et libérale concernant les mineurs ne sont pas antagonistes, le mineur étant à la fois objet d'une protection spécifique en raison de sa qualité d'être en devenir et sujet de droit en raison de cette même qualité. « *La protection du mineur a pour but d'assurer la conquête de sa majorité, pour l'aider à devenir adulte* »[150]. Aussi, les deux courants se complètent et sont nécessaires au bon développement du mineur. Toutefois, « *on ne peut penser les droits de l'enfant sans souligner les contradictions entre le pouvoir de l'État, les droits des parents et ceux de l'enfant que cette idée entraîne nécessairement* »[151].

41. C'est en quête de cet équilibre entre protection et autonomie de la personne mineure que notre étude, le plus humblement possible, propose de se lancer. Or, « *lorsque le législateur accorde, par un texte, une protection particulière à l'enfant, il procède souvent en érigeant un comportement déterminé en infraction pour les adultes* »[152]. Par conséquent, le cadre de notre travail sera nécessairement et exclusivement circonscrit au Droit pénal, et d'une façon plus générale au **Droit criminel**, puisque la protection particulière du mineur se réalise par la conjonction des règles de Droit pénal général, de Droit pénal spécial et de Procédure pénale. En qualité de « gendarme » des autres Droits, le Droit pénal vient sanctionner les manquements aux dispositions organisant la protection des mineurs dans les autres branches du Droit (Droit civil et autorité parentale, Droit du travail et conditions de travail, Droit de la santé et consentement). De plus, en incriminant des comportements portant atteinte ou risquant de porter atteinte aux mineurs, les dispositions pénales protègent

[149] BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *op. cit*., n° 99, p. 57.
[150] KLEIN Jérôme, GEMIGNANI Florence, *Les personnes vulnérables : 102e Congrès des notaires de France*, Litec, 2006, p. 273.
[151] YOUF Dominique, *Penser les droits de l'enfant*, PUF, coll. « Question d'éthique », 2002, p. 6.
[152] BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *op. cit*., n° 95, p. 55.

l'individu contre les tiers mais également contre lui-même. Le Droit pénal, en interdisant certains actes, limite les libertés dans un but de protection des éléments érigés par le législateur en valeurs sociales protégées. Une fois de plus l'équilibre entre protection et autonomie s'avère difficile à trouver, comme par exemple en matière de sexualité[153], où « *on aboutit, du point de vue de la personnalité du mineur, à une curieuse discordance entre la protection du corps livrée à l'ivresse du consentement pré-majoritaire et la protection de l'image qui durerait plus longtemps. Il y aurait plus grave à représenter qu'à faire* »[154].

42. Dans ce cadre, force est de constater que la personne mineure est absente du Livre III du Code pénal consacré aux « *crimes et délits contre les biens* » excluant une protection spécifique en matière patrimoniale. En revanche, les mesures particulières de protection se trouvent dans le Livre II relatif aux « *atteintes à la personne humaine* » ainsi que dans la Section II, du Livre V, intitulée « *de la protection du corps humain* ». Il apparaît alors que seuls les droits extra-patrimoniaux de la personne mineure fassent l'objet d'une protection pénale spécifique, et notamment le droit à la vie, à la santé, au respect de l'intégrité physique ; ce qui semble renvoyer **au corps de la personne**. En effet, « *le droit qui protège le corps humain est le droit à l'intégrité physique qui est un droit de la personnalité, incessible, insaisissable, imprescriptible, et intransmissible. Et le corps humain, pénalement, est protégé par les qualifications relatives à la personne* »[155]. Ces différents éléments caractérisant le corps humain[156], à savoir, l'inviolabilité, l'intangibilité et la non-patrimonialité sont expressément reconnus par la loi bioéthique de 1994[157] et insérés notamment aux articles 16-1 à 16-9 C. civ.

43. Par conséquent, la présente étude se propose d'éclairer le lecteur sur le rapport entre protection et autonomie de la personne mineure, non pas au travers des branches du Droit qui lui octroient des prérogatives, mais par le biais du Droit pénal qui limite leur exercice. En effet, il nous est apparu nécessaire, avant de nous lancer à la conquête de nouveaux droits, de nous assurer que ceux qui leurs sont déjà reconnus aujourd'hui soient effectifs. « *C'est*

[153] La sexualité des personnes fera l'objet de développements plus conséquents dans l'étude : cf. *infra*, n° 388 et s.
[154] HAUSER Jean, « L'enfant ou l'enfance ? Le droit à l'image », *D.* 2010, p. 219.
[155] LABBÉE Xavier, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Presses Universitaires de Lille, 1990, p. 56.
[156] La notion de corps, en raison de son appréhension particulière en matière pénale s'agissant de personnes mineures fera l'objet de développements spécifiques dans le corps même de l'étude : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2 : Une définition extensive du corps du mineur.
[157] Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 « relative au respect du corps humain », JORF 30 juillet 1994, p. 11056.

lorsque les droits de l'enfant sont mis en mouvement qu'apparaît la place respective accordée au mineur et aux diverses personnes chargées de veiller à la sauvegarde de ses intérêts »[158]. Cet équilibre entre les acteurs, mineurs et personnes chargées de sa protection, et l'exercice de ses droits apparaît délicat à trouver. Par essence la fragilité des mineurs conduit à une nécessaire protection de son corps, surtout par le Droit pénal, parfois contre la personne elle-même conduisant à réduire ses libertés. Cependant, la minorité est évolutive et la protection spécifique doit s'atténuer au fur et à mesure que cette fragilité s'estompe pour céder le pas à l'autonomie. À l'image d'un curseur qui se déplace sur une ligne horizontale allant de la naissance à la majorité, c'est-à-dire de la protection à l'autonomie, il convient d'étudier l'adaptation du Droit durant la minorité et de rechercher le point d'équilibre entre la protection du corps de la personne mineure et l'autonomie de celle-ci sur son corps. Si la minorité est un état, celui-ci est temporaire et les règles de protection ont aussi pour but de conduire l'individu à la majorité et non de l'enfermer dans un état d'incapacité et d'immaturité pendant les dix-huit premières années de sa vie. A quel moment s'opère ce basculement entre protection et autonomie ? La multiplicité des situations où le mineur a acquis l'exercice de prérogatives sur son corps pose la question du maintien d'un principe général de protection. Les nombreuses exceptions ne justifient-elles pas la création d'un statut intermédiaire pendant la minorité qui permettrait d'identifier clairement le moment où la protection se doit de s'effacer devant l'autonomie ? Partant des infractions relatives au corps de la personne, un constat s'impose de prime abord : une attention particulière pour les mineurs de quinze ans qui sous-tendrait l'existence de ce point d'équilibre à cet âge.

Aussi, dans un but pédagogique, nous avons opté pour un plan chronologique afin de présenter le rapport entre protection et autonomie et de rechercher la ligne médiane entre les deux régimes ; les mineurs en bas âge ne pouvant faire l'objet d'un traitement juridiquement identique à celui des mineurs proches de la majorité. Si le corps de la personne mineure est un objet qui doit être spécialement protégé (Partie 1), la personne mineure est aussi un sujet de droit dont l'autonomie, notamment corporelle, doit être respectée (Partie 2). Gageons que ce travail permette d'infirmer les reproches que formulait Jean-Jacques ROUSSEAU à ses congénères : « *nous ne savons jamais nous mettre à la place des enfants ; nous n'entrons pas dans leurs idées, nous leur prêtons les nôtres ; suivant toujours nos propres raisonnements,*

[158] BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *op. cit*., n° 100, p. 57.

avec des chaînes de vérités nous n'entassons qu'extravagances et qu'erreurs dans leur tête »[159].

Partie 1 : La protection du corps de la personne mineure
Partie 2 : L'autonomie de la personne mineure sur son corps

N° 44 à 59 réservés

[159] ROUSSEAU Jean-Jacques, *L'Émile ou de l'éducation*, Flammarion, coll. « GF »,1999, p. 219.

PARTIE 1 :

LA PROTECTION DU CORPS DE LA PERSONNE MINEURE

60. Le Droit pénal a une fonction essentiellement répressive, puisqu'il vise à sanctionner par une peine les personnes qui ont commis une infraction, c'est-à-dire qui ont transgressé les interdits dressés par la loi pénale. Le Droit pénal a également un rôle préventif non seulement envers le délinquant, où le prononcé d'une peine vise à éviter qu'il ne commette une nouvelle infraction, mais aussi envers l'ensemble des individus, où les peines encourues tendent à dissuader l'auteur de passer à l'acte. En cela, le « *but du droit pénal est la défense de la société contre les comportements qu'elle interdit, la protection de l'ordre et de la sécurité publics* »[160].

61. Néanmoins, le Droit pénal conduit aussi à protéger les membres de la société et notamment les plus faibles, à savoir les mineurs. Même si la répression n'est pas constitutive en soi d'une protection puisque l'infraction a été commise et l'atteinte réalisée, « *le droit pénal, en jouant son rôle répressif participe à la protection du mineur victime* »[161]. En incriminant au sein du Code pénal de nombreux comportements portant atteinte au corps des personnes mineures, le législateur l'érige en valeur sociale protégée. « *Étudier les infractions incriminées permet de connaître les faits qui, à un moment donné, sont considérés comme contraires à l'ordre social. Cela permet également de déterminer, à travers la sanction prévue, l'importance accordée par la société aux valeurs protégées* »[162].

62. Ces considérations d'une protection spécifique de la personne mineure et de son corps se retrouvent au niveau international, l'article 19 de la CIDE précisant que « *les États parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toutes formes de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle* »[163]. Reprenant cet impératif de protection, la CEDH met à la charge des États une obligation positive d'ériger en infraction les atteintes portées au corps des personnes mineures en rappelant, en matière d'atteinte sexuelle non consentie par une mineure par exemple, que « *les enfants et autres personnes vulnérables, en particulier, doivent bénéficier*

[160] RENOUT Harald, *Droit pénal général*, Paradigme, 14e éd., 2009, p. 2.
[161] NERAC-CROISIER Roselyne, « L'efficacité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuel » *in Le mineur et le droit pénal*, NERAC-CROISIER Roselyne (dir.), L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997, p. 16.
[162] *Ibid.*, p. 13.
[163] Convention Internationale des Droits de l'Enfant disponible sur le site Internet du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme : http://www2.ohchr.org/french/law/crc.htm.

d'une protection effective »[164].

63. Ainsi, le Droit pénal a un rôle de protection des valeurs érigées en « biens juridiques » et « *il a récemment été rappelé qu'un Code pénal avait pour vocation première de protéger l'être humain et qu'il devait renforcer cette protection pour les personnes les plus vulnérables* »[165]. En qualité d'être humain, la personne mineure est protégée et cette protection est spécifique puisque le corps et la minorité sont deux valeurs particulièrement défendues dans le Code pénal et elles le sont davantage lorsqu'elles sont réunies. Le corps et la minorité sont donc les objets d'une protection pénale spécifique (Titre 1), laquelle semble justifiée, au vu des prémices de cette étude, par la vulnérabilité de la personne mineure et de son corps (Titre 2).

Titre 1 : Corps et minorité, objets de la protection

Titre 2 : La vulnérabilité, justification de la protection

[164] CEDH, 4 déc. 2003, *M.C. c/. Bulgarie*, requête n° 39272/98, § 150.
[165] NERAC-CROISIER Roselyne, « L'efficacité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuel », art. préc., p. 13.

TITRE 1 :

CORPS ET MINORITE,

OBJETS DE LA PROTECTION

64. Les notions de corps et de minorité ne sont pas spécifiques au Droit pénal et trouvent une acception dans d'autres branches du Droit, comme en matière civile avec l'article 388 C. civ. qui définit la minorité et l'article 16-1 C. civ. qui vise le corps humain et ses produits. Toutefois, ces délimitations conceptuelles ne lient pas le Droit pénal et ce, en vertu du principe d'autonomie qui lui est propre[166]. Au travers de son rôle de « *gendarme du Droit* », le Droit pénal est amené à appliquer des notions qui sont définies par d'autres branches du Droit. Il n'intervient pas seulement pour sanctionner la violation d'une règle édictée par les autres disciplines juridiques mais aussi, et surtout, pour protéger la société des comportements dangereux qui portent atteinte, ou susceptibles de porter atteinte, à des valeurs érigées en « biens juridiques » par la société. « *Glissant du terrain objectif du délit sur le terrain subjectif de l'intention criminelle, ils* [les tribunaux répressifs] *sondent les reins et les cœurs et sanctionnent la mauvaise intention ou la fraude délibérée même si, au regard du droit privé ou du droit public, l'acte juridique qui lui a donné l'occasion de se manifester est correct ou dépourvu d'effets* »[167].

65. Qu'il s'agisse du corps de la personne ou de la minorité, les deux éléments sont appréhendés par le Droit pénal et considérés comme des valeurs sociales, entraînant corrélativement la répression de toute atteinte qui leur est portée. Par conséquent, la question de l'acception pénale de ces concepts peut être posée. Le Droit criminel se contente-t-il en la matière des définitions des autres branches du Droit ou reprend-t-il ces notions en leur conférant un sens différent ? Le Droit pénal agissant ici pour réprimer des atteintes portées à des valeurs sociales et non pour sanctionner la méconnaissance de dispositions d'autres branches du Droit, la conception retenue sera nécessairement adaptée à la sphère pénale. Dans une optique de protection, la minorité devient plurielle (Chapitre 1) et le corps est entendu plus largement (Chapitre 2).

[166] MERLE Philippe et VITU André, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, Cujas, 7e éd., 1997, n° 146 et s., pp. 215 et s.
[167] *Ibid.*, n° 150, p. 221.

CHAPITRE 1 :

UNE DEFINITION PLURIELLE DE LA MINORITE

66. Juridiquement, la minorité ne se définit pas par elle-même mais par rapport à son opposé, à savoir la majorité. La logique juridique est souvent présentée comme binaire[168], opposant par exemple les personnes capables aux incapables, les majeurs aux mineurs, la prévention à la répression, la détention à la liberté. Or, le Droit offre de nombreuses modulations qui traduisent sa nécessaire adaptation aux diverses situations, en prévoyant des statuts intermédiaires. Ainsi, la personne peut être placée sous curatelle[169], être émancipée[170] ou encore relever du régime de la semi-liberté[171].

67. Doit être considéré comme une personne mineure, l'individu n'ayant pas atteint l'âge légal de la majorité. Apparaît alors un critère de délimitation entre les deux statuts, l'âge. En fonction du seuil d'âge déterminé par le législateur, la personne sera soit mineure, soit majeure. La majorité légale est fixée par l'article 388 C. civ. qui dispose que « *le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore atteint l'âge de dix-huit ans accomplis* ». C'est également ce seuil que le législateur a retenu en matière pénale puisque l'article 122-8 C. pén. réserve l'application de l'ordonnance du 2 février 1945[172] aux personnes de moins de dix-huit ans. Si les deux majorités sont aujourd'hui alignées, tel n'a pas toujours été le cas. L'évolution se réalisa dans des sens inverses. Au niveau civil, la majorité était fixée dans le Code napoléonien à vingt-et-un ans et fût abaissée à dix-huit ans

[168] Cela est notamment vrai pour les exercices juridiques qui nécessitent une présentation binaire des propos sous la forme d'un plan bipartite, qu'il s'agisse de dissertation, de commentaire d'arrêt ou encore de consultation juridique. Voir : GOUBEAUX Gilles et BIHR Philippe, *Les épreuves écrites en droit civil*, LGDJ, 2008.
[169] La curatelle est régie par les articles 440 et suivants du Code civil. Ce statut prévoit que la personne majeure déclarée incapable doit être assistée pour les actes importants de la vie civile, lui laissant une capacité d'agir seule pour les actes les moins graves. Il s'agit donc d'une mesure intermédiaire entre la capacité et l'incapacité.
[170] Art. 413-1 et s. C. civ. L'émancipation permet aux personnes encore mineures, mais âgées d'au moins seize ans, d'exercer seules les actes de la vie civile avec, toutefois, quelques restrictions comme le rappelle l'article 413-6 C. civ.
[171] Conformément à l'article 132-26 C. pén., l'individu condamné « *est astreint à rejoindre l'établissement pénitentiaire selon les modalités déterminées par le juge de l'application des peines en fonction du temps nécessaire à l'activité, à l'enseignement, à la formation professionnelle, au stage, à la vie de famille ou au traitement en vue duquel il a été admis au régime de la semi-liberté* ».
[172] Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 « relative à l'enfance délinquante », JORF 4 février 1945, p. 530.

en 1974[173]. En revanche, dans le Code pénal de 1810, était considérée comme mineure la personne ayant moins de seize ans , la majorité fut augmentée à dix-huit ans par une loi du 12 avril 1906[174].

68. Même si la minorité se définit par rapport au seuil de dix-huit ans, force est de constater qu'« *il n'y a pas une mais des majorités* »[175] et, corrélativement, diverses minorités. Ainsi, lorsque le Comité Consultatif National d'Éthique est saisi par le Défenseur des enfants en 2004 sur « les méthodes de détermination de l'âge à des fins juridiques », il précise que « *cette estimation est nécessaire car le droit définit les statuts de mineur (moins de 10, 13, 15, 18 ans)* »[176]. Aussi, lorsque le Droit criminel vise « le mineur », il ne s'agit pas forcément d'un individu de moins de dix-huit ans. Des seuils d'âge intermédiaires conduisent à subdiviser la minorité, laquelle apparaît comme essentiellement dichotomique (Section 1). À l'opposé de cette définition objective, et peut-être sclérosée, le législateur accorde également une place à une appréciation subjective de la minorité tenant compte de toute sa complexité pour en retenir une définition variable (Section 2).

Section 1 : Une définition dichotomique de la minorité

69. Bien que la minorité soit déterminée par le seuil de dix-huit ans, dans certaines infractions, le mineur visé est celui de moins de quinze ans. « *Le droit pénal des mineurs* stricto sensu *concerne les mineurs de 15 ans car, au-delà, la minorité ne constitue qu'une simple circonstance : cela peut surprendre mais découle sans doute de l'évolution de la société et des mentalités, les "*presque majeurs*" étant quasiment assimilés à des adultes même si certaines précautions sont prises* »[177]. Cette dichotomie, mineurs de quinze ans ou de dix-huit ans, se retrouve dans de nombreuses infractions qui les concernent, mettant en exergue l'existence de deux minorités différentes. Le législateur utilise principalement ces deux seuils d'âge de façon alternative (I), les incriminations visant une seule catégorie de mineurs victimes (ceux de quinze ans ou ceux de dix-huit ans), mais aussi parfois de façon cumulative (II), les deux catégories de mineurs étant explicitement visées par les textes.

[173] Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 « fixant à 18 ans l'âge de la majorité », JORF 7 juillet 1974, p. 7099.
[174] Loi du 12 avril 1906 « modifiant les articles 66, 67 du Code pénal, 340 du Code d'instruction criminelle et fixant la majorité pénale à l'âge de dix-huit ans », JORF 14 avril 1906.
[175] GISSER François, « Réflexion en vue de la réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP G* 1984, I, 3142.
[176] CCNE, Avis n° 88 sur « *Les méthodes de détermination de l'âge à des fins juridiques* », juin 2005, http://www.ccne-ethique.fr/avis.php.
[177] RENUCCI Jean-François, « Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », *RSC* 2000, p. 79.

I – Le mineur victime, l'utilisation alternative des seuils d'âge

70. Bien que la minorité se définisse par le seuil de dix-huit ans, force est de constater que, pour certaines infractions, elle s'arrête à quinze ans. Quel que soit le seuil choisi, la conséquence est toujours identique : la création d'une seule catégorie de victimes mineures. En raison de la faiblesse qu'elle sous-tend, la minorité est un état, temporaire, faisant l'objet d'attentions particulières du législateur[178]. Ainsi, certains comportements sont incriminés du simple fait qu'ils sont réalisés contre des personnes mineures et la minorité est alors une condition préalable à l'infraction (A). D'autres conduites portent atteinte à des valeurs sociales juridiquement protégées et sont érigées en interdits par le Code pénal, leur transgression déclenchant la sanction pénale. Cette réaction sera parfois plus sévère lorsque la victime sera mineure, la minorité étant cette fois-ci une circonstance aggravante de l'infraction (B).

A – La minorité comme condition préalable à l'infraction

71. La condition préalable[179] est « *le domaine dans lequel l'infraction peut se commettre* »[180], et ne doit pas être confondue avec les éléments constitutifs de l'infraction[181]. Ces derniers concernent le comportement de l'agent (élément matériel et moral) alors que l'élément préalable est la situation antérieure, de fait ou de droit, sans laquelle l'infraction ne peut se réaliser. Alors que l'infraction est délictuelle, ses éléments constitutifs l'étant aussi, la condition préalable est neutre (un contrat, une chose, une personne)[182]. Pour certaines infractions, la minorité est la condition préalable et « *son existence est une condition absolument nécessaire de l'infraction* »[183]. Cependant, la notion même de minorité n'étant pas uniforme, le texte pouvant viser soit les mineurs en général (1) soit uniquement les mineurs de quinze ans (2), la condition préalable, bien que résidant dans la minorité de la victime, peut varier.

---

[178] Cette faiblesse et cette vulnérabilité sont les fondements en matière civile de l'incapacité des personnes mineures. En tant que personnes, elles jouissent de droits mais, étant juridiquement incapables, elles ne peuvent les exercer seules.

[179] Pour une étude plus approfondie de la question, voir THELLIER DE PONCHEVILLE Blandine, *La condition préalable de l'infraction*, thèse dactylographiée, Lyon III, 2006.

[180] RASSAT Michèle Laure, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Précis », 5e éd., 2006, n° 26, p. 25.

[181] Pour le débat sur la différence entre condition préalable et élément constitutif, voir : PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Cujas, 17e éd., 2008, n° 230, p. 214.

[182] RASSAT Michèle Laure, *op. cit*., n° 26, p. 27.

[183] DOUCET Jean Paul, « La condition préalable à l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972, 2, doctr. p. 726.

1 – La minorité de dix-huit ans

72. Dans certains cas, le législateur utilise le seuil de dix-huit ans, au travers de la catégorie générique des « mineurs », pour caractériser la condition préalable. La minorité se définit selon son acception classique, sans aucune subdivision. Sont visées comme victimes toutes personnes mineures, mais rien que les mineurs ; le même comportement réalisé à l'encontre d'une personne majeure ne relevant pas du Droit pénal.
Ce choix d'incriminer ces actes commis envers les mineurs de dix-huit ans se retrouve dans divers domaines, relevant quasi exclusivement du chapitre consacré aux atteintes aux mineurs et à la famille, à l'exception du délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance et de faiblesse de l'article 223-15-2 C. pén. Cette dernière infraction concerne non seulement les mineurs mais aussi les majeurs particulièrement vulnérables, et se situe dans une section qui lui est propre au sein du chapitre relatif à la mise en péril des personnes.

73. Il s'agit essentiellement d'infractions de nature sexuelle pour lesquelles le législateur entend définir le plus largement possible la minorité afin de maintenir une protection particulière aux personnes mineures. Dans ce cadre, il est possible de relever deux infractions qui visent comme victime la catégorie générique des « mineurs ». Cela est d'abord le cas du délit de diffusion d'image de mineur à caractère pornographique de l'article 227-23 C. pén[184], puisque le texte vise « *l'image ou la représentation d'un mineur* ». Cette incrimination créée avec le nouveau Code pénal puis modifiée par une loi du 17 juin 1998[185], répond aux développements contemporains de la délinquance en matière sexuelle, laquelle est commise en utilisant les moyens de télécommunication comme Internet. Cet outil permet d'accéder, à titre gratuit ou onéreux, à diverses images ou représentations de mineurs, que se soit au travers de photographies ou de films, créant une délinquance nouvelle, la cyberpédopornographie[186]. Ce comportement consiste en l'exploitation sexuelle de mineurs par l'utilisation des nouvelles technologies et d'Internet. L'article 227-23 C. pén. vise surtout à lutter contre les réseaux qui tirent profit de cette exploitation. Le choix d'appliquer l'infraction à toute personne mineure peut être discuté. Une interprétation *a contrario* des

[184] Cette infraction fera l'objet d'une analyse plus approfondie lorsque sera abordée la notion de « corps » au sein du Code pénal, le texte visant « *l'image ou la représentation d'un mineur* ».
[185] Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 « relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs », JORF 18 juin 1998, p. 9255.
[186] Voir globalement le dossier consacré à la Cybercriminalité, *AJ pénal* 2009 n°3 et plus spécifiquement QUEMENER Myriam, « Réponses pénales face à la cyberpédopornographie », *AJ pénal* 2009, p. 107 ; décision cadre 2004/68/JAI de l'Union européenne du 23 décembre 2003, JOUE L 13, 20 janvier 2004, p. 44.

articles 227-25 et 227-27 C. pén. permet de mettre en exergue l'exercice d'une sexualité librement consentie, surtout pour les mineurs de plus de quinze ans. Aussi, si la lutte contre les « réseaux pédophiles » justifie cette infraction, la répression est plus discutable s'agissant d'enregistrement ou de diffusion d'image à caractère pornographique de mineur de plus de quinze ans pour lesquelles la personne mineure est consentante voire parfois auteur de l'enregistrement. Ainsi en est-il d'une mineure âgée de seize ou dix-sept ans qui met à disposition du public au travers de son blog[187] des images ou des vidéos à caractère pornographique d'elle-même. Il en est de même pour deux partenaires mineurs âgés de seize ans qui décident de diffuser ou de rendre disponible *via* Internet la vidéo de leurs ébats amoureux. Dans la mesure où l'article 227-23 C. pén. « *vise à protéger les enfants victimes mais également l'image des mineurs en général* »[188], l'infraction est caractérisée dans ces deux cas. Les mineurs peuvent avoir des relations sexuelles[189] mais l'enregistrement de celles-ci en vue de leur diffusion ou leur simple diffusion sont interdits. Si les mineurs jouissent d'une certaine liberté sexuelle, son exercice ne doit pas être vu. Cette liberté est elle-même encadrée par le législateur au travers notamment des articles 227-25 et -27 C. pén.

74. La minorité est également définie comme celle de dix-huit ans et utilisée comme condition préalable à l'infraction pour le délit d'atteintes sexuelles de l'article 227-27 C. pén. Le législateur procède ici à une incrimination particulière en visant non pas tous les mineurs de dix-huit ans, mais seulement ceux de plus de quinze ans, créant une catégorie particulière de victimes : les mineurs de plus de quinze ans et de moins de dix-huit ans. La même incrimination se retrouve pour les mineurs de quinze ans à l'article 227-25 C. pén. Les éléments constitutifs de la première infraction deviennent alors les circonstances aggravantes de la seconde. Il s'agit, au travers du choix de ce seuil de dix-huit ans, d'encadrer et de limiter l'activité sexuelle des mineurs de plus de quinze ans en écartant de la relation certaines personnes exerçant une autorité sur eux. Cette autorité réduirait la capacité des personnes mineures à consentir, sans pour autant les contraindre à l'acte, justifiant l'intervention du Droit pénal pour protéger l'individu, le cas échéant contre ses propres pulsions. Le texte vise deux catégories d'auteurs avec d'un côté, les ascendants ou toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait et, d'un autre côté, les personnes qui abusent de l'autorité que leur confère leur fonction. En l'absence de précision sur l'âge de l'auteur, le

[187] Journal intime virtuel dans lequel l'auteur raconte son quotidien et ses activités, où il développe ses points de vue sur l'actualité ou ses passions.
[188] QUEMENER Myriam, « Réponses pénales face à la cyberpédopornographie », art. préc.
[189] cf. *infra* n° 388 et s.

texte est applicable aux mineurs ayant autorité sur d'autres mineurs. La première catégorie d'auteurs renvoie également aux ascendants en prohibant les relations incestueuses, même si la terminologie était absente de l'ancien Code pénal, tout comme du nouveau[190]. Avec une loi du 8 février 2010[191], le terme « inceste » fait son entrée dans le Code pénal. La section 3 du chapitre II du titre II du livre II est modifiée, notamment par l'introduction d'un paragraphe intitulé « De l'inceste commis sur les mineurs » et la création d'un article 222-31-1[192].

75. En dehors des infractions de nature sexuelle, le seuil de dix-huit ans est utilisé pour définir la minorité dans le délit de soustraction des parents à leurs obligations légales de l'article 227-17 C. pén. Le texte, relevant là encore de la section V, vise « *l'enfant mineur* », sans précision d'autre seuil d'âge renvoyant à la conception classique de la minorité. Le choix de ce seuil est en adéquation avec les précisions du texte d'incrimination quant aux personnes visées, lesquelles doivent être liées par un lien de filiation en ligne directe. L'auteur ne peut être que « le père ou la mère » et la victime leur enfant. L'infraction a pour but de sanctionner le manquement des parents à leurs obligations légales, lesquelles sont tirées des dispositions civiles relatives au mariage et à l'autorité parentale. L'article 212 C. civ. précise que les époux « *pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir* » et l'article 371-1 C. civ. rappelle que l'autorité parentale appartient aux père et mère « *pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement* ». Ces obligations légales perdurent jusqu'à la majorité de l'enfant[193] mais peuvent également se prolonger au-delà. Ainsi en est-il par exemple de l'obligation d'entretien, corolaire de l'obligation d'éducation, visée à l'article 371-2 C. civ., le texte précisant que « *cette obligation [*d'entretien*] ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur* »[194]. La sanction pénale quant à elle s'arrête, comme le rappelle le texte en visant explicitement « *l'enfant mineur* », à la majorité de victime.

---

[190] BEN KEMOUN Laurent, « La confiance violée de l'enfant : refonder la norme pénale », *D.* 2002, p. 491 ; GUÉRY Christian, « L'inceste : étude de droit comparé », *D.* 1998, p. 47 ; CORPART Isabelle, « L'inceste en droit français », *Gaz. Pal.* 1995, n° 188, p. 13 ; MAYER Danièle « La pudeur du droit face à l'inceste », *D.* 1988, chron. p. 213 ; RASSAT Michèle-laure, « Inceste et droit pénal », *JCP G* 1974, I, 2614.

[191] 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 », JORF 9 février 2010, p. 2265.

[192] cf. *infra* pour un développement sur la notion, n° 399.

[193] Art. 371-1 al.2 du Code civil : « *Elle* [l'autorité parentale] *appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant* ».

[194] C'est notamment sur cette base juridique que les parents sont tenus de subvenir aux besoins de leur enfant pendant ses études, même au-delà de ses dix-huit ans.

76. Enfin, sortant des infractions spécifiques aux mineurs mais toujours dans celles consacrées à la mise en danger, l'article 223-15-2 C. pén. incrimine l'abus frauduleux de l'état d'ignorance et de la situation de faiblesse des mineurs ou des personnes particulièrement vulnérables. Une loi du 12 juin 2001[195] déplace cette infraction, à l'intérieur du Code pénal, du livre III consacré aux biens au livre II relatif aux personnes, montrant par là-même une modification de la valeur sociale protégée. Il ne s'agit plus de réprimer une atteinte au patrimoine des individus, mais de réprimer la mise en danger de la personne en la conduisant à « *un acte ou une abstention qui lui sont gravement préjudiciables* ». L'objectif de la mesure est essentiellement de lutter contre les mouvements sectaires, comme le laisse entendre l'intitulé de la loi, laquelle tend « *à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales* ». La lutte contre ces groupements, dont la suggestion psychologique est le point fort, conduit le législateur à définir la minorité selon son acception la plus large, c'est-à-dire celle de dix-huit ans. En revanche, dans d'autres cas, le législateur donne une définition plus restrictive de la minorité, réservant la répression aux infractions commises à l'égard des mineurs de quinze ans, excluant ceux âgés de quinze à dix-huit ans.

2 – La minorité de quinze ans

77. Bien que la minorité se définisse toujours par le seuil des dix-huit ans, le législateur va utiliser dans certains cas un autre seuil pour déclencher la répression pénale en limitant dans l'incrimination la qualité de victime aux mineurs de quinze ans. Puisque la minorité de quinze ans constitue ici la condition préalable à l'infraction, le même comportement à l'égard des mineurs de quinze à dix-huit ans ne tombe sous le coup d'aucune sanction pénale. Il s'instaure un palier intermédiaire où « *le législateur présume la vulnérabilité des mineurs de quinze ans* »[196] justifiant une protection accrue des plus jeunes ; les mineurs de plus de quinze ans étant assimilés aux personnes majeures, en créant une seule catégorie de mineurs victimes.
Le législateur recourt à cette conception restrictive de la minorité dans deux domaines touchant spécifiquement au corps des personnes mineures, incriminant des comportements portant atteinte soit à leur santé (a), soit à leur sexualité (b).

[195] Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 « tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales », JORF 13 juin 2001, p. 9337.
[196] BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. « Précis », 2008, n° 1515, p. 918.

a – Les comportements portant atteinte à la santé des mineurs

78. Dans le domaine de la santé des mineurs, trois infractions évoquent le seuil de quinze ans comme condition préalable. Il s'agit d'abord de l'infraction visée à l'article 222-14 C. pén. qui réprime les violences habituelles sur mineurs de quinze ans. Le Code pénal sanctionne tout acte de violence, allant des violences légères[197] aux actes les plus graves comme la mort[198]. Néanmoins, dans cet arsenal répressif, une place particulière est réservée aux victimes mineures de quinze ans, le législateur incriminant spécifiquement les violences habituelles commises à leur encontre. Il s'agit de réprimer ce qui est communément désigné comme de la « maltraitance », bien que le terme n'ait aucune acception juridique et qu'il n'apparaisse pas dans le Code pénal[199]. L'article 434-3 C. pén. vise certes les « *mauvais traitements* », mais comme une catégorie générique d'ensemble d'infractions permettant « *d'imposer à chacun, ou d'autoriser celui tenu par l'obligation du secret professionnel, de dénoncer aux autorités administratives ou judiciaires "* les privations, mauvais traitements ou atteintes sexuelles*" infligés à un mineur de quinze ans* »[200]. Ces violences, nécessairement répétées, sont le plus souvent réalisées sur les personnes vulnérables dont la capacité à s'y opposer ou à s'y soustraire est limitée en raison de leur jeune âge, de leur grand âge ou de leur état physique ou mental[201]. Le choix du législateur d'incriminer spécifiquement les violences habituelles sur mineurs de quinze ans démontre l'attention particulière portée à cette catégorie de victimes.

79. La minorité de quinze ans comme condition préalable d'infraction mettant en péril la santé de l'enfant se retrouve ensuite dans l'article 227-1 C. pén. Bien que la section s'intitule « du délaissement de mineur », les textes ne concernent que le mineur de quinze ans. Le Code pénal de 1810 incriminait le délaissement et l'exposition[202] d'enfants de moins de sept ans, les deux comportements étant nécessaires pour caractériser l'infraction. La loi du 19 avril 1898[203]

[197] Article R. 624-1 C. pén. qui vise les violences n'ayant entrainé aucune incapacité totale de travail. Le texte précise que ces dispositions s'appliquent « *hors les cas prévus par les articles 222-13 et 222-14* ». Aussi, toutes violences répétées sur mineur de quinze ans, même légères, constituent un délit.
[198] Art. 221-1 C. pén.
[199] LETURMY Laurence, « La maltraitance en droit pénal », *RDSS* 2006, p. 981.
[200] *Ibid.*
[201] Voir le dossier « La maltraitance en établissement » *RDSS* 2006, n°6.
[202] L'exposition se définit selon GARÇON comme « *le fait de placer une personne incapable de se protéger elle-même dans un lieu quelconque, solitaire ou non, dans le but de se soustraire à l'obligation d'en prendre soin et pour l'abandonner* », *Code pénal annoté*, nouvelle édition refondue et mise à jour par Marcel ROUSSELET, Maurice PATIN et Marc ANCEL, Sirey, t. 2, 1956, art. 348 à 353, n° 19.
[203] Loi du 19 avril 1898 « sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants », JORF 21 avril 1898, *D.* 1898, v, 41.

accroît la répression puisque, d'une part, tous les mineurs sont visés, et plus seulement ceux de moins de sept ans, et que, d'autre part, l'élément matériel se caractérise par un seul comportement, une exposition ou un délaissement. Le nouveau Code pénal ne retient plus que le délaissement de mineur, abandonnant le concept d'exposition. Après sept ans et dix-huit ans, l'article 227-1 du Code pénal fixe un nouveau seuil d'âge, celui de quinze ans. La variation dans le choix de ces seuils conduit à s'interroger sur la pertinence de l'âge choisi. En limitant l'infraction aux mineurs de quinze ans, le législateur confirme sa position quant à la capacité des « grands mineurs », soit ceux proches de la majorité, entre quinze et dix-huit ans, à assurer leur santé et leur sécurité de façon autonome. S'agissant d'un comportement faisant courir un péril aux mineurs de quinze ans, l'infraction devrait être introduite au sein de la section VII consacrée à « la mise en péril des mineurs »[204]. C'est au sein de cette section que se situe la dernière hypothèse où le législateur utilise la minorité de quinze ans comme condition préalable d'une infraction portant atteinte à la santé des mineurs.

80. L'article 227-15 C. pén. incrimine la privation de soins et d'aliments envers un mineur de quinze ans. Il s'agit essentiellement d'apporter à l'enfant des conditions de vie et de santé permettant son bon développement. Le choix du législateur de limiter l'infraction aux mineurs de quinze ans renforce, d'une part, l'idée d'une vulnérabilité *de facto* de ces personnes et, d'autre part, par une interprétation *a contrario*, la reconnaissance pour les mineurs de plus de quinze ans de l'aptitude à s'émanciper de la tutelle parentale, notamment en ce qui concerne les soins et les aliments. Si l'affirmation revêt une relative certitude pour les soins[205], la situation est plus discutable pour les aliments, les mineurs de quinze ans ayant rarement une autonomie financière.

81. L'article 227-15 al. 2 C. pén., issu de la loi du 18 mars 2003[206], donne une illustration[207] de l'infraction, consistant à maintenir un enfant de moins de six ans sur la voix publique afin de solliciter la générosité des passants. Apparaît l'âge de six ans, inédit dans le

[204] La seconde infraction de délaissement, visant plus globalement les personnes hors d'état de se protéger, se situe d'ailleurs dans un chapitre relatif à « *la mise en danger de la personne* ».
[205] Voir pour la reconnaissance aux personnes mineures d'une autonomie en matière sanitaire : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2 : « Une autonomie en matière médicale étendue ».
[206] Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 « pour la sécurité intérieure », JORF 19 mars 2003, p. 4761.
[207] La question s'était posée de savoir si ces dispositions instauraient un délit autonome ou n'étaient que l'illustration de l'alinéa 1er. Le Tribunal de Grande Instance de Paris saisi du premier litige en la matière confirme cette dernière interprétation, estimant que « *la loi du 18 mars 2003 en créant une présomption de défaut de soins n'a pas en effet instauré une nouvelle infraction ; introduit par l'adverbe « notamment », l'alinéa 2 de l'article 227-15 se réfère expressément à l'alinéa 1er* » : TGI Paris, 13 janv. 2004, *AJ pénal* 2004, p. 244, note REMILLEUX Pascal.

Code pénal et qui renvoie à l'âge de l'obligation scolaire. Avec sa scolarisation, l'État, par l'intermédiaire des enseignants notamment, peut avoir connaissance de la mauvaise santé des enfants et agir auprès des autorités judiciaires pour que le mineur bénéficie des mesures d'assistance éducative prévues par l'article 375 C. civ. Cette infraction constituerait un moyen de dépister les enfants en danger, à l'instar du signalement par les enseignants. Toutefois, ce seuil de six ans ne paraît pas justifié, l'enfant pouvant être scolarisé normalement et aller mendier avec ses parents sur la voie publique en sortant de l'école. De plus, dans la même loi du 18 mars 2003[208], le législateur introduit un autre délit à l'article 225-12-6 C. pén., qui contient les mêmes composantes : la mendicité et un mineur, sans restreindre cette fois-ci l'application du texte aux mineurs de six ans. Le conflit de qualification ne peut intervenir que pour cette dernière catégorie de mineurs et se résout par le choix de l'infraction passible de la peine la plus élevée[209], à savoir l'article 227-15 C. pén. qui prévoit un emprisonnement de sept ans et une amende de 100 000 euros (l'article 225-12-6 C. pén. faisant encourir à son auteur cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende).

82. D'autres infractions érigeant comme condition préalable la minorité de quinze ans se retrouvent dans le Code pénal, mais concernent cette fois-ci non plus la santé mais la sexualité des mineurs.

b – Les comportements portant atteinte à la sexualité des mineurs

83. Le législateur a fait le choix d'ériger la minorité de quinze ans en condition préalable dans deux infractions où le comportement de l'auteur porte atteinte à la moralité, plus spécifiquement à la sexualité de ces mineurs. Il s'agit d'abord du délit d'atteinte sexuelle sur mineurs de quinze ans. L'article 227-25 C. pén. réprime toute atteinte sexuelle sans violence exercée, par un majeur, sur un mineur de quinze ans. *A contrario*, aucune sanction n'est encourue si la relation sexuelle a lieu entre deux mineurs ou si elle concerne un mineur de plus de quinze ans et un adulte. Ces dispositions doivent être combinées avec les impératifs de l'article 227-27 C. pén. afin de dessiner le contour de la liberté reconnue aux mineurs en matière sexuelle. Le seuil de quinze ans est le corollaire de la possibilité reconnue par la loi du 17 mars 1803[210] aux mineures âgées de quinze ans révolus de se marier. Le mariage incluant, conformément à l'article 215 C. civ., une communauté de vie, laquelle induit une

[208] Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 « pour la sécurité intérieure », préc.
[209] RENOUT Harald, *Droit pénal général*, Paradigme, 2009, 14e éd., p. 116.
[210] Loi n° 1803-03-17 promulguée le 27 mars 1803.

communauté de lit, et partant, des relations sexuelles entre les époux. Le Droit pénal ne pouvant sanctionner un comportement imposé par une autre branche du Droit a repris le même âge pour déterminer le seuil permettant les relations sexuelles entre un majeur et un mineur. Bien que la loi du 4 avril 2006[211] porte l'âge nubile à dix-huit ans en modifiant l'article 144 C. civ., les dispositions pénales n'ont pas évolué. Il serait difficile de repousser le seuil pénal à dix-huit ans en raison notamment de l'état actuel des mœurs mais aussi des possibilités de dérogations à l'article 144 C. civ[212].

84. L'âge de quinze ans se retrouve enfin à l'article 227-22-1 C. pén. qui incrimine le fait pour un majeur de faire des propositions sexuelles à un mineur de quinze ans, ou se présentant comme tel, par voie électronique[213]. Dans la suite de l'article 227-25 C. pén., le législateur entend pousser la répression au-delà même de l'atteinte sexuelle réalisée en érigeant en infraction autonome ce qui en constitue l'acte préparatoire ou la tentative[214]. S'agissant de prévenir les atteintes sexuelles, le texte d'incrimination reprend le même seuil d'âge que celui figurant dans l'infraction objet de la prévention.

85. La minorité constitue dans certains cas une condition préalable à l'infraction au travers d'incriminations qui lui sont spécifiques. Dans ce cadre, le législateur ne retient pas une définition uniforme de la minorité, alternant l'utilisation des seuils de quinze et dix-huit ans. Cette même dichotomie se retrouve lorsque la minorité est utilisée pour aggraver la répression d'infractions non spécifiques aux mineurs.

B – La minorité comme circonstance aggravante de l'infraction

86. Les circonstances aggravantes sont « *des événements qui [*lui*] paraissent de nature à accentuer la responsabilité de tous les délinquants coupables d'un fait identique dans des circonstances identiques* »[215]. La minorité de la victime constitue une circonstance

[211] 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 », JORF 5 avril 2006, p. 5097.
[212] L'article 145 C. civ. maintient la possibilité pour le procureur de la République d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves, qui résident essentiellement dans la grossesse de la mineure.
[213] L'infraction est introduite dans le Code pénal par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 « relative à la prévention de la délinquance », JORF 7 mars 2007, p. 4297.
[214] CONTE Philippe, « La loi sur la prévention de la délinquance : présentation des dispositions de droit pénal », *Dr. pén.* 2007, étude n° 7 ; BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. « Précis », 2008, n° 1574, p. 951.
[215] MERLE Philippe et VITU André, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, Cujas, 7e éd., 1997, n° 823 et s., p. 982.

aggravante, laquelle est spéciale puisqu'elle n'est prise en considération que pour certaines infractions et entraîne de plein-droit l'augmentation de la sanction[216]. Ne sont visées que des infractions portant volontairement atteinte à la personne[217]. De nouveau, la définition de la minorité ne sera pas uniforme, le législateur visant tour à tour la minorité de dix-huit ans (1) et la minorité de quinze ans (2).

1 – La minorité de dix-huit ans comme circonstance aggravante

87. L'utilisation de la minorité comme circonstance aggravante conduit à différencier l'infraction normale de celle aggravée, cette dernière faisant apparaître une nouvelle catégorie de victimes, les personnes mineures. Le législateur choisit d'utiliser le seuil de dix-huit ans pour augmenter la répression exclusivement dans des infractions portant atteinte à la dignité de la personne. Ce dernier concept, dont la définition juridique paraît délicate[218], « *fait référence à tout ce qu'il convient de faire respecter dans l'homme en tant que tel. Elle* [la dignité] *s'oppose donc à tout ce qui peut dégrader la personne humaine et l'humilier* »[219]. Contrairement à l'intégrité physique ou psychique, lesquelles sont évolutives et peuvent justifier une subdivision de la minorité[220], la dignité renvoie à l'individu en sa qualité de personne, quel que soit son âge, et en cela, elle reste immuable. Cette utilisation de la minorité comme circonstance aggravante se retrouve dans les délits de traite des êtres humains (art. 225-4-1 C. pén.), d'exploitation de la mendicité à l'égard d'un mineur (art. 225-12-5 C. pén.) et de conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité (art. 225-13 et 2225-14 C. pén.). Ces trois incriminations ont pour point commun l'exploitation des personnes mineures, de leur faiblesse, afin d'en tirer un profit financier ou matériel.

88. L'infraction de traite des êtres humains consiste à recruter, en échange d'une

---

[216] RENOUT Harald, *Droit pénal général*, préc., pp. 303 et s.

[217] Il s'agit spécifiquement des infractions d'atteinte à la personne du livre II, titre II, mais aussi de celles contenues dans le livre V et relatives à la protection du corps humain.

[218] MATHIEU Bertrand, « La dignité de la personne humaine : quel droit, quel titulaire ? », *D.* 1996, p. 285 ; SAINT-JAMES Virginie, « Réflexion sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D.* 1997, p. 61 ; DREYER Emmanuel, « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008, p. 2730.

[219] MISTRETTA Patrick, « La protection de la dignité de la personne humaine et les vicissitudes du droit pénal », *JCP G* 2005, I, 100.

[220] *Un mineur âgé de dix ans n'a pas les mêmes capacités physiques ni la même maturité psychique qu'un autre mineur âgé de seize ans. Cette évolution se retrouve en droit pénal au travers de la distinction entre les mineurs de quinze ans et ceux de plus de quinze ans. En revanche, leur dignité est immuable, celle-ci étant inhérente à la qualité de personne que l'individu a de sa naissance à sa mort, voire même au-delà. Voir pour ce dernier point : SEUVIC Jean-François, « Variation sur l'humain comme valeurs pénalement protégées »,* Mélanges BOLZE*, Économica, 1999, p. 339 ; PY Bruno, « Le statut de l'être humain dans le nouveau Code pénal »,* Les cahiers de la sécurité intérieure*, 1994, n° 18, p. 69.*

rémunération ou d'un avantage, une personne pour la mettre à sa disposition ou à celle d'un tiers afin de permettre la commission à son encontre des infractions de proxénétisme, d'agression ou d'atteinte sexuelle, d'exploitation de la mendicité, de conditions de travail ou d'hébergement contraires à sa dignité, soit de contraindre cette personne à commettre tout crime ou délit. L'incrimination vise notamment à lutter contre les réseaux internationaux qui recrutent, en abusant de leur crédulité, des jeunes filles dans les pays d'Europe de l'Est ou en Afrique afin de commettre à leur encontre les infractions mentionnées à l'article 225-4-1 C. pén. Les auteurs encourent sept ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende, les peines étant portées selon l'article 225-4-2 C. pén. à dix ans d'emprisonnement et 1 500 000 euros d'amende lorsque l'acte est commis envers un mineur.

89. La logique est identique pour le délit d'exploitation de la mendicité à l'égard d'un mineur de l'article 225-12-6 C. pén. Cette infraction a déjà été abordée dans l'étude[221], pouvant être perçue comme un doublon de celle de privation de soins et d'aliments de l'article 227-15 C. pén. et surtout de son alinéa 2. Les deux incriminations retiennent le fait de mendier avec un mineur même si cette dernière concerne le fait « *de solliciter la générosité des passants* », ce qui aboutit au même résultat. La portée de l'article 225-12-6 C. pén. apparaît cependant plus large quant aux auteurs, visant « *quiconque* » et non une liste limitative de personnes. La peine encourue est alors un emprisonnement de trois ans et une amende de 45 000 euros, les sanctions passant à cinq d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsque la victime est mineure.

90. Enfin, les articles 225-13 et 225-14 C. pén. incriminent les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité. Est visé le fait d'obtenir d'une personne la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli, mais aussi le fait de soumettre ces personnes à des conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité. Ces comportements sont passibles d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende, laquelle est portée à sept ans d'emprisonnement et 200 000 euros d'amende quand la victime est mineure.[222].

En dehors de ces trois hypothèses limitées, le législateur utilise plus largement la minorité de quinze ans comme facteur aggravant de la répression.

[221] Cf. *supra* n° 81
[222] Art. 225-15 C. pén.

2 – La minorité de quinze ans comme circonstance aggravante

91. L'utilisation de la minorité de quinze ans pour aggraver la répression d'infractions à caractère général est plus fréquente. Cette différence quantitative semble traduire une attention particulière du législateur à l'égard de cette catégorie de victimes. Cette minorité de quinze ans est systématiquement utilisée dans les infractions d'atteinte volontaire à la vie ou à l'intégrité physique des personnes. Elle se retrouve également de manière plus éparse dans le délit de provocation au suicide ou celui de séquestration qui conduisent soit à mettre le mineur en danger, soit à le priver arbitrairement de sa liberté.

92. En raison de leur portée générale quant aux victimes, les infractions d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique de la personne concernent tout individu, majeur ou mineur. Ainsi, l'article 221-1 C. pén. définit le meurtre comme « *le fait de donner volontairement la mort* à autrui »[223], l'article 222-1 C. pén. réprime « *le fait de soumettre* une personne *à des tortures ou à des actes de barbarie* »[224] ; les violences volontaires[225] se caractérisent par l'atteinte effective réalisée, qu'il s'agisse de la mort, d'une mutilation ou d'une infirmité permanente, ou encore d'une incapacité totale de travail, et les agressions sexuelles sanctionnent les atteintes imposées à « *la victime* » comme le rappelle l'article 222-22 C. pén., sans autre précision.

Cependant, pour chacune de ces hypothèses, le législateur prend soin d'aggraver la répression dans les textes suivants ceux incriminant l'infraction basique, la circonstance aggravante étant constituée par la minorité de quinze ans. Pour le meurtre, la sanction passe de trente ans de réclusion criminelle pour l'infraction de base à la réclusion criminelle à perpétuité conformément à l'article 221-4 C. pén. L'article 222-3 C. pén. porte la répression de quinze à vingt ans de réclusion criminelle pour les tortures et actes de barbarie. Il en est de même en matière de violences volontaires, qu'elles aient entraîné la mort, une mutilation ou une infirmité permanente, ou plus de huit jours d'incapacité totale de travail. Les premières passent de quinze à vingt ans de réclusion criminelle[226], les deuxièmes de dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende à quinze ans de réclusion criminelle[227] et les dernières passent de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende à cinq ans

[223] Souligné par l'auteur.
[224] Souligné par l'auteur.
[225] Art. 222-7 à 222-13 C. pén.
[226] Art. 222-3 C. pén.
[227] Art. 222-8 C. pén.

d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende[228]. Il convient de noter que la minorité de quinze ans permet également, en matière de violences volontaires n'ayant entraîné aucune incapacité totale de travail ou une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours, de faire basculer l'infraction normalement contraventionnelle[229] en délit passible de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende[230].

93. La combinaison des textes met en exergue deux catégories de victimes avec d'un côté les mineurs de quinze ans et de l'autre les majeurs ainsi que les mineurs de quinze à dix-huit ans à qui ils sont assimilés. La même dualité se retrouve pour les agressions sexuelles. La répression passe de quinze à vingt ans de réclusion criminelle pour le viol[231] et de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende pour les autres agressions sexuelles[232].

94. Au travers de ces infractions portant atteinte à l'intégrité physique ou à la vie des personnes, le législateur entend punir plus sévèrement ceux dont la perversité pousse à s'en prendre aux individus apparaissant plus faibles physiquement, à savoir les mineurs de quinze ans. Ce seuil est aussi utilisé pour les délits de séquestration et de provocation au suicide où la faiblesse, physique ou psychique, des victimes mineures semble encore justifier l'augmentation de la répression.
Ces considérations se retrouvent pour le délit d'enlèvement ou de séquestration où l'article 224-5 C. pén. porte la répression de vingt ans de réclusion criminelle à la réclusion criminelle à perpétuité lorsque la victime est un mineur de quinze ans.

95. En dehors de cette faiblesse physique, l'absence de maturité et le caractère influençable de ces mineurs semblent expliquer le choix du seuil de quinze ans par le législateur pour l'infraction de provocation au suicide de l'article 223-13 C. pén. Si la rédaction est faite en des termes généraux, visant « *le fait de provoquer au suicide* d'autrui »[233], ces dispositions sont immédiatement suivies à l'alinéa 2 d'une aggravation de la répression en raison de la minorité de quinze ans de la victime, la sanction passant de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. Passé ce seuil

[228] Art. 222-10 C. pén.
[229] Art. R. 624-1 C. pén. pour l'absence d'ITT et R. 625-1 C. pén. pour l'ITT inférieure ou égale à huit jours.
[230] Art. 222-13 1° C. pén.
[231] Art. 222-24 C. pén.
[232] Art. 222-29 C. pén.
[233] Souligné par l'auteur.

de quinze ans, l'individu se fond dans le Droit commun, même si dans d'autres cas le législateur utilise conjointement ce seuil et celui de dix-huit ans conduisant à réprimer les actes commis à l'encontre de ces deux catégories et non plus seulement contre une seule d'entre elles, les textes usant des deux définitions cumulativement.

II – Les mineurs victimes, l'utilisation cumulative des seuils d'âge

96. L'utilisation des deux seuils d'âge, dix-huit ans et quinze ans, se réalise distributivement, le premier constituant la condition préalable à l'infraction et le second une circonstance aggravante de ces mêmes infractions. Le principe de légalité criminelle, et plus spécifiquement la règle *non bis in idem*, empêche que le même élément constitue à la fois la condition préalable à l'infraction (ou un élément constitutif) et une circonstance aggravante de celle-ci. En utilisant deux seuils d'âge distincts et donc des conceptions différentes de la minorité, ces incriminations évitent la censure. Ces infractions sont spécifiques aux mineurs avec comme exception le délit de proxénétisme qui vise toute personne victime, mais où « chaque minorité » aggrave davantage la répression. L'infraction fait encourir à son auteur sept ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende[234], puis dix ans d'emprisonnement et 1 500 000 euros d'amende lorsque la victime est mineure[235], et enfin quinze ans de réclusion criminelle et 3 000 000 euros quand l'acte est commis envers un mineur de quinze ans[236]. Pour les autres situations, l'utilisation cumulative des seuils d'âges crée deux catégories de victimes forcément mineures, montrant l'attention que le Droit pénal leur porte et la spécificité que revêt le seuil de quinze ans. Ce cumul se retrouve lorsque des comportements mettent en danger leur santé (A) ou leur sexualité (B).

A – Les actes pouvant mettre en danger la santé des mineurs

97. Le législateur incrimine divers comportements consistant à provoquer les mineurs à la réalisation d'actes illicites ou dangereux pour eux-mêmes et notamment pour leur santé. Dans ce cadre, sont réprimées à l'article 227-19 C. pén. la provocation à la consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques et à l'article 227-18 C. pén. la provocation à l'usage de stupéfiants. Les deux infractions sont très proches[237], ayant pour condition

[234] Art. 225-5 C. pén.
[235] Art. 225-7 C. pén.
[236] Art. 225-7-1 C. pén.
[237] DESPORTES Frédéric, « Provocation de mineurs à commettre des actes illicites ou dangereux », *J-Cl. Pén.*, fasc. n° 20, 2003.

préalable la minorité de la victime, pour élément constitutif une provocation directe et pour circonstance aggravante la minorité de quinze ans. Les sanctions encourues sont différentes selon le produit objet de la provocation, le législateur étant plus sévère lorsqu'il s'agit de stupéfiants, sans doute en raison de l'illicéité des substances[238].

98. La provocation à la consommation de stupéfiants est punie de cinq ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende, les peines étant portées à sept ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende lorsque la victime a moins de quinze ans. Pour ce type d'infractions, le montant des amendes n'est plus en adéquation avec le quantum de la peine encourue, sans doute en raison des produits financiers substantiels que ce trafic engendre. La provocation à l'usage de stupéfiants est également incriminée par le Code de la santé publique à l'article L. 3421-4, l'infraction n'étant cependant pas spécifique aux mineurs. Il est possible de s'étonner de l'absence de référence à la minorité comme circonstance aggravante, qu'il s'agisse de celle de quinze ou de dix-huit ans, dans la mesure où est érigée en tant que telle la provocation commise « *dans des établissements d'enseignement ou d'éducation [...] 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* », et que l'article 227-18 C. pén. utilise ces diverses circonstances pour aggraver la répression. De par sa portée générale, ce texte ne fait pas doublon avec les dispositions pénales, lesquelles incriminent de façon autonome la provocation à l'usage de stupéfiants à destination des mineurs, montrant l'attention spécifique du législateur à leur égard. Au-delà de la provocation, la consommation de stupéfiants est punie par l'article L. 3421-1 C. santé publ. d'un an d'emprisonnement et 3 750 euros d'amende.

99. Le principe est identique pour la provocation habituelle et excessive à la consommation de boissons alcooliques. L'article 227-19 C. pén. sanctionne ce comportement d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, laquelle est portée à trois ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende quand la victime est un mineur de quinze ans. Il est regrettable que les amendes ne soient pas proportionnelles aux peines encourues puisque l'auteur ne retire ici aucun bénéfice financier de l'acte. Le Code de la santé publique incrimine un comportement similaire au travers de l'article L. 3353-4 qui réprime le fait de

[238] CABALLERO Francis et BISIOU Yann, *Droit de la drogue*, Dalloz, coll. « Précis », 2e éd., 2000, n° 502, p. 614 : les auteurs relèvent que le « *le législateur a encore souhaité s'opposer de façon particulière à la provocation directe des mineurs à l'usage (art. 2227-18 C. pén.) et au trafic (art. 227-18-1 C. pén.* », ainsi que la « *volonté du Parlement d'atteindre toutes les formes d'incitations dirigées contre les mineurs* ».

faire boire un mineur jusqu'à l'ivresse, d'une amende de 3 750 euros. La provocation est ici suivie d'effet puisque le mineur a consommé de l'alcool, ce qui permet de punir la consommation ponctuelle, mais excessive, de boissons alcooliques. Le texte ne prévoit cependant pas d'aggravation de la répression lorsque le mineur a moins de quinze ans.

100. Au travers de ces dispositions, ressort la volonté du législateur d'éloigner les mineurs de ces produits qui créent une dépendance, car comme toute dépendance, plus l'accoutumance est précoce plus le sevrage est difficile. C'est en revanche une toute autre logique qui préside lorsque les actes concernent la sexualité des mineurs.

B – Les actes pouvant mettre en danger la sexualité des mineurs

101. En matière de sexualité, l'hypothèse d'utilisation cumulative des seuils de quinze et dix-huit ans ne se retrouve que dans deux cas, en matière de prostitution de mineur et de corruption de mineur. Pour ces deux infractions, la minorité de dix-huit ans sera la condition préalable à l'infraction et celle de quinze ans une circonstance aggravante.

102. La prostitution libre est légale en France, le législateur n'incriminant que les comportements visant à tirer profit de celle-ci dans plusieurs articles punissant les diverses formes de proxénétisme[239]. Dans la suite logique des articles 227-25 et 227-27 C. pén. qui permettent aux mineurs de plus de quinze ans d'avoir des relations sexuelles librement consenties avec des majeurs (sous couvert des quelques restrictions qui ont déjà été abordées), les dispositions pénales n'appréhendaient que la prostitution d'un mineur de quinze ans. Le versement d'une rémunération constituait une circonstance aggravante du délit d'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans. Puis, par une loi du 4 mars 2002[240] est crée une nouvelle infraction, le recours à la prostitution de mineurs. Ce nouveau délit est inséré dans un chapitre relatif à l'atteinte à la dignité de la personne à la suite des divers cas de proxénétisme. L'incrimination ne vise pas à réprimer la personne mineure qui se prostitue, laquelle est

[239] Sont également incriminés les actes destinés à la rendre visible comme le délit de racolage de l'article 225-10-1 C. pén.

[240] Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 « relative à l'autorité parentale », JORF 5 mars 2002, p. 4161. Pour une analyse de cet aspect de la loi, voir notamment : SEUVIC Jean-François, « Chronique législative – Recours à la prostitution d'un mineur », *RSC* 2002, p. 368 ; VIRIOT-BARRIAL Dominique, « Les dispositions protectrices du mineur dans la loi du 4 mars 2002 », *RJPF* 2002, n° 11, p. 6.

considérée comme étant en danger[241], mais le client de la personne prostituée qui est désormais considéré comme déviant. Le seuil d'âge permettant de déclencher la répression pénale est repoussé à dix-huit ans et la minorité de quinze ans devient une circonstance aggravante faisant passer la répression de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende[242]. Le choix de reculer le seuil de quinze à dix-huit ans peut paraître contestable au vu des autres dispositions qui concernent la sexualité des mineurs et qui visent essentiellement le seuil de quinze ans.

103. Une logique similaire d'un recul du seuil d'âge choisi se retrouve dans l'infraction de corruption de mineur. Le Code pénal de 1810 punissait dans son article 334 quiconque attentait aux mœurs en favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe, avec pour seuil l'âge de vingt-et-un ans. L'objectif était de lutter contre le proxénétisme, mais le développement d'une législation spécifique à ce comportement a abouti à la loi du 13 avril 1946[243]. Celle-ci incrimine les divers cas de proxénétisme dans un article 334 et transfère dans un article 334 *bis* le délit d'excitation de mineur à la débauche en créant un nouveau seuil, celui de seize ans. Une distinction apparaît dans la répression selon l'âge, l'excitation devant être habituelle pour les mineurs de seize à vingt-et-un ans alors qu'une excitation occasionnelle est suffisante pour ceux n'ayant pas atteint cet âge. Une loi du 2 février 1981[244] transfère l'infraction dans un article 334-2 C. pén., définitivement détachée de ses origines, et dans lequel l'âge de la victime est encore modifié, le texte punissant « *quiconque aura habituellement attenté aux mœurs en excitant à la débauche ou en favorisant la corruption des mineurs de dix-huit ans ou même occasionnellement des mineurs de seize ans* ». La nouvelle rédaction tient compte de l'abaissement de l'âge de la majorité civile par la loi du 5 juillet 1974[245] de vingt-et-un à dix-huit ans pour l'appliquer à ce délit. Enfin, le nouveau Code pénal change la dénomination de l'infraction, incriminant dans un article 227-22 « *les faits tendant à favoriser la corruption d'un mineur* ». La minorité de dix-huit ans reste la condition préalable à l'infraction, même si la condition d'habitude disparaît et, dans son sillage, l'utilisation du seuil de seize ans,

[241] L'article 13 II de la loi du 4 mars 2002 précise : « *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* ».
[242] Art. 225-12-2 C. pén.
[243] Loi n° 46-685 du 13 avril 1946 « tendant à la fermeture des maisons de tolérance et au renforcement de la lutte contre le proxénétisme », dite « loi Marthe Richard », JORF 14 avril 1946, p. 3138.
[244] Loi n° 81-82 du 2 février 1981 « renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes », JORF 3 février 1981, p. 415.
[245] Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 « fixant à 18 ans l'âge de la majorité », préc.

remplacé par celui de quinze ans, en tant que circonstance aggravante. La peine encourue passe de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende quand la victime est âgée de moins de quinze ans.

104. L'étude permet de mettre en exergue une définition variable de la minorité, essentiellement dichotomique. Lorsque les textes évoquent les mineurs victimes, la notion ne revêt pas un caractère uniforme puisque sont visées tour à tour les personnes de moins de quinze ans ou celles de moins de dix-huit ans. D'autres seuils apparaissent à la marge, comme ceux de six et seize ans. Une victime mineure n'est donc pas nécessairement une personne qui n'a pas atteint dix-huit ans. L'utilisation de ces seuils est tantôt alternative, tantôt cumulative créant un flou dans l'étude des infractions dont les mineurs sont victimes. Le choix dans l'âge opéré par le législateur apparaît parfois contestable, ne s'intégrant pas dans une logique d'ensemble.

Cette définition essentiellement duale de la minorité, lorsque l'individu est victime, ne rend pas entièrement compte de l'appréhension de la notion par le Droit pénal. D'autres seuils apparaissent qu'ils soient objectifs ou subjectifs conduisant à une définition évolutive de la minorité[246].

Section 2 : Une définition évolutive de la minorité

105. Le mineur n'est pas seulement l'individu qui n'a pas atteint sa dix-huitième année. La minorité est certes un état (déterminant une incapacité juridique) mais qui n'est pas figé, l'individu n'ayant pas vocation à demeurer mineur. L'écoulement du temps fait inéluctablement évoluer la personne, la conduisant progressivement vers un autre statut, celui de majeur. Cette évolution se traduit juridiquement par une définition variable de la minorité. Cette variation peut se réaliser par des éléments objectifs tel que l'âge de l'individu dessinant notamment en matière de délinquance des mineurs une progressivité et une multiplicité de statuts (A). La définition de la minorité peut encore varier subjectivement selon son appréhension par les tiers, la personne étant considérée comme un mineur parce qu'elle en a l'apparence (B).

[246] YOUF Dominique, « Repenser le droit pénal des mineurs », *Esprit*, oct. 2000, p. 87.

I – Une responsabilité pénale progressive selon l'âge du délinquant mineur

106. Les dernières réformes concernant le Droit des mineurs comportent presque systématiquement un volet consacré aux mineurs victimes d'infraction et un autre axé sur la délinquance des mineurs[247], préoccupation devenue essentielle pour les pouvoirs publics[248]. L'ordonnance du 2 février 1945[249], véritable charte de l'enfance délinquante[250], prévoit divers seuils d'âges permettant une organisation graduelle de la responsabilité pénale des mineurs et des sanctions applicables. La majorité pénale, c'est-à-dire l'âge déterminant l'application du droit commun au délinquant, est fixée depuis une loi du 12 avril 1906[251] à dix-huit ans. Si la responsabilité pénale des mineurs dispose d'un terme délimité, le point de départ est plus délicat à déterminer (1). Entre ces deux extrémités, la responsabilité pénale de l'individu est fonction de son âge, déterminée par paliers (2).

A – Le point de départ de la responsabilité pénale, la minorité pénale

107. « *La minorité pénale serait cet âge à partir duquel le droit pénal des mineurs peut s'appliquer à vous. En deçà, on est hors du champs pénal ; le trouble que l'on peut avoir causé à l'ordre public n'est pas une infraction pénale parce qu'on est considéré comme incapable de commettre une infraction pénale* »[252].

Contrairement à la responsabilité civile, la responsabilité pénale a gardé une dimension morale en exigeant que son auteur ait conscience de l'acte réalisé. Au plan civil, les arrêts de la Cour de cassation de 1984[253] ont permis d'unifier la matière[254] et de rendre la faute civile totalement objective, dénuée de toute imputabilité morale, rendant le mineur fautif civilement responsable quel que soit son âge. Seule l'imputabilité matérielle est recherchée, à savoir qui a commis la faute. Au plan pénal, l'acte matériel opérant une transgression de la loi pénale

[247] Pour une illustration typique : loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 « relative à la prévention de la délinquance », JORF 7 mars 2007, p. 4297.
[248] Voir le rapport rendu par la commission présidée par le Recteur André VARINARD « Adapter la justice pénale des mineurs - Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions », La documentation française, 2009.
[249] Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 « relative à l'enfance délinquante », JORF 4 février 1945, p. 530.
[250] MERLE Philippe et VITU André, *Traité de droit criminel*, *Droit pénal général*, Cujas, 7e éd., 1997, n° 630 et s., p. 795.
[251] Loi du 12 avril 1906 « modifiant les articles 66, 67 du Code pénal, 340 du Code d'instruction criminelle et fixant la majorité pénale à l'âge de dix-huit ans », JORF 14 avril 1906.
[252] LAZERGES Christine, « Seuils d'âge et responsabilité pénale en Europe », *RSC* 1991, p. 414.
[253] Cass. Ass. Plén. 9 mai 1984, bull. civ. 1984, n° 3 ; *JCP G* 1985, I, 3189, chron. VINEY Geneviève.
[254] L'objectivation de la faute civile avait déjà été établie pour les aliénés majeurs par la loi du 3 janvier 1968. La jurisprudence a étendu dans un premier temps le texte aux aliénés mentaux mineurs puis à tous les mineurs dépourvus de discernement (donc les *infans*) par les arrêts du 9 mai 1984.

n'est pas suffisant, cette faute devant être imputable à l'auteur pour que sa culpabilité puisse être reconnue. « *Culpabilité, imputabilité et responsabilité constituent la trilogie conceptuelle qui fonde l'approche rationnelle de la sanction* »[255].

Pour que l'infraction soit imputable, il faut que le mineur ait la capacité de comprendre et de vouloir son acte, qu'il soit libre et conscient[256]. Encore faut-il que celui-ci puisse « *distinguer le bien du mal* »[257], selon la définition du discernement, pour être conscient de son acte et de ses conséquences. Le législateur français ne fixe pas de seuil d'âge pour la minorité pénale contrairement à ses voisins européens, mais préfère le critère subjectif du discernement renvoyant la question de la détermination de la responsabilité du mineur aux magistrats. Même si cette position est une constante dans l'histoire législative française (1), l'alternative du seuil d'âge se fait plus pressante aujourd'hui (2).

1 – La détermination de la minorité pénale par le discernement

108. Le recours au discernement pour déterminer le seuil de la responsabilité pénale n'est pas contemporain. Même s'il est souvent fait référence à un âge, c'est en raison de sa corrélation avec la capacité de discernement. Déjà dans la loi des XII Tables (449 av. J.-C) l'*infans*, c'est-à-dire le mineur de sept ans, ne pouvait être responsable faute de discernement et les autres seuils choisis l'étaient selon la puberté. L'évolution du Droit romain reprenait cette irresponsabilité totale du mineur de sept ans[258], tout comme le Code Justinien[259]. À cette présomption irréfragable s'ajoutait une présomption simple d'absence de discernement pour le mineur âgé de plus de sept ans mais pas encore pubère (la puberté était fixée à quatorze ans pour les garçons et douze ans pour les filles[260]). Il s'agissait de la catégorie intermédiaire des « *pubertati proximus* »[261] dans laquelle les individus étaient irresponsables sauf à démontrer qu'ils étaient *doli capax*, à savoir capables de différencier le bien du mal. Il appartenait donc aux magistrats d'apprécier les capacités intellectuelles de l'enfant au cas par cas.

---

[255] CASTAIGNEDE Jocelyne, « Mineur délinquant : Responsabilité pénale du mineur », *J-Cl. Pén.*, fasc. n° 10, 2005, n°4.
[256] PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Cujas, 17e éd., 2008, n° 462, p. 434.
[257] CORNU Gérard, *op. cit.*
[258] MERCIER Bérangère, *Les seuils d'âge dans la législation pénale – vers un rapprochement du statut du mineur et du jeune adulte délinquants*, thèse dactylographiée, Bordeaux IV, 1997.
[259] BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *op. cit.*, n° 1240, p. 688.
[260] COMBES Jules, *Du défaut de discernement des mineurs en matière pénale*, thèse dactylographiée, Toulouse 1901.
[261] MARRION Bertrand, « Item : MINEUR », *Le dictionnaire du corps*, ANDRIEU Bernard (dir.), CNRS, 2008.

109. Dans les législations barbares, la condition pénale du sujet est déterminée par la capacité à porter les armes et non plus le discernement, la minorité pénale se situant entre douze et quatorze ans[262]. Dans l'ancien Droit, « *les textes législatifs s'abstiennent de fixer des seuils d'âge ; désormais le doit romain constitue la référence* »[263]. Le mineur de sept ans (*infans*) redevenait irresponsable et une présomption simple d'irresponsabilité s'appliquait pour le mineur pubère, laquelle pouvait être combattue en prouvant qu'il était déjà discernant.

110. Avec le Code pénal de 1810, la minorité pénale et le seuil de sept ans disparaissent. Les dispositions du Code fixaient la majorité pénale à seize ans mais conservaient toujours le discernement comme critère de la responsabilité pénale des mineurs. L'article 66 du Code pénal napoléonien exposait : « *Lorsque l'accusé aura moins de seize ans, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement, il sera acquitté* ». Le mineur de seize ans non discernant n'était donc pas pénalement responsable, même si le juge pouvait prononcer à son égard des mesures éducatives comme la remise aux parents ou l'envoi en maison de correction[264], et par la suite la remise à une personne digne de confiance ou à une institution charitable[265].

111. Le début du XXe siècle marque une étape importante avec la loi du 12 avril 1906[266] qui porte la majorité pénale à dix-huit ans et surtout la loi du 22 juillet 1912[267] qui opère un revirement en matière de responsabilité pénale. Le seuil de la responsabilité pénale était fixé à treize ans et les mineurs n'ayant pas atteint cet âge étaient pénalement irresponsables, échappant au tribunal pour enfants et adolescents, nouvelle juridiction spécialisée créée par la même loi. Le tribunal civil en chambre du conseil était seul compétent pour prononcer des mesures éducatives[268] à leur encontre. Le critère du discernement n'avait cependant pas totalement disparu puisqu'il restait applicable aux mineurs de plus de treize ans, pour lesquels l'absence de discernement empêchait le prononcé d'une peine. Cette loi de 1912 dessine les grandes lignes de ce que sera le Droit pénal des mineurs contemporain avec comme principes matriciels l'« *irresponsabilité pénale du jeune enfant,* [les] *juridictions spécialisées,* [la]

[262] MERCIER Bérangère, th. préc., p. 6.
[263] *Ibid.*, p.7.
[264] Le terme « correction » est à prendre dans le sens de « rééducation » et non dans celui de « châtiments corporels ».
[265] Loi du 19 avril 1898 « relative à la répression des violences, voies de fait et attentats commis contre les enfants », JORF 21 avril 1898, *D.* 1898.
[266] Loi du 12 avril 1906 « modifiant les articles 66, 67 du Code pénal, 340 du Code d'instruction criminel et fixant la majorité pénale à l'âge de dix-huit ans », préc.
[267] Loi du 22 juillet 1912 « sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée », JORF 25 juillet 1912.
[268] RENUCCI Jean-François, *Droit pénal des mineurs*, Masson, 1994, p. 11.

prépondérance des mesures éducatives sur les sanctions, [le] *contrôle du jeune délinquant destiné à éviter qu'il récidive* »[269].

112. L'ordonnance du 2 février 1945[270] révolutionne le Droit pénal des mineurs et supprime le recours au discernement. Il ressort des articles 1 et 2 de l'ordonnance de 1945 qu'aucune peine ne peut être prononcée à l'égard des mineurs de treize ans. Cet âge ne constitue pas le seuil de responsabilité pénale puisque le juge (le juge des enfants, magistrat spécialisé nouveau venu dans le paysage judiciaire) a la possibilité de prononcer des mesures éducatives de rééducation ainsi que des mesures de sûreté pour le mineur n'ayant pas atteint cet âge. Le principe d'irresponsabilité absolue des mineurs de treize ans disparaît tout comme l'appréciation du discernement. Certains auteurs ont vu dans le seuil de treize ans, un seuil de responsabilité pénale et ont estimé qu'en deçà le mineur était irréfragablement présumé irresponsable[271] créant un « *dogme de l'irresponsabilité pénale du mineur* »[272], qui était dangereux et erroné. En effet, si tel était le cas dans les dispositions de la loi du 22 juillet 1912, cela n'est pas repris dans l'ordonnance de 1945 qui abroge ladite loi antérieure. Par conséquent, tout mineur est pénalement responsable et s'expose à des mesures éducatives lorsqu'il n'a pas atteint treize ans et à des peines, combinées le cas échant auxdites mesures, pour les mineurs ayant franchi ce seuil. Le prononcé de sanction à l'encontre d'un mineur âgé de cinq ans étant difficilement concevable et réalisable, la jurisprudence est intervenue pour fixer à nouveau le point de départ de la responsabilité pénale en fonction non pas d'un âge mais… du discernement ! Par une décision importante, l'arrêt « Laboube », rendue le 13 décembre 1956[273], la chambre criminelle de la Cour de cassation impose « *la recherche et la prise en compte du discernement pour les mineurs de moins de 13 ans* »[274] puisque la juridiction requiert pour reconnaître la responsabilité du mineur que celui-ci « *ait compris et voulu cet acte* », c'est-à-dire que l'acte lui soit imputable. Le discernement étant « *obligatoire pour permettre l'imputabilité* »[275], son absence empêche l'imputabilité d'être caractérisée et la

[269] MERCIER Bérangère, th. préc., p. 13.
[270] Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 « relative à l'enfance délinquante », préc.
[271] Voir notamment : RENUCCI Jean-François, *Droit pénal des mineurs*, Masson, 1994, p. 115. L'auteur voit dans l'article 1re de l'ordonnance de 1945 « *la reconnaissance de l'irresponsabilité pénale de principe du mineur* » et estime que « *le mineur de moins de 13 ans n'est pas pénalement responsable* ».
[272] CASTAIGNEDE Jocelyne, « La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs », *D*. 2003, p. 779.
[273] Cass. crim., 13 déc. 1956, *D*. 1957. 379, note PATIN Bernard ; PRADEL Jean et VARINARD André, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 6e éd., 2007, p. 580.
[274] BONFILS Philippe, « Le droit substantiel des mineurs », *AJ pénal* 2005, n° 2, p. 45.
[275] CASTAIGNEDE Jocelyne, « Mineur délinquant : Responsabilité pénale du mineur », *J-Cl. Pén.*, fasc. n° 10, 2005, n°29.

responsabilité pénale d'être engagée. Il s'opère « *un retour camouflé à la question du discernement* »[276], ce critère déterminant à nouveau le seuil de la responsabilité pénale du mineur en fonction de chaque enfant.

Cette jurisprudence a été intégrée dans le Code pénal par la loi du 9 septembre 2002[277] à l'article 122-8, lequel dispose que « *les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables* ». La responsabilité pénale des mineurs est clairement affirmée et elle a pour pivot le discernement puisque « *l'enfant non doué de discernement est un enfant non responsable* »[278]. Toutefois, il demeure toujours en latence, la volonté ou le souhait de fixer la minorité pénale par l'intermédiaire d'un seuil d'âge.

2 – Le recours au seuil d'âge pour déterminer la minorité pénale

113. En déterminant la responsabilité pénale des mineurs par le discernement et non par un seuil d'âge, la France est minoritaire dans sa position en Europe[279], ce qui ne signifie pas pour autant qu'il faille la modifier. À plusieurs reprises, il a été proposé de définir le seuil de la responsabilité pénale des mineurs selon un âge précis. Madame le Professeur LAZERGES, par exemple, opte pour une minorité pénale à treize ans, ce qui constitue pour elle l'orée de l'adolescence[280] ; M. Toubon propose en mai 1990, lors de débats parlementaires sur un nouveau code pénal, un amendement visant à rendre irresponsable pénalement le mineur de sept ans, mais en vain. De même, un rapport de la Chancellerie du 27 juin 2000 estime que « *le mineur de dix ans ne peut faire l'objet de poursuites pénales* »[281], la proposition restant une fois encore sans conséquence. Enfin, plus proche de nous, le rapport VARINARD (du nom du Président de la commission chargée de son élaboration, M. le Recteur André Varinard) sur la réforme de la justice des mineurs remis le 3 décembre 2008[282] préconise, dans sa 9e proposition, la fixation de la minorité pénale à douze ans[283]. Ce rapport devrait entraîner la création d'un Code de la justice pénale des mineurs dans lequel le seuil de la

[276] *Ibid.*
[277] Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 « d'orientation et de programmation pour la justice », JORF 10 septembre 2002.
[278] LAZERGES Christine, « De l'irresponsabilité à la responsabilité pénale des mineurs délinquants ou relecture des article 1 et 2 de l'ordonnance du 2 février 1945 », *RSC* 1995, p. 149.
[279] LAZERGES Christine, « Seuils d'âge et responsabilité pénale en Europe », *RSC* 1991, p. 414.
[280] *Ibid.*
[281] *Ibid.*
[282] André VARINARD, « Adapter la justice pénale des mineurs - Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions », rapport préc.
[283] « 70 propositions pour réformer la justice pénales des mineurs », *Dr. pén*. 2008, n° 12, dossier 6 ; LAVRIC Sabrina, « 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs », *D.* 2008, p. 3072 ; LAVRIC Sabrina, « Code de la justice pénale des mineurs : les grandes lignes », *D*. 2009, p. 800.

responsabilité pénale serait reporté à treize ans[284], ce qui se rapproche du seuil recommandé par le Comité des droits de l'enfant[285] de l'ONU en février 2007 lors de la 44e session[286], à savoir douze ans.

114. Au niveau international, la CIDE préconise aux États signataires, dans son article 40.3 a), « *d'établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale* ». Même si la CIDE est aujourd'hui d'applicabilité directe, cela ne vaut que pour certaines dispositions en fonction de leur rédaction[287] : soit elles confèrent des droits aux individus, soit elles adressent des recommandations aux États. La formule utilisée à l'article 40.3, « *les États parties s'efforcent de promouvoir* », s'adresse aux États et laisse douter de son applicabilité directe. Néanmoins, le législateur français doit tenir compte de ces engagements internationaux régulièrement ratifiés[288] dans l'élaboration du Droit interne même si la Convention ne fixe pas d'âge, laissant une marge de manœuvre aux États. Dans sa résolution de février 2007, le Comité des droits de l'enfant estime que l'âge de la responsabilité pénale au Kenya, huit ans, est trop bas et lui a demandé de la relever à douze ans. Par conséquent, la France, où le critère du discernement abouti à fixer la minorité pénale vers sept ou huit ans, devrait également revoir sa position[289]. Le Comité s'est déclaré préoccupé en juin 2004 de l'absence d'âge minimal pour la responsabilité pénale en France[290]. De même, dans la Résolution des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs[291], un article 4 est consacré à l'âge de la responsabilité pénale. L'article 4.1 dispose que « *dans les systèmes juridiques qui reconnaissent la notion de seuil de responsabilité pénale, celui-ci ne doit pas être fixé trop bas eu égard aux problèmes de*

---

[284] Pour une version du Code en document de travail en date du 30 mars 2009, voir : http://www.rosenczveig.com/doc/Code_de_l...pdf.

[285] Ce Comité a été créé en 1991 à la suite de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant pour examiner les progrès des États signataires dans la mise en place de cette Convention. Il siège à Genève et se réunit trois fois par an.

[286] Recommandations disponibles sur : http://www.aidh.org/ONU_GE/Comite_DE/Somm_DE.htm.

[287] GOUTTENOIRE Adeline (dir.), « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après. Commentaire article par article », *AJ famille* 2009, n° 11, dossier spécial ; PETIT Cécile et CHABERT Cyril, « Acceptation judiciaire de l'applicabilité directe de la Convention de New-York », *JCP G* 2005, p. 1573.

[288] Constitution du 4 octobre 1958, art. 55 : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

[289] Dans une affaire de détérioration volontaire par incendie d'un camion, la Cour de cassation, en assemblée plénière, retient la responsabilité pénale d'un enfant de neuf ans. Cass. Ass. Plén. 9 mai 1984, pourvoi n° 82-92934, Bull. crim., n° 162.

[290] DREIFFUS-NETTER Frédérique, « Les seuils d'âge en droit à l'épreuve des sciences de la vie », *Études offertes au Doyen Philippe SIMLER*, LGDJ, 2006, p. 95.

[291] Résolution 40/33 du 29 novembre 1985, disponible sur le site du Haut commissariat aux droit de l'homme : http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/h_comp48_fr.htm.

maturité affective, psychologique et intellectuelle ». Ici encore la Résolution ne fixe pas directement de seuil d'âge.

115. Par conséquent, en l'état actuel du Droit positif, il est possible d'affirmer que les mineurs sont pénalement responsables, même si le point de départ de cette responsabilité pénale est variable, relevant du seuil subjectif du discernement. La détermination de la responsabilité pénale est laissée au pouvoir des magistrats spécialistes de l'enfance, dotés de mesures procédurales permettant d'apprécier réellement la personnalité de l'enfant. Néanmoins, tous les mineurs, qui sont pénalement responsables, n'ont pas la même capacité pénale. Celle-ci peut se définir comme « *l'aptitude du délinquant à bénéficier de la sanction après son jugement* »[292]. Aussi, il convient d'adapter au mieux la sanction prononcée à la capacité pénale du mineur, qui « *sert de référence à la démarche du juge* »[293]. Pour cela, la loi a organisé des sanctions par paliers successifs, en fonction de l'âge du délinquant.

3 – Une responsabilité pénale par paliers d'âge

116. Ces seuils de répression sont fixés par l'ordonnance du 2 février 1945 sur la base d'une adaptation de la sanction à l'âge du délinquant avec une primauté, conformément à la doctrine de la Défense sociale[294], de l'éducatif sur le répressif. L'exposé des motifs du texte est limpide en la matière et rappelle qu'« *il est peu de problèmes aussi graves que ceux qui concernent la protection de l'enfance traduite en justice. La France n'est pas assez riche d'enfants pour qu'elle ait le droit de négliger tout ce qui peut en faire des êtres sains* ». Des seuils identiques se retrouvent en matière pénale pour la détermination de la sanction (a), en procédure pénale pour les mesures de contraintes (b) et en droit pénitentiaire pour l'exécution des peines (c).

a – Une sanction déterminée par l'âge du délinquant

117. L'ordonnance de 1945 subdivise la minorité en trois catégories : mineur de treize ans, mineur de seize ans et mineur de dix huit ans. Par la suite, l'arrêt « Laboube », fixant la minorité pénale par le seuil du discernement, ajoute, une nouvelle catégorie, les mineurs

[292] MERLE Roger et VITU André, *op. cit.*, n° 617, p. 774.
[293] CASTAIGNEDE Jocelyne, « La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs », *D*. 2003, p. 779.
[294] ANCEL Marc, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 3e éd., 1981.

irresponsables pénalement. Enfin, la loi du 9 septembre 2002 crée le palier de dix ans dans l'échelle de la répression[295].

Désormais, la minorité est subdivisée en cinq catégories : les mineurs non discernants, les mineurs de dix ans, de treize ans, de seize ans et enfin de dix-huit ans. À chaque étape la répression s'intensifie et le traitement pénal se rapproche de celui de droit commun. À chaque âge suffit sa peine.

118. Les mineurs non discernants sont pénalement irresponsables selon l'article 122-8 C. pén. et chaque seuil d'âge détermine un nouveau degré de répression qui s'ajoute à celui de la catégorie d'âge précédente. Les mineurs discernants mais n'ayant pas encore dix ans, n'encourent que des mesures éducatives[296], le seuil de dix ans ouvrant la possibilité au juge de prononcer, à côté des mesures éducatives, des sanctions éducatives[297]. Celles-ci sont récentes et leur nombre a été augmenté par la loi du 5 mars 2007[298]. Le palier de treize ans confère la possibilité au juge de prononcer des peines et notamment de l'emprisonnement. À compter de treize ans, l'éventail des sanctions à la disposition des magistrats est complet mais l'âge continue à jouer quant à leur application, le mineur de treize à seize ans jouissant d'une diminution légale et obligatoire de peine. Selon l'article 20-2 de l'ordonnance du 2 février 1945, la peine prononcée ne peut être supérieure à la moitié de la peine encourue par un majeur (et lorsque la peine encourue est la réclusion criminelle à perpétuité, celle qu'encourt le mineur de seize ans ne peut excéder vingt ans de réclusion criminelle). Pour les mineurs de plus de seize ans, ces éléments sont également applicables mais la diminution de peine est facultative, pouvant être écartée par la juridiction. La loi du 10 août 2007[299] augmente les possibilités du juge de recourir à cette exclusion, laquelle n'a plus besoin d'être exceptionnelle. De plus, en cas de double récidive le schéma s'inverse puisque la diminution de peine est exclue de plein-droit sauf décision contraire de la juridiction[300].

---

[295] POUYANNE Julia, « Le nouveau droit pénal intéressant les mineurs, ou de la difficulté d'être entre protection et répression », *Dr. pén.* 2003, n° 5, p. 4 ; CASTAIGNEDE Jocelyne, « La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs », *D.* 2003, p. 779.

[296] Art. 8 de l'ordonnance du 2 février 1945.

[297] L'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1945 confère cette possibilité au juge et l'article 15-1 en définit la liste.

[298] Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 « relative à la prévention de la délinquance », JORF 7 mars 2007, p.4297 ; BONFILS Philippe, « Les dispositions relatives au droit pénal des mineurs délinquants dans la loi prévention de la délinquance », *D.* 2007, p. 1027 ; BONFILS Philippe, « La réforme de l'ordonnance de 1945 par la loi prévention de la délinquance », *AJ pénal* 2007, n° 5, p. 209.

[299] Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 « renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs », JORF p. 13466.

[300] BONFILS Philippe, « La réforme de l'ordonnance de 1945 par la loi du 10 août 2007 », *AJ pénal* 2007, p. 363.

119. Il est alors possible d'en déduire que « *ces limites d'âge légales reposent sur l'idée que l'adolescent est de plus en plus autonome, que ces paliers marquent le passage de l'irresponsabilité à la responsabilité, et que celle-ci est entière avant la majorité légale* »[301]. Or, « *les institutions sociales semblent avoir tendance à reculer les limites de l'enfance plutôt qu'à reconnaître une phase distincte de maturation et d'intégration sociale* »[302].

120. Cette pluralité de seuils d'âge permet d'accompagner progressivement le délinquant et d'adapter la sanction à la capacité pénale de l'individu[303]. Cette préoccupation se retrouve en matière procédurale pour adapter les mesures de contrainte aux mineurs auteurs d'infraction.

b – Une procédure adaptée à l'âge du délinquant

121. Les seuils de dix, treize et seize ans structurent également la minorité en procédure pénale, adaptant le traitement pré-sentenciel à l'âge afin d'éviter que les mesures de contrainte ne soient trop traumatisantes, qu'il s'agisse du stade de l'enquête ou de l'instruction.

122. Pendant l'enquête, le mineur suspecté peut faire l'objet d'une garde-à-vue ou d'une retenue judiciaire, les deux mesures étant envisagées à l'article 4 de l'ordonnance de 1945. La retenue judiciaire est spécifique aux mineurs de dix à treize ans et consiste à garder le mineur à la disposition d'un officier de police judiciaire le temps nécessaire à sa déposition et à sa présentation au magistrat compétent ou sa remise à ses parents, tuteur, personne ou service auquel il est confié[304]. La mesure a été modifiée par une loi du 9 septembre 2002[305], et aujourd'hui un mineur de dix à treize ans « *peut être retenu vingt-quatre heures pour un délit puni de cinq ans d'emprisonnement que les indices de sa culpabilité soient graves ou simplement concordants* »[306]. Cette mesure, qui vise exclusivement à suppléer l'impossibilité de placer les mineurs de treize ans en garde-à-vue, a été validée et dans son principe et dans

[301] ISAMBERT-JAMATI Viviane, « L'âge social et la durée des obligations éducatives, l'image que s'en font les Français d'aujourd'hui », *in Seuils d'âge et législation pénale. Contribution à l'étude du problème des jeunes adultes délinquants*, BESSON Alain (dir.), Cujas, 1961, p. 88.
[302] MICHARD Henri, « Quelques aspects des processus de maturation sociale dans la société française de 1960 », *in Seuils d'âge et législation pénale. Contribution à l'étude du problème des jeunes adultes délinquants*, BESSON Alain (dir.), Cujas, 1961, p. 69.

[304] FOURMENT François, *Procédure pénale*, Paradigme, 10e éd., 2009, n° 217, p. 110.
[305] Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 « d'orientation et de programmation pour la justice », JORF 10 septembre 2002, p. 14934 ; CASTAIGNEDE Jocelyne, « La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 : un autre regard porté sur le droit pénal des mineurs », *D.* 2003, p. 773.
[306] POUYANE Julia, « Le nouveau droit pénal intéressant les mineurs, ou la difficulté d'être entre protection et répression », *Dr. pén.* 2003, p 4.

ses modifications par le Conseil constitutionnel[307]. Passés le seuil de treize ans, les mineurs peuvent faire l'objet d'une garde-à-vue, qui consiste « *pour un officier de police judiciaire, de garder une personne à sa disposition* »[308]. L'âge s'apprécie ici, de manière dérogatoire, non pas au jour de la commission des faits mais au jour de la mesure[309], la contrainte devant s'apprécier au moment où elle se réalise. Les mesures de Droit commun sont applicables[310], avec toutefois deux spécificités liées à l'âge. D'une part pour les mineurs de treize à seize ans, en cas de délit puni d'une peine inférieure à cinq ans d'emprisonnement, aucune prolongation de la garde-à-vue n'est possible[311]. D'autre part, depuis la loi du 9 mars 2004[312], le mineur de plus de seize ans « *ayant participé avec un majeur à l'une des infractions de criminalité organisée pourra voir sa garde-à-vue faire l'objet de deux prolongations supplémentaires de 24 h chacune* »[313]. Cette disposition se retrouve aujourd'hui à l'article 4 VII de l'ordonnance de 2 février 1945. En vertu de l'article 4 VI, les interrogatoires des mineurs placés en garde-à-vue font l'objet d'un enregistrement audiovisuel[314].

123. Ces seuils d'âge se retrouvent aussi pour les mesures de contrainte pendant la phase d'instruction, qu'il s'agisse du contrôle judiciaire ou de la détention provisoire. La première consiste à « *imposer des obligations au mis en examen pour surveiller son comportement* »[315] et n'est régie par l'ordonnance de 1945, article 10-2, que depuis la loi du 9 septembre 2002[316]. Le contrôle judiciaire est possible uniquement pour les mineurs de plus de treize ans et peut être assorti de diverses obligations dont le non-respect peut entraîner le placement en centre éducatif fermé. Si le mineur ne respecte pas cette dernière mesure (en cas de fugue notamment), il peut être placé en détention provisoire, ouvrant la possibilité pour un mineur

[307] Décision n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, JORF 26 janvier 1994, p. 1380 ; Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, JORF 10 septembre 2002, p. 14953.
[308] FOURMENT François, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 198, p. 95.
[309] Cass. crim., 25 oct. 2000, Bull. crim. n° 316.
[310] FOURMENT François, *op. cit.*, n° 198, p. 95.
[311] Article 4 V de l'ordonnance du 2 février 1945, alors que le droit commun autorise une prolongation de vingt quatre heures.
[312] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 « portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », JORF 10 mars 2004, p. 4567.
[313] BONFILS Philippe, « Les dispositions relatives aux mineurs de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II », *JCP G* 2004, I. 140, p. 1047.
[314] ETRILLARD Claire, « L'enregistrement audiovisuel des auditions de mineur en France », *Rev. crim. et pol. techn*. 2004, p. 43.
[315] FOURMENT François, *op. cit.*, n° 456 p. 230.
[316] Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 « d'orientation et de programmation pour la justice », préc. Antérieurement le contrôle judiciaire des mineurs relevait du droit commun, à savoir les articles 137 et 138 du Code de procédure pénale.

de plus de treize ans d'être placé en détention provisoire malgré la loi du 30 décembre 1987[317] qui interdit la mesure pour les moins de seize ans en matière correctionnelle. Le placement en centre éducatif fermé peut être également une obligation du contrôle judiciaire en plus de la sanction de non-respect des autres mesures.

124. Le champ d'application du contrôle judiciaire est déterminé à la fois par l'âge de l'auteur et par la nature de l'infraction commise. Si en matière criminelle, les mineurs de treize à dix-huit ans peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire, la situation est plus complexe en matière correctionnelle où il faut différencier les cas selon l'âge de l'individu mis en examen. La mesure est ouverte pour les mineurs de plus de seize ans, mais n'est possible pour les mineurs de treize à seize ans que dans deux hypothèses, modifiées par la loi du 5 mars 2007[318] : soit l'auteur encourt une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à cinq ans et il a déjà été condamné à une mesure ou sanction éducative ou à une peine ; soit il encourt une peine d'emprisonnement supérieure à sept ans.

125. Si le non-respect du contrôle peut aboutir au placement du mineur en détention provisoire, cette mesure, consistant dans l'incarcération d'une personne inculpée de crime ou de délit avant le prononcé du jugement, peut être directement prononcée au cours de l'instruction par le juge de la liberté et de la détention[319]. Le recours n'y est autorisé qu'« *à la condition que cette mesure soit indispensable ou qu'il soit impossible de prendre toute autre disposition et à la condition que les obligations du contrôle judiciaire prévues par l'article 10-2 soient insuffisantes* ». Ce caractère exceptionnel se retrouve dans les instruments internationaux de protection des mineurs comme l'article 13.1 des règles de Beijing[320] qui rappelle que « *la détention préventive ne peut être qu'une mesure de dernier ressort et sa durée doit être aussi courte que possible* ».

---

[317] Loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987 « relative aux garanties individuelles en matière de placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire et portant modification du code de procédure pénale », JORF 31 décembre 1987, p. 15547.

[318] BONFILS Philippe, « Les dispositions relatives au droit pénal des mineurs délinquants dans la loi prévention de la délinquance », *D.* 2007, p. 1027 ; BONFILS Philippe, « La réforme de l'ordonnance de 1945 par la loi prévention de la délinquance », *AJ pénal* 2007, n° 5, p. 209.

[319] Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 « renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », JORF 16 juin 2000, p. 9038.

[320] Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing) adopté par les Nations Unies par la résolution 40/33 du 29 novembre 1985, disponibles sur http://www2.ohchr.org/french/law/regles_beijing.htm. S'agissant de résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, elle n'a aucune force contraignante à l'encontre des États.

Conformément à l'article 11 de l'ordonnance du 2 février 1945 la détention provisoire n'est possible que pour les mineurs de treize à dix-huit ans, soit la même population que le contrôle judiciaire (les deux dispositifs sont liés puisque le manquement à l'un peut aboutir au prononcé de l'autre). La possibilité de recourir à cette mesure de contrainte varie selon l'âge de la personne qui en fait l'objet. Pour les mineurs âgés de seize ans ou plus, la détention provisoire est possible dans trois cas : soit la personne encourt une peine criminelle, soit une peine correctionnelle supérieure ou égale à trois ans, soit enfin qu'elle se soit volontairement soustraite aux obligations d'un contrôle judiciaire.
Pour les mineurs âgés de treize à seize ans, le recours à la détention provisoire n'est possible que si l'auteur encourt une peine criminelle ou s'il s'est volontairement soustrait au contrôle judiciaire assorti d'un placement en centre éducatif fermé.

126. La durée de la détention varie aussi selon la combinaison de deux critères, l'âge et de la gravité de l'infraction. Concernant les mineurs de treize à seize ans, la durée de la détention est en matière criminelle de six mois renouvelable une fois, et en matière correctionnelle de quinze jours, renouvelable une fois si le délit est puni de moins de dix ans d'emprisonnement, et d'un mois, renouvelable une fois, pour les délits punis de dix ans d'emprisonnement.
Les mineurs âgés de seize ans et plus peuvent faire l'objet d'une détention provisoire d'un an, renouvelable une fois, en matière criminelle. En matière correctionnelle, si la peine encourue est inférieure ou égale à sept ans, la durée est d'un mois renouvelable une fois ; si le délit est puni de plus de sept ans, la durée est alors de quatre mois, renouvelable deux fois, conformément à l'article 145-1 du C. proc. pén. auquel l'article 11 de l'ordonnance de 1945 renvoie.
Enfin, les dispositions particulières de l'ordonnance fixent également, toujours dans l'article 11, les modalités d'exécution de la détention provisoire, qui sont essentiellement identiques à celles entourant l'exécution de la peine d'emprisonnement des mineurs.

c – Une détention ajustée en raison de la minorité du détenu

127. Incarcérer un mineur oblige à prendre des mesures spécifiques adaptées selon son âge. Depuis la loi du 9 mars 2004[321], pour toute condamnation prononcée à compter du 1er janvier 2005, les fonctions de juge et tribunal d'application des peines sont dévolues par principe aux juge et tribunal pour enfants. En transférant cette tâche, le législateur utilise un autre seuil

[321] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 « portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », préc.

d'âge que celui de dix-huit ans puisque les juridictions pour mineurs sont compétentes jusqu'aux vingt-et-un ans du délinquant[322].

128. Si l'incarcération du mineur s'avère nécessaire, s'applique alors un régime protectionniste dont la première des règles est la séparation des majeurs et des mineurs. Au niveau international, les Règles de Beijing précisent[323], à l'article 26.3 que les mineurs doivent être « *détenus dans un établissement distinct ou dans une partie distincte d'un établissement qui abrite des adultes* ». Ces éléments figurent aussi dans la Convention internationale des droits de l'enfant dont l'article 37-3 expose que chaque mineur doit être « *séparé des adultes* ». Enfin, l'article 11.1 des Règles pénitentiaires européennes[324] prévoit que « *les mineurs de dix huit ans ne devraient pas être détenus dans des prisons pour adultes, mais dans des établissements spécialement conçus à cet effet* ». Ces dispositions sont complétées par l'article 35.4 qui précise que lorsque les mineurs sont détenus en prison pour majeurs, ils doivent résider dans une partie séparée de celle abritant les adultes.

129. Le Droit interne reprend ces exigences et selon l'article R. 57-9-11 C. pr. pén., issu du décret du 9 mai 2007[325], les mineurs doivent être placés dans des établissements pénitentiaires spécialisés (crées par la loi 9 septembre 2002) ou dans des quartiers pour mineurs dans les établissements pour majeurs. Un nouveau seuil d'âge apparaît puisque l'article R. 57-9-13 C. pr. pén. prévoit qu'une personne ayant atteint la majorité en détention peut être maintenue avec les mineurs jusqu'à dix huit ans et six mois, à condition qu'elle n'ait aucun contact avec les mineurs de seize ans. Cela permet à ce dernier de terminer sa détention dans un environnement connu et d'éviter un transfert dans un autre établissement ou dans un autre quartier. Enfin, l'article R. 54-9-14 C. pr. pén. prévoit une autre mesure de protection avec l'encellulement individuel de nuit des mineurs[326].

---

[322] Art. 20-9 de l'ordonnance du 2 février 1945 et D. 49-45 du C. pr. pén. Néanmoins, le juge des enfants ou le tribunal pour enfants peuvent se dessaisir au profit d'une juridiction de droit commun au vu de la personnalité de l'intéressé.

[323] Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs, préc.

[324] Recommandation 2006-2 du comité du Conseil des Ministres aux États membres sur les règles pénitentiaires européennes, adoptée le 11 janvier 2006. Comme toute recommandation, celle-ci ne constitue qu'une invitation aux États membres de tenir compte de ces éléments et n'a pas de force contraignante.

[325] Décret n° 2007-748 du 9 mai 2007 « relatif à la détention des mineurs et modifiant le code de procédure pénale », JORF 10 mai 2007, p. 8292.

[326] Le texte prévoit une dérogation pour motif médical ou en raison de la personnalité de celui-ci, mais uniquement avec un mineur du même âge.

130. Selon les mêmes principes, si les fautes et procédures disciplinaires en détention sont communes aux majeurs et aux mineurs, l'âge du détenu est pris en compte pour la détermination de la nature et du quantum des sanctions. L'article D. 251-1-1 C. pr. pén. énonce que le prononcé des sanctions doit prendre en considération l'âge, la personnalité et le degré de discernement du mineur. Ainsi, selon l'article D. 251-1-3 C. pr. pén. la mise à pied d'emploi ou de formation est applicable aux mineurs, mais uniquement à ceux de plus de seize ans, la mesure étant limitée à trois jours au lieu de huit jours pour les majeurs. D'autres sanctions ne peuvent être prononcées à leur encontre comme l'exécution d'un travail de nettoyage des locaux et la suppression d'accès au parloir. La prise en compte de l'âge intervient surtout dans le cadre des deux mesures les plus contraignantes du droit pénitentiaire, à savoir le confinement et l'encellulement disciplinaire.

131. L'article D. 251-1-1 C. pr. pén. rend le confinement[327] possible pour les mineurs et sa durée varie selon l'âge du détenu et la nature de la faute comme l'expose l'article D. 251-2 C. pr. pén. Les fautes de premier degré entraînent un confinement de trois jours pour les mineurs de moins de seize ans et de sept jours pour un mineur de seize à dix-huit ans (quarante-cinq jours pour un adulte). Pour les fautes des deuxième et troisième degrés, la mesure n'est possible que pour les mineurs de plus de seize ans et ne peut excéder cinq jours dans le premier cas et trois jours dans le second[328].

132. Le placement en cellule disciplinaire[329] peut également être prononcé à l'encontre d'un détenu mineur. La mesure reste exceptionnelle et n'est possible que pour les mineurs de plus de seize ans[330] en fonction de la faute commise. Il doit s'agir soit d'une faute permettant le confinement des mineurs de seize ans en cellule ordinaire, soit de menaces constituant des fautes de deuxième et troisième degrés. Conformément à l'article D. 251-1-2 C. pr. pén., la

[327] Le confinement consiste à maintenir le détenu seul dans une cellule individuelle dans le cadre d'une détention normale tout en limitant, d'une part ses sorties de cellule aux promenades et offices religieux ainsi qu'aux obligations scolaires et de formation pour les mineurs, et d'autre part ses achats en cantine : art. D. 251-2 C. pr. pén.

[328] Ces sanctions ont été allégées par le décret n° 2007-814 du 11 mai 2007 et étaient antérieurement, selon le degré de la faute et dans un ordre décroissant de quinze, huit et quatre jours.

[329] Le détenu est placé seul dans une cellule du quartier disciplinaire et n'en sort qu'une fois par jour pour une promenade d'une heure qu'il effectue dans une cour spéciale où il est également seul. Pour le mineur, l'article D. 251-1-2 C. pr. pén. rappelle que cette mesure n'emporte ni la suspension de l'accès à l'enseignement ou à la formation dont il bénéficie, ni la suspension des visites de sa famille ou de toute autre personne participant effectivement à son éducation et à son insertion sociale.

[330] Art. D. 251-1-2 C. pr. pén.

durée du placement ne peut excéder sept jours pour une faute du premier degré, cinq jours pour une faute du second degré et trois jours pour une faute du troisième degré.

133. Ainsi, la définition de la minorité varie selon que l'auteur est auteur ou victime d'une infraction, cette variation se réalisant en fonction de divers seuils d'âge qui la jalonnent. Le mineur est donc celui dont le seuil d'âge désigne comme tel, mais en l'absence de cette référence objective, le législateur tient également compte de l'apparence de l'individu pour déterminer s'il est ou non mineur.

B – Une minorité subjective, la prise en compte de l'apparence

134. La minorité est également définie d'un point de vue subjectif, d'après son apparence ; la personne étant considérée comme un mineur parce qu'elle en a simplement l'aspect. L'état de minorité jouant un rôle important en matière pénale, que l'individu soit auteur ou victime d'infraction, la corroboration de cet état est systématiquement recherchée afin de permettre ou d'éviter la répression. Cette confirmation peut intervenir soit par des modes médicaux lorsque le mineur est dénué de documents permettant d'établir son état civil (ou détenant des documents dont l'authenticité peut être contestée), la minorité étant inconnue (1), soit par la preuve de l'âge réel de l'individu, la minorité étant modulée par l'apparence (2).

1 – La minorité inconnue, la détermination scientifique de l'âge

135. L'âge est « *une de ces données de la condition humaine, traditionnellement décompté en années, mois, jours, depuis d'instant de notre naissance vivant et viable* »[331]. De prime abord, la détermination de l'âge ne semble pas poser de problème, l'article 55 C. civ. imposant la déclaration de la naissance dans les trois jours de l'accouchement à l'officier d'état du lieu de naissance, par les personnes visées à l'article 56 C. civ[332], à savoir essentiellement ses parents. Le Code pénal incrimine le fait de ne pas procéder à cette déclaration, le défaut de déclaration du nouveau-né à l'état civil constituant une contravention de 5e classe[333] pour les personnes assujetties à cette obligation. L'acte de naissance énonçant

[331] GRIDEL Jean-Pierre, « L'âge et la capacité civile », *D*. 1998, chron. p. 90.
[332] Il s'agit : « *du père, ou, à défaut du père, par les docteur en médecine ou en chirurgie, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement* » ; ou encore la personne chez qui la femme accouche si c'est hors de son domicile.
[333] Art. R. 645-4 C. pén.

« le jour, l'heure et le lieu de naissance »[334], le calcul de l'âge résulte d'une simple opération mathématique.

136. L'âge du délinquant se calcule au jour de la commission de l'infraction et non au jour où le juge statue. Cette appréciation est essentielle puisqu'elle va déterminer le régime juridique applicable au délinquant. Aussi, dans un souci de précision, la jurisprudence pousse l'analyse jusqu'à la comparaison entre l'heure de la naissance et celle de commission de l'infraction pour déterminer, par exemple, si le mineur avait plus ou moins de seize ans[335]. Par conséquent, « *dans un pays où l'état civil est organisé et où la déclaration de naissance est obligatoire, il n'y a pas en principe de difficultés à déterminer l'âge, fait juridique, à partir de l'acte de naissance, acte juridique* »[336].

137. Cependant, se pose aujourd'hui avec de plus en plus d'acuité, le problème des mineurs étrangers[337] sans documents d'état civil permettant d'établir leur âge, ou alors avec des documents falsifiés. La jurisprudence rappelle qu'aucune force probante irréfragable ne s'attache aux actes de l'état civil de pays étrangers et qu'en droit pénal français la preuve peut se faire par tout moyen[338]. L'âge réel du délinquant peut être déterminé sans avoir égard aux énonciations d'un acte de l'état civil étranger[339]. Face à des individus étrangers dénués de papier d'identité, il est parfois nécessaire de recourir à d'autres méthodes afin de déterminer leur âge. Les services d'enquête procèdent à une comparaison entre les empreintes digitales de l'individu et le fichier national automatisé des empreintes digitales (FNAEG)[340]. Généralement, soit la personne n'est pas référencée soit elle l'est sous plusieurs identités et plusieurs dates de naissance[341], ce qui impose de recourir à d'autres modes. La méthode la

[334] Art. 57 C. civ.
[335] Cass. crim., 3 sept. 1985, *RSC* 1986, p. 355, obs. VITU André.
[336] DREIFFUS-NETTER Frédérique, « Les seuils d'âge en droit à l'épreuve des sciences de la vie », *Études offertes au Doyen Philippe SIMLER*, LGDJ, 2006, p. 95.
[337] Les mineurs étrangers peuvent être placés en zone de rétention ou en centre de transit en attendant une éventuelle reconduite dans leur pays d'origine. Pour une condamnation par la CEDH de la Belgique pour avoir maintenu en centre de transit une mineure âgée de cinq ans, seule et démunie de documents de voyage : CEDH, 12 oct. 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, requête n° 13178/03 ; MUZNY Petr, « Une contribution majeure en faveur de la protection des mineurs étrangers isolés », *D*. 2007, p. 771.
[338] Cass. crim., 17 juill. 1991, Bull. crim., n° 299 ; Cass. crim., 1re déc. 1999, Bull. crim., n° 289.
[339] Cass. crim., 13 oct. 1986, *RSC* 1986, p. 355 Obs. VITU André.
[340] Le FNAEG est un fichier régi par l'article 706-54 C. pr. pén. qui tend à faciliter l'utilisation des empreintes génétiques pour identifier les auteurs d'infractions visées à l'article 706-55 C. pr. pén., à savoir des infractions diverses et variées allant des infractions de nature sexuelle, à celle de vol, d'escroquerie ou encore d'atteinte aux intérêts de la nation.
[341] PARAVASINI Karine, « Quelques problèmes posés au policier par la délinquance des mineurs », *AJ pénal* 2005, n° 2, p. 61.

plus utilisée est celle de l'examen osseux, validée par la jurisprudence. Par exemple, face à une personne étrangère qui se prétend avoir dix sept ans et demi mais qui ne peut fournir de document administratif corroborant ses déclarations, de sorte que sa date de naissance n'est pas vérifiable, le juge peut se baser sur deux rapports d'expertises osseuses attestant que la personne est âgée de dix huit à dix neuf ans pour déclarer le délinquant majeur et valider la reconduite à la frontière prononcée par le Préfet[342]. L'un des intérêts de la minorité pour les délinquants étrangers, est que le mineur ne peut faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français ou d'une mesure de reconduite à la frontière, conformément à l'article L. 511-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

138. Cette méthode de détermination de l'âge fait l'objet de réserve de la part du Comité consultatif national d'éthique (CCNE), lequel s'est prononcé sur cette question après avoir été saisi par le Défenseur des enfants en 2004. Le Comité a rendu un avis défavorable sur cette technique de détermination de l'âge, la jugeant inadaptée[343]. La méthode consiste à faire procéder par un radiologue à une radiographie de la main et du poignet gauche et à comparer le cliché à un référentiel de cartilage de croissance. Celui-ci est constitué d'une population américaine des années 1930-40, ou d'une population britannique des années 1950, posant la question de sa pertinence. Comme le relève le CCNE, « *de telles références recèlent des risques d'erreur à l'égard d'enfant non caucasiens dont le développement osseux est différent* »[344]. Le Comité émet aussi des réserves sur le cadre juridique de l'intervention puisque dans l'hypothèse des mineurs étrangers, ces derniers peuvent ne pas comprendre les questions. L'examen médical risque de se faire sans leur consentement ou celui de ses représentants légaux, mais sur réquisition du procureur de la République ou commission rogatoire du juge d'instruction. Quoiqu'il en soit, il apparaît essentiel que l'examen soit le moins traumatisant possible pour l'individu et de recourir à un interprète.

139. Si les réserves faites par le Comité sont à l'évidence fondées, force est de constater qu'aucune autre méthode de détermination de l'âge, offrant plus de certitude, n'est possible aujourd'hui. Même si les conclusions ne peuvent jamais aboutir à un âge précis, elles permettent déjà la détermination d'une fourchette d'âge en fonction de laquelle l'étendue des pouvoirs du juge varie. Dans l'hypothèse d'un conflit entre deux expertises contradictoires,

[342] Cass. civ. 1re, 10 mai 2006, Bull. civ. I, n° 799, *D.* 2006, I.R, p. 1483.
[343] CCNE, Avis n°88 sur « Les méthodes de détermination de l'âge à des fins juridiques », juin 2005 ; http://www.ccne-ethique.fr/avis.php.
[344] *Ibid*.

l'adage « *in dubio pro reo* » conduit à appliquer à l'individu les mesures les plus favorables. Le choix entre la majorité et la minorité de l'individu variera selon qu'il soit auteur ou victime d'infraction. Dans le premier cas, la condition de minorité lui permettra d'échapper au Droit commun pour relever de la législation plus protectrice de l'ordonnance de 1945 ; dans le second cas, la minorité de l'individu constituant le cas échéant soit une condition préalable à l'infraction soit une circonstance aggravante, la majorité de la victime sera préférée afin de faire échec aux poursuites, le doute devant profiter à l'accusé. Ces considérations renvoient à une utilisation consciencieuse de cet examen en gardant à l'esprit tous les paramètres flous qui peuvent conduire à d'éventuelles erreurs. Cette imprécision a été le fondement retenu par des juges du fond pour écarter les résultats d'un examen radiologique au profit d'un acte d'état civil (une attestation de naissance) étrangers ; position validée par la Cour de cassation qui estime que cet choix relève du pouvoir d'appréciation des juges du fond[345].

140. Une autre méthode de détermination de l'âge consiste à effectuer une radiographie panoramique des dents de sagesse, mais cette situation ne pourra concerner que des âges allégués ne dépassant pas treize ou quatorze ans[346], ce qui est bien éloigné des dix-huit ans caractérisant la majorité. Il en est de même pour les examens cliniques des signes de la puberté, le développement étant hétérogène d'une personne à l'autre et le seuil ne permettant pas d'attester si l'individu est âgé de plus ou de moins de dix-huit ans. Le développement physique précoce de l'individu pourra induire en erreur les tiers qui pourraient présumer sa majorité.

2 – La minorité, un statut modulé par l'apparence

141. La minorité se définit uniquement par l'âge de l'individu. Cependant, l'aspect physique des mineurs peut être trompeur tant la ressemblance entre un mineur de dix-sept ans et un autre de dix-neuf est aujourd'hui ténue. La conjonction entre le concept de « femme-enfant » tendant à redonner à des majeures des allures de lycéennes et la volonté de ces dernières de s'extirper de leur aspect juvénile peut conduire à des méprises sur l'âge de l'individu. Ce dernier est essentiel, divers comportements n'étant réprimés qu'en considération de la minorité de la victime. L'erreur commise sur l'âge permet, à certaines conditions, à l'auteur d'échapper à la répression (b). L'aspect physique est donc également

[345] Cass. civ. 1re, 23 janvier 2008, Bull. civ., n° 20.
[346] CHARIOT Patrick, « Age osseux : données médicales récentes, réponses à finalité juridique », *AJ pénal* 2008, p. 128.

pris en compte par le législateur non seulement pour éviter la répression, mais aussi parfois pour la faciliter (a).

a – L'apparence de minorité facilitant la répression

142. Dans certaines infractions le législateur utilise l'apparence de la minorité, ou la faiblesse qu'elle peut représenter, comme élément constitutif de celles-ci, qu'il s'agisse de l'apparence physique ou de l'apparence virtuelle. L'infraction de diffusion d'image de mineur à caractère pornographique de l'article 227-23 C. pén. est constituée dès lors que la personne a l'aspect physique d'un mineur. La minorité est définie par l'apparence physique et se retrouve présumée, à charge pour l'individu poursuivi d'apporter la preuve contraire. Pour échapper à la répression l'auteur doit prouver la majorité de la personne figurant sur l'image, conduisant par ce jeu de présomption à renverser la charge de la preuve, qui incombe pour les éléments constitutifs ou la condition préalable à l'infraction au ministère public. S'agissant d'image et non de représentation, ces dispositions s'appliquent lorsque le mineur existe réellement et qu'il n'est pas le fruit de l'imagination, retranscrit par des dessins ou des sculptures.

143. La minorité peut également être totalement fictive et néanmoins justifier la répression, comme l'expose l'article 227-22-1 C. pén. réprimant le fait pour un majeur de faire des propositions sexuelles à un mineur de quinze ans ou à **une personne se présentant comme telle**, *via* des moyens de communication électroniques. La minorité est définie non pas par l'apparence physique mais par celle virtuelle, l'individu mineur n'existant pas, contrairement à son personnage virtuel. La rédaction permet notamment aux forces de l'ordre de se faire passer sur des forums de discussion pour un mineur de quinze ans, tout en respectant les principes de loyauté de la preuve consistant à « *provoquer un délinquant à la preuve d'une infraction, mais* […] *pas le provoquer à la commission d'une infraction* »[347].

144. Le mineur est encore visé indirectement dans diverses infractions, non plus directement par son apparence physique mais indirectement par la particulière vulnérabilité corrélative à son âge, laquelle doit être apparente ou connue de son auteur. La formule se

[347] FOURMENT François, *Procédure pénale*, Paradigme, 10e éd., 2009, n° 76, p. 48. Pour une illustration de provocation policière par voie électronique pour l'infraction de l'article 227-23 C. pén., voir : LAVRIC Sabrina, « Provocation policière et procès équitable : quand la toile rime avec procédé déloyal », *AJ pén*al 2008, p. 425 ; LEPAGE Agathe, « Provocation policière », *Comm. com. électr.* 2008, n° 9, p. 42.

retrouve surtout dans les infractions de violences volontaires, constituant aux côtés de la minorité de quinze ans une autre circonstance aggravante[348]. La particulière vulnérabilité liée à l'âge vise surtout les personnes âgées, mais rien n'interdit que la circonstance soit appliquée aux mineurs de quinze à dix-huit ans. À l'inverse, l'apparence va permettre dans d'autres hypothèses d'éviter la répression lorsque l'individu aura commis une erreur sur l'âge de la victime.

b – L'apparence de majorité empêchant la répression

145. Les mineurs proches de la majorité peuvent dans différents cas avoir l'apparence de jeunes adultes, et l'erreur corrélative peut être invoquée pour empêcher la répression. La notion d'erreur se retrouve aussi en droit pénal[349]. Outre l'erreur judiciaire, renvoyant à la compétence juridictionnelle des juges, le Droit pénal reconnaît également l'erreur commise par le justiciable. Relevant traditionnellement de la jurisprudence, la notion d'erreur fait son entrée dans le Code pénal en 1992 avec l'article 122-3 qui dispose que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte* ». Le texte ne fait référence qu'à l'erreur de droit, laquelle consiste soit dans l'ignorance de la loi soit dans une interprétation erronée. L'erreur de fait, qui s'analyse comme « *une méprise de l'agent sur la matérialité de l'acte* »[350], continue de relever du domaine de la jurisprudence dont l'erreur sur l'âge commise par l'auteur en est une illustration.

146. Certaines dispositions légales prévoient expressément cette erreur sur l'âge. L'article L. 3353-5 du Code de santé publique laisse, dans l'hypothèse de vente ou d'offre gratuite de boissons alcooliques, dans les débits de boissons et tous commerces ou lieux publics, à des mineurs de dix-huit ans[351], la possibilité au prévenu de prouver qu'il a été induit en erreur sur l'âge du mineur, cette preuve ayant pour conséquence qu' « *aucune peine ne lui sera*

[348] Art. 222-3 C. pén. pour les tortures et actes de barbarie, 222-8 pour les violences ayant entrainé la mort sans intention de la donner, 222-10 pour celles ayant entrainé une mutilation ou une infirmité permanente, 222-12 pour celles ayant entrainé une ITT de plus de huit jours et 222-13 pour celles ayant entrainé une ITT inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant pas entrainé d'ITT.
[349] MAYAUD Yves, « L'erreur en droit pénal » *in L'erreur*, FOYER Jean, TERRÉ François et PUIGELIER Catherine (dir.), PUF, 2007, p. 125 ; BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, Dalloz, 21e éd., 2009, p. 374, n° 433 et s.
[350] PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Cujas, 17e éd., 2008, p. 459, n° 491.
[351] Art. L. 3353-3 C. santé publ.

applicable de ce chef ». La même possibilité est offerte à l'individu ayant fait boire un mineur jusqu'à l'ivresse.

147. L'article 334-2 de l'ancien Code pénal réprimait l'excitation de mineur à la débauche et contenait une distinction entre les mineurs de seize ans et ceux âgés de seize à dix huit ans. L'infraction visée « *quiconque aura habituellement attenté aux mœurs en excitant à la débauche ou en favorisant la corruption des mineurs de dix-huit ans ou même occasionnellement des mineurs de seize ans* ». La raison de cette différence de traitement entre ces deux catégories de victimes mineures résidait dans l'acceptation implicite de l'erreur sur l'âge lorsque les mineurs sont proches de la majorité, « *à l'idée d'un droit à l'erreur (de fait) sur l'âge exact de la personne provoquée* […]*, l'erreur sur son âge était* a priori *plausible, d'où l'exigence de l'habitude* »[352]. La réforme du Code pénal remplace ce délit par celui de corruption de mineur de l'article 227-22 mais « *les éléments constitutifs de cette infraction demeurent pour l'essentiel inchangés* »[353], même si le nouveau texte ne vise que les mineur de dix huit ans. L'erreur sur l'âge demeure en jurisprudence et peut jouer d'une façon générale pour les infractions où la minorité est visée comme condition préalable, élément constitutif ou encore comme circonstance aggravante[354], à condition de porter sur un élément essentiel de l'infraction. Elle est invoquée comme moyen de défense de l'auteur avec pour conséquence de supprimer le dol général de l'infraction, c'est à dire la conscience et la volonté infractionnelle[355].

148. Afin de ne pas mettre trop facilement en échec la réaction pénale, l'erreur sur l'âge, est plus globalement l'erreur, qu'elle soit de fait ou de droit, est entendue restrictivement. La jurisprudence exige un maximum de bonne foi de l'agent et notamment qu'il se soit « *entouré de renseignements sérieux* »[356], l'aspect physique ne pouvant à lui seul suffire[357]. Cette bonne foi semble soumise par une condition « d'extériorité », l'auteur ne devant pas être responsable de l'erreur[358], ce qui exclu *de facto* les proches de la victime qui ont ou doivent avoir

[352] PRADEL Jean et DANTI JUAN Michel, *Droit pénal spécial*, Cujas, 4e éd., 2007, p. 576, n° 814.
[353] ROUJOU de BOUBÉE Gabriel, FRANCILLON Jacques, BOULOC Bernard, MAYAUD Yves, *Code pénal commenté*, Dalloz, 1996, p. 502.
[354] Voir notamment pour l'hypothèse d'un détournement de mineur : Cass. crim., 6 nov. 1963, *D.* 1965, p. 323.
[355] MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, Cujas, 7e éd., 1997, p. 731.
[356] RASSAT Michèle-Laure, « Fait de favoriser la corruption de mineur », *J-Cl. Pén.*, 2003, n° 27.
[357] Cass. crim., 4 janv. 1902, *Dr. pén.* 1902, I, p. 528 ; pour quelques exemples en sens inverse des juges du fond voir : RASSAT Michèle-Laure, préc..
[358] C'est ce que rappelle le TGI de Paris dans sa décision du 6 sept. 2004, « *l'erreur sur l'âge ne pouvant être admise que si elle résulte d'un élément extérieur à la personne du prévenu dont il ne serait pas responsable* » :

connaissance de l'état de minorité[359], rendant l'erreur sur l'âge très difficile. La situation est plus délicate lorsque l'auteur ne connaît pas la victime, la jurisprudence imposant à l'auteur de se renseigner sur l'âge de l'individu et de ne pas se contenter de l'apparence physique[360].

149. La jurisprudence se montre parfois sévère comme l'atteste un arrêt rendu par la Cour de cassation le 29 mars 2006[361] dans lequel un individu est poursuivi du chef de recours à la prostitution d'un mineur et invoque comme moyen de défense l'erreur sur l'âge. La jeune fille prétendait avoir dix-neuf ans[362] alors qu'elle n'en avait en réalité que dix-sept. Une telle erreur concernant une personne proche de la majorité parait plausible, d'autant que « *l'on imagine la relativité de l'appréciation de l'âge, maquillage et tenue vestimentaire aidant* »[363]. Les juridictions du fond ont rejeté l'argument en se fondant sur l'apparence physique de la mineure d'après la photographie de son passeport, position confirmée par la Haute juridiction. Il serait préférable que les juridictions statuent selon l'apparence physique « présentée » à l'auteur et non selon une simple photographie. Cette sévérité est justifiée par une volonté de protection des mineurs, surtout en matière de prostitution. Les personnes prostituées, sachant que leurs clients sont susceptibles d'être sanctionnés, auront plus facilement tendance à mentir sur leur âge.

150. L'erreur sur l'âge apparent ne peut jouer que très rarement tant les conditions sont entendues restrictivement. Une telle erreur a cependant été retenue dans le cadre d'un détournement de mineur sur la base d'un faisceau d'indices[364], la Haute juridiction relevant d'une part que la jeune fille avait déclaré être âgée de dix-neuf ans, d'autre part que son aspect physique, sa mentalité et son comportement étaient de nature à corroborer ses dires, et enfin que la liberté de conduite laissée par ses parents était sans rapport avec son âge réel. Au

---

TGI Paris, 6 sept. 2004, JurisData n° 2004-280369. La notion se rapproche alors considérablement de l'erreur de droit, l'article 122-3 C.pén. visant « *une erreur sur le droit qu'elle* [la personne poursuivie] *n'était pas en mesure d'éviter* ». Voir également pour la connaissance de l'état de minorité dans le cadre d'un rapport homosexuel : Cass. crim., 7 févr. 1957, *RSC* 1957, p. 638, note HUGUENEY Pierre. En l'espèce la juridiction précise que l'erreur sur l'âge ne saurait être un moyen de défense qu'autant que l'auteur justifierait d'une erreur dont il ne serait pas responsable.

[359] Ainsi n'est pas fondé à invoquer l'erreur sur l'âge l'individu qui, après avoir été le professeur de la victime, est resté en relation avec elle, la juridiction estimant alors qu' « *il ne peut ainsi sérieusement prétendre avoir ignoré l'âge de la jeune fille durant toute cette période* » : Cass. crim., 31 oct. 2001, pourvoi n° 00-87812.

[360] La Haute juridiction rappelle qu'il appartient à l'auteur de s'informer sur l'âge de la personne : Cass. crim., 31 oct. 2001, préc ; ou de « *s'assurer de leur majorité* » : Cass. crim., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-85624.

[361] Cass. crim., 29 mars 2006, pourvoi n° 05-81003, *Dr .pén.* 2006, comm. 97, note VERON Michel ; *RSC* 2006, p. 603, note MAYAUD Yves ; *AJ pénal* 2006, p. 206 note REMILLEUX Pascal.

[362] Voir à ce sujet, TGI Paris, 6 sept. 2004, préc.

[363] RÉMILLEUX Pascal, note sous Cass. crim., 29 mars 2006, préc.

[364] Cass. crim., 6 nov. 1963, *D.* 1965, jurispr. p. 323, note VOUIN Jean-François.

vu de la jurisprudence, l'agent ne pouvant se fier ni à l'apparence physique, ni aux déclarations de l'individu victime, d'autres éléments doivent s'ajouter. Une grande diligence est requise pouvant notamment conduire l'individu à demander à son partenaire de présenter ses papiers d'identité, que se soit pour un rapport sexuel tarifé ou non[365], rendant la mesure peu réalisable.

[365] La situation est identique dans le cadre de l'article 227-25 C. pén. qui incrimine les atteintes sexuelles sans violence, menace, contrainte ni surprise commise par un majeur sur un mineur de quinze ans, l'auteur pouvant croire que la victime était âgée de plus de quinze ans.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

151. Le Droit criminel considère comme mineur, en adéquation avec le Droit civil, toute personne n'ayant pas atteint l'âge de dix-huit ans, mais l'étude a mis en exergue que la minorité n'est pas une catégorie uniforme. En Droit criminel, la minorité se conjugue au pluriel. Que se soit en Droit pénal comme en procédure pénale, il convient d'évoquer les mineurs et non le mineur. La situation juridique de la personne mineure varie selon son âge et sa place dans l'infraction. Lorsqu'il est victime, le législateur visera soit la catégorie générale des mineurs, désignant en cela ceux ayant moins de dix-huit ans, soit les mineurs de quinze ans. La répartition des infractions entre ces deux principales catégories semble aléatoire et déterminée au gré des circonstances encadrant leur création, indépendamment d'une cohérence globale contrairement à ce que devrait être la pratique législative[366]. Ces deux seuils sont utilisés non seulement de façon alternative, le texte s'appliquant aux mineurs de quinze ans OU à ceux de dix-huit ans, mais aussi cumulativement, l'incrimination visant les mineurs de quinze ans ET ceux de dix-huit ans.
La minorité intervient de diverses manières dans les modalités de l'infraction, étant tour à tour la condition préalable à celle-ci, les comportements étant incriminés en raison de la spécificité de la victime mineure, et la circonstance aggravante. Ici encore, la minorité est divisée en deux selon que le mineur ait plus ou moins de quinze ans.

152. Si sa définition apparaît essentiellement dichotomique, la notion se révèle toutefois évolutive. Lorsque le mineur est auteur d'infraction, le Droit pénal ainsi que la procédure pénale dessinent une conception progressive de la minorité au travers d'une responsabilité pénale graduée. Divers paliers apparaissent, qu'ils soient subjectifs comme le discernement, lequel constitue le seuil de la responsabilité pénale des mineurs, ou objectifs comme les seuils d'âge de dix, treize et seize ans complétant le seuil fatidique des dix-huit ans. Au final, c'est autour de cinq catégories différentes de mineurs que s'articule la répression pénale. Or, le seuil de quinze ans utilisé lorsque le mineur est victime n'est pas repris quand il est auteur. Ces paliers se retrouvent dans le cadre du traitement pré et post sentenciel, que se soit pour les

[366] MAYAUD Yves, « Ratio legis *et incrimination* », *RSC* 1983, p. 597. L'auteur voit dans la *ratio legis* un principe d'une certaine cohérence des lois et qui permet de saisir le droit sous l'angle d'une construction harmonieuse et servant de prémice à un raisonnement méthodique. Ce qui est loin d'être le cas dans les matières que nous avons étudié au cours de ce chapitre.

mesures de contrainte, au stade de l'enquête et de l'instruction, ou pour le droit pénitentiaire, où les seuils de vingt et un et de dix huit ans et demi sont visés marginalement.
En dehors de toute référence à l'âge, la minorité se définit enfin par son apparence, qu'elle soit physique ou virtuelle, permettant soit de faciliter la répression soit de l'éviter.

153. Lorsque le terme « mineur » est évoqué en Droit criminel, la notion apparaît imprécise. Très souvent, une seule partie des mineurs est concernée par la mesure, nécessitant une précision quant à sa détermination. Il s'agira d'un mineur de seize ans, de quinze ans, de treize ans ou encore de dix ans, voir tout simplement un mineur dans son sens classique, à savoir une personne ayant moins de dix-huit ans. La multiplication de ces seuils pose la question de la pertinence d'un seuil unique intermédiaire qui serait commun à ces situations divisant la minorité en deux, laquelle division pourrait être pondérée par l'apparence de minorité. L'apparence se retrouve aussi dans l'appréhension du corps par le droit criminel, où sa définition n'est pas plus aisée à établir.

CHAPITRE 2 :

UNE DEFINITION EXTENSIVE DU CORPS DU MINEUR

154. Le terme « corps » apparaît à cinq reprises dans le Code pénal[367] et il ne concerne le corps humain que dans deux cas[368], tous deux renvoyant aux hypothèses de commerce d'organe. Les autres acceptions visent le « corps du délit »[369] ou la « séparation de corps »[370]. Au sein du plan du Code pénal le mot « corps » n'apparaît qu'une fois au Livre V, dans une section intitulée « De la protection du corps humain », comportant les infractions relatives au commerce d'organe susvisées. Aussi, la protection apportée dans ce cadre au corps humain est très incomplète puisqu'elle ne concerne que la matière biomédicale alors que le corps humain peut subir de nombreuses autres atteintes.

155. La protection de celui-ci se fait classiquement par l'intermédiaire d'autres notions et notamment celle de personne humaine. L'assimilation entre le corps et la personne se retrouve dans différentes définitions. Le corps peut se définir comme « *le corps humain, celui de la personne physique ; par extension, dans certaines expressions, la personne même* »[371] et le corps humain renvoie à « *la personne incarnée, en chair et en os ; la personne humaine en sa réalité physique au respect de laquelle chacun a droit ; le support naturel de la personne physique* »[372]. La protection du corps se fera au travers de celle de la personne humaine, notion faisant l'objet du Titre deuxième du Livre deuxième, intitulé « *Des atteinte à la personne humaine* ». Cependant, cette notion englobe une dimension psychologique qui ne sera pas étudiée, nos développements étant limités à sa dimension corporelle. Dans ce cadre, le législateur incrimine spécifiquement certains comportements portant atteinte au corps des personnes mineures. Contrairement à la définition de la minorité, la notion de corps revêt une dimension unitaire, aucune distinction n'étant réalisée entre les majeurs et les mineurs ou

[367] Recherche effectuée au 24 mars 2010 sur le site *legifrance.org* avec l'entrée « corps » dans le Code pénal. En élargissant la recherche au terme « corporel » ou « corporelle », s'ajoute une référence supplémentaire pertinente : l'article 223-6 qui comporte la terminologie « intégrité corporelle ».
[368] Art. 511-2 et -4 C. pén.
[369] Art. 444-6 et 444-7 C. pén.
[370] Art. 311-12 C. pén.
[371] CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, *V°* « corps », PUF, 2007.
[372] *Ibid*, *V°* « corps humain ».

encore entre les hommes et les femmes. Tout individu « étant fait de chair et de sang », la définition du corps est d'abord purement physique et commune à toute personne sans seuil d'âge particulier (section 1). Néanmoins, lorsque la personne est mineure, le Droit pénal définit le corps de manière étendue et indirecte (section 2).

Section 1 : Une définition nécessairement globale

156. Le débat classique entre « être » et « avoir », pour déterminer si le corps est la personne ou s'il est une chose sur laquelle la personne a un droit, ne semble pas être aujourd'hui tranché. En doctrine, pour certains « *le corps* [c'] *est la personne même* »[373] alors que pour d'autres « *le corps humain, ensemble de cellules et d'organes, est une chose, mais une chose sacrée car il est le* substratum de la personne »[374]. Si « *la protection du corps humain n'était assurée, en droit pénal, que par les dispositions d'application générale réprimant l'atteinte à l'intégrité corporelle ou à la vie* »[375], les progrès de la science ont fait évoluer le droit conduisant notamment aux lois bioéthiques de 1994[376], révisées en 2004[377] et aux modifications issues du nouveau Code pénal[378]. Le corps humain « *serait un "signalisateur" strictement associé à la personne ; dès la venue au monde, le corps de l'enfant est soudé à la personne* »[379]. Le corps reste classiquement appréhendé au travers de la personne humaine (I), mais également, et de plus en plus, indépendamment de celle-ci (II). Dans les développements qui suivent, la législation n'opère aucune distinction selon que la personne soit mineure ou majeure, l'attribution de la personnalité résultant de la naissance ; l'appréhension est par conséquent globale.

---

[373] FENOUILLET Dominique, « Respect et protection du corps humain », *J.-Cl. Civ.*, art. 16 à 16-13, fasc. n° 5, 1997, n° 73.
[374] SEUVIC Jean-François, « Variations sur l'humain comme valeurs pénalement protégées », *Mélanges BOLZE, Économica*, 1999, p. 339.
[375] PENNEAU Jean, « Corps humain », *Rép. pén. Dalloz*, 2008.
[376] Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 « relative au respect du corps humain », JORF 30 juillet 1994, p. 11056.
[377] Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 « relative à la bioéthique », JORF 7 août 2004, p. 14040.
[378] *PY Bruno, « Le statut de l'être humain dans le nouveau Code pénal »,* Les cahiers de la sécurité intérieure*, 1994, n° 18, p. 69.*
[379] LABBÉE Xavier, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Presses Universitaires de Lille, 1990, p. 49.

I – Le corps humain appréhendé au travers de la personne humaine

157. La doctrine majoritaire[380] estime que « *le corps de la personne, à le supposer en vie, en est une composante indissociable, ce qui conduit à écarter toute idée d'un droit d'une personne sur son corps […] parce que sa liberté est trop fondamentale pour que l'on puisse considérer le corps comme étant un objet distinct du sujet de droit lui-même* »[381]. Le droit appréhende le corps au travers de la notion de personne humaine, laquelle sert de prisme d'analyse pour déterminer ce que le Code pénal entend par le terme de « corps ». « *La personne humaine ainsi protégée correspond* a priori *à ce que le droit civil considère comme personne juridique. C'est l'être humain physique, né vivant et viable et doté de la personnalité juridique, de la naissance à la mort* »[382]. La personne humaine à droit au respect de sa vie et de son intégrité, qu'elle soit physique ou psychique, le Code pénal incriminant tout acte y portant atteinte.

Du point de vue civil ou pénal, les principes présidant au respect du corps humain sont identiques et reposent essentiellement sur l'intégrité physique de la personne (A). Le droit pénal reprenant ces principes fondamentaux prohibe, en principe, toute atteinte portée au corps humain et ce quel que soit sa gravité (B).

A – Les principes fondant l'intégrité physique de la personne

158. Avec les lois du 29 juillet 1994 et du 6 août 2004[383], le législateur a introduit au sein du Code civil, à l'article 16-1, le principe selon lequel chacun a droit au respect de son corps. Cette affirmation renforce l'idée que le corps est indissociable de la personne, le respect étant dû à l'individu et non au corps en lui-même. La formulation générale, « *chacun a droit* », renvoie à la catégorie des droits de la personnalité, c'est-à-dire des « *droits inhérents à la personne humaine qui appartiennent de droit à toute personne physique (innés et inaliénables) pour la protection de ses intérêts primordiaux* »[384]. Renforçant cette position, l'article 16-2 C. civ. confère une action en justice particulière pour faire respecter ce droit.

---

[380] Voir notamment : FENOUILLET Dominique, « Respect et protection du corps humain », *J.-Cl. Civ.*, art. 16 à 16-13, fasc. n°5, 1997 ; PENNEAU Jean, « Corps humain », art. préc. PY Bruno, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse dactylographiée, Nancy, 1993 ; LABBÉE Xavier, *op. cit.* ; DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1960.

[381] TERRÉ François et FENOUILLET Dominique, *Droit civil - Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, coll. « Précis », 7e éd., 2005, n° 54, p. 57.

[382] SEUVIC Jean-François, art. préc.

[383] Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 « relative au respect du corps humain » et loi n° 2004-800 du 6 août 2004 « relative à la bioéthique », préc.

[384] CORNU Gérard, *op. cit.*, *V°* « Personnalité (- droit de la) ».

Ces dispositions rappellent les principes qui président à toute analyse juridique du corps humain, qui s'appliquent indépendamment de la qualité de l'individu, que celui-ci soit majeur ou mineur. Ces principes sont au nombre de trois : l'inviolabilité, l'intangibilité et la non patrimonialité. Le corps humain est un ensemble composé de cellules, d'organes, de chair et pas seulement la somme de ces éléments, bien qu'ils puissent le cas échéant être prélevés d'une personne pour être transmis à une autre.

159. L'article 16-1 al. 2 C. civ. dispose que « *le corps humain est inviolable* ». Cette inviolabilité se définit comme l'« *intangibilité constituant pour une personne, soit un droit fondamental à son intégrité corporelle (inviolabilité du corps humain), soit une protection dans l'exercice de certaines fonctions* »[385]. Ce principe s'inscrit dans une relation interindividuelle puisqu'il confère à la personne le droit de ne pas être touchée par les tiers. La notion est définie par rapport à un autre principe, celui d'intangibilité, selon lequel « *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* »[386]. L'inviolabilité ne serait alors qu'une application de l'intangibilité qui s'analyse en une prohibition plus générale. Le concept se définit comme quelque chose ou quelqu'un « a*uquel il est interdit de porter atteinte. Ex. Le corps de la personne humaine est intangible* »[387]. L'intangibilité et l'inviolabilité du corps étant liées, il convient d'aborder conjointement ces deux fondements permettant de mettre en exergue le principe général selon lequel nul ne peut porter atteinte au corps humain d'autrui, y compris avec l'assentiment de l'individu[388]. Ce principe connaît aujourd'hui de nombreuses exceptions, bien au-delà de celle visées par l'article 16-3 C. civ.,

[385] *Ibid.*, *v°* « Inviolabilité ».
[386] Art. 16-3 al. 1re C. civ.
[387] CORNU Gérard, *op. cit.*, *v°* « Intangibilité ».
[388] FABRE-MAGNAN Muriel, « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, p. 31 ; ROMAN Diane, « A corps défendant, la protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, p. 1284 ; FELDMAN Jean-Philippe, « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine », *Droits*, 2009, n° 48, p. 87. Voir notamment le célèbre arrêt prohibant le lancer de nains : CE, 27 oct. 1995, Lebon 1995, p. 372 ; LEVINET Michel, « Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du " lancer de nains " devant le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies », *RTDH* 2003, p. 1017. Pour les applications faites par la Cour EDH en matière de sexualité et de pratiques sadomasochistes : CEDH, 19 févr. 1997, *Laskey, Jaggard & Brown c/ Royaume-Uni*, requête n° 21627/93 et CEDH, 17 févr. 2005, *K.A. et A.D. c/ Belgique*, requête n° 42758/98. Pour une analyse complète voir : FABRE-MAGNAN Muriel, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, p. 2973 et le dossier consacré à « la liberté du consentement », *Droits*, 2009, n° 48 et 49. Pour une application en matière d'atteinte à la vie : CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, requête no 2346/02, MASSIAS Florence, « Arrêt Pretty contre Royaume-Uni (29 avril 2002) relatif au suicide assisté et à l'euthanasie », *RSC* 2002, p. 645.

lesquelles sont limitées par l'intérêt thérapeutique et par le consentement de l'individu, s'il peut être recueilli[389].

160. Cette intangibilité n'est pas contemporaine mais trouve son fondement dans la religion chrétienne avec l'adage *noli me tangere*[390]. La doctrine va ériger cet adage, « *ne me touche* », en un principe général ; « Noli me tangere *n'est pas un adage comme les autres qui ne porte que sur la* res*. […] La société contemporaine, tentée par de nombreux excès, ne doit pas oublier qu'il est l'adage de la personne, que toucher au corps, c'est souvent toucher à plus qu'au corps parce qu'il est lié mystérieusement à l'esprit* »[391]. Cette conception se retrouve aujourd'hui dans le droit français, le corps n'étant appréhendé et protégé qu'en tant que « *substratum* » de la personne. Le droit au respect de son corps est un droit de la personne revêtant un caractère général[392] quelque soit la qualité de l'individu. Toute atteinte au corps porte nécessairement atteinte à la personne. Or, la personne étant intangible, le corps l'est également, le second n'étant appréhendé que par l'intermédiaire du premier. « *L'inviolabilité de la personne humaine s'analyse en une liberté immatérielle qui a son siège, non dans le corps, mais dans la personne et prend un caractère absolu* »[393].

161. À ce principe général d'intangibilité s'ajoute celui d'indisponibilité. Le corps humain, ne relevant pas de la catégorie des choses, est hors commerce juridique conformément à l'article 1128 C. civ. Cette affirmation se retrouve à l'article 16-1 al. 3 C. civ. qui dispose que « *le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* », ainsi qu'à l'article 16-5 C. civ. qui rend nulles les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou ses produits. Ce principe d'indisponibilité impose que les dons d'organes, de sang, ou de sperme ou encore la participation à une recherche biomédicale, qui constituent déjà des mesures dérogatoires, soient basés sur l'altruisme et sur la solidarité, conduisant à leur gratuité. Cet impératif figure à l'article 16-6 C. civ. qui rappelle qu' « *aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à*

[389] Pour une étude plus générale de la pratique médicale dérogeant à la règle d'intangibilité du corps humain voir : PY Bruno, « *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale* », thèse dactylographiée, Nancy, 1993.
[390] Il s'agit des paroles prononcées par Jésus ressuscité le dimanche de Pâques à l'adresse de Marie-Madeleine qui se retrouve dans l'évangile selon Saint Jean : Chapitre 20, versets 11 à 18.
[391] ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Locutions latines et adages du droit français,* Litec, 4e éd., 1998.
[392] « *Un* noli me tangere *fondamental* » : SAINT ALARY Roger, « Les droits de l'homme sur son corps », *Ann. Fac. Toulouse*, 1958, p. 68.
[393] CARBONNIER Jean, note sous T. civ. Lille, 18 mars 1947, *D*. 1947. 507.

la collecte des produits de celui-ci » et est repris par l'article L. 1211-4 C. santé pub. qui précise qu' « *aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits* ». Bien que chaque individu puisse vendre, selon les logiques mercantiles, sa force de travail, le corps humain et ses produits ne sauraient se marchander[394]. En se basant sur ces considérations, le législateur prohibe notamment à l'article 16-7 C. civ., issu de la loi du 29 juillet 1994[395], « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui* », confirmant la jurisprudence de la Cour de cassation[396].

162. Les divers principes fondamentaux encadrant le corps humain sont repris en droit pénal, lequel sanctionne non seulement les atteintes à l'intangibilité du corps mais aussi à son indisponibilité. La loi pénale entend notamment lutter contre les tentatives civiles de réifications du corps, surtout pour ses produits et ses éléments.

B – La reprise par le droit pénal des principes fondant l'intégrité physique de la personne

163. Chacun de ces principes, qu'il s'agisse de l'inviolabilité, l'intangibilité ou la non patrimonialité, trouve un écho en droit pénal. Gendarme des autres droits, le droit pénal vient certes sanctionner la transgression de ces principes énoncés par le droit civil, mais surtout punir les comportements portant atteinte aux éléments qu'il a érigés en valeurs sociales et au rang desquelles figurent notamment la vie et l'intégrité physique de la personne humaine. Le Code pénal n'a pas attendu l'inscription de ces principes dans le Code civil pour les protéger, le Code pénal de 1810 incriminant déjà les atteintes à la vie et à l'intégrité physique sur la base de l'intangibilité du corps humain. « *La vraie protection du corps humain se situe, […] au sein des infractions d'atteintes à l'intégrité physique* »[397].

[394] Pour l'analyse économique du marché du don d'organe : DEFFAINS Bruno et MERCIER –YTHIER Jean, « Analyse économique du don d'organe » *in*, *Questions d'évaluation en santé*, Presses Universitaires de Nancy, 2009, p. 67.
[395] Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 « relative au respect du corps humain », préc.
[396] Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, pourvoi n° 90-20105, *JCP G* 1991, II, 21752, note TERRE François. La thématique a été relancée par un rapport d'information du groupe de travail de la commission des lois du Sénat sur la maternité pour autrui du 25 juin 2008 qui souhaite autoriser la gestation pour autrui dans certaines limites. La pratique restant prohibée en France, le problème se déplace sur le terrain de la retranscription des maternités de substitution réalisées à l'étranger sur l'état civil français. Les juridictions françaises annulent, sur la base du respect de l'ordre public, les retranscriptions réalisées : Paris, 26 févr. 2009, JurisData n° 2009-000867, *JCP G* 2009, n° 26, p. 17, note MIRKOVIC Aude ; Cass. civ. 1re, 17 déc. 2008, pourvoi n° 07-20468, *JCP G* 2009, II, 10020, note MIRKOVIC Aude.
[397] SEUVIC Jean-François, art. préc.

164. La non patrimonialité a été introduite récemment dans la législation pénale et concerne plus les éléments et produits du corps humain que la personne humaine elle-même. À titre d'exemple, lorsque le droit pénal sanctionne les conventions de mère porteuse, il le fait au travers d'infractions portant atteinte à la filiation et non au principe de non patrimonialité du corps. Ainsi, l'article 227-12 C. pén. réprime « le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de leur remettre », les peines étant doublées lorsque ces faits sont commis dans un but lucratif. L'article 227-13 C. pén. sanctionne les suites de la convention en incriminant « *la substitution volontaire, ou dissimulation ayant entrainé une atteinte à l'état civil* », à savoir le fait d'attribuer la maternité à une femme qui n'a pas accouché.

165. Le principe d'intangibilité préside, en revanche, à de nombreuses infractions. Le Code pénal prend en compte la personne humaine dans toute sa dimension, tant physique que psychique, sanctionnant des comportements harcelants[398] ou des atteintes à la personnalité[399]. L'étude visant à déterminer les contours du concept de corps, les développements seront axés sur les infractions portant atteinte à l'intégrité physique de la personne au détriment de celles concernant l'intégrité psychique. L'intangibilité et l'inviolabilité du corps conduisent à réprimer toute atteinte qui lui est portée quelque soit sa gravité, le paroxysme étant atteint lorsque l'acte conduit à la mort de la personne. Ces atteintes à la vie sont les premières visées dans le Code pénal parmi les infractions concernant la personne humaine [400]. Hormis quelques exceptions constituant des faits justificatifs, l'acte emporte la répression ; « *si la mort légitimée subsiste en cas de guerre, de légitime défense des personnes et d'état de nécessité, elle a disparu de la légitime défense des biens (art. 122-5 al. 2) et de l'arsenal des peines (abolition de la peine de mort)* »[401]. Peu importe qu'elle soit donnée volontairement ou involontairement, seul compte le résultat, à savoir que la personne humaine n'est plus. C'est en raison de la personne humaine que l'atteinte au corps est réprimée. Les juges vont jusqu'à sanctionner, sur le fondement de la tentative d'homicide volontaire, l'auteur de violence avec intention de donner la mort sur une personne décédée en ayant la conviction qu'elle est encore

[398] L'art. 222-32-2 C. pén. sanctionne le harcèlement moral.
[399] Art. 226-1 et s. C. pén.
[400] Livre II « *Des crimes et délit contre les personnes* », Titre II « *Des atteintes à la personne humaine* », Chapitre I « *Des atteintes à la vie de la personne* ».
[401] SEUVIC Jean-François, art. préc.

en vie[402]. Bien qu'il y ait une distinction entre le corps et la personne, laquelle n'est plus, l'auteur est toujours animé de l'*animus necandi* et l'acte reste sanctionné.

166. La conception du corps est essentielle en matière de violences, lesquelles sont réprimées selon l'atteinte effective qui lui est faite. L'appréhension du corps permet, au travers d'éléments de mesure qualitatifs ou quantitatifs, de déterminer l'infraction commise et corrélativement la sanction encourue. Du point de vue qualitatif, les atteintes au corps sont caractérisées par une mutilation ou une infirmité permanente. La première se définit comme une « *atteinte irréversible à l'intégrité physique d'une personne, notamment par perte, ablation ou amputation d'un membre qui constitue un grave préjudice corporel* »[403]. Il peut s'agir de mutilations sexuelles comme l'excision[404] ou la castration[405], de mutilations physiques comme l'ablation d'un organe ou encore de l'amputation d'une jambe. La notion est aujourd'hui générique contrairement à l'ancien article 310 du Code pénal qui visait une « mutilation », « amputation » ou « privation de l'usage d'un membre » et constitue un critère intermédiaire entre la mort et l'incapacité[406]. La seconde correspond à « *une atteinte irréversible à l'intégrité de la personne* »[407], l'ancien Code pénal évoquant, toujours à l'article 310, « la cécité, la perte d'un œil ou d'autres infirmités permanentes ». L'infirmité doit être définitive sans que l'état de santé n'en souffre pour autant[408], ce caractère irrévocable se retrouvant en jurisprudence. L'infirmité permanente est ainsi caractérisée par une affection virale résultant d'une contamination par une personne porteuse du VIH[409] ou encore une

---

[402] Cass. crim., 16 janv. 1986, *D.* 1986, p. 265, note MAYER Danièle ; *RSC* 1986, p. 839, obs. VITU André. L'arrêt a essentiellement posé le problème de l'infraction impossible et comme le relève Monsieur le Professeur VITU dans sa note : « *il est parfaitement rationnel de dire […] que ce qui ne peut être consommé peut cependant être tenté, en d'autres termes, qu'un commencement d'exécution est logiquement concevable et punissable, malgré le fait que la victime soit déjà morte à l'insu du coupable, ce qui n'est qu'une circonstance indépendante de la volonté de ce dernier* ».

[403] CORNU Gérard, *op. cit.*, *V°* « mutilation ».

[404] L'excision ayant pour but de faire passer la jeune fille du statut d'enfant à celui de femme, elle concerne exclusivement des personnes mineures. MAZABRAUD Bertrand, « Excision et droit pénal », *Rev. pénit.* 2008, p. 573. Pour illustration de la qualification de mutilation : Cass. crim., 9 mai 1990, *RSC* 1991, p. 565, obs. LEVASSEUR Georges ; pour une qualification différente : TA Lyon, 12 juin 1996, *RUDH* 1996, p. 695, note LEVINET Michel ; *JCP G* 1997, I, 3996, obs. FULCHIRON Hugues : la juridiction estime que « *l' excision pratiquée contre leur volonté sur une personne ou sur ses enfants constitue un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme* ».

[405] Le fait de couper le sexe d'un enfant de quatre ans et de s'enfuir avec constitue le crime de violence ayant entraîné une mutilation : Cass. crim., 16 nov. 2004, pourvoi n° 04-85318, *Dr. pén.* 2005, comm. 22, note VERON Michel.

[406] MAYAUD Yves, « Violences volontaires », *Rép. pén. Dalloz*, 2008, n° 144 et s.

[407] *Ibid*., *V°* « infirmité (- permanente) »

[408] MAYAUD Yves, « Violences volontaires », art. préc.

[409] Cass. crim., 10 janv. 2006, *D.* 2006, chron. p. 1068, note PROTHAIS Alain ; *Dr. pén.* 2006, comm. 30, note VERON Michel.

atteinte sévère aux cordes vocales, organe de la voix, dès lors qu'elle est irréversible[410], mais pas par la ligature des trompes pratiquées sans consentement au cours d'une césarienne, précisément en raison du caractère réversible de la stérilité[411].

167. L'atteinte portée au corps peut également se concevoir de manière quantitative avec l'incapacité totale de travail (I.T.T.), véritable variable d'ajustement de la répression. Elle suppose l'arrêt de toute activité professionnelle, c'est-à-dire l'impossibilité d'utiliser sa force de travail et donc son corps. La nature de l'infraction dépendra de l'atteinte effective, laquelle sera chiffrée. Si l'I.T.T. est inférieure aux seuils légaux, à savoir huit jours pour des violences volontaires et trois mois pour des violences involontaires, l'infraction est contraventionnelle[412], au-delà elle est délictuelle[413].

168. Enfin, à l'instar du droit civil, le droit pénal prévoit des dérogations aux principes d'intangibilité et d'inviolabilité du corps humain. Le corps humain étant la personne et non une chose sur laquelle il dispose d'un droit réel[414], le seul consentement de l'individu « victime » est insuffisant pour permettre l'acte et éviter la répression. L'atteinte portée à l'intégrité physique prend la forme d'un fait justificatif, lequel peut être légal ou coutumier. La loi détermine quatre faits justificatifs, à savoir le commandement de l'autorité légitime[415], la permission de la loi[416], l'état de nécessité[417], et la légitime défense[418]. Dans ces hypothèses, l'acte est certes illégal car contraire à la loi pénale, mais néanmoins licite puisque conforme au droit en général. Ainsi en est-il du droit de correction, ou de l'usage de châtiments corporels, qui sont par principe interdits en raison de l'atteinte à l'intégrité physique qu'ils produisent. Toutefois, les juridictions refusent parfois de prononcer des sanctions, estimant que l'atteinte réalisée est justifiée pénalement par la coutume. « *La personne poursuivie*

[410] Cass. crim., 21 mars 2006, *Dr. pén*. 2006, comm. 98, note VERON Michel.
[411] Cass. crim., 19 janv. 2005, *Dr. pén*. 2005, comm. 55, note VERON Michel.
[412] Les articles R.624-1 et R. 625-1 C. pén visent les violences volontaires ayant entrainé une I.T.T. inférieure ou égale à huit jours ; l'article R. 625-2 C. pén. concerne les violences involontaires ayant entrainé une I.T.T. inférieure ou égale à trois mois.
[413] L'article 222-11 C. pén. dispose que les violences volontaires ayant entrainé une I.T.T. supérieure à huit jours sont punies de trois ans d'emprisonnement et 45 0000 euros d'amende ; les mêmes pénalités s'appliquent pour les violences involontaires ayant entrainé une I.T.T. de plus de trois mois, conformément à l'article 222-19-1 C. pén.
[414] L'individu peut, dans les limites de la loi, utiliser sur son corps les prérogatives inhérentes au droit réel, à savoir l'*usus,* le *fructus et* l'*abusus* : il peut maltraiter son corps dans le cadre de sport extrême, en tirer un profit par le travail ou encore décider de le détruire en se suicidant.
[415] Art. 122-4 C. pén.
[416] *Ibid*.
[417] Art. 122-7 C. pén.
[418] Art. 122-5 C. pén.

invoquera le fait qu'une coutume, largement reçue, considère comme normal et non punissable le comportement incriminé. Et certaines décisions retenant, à titre principal ou subsidiaire, l'argument, ont relaxé celui dont la conduite apparaîtrait finalement conforme aux mœurs et admise par l'opinion publique ou des usages bien établis »[419]. Cette justification est encadrée par la jurisprudence au travers d'un double critère : la correction doit être légère et revêtir un but éducatif[420]. Ces deux éléments ont été mis en exergue par une décision du tribunal de police de Bordeaux du 18 mars 1981 qui précise que « *si les châtiments corporels ou même le traditionnel droit de correction ne correspondent plus à l'état de nos mœurs, les parents et les enseignants possèdent toujours, dans un but éducatif, un pouvoir disciplinaire pouvant éventuellement s'exercer sur des jeunes enfants* »[421]. Bien que cette position ait été validée par la Cour européenne des droits de l'homme[422], le droit de correction fait toujours l'objet d'âpres contestations[423] comme le révèle la récente proposition de loi déposée à l'Assemblée Nationale le 22 janvier 2010 « visant à abolir les châtiments corporels infligés aux enfants »[424] et dont l'article unique dispose : « *l'enfant a droit à une éducation non*

---

[419] MASCALA Corinne, « Faits justificatifs - Généralité – Ordre de la loi », *J.-Cl. Pén.*, fasc. unique, 2003.

[420] MAYAUD Yves, « De la correction au maltraitement, ou des limites de la justification éducative », *RSC* 1995, p. 814.

[421] T. pol. Bordeaux, 18 mars 1981, *D.* 1982, note MAYER Danièle ; *RSC* 1982, p. 347, note LEVASSEUR Georges. Cette position est depuis reprise par la jurisprudence. Pour la relaxe d'un instituteur qui gifle un collégien de quinze ans dans un but disciplinaire : Angers, 17 juin 1997, JurisData n° 97-043801, *Dr. pén.* 1998, comm. 34, note VERON Michel. Encore faut-il qu'il n'en résulte « *aucune conséquence excessive de nature à compromettre la santé physique ou morale de l'enfant* » : Caen, 4 mai 1998, n° 970667. Ainsi doit être relaxée la gardienne d'un enfant de deux ans à qui elle administre une claque pour le calmer : Cass. crim., 17 juin 2003, pourvoi n° 02-84986. En revanche, tel n'est pas le cas lorsque l'enfant « *a été mordue à la fesse après avoir été tenue par les cheveux et tapée contre le mur, puis giflée à plusieurs reprises parce qu'elle ne parvenait pas à apprendre l'heure assez vite* » : Cass. crim., 6 mars 2002, pourvoi n° 01-83699 ; ou encore le comportement consistant en des « *privation de repas, enfermement dans un placard, administration de douches froides et obligation de ramassage d'excréments* », la juridiction qualifiant ces mesures éducatives de « *traitements dégradants imposés à des êtres humains* » de trois jeunes autistes : Cass. crim., 2 déc. 1998, *D.* 2000, somm. 32, note MAYAUD Yves ; *Dr. pén.* 1999, comm. 83, note VERON Michel.

[422] La juridiction européenne, à l'instar de celles nationales, valide les châtiments corporels et se refuse à les déclarer contraires à l'article 3 de la Conv. EDH dès lors que le « *requérant ne fournit aucune preuve d'effets graves ou durables du traitement dénoncé, dépassant les conséquences à escompter de mesures prises sur un plan purement disciplinaire. Une peine qui n'entraine pas de telles séquelles peut tomber sous l'empire de l'art.3 si l'on peut considérer qu'en l'occurrence elle atteignait le seuil de gravité requis* » : CEDH 25 mars 1993, *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni*, §32, requête n°13134/87, *Gaz. Pal.* 1994, p. 481, note DERHY Nicole. La juridiction va même plus loin en reconnaissant à la charge des États (au travers des services sociaux notamment) une obligation positive de prévention des mauvais traitements sur mineurs : CEDH 10 oct. 2002, *D. P. et J. C. c/ Royaume-Un*i, requête n° 38719/97, *JCP G* 2003, I, 109, note SUDRE Frédéric ; CEDH 26 nov. 2002, *E. et autres c/ Royaume-Uni*, requête n° 33218/96 ; GOUTTENOIRE Adeline, « Le droit de l'enfant d'être protégé contre les mauvais traitements », *RTDH* 2003, p. 1355.

[423] HERZOG-EVANS Martine, « Châtiments corporels : Vers la fin d'une exception culturelle », *AJ famille* 2005, p. 212.

[424] Assemblée Nationale, proposition de loi n° 2244 du 22 janvier 2010 « visant à abolir les châtiments corporels infligés aux enfants », http://www.assembleenationale.fr/13/propositions/pion2244.asp. La proposition fait écho à la campagne « Lève la main contre la fessée ! » lancée par le Conseil de l'Europe en juin 2008 ; pour un exposé des motifs de la campagne visant à lutter contre les châtiments corporels voir le site du Conseil de l'Europe : http://www.coe.int/t/dc/files/themes/chatiments_corporels/default_FR.asp.

violente. Aucun enfant ne peut être soumis à des châtiments corporels ou à toute forme de violence physique ».

169. Les principes d'intangibilité et d'inviolabilité entraînent une « *sacralité irrationnelle qui entoure le corps* »[425] en raison notamment du fait qu'il est le siège de la personne humaine, les deux apparaissant en principe indissociables. Lorsque cette dissociation a néanmoins lieu, le droit pénal entraîne « *la disqualification du "corps personne" en celle de "corps objet"* ».

II – Le corps humain appréhendé indépendamment de la personne humaine

170. Traditionnellement le droit pénal n'appréhende pas le corps humain de façon spécifique, mais au travers de la personne humaine, se préoccupant de cette dernière au détriment de son support matériel. Les lois bioéthiques de 1994[426] ainsi que le nouveau Code pénal[427] introduisent des dispositions prenant en compte directement le corps, séparément de la personne. Détaché physiquement ou vidé de son essence métaphysique pour être réduit à l'état de chose, le corps peut être l'objet d'atteinte engageant l'action répressive. Le statut de chose sacrée qui lui est conféré est maintenu lorsque la personne n'est plus (B) et s'étend aux éléments le composant (A).

A – L'appréhension du corps vivant par ses éléments

171. Le Code pénal contient un Livre V intitulé « *Des autres crimes et délits* » qui concerne essentiellement les infractions en matière de santé publique, qui en constitue le Titre I ; le Titre II consacré aux « *Autres dispositions* » n'est composé que d'un chapitre unique visant les sévices graves ou actes de cruauté envers les animaux, comportant seulement deux articles. Avec les lois bioéthiques de 1994, le Code pénal vise pour la première fois directement le corps humain au travers de la section II intitulée « *De la protection du corps humain* ».

[425] DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits de la personne*, p. 259.
[426] Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 « relative au respect du corps humain », préc.
[427] Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 « relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur », JORF 23 décembre 1992, p. 17568.

172. D'un point de vue formel, la place de ces infractions au sein d'un Livre v interroge. La discussion classique pour déterminer si le corps est une chose ou s'il est la personne même aurait pu être tranchée par le législateur lors de l'introduction de ces éléments dans le nouveau Code pénal, en 1992. Celui-ci consacre un Livre à chaque branche de cette alternative, le Livre II concernant les atteintes à la personne et le Livre III les atteintes aux biens. Il semblerait que le législateur n'ait pas voulu prendre part au débat en incriminant ces comportements portant atteinte au corps dans un autre Livre, au côté des sévices aux animaux. L'analyse du fond est tout aussi décevante bien que l'intitulé de la section soit intéressant, les développements étant très limités. Introduites dans un Chapitre relatif aux infractions à l'éthique biomédicale, « *valeur on ne peut plus floue* »[428], ces dispositions issues de deux lois du 29 juillet 1994[429] et de la loi du 6 août 2004[430] n'ont pas la portée qu'elles méritent. En effet, ce n'est pas le corps humain dans son intégrité qui est visé mais uniquement celui-ci dans ses composantes[431]. La confrontation des intitulés des sections du Code pénal est probante, l'une visant « *la protection du corps humain* » et l'autre les « *atteintes à l'intégrité de la personne* ». L'intégrité peut se définir comme l'« *état de quelque chose qui a toutes ses parties, qui n'a subi aucune diminution, aucun retranchement* »[432]. Or les articles 511-1 et suivants du C. pén. visent « *un corps humain soumis à réification, [soit] parce qu'on est en présence* d'éléments détachés *du corps humain et donc scindés de la personne* »[433].

173. Le corps humain est donc appréhendé dans ses composantes, c'est-à-dire soit les organes[434], soit les tissus, cellules, produits du corps[435] ou encore les gamètes[436]. Cette protection spécifique n'intervient qu'après l'opération de séparation des éléments du corps. Auparavant ils relèvent de l'intégrité corporelle en vertu de la règle "*accessorium sequitur principale* ", et donc de l'intégrité de la personne. Les organes, tissus, cellules et autres produits visés par les textes forment encore un « tout » indissociable et indissocié juridiquement. Après l'opération de détachement, ils deviennent des choses, relevant du droit

[428] MISTRETTA Patrick, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », *JCP G* 2005, I, 100.
[429] Loi n° 94-653 « relative au respect du corps humain », préc. et loi n° 94-654 « relative au don et à la l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale, à la procréation et au diagnostic prénatal » du 29 juillet 1994, JORF 30 juillet 1994, p. 11059.
[430] Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 « relative à la bioéthique », JORF 7 août 2004, p. 14040.
[431] MISTRETTA Patrick, « Le projet de loi relatif à la bioéthique », *JCP G* 2003, p. 1125.
[432] Encyclopédie Larousse en ligne, *V°* « intégrité ».
[433] SEUVIC Jean-François, « Variations sur l'humain comme valeurs pénalement protégées », *Mélanges BOLZE*, Économica, 1999, p. 339 ; souligné dans le texte.
[434] Art. 511-2 et -3 C. pén.
[435] Art. 511-4 et -5 C. pén.
[436] Art. 511-6 et -9 C. pén.

commun du Livre III du Code pénal[437]. « *Les éléments ou produits du corps humain, détachés de la personne, et qui n'entrent pas dans la catégorie des phanères, seraient des « choses hors du commerce » en ce sens qu'ils ne pourraient faire l'objet de conventions onéreuses. Mais il s'agirait de "choses", qui formeraient dès lors une catégorie spécifique située dans le droit des biens* »[438]. La conservation de ces éléments détachés du corps par des établissements de santé obéit à des règles légales, insérées dans le Code de la santé publique[439]. Le manquement à ces conditions de conservation est incriminé à l'article 511-7 C. pén., ainsi que la conservation et la transformation à des fins scientifiques ou en vue de la cession d'organes, tissus, cellules, sang, et produits dérivés du corps. Ces comportements sont soumis à un cadre strict visé par le Code de la santé publique[440], et toute violation de cette réglementation fait encourir la sanction pénale de l'article 511-5-2 C. pén., à savoir cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

174. Si les éléments et produits du corps humain sont des choses, ils font néanmoins l'objet d'un traitement spécial en raison de leur origine, la personne humaine. Il ne s'agit plus du corps humain mais des « *choses humaines* »[441] relevant essentiellement du droit commun. Par exemple, un individu qui en agresse un autre dans l'objectif de lui soustraire un rein porte atteinte à l'intégrité physique de la victime, et se retrouve poursuivi pour violence volontaire ayant entrainé une mutilation ou une infirmité permanente et non pour vol du rein[442]. En revanche, si au cours d'une greffe de rein, un individu prend l'organe et s'enfuit avec, il y aura vol au sens de l'art. 311-1 C. pén. (le rein étant la chose d'autrui, celle du receveur et non plus du donneur puisque détaché de celui-ci et déjà attribué). Une fois détaché de la personne humaine, le rein devient une chose susceptible d'appropriation frauduleuse. Afin de sécuriser

[437] S'il apparaît délicat de soustraire une personne humaine, l'acte est réalisable pour les produits du corps, qu'il s'agisse de tissu, cellule ou encore d'organe. Dans ces hypothèses, la terminologie employée est significative, les textes visant des « *prélèvements* », ce qui renvoie à la qualification juridique de chose. Pour un exemple du refus de qualification en vol d'un prélèvement de cornée *post mortem* sans consentement en raison du principe d'indisponibilité du corps humain et de ses éléments : Amiens, 26 nov. 1996 et commentaire : LABBÉE Xavier, « Prélèvements d'organes et indisponibilité du corps humain », *LPA* 1997, 11 juillet 1997, n° 83, p. 34. L'auteur fait notamment ressortir une conception chronologique de l'indisponibilité en citant de nombreux éléments du corps humain qui font l'objet de convention au titre de « *souvenirs humains* », comme des têtes d'indiens Jivaro. Plus généralement, voir : BAUD Jean Pierre, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Seuil, 1993.

[438] *Ibid*.

[439] Art. L. 1233-1, L. 1234-2, L. 1242-1, L. 1243-2 ou L. 1243-6 C. santé publ.

[440] Il est nécessaire de disposer d'une autorisation préalable visée à l'article L. 1243-3 C. santé publ.

[441] SEUVIC Jean-François, *op. cit.*

[442] Telle est la qualification retenue dans l'hypothèse d'une personne qui coupe le sexe d'un enfant de quatre ans et prend la fuite avec : Cass. crim., 16 nov. 2004, pourvoi n° 04-85318, *Dr. pén.* 2005, comm. 22, note VERON Michel.

les actes de prélèvement légalement autorisés, le Livre V encadre cette transition entre la personne humaine et la « chose humaine », entre la protection du Livre II et celle du Livre III.

175. Les dispositions des articles 511-2 et s. C. pén. reprennent les principes essentiels applicables au corps et notamment l'intangibilité, et ses dérogations, et la non patrimonialité. Systématiquement, le Code pénal puni d'une part le fait d'obtenir des éléments du corps humain (organes, tissus, cellules, produits ou gamètes) sans le consentement de la personne vivante et d'autre part le fait d'obtenir ces mêmes éléments contre un paiement. Les principes du Livre II du Code pénal visant l'intégrité physique des personnes se retrouvent étendus aux dispositions du Livre V concernant les éléments du corps humain. Alors qu'ils constituent des atteintes à l'intégrité physique, les actes de prélèvement de tissus et de cellules ou d'organes sont expressément autorisés par la loi[443], rendant licite l'atteinte portée par le jeu du fait justificatif de la permission de la loi[444].

176. L'appréhension par le Code pénal du corps humain est assez restreinte bien qu'une section lui soit dédiée, laquelle reste cantonnée dans un chapitre relatif à l'éthique biomédicale. Le corps peut se définir en dehors de la personne, non seulement lorsqu'il en est détaché physiquement, mais aussi métaphysiquement, par la mort de l'individu.

B – L'appréhension du corps sans vie

177. L'article 360 de l'ancien Code pénal réprimait uniquement la violation de sépulture et non l'atteinte au cadavre en lui-même, l'incrimination visant « *à protéger l'ensemble cadavre-tombeau* »[445] puisqu'aucun de ces deux éléments n'était suffisant en soi[446]. L'objet de l'infraction était la sépulture dont l'une des composantes était le corps, toute atteinte réalisée sur le cadavre avant qu'il ne soit placé dans sa dernière demeure ne relevait pas du droit pénal. « *Dès lors existait un laps de temps entre le moment de la mort, et le moment de l'ensevelissement, pendant lequel le cadavre n'était pas protégé par la qualification de*

[443] Art. L. 1241-1 C. santé publ. pour les tissus et cellules et L. 1231-1 C. santé publ. pour les organes.
[444] Art. 122-4 al. 1 C. pén. : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* ».
[445] PY Bruno, « Le statut de l'être humain dans le nouveau Code pénal », *Les cahiers de la sécurité intérieure* 1994, n° 18, p. 69 : LABBÉE Xavier, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Presses Universitaires de Lille, 1990, pp. 219.
[446] Si cela paraît évident pour le cadavre au vu de l'intitulé de l'infraction, cela est aussi vrai pour le tombeau. « *Il est évident qu'on ne pourrait pas retenir le délit de l'article 360 pour protéger un tombeau qui n'aurait pas encore été utilisé pour la sépulture d'un être humain* », MERLE Roger et VITU André, *Traité de Droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, n° 2044, p. 1657-1658.

l'article 360 du Code pénal »[447]. Par exemple, une autopsie pratiquée en violation des règles légales ne constituant pas une violation de l'article 360, les faits ne pouvaient donner lieu à aucune sanction pénale[448] ; les mêmes règles s'appliquant pour une césarienne pratiquée sur une femme enceinte décédée par un prêtre pour donner le baptême à l'enfant[449]. Tout au plus la responsabilité civile de l'auteur pouvait être engagée pour indemniser le préjudice causé à la famille et aux proches du défunt.

178. Avec le nouveau Code pénal, le législateur introduit l'article 225-17 qui incrimine notamment « *toute atteinte à l'intégrité du cadavre* ». Le texte vise, dans son premier aliéna, l'intégrité du cadavre et, dans son second aliéna, la profanation de tombeaux, de sépultures ou de monuments édifiés à la mémoire des morts. L'innovation est la protection, et donc la reconnaissance, du cadavre humain en tant que tel, de façon autonome. Si cette démarche permet de combler les lacunes de l'ancien Code pénal, à savoir laisser sans protection le corps d'une personne qui fût avant qu'il ne relève des dispositions sur la sépulture, elle apparaît maladroite sur la forme. L'infraction est classée au sein du Livre II relatif aux crimes et délits contre la personne, et plus précisément au Titre II qui vise les atteintes à la personne humaine, dans une section intitulée « *des atteintes au respect dû aux morts* ». Juridiquement, le cadavre n'est plus la personne, puisqu'il ne jouit plus de la personnalité juridique[450]. L'objectif est alors « *de préserver la dignité de ce qui a constitué le support de l'être humain et de ce qui l'entoure à jamais pour ce qu'ils représentent de sacré* »[451].

179. Le code pénal appréhende donc le corps même sans vie, alors que la personne n'est plus et ce notamment parce que la personne a été. Il ne s'agit pas d'une chose *lambda*, mais d'une chose spéciale qui conserve un caractère sacré[452], ce que confirme la jurisprudence en estimant que le respect dû à la personne humaine ne cesse pas avec sa mort[453]. La protection pénale ne se limite pas au corps dans sa matérialité et s'étend à son devenir comme l'urne

[447] LABBÉE Xavier, « Prélèvements d'organes et indisponibilité du corps humain », art. préc.
[448] PY Bruno, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse dactylographiée, Nancy, 1993, p. 99.
[449] Cass. crim., 20 juin 1896, *D.* 1897, I, 29 : « *l'acte imputé, abstraction faite de l'intention et du but de l'agent, implique nécessairement un outrage envers les personnes qui reposent dans leur sépulture ou dans leur tombeau* ».
[450] CORNU Gérard, *op. cit., V°* « Personne ».
[451] MISTRETTA Patrick, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », art. préc.
[452] TGI Lille, 5 déc. 1996, *D.* 1997, 376, note LABBEE Xavier. La juridiction estime qu'est digne de protection tout élément du corps humain qui provient d'une sépulture, même si celle-ci est abandonnée.
[453] CE, 2 juill. 1993, *Milhaud*, requête n° 124960, *D.*1994, p.74 note PEYRICAL Jean-Marc ; *JCP G* 1993, II, 22133, note GONOD Pascale ; LEBRETON Gilles, « Le droit, la médecine et la mort », *D.* 1994, p. 352.

funéraire[454]. Les principes gouvernant la protection du corps que sont l'intangibilité, l'inviolabilité et l'indisponibilité sont alors applicables contrairement aux choses relevant du droit commun. Ces éléments ont récemment été invoqués pour interdire une exposition intitulée « *Our body* » mettant en scène [455]des cadavres et des restes humains plastinés, les juges du fond concluant que l'organisateur n'apportait pas la preuve de « *l'origine licite et non frauduleuse des corps litigieux et de l'existence de consentements autorisés* » [456], sur la base de l'article 16-1-1 C. civ. Ce nouvel article, créé par une loi du 19 décembre 2008 « relative à la législation funéraire »[457] confirme une appréhension et une protection identique du corps, que celui-ci soit vivant ou mort, en précisant que « *le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence* ». En dehors du respect dû aux morts visé par le Code pénal et qui renvoie, par sa formulation et sa place dans le Code[458], essentiellement à la personne, les textes appréhendent désormais la dépouille mortelle, c'est-à-dire le corps mort indépendamment de la personne.

Dans une optique similaire, le prélèvement d'organe sur une personne décédée et les autopsies obéissent à des règles précises[459] imposant de respecter le corps au travers de sa restauration[460] pour ne pas traumatiser les familles en exposant un corps mutilé. La formulation générale de l'article 225-17 C. pén. ne permet pas d'appliquer la sanction pénale

---

[454] LABBÉE Xavier, « Le statut juridique du corps humain après la mort », *RGDM* 2002, n° 8, p. 277.

[455] L'affaire a été jugée dans un premier temps en référé : TGI Paris, 21 avril 2009, *D.* 2009, p. 1192, note LABBEE Xavier ; puis en appel : Paris, 30 avril 2009, JurisData n° 2009-002649, *JCP G* 2009, n° 25, p.23, note LOISEAU Grégoire ; PIERROUX Emmanuèle, « "Our body, à corps ouvert", l'exposition fermée », *Gaz. Pal.* 2009, n°148, p. 2.

[456] Paris, 30 avril 2009, préc. Il s'agissait en définitive de corps de supplices chinois et non, comme l'avançait l'organisateur, de dons bénévoles et anonymes faits aux écoles de médecine.

[457] Loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 « relative à la législation funéraire », JORF 20 décembre 2009, p. 19538.

[458] En visant le respect dû aux morts, le texte vise la personne morte et non le corps de celle-ci, la protection ayant pour *ratio legis* la dignité de la personne comme le rappelle l'intitulé du Chapitre ; ce que rappelle l'arrêt *Milhaud* du Conseil d'État, préc.

[459] Art. L. 1232-1 C. santé publ. : « *Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques.*
Ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment.
Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt, par tout moyen, et il les informe de la finalité des prélèvements envisagés.
Les proches sont informés de leur droit à connaître les prélèvements effectués.
L'Agence de la biomédecine est avisée, préalablement à sa réalisation, de tout prélèvement à fins thérapeutiques ou à fins scientifiques ».

[460] Art. L. 1232-5 C. santé publ. : « *Les médecins ayant procédé à un prélèvement ou une autopsie médicale sur une personne décédée sont tenus de s'assurer de la meilleure restauration du corps* ».

à ces comportements de prélèvement sans consentement ou des autopsies réalisées illégalement.

« *A la différence des vivants, les cadavres ne sont plus majeurs ou mineurs. Les cadavres n'ont plus de pudeur. Et les cadavres n'ont plus d'âge* »[461], entrainant alors une appréhension globale du corps quelque soit la personne en cause, y compris les mineurs. La distinction retrouve un intérêt lorsque la personne est vivante, la minorité pouvant conduire à une appréhension spécifique du corps.

Section 2 : Une définition spécifiquement étendue

180. La minorité de l'individu est la raison d'être de son incapacité juridique, justifiée par une maturité tant psychique que physique qui n'est pas totalement acquise. Aussi, si le corps du mineur est appréhendé par les dispositions générales qui viennent d'être abordées, il l'est également au travers d'infractions spécifiques aux victimes mineures. Dans ce cadre, l'étude a déjà mis en avant la dualité de la notion de minorité, l'infraction visant soit tous les mineurs, soit uniquement les mineurs de quinze ans. Le législateur incrimine les comportements qui sont susceptibles de compromettre le bon développement de la personne mineure en portant atteinte à sa santé, alors que son corps est encore en « construction » (I). L'appréhension du corps est plus indirecte, la santé étant une composante de l'intégrité physique, laquelle est saisie au travers de la personne. Ce caractère indirect se retrouve pour la représentation physique des personnes où le législateur dépasse l'appréhension physique concernant les mineurs, se contentant d'une représentation virtuelle du corps (II).

I – Un corps en « construction »

181. Si « *la santé de l'adulte est envisagée d'un point de vue statique : il suffit qu'il ne soit pas porté atteinte à l'état actuel dans lequel se trouve l'individu. La santé de l'enfant est considérée de façon plus évolutive : elle porte sur son développement* »[462]. La croissance,

[461] LABBÉE Xavier, note sous TGI Arras, 27 oct. 1998, *D.* 1999, p. 511. Dans cette affaire, un individu se rend dans un cimetière et après avoir soulevé la dalle de la sépulture abritant la dépouille d'une jeune fille de quinze ans, ouvre le cercueil et lui arrache ses vêtements. Afin de photographier son sexe, non sans avoir au préalable écarté les jambes de la jeune fille. La dépouille mortelle n'étant plus une personne, elle n'a pas d'âge et aucune circonstance aggravante corrélative ne s'applique.

[462] MAYER Daniel, « Rapport français » *in La protection de l'enfant*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 1979, t. XXX, Economica, p. 279.

définie comme « *l'action de croître, de se développer progressivement* »[463], est essentiellement liée à l'état de minorité et nécessite que l'individu soit en bonne santé, c'est-à-dire dans un « *état physiologique normal […] qui fonctionne harmonieusement, régulièrement, dont aucune fonction vitale n'est atteinte, indépendamment d'anomalies ou d'infirmités dont le sujet peut être affecté* »[464]. La santé comporte non seulement une dimension physique mais aussi une dimension psychologique, laquelle ne sera pas ici étudiée eu égard au sujet de l'étude bien que les deux soient inéluctablement liées. La santé n'est pas l'apanage des personnes mineures, le législateur incriminant de façon générale les actes portant atteinte à l'intégrité physique, au travers des infractions de violence, d'empoisonnement[465] ou d'administration de substances nuisibles[466], où la minorité de la victime, la minorité de quinze ans plus précisément, est parfois une circonstance aggravante. Cependant, pour cette catégorie, le législateur érige la protection de la santé en véritable *ratio legis* (A). S'agissant de garantir une bonne croissance aux mineurs, il n'est pas surprenant que les incriminations relèvent essentiellement du droit pénal de la famille, c'est-à-dire des « *infractions commises au sein de la famille, notamment au préjudice du corps de l'enfant* »[467], et constituent des infractions de prévention (B).

A – La santé du mineur, les fondations de la construction

182. Cette référence à la santé se retrouve dans une formulation identique pour le délit de privation de soins ou d'aliments de articles 227-15 C. pén. et pour celui de soustraction des parents à leurs obligations légales de 227-17 C. pén., le comportement devant être « au point de compromettre la santé » de la personne mineure. Les deux infractions ont évolué dans un sens plus répressif.

183. L'infraction de privation de soins ou d'aliments a été créée par une loi du 19 avril 1898[468] instaurant une répression spécifique pour les coups et blessures sur mineurs de moins de quinze ans auxquels elle était assimilée. La privation était sanctionnée, à l'instar des violences volontaires, en fonction de l'ITT de la victime. Le comportement relevait des délits

[463] Trésor de la langue française, *V°* « croissance » : http://atilf.atilf.fr/tlf.htm.
[464] *Ibid*., *V°* « santé ».
[465] Art. 221-5 C. pén.
[466] Art. 222-15 C. pén.
[467] DUVALD-ARNOULD Domitille, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1994, p. 194.
[468] Loi du 19 avril 1898 « sur la répression des violences, les voies de fait, les actes de cruauté et les attentats commis envers les enfants », JORF 21 avril 1898, *D.* 1898, v, 41.

de coups et blessures et n'est érigée en infraction autonome, détachée de toute référence à l'ITT, qu'avec le nouveau Code pénal. L'incrimination est déplacée au sein du code et se retrouve dans la section relative à « *la mise en péril des mineurs* » dont elle constitue le premier article. Durant cette évolution le législateur a gardé la référence au seuil de quinze ans, l'infraction n'étant pas possible pour les mineurs de quinze à dix-huit ans. Les soins sont entendus largement, incluant les soins médicaux[469] et d'autres éléments tels que l'hygiène[470]. Le législateur n'exige pas une absence totale de soins, puisqu'est également sanctionné le fait de ne pas donner des soins en quantité ou en qualité suffisante[471]. Tel est le cas de parents qui ont recours à des médecines dites « douces », qui n'ont aucune vertu thérapeutique[472]. Ces derniers ne se sont pas abstenus, mais ont donné des soins inappropriés et insuffisants, privant le mineur de soins de bonne qualité. La Cour de cassation vise parfois la notion de « *soins vigilants* » et impose « *le recours à un médecin* »[473], l'automédication pouvant le cas échéant constituer une privation de soins.

184. La notion d'aliments, quant à elle, est entendue restrictivement. Concept civiliste, les aliments correspondent à « *tout ce qui est indispensable à la vie (nourriture, logement, vêtement, frais de maladie)* [474]». L'acception retenue dans le cadre de l'article 227-15 du Code pénal est plus restreinte et ne concerne que la nourriture ; priver un enfant d'aliments, c'est donc le priver de denrées alimentaires[475].

185. Une illustration de ce qui constitue une privation de soins ou d'aliments est donnée par le législateur dans l'al. 2 du texte, crée par une loi du 18 mars 2003[476]. Est visé le « *fait de maintenir un enfant de moins de six ans sur la voie publique ou dans un espace affecté au*

---

[469] Ainsi en est-il pour un parent qui refuserait de soigner sa fille qui s'est brulée avec de l'eau chaude : Dijon, ch. corr., 17 juin 1998, Juris-Data 1998-043681 ; ou encore le fait pour une mère de cesser de conduire chez le kinésithérapeute son enfant de huit ans atteint de la myopathie de Duchenne, entraînant une aggravation de son état de santé : Douai, ch. corr. 4, 17 oct. 2002, Juris-Data n° 2002-200816.

[470] Paris 15 juin 1951, *D.* 1951, p. 568 ; Douai, 17 oct. 2002, préc., où la juridiction relève que « *le logement est devenu insalubre* ».

[471] CONTE Philippe, *Droit pénal spécial*, Litec, 3ème éd., 2007, n° 115 p. 66.

[472] Cass. crim., 11 mars 1975, *Gaz. Pal.* 1975, jurispr. p. 507. Dans cette affaire, des parents sont poursuivis en raison du décès de leur enfant de dix-huit mois. En effet, ce dernier étant malade, les parents n'ont pas donné les soins suffisants et notamment n'ont pas fait appel à un médecin. Ils sont alors poursuivis pour homicide involontaire, mais les juridictions requalifient les faits en crime (mauvais traitement à enfant par ascendant ayant entraîné la mort) estimant que « *l'état de santé de cet enfant aurait dû leur* [les parents] *imposer des soins vigilants et le recours à un médecin…* ».

[473] *Ibid.*.

[474] FENOUILLET Dominique et TERRÉ François, *Droit civil : Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz, coll. « Précis », 7ème éd., 2005, n° 306.

[475] Paris 15 juin 1951, *D.* 1951, p. 568.

[476] Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, « dite loi sécurité intérieure », JORF 19 mars 2003, p. 4761.

transport collectif de voyageurs, dans le but de solliciter la générosité des passants ». Cet exemple paraît contestable, une personne peut maintenir un enfant de moins de six ans, sur un banc public pendant l'été, à l'ombre et muni d'aliments, en vue de solliciter la générosité des passants, sans que cette attitude le prive de soins ; « *utiliser un enfant pour forcer la générosité des passantes n'est pas priver de soins un enfant* »[477]. Même si cette incrimination dénote une certaine mise en danger de l'enfant, la corrélation avec la mise en danger de sa santé n'est pas évidente et systématique. Ce que le législateur appréhendait hier sous l'intégrité corporelle, l'est aujourd'hui au titre de l'intégrité de la santé. S'il est toujours question d'intégrité physique, ce changement dénote néanmoins une prise en compte particulière de la santé des mineurs.

186. La soustraction des parents à leurs obligations légales, visée à l'article 227-17 C. pén., incrimine aussi un comportement susceptible de compromettre la santé des mineurs. Ce délit, créé par la loi du 23 juillet 1942[478] et inséré dans le Code pénal par l'ordonnance du 23 décembre 1958[479] à l'article 357-1 3°, incriminait l'abandon moral d'enfant consistant pour les parents à compromettre gravement « *par des mauvais traitements, par des exemples pernicieux d'ivrognerie habituelle ou d'inconduite notoire, par un défaut de soins ou un manque de direction nécessaire, soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants ou d'un ou de plusieurs de ces derniers* ». À côté de cette incrimination, le texte visait également l'abandon de la résidence familiale par le père ou la mère pendant plus de deux mois et l'abandon d'une femme enceinte par son mari. Le nouveau Code pénal reprend l'infraction dans un nouvel article 227-17 en ne visant plus que l'abandon moral de l'enfant, au sein de la section relative à la mise en péril des mineurs. Sa nouvelle rédaction est plus large puisque le législateur se détache de la liste des comportements visés et incrimine plus généralement le fait de se soustraire à ses obligations légales ; l'infraction visant les mineurs de dix-huit ans et non seulement ceux de quinze ans contrairement à l'infraction de privation de soins. La référence à la santé est présente dès la genèse de l'infraction et le caractère de gravité n'a été abrogé qu'en 2002[480], alignant la formule sur celle de l'article 227-15 C. pén.

[477] MALABAT Valérie, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Hyper Cours », 4e éd., 2009, n° 664, p. 323.
[478] Loi du 23 juillet 1942 « relative à l'abandon de famille », préc..
[479] Ordonnance n° 58-1298 du 23 décembre 1958 « relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger », JORF 24 décembre 1958, p. 11761.
[480] Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 « d'orientation et de programmation pour la justice », JORF 10 septembre 2002, p. 14934.

187. Même si la formulation est différente, la prise en compte de la santé apparaît également à l'article 227-1 C. pén. qui incrimine le délaissement d'un mineur de quinze ans dans un lieu quelconque dans des circonstances ne permettant pas d'assurer sa santé et sa sécurité. Dans les hypothèses précédentes, le principe est l'absence de répression et l'exception la sanction si le comportement tend à compromettre la santé, alors qu'ici le principe est la répression et l'exception l'impunité si les circonstances ont permis d'assurer la santé du mineur. Cette précision peut s'analyser comme un fait justificatif permettant de rendre licite l'acte illégal sanctionné par la loi pénale et non comme une absence d'élément intentionnel, lequel consiste dans « *la volonté d'abandonner définitivement la victime* »[481]. Cette justification légale est révélatrice de la volonté du législateur de poursuivre ceux qui mettent en danger la santé ou la sécurité des mineurs de quinze ans. Pour ceux âgés de plus de quinze ans le même comportement peut relever de l'article 223-3 C. pén. incriminant le délaissement de personne hors d'état de se protéger, mais le fait justificatif lié aux circonstances permettant d'assurer la santé des mineurs a disparu.

188. Enfin, les infractions de provocation à l'usage de stupéfiants ou à la consommation habituelle et excessive d'alcool ont, bien que le texte ne l'explicite, pour objectif de prévenir la santé des mineurs. Ces deux infractions pour lesquelles la minorité est une condition préalable visent à éviter que les personnes mineures ne consomment des produits qui peuvent être nocifs pour leur santé et reconnus comme provoquant des addictions. Le législateur incrimine aux articles 227-18 et 227-19 C. pén. le fait de provoquer les mineurs, quelque soit leur âge, à mettre en danger leur santé. Le caractère préventif des infractions de provocation se retrouve dans toutes celles visant la santé des mineurs.

B – Une prévention des atteintes à la santé des mineurs, les garanties de la construction

189. Les diverses infractions visant la santé des mineurs sont soit formelles, soit incriminant les actes de provocation ; dans les deux hypothèses, le droit pénal n'attend pas que la santé soit atteinte pour déclencher la répression.

190. La formule « *au point de compromettre* » utilisée par le législateur, dans les articles 227-15 et 227-17 C. pén., a toujours été sujette à controverse et a trouvé un écho dans la

[481] Cass. crim., 13 nov. 2007, *D.* 2008, p. 20 ; *Dr. pén.* 2008, comm. 17, note VERON Michel. Même si cette décision est rendue concernant le délit de l'article 223-3 du Code pénal, l'intention dans les deux délits de délaissement est la même.

jurisprudence récente[482]. Le débat est de trancher entre une infraction formelle ou une infraction de résultat, faut-il que la santé de l'enfant soit effectivement altérée ou suffit-il qu'elle soit susceptible d'être altérée ? Le fait de compromettre peut se définir comme « *exposer à un risque, à une atteinte, à un danger* [483]». Bien que sous l'égide de l'ancien Code pénal, les juges exigeaient une altération de la santé de l'enfant comme l'exposait GARÇON pour la privation de soins et d'aliments, « *la loi ne punit que le résultat effectivement réalisé* »[484]. L'incrimination a depuis changé et n'est plus aujourd'hui rattachée au délit de violences, sa répression ne dépendant plus de l'ITT subie par la victime[485]. Cette modification a eu pour corollaire le déplacement de l'incrimination au sein du Code pénal et son introduction dans une section concernant la « *mise en péril des mineurs* », au côté du délit de soustraction des parents à leurs obligations légales. Les travaux parlementaires sur le nouveau Code pénal vont dans le sens du caractère formel de ces infractions[486] puisque le rapport de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale précise, au sujet de la privation de soins, « *qu'il n'est pas nécessaire que la privation ait effectivement compromis la santé de l'enfant, mais qu'il suffit que celle-ci soit susceptible d'être compromise* »[487].

Par conséquent, il n'est pas nécessaire que la santé de l'enfant soit réellement compromise et l'acception de la formule vaut pour les deux infractions. Cela renvoie à la différence entre le péril et le danger, ou encore entre le dommage, déjà réalisé, et le risque, potentiel ; « *le juge doit être convaincu de la réalité du péril encouru par le mineur. La réalité d'un dommage est superflue, mais celle du risque est nécessaire* »[488].

191. Ce caractère formel se retrouve en jurisprudence. Ainsi, la Cour d'appel de Douai[489] condamne une mère pour avoir laissé ses enfants, âgés de treize et quatorze ans, seuls à la maison avec des victuailles mais sans eau, ni gaz, ni électricité. En l'absence d'atteinte effective, les victimes étaient nourries par les voisins, la juridiction caractérise l'infraction estimant que la situation est de nature à compromettre la santé des enfants. La Cour de

[482]Cass. crim., 12 oct. 2005, *Dr. Famille* 2006, comm. 72, note de LAMY Bertrand ; *Dr. pén.* 2006, comm. 6, note VERON Michel ; *JCP G* 2006, II, 10022, note LEBLOIS-HAPPE Jocelyne; *D*. 2006, p. 2446, note MARECHAL Jean-Yves ; *Gaz. Pal*. 2005, p. 4082, note COMMARET Dominique.
[483] Larousse en ligne, http://www.larousse.fr/encyclopedie/, entrée : compromettre.
[484] GARÇON Émile, *Code pénal annoté*, Sirey, article 312, n° 33.
[485] Sous l'empire de l'ancien Code pénal, il ne pouvait y avoir de sanction à défaut d'altération effective de la santé de l'enfant puisque la répression dépendait de cette atteinte et de sa gravité.
[486] BOULOC Bernard, FRANCILLON Jacques, MAYAUD Yves, ROUJOU de BOUBÉE Gabriel, « *Code pénal commenté* », *op. cit.*, p. 485.
[487] Rapport PEZET, Doc. AN, n° 2121, p. 231.
[488] de LAMY Bertrand, note sous Cass. crim., 12 oct. 2005, *Dr. Famille* 2006, comm. 72.
[489] Douai, 15 févr. 2006, *JCP G* 2006, IV, 2874.

cassation ne retient pas une conception différente lorsque face à une mère imposant à sa fille de rester hors de chez elle quand elle reçoit des amis, elle valide la position des juges du fond qui caractérisent une privation de soins et d'aliments en relevant que la mineure « *allait parfois trouver refuge et nourriture chez une voisine, ce qui peut expliquer l'absence de carences alimentaires ou d'anomalies* »[490]. Dans ces deux décisions, les juges entrent en voie de condamnation alors qu'aucune atteinte effective à la santé de l'enfant n'est constatée.

192. Une décision abonde cependant dans le sens inverse, rendue sur la base de l'alinéa 2 de l'article 227-15 du Code pénal[491]. Dans cette espèce, la prévenue est poursuivie du chef de privation de soins ou d'aliments pour avoir maintenu sur la voie publique son fils, âgé de moins de six ans, afin de solliciter la générosité des passants. Les juges du fond relaxent la mère au motif que la santé de l'enfant n'est pas compromise[492], bien que cela ne constitue pas une condition du texte, lequel vise une privation « *au point de compromettre la santé de l'enfant* » et non compromettant la santé de l'enfant. La Haute juridiction n'a pas suivi les conclusions de l'Avocat général Dominique COMMARET qui recommandaient que « *le juge répressif ne saurait se satisfaire du simple constat d'une absence d'altération actuelle de la santé de l'enfant […]. Il lui appartient […] de vérifier* in concreto *l'existence ou l'absence de danger réel et certain de compromission de la santé physique ou psychologique du jeune enfant maintenu dans un espace public pour solliciter la générosité des passants* »[493]. Cette décision n'est « *conforme ni à l'esprit de la loi, ni à sa lettre, […] et détacher la privation de soins des violences a constitué un progrès pour la protection de l'enfance. Imposer, de nouveau, la preuve d'un résultat pour en réprimer une forme particulière réalise, nous semble-t-il, un recul de cette protection* »[494].

193. L'analyse est identique dans le délaissement de mineur de quinze ans de l'article 227-1 C. pén., lequel doit être réalisé dans un lieu qui ne permette pas d'assurer la santé de la victime, sans pour autant que celle-ci soit véritablement affectée. Face à une jeune femme qui,

[490] Cass. crim., 9 févr. 2000, pourvoi n° 99-82477.
[491] Cass. crim., 12 oct. 2005, préc.
[492] TGI Paris, 13 janv. 2004, *AJ pénal* 2004, p. 244, note REMILLEUX Pascal. Le tribunal relaxe la prévenue estimant que « *l'altération de la santé de l'enfant doit être établie* ». Confirmation en appel, par Paris, 15 févr. 2005, bien que la juridiction relève aussi que l'exposition de l'enfant à la survenue de dommages personnels suffit à caractériser l'infraction. Cette double motivation, contradictoire, fait dire à Monsieur AMAR que « *l'arrêt s'expose donc logiquement à une cassation pour violation de l'article 593 du Code de procédure pénale en raison de la contradiction de motifs* » : AMAR Jacques, « privation d'aliments ou de soins envers un mineur », *J.-Cl. Pén.*, fasc. 20, 2005, n° 24.
[493] COMMARET Dominique, *Gaz. Pal*. 2005, p. 4086, préc.
[494] LEBLOIS-HAPPE Jocelyne, *JCP G* 2006, II, 10022, préc.

après avoir accouché seule chez elle, place l'enfant emmailloté dans un sac plastique non fermé et le dépose sur un trottoir en croyant que celui-ci est mort, les juges du fond caractérisent le délaissement de mineur au motif que le « *dépôt d'un nouveau né sur un trottoir ne permet pas d'assurer sa santé et sa sécurité* ». La répression ne requiert pas d'atteinte effective à la santé, tout comme en matière d'infractions de provocation où le fait que le mineur consomme, ou pas, réellement les stupéfiants ou l'alcool proposés n'est pas pris en considération pour caractériser l'infraction. À défaut d'avoir consommé les produits, la santé de la personne ne peut être affectée.

194. En incriminant des comportements simplement susceptibles de porter atteinte à la santé des mineurs, le législateur adopte une conception extensive de l'intégrité physique et corrélativement du corps, s'éloignant de l'appréhension primaire par l'intégrité corporelle. La même démarche se retrouve avec la représentation du corps où la réalité cède le pas à la fiction.

II – Un corps virtuel

195. Le Code pénal comporte, au sein du Titre relatif « *aux atteintes à la personne humaine* », une section intitulée « *de l'atteinte à la représentation de la personne* ». Cette dernière est composée d'une infraction unique qui consiste à réaliser des montages avec la parole ou l'image d'une personne sans son consentement. En dehors de cette incrimination générale, le corps du mineur fait l'objet d'une infraction spécifique visée à l'article 227-23 C. pén., et qui réprime divers comportements intervenant dans la diffusion d'image d'un mineur à caractère pornographique. L'appréhension du corps n'est plus matérielle mais virtuelle, l'individu n'étant plus fait de chair et de sang mais de papier et d'encre ou de pixels ; ce qui constitue une extension notoire au droit commun. L'infraction vise à lutter contre l'exploitation du corps des mineurs à des fins sexuelles (A) et requiert pour être caractérisée son image ou sa représentation (B), devant revêtir un caractère pornographique (C).

A – La lutte contre une exploitation sexuelle du corps des mineurs

196. L'infraction de l'article 227-23 du Code pénal est issue de la loi du 17 juin 1998[495] qui vise à lutter contre les développements contemporains de la délinquance sexuelle *via* les moyens récents de télécommunication et notamment l'Internet. L'impulsion de cette politique ne vient pas exclusivement du Législateur français puisque l'article 34 c) de la CIDE impose aux États de protéger l'enfant contre toute forme d'exploitation sexuelle en déclarant que « *les États parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. À cette fin, les États prennent en particulier toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher :* […] *que des enfants ne soient exploités aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographique* »[496]. La France ayant ratifié cette Convention le 7 août 1990, ce qui peut apparaître comme une évolution pour le droit français n'est en fait, qu'une mise en conformité à ses engagements internationaux.

197. À la lecture des textes normatifs relatifs à cette infraction, la *ratio legis* semble être double. D'une part, il ressort de la rédaction même de la CIDE la volonté de protéger l'enfant, dans son intégrité physique et morale, le texte visant à « *protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle* ». D'autre part, l'article 227-23 C. pén. vise plutôt à lutter contre les réseaux et plus indirectement contre les personnes qui en tirent un profit, financier ou personnel. Les buts objectifs paraissent étroitement liés tant il est évident que la lutte contre les réseaux revient à protéger l'enfant contre l'exploitation et les violences sexuelles.

198. L'infraction de l'article 227-23 du Code pénal est l'illustration d'une protection de plus en plus accrue du corps du mineur. Il s'agit d'un délit, classé dans une section relative à « *la mise en péril des mineurs* », et dont les éléments constitutifs n'exigent pas de contact avec le corps de l'enfant. Le but est d'éviter la circulation de ces images qui ne peuvent « *qu'encourager les amateurs d'enfants à s'adonner à leurs passions* »[497]. La victime n'est

[495] Loi n° 98-458 du 17 juin 1998 « relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs », JORF 18 juin 1998, p. 9255.
[496] Convention internationale des droits de l'enfant de New York du 20 novembre 1989, disponible sur : http://www.justice.gouv.fr/textfond/enfant.htm.
[497] NERAC-CROISIER Roselyne, « L'efficacité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuel » *in Le mineur et le droit pénal*, NERAC-CROISIER Roselyne (dir.), L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997, p. 34.

pas un mineur en particulier mais la catégorie des personnes mineures prise dans son ensemble, justifiant que l'infraction ne soit pas limitée aux mineurs de quinze ans ; la matérialité de l'image ou de la représentation reste néanmoins nécessaire.

B – Du virtuel à l'imagination, de l'image à la représentation

199. Le texte vise une image ou une représentation d'un mineur. La première s'entend d'« *une appréhension directe* »[498], en référence aux comportements incriminés comme le fait de « *fixer* » ou d'« *enregistrer* » l'image. Il peut alors s'agir de photographies ou de vidéos, l'image étant fixe ou en mouvement. Dans les deux hypothèses, la personne mineure figurant sur la photo ou la vidéo est nécessairement réelle, même si l'appréhension du corps est virtuelle. L'infraction est constituée dès lors que la victime a l'apparence d'un mineur[499], ce qui inverse la charge de la preuve qui, s'agissant d'une condition préalable à l'infraction, doit être normalement apportée par le ministère public. Si le mineur figurant sur les photos ou vidéos pouvait être imaginaire, comme pour des dessins animés, la présomption de minorité issue de son apparence ne pourrait jamais être combattue. En exigeant que le mineur soit réel, le texte permet à l'auteur présumé de démontrer que la personne figurant sur l'image était âgée d'au moins dix-huit ans au jour de sa fixation ou de son enregistrement.

200. Encore faut-il savoir ce qui caractérise l'apparence de minorité. S'il est des cas où la personne est à l'évidence mineure, par exemple pour les mineurs en bas âge, il demeure indéniablement des situations où le doute sur l'apparence de la personne figurant sur l'image prendra le dessus ; et ce d'autant plus que l'infraction vise comme victime tout mineur et non seulement ceux de quinze ans pour lesquels les traits juvéniles sont plus prononcés. La notion même d'apparence renvoie à une appréciation subjective de l'individu qui apprécie l'image. Selon l'adage « *in dubio pro reo* », le doute doit profiter à l'accusé et aucune poursuite ne devrait être engagée dans ces cas litigieux. Quid si l'image représente une majeure prenant l'apparence d'une lycéenne mineure ? Cette situation révèle tout autant un comportement « déviant », mais l'acte restera en dehors de toute répression à défaut d'état de minorité effectif.

[498] RASSAT Michèle-Laure, « Détention d'image de mineur à caractère pornographique », *J.-Cl. Pén.*, 2002.
[499] Art. 227-23 dernier al du Code pénal.

201. Le législateur appréhende également le corps du mineur au travers de sa **représentation**. La notion de « représentation » a un sens plus large que celui d' « image », puisqu'elle peut être réalisée en l'absence d'un mineur et sur une base imaginaire, rendant répréhensibles les œuvres de pur esprit. La partie de l'infraction renvoie à la *ratio legis* du texte et renforce l'idée que la victime n'est pas le mineur représenté puisqu'ici il n'existe pas. S'il apparaît que le terme « image » est bien approprié à l'infraction et que les comportements visés à l'article 227-23 C. pén., consistant à diffuser ou à consulter ces images, peuvent être annonciateurs d'acte de délinquance sexuelle plus important, il en va différemment de la représentation. Des situations discutables risquent d'apparaître, comme celle portée devant la Cour de cassation le 12 septembre 2007[500] et qui concernait la représentation d'un mineur imaginaire dans un manga japonais. Les poursuites étant engagées contre trois personnes du chef de diffusion d'image ou de représentation de mineur à caractère pornographique : d'une part l'importateur du film réalisé au Japon, qui les avait diffusé auprès de revendeurs ; d'autre part le directeur de production et enfin la gérante de la société de diffusion. La Haute juridiction valide la condamnation prononcée par les juges du fond en reprenant leurs arguments, qui résidaient dans la petite taille du personnage par rapport aux autres, l'absence de signes morphologiques laissant supposer qu'il pourrait s'agir d'un adulte, et enfin les traits de son visage qui le laissent apparaître comme un très jeune enfant. Le caractère pornographique est constitué par les relations sexuelles entre ce personnage et des femmes adultes.

Cette décision appelle quelques critiques quant aux critères utilisés. Si la petite taille et les traits du visage sont assez aléatoires pour déterminer la minorité, qu'en est-il des nains ? De plus, il suffirait, s'agissant de représentation imaginaire, de tailler les oreilles du personnage en pointe pour que celui-ci devienne un elfe ou lui donner des ailes pour en faire une fée et échapper ainsi à la répression pénale. Le Droit pénal a-t-il également vocation à réprimer la diffusion de représentations d'elfes ou de fées à caractère pornographique ?[501] Cependant, toute image ou représentation du corps des mineurs n'est pas prohibée, encore faut-il que celles-ci soient pornographiques.

[500] Cass. crim., 12 sept. 2007, pourvoi n° 06-86763 ; *Dr. pén.* 2007, comm. 152, note VERON Michel.
[501] Le comportement pourrait consister dans la diffusion d'image à caractère pornographique d'un mineur réprimée par l'article 227-24 C. pén.

C – Le caractère pornographique de l'image ou de la représentation

202. L'image ou la représentation doit avoir un caractère pornographique, ce qui pose la question de savoir ce que recouvre le terme « pornographie ». Si le caractère évolutif de la notion ne fait aucun doute[502], trouver un consensus général sur sa définition se révèle être une tâche ardue. Aujourd'hui encore, « *le moralisme continue d'imprégner la pensée dans le domaine de la pornographie et dans quelques autres liés à la sexualité* »[503]. Etymologiquement, le mot « pornographie » vient du grec « porne » et « graphein » qui signifie « ce qui est écrit sur les prostituées ». La définition a évolué et peut correspondre à « *la représentation de choses obscènes destinées […]avec l'intention délibérée de provoquer l'excitation sexuelle du public* »[504]. La référence à des « *choses obscènes* » continue à donner de la pornographie une définition essentiellement subjective et morale, la notion souffrant d'*a priori,* le terme étant systématiquement utilisé dans un sens péjoratif. Le caractère pornographique est une composante de diverses infractions[505] et le principe de légalité criminelle, principe fondamental du droit criminel et impératif constitutionnel[506], requiert que l'incrimination soit claire. Il « *impose au législateur, comme une exigence logique de sa fonction normative, la rédaction de textes définissant sans ambiguïté les comportements qu'ils érigent en infractions, et les sanctions qui leur sont attachées. La loi criminelle ne peut assurer pleinement et véritablement son rôle de protection contre l'arbitraire possible des juges et de l'administration, sa mission pédagogique à l'égard des citoyens soucieux de connaître le champ de liberté qui leur est reconnu, et son devoir de prévention générale et spéciale à l'encontre des délinquants potentiels, que si elle détermine avec soin les limites du permis et de l'interdit* »[507].

203. Tenter de définir la pornographie n'est pas l'objet premier de cette étude mais quelques éléments peuvent être apportés concernant spécifiquement le corps des mineurs. En l'absence de définition légale, la pornographie est caractérisée selon les considérations subjectives propres à chaque magistrat. Lors d'un rapport sur ce thème, le Parlement européen

[502] RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Précis », 5e éd., 2006, n° 625, p. 657.
[503] OGIEN Ruwen, *Penser la pornographie*, PUF, coll. « Questions d'éthique », 2003, p. 15.
[504] Trésor de la langue française, *V°* « pornographie », http://atilf.atilf.fr/tlf.htm.
[505]L'article 227-23 C. pén. et l'article 227-24 C. pén. qui vise le délit de diffusion de message à caractère pornographique susceptible d'être vu ou perçu par des mineurs.
[506] Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, JORF 22 janvier 1981, p. 308.
[507] VITU André, note sous Cass. crim., 1re févr. 1990, *RSC* 1991, p. 555.

constate que « *toute tentative sérieuse de définition met en lumière le caractère éminemment relatif, subjectif et évolutif de ce qui peut être considéré comme pornographique* »[508].
Malgré cette subjectivité, des éléments objectifs communs aux différentes conceptions peuvent être mis en exergue[509]. La grande majorité des définitions accepte pour base la relation pornographie-représentation d'activités sexuelles, laquelle ne s'inscrit pas dans un cadre de réciprocité. Si pour être pornographique la représentation doit être sexuelle, l'inverse n'est pas forcément vrai puisqu'il existe des représentations d'activités sexuelles qui ne sont pas pornographiques. Par exemple, de nombreuses représentations de scènes sexuelles qui se retrouvent dans les fresques égyptiennes, ou sur le fronton de certains temples indous, ne sont pas qualifiées juridiquement de pornographiques, et revêtent un caractère historique et culturel.

204. Pour les mineurs, la représentation de leur nudité ou celle d'un rapport sexuel les incluant n'est pas suffisante[510], il faut « *que s'y ajoute le spectacle d'une perversion ou d'une obscénité […] comme un gros plan sur le sexe du mineur filmé ou photographié dans une position le réduisant à l'état d'objet sexuel* »[511]. La Cour de cassation exerce un contrôle sur la qualification pornographique des images ou représentations, les juges du fond devant préciser en quoi l'image ou la représentation est pornographique. Sous l'empire de l'article 283 de l'ancien Code pénal, la jurisprudence caractérisait la pornographie, dans le cadre du délit d'outrage aux bonnes mœurs, par « *la représentation minutieuse de violences et de perversions sexuelles, dégradantes pour la personne humaine* »[512]. Á défaut de caractère pornographique, les représentations d'enfants nus ne font pas l'objet de répression. Un individu n'est pas un délinquant sexuel lorsqu'il prend des photos de ses enfants nus dans leur bain, dans leur piscine, ou sur la table à langer. Suivant la jurisprudence, l'image pornographique se caractériserait par la représentation des organes sexuels, des relations

[508] Rapport de la commission des libertés publiques et des affaires intérieures sur la pornographie, 24 septembre 1993, PE 204.592/déf.
[509] Le philosophe Norbert CAMPAGNA évoque quatre critères pour définir objectivement ce qui est pornographique : le contenu, la forme, l'intention de l'auteur et le message véhiculé. Toutefois, ces critères ne sont pas repris par les magistrats, qui font souvent référence au contenant plutôt qu'au contenu. CAMPAGNA Norbert, *La pornographie, l'éthique et le droit*, L'Harmattan, 1998.
[510] Rennes, 11 janv. 1949, *RSC* 1949, 571, note HUGUENEY Pierre.
[511] BOULOC Bernard, FRANCILLON Jacques, MAYAUD Yves, ROUJOU de BOUBÉE Gabriel, *Code pénal commenté*, Dalloz 1996, p. 506.
[512] Cass. crim., 25 janv. 1979, *RSC* 1979, p. 837, note LEVASSEUR Georges ; Cass. crim., 6 mai 1986, *D*. 1987, somm. 150 ; Paris, 11 sept. 1989, *Dr. pén*. 1990, comm. 48, note VERON Michel.

sexuelles[513] ainsi que des « *poses pornographiques* »[514], laissant sous-entendre que la nudité, selon certaines poses, devient pornographique.

205. Dans le cadre de l'article 227-23 du Code pénal, il est évident que « *le caractère pornographique de l'image, à partir du moment où la connotation sexuelle est établie, sera d'autant plus accentué du fait de la minorité de la victime* »[515]. Une même représentation à caractère sexuel pourrait ne pas être considérée comme pornographique, selon que l'individu représenté est mineur ou majeur. La psychose du « pédophile », définit comme la « *personne éprouvant une attirance sexuelle pour les enfants* »[516], se fait très présente dans la société et se déplace sur le terrain virtuel. Bien que non juridique[517], le concept se retrouve en jurisprudence où les magistrats font référence à des « *sites pédophiles* »[518], des « *sites pornographiques mettant en scène des mineurs* »[519], des « *sites à caractère pédo-pornographique* »[520] ou encore au téléchargement de « *vidéos pédophiles* »[521]. Si toutes ces références ne nous permettent pas de mettre en évidence ce qui est objectivement pornographique, elles caractérisent l'existence d'une pornographie spécifique aux mineurs et corrélativement d'une appréhension pénale plus large de la représentation de son corps où les dérives interprétatives doivent être évitées[522].

[513] Cass. crim., 29 mars 2006, pourvoi n° 05-85857 : les magistrats utilisent le terme de « *vidéos pédophiles* » pour caractériser des films représentant des relations sexuelles entre mineurs ou entre mineurs et majeurs. Dans la même affaire, la juridiction vise également comme élément matériel des images de mineurs nus, sans aucune référence à une posture particulière.
[514] Cass. crim., 1er mars 2006, pourvoi n° 05-83949.
[515] URBANSKI Pascale, « Protection de l'image du mineur », *J.-Cl. Communication*, fasc. n° 3430, 2005, n°10.
[516] Trésor de la langue française, *v°* « pédophilie », http://atilf.atilf.fr/tlf.htm.
[517] Le terme est absent du Code pénal et ne renvoie à aucune conception juridique.
[518] Cass. crim., 28 sept. 2005, pourvoi n° 04-85024.
[519] Cass. crim., 5 janv. 2005, pourvoi n° 04-82524.
[520] Cass. crim., 29 nov. 2006, pourvoi n° 06- 80664.
[521] Cass. crim., 29 mars 2006, pourvoi n° 05-85857.
[522] Cass. crim., 20 sept. 2006, pourvoi n° 06-84343. La chambre criminelle estime que le délit de l'article 227-23 du Code pénal est constitué par la prise de photos d'un mineur nu sans aucune autre précision. Le fait que l'individu soit également poursuivi du chef de viols et d'agressions sexuelles sur mineurs ne doit pas être la justification de la modification de la nature pornographique ou non de ces images.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

206. Le corps n'est pas une chose, mais le substrat de la personne, les deux éléments étant assimilés. Le droit pénal a traditionnellement fait abstraction du corps et appréhendé celui-ci au travers du concept de la personne humaine et plus spécifiquement de son intégrité physique. La conception du corps est alors globale, la personne pouvant être mineure ou majeure, mais impose d'être vivant pour revêtir cette qualification juridique. Toute atteinte à l'intégrité physique est prohibée en vertu des principes fondamentaux que sont l'intangibilité, l'inviolabilité et l'indisponibilité du corps humain. Peu importe l'intention de l'auteur, ce qui compte c'est le résultat, à savoir l'atteinte au corps, qu'elle soit volontaire ou involontaire, de faible importance (violences légères) comme graves (les atteintes à la vie), appréciée qualitativement (mutilation ou infirmité permanente) ou quantitativement (ITT).

207. Au-delà de l'enveloppe physique accueillant la personne humaine, le corps est également appréhendé indépendamment de la personnalité juridique au travers des éléments et produits qui le composent ou de la dépouille mortelle. La tentation de sa réification est alors forte poussant le législateur à adopter la loi du 29 juillet 1994 « relative au respect du corps humain »[523], qui crée diverses dispositions protectrices intégrées à la fois dans le Code civil et dans le Code pénal. Á l'occasion du nouveau Code pénal, les infractions sont introduites dans un Livre V au sein d'une section relative à la protection du corps humain. Seule hypothèse où le terme corps apparaît dans les titres du Code pénal, son contenu s'avère décevant, les incriminations ne relevant que de l'éthique biomédicale et visant uniquement les composantes du corps humain, soit les organes, cellules, tissus, éléments et produits du corps humain, même si les mineurs y tiennent une place particulière en raison de leur quasi exclusion des prélèvements[524]. Les dispositions présidant à sa protection sont étendues à ses produits et éléments ainsi qu'à la dépouille mortelle conduisant à une appréhension en dehors de la personne humaine.

208. Dans cet arsenal juridique, le corps de la personne mineure est appréhendé spécifiquement en raison de sa croissance, mais de façon dispersée, le législateur visant parfois uniquement les mineurs de quinze ans. Le corps est perçu non seulement comme

[523] Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 « relative au respect du corps humain », JORF 30 juillet 1994 p. 11056.
[524] Cf. *infra* n° 512.

l'enveloppe extérieure mais aussi par des notions plus abstraites comme la santé, laquelle s'affirme comme élément autonome de l'intégrité physique, aux côtés de l'intégrité corporelle. Afin de garantir le développement de la personne mineure, le législateur érige les incriminations relatives à sa santé en infractions de nature préventive, permettant de sanctionner l'individu en dehors de toute atteinte effective à la santé, sur la base du risque qu'elle lui fait encourir. Reculant encore dans l'incorporel, le corps est appréhendé en dehors de toute matérialité avec l'infraction d'image et de représentation de mineur à caractère pornographique où l'analyse bascule dans le virtuel voire dans l'imaginaire, sanctionnant des représentations de mineurs imaginaires. Lorsque le corps est associé à la minorité, l'acception retenue paraît bien éloignée de sa dimension physique et des impératifs d'intangibilité, d'inviolabilité et de non-patrimonialité qui président à son étude.

CONCLUSION DU TITRE 1 :

209. Sortant des définitions données par les autres branches du droit, la minorité revêt une acception particulière et plurielle en Droit criminel. Qu'il s'agisse de mineur auteur d'infraction ou de mineur victime, la minorité ne se désigne pas exclusivement par le seuil de dix-huit ans. Divers paliers intermédiaires se retrouvent : dix, treize, quinze et seize ans font de la minorité une notion variable. Ainsi, lorsque le législateur utilise la minorité de quinze ans comme condition préalable à l'infraction, les dispositions spécifiques ne s'appliquent plus pour les mineurs de quinze à dix-huit ans, entraînant un traitement différencié selon la catégorie de mineurs. Ces deux seuils d'âge peuvent également être utilisés cumulativement, le législateur visant le mineur comme victime d'infraction et la minorité de quinze ans constituant une circonstance aggravante. En sus de cette référence purement numéraire, l'apparence de minorité est également prise en considération par le législateur soit pour faciliter les poursuites (comme l'apparence de minorité dans l'infraction de diffusion d'image de mineur à caractère pornographique), soit pour mettre en échec la répression (apparence de majorité comme dans les infractions en matière sexuelle où l'erreur sur l'âge permet d'éviter la sanction).
Ces divers éléments mettent en exergue le caractère évolutif de la minorité et l'attention particulière portée par le législateur aux mineurs les plus jeunes, à savoir les mineurs de quinze ans. Ces considérations posent alors la question d'un seuil intermédiaire uniforme et cohérent.

210. Une logique identique se retrouve s'agissant du concept de corps. Bien que sa définition soit commune à tout individu, le corps étant fait de chair et de sang et se retrouvant juridiquement appréhendé au travers de la personne humaine, la minorité de l'individu conduit le Droit pénal à en retenir une acception plus large. Des dispositions spécifiques visent ainsi à garantir davantage la santé des mineurs et les provocations à la consommation de produits nocifs pour sa santé sont érigées en infraction (provocation à la consommation d'alcool et de stupéfiant). L'aspect évolutif de la minorité se retrouve pour le corps auquel le législateur tend à assurer un bon développement.

211. Au-delà même du caractère tangible du corps humain au travers de son intégrité physique (composée de l'intégrité corporelle et de la santé), la minorité de la personne conduit le Droit pénal à appréhender, dans certains cas, le corps dans une dimension virtuelle voire même imaginaire comme en matière de diffusion d'image de mineur à caractère pornographique. Aussi, « *en droit pénal, on pourrait trouver contradictoire que le mineur de plus de quinze ans ait la possibilité de consentir librement à des relations de nature sexuelle, mais que le partenaire qui exploiterait l'image de ces relations risquerait la poursuite car le texte ne distingue pas. […] Il y aurait plus grave à représenter qu'à faire* »[525].

212. Minorité et corps apparaissent être des éléments auxquels le législateur porte une attention toute particulière, et ce d'autant plus lorsque les deux sont réunis. Le corps de la personne mineure fait l'objet d'un traitement pénal spécifique et d'une protection renforcée (fondée sur la vulnérabilité du mineur et de son corps).

[525] HAUSER Jean, « L'enfant ou l'enfance ? Le droit à l'image », *D*. 2010, p. 214.

TITRE 2 :

LA VULNERABILITE,

JUSTIFICATION DE LA PROTECTION

213. Une personne est vulnérable lorsqu'elle est « *exposée aux blessures, aux coups* »[526], ne disposant pas des aptitudes lui permettant d'éviter cette exposition ou d'en être protégée. L'individu mineur est par essence dans cette situation[527], « *l'enfant naît vulnérable et le demeure longtemps […]. La dépendance de l'enfant est totale : physique, économique et juridique* »[528]. Cette dépendance se traduit juridiquement par une incapacité civile[529] partielle. La personne mineure dispose d'une capacité de jouissance, c'est-à-dire d'une « *aptitude à devenir titulaire d'un droit ou d'une obligation qui, pour une personne physique, ne peut être entamée, dans les cas exceptionnels limitativement prévus par la loi, que pour la jouissance d'un droit déterminé, une exclusion générale équivalent à la perte de la personnalité juridique et à la mort civile* »[530]. Son incapacité réside alors dans l'exercice de ces droits et non dans leur existence. Cette incapacité d'exercice se définit comme l' « *inaptitude juridique par l'effet de laquelle une personne ne peut, à peine de nullité, [soit] exercer elle-même ses droits (sauf à être représentée par une autre personne, ex. le mineur représenté par le tuteur)* »[531]. Le mineur est en principe inapte à consentir seul, il doit être soit assisté de ses parents comme en matière de mariage[532], soit représenté par ceux-ci comme pour les actes médicaux où l'article L. 1111-2 C. santé pub. précise que « *les droits des mineurs […] sont exercés, selon les cas par les titulaires de l'autorité parentale* ».

L'incapacité est une notion de Droit civil qui n'est pas reprise par le Droit pénal, lequel s'en affranchit lorsqu'il incrimine certains comportements. Par exemple, le mécanisme d'émancipation[533], consistant pour les mineurs âgés de seize ans révolus à acquérir une pleine capacité juridique, ne permet pas à l'auteur d'une infraction commise à leur encontre d'échapper à la répression. Bien qu'aucune définition ne figure dans le Code pénal, l'ancien Code de 1810 visait « les personnes hors d'état de se protéger » et le nouveau Code pénal modifie quelque peu la catégorie en faisant référence aux « personnes vulnérables » ou à la

[526] Trésor de la langue française, *V°* « vulnérable », http://atilf.atilf.fr/tlf.htm.
[527] NEIRINCK Claire, « L'enfant, être vulnérable », *RDSS* 2007, p. 5. Voir également FOSSIER Thierry, « Démocratie sanitaire et personnes vulnérables », *JCP G* 2003, I, 135, p. 931 ; HAUSER Jean, « Des incapables aux personnes vulnérables », *Dr. Famille* 2007, étude 14.
[528] NEIRINCK Claire, « L'enfant, être vulnérable », art. préc.
[529] Par exemple en matière contractuelle, l'article 1124 C. civ. dispose que « sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : les mineurs non émancipés ». Il ne s'agit cependant que d'une prohibition de principe qui connaît de nombreuses exceptions. Voir notamment : CERMOLACCE Arnaud, « Les contrats du mineur », *Dr. Famille* 2006, étude 27 ; FIACRE Valérie, *La capacité contractuelle du mineur non émancipé*, Mémoire, Nancy, 1995.
[530] CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, *v°* « capacité (- de jouissance) », PUF, coll. « Quadrige », 2007.
[531] *Ibid.*, *v°* « incapacité (- d'exercice) ».
[532] L'article 148 C. civ. rappelle que « *les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère* ».
[533] Art. 413-1 et s. C. civ.

« vulnérabilité ». Le législateur allie très souvent, pour ne pas dire tout le temps, minorité et vulnérabilité, soit en tant que circonstances aggravantes[534], soit en tant qu'éléments constitutifs[535]. Si les deux notions ont de nombreux points communs, elles sont néanmoins distinguées dans les incriminations.

L'appréhension particulière par le Droit criminel, à la fois de la minorité et du corps de la personne mineure, semble trouver son fondement dans la vulnérabilité (Chapitre 1), laquelle induit un dispositif pénal spécifique (Chapitre 2), adapté à cette catégorie de victimes.

[534] Voir notamment toutes les infractions de violences volontaires des articles 222-1 et s. C. pén. où le législateur suivant une rédaction identique aggrave l'infraction en raison de la minorité de quinze ans de la victime ou de sa particulière vulnérabilité.

[535] Tel est le cas par exemple de l'article 225-12-1 C. pén. qui réprime le recours à la prostitution de mineurs ou de personnes particulièrement vulnérables.

CHAPITRE 1 :

UNE VULNERABILITE INHERENTE A LA MINORITE

214. L'individu est naturellement vulnérable puisque dès la naissance, il est exposé au monde extérieur, aux blessures et aux coups, ne pouvant s'y dérober que par l'intermédiaire d'un tiers. *A contrario*, la personne n'est plus vulnérable quand elle n'est plus exposée, c'est-à-dire lorsqu'elle acquiert l'aptitude à se défendre et à éviter les blessures et les coups. Si la faiblesse est inhérente à la minorité, tout mineur n'est pas pour autant vulnérable et toute personne vulnérable n'est pas forcément mineure. Les différents seuils d'âge retenus par le Code pénal pour ponctuer la minorité conduisent à s'interroger sur une corrélation absolue et générale entre minorité et vulnérabilité.

215. La vulnérabilité est appréhendée dans le Code pénal essentiellement[536] par référence à ses causes rendant l'individu particulièrement vulnérable, au rang desquelles figure l'âge. Aucune précision n'étant apportée dans les différentes incriminations, il peut s'agir du grand âge tout comme du jeune âge, la minorité constituant une cause de vulnérabilité. Pourtant, dans chaque hypothèse où la particulière vulnérabilité est érigée en circonstance aggravante, le législateur vise également la minorité de quinze ans. Cette précision ne signifie pas pour autant que les mineurs de quinze ans ne soient pas vulnérables, mais qu'ils le sont d'une manière non particulière, c'est-à-dire naturellement. Comme le rappelait la ministre déléguée à la Justice lors des débats parlementaires sur le nouveau Code pénal : « *jusqu'à 15 ans […] le projet de loi pose, en quelque sorte, une présomption générale de vulnérabilité des mineurs […]. Au-delà de 15 ans, toute protection n'est pas retirée aux mineurs par la loi, mais celle-ci confie au juge le soin d'apprécier au cas par cas si, compte tenu de sa maturité – qui peut être très différente selon les individus – le mineur peut ou non être considéré comme une personne vulnérable* »[537]. La subdivision déjà mise en avant dans la première partie de l'étude

[536] La seule exception figure aux articles 225-13 et -14 C. pén. qui visent la vulnérabilité de la victime sans énoncer de critère, même si l'article 225-15-1 C. pén. précise que cet état est caractérisé par la minorité et l'extranéité de la victime.
[537] JOAN du 22 juin 1991, p. 3511.

semble trouver ici son fondement, la vulnérabilité étant présumée pour les mineurs de quinze ans (section 1), et doit être prouvée pour les mineurs de plus de quinze ans (section 2).

Section 1 : Une vulnérabilité présumée des mineurs de quinze ans

216. « *Pour manifester son souci des droits de l'homme, le nouveau code pénal se doit de protéger les plus faibles ce qui est une façon aussi d'exprimer une pédagogie du respect des plus faibles et de la solidarité* »[538]. Si le Code pénal évoque de nombreuses situations où la minorité peut être une cause de vulnérabilité, il n'existe qu'une seule hypothèse, à l'article 225-15-1, où elle constitue expressément et *de jure* une telle cause. En dehors de cette hypothèse, qui n'est pas limitée aux mineurs de quinze ans, la vulnérabilité « *se caractériserait par une relation de force ou d'autorité et par une inaptitude à résister ou à se défendre* »[539]. La vulnérabilité serait situationnelle, « *soit la victime est en position de faiblesse et son consentement est sans incidence sur l'infraction ; soit elle est en position d'égalité avec "l'auteur" et son consentement tend à justifier l'infraction* »[540]. En deçà de quinze ans, la minorité constitue à elle seule une cause automatique de vulnérabilité, sortant la notion du rapport situationnel qui la définit (I). Cette présomption de vulnérabilité liée à la minorité est parfois maintenue, même au-delà de ce seuil de quinze ans (II).

I – Une vulnérabilité absolue

217. Lorsqu'elle est absolue, la vulnérabilité n'est pas caractérisée selon la personne mineure mais eu égard à l'état de minorité, d'un point de vue objectif. La présomption est irréfragable, l'auteur ne pouvant apporter la preuve contraire, à savoir que la personne n'est pas vulnérable. Tout au plus, la personne poursuivie peut apporter la preuve d'une erreur sur l'âge de la victime, notamment pour le délit d'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans, afin d'éviter la répression[541]. Dans ce cadre, la discussion portera non pas sur la vulnérabilité de la victime mais sur son âge, ce qui aura pour conséquence d'établir ou non sa faiblesse ; la vulnérabilité semble bien liée à l'état de minorité et surtout à la minorité de quinze ans.

---

[538] LAZERGES Christine, « Á propos des fonctions du nouveau code pénal français », *Archives de Politique Criminelle*, 1995, n° 17, p. 10.
[539] PIN Xavier, « La vulnérabilité en matière pénale » *in Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, COHET-CORDET F. (dir.), Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 120.
[540] LAVAUD-LEGENDRE Bénédicte, « La vulnérabilité : fondement tacite du travail forcé et de l'atteinte à la dignité », *D*. 2009, p. 1935.
[541] cf. *supra* n° 145.

Bien que le terme de « vulnérabilité » ne soit jamais associé dans le Code pénal aux mineurs de quinze ans, cette corrélation est sous-tendue dans différentes infractions traduisant une fragilité tant physique que psychique (A) de la personne. Les dispositions pénales ne visent pas seulement à sanctionner les auteurs tirant profit des faiblesses des mineurs de quinze ans mais également à réprimer les manquements des individus chargés d'en assurer la protection (B).

A – Une vulnérabilité physique et psychique

218. Les infractions d'atteinte à l'intégrité physique sont générales et ne visent pas spécifiquement les mineurs. Pour autant, s'agissant d'acte volontaire, le législateur érige systématiquement la minorité de quinze ans en circonstance aggravante. Il en est ainsi des infractions de meurtre[542], de torture et acte de barbarie[543], de violences ayant entrainé soit la mort sans intention de la donner[544], soit une mutilation ou une infirmité permanente[545], soit plus de huit jours d'ITT[546], de viol[547], des autres agressions sexuelles[548]. Ce seuil constitue également une circonstance aggravante pour les violences légères, c'est-à-dire des violences volontaires n'ayant entrainé aucune ITT ou une ITT inférieure à huit jours, l'infraction passant du stade contraventionnel au stade délictuel. Le seuil de quinze ans se retrouve également dans le délit de violence habituelle de l'article 222-14 C. pén. qui réprime plus sévèrement ces comportements en raison, notamment, de l'âge de la victime. Le législateur porte donc une attention particulière aux mineurs de quinze ans et à leur intégrité physique.

219. En l'absence de précision quant à l'auteur de l'infraction, la fragilité physique des mineurs de quinze ans est objective, l'aggravation de la répression étant automatique du seul fait de l'âge de la victime. Or, « *un vieillard, ancien boxeur ou un enfant ayant pris des cours de judo, seront concrètement moins vulnérables que des individus du même âge n'ayant jamais pratiqué de sport de combat* »[549]. Sortant du contexte situationnel, le législateur définit l'état de vulnérabilité en prenant uniquement en considération la victime, à savoir les mineurs

[542] Art. 221-4 C. pén.
[543] Art. 222-3 C. pén.
[544] Art. 222-8 C. pén.
[545] Art. 222-10 C. pén.
[546] Art. 222-12 C. pén.
[547] Art. 222-24 C. pén.
[548] Art. 222-29 C. pén.
[549] PIN Xavier, « La vulnérabilité en matière pénale », art. préc., p. 132.

de quinze ans. Si une personne de douze ans frappe une autre personne de quatorze ans, l'acte constitue des violences volontaires aggravées par la minorité de quinze ans.

220. Des considérations identiques se retrouvent en matière de santé où le seuil de quinze ans semble constituer une ligne de démarcation entre les mineurs vulnérables et dépendants et les mineurs autonomes. Ainsi, l'infraction de privation de soins et d'aliments de l'article 227-15 C. pén., qui consiste à sanctionner « *le fait, par un ascendant ou toute autre personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou ayant autorité sur un mineur de quinze ans, de priver celui-ci d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé* », évoque le seuil de quinze ans. Une interprétation *a contrario* permet de considérer que passé cet âge, l'individu, bien que toujours mineur, est suffisamment autonome pour se procurer des aliments et obtenir des soins. Il convient de rappeler que le terme d'aliments est entendu strictement et vise les denrées alimentaires. À titre d'exemple, sont condamnées sur le fondement de la privation d'aliments la directrice d'une structure d'accueil de mineurs ainsi que la présidente de l'œuvre propriétaire du foyer qui ont détourné des denrées alimentaires destinées aux pensionnaires[550]. Il en est de même d'une mère qui laisse ses enfants, âgés de treize et quatorze ans, seuls à leur domicile, sans gaz, ni eau, ni électricité. Bien que le réfrigérateur contenait des victuailles, les enfants étaient dans l'impossibilité de les faire cuire et donc privés d'aliments[551].
En revanche, les soins sont entendus plus largement et ne se limitent pas aux soins médicaux mais concernent aussi l'hygiène[552], afin de garantir aux mineurs les conditions d'un bon développement physique notamment.

221. Le recours au seuil de quinze ans apparaît cependant inadapté. Concernant l'aptitude du mineur de plus de quinze ans à se procurer des aliments, les dispositions du Code du travail rappellent qu'« *il est interdit d'employer des travailleurs de moins de seize ans* »[553]. Il en est de même pour les contrats d'apprentissage puisque « *nul ne peut être engagé en qualité d'apprenti s'il n'est âgé de seize ans au moins* »[554]. Une dérogation est néanmoins prévue

[550] Paris, 15 juin 1951, *D.* 1951, p. 568.
[551] Douai, 15 févr. 2006, *JCP G* 2006, IV, 2874 ; Juris-Data n° 2006-301590.
[552] Voir *supra* n° 183.
[553] Art. L. 4153-1 C. trav.
[554] Art. L. 6222-1 C. trav. Il convient de préciser que la rémunération lors de la première année d'apprentissage est l'équivalent de 25 % du SMIC pour un mineur de 15 ou 16 ans. Corrélativement d'ailleurs, l'article L. 8224-2 C. trav. qui vise à sanctionner le travail dissimulé, utilise la minorité de seize ans comme circonstance aggravante, le texte visant « *les mineurs soumis à l'obligation scolaire* ».

pour les mineurs âgés de quinze ans à condition qu'ils aient accompli la scolarité du premier cycle de l'enseignement secondaire. Le seuil de seize ans paraît être plus approprié puisqu'il marque également la fin de la scolarité obligatoire et l'insertion potentielle dans le monde du travail, permettant à l'individu d'acquérir une certaine autonomie financière.
Ce seuil de seize ans se retrouve en matière de soins. « *Un enfant souhaitant consulter un médecin […] sans que ses parents le sachent obtiendra sans difficulté un rendez-vous. En revanche, la question du paiement de la consultation reste ouverte* »[555] puisque l'art. L. 861-1 CSS limite la possibilité d'octroi de la couverture médicale universelle (CMU) aux mineurs d'au moins seize ans.

222. Cette présomption de vulnérabilité physique est également présente dans l'infraction de délaissement de mineur de l'article 227-1 C. pén. qui sanctionne l'abandon d'un mineur de quinze ans dans un lieu quelconque sans que les circonstances du délaissement aient permis d'assurer sa santé. La fragilité liée à la minorité de quinze ans conduit à l'inaptitude pour la victime d'assurer seule sa santé. En revanche, passé ce seuil, la maturité de l'individu lui permet d'être autonome et de ne plus être dépendant des tiers pour assurer, notamment sa santé. Bien que les mineurs de plus de quinze ans puissent être victimes de délaissement, le comportement de l'auteur relève d'une autre infraction, plus générale, non spécifique aux mineurs et à la santé. L'article 223-3 C. pén. incrimine le délaissement d'une personne hors d'état de se protéger et la référence à la santé a disparu. L'âge est un critère qui permet de caractériser l'état de faiblesse dans lequel se trouve l'individu et il appartient au ministère public de prouver en quoi la personne est, en l'espèce, hors d'état de se protéger en raison de sa minorité notamment (ce qui concerne uniquement les mineurs de quinze à dix-huit ans).

223. Le mineur de quinze ans est pénalement assimilé à une personne vulnérable physiquement, dépendante d'autrui pour sa survie mais aussi moralement fragile. Cette faiblesse psychique, entendue comme celle affectant l'esprit de l'individu[556], est présente dans les infractions liées à la sexualité des mineurs[557]. Si les mineurs peuvent entretenir des relations sexuelles, les dispositions pénales varient selon que le mineur a plus ou moins de quinze ans. Le législateur, au travers de l'art. 227-25 C. pén., sanctionne les actes de nature sexuelle réalisés entre un mineur de quinze ans et un majeur. La victime est considérée, face à

[555] LAUDE Anne, MATHIEU Bertrand, TABUTEAU Didier, *Droit de la santé*, PUF, 2007, n° 317, p. 328.
[556] Trésor de la langue française, *V°* « psychique », http://atilf.atilf.fr/tlf.htm.
[557] Pour une analyse détaillée des dispositions encadrant la sexualité des mineurs et leur droit d'entretenir des relations sexuelles, cf. *infra* n°388 et s.

un majeur, en situation de faiblesse et son consentement ne permet pas d'éviter la répression. La présomption de vulnérabilité est absolue en matière de sexualité lorsque le partenaire du mineur de quinze ans est un majeur. Ainsi, bien qu'une jeune fille de treize ans soit considérée par les juges du fond comme pleinement consciente de ses actes, les rapports sexuels entretenus avec un partenaire de cinquante-trois ans constituent le délit d'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans[558].

En revanche, les dispositions légales ne sanctionnent pas les actes de nature sexuelle commis entre mineurs, lesquels sont considérés comme réalisés en position d'égalité[559] ; le rapport n'ayant alors ni fort, ni faible. Cette conception apparaît quelque peu illusoire, d'autant que les textes pénaux ne prévoient pas d'âge plancher en-deçà duquel un mineur est considéré comme ne pouvant pas consentir, conférant à tout acte de nature sexuelle la qualification d'agression. La contrainte morale peut désormais être caractérisée par la différence d'âge entre l'auteur et la victime[560], il serait souhaitable, dans une optique de protection des mineurs et conformément à une conception situationnelle de la vulnérabilité, de prévoir une mesure identique pour le délit d'atteintes sexuelles. Une personne de quatorze ans qui entretient des relations sexuelles avec un majeur de vingt ans est-elle plus dans une situation de faiblesse qu'un mineur âgé de dix ans qui a des rapports sexuels avec un mineur âgé de seize ans ?

224. Pénalement le mineur de quinze ans est présumé vulnérable et dépendant, présomption irréfragable puisque l'auteur ne peut en apporter la preuve contraire. « *En réponse à cet état de fait [*la vulnérabilité*], le droit propose l'autorité parentale* »[561]. Bien que l'autorité parentale soit une mesure civile, le Droit pénal en sanctionne les manquements qui exposent le mineur.

[558] Riom, 4 sept. 2003, JurisData n° 2003-221600. En l'espèce les juges relèvent que la mineure, sollicitée une première fois par l'individu, avait refusé les avances, puis les avait acceptées après de nouvelles incitations, sans aucune pression.

[559] Pour l'analyse du rapport d'égalité en matière pénale, notamment au travers de la relation entre « fort » et « faible » : DANTI-JUAN Michel, *L'égalité en droit pénal*, Cujas, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. 6, 1987.

[560] La 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 », (JORF 9 février 2010, p. 2265) crée l'art. 222-22-1 C. pén. qui dispose : « *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* ».

[561] NEIRINCK Claire, « L'enfant, être vulnérable », art. préc.

B – Les manquements aux obligations de protection de la vulnérabilité des mineurs

225. Dans le but de contrebalancer la faiblesse naturelle des mineurs, le législateur a confié aux parents, notamment, l'autorité parentale afin de protéger l'enfant dans sa santé, sa sécurité et sa moralité[562] et de limiter son exposition aux « coups et aux blessures ». Cela se retrouve dans le Code pénal de 1810 où « *personne ne remet en cause la puissance paternelle car par essence, elle est protectrice* »[563]. « *Cette autorité est désormais une fonction, à chacun de ces droits correspond un devoir corrélatif* »[564], et le Droit pénal sanctionne parfois leur non respect lorsque la défaillance met en danger le corps du mineur et surtout sa santé.

226. Tel est le cas dans l'infraction de soustraction des parents à leurs obligations légales de l'article 227-17 C. pén. où le texte vise comme auteurs les seuls père et mère. La précision est d'importance, les dispositions renvoyant à la qualité juridique de parent, laquelle peut être détachée de l'autorité parentale puisqu'elle est liée à l'établissement du lien de filiation (bien qu'un des effets de l'établissement de la filiation soit de conférer l'autorité parentale, celle-ci peut être retirée ou déchue par voie judiciaire). Ainsi, la Cour de cassation condamne le père naturel d'un enfant dont la santé a été gravement compromise bien que celui-ci ait quitté le domicile de sa concubine où l'enfant réside, dès lors qu'il a toujours la possibilité de veiller sur l'enfant[565]. Un parent déchu de l'autorité parentale est privé de ses droits mais conserve ses devoirs. Ces devoirs étant liés à la minorité de l'enfant, le texte d'incrimination vise les mineurs de dix-huit ans et non ceux de quinze ans.

227. En revanche les auteurs sont plus largement visés dans le délit de privation de soins ou d'aliments de l'article 227-15 C. pén. L'infraction est liée à l'existence d'un lien d'autorité entre le mineur de quinze ans et l'auteur, lequel lien conditionne des obligations de protection. Trois catégories de personnes sont évoquées dans le texte. Il s'agit tout d'abord des ascendants. Le terme ne concerne pas seulement les parents directs, à savoir les père et mère, mais tout auteur ayant un lien de filiation juridiquement établi, ce qui inclut aussi les grands-parents ou arrières grands-parents.

[562] Art. 371-1 C. civ.
[563] LAINGUI André, « Histoire de la protection pénale des enfants », *RID pén.* 1979, p. 521.
[564] LEVENEUR Laurent, « Renforcer l'autorité parentale et promouvoir les droits de l'enfant ? » *in L'autorité parentale en question*, DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise (dir.), Presses Universitaires du Septentrion, 2003, p. 43.
[565] Cass. crim., 16 janv. 1974, *RSC* 1974, note LEVENEUR François, p. 96.

Ensuite, les dispositions concernent les autres personnes exerçant l'autorité parentale et qui ne sont pas les parents[566]. L'autorité parentale peut être déléguée, uniquement par décision judiciaire conformément à l'article 376 C. civ.[567], soit à la demande des parents[568], soit à l'initiative du juge[569]. Une autre personne que les parents peut être titulaire de l'autorité parentale sur l'enfant, par exemple le concubin[570], un membre de la famille ou encore une institution comme l'Aide sociale à l'enfance[571] ou une structure d'accueil spécialisée. Dans l'hypothèse où l'enfant est confié à une telle structure, ce n'est pas la personne morale qui devient titulaire de l'autorité parentale, mais une personne physique bien déterminée. Ce sera notamment le directeur d'établissement ou parfois le Président du Conseil général pour les structures publiques placées sous sa responsabilité.

Enfin, la dernière catégorie visée par le texte concerne « *les personnes ayant autorité sur le mineur* ». L'exercice d'une autorité de fait n'est pas déterminé par la loi, contrairement aux ascendants et à l'autorité parentale. Le mineur est au contact de divers adultes. La loi ne donne aucune précision sur cette notion d'autorité de fait, mais la jurisprudence l'a déjà reconnue pour un concubin[572] ou un oncle paternel[573]. S'agissant d'une question factuelle, les situations s'apprécient au cas par cas. La seule qualité de l'auteur n'est pas suffisante pour établir son existence. Ainsi en est-il du concubin de la mère de la victime, la Cour de cassation rappelle que cette seule qualité ne confère pas à elle seule l'autorité de fait, les juges du fond devant préciser les circonstances la caractérisant, « *telle la cohabitation de l'accusé avec sa victime, de nature à établir l'autorité qu'il exerçait sur elle* »[574].

Tout adulte n'est pas présumé avoir autorité sur tout mineur de quinze ans. L'autorité ne découle pas *ipso facto* de la relation adulte-enfant. C'est d'ailleurs dans ce sens que le législateur apporte une précision à l'article 227-17-1 du Code pénal en se basant sur l'exercice

---

[566] Bien que l'autorité parentale appartienne *de jure* aux parents comme le rappelle l'article 371-1 al. 2 C. civ., elle peut être confiée judiciairement à d'autres personnes.

[567] Art. 376 C. civ. : « *Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous* ».

[568] Art. 377 C. civ.

[569] Art. 377-1 C. civ.

[570] Pour la délégation volontaire d'autorité parentale notamment au sein d'un couple homosexuel : Cass. civ. 1re, 24 févr. 2006, pourvoi n° 04-17090 ; *Gaz. Pal*. 2006, n° 202, p. 17, note MASSIP Jacques. Les juges du fond relèvent d'une part une « *union stable et continue* », d'autre part « *que les circonstances l'exigent* » et enfin « *que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Pour une étude plus large sur le couple homosexuel : MONÉGER Françoise, « Les couples homosexuels », *LPA* 2010, n° 39, p. 15.

[571] Art. 377 al. 2 : « *En cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant peut également saisir le juge aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale* » et art. 380 C. civ.

[572] Cass. crim., 28 févr. 1956, Bull. crim. 1956, n°2 01.

[573] Cass. crim., 12 févr. 1964, Bull. crim. 1964, n° 49.

[574] Cass. crim., 29 juin 1976, *D*. 1976, I.R. p. 239.

« *d'une autorité de fait de façon continue* ». Aussi, « *qui dit autorité dit respect des ordres donnés par cette autorité. Le respect des ordres sans violence ne se trouve généralement que dans des situations qui se prolongent dans le temps par une exécution spontanée et unique* »[575].

Cette précision vaut également pour l'infraction de l'article 227-15 du Code pénal. Il s'agit de personnes qui ont en charge le mineur de façon prolongée telles que des personnes travaillant dans une structure d'accueil de mineurs. « *Commettent le délit de privation de soins ou d'aliments, la directrice et la surveillante d'un foyer d'enfants coupables d'avoir détourné des aliments destinés à ceux-ci et d'avoir insuffisamment veillé à l'hygiène des locaux* »[576]. Ont également été reconnues coupables, l'infirmière du foyer et la Présidente de l'œuvre propriétaire du foyer dans la mesure où, non seulement elles ont manqué à leur mission de contrôle de l'hygiène des locaux, mais aussi en raison des détournements de denrées, compromettant ainsi la santé des enfants placés sous leur autorité.

228. Enfin, le législateur semble ne plus restreindre limitativement les auteurs dans l'hypothèse de délaissement de mineurs de quinze ans de l'art. 227-1 C. pén., le texte visant « *quiconque* ». Cependant, la détermination des personnes tenues d'assurer la santé et la sécurité des mineurs de quinze ans, et corrélativement susceptibles d'être sanctionnées en cas de défaillance, dépend de l'acception retenue de la notion même de délaissement.

Deux conceptions du délaissement s'opposent. La notion peut se concevoir dans un sens matériel, correspondant à la définition donnée par GARRAUD : « *délaisser un enfant, c'est, comme l'étymologie du mot l'indique, le laisser seul, l'abandonner, sans s'être assuré qu'il a été recueilli ou sans avoir la certitude qu'il sera recueilli immédiatement* »[577]. L'acte consiste à laisser seul un enfant en le plaçant *de facto* dans une situation dangereuse pour lui. L'auteur peut être tout individu, ce qui conduit à mettre à la charge de chaque personne une obligation, sanctionnable par le Droit pénal. À l'opposé, le délaissement peut revêtir un sens purement juridique comme le révèle la définition de GARÇON, lequel le définit comme le « *fait matériel par lequel celui qui a la garde d'un enfant ou d'un infirme l'abandonne en disparaissant, et l'isole ainsi de lui, pour se décharger du devoir d'en prendre soin, et sans s'être assuré qu'un autre a volontairement consenti à remplir cette obligation* »[578]. Les deux

[575] AMAR Jacques, « Privation d'aliments ou de soins envers un mineur », *J.-Cl. Pén.*, art. 227-15 et 227-16, fasc. n° 20, 2005, n° 17.
[576] Paris, 15 juin 1951, *D*. 1951, p. 568, préc.
[577] GARRAUD, *Traité de droit pénal*, Sirey, 3è éd., 1913-1924, n° 2230.
[578] GARÇON Émile, *Code pénal annoté, op. cit.*

définitions ont en commun de caractériser le fait d'abandonner et de laisser l'enfant livré à lui-même. Cependant, la conception juridique du délaissement ne retient comme auteurs que les personnes qui ont la garde de l'enfant, qui ont le devoir de prendre soin de lui. La protection de l'enfant n'incombe qu'aux personnes qui sont liées juridiquement à l'enfant : titulaires de l'autorité parentale, tuteurs, personnes ayant autorité sur le mineur.

Selon une définition classique, délaisser signifie « *ne plus avoir d'intérêt pour quelque chose, ne plus s'en occuper* »[579]. La formule « *ne plus* » renvoie au fait que l'auteur s'en occupait préalablement, renforçant l'idée d'une conception juridique du délaissement[580]. Il apparaît préférable de sanctionner une personne qui abandonne un mineur uniquement lorsqu'il était tenu d'en assurer la protection. Á défaut d'obligation préalable, il ne s'agit pas de délaissement. Une conception contraire ferait encourir à chaque personne passant devant des mineurs seuls, par exemple ceux qui mendient sur la voie publique, sans s'être assurée qu'il a été recueilli ou qu'il le sera immédiatement, les sanctions de l'article 227-1 C. pén. Cette conception juridique du délaissement se retrouve en jurisprudence quand la Cour de cassation valide la condamnation d'une mère qui a abandonné son enfant, en précisant que « *le délaissement est caractérisé lorsqu'un enfant est abandonné par sa mère, dans le but de se soustraire à son obligation d'en prendre soin, sans esprit de retour* »[581]. La juridiction caractérise en l'espèce le fait que la personne était tenue d'une obligation à l'encontre de l'enfant préalablement au délaissement. L'infraction peut alors, dans l'hypothèse où l'auteur est un parent, faire doublon avec le délit de soustraction des parents à leurs obligations légales. La formule est identique dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 juillet 1982, laquelle relaxe la prévenue poursuivie du chef de délaissement de mineur en relevant l'absence de « *volonté délibérée [de la prévenue] de se soustraire de manière définitive à ses obligations* »[582].

---

[579] http://www.larousse.fr/encyclopedie/#larousse/22911/10/*délaisser*.

[580] Dans ce sens voir : RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Précis », 5e éd., 2006, n° 353, p. 399. Cet auteur estime qu'une interprétation matérielle serait « grotesque ». Idem pour : NEIRINCK Claire, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, Bibliothèque des thèses, 1984, p. 32. L'auteur fait référence à l'élément intentionnel de l'infraction en visant la « *volonté de se soustraire aux obligations de garde et d'entretien de l'enfant* ».
Pour une interprétation du délaissement dans le sens matériel, voir DREIFFUS-NETTER Frédérique, *J.-Cl. Pén.*, art. 227-1 et 227-2, 1998. n° 14.

[581] Cass. crim., 14 janv. 1943, Bull. crim. n° 3.

[582] Paris, 2 juill. 1982, *Rev. pénit.* 1984, p. 100. La prévenue était ici la mère de l'enfant. La conception juridique du délaissement se retrouve également lorsque les juges du fond caractérisent « *la volonté de se soustraire à ses obligations* » : Montpellier, 22 févr. 2007, Juris-Data n° 2007-326901 ; Amiens, 7 nov. 2007, Juris-Data n° 2007-355636 ; ou encore pour la nourrice, le fait qu'« *elle était chargée de s'occuper de l'enfant* » : Paris, 3 févr. 2005, Juris-Data n° 2005-269340.

La nature de l'infraction est mixte, la sanction visant à réprimer non seulement la défaillance de l'auteur, mais aussi le danger que l'individu fait courir à l'enfant et notamment à sa santé, la répression étant aggravée en raison des conséquences du délaissement sur celle-ci, soit qu'il ait entrainé une mutilation ou une infirmité permanente, soit la mort[583].

L'ancien Code pénal distinguait selon le lieu du délaissement, si celui-ci avait été fait, ou non, dans un lieu solitaire. Depuis la loi du 10 juillet 1989[584], la répression est écartée si « *les circonstances du délaissement ont permis d'assurer la santé et la sécurité* » du mineur. Ce texte fait écho à la détresse de certains parents qui sont dans l'impossibilité d'assumer leur enfant, en raison soit de leur jeune âge, soit de conditions matérielles difficiles. Certaines dispositions permettant la remise de l'enfant à l'Aide sociale à l'enfance ou encadrant l'adoption d'enfants, légalisent le délaissement organisé par l'État. Même en dehors de ces schémas, l'acte n'est pas pour autant systématiquement puni tant « *il est vrai qu'à partir du moment où on considère comme licite la remise d'un enfant au service d'aide sociale compétent, dans la perspective d'une future adoption, il est tentant de considérer que la société n'a plus d'intérêt à punir chaque fois que l'abandon s'est produit dans des conditions assez voisines* »[585].

229. Si les délits de privation de soins et d'aliments et de délaissement de mineurs concernent uniquement les mineurs de quinze ans, l'infraction de soustraction des parents à leurs obligations légales s'appliquent à tout mineur victime. À l'instar de cette dernière hypothèse, la présomption de vulnérabilité, qui semble initialement s'appliquer aux seuls mineurs de quinze ans, se retrouve parfois maintenue au-delà de ce seuil.

II – Une présomption de vulnérabilité maintenue au delà de quinze ans

230. Bien que l'intention du législateur soit de limiter la présomption de vulnérabilité aux seuls mineurs de quinze ans, il apparaît que diverses infractions maintiennent cette présomption au-delà de ce seuil, ce qui conduit à une surprotection des mineurs de quinze à dix-huit ans et corrélativement à une restriction de l'exercice de certains droits, notamment

[583] La sanction prévue pour l'infraction de base est de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende. L'article 227-2 C. pén. porte la répression à vingt ans de réclusion criminelle pour les mutilations ou l'infirmité permanente, et à trente ans de réclusion criminelle en cas de décès.

[584] Loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 « relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance », JORF 14 juillet 1989, p. 8869.

[585] BOULOC Bernard, FRANCILLON Jacques, MAYAUD Yves, ROUJOU de BOUBÉE Gabriel, « *Code pénal commenté* », *D.* 1996, p. 445.

ceux liés à leur corps. Cette fragilité est surtout psychique (A) mais se retrouve parfois à côté d'autres facteurs justifiant la répression (B).

A – Une présomption de vulnérabilité psychique maintenue jusqu'à dix-huit ans

231. Si le mineur de plus de quinze ans dispose d'une maturité physique lui permettant de se défendre, la maturité psychique semble s'acquérir plus tard pour le législateur, justifiant un traitement spécifique des victimes mineures jusque leur majorité. Cette logique préside dans les deux domaines touchant le corps, à savoir la santé et la sexualité.

232. En matière d'infraction de nature sexuelle, la présomption de vulnérabilité des mineurs de plus de quinze ans se retrouve pour l'infraction de recours à la prostitution de mineurs de l'art. 225-12-1 C. pen. Par une loi du 4 mars 2002[586], le législateur manifeste sa volonté de maintenir une protection des mineurs de quinze à dix-huit ans en modifiant l'infraction. Le comportement constituait auparavant une circonstance aggravante du délit d'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans, l'acte ne pouvant être commis que par un majeur. La nouvelle rédaction en fait une infraction autonome, visant toute personne mineure comme victime et pouvant être commise par tout individu. Confirmant cette conception d'une fragilité psychique, l'article 13 II de la loi du 4 mars 2002[587] précise que « *tout mineur qui se livre à la prostitution […] est réputé en danger* ». La qualité de l'auteur n'est pas prise en compte, lequel peut être majeur ou mineur et la seule minorité, ici de dix-huit ans et non plus de quinze ans permet de caractériser la vulnérabilité.

233. La fragilité morale du mineur permet également d'expliquer les restrictions apportées à la sexualité des mineurs de plus de quinze ans. L'article 227-27 C. pén. réprime les actes de nature sexuelle qui sont réalisés entre une personne de plus de quinze ans et un majeur ayant autorité sur elle. Si l'autorité peut conduire effectivement à placer la victime dans une situation de faiblesse psychologique et à influencer son consentement, il semble cependant que cette corrélation ne soit pas systématique. Pour autant, le législateur instaure en la matière, à l'instar des mineurs de quinze ans, une présomption irréfragable de vulnérabilité puisque l'individu poursuivi ne peut apporter la preuve de la maturité et de l'intégrité du consentement du partenaire mineur pour échapper à la répression. Si la minorité constitue une

[586] Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 « relative à l'autorité parentale », JORF 5 mars 2002, p. 4161.
[587] *Ibid*.

cause de faiblesse psychique, il semble toutefois que le législateur souhaite surtout protéger les mineurs de l'influence néfaste que peuvent avoir les majeurs. La vulnérabilité du mineur serait resituée dans une conception situationnelle, en considération non seulement de la qualité de la victime (minorité) mais aussi de la qualité de l'auteur (majorité).

234. Cette logique semble présider en matière d'infraction de provocation où l'inaptitude du mineur à résister aux influences des tiers semble conduire le législateur à maintenir une protection spécifique jusqu'à dix-huit ans. Néanmoins, si la vulnérabilité demeure absolue dans les textes, le concept même de provocation induit un tempérament puisque l'attitude « *ne peut être qualifiée comme telle que si la force de persuasion déployée par son auteur était de nature à inciter un mineur à commettre l'acte* »[588]. Qu'il s'agisse de tenter le mineur à la consommation d'alcool[589], de stupéfiants[590] ou de le corrompre sexuellement[591], la formule employée est identique et évoque le fait de provoquer ou de favoriser. Bien que la formulation soit générale, il semble néanmoins que l'intention du législateur soit de viser les auteurs majeurs[592]. En matière de corruption de mineur, l'al. 2 de l'article 227-22 C. pén. donne comme illustration le fait pour un majeur « *d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles un mineur assiste ou participe* ».
L'interprétation stricte des textes permet à un mineur d'être l'auteur de la provocation. Un individu de quinze ans qui propose à un mineur âgé de dix-sept ans de consommer du cannabis encourt les sanctions liées à la provocation à la consommation de stupéfiants. Pour autant, la personne provoquée, plus âgée, est-elle en situation de faiblesse ?

235. Il semble que la présomption irréfragable de faiblesse soit inadaptée aux mineurs de plus de quinze ans, à qui le législateur reconnaît une certaine maturité. Téléologiquement limitée aux seuls mineurs de quinze ans, cette présomption de vulnérabilité devrait le rester, sauf pour les infractions où la minorité n'est pas la seule raison de l'incrimination.

---

[588] DESPORTES Frédéric, « Provocation de mineurs à commettre des actes illicites ou dangereux », *J-Cl. Pén.*, fasc. n° 20, 2003, n°6.
[589] Art. 227-19 C. pén.
[590] Art. 227-18 C. pén.
[591] Art. 227-22 C. pén.
[592] *BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline,* Droit des mineurs*, Dalloz, coll. « Précis », 2008, n° 1510, pp. 913-914.*

B – Une présomption de vulnérabilité maintenue sur des éléments connexes à la minorité

236. Pour certaines infractions, la persistance de la présomption de vulnérabilité au-delà du seuil de quinze ans semble s'expliquer par des facteurs autres que l'état de minorité, que ces facteurs soient liés aux éléments constituant l'infraction. L'état de fragilité sera maintenu en raison d'un faisceau d'indices dont la minorité fait partie comme dans le délit de conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine. Les articles 225-13 et 14 C. pén. apparaissent avec le nouveau Code pénal et « *constituent une bonne illustration de la volonté humaniste des rédacteurs de ce nouveau code pénal, dont nombre d'incriminations sont empreintes de l'esprit des droits de l'homme* »[593]. Ces infractions sont à ce titre placées dans un chapitre relatif à la dignité de la personne. Le législateur entend lutter contre la pratique des « *marchands de sommeil et d'autres personnes exploitant des travailleurs immigrés en situation irrégulière* »,[594] dont les mineurs peuvent faire partie.

237. Ces infractions visent une personne vulnérable ou en état de dépendance sans autre précision. La généralité des termes employés laisse une grande marge d'appréciation aux magistrats pour entrer en voie de condamnation[595]. Contrairement à son habitude concernant la vulnérabilité, le législateur ne vise ni les mineurs de quinze ans ni la particulière vulnérabilité, assortis des critères traditionnels. La formule utilisée est générique, la *vulnérabilité* ou *la dépendance*, renvoyant à deux concepts distincts mais néanmoins liés, la vulnérabilité de l'individu pouvant être due à son état de dépendance. En utilisant ces deux termes, le législateur entend prendre en compte non seulement les circonstances personnelles à l'individu, comme la minorité, mais aussi celles « *extérieures telles que le contexte économique ou social dans lequel* »[596] la dépendance se manifeste.

238. Selon la rédaction initiale du texte, il appartenait au ministère public d'apporter la preuve de la réalité de cette vulnérabilité, la seule minorité de la victime n'étant pas suffisante comme l'atteste l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 octobre 2000[597]. En l'espèce, une ressortissante togolaise est employée depuis l'âge de seize ans par un couple français pour

[593] MÉNOTTI Sylvie, « Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne », *J.-Cl. Pén.*, art. 225-1 à 225-16, fasc. n° 20, 2004, n°1.
[594] Circulaire du 14 mai 1993 (CRIM 93 9/F1) présentant les dispositions de la partie législative du nouveau Code pénal.
[595] VERON Michel, note sous Cass. crim., 13 janv. 2009, *Dr. pén*. 2009, comm. 44.
[596] LICARI Sandy, « Des conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine résultant d'un abus de la situation de vulnérabilité ou de dépendance de la victime », *RSC* 2001, p. 553.
[597] Paris, 19 oct. 2000, JurisData n° 2000-148039.

entretenir le foyer et s'occuper des quatre enfants de la famille. Logeant sur place, elle est soumise à des horaires de travail lourds, non conformes à la durée légale, et n'a aucun jour de repos en trois ans. Le couple est poursuivi sur le fondement des articles 225-13 et -14 C. pén., et relaxé. La Cour d'appel relève que « *l'état de vulnérabilité ou de dépendance n'est pas établi, la jeune fille,* ***en dépit de son jeune âge****, en usant de la possibilité d'aller et venir à sa guise, de contacter sa famille à tout moment, de quitter le foyer […] pour un temps long et d'y revenir sans contrainte, ayant démontré une forme d'indépendance indéniable, sa vulnérabilité ne pouvant résulter de sa seuel extranéité* »[598]. La minorité n'était pas suffisante pour caractériser la vulnérabilité, la conception retenue par les juges du fond était classique, renvoyant à un rapport d'autorité et une approche situationnelle.

Par suite d'un pourvoi de la partie civile, la Haute juridiction[599] casse la décision d'appel estimant que les motifs sont « *inopérants* » et met en exergue un faisceau d'indices permettant de caractériser la vulnérabilité au sein desquels figurent la minorité à côté de l'extranéité et du caractère irrégulier de la situation (absence de titre de séjour et de travail). Ce faisceau d'indices est repris par la Cour d'appel de renvoi qui précise : « *sur l'état de dépendance et de vulnérabilité de la victime pendant la période de la prévention, il y a lieu de retenir que cette jeune fille était* ***mineure****, de nationalité togolaise, en situation irrégulière sur le territoire français, sans passeport, le plus souvent sans argent* »[600]. Bien que la juridiction de renvoi caractérise l'état de vulnérabilité de la victime, elle rejette la qualification de travail contraire à la dignité humaine. Cette position a conduit à la condamnation de la France par la CEDH[601] pour esclavage domestique sur le fondement des articles 3 et 4 de la Conv. EDH.

Cette combinaison de critères comprenant l'âge de la victime est aussi utilisée dans d'autres décisions des juges du fond[602].

239. En réaction à la décision de la Cour d'appel de Paris refusant l'application des articles 225-13 et -14 C. pén., le législateur est intervenu pour les modifier et ajouter une disposition visant à simplifier la preuve de la vulnérabilité ou de la dépendance. La nouvelle

---

[598] *Ibid.,* souligné par nous.
[599] Cass. crim., 11 déc. 2001, pourvoi n° 00-87280 ; JurisData n° 2001-012679.
[600] Versailles, 15 mai 2003, arrêt repris dans CEDH, 26 juill. 2005, *Siliadin c/ France*, requête n° 73316/01, § 44.
[601] CEDH, 26 juill. 2005, *Siliadin c/ France*, préc ; *RTD civ*. 2005, p. 740, note MARGUENAUD Jean-Pierre ; *JCP G* 2005, p. 1956, note SUDRE Frédéric ; *RSC* 2006, p. 139, comm. MASSIAS Florence.
[602] Paris, 12 sept. 2001, JurisData n° 2001-164813, qui vise la minorité de la victime, son lien de parenté avec les prévenus et ses conditions de séjour sur le territoire français ; Bourges, 12 sept. 1996, JurisData n° 1996-056114, où sont utilisés la minorité (dix-sept ans), des brimades et des vexations.

incrimination, issue de la loi du 18 mars 2003[603], vise la « *vulnérabilité ou l'état de dépendance* » et non plus « *l'abus de vulnérabilité ou de dépendance* », prenant un caractère plus large puisque l'abus n'a plus à être caractérisé. La principale innovation réside dans la création de l'article 225-15-1 C. pén. qui expose que « *pour l'application des articles 225-13 et 225-14, les mineurs ou les personnes qui sont victimes des faits décrits par ces articles à leur arrivée sur le territoire français sont considérés comme des personnes vulnérables ou en situation de dépendance* ». Ce texte crée une présomption irréfragable de vulnérabilité[604] en présence d'une victime mineure ou d'une personne victime des faits visés à son arrivée sur le territoire national. La présomption s'applique à tous les mineurs mais uniquement dans le cadre des articles 225-13 et -14 C. pén. La minorité constitue dans ce cadre un élément composant l'état de faiblesse, élément nécessaire mais pas suffisant pour entrer en voie de condamnation. Si ce cumul de critères paraît conforme à l'idée d'un mineur mature et autonome, il serait peut être souhaitable dans ce cadre de reprendre la distinction entre mineurs de quinze ans et mineurs de plus de quinze ans afin que les premiers soient considérés comme vulnérables indifféremment d'autres éléments comme son extranéité. En sus de cette conjonction d'éléments rendant l'individu vulnérable parmi lesquels figure la minorité, le maintien de la présomption de faiblesse peut être dû à la diversité des buts poursuivis par l'incrimination.

240. Même si le mineur, passé quinze ans, ne doit plus être présumé vulnérable, plusieurs infractions maintiennent la référence au seuil de dix-huit ans, non pas en raison de la fragilité de l'individu mais d'autres objectifs poursuivis par l'incrimination. Ainsi, en est-il de l'infraction de soustraction des parents à leurs obligations légales qui concerne tous les mineurs. En raison de son caractère mixte, l'infraction vise non seulement à sanctionner les parents en raison du danger qu'ils font encourir à la santé de leur enfant, mais aussi de leurs manquements à leurs devoirs parentaux. Les obligations légales des père et mère ne s'arrêtent pas aux quinze ans de l'enfant mais se poursuivent jusqu'à sa majorité, voire au-delà[605].

---

[603] Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 « pour la sécurité intérieure », JORF 19 mars 2003, p. 4761.

[604] VERON Michel, *Droit pénal spécial*, Armand Colin, 12e éd., 2008, n° 228, p. 163 ; MÉNOTTI Sylvie, art. préc.

[605] L'obligation d'entretien des parents est le corollaire de l'obligation d'éducation et peut perdurer au-delà des dix-huit ans de l'enfant. L'article 371-2 C. civ. rappelle que « *chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant.*
Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur ». Cependant, le législateur limite l'infraction à l'avènement des dix-huit ans.

241. Une analyse similaire se retrouve dans le délit de diffusion d'image de mineur à caractère pornographique qui ne vise pas à protéger un mineur en particulier, celui figurant sur les images, mais la catégorie générale des mineurs. « *La libre circulation et la commercialisation de ces images ne peut qu'aider et même encourager les amateurs d'enfants à s'adonner à leurs passions* »[606]. Or, les rapports de nature sexuelle échappant à la répression pénale à compter des quinze ans de l'individu (mises à part les restrictions posées à l'article 227-27 C. pén.), le fait qu'un majeur s'adonne à ses passions avec un mineur de plus de quinze ans n'entraîne aucune sanction. Par conséquent, il conviendrait de restreindre le champ de l'infraction aux seuls mineurs de quinze ans. Si, à la suite d'une relation sexuelle entre deux mineurs âgés de seize ans, les partenaires décident de diffuser la vidéo sur Internet, ils encourent chacun les sanctions de l'article 227-23 C. pén. bien qu'aucun des individus ne soient en état de vulnérabilité. En l'état actuel des dispositions pénales, le consentement de la personne se révèle sans incidence sur l'infraction, bien que pour les mineurs de plus de quinze ans, l'état de vulnérabilité ne devrait plus être présumé mais prouvé.

<u>Section 2</u> : Une vulnérabilité à prouver pour les mineurs de plus de quinze ans

242. Il ressort des diverses infractions portant atteinte au corps des personnes mineures, qu'il s'agisse de leur intégrité corporelle, de leur santé et même de leur moralité, que le seuil de quinze ans matérialise les prémices d'un recul du Droit pénal. À partir de cet âge, la vulnérabilité inhérente à la minorité, qu'elle soit physique ou psychique n'est plus présumée. L'individu est mature et peut disposer des ressources nécessaires pour être indépendant et autonome, la présence des tiers n'étant plus nécessaire à sa survie. Si la fragilité peut toujours résider dans la minorité, cette faiblesse doit être prouvée et s'inscrit dans un contexte situationnel composé d'un fort et d'un faible. Le mineur de plus de quinze ans est alors assimilé aux majeurs et n'est plus particulièrement protégé. À l'instar des autres victimes, il convient d'apporter la preuve soit de sa particulière vulnérabilité, laquelle serait liée à son âge (I) soit de sa faiblesse corrélative indépendamment de son âge (II).

[606] NERAC-CROISIER Roselyne, « L'efficacité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuel » *in Le mineur et le droit pénal*, NERAC-CROISIER Roselyne (dir.), L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997, p. 34.

I – Une vulnérabilité particulière des mineurs de quinze à dix-huit ans

243. Le législateur associe très souvent, pour ne pas dire systématiquement, la minorité de quinze ans et la particulière vulnérabilité de la victime. Dans les diverses infractions d'atteinte volontaire à l'intégrité physique[607], tout comme dans les infractions d'agression sexuelle[608], les deux éléments constituent des circonstances aggravantes distinctes mais qui restent liées. En effet, passé le seuil de quinze ans, la minorité peut encore être prise en compte comme circonstance aggravante au travers de la particulière vulnérabilité puisque celle-ci peut être due à l'âge de la victime. Si l'âge visé semble essentiellement concerner le grand âge, « *l'âge visé comme cause de vulnérabilité […] pourrait aussi désigner un âge qui, pour ne plus être tendre, est cependant encore vulnérable, c'est-à-dire entre quinze et dix-huit ans* »[609]. Bien que la jurisprudence applique principalement cette circonstance aux personnes dites « âgées », l'esprit de la loi est bien dans le sens d'une application de ce critère aux mineurs de plus de quinze ans comme l'expose le rapporteur de la Commission des lois à l'Assemblée Nationale lors des débats sur le nouveau Code pénal : « *les termes une personne particulièrement vulnérable en raison de son âge s'appliquent aux jeunes de 15 à 18 ans, période où le juge peut s'interroger sur la vulnérabilité de la personne* »[610].
Cette logique se retrouve dans l'infraction de recours à la prostitution de mineurs de l'article 225-12-1 C. pén. Le texte vise comme victimes tous les mineurs et pas seulement les mineurs de quinze ans et une loi du 18 mars 2003[611] étend l'infraction aux personnes présentant une particulière vulnérabilité. Il apparaît intéressant de constater que, dans ce cadre, l'âge ne constitue pas un critère permettant de caractériser la particulière vulnérabilité. L'incrimination visant les mineurs de dix-huit ans, il n'était pas nécessaire que le texte prévoit une autre référence à l'âge, d'autant que la prostitution est libre pour les personnes majeures.

244. Cette circonstance aggravante de la particulière vulnérabilité apparaît avec le nouveau Code pénal[612]. L'âge est une des causes de vulnérabilité, mais ne suffit pas en soi à la constituer, à l'instar de la maladie, l'infirmité, la défaillance physique ou psychique ou l'état de grossesse. Contrairement à la minorité de quinze ans qui fait présumer la fragilité de

[607] cf. *supra* n° 163 et s.
[608] Art. 222-24 C. pén. pour le viol et art. 222-29 C. pén. pour les autres agressions sexuelles.
[609] BARBERGER Cécile, « Les personnes vulnérables », *Rev. pénit.* 1996, p. 280.
[610] JOAN du 22 juin 1991, p. 3512.
[611] Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 « pour la sécurité intérieure », JORF 19 mars 2003, p. 4761.
[612] RENAUD-DURAND Pascale, « La prise en compte de la vulnérabilité dans le nouveau code pénal », *in Réflexion sur le nouveau Code pénal*, LAZERGES Christine (dir.), A. Pédone, 1995, p. 125.

l'individu, il appartient au juge de caractériser en pratique, en quoi le mineur âgé de quinze à dix-huit ans est, en l'espèce, en état de faiblesse. L'application de la circonstance aggravante redevient conforme à la définition de la notion puisque le raisonnement du juge se fera en deux temps : d'abord, la constatation d'une cause objective de vulnérabilité (l'âge, de quinze à dix-huit ans), puis la preuve que celle-ci a rendu la victime particulièrement vulnérable[613]. Il s'agit de déterminer « *à partir de quel moment la maladie, la déficience physique ou psychique rend-elle une personne vulnérable ?* »[614], la même remarque étant valable pour le critère de l'âge. La fragilité de la personne est de nouveau appréciée dans un rapport d'autorité où la personne mineure n'est pas en soi faible, cette faiblesse étant liée à la relation avec un autre individu et devant être prouvée.

245. Les dispositions légales imposent que la particulière vulnérabilité soit apparente ou connue de l'auteur, ce qui renvoie davantage aux causes de la fragilité de la victime et donc au critère de l'âge. Si l'apparence ou la connaissance de l'état de grossesse ou du grand âge d'une personne peut se révéler aisée à établir, la situation est plus complexe en ce qui concerne l'âge et les mineurs de quinze à dix-huit ans. Soit l'auteur a connaissance de l'âge de la victime, soit l'individu doit avoir l'apparence d'un mineur de quinze à dix-huit ans, et seulement de cette tranche d'âge ; la présomption de vulnérabilité écartant tout débat pour les mineurs de quinze ans. Apparaît une différence importante puisque « *pour les personnes vulnérables et les mineurs de quinze à dix-huit ans qui leur sont assimilés, il est nécessaire, pour retenir la circonstance aggravante de vulnérabilité, qu'il soit prouvé que l'auteur de l'infraction ait eu connaissance de la vulnérabilité de la victime. Alors que pour l'infraction commise sur un mineur de moins de quinze ans, peu importe que le délinquant ait eu ou non connaissance de l'âge. Le nouveau code pénal accorde une protection plus accrue aux jeunes mineurs* »[615]. Cette difficulté à établir à la fois la connaissance ou l'apparence de minorité de quinze à dix-huit ans et la corrélation entre l'âge et l'état de vulnérabilité peut expliquer la faible jurisprudence en la matière.

---

[613] Pour une analyse plus nuancée, voir BARBERGER Cécile, art. préc. L'auteur estime que « *la maladie, l'infirmité, l'état de grossesse, font présumer de la vulnérabilité de la victime, c'est à dire qu'une fois prouvées, il n'y a pas à établir qu'elles rendent la personne vulnérable. En revanche, les catégories « âge et déficience psychique » qui entrainent nécessairement une qualification du juge, introduisent une possibilité de discussion sur la vulnérabilité de la victime* ».
[614] RENAUD-DURAND Pascale, art. préc.
[615] *Ibid*.

246. La cause de vulnérabilité doit être antérieure à l'infraction et non la conséquence des moyens employés[616]. La minorité étant un critère objectif, cette précision ne donne pas lieu à discussion.

247. Une logique identique se retrouve dans l'infraction de délaissement de personne hors d'état de se protéger de l'article 223-3 C. pén. Bien que le texte ne vise pas la particulière vulnérabilité liée à l'âge mais une personne hors d'état de se protéger en raison de son âge, le raisonnement est similaire. Le législateur incrimine spécifiquement le délaissement de mineurs de quinze ans à l'article 227-1 C. pén., la référence à l'âge dans l'article 223-3 C. pén. renvoie une fois encore au grand âge mais aussi aux personnes mineures de quinze à dix-huit ans. À l'instar des développements précédents, la preuve de la vulnérabilité se fera en deux étapes puisque la personne doit être hors d'état de se protéger en raison de son âge. La cause de la vulnérabilité est bien l'âge de l'individu, mais encore faut-il établir que cet âge ait pour conséquence de rendre la personne hors d'état de se protéger. Une fois encore, la faible jurisprudence, pour ne pas dire son absence[617], empêche de préciser la démonstration.

248. Au final, il apparaît que la vulnérabilité est à l'image de la minorité, variée et évolutive, consacrant « *une graduation de l'autonomie qui part de l'*infans *– ce petit être atteint d'une incapacité d'exercice totale – pour aboutir à l'adulte raisonnable, en passant par le vulnérable* »[618]. Cette évolution conduit le législateur à traiter progressivement le mineur comme un majeur, aboutissant, au-delà de la simple assimilation, à une réelle confusion, parfois même au point d'en oublier la présomption de vulnérabilité des mineurs de quinze ans.

II – Un traitement identique de la minorité et de la particulière vulnérabilité

249. Au-delà de l'assimilation des mineurs de plus de quinze ans aux majeurs au travers du concept de particulière vulnérabilité due à l'âge, le législateur évoque parfois les deux statuts au sein d'une même infraction. Tel est le cas du délit d'abus frauduleux d'état d'ignorance ou

[616] Cass. crim., 9 août 2006, *Dr. pén*. 2006, comm. 137, note VERON Michel. En l'espèce, la Haute juridiction rappelle que la vulnérabilité doit être antérieure à l'infraction et que tel n'est pas le cas dans l'hypothèse d'un viol commis avec l'usage de substances médicamenteuses qui annihilent la volonté ; la vulnérabilité étant la conséquence des moyens employés.
[617] Une recherche effectuée sur le site « légifrance » en date du 16 avril 2010 avec les mots clefs « article 223-3 Code pénal » s'est révélée infructueuse puisque dans les quinze arrêts recensés, aucun ne concernait des victimes mineures. La même démarche sur la base de donnée *JurisData* a abouti aux mêmes résultats.
[618] ROMAN Diane, « Á corps défendant, La protection de l'individu contre lui-même », *D*. 2007, p. 1284.

de faiblesse qui vise non seulement les personnes particulièrement vulnérables en raison de leur âge mais également les mineurs. Le texte évoquant tous les mineurs, la référence à la particulière vulnérabilité due à l'âge ne concerne que le grand âge. Cependant, faisant fi de la présomption de fragilité qui caractérise la minorité de quinze ans, le texte d'incrimination exige que la faiblesse de la personne mineure soit prouvée quelque soit son âge, le texte évoquant « *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* ».

250. L'infraction d'abus de faiblesse est créée avec le Code pénal de 1810 et intégrée dans son article 406 pour réprimer « *quiconque aura abusé des besoins, des faiblesses ou des passions d'un mineur, pour lui faire souscrire à son préjudice, des obligations, quittances ou décharges pour prêt d'argent ou de choses mobilières* ». Seuls les mineurs étaient concernés et l'infraction avait pour but « *de protéger les fils de bonne famille contre les entreprises des usuriers et des prêteurs sur gage* »[619]. Le champ d'application était limité à la sphère patrimoniale et plus précisément aux obligations ayant pour cause un prêt d'argent, expliquant le peu de jurisprudence en la matière[620].

251. Malgré cette désuétude, le législateur a élargi l'infraction lors de l'élaboration du nouveau Code pénal en 1992, en visant, à côté des mineurs, les personnes vulnérables à raison de l'âge, la maladie, une infirmité, une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse. L'infraction reste cantonnée à la sphère patrimoniale, puisqu'insérée à l'article 314-1 dans le Livre III du Code pénal consacré aux crimes et délits contre les biens, et elle se distingue de l'abus de confiance[621].
Une loi du 12 juin 2001[622] « *déplace, transforme et élargit ce délit* »[623]. L'infraction se retrouve à l'article 223-15-2, au sein du Livre II du Code pénal consacré aux crimes et délits contre les personnes, démontrant un changement dans la valeur sociale protégée. Par conséquent, la nature même du préjudice permettant l'application du texte s'en trouve modifiée. Le législateur élargit le délit, d'une part en ajoutant une catégorie nouvelle de victimes, « *une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de*

[619] IZORCHE Marie-Laure, « Abus de faiblesse ou d'ignorance », *Rép. pén. Dalloz* 1998, n° 1.
[620] *Ibid.*
[621] SALVAGE Philippe, « Abus frauduleux de l'état d'ignorance et de faiblesse », *J.-Cl. Pén.*, art. 223-15 à 223-15-4, 2006, n° 4.
[622] Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 « tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales », JORF 13 juin 2001, p. 9337.
[623] SEUVIC Jean-François, « Chronique législative », *RSC* 2001, p. 852.

l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement ». Cette nouvelle catégorie répond pleinement à l'objectif de la loi qui est de lutter contre les mouvements sectaires. D'autre part, l'auteur de l'infraction ne doit plus *obliger* la victime à un acte ou une abstention gravement préjudiciable, mais seulement la *conduire* à celui-ci. Cette modification terminologique s'inscrit dans la suite logique du comportement de sujétion psychologique, dans le cadre duquel l'individu n'est pas obligé d'accomplir l'acte. La démarche peut apparaître libre mais néanmoins influencée en raison d'une subordination morale et de la fragilité d'esprit de la victime.

252. Il demeure nécessaire, en sus de la qualité de victime strictement délimitée par le texte, de caractériser « *une vulnérabilité subjective se traduisant par une ignorance – le fait de ne pas savoir – ou une faiblesse – le fait de ne pas être en mesure de résister – de la victime* »[624]. Le mineur ou la personne vulnérable ne sont pas *de facto* en état d'ignorance ou de faiblesse, les « *tribunaux doivent établir en quoi minorité ou vulnérabilité particulière ont été génératrices d'ignorance ou de faiblesse* »[625]. Ainsi, quel que soit l'âge de la personne mineure, il appartient au ministère public d'apporter la preuve de la corrélation entre la minorité et la faiblesse de la personne.

253. Le préjudice, initialement patrimonial, a évolué avec le déplacement de l'incrimination vers le Livre II relatif aux atteintes à la personne humaine et peut résider désormais en un préjudice extrapatrimonial, tel un préjudice moral[626]. La modification de l'infraction a pour but d'adapter le texte aux comportements des mouvements sectaires, qui certes dépouillent financièrement leur victime, mais peuvent aussi les pousser à réaliser des actes personnels portant atteinte à leur intégrité corporelle[627]. Toutefois, la rédaction de l'actuel article 223-15-2 C. pén. dépasse le simple objectif de lutte contre les sectes et peut trouver des applications « *en présence d'abus frauduleux de personnes en état de sujétion en matière éducative,*

[624] SALVAGE Philippe, art. préc., n° 23.
[625] *Ibid*.
[626] Cass. crim., 15 nov. 2005, *Dr. pén*. 2006, comm. 29, note VERON Michel ; *JCP G* 2008, I, 181. En l'espèce, un individu est amené, par manipulation psychologique, à modifier les bénéficiaires de son testament. Bien que cela ne crée aucun préjudice patrimonial (puisque la dévolution n'intervient qu'après le décès), la Haute juridiction estime que « *pour une personne vulnérable, l'acte de disposer de ses biens par testament en faveur de la personne qui l'a obligée à cette disposition, constitue un acte gravement préjudiciable* ».
[627] Tel serait le cas d'un mouvement sectaire qui refuserait le recours à la médecine traditionnelle, entendant s'en remettre aux bienfaits de la nature, poussant ses adeptes à des abstentions, en état de faiblesse psychologique, qui seraient gravement préjudiciables pour leur santé.

médicale, familiale, sportive, politique »[628]. En la matière, les juges font déjà application, concernant les mineurs, de l'infraction de soustraction des parents à leurs obligations légales[629] de l'article 227-17 C. pén. Il convient de relever une différence entre les deux mesures. L'article 223-15-2 vise à protéger le mineur contre les actes qu'il aurait lui- même accompli en raison de sa fragilité psychique, alors que l'article 227-17 le protège des comportements de ses parents. Dans l'hypothèse des sectes, il s'agit surtout des décisions parentales et très rarement des décisions individuelles du mineur.

La jurisprudence entend largement le préjudice puisque les juges ont fait de ces dispositions une infraction formelle. La Chambre criminelle dans un arrêt du 12 janvier 2000, estime que « *si l'article 313-4 du Code pénal prévoit que l'acte obtenu de la victime doit être de nature à lui causer un grave préjudice, il n'exige pas que cet acte soit valable, ni que le dommage soit réalisé* »[630]. Il n'est pas nécessaire que le préjudice soit effectif, justifiant son classement dans le Code pénal au sein d'un chapitre consacré à la mise en danger des personnes.

254. Au travers de cette infraction, le législateur procède à une assimilation totale des mineurs aux majeurs particulièrement vulnérables. La faiblesse est situationnelle et doit être démontrée pour déclencher la répression, indépendamment de l'âge de la victime. À l'instar des autres textes, il conviendrait de maintenir les principes régissant le traitement pénal de la minorité et d'instaurer une présomption de faiblesse pour les mineurs de quinze ans, la preuve d'une particulière fragilité liée à l'âge devant être apportée uniquement pour les mineurs de plus de quinze ans.

[628] SEUVIC Jean-François, art. préc., p. 854.
[629] Rennes, 18 févr. 1993, *JCP G* 1994, II, 22210, note CHEVALLIER Jean-Yves ; Cass. crim., 17 oct. 2001, *Dr. pén*. 2002, comm. 14, note VERON Michel ; Cass. crim., 11 juill. 1994, *JCP G* 1995, II, 22441, note EUDIER Frédérique.
[630] Cass. crim., 12 janv. 2000, *D*. 2001, p. 813, *Dr. pén.* 2000, comm. 69, note VERON Michel.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

255. Vulnérabilité, faiblesse, fragilité sont autant de noms qui caractérisent la minorité. Par essence, l'individu naît vulnérable, c'est-à-dire qu'il « *peut être blessé, atteint, frappé* »[631], renvoyant à une faiblesse essentiellement physique dans un contexte situationnel ; il n'est vulnérable que dans l'altérité et non face à lui-même. Dés sa naissance, la personne est dépendante des tiers pour sa survie en raison de son extrême fragilité, ce qui se traduit juridiquement par le statut d'incapable en matière civile et par une protection accrue des personnes vulnérables en matière pénale.

256. Si la vulnérabilité semble être le corollaire de la minorité, le lien entre les deux notions n'est pas automatique. Lorsque le mineur est victime d'infraction, l'étude a montré que le Droit pénal opère une distinction selon l'âge de la personne fondée sur le seuil de quinze ans. Cette dichotomie se retrouve dans l'analyse du concept de vulnérabilité puisque les mineurs de quinze ans sont présumés vulnérables (écartant l'aspect situationnel) alors que les mineurs de plus de quinze ans sont assimilés aux majeurs et font l'objet d'un traitement pénal identique, leur vulnérabilité devant être prouvée. La fragilité de ces derniers est appréhendée au travers du concept de « *particulière vulnérabilité liée à l'âge* », lequel constitue une circonstance aggravante de nombreuses infractions touchant à l'intégrité physique des personnes[632].

257. Cependant, cette division n'est pas toujours respectée par le législateur et certaines infractions conduisent à maintenir une présomption de faiblesse pour les mineurs de plus de quinze ans. Cette persistance de la présomption est justifiée lorsque l'infraction utilise la minorité comme composante de la fragilité de la personne à côté de son extranéité ou de sa dépendance économique, ou encore lorsque le but poursuivi par le législateur n'est pas seulement la protection des personnes vulnérables comme dans le délit de soustraction des parents à leurs obligations légales. En revanche, pour d'autres infractions relatives à la santé ou à la sexualité des mineurs, le maintien de la présomption de vulnérabilité apparaît guidé par des considérations essentiellement morales consistant à enfermer les personnes proches de

[631] REY Alain (dir.), *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert, 2006, *v°* « vulnérable ».
[632] Voir le Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2009 : *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation,* La documentation française, 2010 ; disponible sur : http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2009_3408/presentation_15425.html; et plus spécifiquement la contribution de la Chambre criminelle.

la majorité dans un statut surprotégé pouvant conduire à une privation illégitime de l'exercice de leurs droits.

À l'inverse, dans une optique d'assimilation progressive des mineurs aux majeurs, le législateur prive les mineurs de quinze ans du jeu de la présomption de fragilité imposant au ministère public d'apporter la preuve de la faiblesse de la personne quel que soit son âge, comme pour le délit d'abus frauduleux d'état d'ignorance et de faiblesse de l'article 223-15-2 C. pén.

258. L'ensemble de ces considérations, qu'il s'agisse de la dualité de victimes fondée sur le seuil de quinze ans ou les incohérences dans l'appréhension du concept, se retrouve au sein d'un dispositif pénal adapté à cette catégorie particulière de victimes : les mineurs.

CHAPITRE 2 :

UNE ADAPTATION CONSEQUENTE

DES MODALITES DE POURSUITE

259. La vulnérabilité physiologique de la personne mineure en fait une victime particulière. En raison de son âge ou de son immaturité psychique, la victime est parfois inapte à se rendre compte du caractère infractionnel des actes qu'elle subit. Prenant en compte cette faiblesse tant physique que psychique, le législateur adapte les dispositions légales à cette catégorie de victimes au plan substantiel et procédural, c'est-à-dire dans les modalités de poursuite des infractions.

260. Statistiquement, les infractions commises à l'égard des mineurs, surtout lorsqu'elles sont de nature sexuelle ou purement physiques, sont intrafamiliales[633]. La fragilité des victimes et leur état de soumission à l'égard des auteurs de l'infraction, qui peuvent être un parent ou une figure d'autorité, conduisent à en faire une criminalité cachée[634]. Les mineurs sont alors impuissant et ne peuvent dénoncer les faits subis en raison surtout de sentiments mélangeant la honte et la crainte. Pour palier cette « loi du silence », et sur la base d'une solidarité collective, le législateur impose à chaque individu de ne pas se désintéresser du sort des enfants et oblige à la révélation aux autorités judiciaires ou administratives des infractions évitant que certains comportements échappent à la Justice. Une fois les actes révélés, la procédure, d'enquête ou d'instruction, peut être traumatisante pour la victime mineure, justifiant l'instauration de certaines garanties particulières.

---

[633] Pour illustration, voir : NEIRINCK Claire, *La protection des enfants contre ses parents*, LGDJ, 1984 ; DUVALD-ARNOULD Domitille, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1994, où l'auteur a un chapitre « *la famille défaillance* » (pp. 173 et s.) ainsi qu'un second à « *la famille redoutée* » (pp. 193 et s.).

[634] BAJOS Nathalie et BOZON Michel, « Les violences sexuelles en France : quand la parole se libère », *Population ε sociétés*, n° 445, mai 2008, p. 1. Les auteurs analysent l'enquête *Contexte de la sexualité en France* (CSF) de 2006 et relèvent que 46 % des femmes et 62 % des hommes ayant subi des tentatives ou des rapports forcés déclarent n'en avoir parlé à personne. Cependant, la situation semble s'inverser puisque chez les 18-24 ans, 71 % en ont déjà parlé. Pour autant, cela ne signifie pas que les autorités de poursuites soient les destinataires de ces informations, mais ces faits ne sont plus totalement cachés.

Dans toutes ces situations, les infractions sont spécifiques non seulement aux victimes mineures mais plus encore à leur intégrité physique, qu'il s'agisse de leur intégrité corporelle ou de leur intégrité sexuelle. La fragilité de la victime justifie l'application des mesures spécifiques pour aménager non seulement les conditions de la révélation des infractions (section 1) mais aussi les modalités de poursuites (section 2).

Section 1 : Une spécificité dans la révélation des infractions

261. La fragilité physique et psychique des mineurs en font des victimes « faciles ». Leur caractère influençable, leur peur et leur faiblesse font que très souvent les infractions commises à leur égard ne sont pas portées à la connaissance de la Justice. Ce silence, parfois issu d'un sentiment de honte, constitue une entrave importante à la mise en œuvre de l'action pénale. « *Les personnes vulnérables sont souvent si vulnérables qu'elles ne peuvent dénoncer les infractions dont elles sont victimes* »[635]. Cette constatation est particulièrement vraie s'agissant de mineurs en bas âge. Comment un enfant de deux ans, victime de violences ou d'agressions sexuelles, pourrait-il porter à la connaissance des autorités de poursuites (police, gendarmerie, procureur de la République) les faits infractionnels ? En plus de cette impossibilité pour les très jeunes enfants de mettre des mots sur les actes dont ils sont victimes, s'ajoute pour les plus âgés la crainte révérencielle lorsque l'auteur est un parent ou plus généralement, la peur ou la honte. « *Tout système visant à renforcer les droits de la victime butera toujours sur les difficultés qui existent quant à la révélation des infractions subies par les victimes vulnérables* »[636].

262. Tirant les conséquences de ces considérations, le Droit pénal tente de palier à cette méconnaissance par des mécanismes de dénonciation permettant de mettre à jour les faits commis. Le législateur est venu incriminer la passivité de certaines personnes qui porte atteinte non seulement à la victime, mais aussi à la Justice, empêchant la réaction pénale de s'organiser. Plusieurs infractions de non-dénonciation figurent dans le Code pénal faisant peser une obligation collective de dénoncer les infractions commises sur un mineur (I), mais leur efficacité peut se retrouver limitée par le secret professionnel (II).

[635] BARBERGER Cécile, art. préc., p. 282.
[636] PIN Xavier, art. préc., p. 139.

I – La dénonciation d'infraction sur mineur, une obligation collective

263. Le législateur incrimine plusieurs comportements de non-dénonciation qui figurent dans le Livre IV du Code pénal consacré aux crimes et délits contre la Nation, l'État et la paix publique, et plus précisément dans un Chapitre IV intitulé « *des atteintes à l'action de la justice* ». Ces infractions visent à lutter contre l'abstention coupable des individus empêchant par leur silence les poursuites judiciaires. La loi organise ici une protection particulière des mineurs et notamment des mineurs de quinze ans. L'information des autorités judiciaires ou administratives des faits constitue la première étape de la mise en œuvre de l'action pénale. Cependant, les textes n'ont pas pour objectif de faire de chaque citoyen un délateur, cette obligation de dénonciation n'est ni générale ni absolue mais limitée à certaines infractions : les crimes (A) et les mauvais traitements sur mineurs de quinze ans (B). Une autre infraction a récemment été ajoutée pour réprimer la rétention d'information sur la disparition d'un mineur de quinze ans (C). Les intitulés des infractions mettent en exergue une attention particulière du législateur à l'égard des mineurs et plus particulièrement des mineurs de quinze ans.

A – Une dénonciation générale en matière criminelle

264. Si l'infraction n'est pas spécifique aux victimes mineures, la minorité reste prise en compte par le législateur en restreignant les possibilités d'éviter la répression. L'infraction trouve son origine dans une loi du régime de Vichy[637], abrogée à la Libération par une Ordonnance du 25 juin 1945 mais dont certaines dispositions ont été conservées à l'article 62 de l'ancien Code pénal[638]. Ces éléments figurent aujourd'hui à l'article 434-1 C. pén. qui vise « *le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives* ».

La place de l'infraction au sein du Livre IV du Code pénal indique qu'elle protège prioritairement l'intérêt général, la Justice, même si la jurisprudence, dans un arrêt du 17

[637] Loi du 25 octobre 1941 « portant obligation de dénoncer les crimes ou projets de crimes attentatoires aux personnes et de secourir les personnes en danger », JORF 26 octobre 1941.
[638] BONFILS Philippe, « Non-dénonciation de crime », *J.-Cl. Pén.*, art. 434-3, fasc. n° 20, 2008, n°2.

novembre 1993[639], a reconnu à ces dispositions « *un but de protection des intérêts privés* » permettant à la victime de se constituer partie civile[640].

Le délit requiert comme condition préalable une obligation de dénonciation. La formulation générale du texte d'incrimination, l'art. 434-1 C. pén. visant « *quiconque* », implique que tout individu est tenu de dénoncer, qu'il s'agisse d'une personne majeure ou mineure[641]. Le texte prévoit, dès son second alinéa, des exceptions quant aux personnes tenues de dénoncer les infractions en question. Sont visés d'une part les parents en ligne directe et leurs conjoints, les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou du complice ; d'autre part, le conjoint de l'auteur ou du complice, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui. La jurisprudence ajoute à cette liste les personnes ayant participé au crime, estimant que « *l'obligation légale de signaler un crime aux personnes qui ont la mission d'en rechercher les auteurs et d'en assurer la répression ne saurait concerner ceux-là même qui ont participé à ce crime comme coauteurs ou complices ou qui ont prêté leur concours conscient à l'association criminelle à laquelle ce crime est imputable* »[642]. La solution inverse les obligerait à se livrer eux-mêmes à la justice, « *ce que les principes fondamentaux du Droit pénal français n'admettent pas* »[643].

265. Cependant, la minorité de la victime, et plus précisément la minorité de quinze ans, permet d'écarter ces immunités familiales prévues par le texte[644], les individus retombant sous le coup de l'obligation de dénonciation pénalement sanctionnée. Contrairement aux personnes particulièrement vulnérables qui leur sont traditionnellement assimilées, l'infraction ne connaît qu'une seule dérogation, celle des mineurs de quinze ans. Ceci démontre l'attention particulière du législateur à l'égard de cette catégorie de victimes. Le texte visant uniquement les crimes, et n'ayant pas son pendant pour les délits, il est possible d'affirmer que chaque personne (à l'exception de l'auteur) ayant connaissance d'un crime, infraction la plus grave, commis sur un mineur de quinze ans, catégorie la plus vulnérable, est obligé de le dénoncer aux autorités administratives ou judiciaires, sous peine d'encourir trois ans d'emprisonnement

---

[639] Cass. crim., 17 nov. 1993, *RSC* 1994, p. 333, note LEVASSEUR Georges.

[640] Pour une étude détaillée de l'action civile voir : BONFILS Philippe, *L'action civile, Essai sur la nature juridique d'une institution*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, notamment pp. 49 et s.

[641] Nancy, 13 mai 2005, JurisData n° 2005-297420. En l'espèce une jeune fille de quatorze ans est victime d'un viol par un mineur du même âge. Le prévenu âgé de quatorze ans, ami de l'agresseur et présent lors de l'agression, est condamné du chef de non-dénonciation de crime puisqu'il s'est abstenu de dénoncer les viols subis par la victime et qu'il était au courant des faits imposés depuis longtemps à celle-ci.

[642] Cass. crim., 27 déc. 1960, Bull. crim. 1960, n° 624.

[643] *Ibid*.

[644] Il est possible d'ajouter à cette liste les personnes ayant participé au crime, voir BONFILS Philippe, « Non-dénonciation de crime », *J.-Cl. Pén.*, art. 434-3, fasc. n° 20, 2008, n° 15 et 16.

et 45 000 euros d'amende. Est coupable du délit de non-dénonciation de crime l'assistante maternelle qui s'est délibérément abstenue de dénoncer les viols et agressions sexuelles commis par son fils sur les enfants qu'elle avait en garde[645]. Il en est de même de la directrice d'un institut médico-éducatif pour mineurs déficients mentaux qui ne dénonce pas les viols et agressions sexuelles, dont elle a eu connaissance par les victimes et le personnel, commis par des pensionnaires sur d'autres, privilégiant un règlement interne[646].

266. Seules les personnes assujetties au secret professionnel, dans les conditions de l'art. 226-13 C. pén., sont exemptées de l'obligation de dénonciation. Cette exception repose sur le respect d'une valeur pénalement protégée : le secret professionnel[647].

267. Encore faut-il que la dénonciation soit utile. En effet, l'article 434-1 C. pén précise le but de la dénonciation, qui est non seulement de porter les faits à la connaissance des autorités administratives ou judiciaires permettant les actions en justice, mais aussi de « *prévenir ou de limiter les effets [du crime] ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés* ». L'appréciation de cette utilité relève du pouvoir souverain des juges du fond[648] et se retrouve dans l'hypothèse spécifique de non-dénonciation de mauvais traitements sur mineurs de quinze ans visée à l'article 434-3 C. pén.

B – Une dénonciation spécifique aux mineurs de quinze ans en matière délictuelle

268. S'il n'y a aucune obligation générale de dénoncer les délits, le législateur a incriminé une telle abstention à l'égard de certains comportements touchant les victimes les plus vulnérables, c'est-à-dire les mineurs de quinze ans. L'article 62 al. 2 de l'ancien Code pénal visait à réprimer la non-dénonciation aux autorités administratives chargées des actions sanitaires et sociales de sévices et privations sur enfant de moins de quinze ans.

269. L'infraction ne concernait initialement que les victimes mineures de quinze ans et par réformes successives, elle a été modifiée quant aux destinataires de la dénonciation, aux actes

[645] Paris, 4 mars 2005, JurisData n° 2005-273561.
[646] Paris, 16 mai 2000, JurisData n° 2000-126851.
[647] Pour la notion et l'application du secret professionnel, cf. *infra* n° 278 et s.
[648] Cass. crim., 12 mai 1999, JurisData n° 1999-003263 : « Q*ue la loi n'ayant pas défini les circonstances qui rendent la dénonciation obligatoire pour prévenir ou empêcher les effets des crimes ou la survenance de crimes postérieurs, en a confié l'appréciation à la Cour et au jury* ».

visés et aux personnes pouvant être victimes. D'une part, la loi du 2 février 1981[649] permet aux autorités judiciaires d'être destinataires de la dénonciation, facilitant les actions et limitant le nombre d'intermédiaires entre les auteurs du signalement et les autorités de poursuites.

D'autre part, le nouveau Code pénal élargit le champ d'application de l'infraction. Alors que l'article 62 ancien Code pénal visait uniquement les mineurs de quinze ans comme victimes, le nouvel article 434-3 s'applique également lorsque les sévices et privations sont réalisés sur des personnes qui ne sont pas en mesure de se protéger en raison de leur âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une défaillance physique ou psychique ou d'un état de grossesse. Cette modification participe à l'assimilation fréquemment opérée par le législateur des personnes particulièrement vulnérables à la situation des mineurs de quinze ans[650].

Enfin, les comportements devant faire l'objet de dénonciation ont été élargis par la loi du 10 juillet 1989[651]. Les actes de privations sont toujours visés mais les « sévices » sont remplacés par les « mauvais traitements », et les « atteintes sexuelles » sont ajoutées en 1998[652]. Le passage des « sévices » aux « mauvais traitements » est significatif de l'intérêt recherché par l'infraction, car même si les définitions sont proches[653], il apparaît que dans le sens commun, les mauvais traitements sont plus facilement identifiables que les sévices, ces derniers dénotant un degré supérieur d'atteinte. Il sera plus aisé pour le citoyen *lambda* de dénoncer des mauvais traitements que des sévices. Ainsi en est-il des violences sur mineurs où il est très souvent, voire exclusivement, évoqué le terme de maltraitance, lequel n'a pas de connotation juridique et renvoie aux mauvais traitements[654] et non aux sévices[655]. Il s'agit ici d'une question d'intelligibilité de la loi, de « populariser » la terminologie pour rendre les dénonciations plus efficaces, la notion étant « *à la fois large et imprécise, et permet d'englober des infractions nombreuses et variées* »[656].

---

[649] Loi n° 81-82 du 2 février 1981 « renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes », JORF 3 février 1981, p. 415.

[650] THIERRY Jean-Baptiste, th. préc., n° 493, p. 393.

[651] Loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 « relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance », JORF 14 juillet 1989, p. 8869.

[652] Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 « relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs », JORF 18 juin 1998, p. 9255.

[653] Le dictionnaire Larousse définit les sévices comme des « *mauvais traitements exercés sur quelqu'un qu'on a sous son autorité ou sous sa responsabilité* », Larousse en ligne, *V°* « sévices ».

[654] Ces violences ont très souvent pour auteur une personne ayant autorité sur l'enfant, qu'il s'agisse d'autorité de fait (beaux-parents, enseignants, éducateurs, etc) ou d'autorité de droit. Or les mauvais traitements par une personne ayant autorité constituent, selon la définition du dictionnaire Larousse, des sévices.

[655] Le terme est utilisé d'ailleurs à l'article 521-1 C. pén. pour les animaux : « *[…] d'exercer des sévices graves, ou de nature sexuelle, ou de commettre un acte de cruauté envers un animal […]* ».

[656] BONFILS Philippe, « Non-dénonciation de mauvais traitements à un mineur de quinze ans ou à une personne vulnérable », *J.-Cl. Pén.*, art. 434-3, fasc. 20, 2008, n° 18.

Dans la même optique le législateur n'a pas opté pour un catalogue d'infractions dans l'incrimination, puisque les mauvais traitements n'ont pas, en soi, une acception juridique mais un sens commun. Aussi le texte est « *beaucoup plus large que le terme "infraction" auquel on aurait pu songer. Ceci signifie que la personne qui informe les autorités des faits n'a pas à vérifier la qualification juridique des faits […]* »[657] ; encore faudrait-il qu'il en ait la compétence. Les atteintes sexuelles quant à elles constituent une variété de mauvais traitements comme le rappelle la Cour de cassation qui estime que « *les dispositions de l'article 15 de la loi du 17 juin 1998 qui, modifiant la rédaction de l'article 434-3 du Code pénal, précisent que l'obligation de dénoncer les mauvais traitements infligés à un mineur de quinze ans inclue les atteintes sexuelles, revêtent sur ce point un caractère interprétatif, en sorte qu'elles s'appliquent aux faits commis avant l'entrée en vigueur du nouveau code pénal* »[658].

270. Ces évolutions aboutissent à l'actuel article 434-3 C. pén. qui punit « *le fait, pour quiconque ayant eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou atteintes sexuelles infligés à un mineur de quinze ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une défaillance physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas informer les autorités judiciaires ou administratives* ».
À l'instar de l'infraction de non-dénonciation de crime, la formule est générale quant aux auteurs visés, toute personne étant concernée, et le dernier alinéa exclut de cette obligation les personnes astreintes au secret professionnel. Doit être relaxé des poursuites de non-dénonciation de mauvais traitements sur mineurs de quinze ans, le médecin qui a connaissance de violences sur l'enfant et décide, en l'absence de péril vital imminent, de ne pas procéder à un signalement. Les juges du fond relèvent que la loi laisse à la conscience de chaque médecin l'opportunité de dénoncer ou non de tels faits[659]. Cependant, cette exemption est précédée de la formule « *sauf lorsque la loi en dispose autrement* ». L'analyse se fait « *à trois niveaux de régulation : une obligation de révélation, une exception à cette obligation de révélation pour les personnes astreintes au secret professionnel, une exception à cette exception "lorsque la loi en dispose autrement"* »[660]. L'exception à l'exception opère un retour au principe, c'est à dire à l'obligation de révélation, mais non plus sur la base de

[657] THIERRY Jean-Baptiste, th. préc..
[658] Cass. crim., 12 janv. 2000, JurisData n° 2000-000466, *Dr. pén.* 2000, comm. 71, note VERON Michel.
[659] Aix en Provence, 20 juin 2005, JurisData n° 2005-282067. Pour l'analyse du secret professionnel et de l'option de conscience, cf. *infra* n° 278 et s.
[660] GUÉRY Christian, « Le défaut de protection de l'enfant par le professionnel : un nouveau délit ? », *D.* 2001, p. 3293.

l'article 434 -3 C. pén. mais sur celle d'autres dispositions spéciales, conformément à la règle « *specialia generalibus derogant* » qui signifie une loi spéciale déroge à une loi générale. Les individus exemptés de la sanction pénale doivent se conformer au texte spécial qui les contraint à dénoncer. Ainsi en est-il des personnes participant aux missions de l'Aide sociale à l'enfance qui doivent, en vertu de l'article L. 221-6 du Code de l'action sociale et des familles, informer le Président du Conseil général ou le responsable désigné par lui des informations nécessaires et notamment des cas de maltraitance. Bien que soumise au secret professionnel, la personne est obligée de dénoncer les mauvais traitements alors que l'article 434-3 C. pén. lui confère une option de conscience. Néanmoins, « *le non respect de cette obligation, s'il peut justifier des poursuites disciplinaires n'est pas sanctionné des peines prévues part l'art. 434-3* »[661], conformément au principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Les médecins, en revanche, qui sont souvent les plus à même de constater des faits de mauvais traitements sur mineurs, bénéficient d'une option de conscience selon leurs règles déontologiques. L'art. R. 4127-44 du Code de la santé publique prévoit en cas de sévices ou de privations sur mineur de quinze ans que le médecin « *doit, sauf circonstances particulières* qu'il apprécie en conscience*, alerter les autorités judiciaires, médicales ou administratives* »[662]. Doivent également être exemptées de dénoncer, les personnes ayant participé aux mauvais traitements ou privations, même si cette exception ne figure pas dans le texte[663]. Cette position était adoptée par la jurisprudence[664] sous l'empire de l'art. 62 ancien pour la non-dénonciation de crime et en raison de la proximité des deux infractions, « *cette solution peut être transposée au cas de la non-dénonciation de mauvais traitements sur mineur ou personne vulnérable* »[665].

271. Ces comportements, mauvais traitements et atteintes sexuelles, se réalisent souvent dans le cercle familial, il est par conséquent essentiel de ne pas instaurer une immunité familiale (laquelle est également supprimée pour les crimes commis sur mineur de quinze ans). Ainsi doit être condamné, pour non-dénonciation d'atteintes sexuelles sur mineures de quinze ans, le père de dix enfants qui, sachant que ses fils violaient leurs sœurs, n'a pas informé les autorités administratives ou judiciaires des faits et a simplement réprimandé les

[661] *Ibid*.
[662] Souligné par nous.
[663] BONFILS Philippe, « Non-dénonciation de mauvais traitements à un mineur de quinze ans ou à une personne vulnérable», *J.-Cl. Pén.*, art. 434-3, fasc. 20, 2008, n° 14.
[664] Cass. crim., 27 déc. 1960, Bull. crim. 1960, n° 624.
[665] BONFILS Philippe, « Non-dénonciation de mauvais traitements à un mineur de quinze ans ou à une personne vulnérable », art. préc.

auteurs[666]. Il en est de même pour le père qui voit régulièrement sa concubine battre son enfant âgé de onze ans et dont la dénonciation intervient à la suite d'une visite médicale révélant plus de 90 blessures sur le corps de l'enfant[667]. Toujours au sein du cercle familial, se rend coupable du délit de l'article 434-3 C. pén. la mère des victimes, mineures de quinze ans, qui ne dénonce pas son mari qui se livre d'une part à des baisers sur la bouche et sur le sexe de ses enfants à l'occasion de leur toilette et d'autre part tire au pistolet à billes sur les jambes de ces dernières[668].

272. La répression est mise en œuvre quels que soient les motifs de l'abstention, la crainte du témoin face à l'auteur ne lui permettant pas, par exemple, d'échapper à la répression. Les juges du fond condamnent la mère qui assiste et ne dénonce pas les faits d'agressions sexuelles répétées sur ses enfants, mineurs de quinze ans, par leur père et leur oncle, arguant d'être terrorisée par ces derniers[669]. Il en est de même, *a fortiori,* si le silence est motivé par l'appât du gain, les juges sanctionnent la mère d'un mineur de quinze ans ayant connaissance d'agressions sexuelles infligées à son fils par un ami de la famille et qui ne les dénonce pas, préférant obtenir de l'argent de la part de l'auteur[670]. La solution est identique lorsque l'auteur invoque la crainte de perdre le confort matériel dont il bénéficiait avec sa nouvelle compagne pour ne pas dénoncer les actes de violences accomplis par celle-ci sur son enfant âgé de onze ans[671].

273. Contrairement à la non-dénonciation de crime, l'article 434-3 C. pén. n'exige plus, depuis le nouveau Code pénal, que le signalement soit utile, c'est-à-dire qu'il limite ou prévienne les effets de l'infraction ou évite sa réitération. Le but est bien de porter à la connaissance de la Justice ces faits, lésant l'intérêt général[672], pour que les actions puissent être engagées ; ce type de signalement est plus large qu'en matière criminelle. Certaines juridictions du fond continuent de caractériser, à tort, cette utilité. Ainsi en est-il d'une Cour

[666] Rouen, 6 oct. 2004, JurisData n° 2004-273761.
[667] Bourges, 10 mars 2005, JurisData n° 2005-290169. Pour un exemple plus récent : Paris, 24 oct. 2008, JurisData n° 2008-003865. Dans cette affaire, est reconnue coupable de non-dénonciation de mauvais traitement sur mineur de quinze ans, la mère qui a connaissance des violences exercées par son concubin sur son fils âgé de trois ans et qui n'en informe pas les autorités judiciaires ou administratives.
[668] Paris, 11 oct. 2006, JurisData n° 2006-317945.
[669] Douai, 23 oct. 2007, JurisData n° 2007-349389.
[670] Nancy, 9 mars 2004, JurisData n° 2004-255354. La prévenue est également condamnée pour des faits d'extorsion de fonds pour les mêmes faits.
[671] Bourges, 10 mars 2005, préc.
[672] BONFILS Philippe, « Non-dénonciation de mauvais traitements à un mineur de quinze ans ou à une personne vulnérable », *J.-Cl. Pén.*, art. 434-3, fasc. 20, 2008, n° 39.

d'appel qui relève que l'absence de signalement a permis aux auteurs d'agressions sexuelles sur mineurs de quinze ans de « *poursuivre leurs actes pendant de nombreuses années sur plusieurs enfants* »[673]. En revanche, la Haute juridiction rappelle que « *l'article 434-3 du Code pénal n'exigeant pas pour sa constitution que la dénonciation ait pu prévenir ou limiter les effets produits par les atteintes sexuelles infligées ou encore empêcher leur renouvellement, il n'appartient pas aux magistrats de rechercher, […], si l'abstention coupable avait permis ou facilité le renouvellement de ces atteintes* »[674].

274. À l'instar de l'article 434-1 C. pén., l'action civile de la victime est possible, mais uniquement pour le préjudice résultant directement de l'infraction, à savoir l'abstention, et non pour les comportements visés dans le texte, c'est-à-dire les mauvais traitements et les privations[675]. Afin de prévenir davantage ces derniers, le législateur est intervenu plus récemment pour compléter l'arsenal des entraves à la Justice concernant les infractions commises sur les mineurs de quinze ans en incriminant la rétention d'information sur la disparition d'un mineur qui laisse présumer un danger pour celui-ci. La dénonciation deviendrait alors un outil préventif.

C – Une dénonciation préventive spécifique aux mineurs de quinze ans

275. Par une loi du 5 mars 2007[676], le législateur incrimine « *le fait pour une personne ayant connaissance de la disparition d'un mineur de quinze ans de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives en vue d'empêcher ou de retarder la mise en œuvre des procédures de recherche prévues par l'article 74-1 du code de procédure pénale* ». Il s'agit d'un autre délit entravant la justice qui consiste à retenir l'information sur la disparition d'un mineur de quinze ans, avec un dol spécial consistant à faire obstacle à l'article 74-1 C. pr. pén.. Ce dernier article, issu de la loi du 9 septembre 2002[677], s'intègre dans l'arsenal de la dénonciation qui vise à protéger les mineurs vulnérables, c'est-à-dire les mineurs de quinze ans. Ces dispositions créent l'enquête de disparition qui permet aux officiers de police judiciaire, sur instructions du procureur de la République, de procéder aux actes prévus par les

[673] Douai, 23 oct. 2007, préc.
[674] Cass. crim., 6 sept. 2006, JurisData n° 2006-035229, *Dr. pén*. 2006, comm. 149, obs. VERON Michel.
[675] En effet, l'auteur de la non-dénonciation n'est pas considéré comme complice des actes réalisés sur la personne mineure.
[676] Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 « relative à la prévention de la délinquance », JORF 7 mars 2007, p. 4297.
[677] Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 « d'orientation et de programmation pour la justice », JORF 10 septembre 2002, p. 14934.

articles 56 à 62 C. pr. pén. pour retrouver la personne disparue. Il est alors possible de procéder immédiatement, en l'absence même d'infraction flagrante, à des perquisitions, saisies ou visites domiciliaires et des auditions à l'exclusion des gardes à vue[678], lesquelles deviennent possibles huit jours après les instructions du procureur si une enquête préliminaire est déclenchée.

276. Le mineur de quinze ans est identifié comme une personne vulnérable et sa disparition le met en danger puisqu'il n'est pas apte à se protéger seul physiquement et psychiquement, imposant à toute personne ayant connaissance de cette disparition d'en informer les autorités. Contrairement aux infractions de non-dénonciation étudiées précédemment, le texte ne prévoit aucune exception et l'extension jurisprudentielle classique au profit des personnes ayant participé à l'infraction ne semble pas transposable, la disparition n'étant pas une infraction en soi. « *Il faut alors sans doute distinguer selon les circonstances dans lesquelles la disparition est intervenue. Si elle résulte d'une infraction, […], les règles applicables au concours de qualifications permettent de penser que la qualification de non-information de disparition n'est pas applicable. Si la disparition ne résulte pas d'une infraction, mais par exemple d'une mauvaise entente avec le mineur, on peut penser que cette circonstance ne saurait exonérer celui qui a connaissance de la disparition de son obligation d'information* »[679].

277. Le législateur incrimine le comportement passif, l'abstention coupable, à l'égard des mineurs de quinze ans. Cette catégorie de victimes est le fil rouge des infractions de non-dénonciation, représentant l'archétype de la personne vulnérable. Il faut alors relever la nuance : minorité ne rime pas nécessairement avec vulnérabilité. Cela est vrai pour les mineurs de quinze ans alors que les plus de quinze ans sont assimilés aux majeurs, pouvant parfois devenir vulnérables en raison de leur âge. Une protection spécifique est apportée aux mineurs les plus jeunes et relève de la collectivité puisque chaque individu se doit de dénoncer les crimes ou mauvais traitements commis à leur encontre. Cette solidarité trouve cependant une limite lorsque la personne titulaire de l'information se doit également de protéger une autre valeur, le secret professionnel.

[678] FOURMENT François, *Procédure pénale*, Paradigme, 2009, n° 154 et s., p. 78.
[679] BONFILS Philippe, « Non-information de disparition de mineur de quinze ans », *J.-Cl. Pén.*, art. 434-3, fasc. 20, 2008, n° 9.

II – La dénonciation, dérogation au secret professionnel

278. Les obligations de dénonciation se retrouvent restreintes lorsque le détenteur de l'information est astreint au secret professionnel, ce dernier disposant d'une option de conscience lui permettant de garder le silence ou choisir de dénoncer (A). Cette liberté de choix trouve néanmoins une limite dans le péril vital imminent devant lequel le professionnel est obligé de dénoncer (B).

A – Une dénonciation choisie

279. Dans les infractions de non-dénonciation des articles 434-1 et 434-3 C. pén., le dernier alinéa est consacré à l'exclusion de cette obligation des personnes astreintes au secret professionnel. L'article 226-13 C. pén. impose aux personnes dépositaires d'informations à caractère secret de ne pas les révéler sous peine de sanction pénale, conduisant le professionnel à résoudre « *un conflit entre des droits ou des devoirs inconciliables, dont l'un ne peut être respecté sans sacrifier l'autre, et entre lesquels il est nécessaire d'établir une hiérarchie. Dans quelle mesure l'obligation de se taire peut-elle fléchir en présence d'un des faits justificatifs reconnus par notre Droit ?* »[680]. La juxtaposition de ces textes peut limiter, en raison de leur opposition, les dénonciations et, corrélativement, laisser perdurer des situations infractionnelles. Cependant, l'article 226-14 C. pén. autorise, dans certains cas, ces mêmes personnes à dénoncer les faits dont elles ont eu connaissance à l'occasion ou dans l'exercice de leur fonction. Le texte prévoit dans son premier alinéa que « *l'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret* ». Une personne astreinte au secret professionnel peut dénoncer des mauvais traitements sur un mineur de quinze ans puisque l'article 434-3 C. pén. l'y autorise et que l'article. 226-14 C. pén. rend licite cette révélation en écartant l'application de l'article 226-13 C. pén. L'auteur commet une infraction pénale, laquelle est justifiée par une disposition expresse de la loi, ce qui constitue un fait justificatif par permission de la loi. L'article 122-4 du Code pénal prévoit dans ce cadre que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* ».

280. L'article 226-14 C. pén. évoque spécifiquement le cas des mineurs et prévoit que les dispositions de l'article 226-13 C. pén. ne s'appliquent pas « *à celui qui informe les autorités*

[680] PY Bruno, *Le secret professionnel*, L'Harmattan, coll. « La Justice au quotidien », 2005, p. 103.

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 ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ». Il est intéressant de relever que le législateur précise expressément cette permission de dénoncer lorsque les faits sont commis sur les personnes vulnérables. Contrairement aux dispositions des articles 434-1 et 434-3 C. pén., qui obligent au signalement les actes commis sur des mineurs de quinze ans, la possibilité de dénonciation offerte aux personnes astreintes au secret n'est pas limitée par ce seuil d'âge et concerne tous les mineurs, la catégorie protégée étant plus large dans cette seconde situation.
L'article 226-14, 2° C. pén. vise également l'hypothèse particulière du médecin[681], qui paraît être un des professionnels le plus à même de détecter les atteintes commises sur les personnes et notamment les mineurs. Le texte lui permet, en cas de constat de sévices ou de privations, d'informer le procureur de la République. Pour les mineurs, la loi du 2 janvier 2004[682] écarte même la nécessité d'obtenir leur consentement, alors que le texte antérieur l'imposait à partir de quinze ans[683], conduisant à traiter le mineur de plus de quinze ans comme un majeur. Pour assurer une liberté totale à ces professionnels, le législateur précise dans le dernier alinéa que « *le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut faire l'objet d'aucune sanction disciplinaire* ». Certains auteurs relèvent le schéma inverse, à savoir que la personne soumise au secret et qui ne dénonce pas, peut, en raison d'un fait justificatif tiré de la permission de la loi, issu de la combinaison des textes pénaux, échapper à la sanction pénale mais encourir une sanction disciplinaire[684].

281. Il convient d'harmoniser les textes permettant ou obligeant à la dénonciation, quant à la terminologie d'une part, en remplaçant les « sévices » par les « mauvais traitements » et quant aux personnes victimes d'autre part en ne visant que les mineurs de quinze ans, lesquels sont réellement vulnérables. La combinaison des articles 226-14, 434-1, 434-3 et même 434-

[681] Pour une relaxe des suites d'une poursuite pour non-dénonciation de mauvais traitements sur mineure de quinze ans, voir : Aix en Provence, 20 juin 2005, préc. Les juges du fond rappellent que « *la loi laisse à la conscience de chaque médecin l'opportunité ou non de dénoncer de tels faits* », à savoir en l'espèce des coups infligés par la mère, ayant entrainé plusieurs fractures.
[682] Loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 « relative à l'accueil et à la protection de l'enfance », JORF 3 janvier 2004, p. 184.
[683] PY Bruno, « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *AJ pén*al 2004, p. 133.
[684] Voir notamment : ALT-MAES Françoise, art. préc., où l'auteur estime que « *certains professionnels, qui se trouvent pénalement libres de décider en conscience de l'attitude à prendre, pourront être tenus de signaler les sévices par des textes spéciaux. Leur non-respect va engendrer ainsi des poursuites disciplinaires* » ; GUÉRY Christian, art. préc.

4-1 C. pén., qui concourent tous à une même logique de protection des mineurs, constituerait alors un arsenal répressif plus cohérent.

282. De cette combinaison il résulte que « *soit le professionnel garde le silence, respectant ainsi le secret et nul ne peut lui en faire le reproche car il obéit à la loi en général et à l'article 226 -13 en particulier. Soit le professionnel décide de révéler, protégeant ainsi les intérêts d'une victime, et nul ne peut lui en faire le reproche car il obéit à l'article 226-14 1°. Autrement dit, se taire est licite, parler est licite : il peut choisir en pleine conscience* »[685]. Le principe de l'option de conscience des personnes astreintes au secret étant acquis, il convient néanmoins d'admettre qu' « *il peut être contraire aux intérêts de l'enfant que les faits soient divulgués, notamment quand l'auteur des abus est l'un des parents. Il a été observé qu'un enfant peut être douloureusement traumatisé et se sentir responsable de l'éclatement de la cellule familiale lorsqu'une procédure est engagée contre son parent*. Le professionnel est donc le moins mal placé pour décider des mesures destinées à protéger la victime des agissements criminels et pour apprécier l'opportunité de déclencher, par ses révélations aux autorités, une procédure contre les auteurs des sévices »[686].
Le choix est laissé à des personnes qui paraissent les plus à même d'apprécier l'opportunité du signalement conformément à l'intérêt de l'enfant.

283. Cependant, dans certains cas le secret professionnel perd son caractère opposable, le partage d'informations devenant obligatoire, notamment pour les éducateurs agissant sous mandat judiciaire. Dans le cas d'une mesure d'assistance éducative confiée à l'Aide sociale à l'enfance, la Cour de cassation estime que « *ces personnes qui tiennent leur compétence de l'autorité judiciaire, doivent immédiatement informer le juge des suspicions de viol* »[687]. Dans un arrêt postérieur, la Haute juridiction confirme cette tendance en exposant que « *le secret professionnel imposé aux membres d'un service éducatif sur la situation d'un mineur confié à celui-ci par le juge des enfants est inopposable à cette autorité judiciaire, à laquelle ils sont tenus de rendre compte de son évolution et notamment de tous traitements, en vertu des art.*

[685] PY Bruno, *op. cit*., p. 114. Pour une analyse refusant de voir ici une liberté de choix du professionnel, ROCA Claire, « Secret de la confession, secret professionnel et atteintes sexuelles sur mineur », *LPA* 2001, n° 69, p. 10. L'auteur estime que « *la non-dénonciation d'un crime ne peut être justifiée que si elle apparaît socialement plus utile que sa révélation* » ; partant l'option ne serait pas libre pour le professionnel puisque l'auteur poursuit que « *nul ne peut contester que la vie d'un enfant, son intégrité physique, psychique et morale prime sur les impératifs sociaux qui fondent le respect du secret professionnel* ».
[686] ROCA Claire, art. préc. ; souligné par nous.
[687] Cass. crim., 24 janv. 1995, *D.* 1996, note DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise et WAXIN Anaïs, p. 384.

375 et s. c. civ. et de l'art. 1199-1 NCPC, pris pour leur application, tout comme ledit secret est inopposable, selon l'art. 80 c. fam., au président du conseil général pour les mineurs relevant de sa compétence »[688].

L'inopposabilité du secret est encore étendue par une loi du 5 mars 2007[689] qui confère au maire un rôle en matière d'action sociale et éducative, l'érigeant pour certain en « *travailleur social pivot* »[690] et pour d'autre en « *maire-shérif et juge* »[691]. Cet élu local devient, à côté du Président du Conseil général, un acteur de la protection de l'enfant, l'article L. 121-6-2 du Code de l'action sociale et des familles prévoyant qu'en cas « *d'aggravation des difficultés sociales, éducatives ou matérielles d'une personne ou d'une famille* » le professionnel de le l'action sociale **doit** en informer non seulement le Président du Conseil général mais aussi désormais le maire de la commune. L'éducateur prenant en charge une famille et constatant des mauvais traitements serait contraint, en dehors de toute option de conscience, de transmettre l'information à ces deux autorités administratives. Le partenariat entre ces instances administratives et judiciaires en sort renforcé[692], mais peut également dissuader certaines personnes de demander l'assistance des services de l'Aide sociale à l'enfance par crainte de dénonciation. Devant cette multiplication des hypothèses permettant de déroger au principe du secret professionnel, il apparaît opportun de se souvenir des propos de GARÇON quand il rappelait que « *le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur, un défenseur, le catholique, un confesseur, mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable. Il importe donc à l'ordre social que ces confidents nécessaires soient astreints à la discrétion et que le silence leur soit imposé, sans condition ni réserve, car personne n'oserait plus s'adresser à eux, si on pouvait craindre la divulgation du secret confié* »[693].

---

[688] Cass. crim., 8 oct. 1997, *Dr. pén*. 1998, comm. 50, note VERON Michel ; *RSC* 1998, p. 321, note MAYAUD Yves.
[689] Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 « relative à la prévention de la délinquance », JORF du mars 2007, p. 4297.
[690] PÉDRON Pierre, *Droit et pratiques éducatives de la Protection judiciaire de la jeunesse*, 2e éd., Gualino, 2008, n° 603, p. 294.
[691] ROSENCZVEIG Jean-Pierre, « Prévention de la délinquance : de la défiance à la confusion », *D*. 2006, p. 2937 ; dans une analyse prospective.
[692] « *La participation des autorités judiciaires, et tout particulièrement du parquet, à la politique de la ville ainsi qu'un échange d'information avec le maire concourent à la prévention de la délinquance* », PÉDRON Pierre, *op. cit*., n° 611, p. 299.
[693] GARÇON Émile, *Code pénal annoté*, art. 378, n° 7.

B – Une dénonciation obligatoire

284. Cet absolutisme du secret trouve sa réelle limite dans l'article 226-3 C. pén. qui dispose dans son alinéa 2[694] que « *sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours* ». Dans cette hypothèse, les personnes astreintes au secret disposant de la faculté de ne pas dénoncer, sont tenues au même titre que tout citoyen d'agir. « *Porter secours n'est pas forcément synonyme de violation du secret professionnel et le signalement à l'autorité judiciaire n'est qu'un moyen parmi d'autres de porter assistance à personne en péril* »[695]. Ainsi en est-il du médecin qui, face à une situation de violences intrafamiliales sur mineur décide de l'hospitaliser afin de l'éloigner de l'auteur. Cette action permet de porter secours à l'enfant sans pour autant violer le secret professionnel, mais elle aboutit à laisser impunies les violences réalisées.
Ce délit d'omission de porter secours est, à l'instar de ceux concernant la non-dénonciation, la sanction d'une abstention coupable. Le lien avec la dénonciation est évident quant à l'origine des deux infractions, issues d'une même loi du régime de Vichy[696] et visant toutes deux à prévenir les attentats contre l'armée d'occupation.

285. Contrairement aux autres situations précédemment envisagées, aucune dérogation légale n'est prévue pour les personnes astreintes au secret professionnel. Pour que cette obligation absolue de dénonciation joue, encore faut-il que la victime soit en situation de péril. L'article 4 la loi de 1941[697] prévoyait que la personne était en péril « *si, faute d'être secourue, cette personne a perdu la vie ou souffert de grave lésion corporelle* ». S'éloignant de cette acception, la notion de péril se rapproche davantage aujourd'hui de celle de danger, lequel se situe chronologiquement plus tôt. Pour certains le péril « *s'entend exclusivement d'une menace pour la vie, la santé ou l'intégrité physique d'une personne* »[698] et pour d'autres il est « *une situation critique qui fait craindre de graves conséquences pour la personne qui s'y trouve exposée, celle-ci risquant d'y perdre la vie ou la santé* »[699].

[694] L'alinéa 1er visant la non prévention de crime ou de délit touchant à l'intégrité corporelle.
[695] PY Bruno, *op. cit*., p. 121-122.
[696] Loi du 25 octobre 1941 « portant obligation de dénoncer les crimes ou projets de crimes attentatoires aux personnes et de secourir les personnes en danger », JORF 26 octobre 1941.
[697] GUÉRY Christian, « Le défaut de protection de l'enfant par le professionnel : un nouveau délit ? », *D*. 2001, p. 3293.
[698] VÉRON Michel, *Droit pénal spécial*, Armand Colin, 12e éd., 2008, n° 155, p. 115.
[699] PRADEL Jean et DANTI JUAN Michel, *Droit pénal spécial*, Éd. Cujas, 4e éd., 2007, n° 161, p. 166.

286. Ce glissement se retrouve en jurisprudence qui caractérise souvent des dangers au titre de périls. « *Bien que le texte de l'article 226-3 du Code pénal s'applique à toute personne en danger, il est évident que c'est aux enfants en danger, que chacun pense de prime abord, au point que certains s'alarment de décisions qui aboutissent à faire de tout citoyen une sorte de protecteur systématique et permanent de tout enfant* »[700]. Ainsi est condamnée sur le fondement de l'article 223-6 al. 2 C. pén. la personne qui assiste à la mort d'une fille de deux ans victime d'un grave traumatisme abdominal en raison d'un massage appuyé, le prévenu ne pouvant ignorer, même en l'absence de connaissance médicale, que la santé de l'enfant s'aggravait au cours de la nuit[701]. Le péril en l'espèce est bien un danger de mort, correspondant à son acception de départ. Il en est de même de l'abstention d'une mère d'un enfant de deux mois et treize jours souffrant du syndrôme de l'enfant secoué ayant son origine dans le comportement du mari. Les juges relèvent que la santé de l'enfant s'aggravait de jour en jour, ce dernier ayant les yeux révulsés et injectés de sang, le crâne douloureux et qu'il vomissait quotidiennement ses biberons. La juridiction du fond évoque pour finir que l'enfant était dans un état de péril imminent et constant[702].
Il convient également d'entrer en voie de condamnation lorsque des séquelles irrémédiables sont encourues par l'enfant. Tel est le cas d'un individu qui se voit remettre par un couple d'amis, qui avait quitté les urgences pédiatriques en cours de traitement, leur enfant gravement brûlé et qui se contente de l'héberger. Les juges visent la gravité des brûlures et l'état préoccupant de la santé de l'enfant, lequel ne pouvait même plus plier les jambes pour caractériser le péril[703]. L'article 223-6 du Code pénal apparaît comme un élément important dans l'arsenal de protection de l'intégrité du mineur, surtout en raison du glissement du péril vers le danger, augmentant les situations dans lesquelles les individus doivent agir directement ou en opérant un signalement.

287. Ainsi « *on a vu devant les cours d'assises ou les tribunaux correctionnels se multiplier les condamnations pour non-assistance à personne en péril de femmes ou de compagnes d'individus poursuivis pour viols ou agressions sexuelles commis sur les enfants* »[704]. Dans ces hypothèses, la conception du péril est bien éloignée de celle présidant à la création du

[700] PY Bruno, *op. cit.*, p. 122.
[701] Poitiers, 4 août 2005, JurisData n° 2005-302822.
[702] Rouen, 22 oct. 2007, JurisData n° 2007-354733.
[703] Rouen, 14 nov. 2005, JurisData n° 2005-305097.
[704] GUÉRY Christian, art. préc.

texte, du risque, « *soit de perdre la vie, soit des atteintes corporelles graves* »[705]. Par exemple, est condamnée la prévenue qui a connaissance des viols répétés sur sa fille par son mari (qui n'est pas le père de la victime), depuis l'âge de huit ans et pendant vingt-sept ans, et qui s'est volontairement abstenue de les empêcher[706]. De même pour l'individu qui a connaissance d'un viol collectif et qui se contente d'un comportement passif, restant en bas de l'immeuble[707], ou de l'assistante maternelle qui sait que son fils viole les enfants dont elle a la garde mais qui ne prend aucune disposition pour empêcher les réitérations[708].

Le secours à personne en péril devient la dénonciation d'une personne en danger, élargissant par la même le champ de l'obligation d'agir des individus. Or les deux termes sont bien différents dans le degré de l'atteinte portée à la victime. Dans ces dernières situations le péril paraît être le risque de récidive que l'auteur aurait dû empêcher en dénonçant les faits. Le délit de l'article 223-6 du Code pénal est déjà ouvert quant aux personnes concernées puisqu'aucune exception n'est prévue par le texte, il n'apparaît pas nécessaire de l'ouvrir encore plus en déformant la notion de « péril ». Si la distinction semble sans intérêt pour l'individu *lambda*, la situation est bien différente pour les personnes astreintes au secret qui dans un cas peuvent licitement s'abstenir, et dans l'autre doivent signaler ; le bon choix nécessite que la frontière soit correctement tracée. Le principe d'interprétation stricte du Droit pénal impose de limiter la répression à ce que le texte prévoit, c'est-à-dire un péril et non un danger. Ce terme se retrouve dans d'autres infractions, ce qui démontre que les notions ne sont pas identiques. Par conséquent, il serait préférable de revenir à une conception stricte du péril et de « *retrouver une certaine orthodoxie dans les poursuites engagées et cesser de mettre systématiquement en parallèle les deux infractions : la non-révélation des faits commis, la non-assistance à personne en péril pour ne pas avoir… révélé les faits commis. Ce que les poursuites pour non-assistance à personne en péril montrent, c'est* l'intolérance à l'existence d'un secret professionnel dès lors qu'il s'agit d'atteintes commises sur un enfant »[709].

288. Ce retour à une certaine orthodoxie juridique devrait également prévaloir dans la poursuite des infractions touchant les mineurs, où la faiblesse de ces derniers appelle des

[705] Toulouse, 19 mars 2002, n° 2002/00234, disponible sur *legifrance.gouv.fr*.
[706] Paris, 18 avril 2008, JurisData n° 2008-371622.
[707] Paris, 21 juin 2007, JurisData n° 2007-339900.
[708] Paris, 4 mars 2005, JurisData n° 2005-273561.
[709] GUÉRY Christian, art. préc., souligné par nous.

mesures spécifiques. « *La défense des intérêts de l'enfant victime, aussi noble qu'elle soit, ne nécessite pourtant pas que l'on perde tout repère* »[710].

Section 2 : Une spécificité dans la poursuite des infractions

289. La barrière de « la loi du silence » franchie, l'infraction est portée à la connaissance de la Justice et l'action pénale peut être enclenchée. Cependant, des difficultés liées à la fragilité de la victime mineure perdurent. Au stade de la poursuite de l'infraction, le législateur aménage les règles pour les adapter à cette catégorie de victimes comme ceci est prévu dans le titre XIX du Livre Troisième du Code de procédure pénale consacré à la procédure applicable aux infractions de nature sexuelle et à la protection des mineurs victimes. Les affaires judiciaires des dernières années, notamment la polémique autour du procès d'Outreau, ont mis en exergue les difficultés liées à cette catégorie de victimes, tant pour la constatation de l'infraction (I) que pour les modalités des poursuites (II). C'est essentiellement, pour ne pas dire exclusivement, en matière d'infractions sexuelles[711] que la procédure a été aménagée pour les mineurs victimes. Cependant, contrairement aux dispositions précédentes qui visent uniquement les mineurs de quinze ans, les mesures applicables ici concernent toutes victimes mineures, y compris les mineurs de plus de quinze ans. L'article 706-47 C. proc. pén. s'applique par renvoi à toute une série d'infractions spécifiques aux mineurs dont certaines ne concernent que les mineurs de quinze ans.

I – L'aménagement du constat de l'infraction en raison de la minorité de la victime

290. Une fois les faits portés à la connaissance des autorités de poursuite, il reste encore la lourde tâche de constater l'infraction. La simple dénonciation de crime ou de mauvais traitements sur mineurs n'entraine pas *ipso facto* la condamnation de la personne incriminée. Le principe de la présomption d'innocence jouant, il appartient au ministère public d'apporter la preuve de la réalisation de l'infraction, afin d'éviter la dérive vers une présomption de culpabilité. Dans le cadre de cette procédure, la loi du 17 juin 1998[712] établit un *« statut*

[710] *Ibid*.
[711] Pour une analyse des infractions à caractère sexuel, cf. *infra* n° 388 et s.
[712] Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 « relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs », JORF 18 juin 1998, p. 9255.

protecteur au profit des mineurs, victimes d'infractions sexuelles »[713], justifié par leur état de faiblesse[714].

291. L'article 706-47 du C. pr. pén. détermine le champ d'application de ces mesures dérogatoires qui ne concernent que les mineurs victimes de meurtre ou d'assassinat précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie, d'agressions ou d'atteintes sexuelles, de proxénétisme ou de recours à la prostitution, ainsi qu'aux victimes des délits relevant des articles 227-22 à 227-27 du Code pénal. Face à cette énumération, force est de constater qu'il s'agit quasi exclusivement d'infractions à caractère sexuel. Deux conditions sont donc nécessaires pour que ces dispositions spécifiques s'appliquent : une victime mineure (moins de dix-huit ans) et une infraction à caractère sexuel (exception faite du meurtre et assassinat accompagné de tortures ou d'actes de barbaries). En revanche l'aliéna 2 de l'art. 706-47 C. pr. pén.[715] a une portée plus générale pouvant, malgré sa place dans un Titre consacré aux mineurs victimes, être appliqué aux majeurs[716], pour des actes d'une extrême gravité. À l'instar de toute procédure, l'audition de la victime est un élément essentiel dans le travail d'enquête afin d'établir l'exactitude des faits. S'agissant de victimes mineures, parfois même très jeunes, l'audition doit être adaptée (A) et la victime épaulée, pour que la parole de l'enfant retrouve la place qui est la sienne (B).

A – L'audition de victime mineure

292. Dépassant son sens étymologique puisqu'*infans* signifie celui « qui ne parle pas », le mineur se voit reconnaître un droit à la parole : l'article 12 de la CIDE prévoit son audition dans toutes les procédures le concernant selon son discernement[717]. Bien que la Convention

[713] ROLLAND Renaud, « La protection du mineur, victime d'infraction sexuelle », *RDSS* 1998, p. 892.
[714] FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, « Procédure applicable aux infractions de nature sexuelle – Protection des mineurs victimes », *J.-Cl. Pr. pén.*, art. 706-47 à 706-53, fasc. 20, 2009.
[715] Art. 706-47 al. 2 C. pr. pén.: « *Ces dispositions [celles du présent titre] sont également applicables aux procédures concernant les crimes de meurtre ou assassinat commis avec tortures ou actes de barbarie, les crimes de tortures ou d'actes de barbarie et les meurtres ou assassinats commis en état de récidive légale* ».
[716] Il est à noter une tendance de la jurisprudence à utiliser l'article 706-47 al. 1er du C. pr. pén. pour des majeurs victimes d'infractions à caractère sexuel dans le cadre des infractions visées par le texte. En matière de viol : Cass. crim., 7 nov. 2007, JurisData n° 2007-041737 ; Cass. crim., 21 nov. 2007, Jurisdata n° 2007-142145 ; ou pour une agression sexuelle sur une personne particulièrement vulnérable : Cass. crim., 7 mai 2008, pourvoi n° 07-84443.
[717] Article 12 : « *1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.*
2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale ».

ne reçoive pas une application directe globale mais article par article, la Cour de cassation a reconnu à l'article 12 al. 2 un caractère « *self executing* », pouvant être invocable directement devant les juridictions françaises[718]. L'article 34 de la même Convention dispose également que « *les États parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle* ». La France retranscrit ses engagements internationaux dans le Droit interne en créant au sein du Code de procédure pénale, par une loi du 17 juin 1998[719], un titre spécifique à la procédure applicable aux infractions de nature sexuelle et à la protection des victimes mineures. Ces dispositions, modifiées par les lois du 5 mars 2007[720], prévoient l'enregistrement audiovisuel des auditions des victimes (1) ainsi que l'assistance de la victime lors des auditions (2).

1 – L'enregistrement des auditions

293. Cette mesure procédurale de l'article 706-52 C. pr. pén. prévoit qu' « *au cours de l'enquête et de l'information, l'audition d'un mineur victime de l'une des infractions mentionnées à l'article 706-47 fait l'objet d'un enregistrement audiovisuel* ». Cet enregistrement est initié par la loi du 17 juin 1998 pour tenir compte du caractère traumatisant de la procédure pour le mineur, « *redire, c'est revivre* »[721]. Pourtant, ces procédures seront très peu utilisées pour de multiples raisons liées essentiellement à des problèmes techniques et / ou au refus du mineur[722] ou de ses représentants légaux ; la première version du texte exigeait le consentement du mineur ou de ses représentants légaux. Dans le cadre de l'affaire d'Outreau « *seuls sept enregistrements ont été réalisés sur une centaine d'auditions et aucun dans le cadre judiciaire* »[723].

294. Prenant acte de ces réalités, le législateur aménage avec la loi du 5 mars 2007 les conditions de recours à ces enregistrements en supprimant d'une part le nécessaire consentement du mineur ou de ses représentants légaux et, d'autre part, la faculté du juge

[718] Cass. civ. 1re, 18 mai 2005, *RTD civ.* 2005, p. 587, note HAUSER Jean.
[719] Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 « relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs », JORF 18 juin 1998, p. 9255.
[720] Loi n° 2007-291 « relative au renforcement de l'équilibre de la procédure pénale » et loi n° 2007-297 « relative à la prévention de la délinquance », JORF 6 mars 2007, p. 4206.
[721] FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, art. préc., n° 184.
[722] ZOCCHETTO François, Rapp. Sénat n° 177 « Sur le projet de loi tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale », 24 janvier 2007.
[723] BIGOT Josiane, « L'enfant, la parole, sa protection après l'affaire dite "*d'Outreau*" », *AJ pénal* 2006, p. 385.

d'instruction ou du procureur de la République de s'opposer à celui-ci[724]. Le texte nouveau prévoit également que l'enregistrement sonore n'est possible que « *sur décision du procureur de la République ou du juge d'instruction si l'intérêt du mineur le justifie* »[725] et non plus à la demande de la victime ou de ses représentants légaux. Le caractère obligatoire de l'enregistrement audiovisuel sort renforcé et l'enregistrement sonore relégué à une mesure exceptionnelle que le magistrat doit motiver par l'intérêt de l'enfant.

295. Cet enregistrement de l'audition du mineur victime a pour but de le protéger et de rendre la procédure liée à l'enquête moins brutale pour cette catégorie de victimes[726] ; l'enregistrement permet d'éviter de nouvelles auditions et d'appréhender le comportement général de la victime (geste, langage corporel, terminologie employée) ainsi que l'interaction avec l'enquêteur (lequel peut être plus au moins directif).
Malgré ces nombreuses vertus, une circulaire du 2 mai 2005 précise que, malgré l'enregistrement, il est possible « *de faire entendre à nouveau un mineur par les services d'enquête ou pour le magistrat instructeur de recueillir une nouvelle déposition, lorsque l'audition de l'enfant s'avère indispensable pour le bon déroulement de la procédure* »[727]. La constance des propos au travers des diverses déclarations est souvent relevée par les juges comme un signe de véracité de ceux-ci[728]. « *La répétition peut aussi favoriser la découverte de la vérité, mais il faut y voir d'abord un signe évident d'attention pour les mineurs* »[729].

296. Il est nécessaire de trouver un équilibre entre l'audition unique et la multiplicité d'auditions, celle-ci pouvant être aussi choquante pour la victime que l'infraction elle-même. Deux auditions enregistrées, assez proches dans le temps afin d'éviter une dilution des faits,

---

[724] MATSOPOULOU Haritini, « Renforcement du caractère contradictoire, célérité de la procédure pénale et justice des mineurs », *Dr. pén*. 2007, étude 6.
[725] Art. 706-52 al. 2 C. pr. pén..
[726] Il en est de même lorsque le mineur est auteur d'infraction puisque la loi du 15 juin 2000 (loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 « renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes ») rend obligatoire l'enregistrement des interrogatoires des gardes à vue de mineurs. La mesure a été étendue récemment, par la loi du 5 mars 2007 (loi n° 2007-291 préc.), à toutes les gardes à vue ou les mises en examen en matière criminelle.
[727] Circulaire du 2 mai 2005, n° CRIM-AP N°05-10/E1-02-05-2005 « relative à l'amélioration du traitement judiciaire des procédures relatives aux infractions de nature sexuelle », art. 1.4. al. 7.
[728] Paris, 4 avril 2007, JurisData n° 2007-333210. Les juges constatent que la victime a été constante dans ses accusations et qu'il n'existe aucune raison pour qu'elle les ait proférées de manière mensongère. Il en est de même lorsque les magistrats évoquent que la témoin (mineure) a été constante dans ses auditions devant les enquêteurs, le médecin et l'expert psychiatre pour mettre en cause le prévenu : Paris, 24 octobre 2008, JurisData n° 2008-038965. Voir également Paris, 18 avril 2008, JurisData n° 2008-371622 où la juridiction relève que l'expert psychologue ayant examiné la victime avait un discours cohérent, sans excès, sans tentative d'affabulation et identique à celui tenu lors de son audition par la police ou le juge d'instruction.
[729] PIN Xavier, « Les victimes d'infractions sexuelles dans le procès pénal », *Rev. pénit.* 2002, p. 687.

sembleraient un bon compromis, d'autant que l'enregistrement de l'audition ne dispense pas les enquêteurs de réaliser un procès verbal d'audition, même si le texte ne le prévoit pas[730]. Si la circulaire prévoit la possibilité pour l'enquêteur de reformuler certains propos pour les sortir de la terminologie basique lorsque la victime est très jeune, il convient d'être rigoureux puisque reformuler c'est déjà interpréter[731]. Suivant cet objectif, le texte prévoit que la victime signe ledit procès verbal, afin de s'assurer que le contenu soit conforme aux déclarations. En fonction du degré de discernement de l'enfant, cette tâche pourra revenir au représentant légal présent lors de l'audition.

297. Cependant, le législateur n'a assorti cette obligation d'enregistrement d'aucune sanction. Devant l'impossibilité technique pour les enquêteurs de réaliser l'enregistrement, l'article 706-52 al. 7 C. pr. pén. prévoit que ceux-ci doivent en faire mention dans le procès-verbal en précisant la nature de l'impossibilité. La mesure est plus encadrée lorsqu'elle intervient au cours de l'enquête ou sur commission rogatoire, les enquêteurs devant informer immédiatement le procureur de la République ou le juge d'instruction des problèmes techniques, lesquels pourront alors s'assurer si d'autres moyens de procéder à l'enregistrement sont possibles. Le défaut d'enregistrement ne constitue pas une cause d'annulation de l'audition du mineur, dans la mesure où la disposition vise à le protéger[732]. L'audition reste valable puisque le défaut d'enregistrement ne nuit pas au principe du contradiction ni aux droits des parties en raison du maintien des procès-verbaux d'audition. Annuler l'acte reviendrait à réitérer l'audition de la victime mineure, ce qui constitue la raison même de l'enregistrement.

298. L'article 706-52 al. 4 C. pr. pén. impose qu'une copie de l'enregistrement soit réalisée et versée au dossier afin d'en faciliter l'accès et garantir le principe du contradictoire[733]. Les conditions de visionnage sont prévues par le texte afin de respecter les conditions d'un procès équitable et le principe d'égalité des armes visés par l'article 6 de la Conv. EDH

---

[730] La circulaire du 20 avril 1999, CRIM 99-4 F1 « relative à l'enregistrement audiovisuel ou sonore de l'audition des mineurs victimes d'infractions sexuelles », prévoit que « *l'enregistrement effectué en application de cet article [n'a] nullement pour conséquence de dispenser les enquêteurs de réaliser un procès-verbal d'audition de la victime* ».

[731] Pour les développements concernant la parole de l'enfant, cf. *infra* n° 305.

[732] FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, art. préc., n° 203.

[733] Cass. crim., 12 sept. 2007, pourvoi n° 06-87498. La Haute juridiction précise que les juges du fonds qui forgent leur intime conviction sur la base d'un enregistrement visé à l'article 706-52 C. pr. pén., « *les juges n'ont pas méconnu le principe du contradictoire, dès lors qu'une copie de cet enregistrement était jointe au dossier, laquelle pouvait être visionnée par les avocats des parties* ».

L'enregistrement constitue certes une preuve, mais qui revêt un caractère spécial en raison de la fragilité de la victime. Aussi, le législateur sanctionne d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait de diffuser l'enregistrement ou la copie ; lesquels sont détruits « *à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de la date de l'extinction de l'action publique* » dans le délai d'un mois comme le rappelle l'art. 706-52 dernier al. C. pr. pén..

299. Pour que cette audition soit la plus efficace possible, il est nécessaire que la victime se sente en sécurité pour pouvoir se confier, le législateur organisant à cet effet un principe d'assistance du mineur pendant l'audition.

2 – L'assistance du mineur lors de l'audition

300. Dans le cadre des dispositions visant à protéger les mineurs victimes d'infractions sexuelles, le législateur a prévu leur assistance lors de l'audition afin qu'ils se sentent rassurés et épaulés. Deux types d'assistance peuvent se conjuguer : une assistance relationnelle avec une personne envers qui l'enfant a confiance et se sent en sécurité, et une assistance juridique afin que ses droits, notamment en qualité de partie civile, soient assurés.

301. L'article 706-53 C. proc. pén. dispose que les auditions ou confrontations peuvent se faire en « *présence d'un psychologue ou d'un médecin spécialistes de l'enfance ou d'un membre de la famille d'un mineur ou de l'administrateur* ad hoc *[...] ou d'une personne chargée d'un mandat du juge des enfants* ». Dans la mesure où cet accompagnement vise à rassurer le mineur, la priorité est aux personnes qui lui sont proches, à savoir les membres de sa famille. Cependant, les infractions de nature sexuelle étant souvent commises au sein du milieu familial, il est essentiel que d'autres personnes puissent jouer, subsidiairement, ce rôle d'accompagnateur. Semblant tirer les enseignements de ce constat, le législateur rend obligatoire la désignation d'un administrateur *ad hoc* en cas de faits qualifiés d'incestueux, sauf décision spécialement motivée du procureur de la République ou du juge d'instruction[734]. Le recours aux professionnels de l'enfance est un choix judicieux en raison de leurs

[734] *Art. 706-50 C. pr. pén., modifié par la 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 », JORF 9 février 2010, p. 2265 ; LEPAGE Agathe, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 »,* JCP G *2010, p. 609 ; « Inscription de l'inceste sur mineurs dans le Code pénal »,* JCP G *2010, p. 339 ; BALDES Olivia, « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? »,* Dr. pén. *2010, étude 7.*

compétences évidentes en la matière, recours trop peu souvent exercé[735]. Malgré le caractère fermé de sa rédaction, le texte énumère de manière non exhaustive les personnes pouvant jouer ce rôle. La Cour de cassation estime que l'audition d'un mineur, assisté non pas d'un psychologue mais d'un psychothérapeute était valable, « *la personne seulement admise à assister à l'audition d'un mineur, en application des mêmes dispositions, n'intervient nullement dans le déroulement de cet acte de procédure* »[736]. La Haute juridiction précise également leur rôle en exposant que leur présence a « *pour finalité exclusive la protection des mineurs victimes d'infractions pénales* »[737]. Les « assistants » ne représentent pas la victime et n'interviennent pas dans le déroulement de l'audition ou de la confrontation, ils « *ne sont admis qu'à réconforter l'enfant qui en manifesterait le besoin, mais ne peuvent pas prendre la parole (sauf pour expliquer à l'enfant une question)* »[738]. Ce rôle n'est pas sans en rappeler un autre, toujours d'accompagnateur, notamment en droit de la santé[739], la fragilité des mineurs justifiant dans ces différents cas, le recours à un tiers de confiance.

302. Si elle peut être demandée par la victime ou son représentant légal, cette assistance n'est pas automatique, le texte précisant qu'elle intervient sur décision du procureur de la République ou du juge d'instruction qui en apprécient la nécessité. Cette disposition, à l'instar de l'enregistrement des auditions, étant dans l'intérêt de l'enfant[740], chaque situation sera différente en raison de l'infraction commise, de l'âge de la victime et de son état d'esprit. L'intérêt de l'enfant n'exige pas nécessairement qu'un tiers soit présent lors de l'audition. Si ce caractère facultatif doit être approuvé (d'autant que dans certains cas, les tiers pourraient outrepasser leur rôle rendant compliquées l'audition et l'interaction enquêteurs – victime), il conviendrait de rendre la mesure de droit lorsque la demande est formulée par l'enfant lui-même (capable de discernement), tout en lui laissant la possibilité de choisir l'accompagnateur (prérogative accordée pour l'instant aux magistrats), l'assistance étant faite

[735] Par exemple, cela n'est pas le cas lorsque le mineur est victime d'autres infractions, non sexuelles, comme en cas de vol avec violence (communément appelé « racket ») ou encore lorsqu'il est auteur d'infractions alors que l'individu mineur est tout aussi faible : KHAIAT Lucette et MARCHAL Cécile (dir.), *Enfance dangereuse, enfance en danger ?*, Erès, 2007 ; NEIRINCK Claire (dir.), « Enfance en danger, enfance dangereuse », *RDSS* 2007, pp. 5 et s.
[736] Cass. crim., 3 oct. 2001, *D*. 2002, p. 1099, note REDON Michel.
[737] Cass. crim., 3 mai 2007, pourvoi n° 06-83440.
[738] BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. « Précis », 2008, n° 1798, pp. 1056-1057 ; GOUTTENOIRE Adeline, « Enfance », *Rép. pén. Dalloz*, 2004, n° 150, p. 15.
[739] En matière d'interruption volontaire de grossesse de mineure, l'article L. 2212-7 C. santé publ. évoque « *la personne majeure de son choix* » pour accompagner la mineure dans ses démarches (si elle désire éviter d'en informer ses parents) et qui n'a pas de rôle de représentation de celle-ci mais de soutien. Pour une analyse plus précise, cf. *infra* n° 474.
[740] Cass. crim., 3 oct. 2001, préc.

dans son intérêt ; lequel intérêt commande également que la victime soit assistée d'un professionnel du Droit lors de ces auditions, à savoir un avocat.

303. La loi du 17 juin 1998[741] rend l'assistance par un avocat de la victime mineure obligatoire lorsque celle-ci s'est constituée partie civile, et facultative dans les autres cas. « *L'avocat pouvait donc intervenir longtemps après l'ouverture de la procédure, alors que sa présence s'imposait, afin d'assurer un certain équilibre avec les droits du suspect, bénéficiant de l'assistance d'un avocat dès sa mise en garde à vue* »[742]. Lorsque le mineur n'est pas victime mais auteur, l'assistance de l'avocat intervient dès le début de la procédure[743], bien que la faiblesse de l'individu soit caractérisée dans les deux cas. Le législateur est intervenu pour palier ce déséquilibre en créant, par la loi du 5 mars 2007[744], l'article 706-51-1 C. proc. pén. Désormais la présence d'un avocat est obligatoire, dans le cadre des infractions visées à l'article 706-47 C. proc. pén., dès que la victime est entendue par le juge d'instruction, quand bien même elle ne se serait pas constituée partie civile ; prenant d'autant plus en compte la faiblesse de cette catégorie de victime. Les avocats ont récemment pris conscience de la spécificité de cette catégorie de victimes que sont les enfants et « *dans de nombreux barreaux, il existe aujourd'hui des avocats qui ont librement choisi de suivre une formation spécialisée en vue de défendre les mineurs* »[745].

304. Dans l'intérêt de l'enfant, il conviendrait de combiner ces deux mesures, pour que le mineur soit d'une part accompagné d'une personne en qui il a toute confiance et d'autre part assisté par un avocat, assurant la défense de ses intérêts au regard du Droit. Si la circulaire du 20 avril 1999[746] rappelle à l'article 1.2.2.2 que « *la présence d'une personne est conçue comme exclusive de toute autre* », cela s'entend des personnes visées par l'article 706-53 C. proc. pén. Ne peuvent être présents lors de la même audition un médecin et un psychologue. En revanche, la présence de l'avocat obéissant à d'autres impératifs, toujours présidés par l'intérêt de l'enfant, peut être adjointe à celle d'une personne présente pour rassurer la victime.

---

[741] Loi n° 98-468 du 17 juin 1998, préc.
[742] MATSOPOULOU Haritini, art. préc.
[743] BIGOT Josiane, art. préc. L'auteur relève que la Commission d'enquête parlementaire sur l'affaire d'*Outreau*, dirigée par André VALLINI, « *s'est émue du sort moins favorable fait aux mineurs victimes qu'aux mineurs délinquants, qui se voient assistés d'un avocat dès le début de la procédure* ».
[744] Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, préc.
[745] PICOT Myriam, « La participation de l'enfant victime au procès pénal », *AJ famille* 2003, p. 373.
[746] La circulaire du 20 avril 1999, CRIM 99-4 F1, préc.

Cette audition, aussi encadrée soit-elle par la présence d'avocat et de tiers, pose toujours le même problème de la valeur des dires de l'enfant victime.

B – La vérité sort-elle de la bouche des enfants ?

305. L'audition de l'enfant victime en matière pénale diffère de son audition en matière civile, où, sous l'influence de l'article 12 de la CIDE[747], l'enfant dispose d'un droit d'être entendu dans toutes les procédures le concernant. Dans ces procédures, le mineur est l'objet du conflit, qu'il s'agisse de sa garde en matière de divorce, des choix en matière d'éducation ou encore des choix thérapeutiques. Son intervention dans la procédure est purement facultative puisque « *le but est de permettre à l'enfant d'exprimer ses sentiments et non pas de connaître par sa voix la réalité de la situation familiale* »[748].

306. En matière pénale, son audition, constituant une preuve à charge contre l'auteur, doit permettre d'établir la véracité des faits. L'affaire d'Outreau a mis à jour un élément constant de l'enfance : le mensonge. Les mineurs peuvent mentir, soit volontairement, soit en raison de l'influence des adultes comme l'atteste l'instrumentalisation des enfants dans les procédures de divorce avec comme argument « favori », depuis les affaires médiatisées d'agressions sexuelles sur mineurs, celui d'un père ou d'une mère « pédophile »[749]. Ainsi en est-il des parents divorcés qui font passer systématiquement un examen médical à l'enfant en bas âge à chaque changement de garde, l'enfant supportant à chaque fois quatre examens médicaux poussés afin d'éviter une action pour agression sexuelle[750].

307. Le comportement et la parole de l'enfant peuvent aussi être facilement instrumentalisés en raison de son immaturité mais aussi du lien affectif avec la personne qui l'instrumentalise. Cette influence a été appréhendée par les juges[751], dans un conflit lié au partage de l'autorité parentale, au travers du syndrome d'aliénation parentale[752]. Les juges du fond relèvent que « *l'expertise psychologique a mis en évidence le lien entre le comportement*

[747] Préc.
[748] GOUTTENOIRE Adeline, « Colloque "Enfance et justice". Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », *Dr. Fam*ille 2006, étude 29.
[749] Voir pour des illustrations de cette tendance : BENSUSSAN Paul et RAOULT Florence, *La dictature de l'émotion ; la protection de l'enfance et ses dérives*, Éd. Belfond, 2002.
[750] *Ibid*.
[751] TGI Toulon, 4 juin 2007, *Gaz. Pal.* 2007, n° 324, p. 11, note PANNIER Jean.
[752] Ce syndrôme consiste pour un parent à détruire l'image de l'autre auprès de l'enfant afin de le rallier à sa cause, le conduisant à rejeter tout contact avec ce parent.

des enfants et le discours négatif que tient la mère à l'encontre du père. De ce fait, les enfants ne s'autorisent pas à se rapprocher de leur père. Pris dans un conflit de loyauté, ils expriment un sentiment de culpabilité à l'égard de leur mère s'ils admettent désirer voir leur père. Il est urgent de faire cesser cette dictature affective qui pèse sur les enfants dont l'un d'eux commence à se faire le relais. […] Ces enfants, sont victimes du syndrome d'aliénation parentale, dont la mère est à l'origine »[753].

Le schéma s'inversant, il existe désormais « *une méfiance instinctive des Parquets, particulièrement en matière de délinquance sexuelle, envers les propos accusateurs des victimes vulnérables* »[754].

308. Devant cette possibilité d'affabulation, la justice a recours aux experts[755], psychiatre ou psychologue, pour déceler la part de vérité et celle de mensonge dans le discours de la victime ; c'est l'expertise de crédibilité[756]. La faiblesse liée à la minorité n'est pas une garantie de sa fiabilité, être faible ne signifie pas être ingénu. Cette expertise est un acte de procédure demandé par le procureur de la République ou par le juge d'instruction, et ne doit pas être confondue avec l'assistance pendant l'audition par un médecin ou un psychologue, lesquels sont présents dans l'intérêt de l'enfant et non dans celui des enquêteurs. S'agissant d'établir la crédibilité de la victime, dont les dires ne sont qu'une version des faits, l'expertise ne doit pas être dénaturée et érigée en preuve de la culpabilité. Le discours de l'enfant va être interprété par le professionnel, et « *qui parle d'interprétations accepte, par définition, qu'elles soient re-constructions, variations, incertitudes et surtout, qu'elles soient multiples* »[757]. Que l'enfant soit crédible dans ses déclarations ne signifie pas que les faits soient réels, car « *d'une part les règles de la logique interdisent de déduire d'une possibilité*

[753] TGI Toulon, 4 juin 2007, préc.
[754] PIN Xavier, « La vulnérabilité en matière pénale », *in Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, COHET-CORDEY Frédérique (dir.), Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 140.
[755] Articles 60 et 77-1 C. pr. pén. au stade de l'enquête. Voir également dans le domaine de l'infraction d'image de mineurs à caractère pornographique (et plus globalement des infractions commises par les moyens modernes de télécommunication), le recours à la preuve technique et aux experts en informatique : PRAT Virginie, « La preuve technique dans les contentieux informatiques », *Gaz. Pal.* 2005, p. 2454. L'auteur analyse la décision du Tribunal correctionnel de Meaux du 5 mai 2003 concernant des poursuites sur le fondement de l'article 227-22 C. pén. La juridiction prononce une relaxe au bénéfice du doute, notamment sur la base du rapport d'expertise, lequel expose que « *le pourcentage d'images pédophiles est très faible et équivalent au taux d'erreur couramment constaté lors de téléchargements informatiques en général* » et que *« aucun fichier conservé ne portant en son intitulé un vocable à connotation pédophile* ». Le rapport d'expertise est à l'évidence déterminant dans le prononcé de la relaxe, mais l'informatique apparaît comme une discipline plus « sûre » que la psychologie, moins sujette à interprétation.
[756] BELLON Laurence et GUERY Christian, « Juges et psy : la confusion des langues », *RSC* 1999, p. 783.
[757] *Ibid*.

(ce que signifie le suffixe « ible » dans le mot crédible) la preuve d'un fait réel advenu. […] D'autre part, le raisonnement "cet enfant dit qu'il a été violé / or, il est crédible / donc, il a été violé" a l'apparence de la rigueur mais il repose sur un syllogisme erroné. Le syllogisme correct serait plutôt : "cet enfant est crédible / or, il dit qu'il a été violé / donc, il est crédible quand il dit qu'il a été violé". Il ne permet donc aucune conclusion sur la vérité des dires ! »[758]. L'expert n'est qu'un conseiller technique, éclairant la justice de ses lumières de spécialiste, laissant notamment au juge d'instruction la lourde tâche d'établir « *la manifestation de la vérité* »[759].

309. Le juge base son intime conviction sur plusieurs éléments, dont font partie l'audition de la victime mineure, aux côtés de preuves matérielles ou d'autres auditions (témoins, prévenus). Il convient une fois de plus de rester mesuré et de ne pas tomber dans l'excès en considérant les dires de l'enfant comme paroles « d'évangile », ou à l'inverse comme des paroles « en l'air »[760]. Car « *la conviction n'est aujourd'hui absolue que si la parole de l'enfant ne peut être sacralisée, son corps doit l'être, et pour ce faire la Commission* [d'enquête parlementaire sur l'affaire d'Outreau] *préconise une société qui sache mieux protéger ses enfants* »[761]. C'est dans cet esprit que le législateur aménage les modalités de poursuites de l'infraction lorsque la victime est mineure.

II – Un aménagement des modalités de poursuites des infractions

310. La minorité de la victime impose un aménagement non seulement du constat de l'infraction, mais aussi des modalités des poursuites, en raison de son incapacité juridique, qui lui impose d'être représentée lors de l'action (A). Le législateur prend également en compte la spécificité de cette catégorie de victimes en étendant le champ d'application des poursuites dans le temps et dans l'espace afin de les adapter à cette catégorie de victimes (B).

[758] *Ibid*., souligné par nous.
[759] Article 81 al. 1er C. pr. pén. : « *Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge* ».
[760] CRETIN Thierry, « La preuve impossible ? De la difficulté d'administrer la preuve des infractions dont sont victimes les mineurs : attentats à la pudeur, violence et mauvais traitements », *RSC* 1992, p. 53 ; GUÉRY Christian, « Les nouveaux monstres », *Gaz. Pal.* 1997, chron., p. 1673.
[761] BIGOT Josiane, art. préc., l'auteur fait référence à la Commission d'enquête parlementaire sur l'affaire D'Outreau, dirigée par André VALLINI.

A – La représentation du mineur victime et le droit d'ester en justice

311. L'article 1er al. 2 du Code de procédure pénale prévoit la possibilité pour la victime de mettre en mouvement l'action publique. Le mineur étant juridiquement incapable, il ne peut seul exercer cette prérogative et doit être représenté. L'article 389-3 du Code civil dispose « *l'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorisent les mineurs à agir eux-mêmes* ». L'administration légale est confiée, selon l'article 389 C. civ., aux parents s'ils exercent en commun l'autorité parentale, lesquels sont les représentants naturels du mineur victime, exception faite du mineur émancipé. Dans cette dernière hypothèse, l'article 481 C. civ. rappelle que celui-ci « *est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile* ».

312. Les parents sont vus comme les protecteurs naturels de l'enfant et paraissent être les plus à même pour représenter leurs intérêts. Dans certaines situations, où les parents sont soit auteurs soit complices des infractions en cause[762], il apparaît nécessaire de recourir à un tiers, en substitution des représentants légaux, pour représenter le mineur victime. La loi du 10 juillet 1989[763] crée l'administrateur *ad hoc*, qui a vocation à exercer l'action à la place de l'enfant et à l'accompagner tout au long de la procédure. Son champ d'application restreint aux seuls faits infractionnels commis par un des titulaires de l'autorité parentale et son caractère facultatif pour le juge conduisent à sa faible utilisation.

313. Le législateur, par la loi du 17 juin 1998[764], élargit le cadre du recours à l'administrateur *ad hoc* et adopte l'article 706-50 C. proc. pén. qui dispose « *le procureur de la République ou le juge d'instruction, saisi des faits commis volontairement à l'encontre d'un mineur, désigne un administrateur* ad hoc *lorsque la protection des intérêts de celui-ci n'est pas complètement assurée par ses représentant légaux ou par l'un d'eux* ». Le champ d'application du texte est considérablement étendu puisque la désignation devient obligatoire dès lors que les conditions sont remplies[765] et quel que soit l'auteur des faits. De plus, bien que située dans un titre relatif aux infractions de nature sexuelle, la mesure est applicable pour

[762] Cela ressort de l'essence de certaines infractions qui ont légalement comme auteurs les parents comme la privation de soins ou d'aliments, la soustraction des parents à leurs obligations légales ; mais aussi de la jurisprudence dans les infractions à caractère sexuel, les violences volontaires ou les infractions en matière de mendicité.
[763] Loi n° 89-487 « relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance », JORF 14 juillet 1989.
[764] Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 préc.
[765] FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, art. préc., n°96.

tous les faits accomplis volontairement à l'encontre d'un mineur et non pas seulement comme le reste du titre aux infractions prévues à l'article 706-47 C. pr. pén. Enfin, la mesure est justifiée dès que les représentants légaux n'assurent pas complètement la protection des intérêts de celui-ci. Tel est le cas lorsque la mère de la victime, une mineure de quinze ans, entretient une relation avec le prévenu, auteur de violences, et qu'elle ne dénonce pas les faits infractionnels. Les juges du fond relèvent alors que celle-ci « *a continué de fréquenter l'auteur des faits après leur commission* »[766], justifiant la désignation de l'administrateur *ad hoc* par l'ambivalence de la mère face à l'auteur.
Cet exemple permet d'illustrer les carences de l'ancienne rédaction qui n'aurait pas été applicable ici puisque l'auteur est le concubin de la mère, situation non prévue par l'ancien article 87-1 C. pr. pén.

314. En l'absence d'application du texte pénal, le mineur pouvait quand même se faire accompagner d'un administrateur *ad hoc*, sur les bases du droit civil, l'institution étant également prévue par l'article 338-2 C. civ., mais dans un cadre plus restreint, à savoir « *lorsque, dans une procédure, les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles dans les conditions prévues à l'article 389-3 ou, à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur* ad hoc *chargé de le représenter* ». Sous l'empire de l'ancien article 87-1 C. proc. pén., cette substitution de fondement était souvent réalisée en raison de ces carences[767].
Le mineur dispose, en matière civile, d'un pouvoir d'initiative puisqu'il peut, conformément à l'article 389-3 C. civ., demander au juge la nomination de l'administrateur. La Haute juridiction a été amenée à se pencher sur l'articulation de ces deux textes dans un arrêt du 20 octobre 2005[768] où une mère se porte partie civile au nom de ses filles contre leur père. Ce dernier demande au juge des tutelles, en raison du silence du procureur de la République et du juge d'instruction, la désignation d'un administrateur *ad hoc* sur la base de l'article 338-2 C. civ. ; lequel désigne le Bâtonnier à cet effet. La mère conteste cette décision, laquelle fut approuvée par les juges d'appel et validée par la Cour de cassation. Le recours au juge civil apparaît comme un palliatif à l'inertie des magistrats chargés de l'enquête, et non « *en cas de refus de ces derniers, ce qui évite de faire du juge des tutelles un juge d'appel contre les*

[766] Douai, 24 juill. 2003, JurisData n° 2003-225924.
[767] FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, art. préc., n° 92 et s.
[768] Cass. civ. 1re, 25 oct. 2005, *JCP G* 2005, I, 199, obs. FOSSIER Thierry ; *RTD. civ* 2006, p. 103, obs. HAUSER Jean ; *Dr. Famille* 2006, comm. 77, note GOUTTENOIRE Adeline.

décisions du juge d'instruction ou du procureur de la République »[769] ; son intervention devant se réaliser dans le cadre de la loi civile, à savoir en cas de conflit d'intérêts entre les parents et le mineur[770]. Dès lors que la mesure a été prononcée ou refusée par le juge répressif, le recours au juge civil serait irrecevable.

315. La confrontation de ces mesures met en exergue la différence de capacité pour le mineur. Pourquoi ne pas lui reconnaître en matière pénale une capacité d'initiative et la possibilité de demander au magistrat chargé de l'enquête (procureur de la République ou juge d'instruction) la désignation de l'administrateur *ad hoc*. Certains auteurs proposent, à l'instar du droit belge, « *de créer une capacité de protection qui permettrait à l'enfant d'agir lui-même pour sa protection et la réparation du dommage causé* »[771], ce qui nécessite qu'il « *réunisse toutes les conditions de l'action en justice : intérêt, qualité et capacité pour agir* »[772]. Cette capacité procédurale a déjà été reconnue aux mineurs puisqu'ils peuvent saisir la CEDH où « *le mineur n'a pas besoin d'être représenté et n'a pas besoin d'une autorisation de son représentant légal* »[773]. Au plan civil, l'article 375 C. civ,. lui permet de saisir directement le juge des enfants en cas de danger pour sa santé, sa sécurité ou sa moralité. Si cette capacité lui est reconnue pour un danger encouru, pourquoi ne l'est-elle pas pour un danger réalisé ?

Le parallèle avec le mineur délinquant ne supporte pas la comparaison, celui-ci ayant pleine capacité s'il est doué de discernement, notamment pour consentir aux mesures et sanctions éducatives proposées par le procureur de la République. Ce critère du discernement pourrait, par conséquent, servir de seuil à une capacité procédurale du mineur. Cependant, celui-ci s'établissant généralement à l'âge de sept ou huit ans[774], le mineur n'a pas pleinement conscience de ses intérêts ni la faculté de s'opposer à ses représentants légaux. Même s'il n'est pas abandonné au cours de la procédure, le législateur ayant associé des tiers tout au long de l'action (tiers accompagnateur, avocat, administrateur *ad hoc*), il apparaîtrait opportun de lier la représentation à l'état de faiblesse de l'enfant. Le mineur n'étant plus présumé

[769] BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. « Précis », 2008, n° 1820, p. 1070.
[770] Il en est de même concernant les personnes pouvant être nommées, le juge civil devant les désigner selon l'article 1210-1 CPC, c'est-à-dire prioritairement un membre de la famille ou un proche, et subsidiairement les personnes inscrites sur la liste visée à l'article R. 53 C. pr. pén.
[771] PICOT Myriam, art. préc.
[772] GOUTTENOIRE Adeline, « Colloque "Enfance et justice". Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », *Dr. Famille* 2006, étude 29.
[773] SURREL Hélène, « Le juge des droits de l'homme », *Dr. Famille* 2006, étude 36.
[774] cf. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, n° 108 et s.

vulnérable à partir de quinze ans, c'est à ce moment que devrait lui être attribuée une capacité procédurale lui permettant d'assurer la défense de ses intérêts notamment au travers de la constitution de partie civile. La CEDH met d'ailleurs à la charge des États des obligations positives procédurales concernant la protection des mineurs[775].

316. À côté de ce mécanisme de représentation visant à atténuer la fragilité du mineur victime, un autre accompagnement se réalise au travers de la constitution de partie civile des associations. Sont essentiellement concernées les associations de l'article 2-3 C. pr. pén., à savoir les associations « *régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits et dont l'objet statutaire comporte la défense ou l'assistance de l'enfant en danger et victime de toutes formes de maltraitance* ». Leur action est limitée aux « *atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité, les agressions et autres atteintes sexuelles commises sur la personne d'un mineur, y compris incestueuses, et les infractions de mise en péril des mineurs réprimées par les articles 221-1 à 221-5, 222-1 à 222-18-1, 222-23 à 222-33-1, 223-1 à 223-10, 223-13, 224-1 à 224-5, 225-7 à 225-9, 225-42-1 à 225-12-4, 227-1, 227-2, 227-15à 227-27-1 du code pénal* ». Ces associations ne peuvent se constituer partie civile que par voie d'intervention puisque le texte précise que l'action publique doit avoir été mise en mouvement par le ministère public ou la personne lésée, c'est-à-dire, pour un mineur, ses représentants légaux ou l'administrateur *ad hoc*. Dans ce cadre, ces associations ont un rôle de soutien de la victime.

317. En revanche, l'alinéa 2 de l'article 2-3 C. pr. pén. leur confère un pouvoir d'action, *« même si l'action publique n'a pas été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée* », leur permettant d'engager les poursuites pénales, en raison de la particulière faiblesse des mineurs victimes. Ce pouvoir d'initiative est limité à trois cas : d'une part pour le délit de diffusion d'image de mineurs à caractère pornographique de l'article 227-23 C. pén. ; d'autre part pour les agressions sexuelles commises à l'étranger contre un mineur par un Français ou une personne qui réside habituellement sur le territoire

[775] CEDH , 26 mars 1985, *X et Y c/ Pays Bas*, *RSC* 1985, p. 629, obs. PETTITI Laurent ; SURREL Hélène, art. préc. ; THIERRY Jean-Baptiste, th. préc., n° 472, p. 381. La Cour condamne les Pays Bas en raison des insuffisances de sa loi pénale, qui requiert une plainte de la victime pour que les poursuites soient exercées. S'agissant en l'espèce du viol d'une jeune fille âgée de seize ans, handicapée mentale, c'est le père qui dépose plainte, laquelle est jugée irrecevable par les autorités nationales. La Cour précise alors qu' « *il existait en la matière une lacune de la loi, personne n'ayant en l'occurrence qualité pour porter plainte* », la loi néerlandaise n'organisant pas de représentation pour les mineurs de plus de seize ans.

français[776] visées à l'article 222-22 C. pén. ; et enfin pour les infractions de corruption de mineur (article 227-22 C. pén), de diffusion d'image de mineur à caractère pornographique (227-23 C. pén.) ou d'atteintes sexuelles sur mineurs (articles 227 -25 à -27 C. pén.) lorsqu'elles sont commises à l'étranger par un Français ou une personne résidant sur le territoire national. Dans ce cadre, les associations se substituent aux mineurs victimes pour engager l'action publique. Les trois situations se rapprochent par le fait que le mineur victime peut ne pas être identifié, soit parce qu'il est à l'étranger, soit parce que l'image ne le permet pas. C'est également dans ce cadre qu'il est fait exception aux dispositions de l'article 113-8 C. pén. La vulnérabilité de la victime mineure a également conduit le législateur à modifier les modalités des poursuites en adaptant leur application dans le temps et dans l'espace.

B – Une extension des poursuites dans le temps et dans l'espace

318. Les diverses extensions des modalités de poursuites des infractions ont trait à la minorité de la victime et exclusivement pour des infractions d'atteinte à la personne (essentiellement de nature sexuelle) et constituent des dérogations aux principes généraux d'application du droit pénal que sont la compétence territoriale (1) et les règles de prescriptions de l'action publique (2).

1 – Des dérogations à la compétence territoriale

319. Les infractions commises en France relèvent de la loi française en vertu de la souveraineté des États[777], comme le rappelle l'article 113-2 al. 1re du Code pénal qui énonce que « *la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République* ». Corrélativement, les infractions commises à l'étranger devraient relever de la compétence des États dans lesquels elles sont réalisées. Cependant, le législateur a prévu des dérogations à ces règles de compétence territoriale en attribuant la possibilité aux juridictions françaises de juger les infractions accomplies à l'étranger, dans deux cas.

320. Selon le principe de la personnalité active de l'article 113-6 C. pén., la loi pénale française est applicable lorsque l'auteur de l'infraction est un Français. Cette attribution de

[776] Il est à relever une erreur en la matière puisque l'article 2-3 al. 2 C. pr. pén. renvoie à l'alinéa 2 de l'article 222-22 C. pén., lequel concerne le viol entre époux. Or, il faut en réalité se référer à l'al. 3. Cette erreur s'explique par le jeu des réformes successives, la réforme de l'article 2-3 C. pr. pén. datant du 2 janvier 2004, alors que l'alinéa 2 de l'article 222-22 C. pén. a été ajouté par la loi du 4 avril 2006.
[777] PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Cujas, 17e éd., 2008, n° 225 et s., pp. 211 et s.

compétence joue en matière de crime, lorsque les faits sont qualifiés ainsi par le droit pénal français, et à la condition que l'individu n'ait pas été jugé définitivement à l'étranger, ou qu'il n'ait pas subi ou prescrit sa peine en cas de condamnation[778]. En matière délictuelle, d'autres conditions sont nécessaires, avec d'une part la réciprocité d'incrimination, l'article 133-6 al. 2 C. pén. précisant que les faits doivent être « *punis par la législation du pays où ils ont été commis* », et d'autre part l'intervention du ministère public pour initier les poursuites, « *précédée d'une plainte de la victime ou des ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où les faits sont commis* »[779]. Ces éléments visent à limiter l'immixtion des juridictions françaises dans la souveraineté des États étrangers. Si les valeurs protégées par la répression des crimes paraissent universelles (la vie humaine notamment), ce qui permet d'agir sans réciprocité d'incrimination, les délits reflètent plus les mœurs du pays, domaine dans lequel l'intervention des États tiers doit être limitée.

321. S'agissant de victimes mineures, cet encadrement des dérogations se trouve aménagé, dans un même objectif, celui de leur protection contre le tourisme sexuel. Cet aménagement est prévu de façon identique dans trois situations. D'une part, en matière d'agressions sexuelles sur mineurs commises à l'étranger (art. 222-22 al. 3 C. pén.) , d'autre part en matière de prostitution de mineur (art. 225-12-3 C. pén.), et enfin pour des délits auxquels renvoie l'article 227-27-1 C. pén., à savoir les infractions de corruption de mineur (article 227-22 C. pén.), de diffusion d'image de mineurs à caractère pornographique (article 227-23 C. pén.), et d'atteintes sexuelles sur mineurs (article 227-25 à - 27 C. pén.). Dans les cas où ces infractions « *sont commises à l'étranger par un Français ou une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième aliéna de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables* »[780]. L'extension se fait d'une part quant aux auteurs puisque sont visés non seulement les auteurs de nationalité française mais aussi les personnes résidant habituellement sur le territoire français, d'autre part, la réciprocité d'incrimination n'est pas nécessaire et enfin, l'action peut être engagée en l'absence de plainte de la victime ou de ses ayants droit ou de dénonciation officielle des autorités du pays. Dans le cadre du tourisme sexuel, il est fort peu probable que le mineur âgé de dix ou douze ans qui se prostitue, ou sa famille d'ailleurs, portent plainte ou que les autorités locales, qui cautionnent ces faits, fassent

[778] Art. 113-9 C. pén.
[779] Art. 113-9 C. pén.
[780] Formule employée aux articles 222-22 al. 3, 225-12-3 et 227-27-1 C. pén.

une dénonciation. La fragilité de la victime, liée à sa minorité, justifie ici l'intervention du juge français pour sanctionner ces comportements.

322. Le législateur a également prévu une dérogation aux règles de compétence territoriale lorsque la victime est française. L'article 113-7 C. pén. prévoit le principe de la personnalité passive en disposant que « *la loi française est applicable à tout crime ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement […] lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction* ». Comme pour la personnalité active, l'article 113-7 C. pén. précise, en matière délictuelle, la nécessité d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle des autorités du pays.
Le Code pénal ne connaît qu'un cas d'aménagement de ces dispositions, à l'article 222-16-2 « *pour les crimes et délits prévus par les articles 222-8, 222-10 ou 222-12 […] commis à l'étranger sur une victime mineure résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation aux dispositions de l'article 113-7. S'il s'agit d'un délit, les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables* ». Cette mesure issue de la loi du 4 avril 2006[781], qui a également porté l'âge nubile à dix huit ans pour les femmes, poursuit un objectif similaire aux mariages forcés, à savoir la protection des mineurs à l'étranger au travers ici de la répression des violences volontaires et plus précisément de l'excision[782]. Le texte prévoit une dérogation quant aux personnes visées, puisqu'il s'applique aux personnes résidant habituellement en France, et non seulement à celles de nationalité française. De plus, en matière délictuelle, le juge peut agir en l'absence de plainte de la victime ou d'une dénonciation officielle.

323. Le législateur souhaite éviter la pratique consistant pour des familles, essentiellement africaines, de profiter d'un retour dans leur pays d'origine, le temps des vacances, pour faire pratiquer sur leur fille une excision ; bien que cet acte s'inscrive dans une coutume ethnique et non réprimée dans ce pays. C'est dans cette optique que sont visées par le texte les infractions de violences sur mineur, lorsqu'elles entraînent la mort sans intention de la donner (article 222-8 C. pén.), une mutilation ou une infirmité permanente (article 222-10 C. pén.) ou une incapacité totale de travail de plus de huit jours (article 222-12 C. pén.), « *qui sont les*

[781] Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 « renforçant la prévention et la répression des violences au sein d'un couple ou commises contre les mineurs », JORF 5 avril 2006, p. 5097.
[782] BONFILS Philippe, « chronique législative », *RSC* 2007, p. 337.

différentes qualifications susceptibles de s'appliquer à l'excision »[783]. L'excision d'une jeune fille étrangère, dans son pays d'origine, mais résidant habituellement en France, tombe sous le coup de la loi pénale.

Ces dérogations *ratione loci* montrent l'attention particulière portée par le Droit français à la protection des mineurs en raison de leur faiblesse, permettant de mettre en mouvement l'action publique pour des faits commis à l'étranger ; les mêmes motifs président à une adaptation *ratione temporis* des poursuites.

2 – Une extension des poursuites dans le temps

324. La minorité est une cause classique de suspension des délais de prescription au plan civil. La période d'incapacité des mineurs ne doit pas les desservir, pas plus que l'inertie de leurs représentants légaux. Les violences faites aux mineurs, physiques ou de nature sexuelle, sont souvent confinées à la famille, contribuant à maintenir cette délinquance « cachée ». Les palliatifs mis en place pour mettre à jour ces comportements au travers des infractions de non-dénonciation, de non assistance ou encore en conférant la possibilité aux personnes astreintes au secret professionnel d'en être déliées, ne se révèlent pas toujours efficaces. Il faut permettre à la victime, devenue majeure, de pouvoir engager l'action pénale sans que l'écoulement du temps puisse lui être opposé. Tel est pourtant bien le principe de la prescription de l'action publique, dont les justifications sont diverses et variées[784].

325. Selon les articles 7 et 8 C. proc. pén., l'action publique se prescrit par dix ans pour les crimes et trois ans pour les délits à compter de l'infraction ou du jour où elle a cessé pour les infractions continues. Par une loi du 10 juillet 1989[785], le législateur prend en compte la spécificité des victimes mineures, et modifie l'article 7 C. pr. pén. Lorsque le crime est commis sur un mineur par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par une personne ayant autorité sur elle, la prescription est suspendue jusqu'à la majorité. La minorité devient une cause de suspension de l'action publique, étendue par la jurisprudence aux délits[786]. Avec la loi du 17 juin 1998[787] le report concerne tous les crimes ainsi que les délits énumérés à

[783] BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. « Précis », 2008, n° 1834, p. 1079.
[784] Pour une citrique de ces raisons : FOURMENT François, *op.cit*., n° 366 et s., p. 174.
[785] Loi n° 89-487 du 10 juillet 1989, préc.
[786] GUÉRY Christian, « Kafka II ou "pourquoi faire simple quand on peut faire… une nouvelle loi sur la prescription des infractions commises contre les mineurs ?" », *D*. 2004, p. 3015.
[787] Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 « relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs », JORF 18 juin 1998, p. 9255.

l'article 8 C. pr. pén., les nouvelles dispositions supprimant la spécialité de l'auteur et ne retenant comme caractère essentiel que la seule minorité de la victime. En l'état actuel du droit, les articles 7 et 8 C. pr. pén. renvoient aux infractions de l'article 706-47 C. pr. pén. ainsi qu'aux infractions des articles 222-10 C.pén. en matière criminelle et 222-12, 222-30 et 227-26 C. pén. en matière délictuelle. Il s'agit exclusivement d'infractions ayant un caractère sexuel, commises sur un mineur.

326. En plus du recul du point de départ de la prescription à la majorité de la victime, le législateur prévoit également un allongement des délais de prescription, par les loi des 17 juin 1998 et 9 mars 2004[788]. Le report du point de départ aboutit déjà, indirectement, à une telle solution puisque la mesure s'applique aux mêmes infractions que celles visées aux articles 7 et 8 C. pr. pén. En droit commun, les crimes se prescrivent par dix ans (article 7 C. pr. pén.), les délits par trois ans (article 8 C. pr. pén.) et les contraventions par un an (article 9 C. pr. pén.). Le délai de prescription pour les crimes énumérés à l'article 706-47 C. pr. pén. ainsi que les violences ayant entrainé une mutilation ou une infirmité permanente sur mineurs de quinze ans visées à l'article 222-10 C. pén. est porté à vingt ans. En matière correctionnelle, les infractions visées à l'article 706-47 C. pr. pén. se prescrivent par dix ans et celles des articles 222-12, 222-30 et 227-26 C. pén. par vingt ans, c'est-à-dire les délits de violences sur mineurs ayant entrainé plus de huit jours d'incapacité totale de travail, d'agressions et d'atteintes sexuelles ; ces trois dernières infractions présentant le point commun de s'appliquer à des victimes mineures de quinze ans.
Au final, ces dispositions permettent d'engager l'action publique jusqu'aux trente-huit ans de la victime pour des infractions touchant son corps et plus particulièrement son intégrité sexuelle.

[788] Loi n° 98-468 du 17 juin 1998, préc et loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 « portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », JORF 10 mars 2004, p. 4567. Cette dernière intervention législative supprime également l'application *in mitius* des lois de prescription. Sur ce sujet voir : BONFILS Philippe, « Les dispositions relatives aux mineurs de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II », *JCP G* 2004, I, 140 ; GUÉRY Christian, art. préc.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

327. Prenant en compte la particularité des victimes mineures, le législateur adapte les dispositions légales aussi bien en Droit pénal général, spécial ou en procédure pénale. Les infractions visées par ces mesures spécifiques ont toutes trait aux corps de la personne mineure, qu'il s'agisse de son intégrité corporelle ou sexuelle. Passant d'un désintérêt relatif de la question à une préoccupation constante[789], la prise en compte de la fragilité de ces personnes est relativement contemporaine.

328. Les mineurs sont souvent les victimes d'une délinquance « cachée », enfermée à l'intérieur du cercle familial. Conscient de cette réalité, le législateur a incriminé des comportements d'abstention coupable à l'égard des individus ayant connaissance de crimes ou de certains délits perpétrés à l'encontre de mineurs et qui n'en informent pas les autorités administratives ou / et judiciaires. Les infractions de non-dénonciation de crimes ou de mauvais traitements sur mineur de quinze ans, ainsi que le délit de non-information de disparition d'un mineur de quinze ans obligent, sous peine de sanctions pénales, à agir pour mettre à jour ces faits infractionnels. Si les crimes sont généralement visés par cette obligation, les immunités familiales prévues par le texte sont exclues quand la victime est un mineur de quinze ans. Ce seuil d'âge se retrouve dans les autres hypothèses qui sont spécifiques à cette catégorie de victimes, l'action du législateur se faisant encore plus tôt avec l'infraction de non-information de disparition. Ces divers éléments semblent corroborer l'idée d'une vulnérabilité non pas liée à la minorité en général, mais à la minorité de quinze ans.
En incriminant ces comportements, le législateur crée, pour les personnes astreintes au secret professionnel, un conflit de valeurs. En raison de leur connaissance de la situation des victimes, le Code pénal leur confère une option de conscience en leur permettant d'être seules juges de leur décision : dénoncer ou garder le silence. La combinaison des dispositions pénales permet pour chacune des branches de l'alternative de neutraliser la sanction pénale par le jeu du fait justificatif tiré de la permission de la loi, dans la limite du péril vital imminent. Ici encore la minorité de quinze ans est prise en considération par le législateur.

[789] Comme l'atteste la dernière 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 », JORF 9 février 2010, p. 2265 ; voir *infra* n° 399.

329. À cette spécificité du Droit pénal substantielle répond une adaptation procédurale en raison d'une part de la minorité de la victime et d'autre part de la nature des infractions, essentiellement sexuelles, mais globalement portant atteinte au corps. Ces mesures visent à rendre la procédure moins traumatisante en aménageant les modalités du constat et des poursuites de l'infraction. Le législateur a entouré cette phase pré-sentencielle de garanties en rendant obligatoires l'enregistrement des auditions de mineurs victimes et leur accompagnement par divers acteurs : les représentants légaux, l'avocat ou encore l'administrateur *ad hoc*. Depuis l'affaire d'Outreau, la parole de l'enfant n'a plus la même valeur, justifiant certaines réserves comme l'examen de crédibilité, à condition qu'elles soient correctement exploitées et non pas détournées. Les experts doivent rester dans leur rôle de consultant, leur rapport ne constitue qu'un élément de preuve, au même titre que d'autres, permettant au juge de forger son intime conviction.

330. Une fois l'infraction connue et constatée, la vulnérabilité du mineur victime, traduite en matière procédurale par son incapacité à engager les poursuites en qualité de partie civile, conduit à un mécanisme de représentation de celui-ci. Cette mesure est certes bénéfique pour les mineurs en bas âge mais se justifie de moins en moins lorsque la victime approche de la majorité. L'établissement d'une « capacité procédurale » fixée à quinze ans permettrait au mineur non émancipé de se porter partie civile et indirectement d'engager les poursuites, ce seuil semblant correspondre à l'état de vulnérabilité déterminé par le Code pénal.
Enfin, le législateur adapte les modalités de poursuite des infractions, surtout sexuelles, en dérogeant aux règles de compétence *ratione loci* et *ratione temporis*, permettant d'engager l'action pénale pour des faits commis à l'étranger sur des victimes mineures, et sur une durée supérieure au droit commun, certains crimes ou délits touchant au corps de l'individu mineur pouvant repousser l'action publique jusqu'aux trente-huit ans de la victime.

CONCLUSION DU TITRE 2 :

331. La faiblesse physique du nouveau-né l'expose aux coups et aux blessures et le rend inapte à se défendre. Cette vulnérabilité, inhérente à la minorité, se traduit juridiquement par une incapacité civile et une protection pénale accrue. « *La répression ne protège pas véritablement le mineur dans la mesure où elle n'intervient qu'après commission de l'infraction, lorsque le mal est déjà fait. Néanmoins, elle n'est pas inutile. […] La répression est nécessaire pour limiter le phénomène. Si la peur du gendarme ne suffit pas, elle a, malgré tout, un certain effet intimidant* »[790].

332. Cependant, la personne mineure ne reste pas au stade de nouveau-né et grandit, se développe physiquement mais aussi psychiquement et se forge ses propres convictions. Le Droit pénal prend en compte cette évolution et la retranscrit dans les diverses incriminations relatives aux mineurs victimes. Sortant de sa définition situationnelle, liée à un rapport d'autorité entre un fort et un faible, la vulnérabilité prend une application particulière lorsqu'elle concerne des mineurs.

Les mineurs de quinze ans sont présumés faibles et cette présomption est irréfragable. Leur fragilité physique et psychique nécessite une protection particulière. Le législateur punit plus sévèrement les atteintes portées au corps des personnes mineures de quinze ans et sanctionne également les manquements volontaires de personnes chargées juridiquement de palier cette fragilité, dès lors que ces manquements mettent en danger la santé du mineur. Dans ces différentes hypothèses, la minorité de quinze ans a pour corollaire la vulnérabilité de l'individu.

En revanche, passé quinze ans, la vulnérabilité redevient situationnelle et n'est plus présumée pour cette catégorie de mineurs. À l'instar des majeurs, la faiblesse de l'individu doit être prouvée pour que l'infraction soit caractérisée ou puisse être aggravée ; la personne étant particulièrement vulnérable en raison de son âge.

333. Cette distinction ne permet pas de rendre compte de l'intégralité de la notion puisque pour certaines infractions la présomption de vulnérabilité est maintenue jusque dix-huit ans

[790] NERAC-CROISIER Roselyne, « L'efficacité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuel » *in Le mineur et le droit pénal*, NERAC-CROISIER Roselyne (dir.), L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997, p. 16.

alors que dans d'autres la preuve de la vulnérabilité doit être apportée même en deçà de quinze ans.
Ces incohérences dans l'utilisation du concept de vulnérabilité appliqué aux mineurs se retrouvent dans le dispositif particulier mis en place par le législateur pour adapter les mesures pénales à cette catégorie de victimes.

334. La faiblesse physique et psychique des mineurs de quinze ans pousse le législateur à aménager les conditions de révélation de l'infraction. Leur immaturité psychologique peut conduire à l'absence de révélation des faits et à une délinquance cachée. Pour palier cet état de faits, les dispositions pénales imposent à toute personne de dénoncer les crimes et les délits qui sont commis à l'encontre de cette catégorie de mineurs et touchant à leur intégrité physique. Dans un but préventif, le législateur réprime également le fait de ne pas informer les autorités administratives ou judiciaires de la disparition d'un mineur de quinze ans, son immaturité l'empêchant d'être autonome. La minorité constitue aussi une hypothèse où le secret professionnel peut être levé, la combinaison des textes pénaux confère en effet aux personnes astreintes au secret une « *option de conscience* »[791].

335. Cette vulnérabilité constitue enfin le fil conducteur des modalités de poursuite lorsque la victime est mineure. Qu'il s'agisse des mesures procédurales liées à l'audition, à leur assistance ou encore des dispositions relatives à la prescription de l'action publique et de la compétence territoriale, la minorité de la victime implique une spécificité pour que l'ensemble de la procédure ne soit pas traumatisant. Bien que la présomption de vulnérabilité s'arrête, en principe, aux quinze ans de l'individu, le dispositif s'applique à tous les mineurs victimes. Les raisons du maintien de l'état de fragilité ne résident pas directement dans la volonté du législateur, mais dans la technique législative. En effet, les mesures procédurales sont réalisées par renvoi, l'article 706-47 C. pr. pén. visant pour l'application des dispositions à divers articles du Code pénal. Par conséquent, les incohérences présentes dans le traitement pénal de la vulnérabilité des mineurs se retrouvent dans le dispositif procédural lié à ces infractions.

[791] PY Bruno, *Le secret professionnel*, L'Harmattan, coll. « La Justice au quotidien », 2005, p. 103.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1 :

336. La minorité et l'intégrité physique sont des éléments spécifiquement protégés par le Droit pénal. Se détachant de la définition classique du droit civil consistant à considérer comme mineur toute personne n'ayant pas atteint dix-huit ans, le Droit pénal subdivise la minorité. Divers seuils ponctuent ces dix-huit années lorsque l'individu est auteur d'infraction, et un seuil divise cette période lorsqu'il est victime. La minorité est alors plurielle en matière pénale et surtout évolutive, puisque le statut de la personne mineure est naturellement amené à changer par le simple écoulement du temps.
La minorité de l'individu conduit également le législateur à appréhender de manière particulière le corps de la personne. Allant au-delà de la simple intégrité corporelle, les dispositions pénales visent à lui garantir une bonne croissance en incriminant les comportements portant atteinte, ou susceptibles de porter atteinte, à sa santé. De même, sortant du caractère tangible inhérent au corps humain, le Droit pénal appréhende le corps du mineur dans une dimension virtuelle voire imaginaire, notamment dans un but préventif d'atteinte réelle à l'intégrité[792].

337. Cette appréhension spécifique par le Droit pénal de la personne mineure et de son corps est fondée sur l'état de dépendance et sur la vulnérabilité naturelle de l'individu. Dès sa naissance, la personne ne peut survivre sans l'aide des tiers et cette fragilité se traduit pénalement par une protection accrue de cette catégorie de victimes, l'État se devant de protéger ses membres et surtout ses membres les plus faibles.
La dualité de seuils d'âge mise en avant lorsque le mineur est victime d'infraction se retrouve alors dans le traitement juridique de la vulnérabilité appliqué aux personnes mineures. La minorité étant évolutive, la vulnérabilité qui en est le corollaire l'est également. Ainsi, le mineur de quinze ans est irréfragablement présumé vulnérable alors que le mineur de plus de quinze ans est assimilé aux majeurs et sa vulnérabilité liée à son âge n'est qu'hypothétique, à charge pour le ministère public de la prouver. Cette division de la minorité préside aussi au

[792] « *Des véritables fichiers se constituent ensuite qui permettent de pousser à la prostitution les mineurs d'abord photographiés ou filmés. Dès lors, la libre circulation et la commercialisation de ces images ne peut qu'aider et même encourager les "amateurs d'enfants" à s'adonner à leurs passions* » : NERAC-CROISIER Roselyne, « L'efficacité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuel », art. préc., p. 34.

dispositif pénal spécifique à ce genre de victimes. Présumant la fragilité du mineur de quinze ans, notamment en matière psychique, le législateur tente de palier l'absence de révélation d'infractions commises à leur encontre. La faiblesse de cette catégorie de victimes conduit souvent à laisser les faits impunis en raison de la « loi du silence » qui règne en la matière. Aussi, le Droit pénal impose à toute personne la révélation des crimes et délits commis à l'encontre des mineurs de quinze ans et autorise les personnes astreintes au secret professionnel à divulguer les informations liées à de telles infractions. L'ensemble des incriminations concernées est relatif au corps de la personne mineure, que ce soit au travers de son intégrité corporelle, sa santé ou sa sexualité.

338. Cependant, l'ensemble normatif souffre d'incohérences. Certaines incriminations maintiennent la présomption de vulnérabilité jusqu'à dix-huit ans et d'autres commandent au ministère public d'apporter la preuve de la vulnérabilité de la victime en deçà même du seuil de quinze ans. Ces confusions se retrouvent dans le dispositif pénal spécifique aux mineurs victimes puisque l'article 706-47 C. pr. pén. renvoie à diverses infractions où la distinction mineurs de quinze ans (présumés vulnérables) et mineurs de plus de quinze ans (présumés autonomes) n'est pas respectée. Par conséquent, ces mesures s'appliquent à l'ensemble des mineurs d'une façon autonomique et sans distinction d'âge.

339. Les dispositions pénales visent non seulement à protéger la personne mineure des tiers mais également d'elle-même. Le caractère évolutif de la minorité, et de la vulnérabilité corrélative, impose au Droit pénal de distendre progressivement son ingérence dans la vie privée des individus. Si le corps des personnes mineures est une valeur spécialement protégée, ces mesures spécifiques ne doivent pas conduire à une surprotection privant indument le mineur de l'exercice de ses droits sur son corps. Si la personne mineure doit faire l'objet d'une protection accrue lorsqu'elle est vulnérable, elle doit également être reconnue dans l'exercice de ses droits lorsqu'elle devient autonome.

PARTIE 2 :

L'AUTONOMIE DE LA PERSONNE MINEURE SUR SON CORPS

347. L'étude a montré que la minorité est un statut qui traduit civilement une incapacité d'exercer ses droits seuls et pénalement une fragilité. « *Les âges successifs de la prime enfance à l'adolescence demeurent réunis au plan juridique sous le régime unique de la minorité, faisant du mineur, quel que soit son âge, un "incapable"* »[793]. Cependant, ce statut n'est pas figé puisque la minorité est un état temporaire, l'individu s'acheminant progressivement vers la majorité, autre statut qui confère le plein exercice de ses droits et une liberté accrue par un recul de l'immixtion de l'État en matière pénale. Ponctuellement, le droit pénal tient compte de ce caractère évolutif de la minorité en raison de la personne, l'individu proche de la majorité n'est plus aussi immature et faible qu'un mineur en bas âge.

348. L'ordonnance du 2 février 1945[794] est une bonne illustration de la prise en compte de la maturité des mineurs lorsqu'ils sont auteurs d'infractions. Le législateur prévoit une responsabilité graduée au travers de divers seuils d'âge[795] en fonction de la capacité pénale de l'individu, c'est-à-dire de son aptitude à tirer profit de la sanction. Chaque palier, celui du discernement, dix, treize et seize ans, voit apparaître des sanctions nouvelles ou un régime différent des sanctions : mesures éducatives, sanctions éducatives, peines avec une diminution légale et obligatoire, puis cette diminution légale de peine devient facultative pour les mineurs de plus de seize ans, disparaissant même dans certains cas[796]. Il en est de même des mesures de contrainte durant l'enquête ou l'instruction, qu'il s'agisse de la garde-à-vue ou de la détention provisoire. Dans ces différentes hypothèses, le traitement pénal est adapté à la minorité de l'auteur non pas au travers d'un régime spécifique, mais de plusieurs régimes ponctuant la minorité, conduisant la personne à être progressivement considérée comme une personne majeure. Les mineurs auteurs d'infractions ne feront cependant pas l'objet de développements spécifiques dans cette partie, bien que la problématique soit très intéressante, mais les considérations sont trop éloignées de la sphère corporelle.

349. Il sera donc question d'autonomie du mineur sur son propre corps. Le principe de la libre disposition de son corps, chèrement conquis dans les années soixante-dix à grand renfort

[793] REY-SALMON Caroline, « Secret médical et personnes vulnérables : le cas du mineur », *D*. 2009, p. 2651.
[794] Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 « relative à l'enfance délinquante », JORF 4 février 1945 p. 530.
[795] cf. *supra*, n° 116 et s.
[796] L'article 20 de l'ordonnance du 2 février 1945 prévoit que pour certaines infractions commises en état de double récidive, la diminution légale de peine est écartée de plein droit, l'individu étant jugé comme un majeur, sauf à ce que les juridictions souhaitent faire bénéficier à l'individu le bénéfice de la diminution.

de slogans[797], s'applique-t-il aux personnes mineures ? L'« *analyse de plus en plus fréquente de la maturité [qui] conteste l'apparition brutale, au matin des dix-huit ans, de l'âge de raison et soutient que l'enfant gagne progressivement, par paliers successifs, l'âge adulte, ses aptitudes particulières naissant et se développant constamment ; d'où l'idée qu'existerait - ou devrait exister – une sorte de pré-majorité* »[798].

Le Droit pénal tient compte de l'évolution de la maturité de la personne mineure en limitant les interdits, conférant corrélativement plus d'autonomie aux individus. Entre protection et autonomie le législateur n'a cependant pas totalement tranché pour les mineurs. Conscient de la nécessité de maintenir une protection de l'individu mineur, l'étude ne vise pas à avancer l'âge de la majorité mais bien à créer un stade intermédiaire entre les deux statuts que sont la minorité et la majorité. L'état actuel du Droit pénal conduit à une reconnaissance relative d'une autonomie des mineurs sur leur corps (Titre 1) et pose plus globalement la question d'un véritable statut intermédiaire au sein de la minorité (Titre 2) pour que le mineur suffisamment mature n'attende pas l'effet « magique » de la majorité pour disposer librement de ses droits, et surtout de son corps.

Titre 1 : Une autonomie relative

Titre 2 : Une autonomie à renforcer

[797] « Mon corps, si je veux, quand je veux », « mon corps m'appartient », slogans conduisant notamment à l'adoption de la loi Veil le 17 juin 1975.

[798] TERRÉ François et FENOUILLET Dominique, *Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz, coll. « Précis », 7e éd., 2005, n° 985, p. 930.

TITRE 1 :

UNE AUTONOMIE RELATIVE

350. La minorité est certes un état, mais qui n'est pas figé, son caractère évolutif amenant l'enfant à devenir adulte est pris en considération par le législateur. Nombreux sont les auteurs à demander une telle reconnaissance législative[799].

351. Le Droit civil contient une institution permettant de conférer la pleine capacité civile au mineur avant l'avènement de sa dix-huitième année : l'émancipation. La mesure se définit comme l'« *acte par lequel le mineur est affranchi de l'autorité parentale (C. civ., art 482) et devient capable, comme un majeur, des actes de la vie civile, mais continue par exception à avoir besoin des autorisations nécessaires au mineur non émancipé pour se marier ou se donner en adoption et ne peut être commerçant* »[800]. Issue de la loi du 14 décembre 1964[801], cette possibilité est de nos jours très peu utilisée en raison de l'abaissement de l'âge de la majorité de vingt-et-un à dix-huit ans depuis 1974[802] ainsi qu'en raison de l'état actuel de la société et des mœurs ; certains auteurs en demandent même la suppression[803].

352. Le courant moderne des droits de l'enfant, impulsé par les droits reconnus au sein de la CIDE[804], tend à faire émerger la nécessité d'un traitement juridique différencié du mineur proche de la majorité, ce « grand adolescent »[805] qui ne peut être considéré comme un *infans*. L'autonomie peut se définir comme le *« pouvoir de se déterminer soi-même ; faculté de se donner sa propre loi* »[806], le concept étant souvent abordé pour les personnes incapables comme peuvent l'être les individus handicapés[807] et les mineurs.

---

[799] ROQUE Julien, « La prémajorité », *Dr. Famille* 2009, étude 20 ; CERMOLACCE Arnaud, « Les contrats du mineur », *Dr. Famille* 2006, étude 27 ; LEMOULAND Jean-Jacques, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD civ.* 1997, p. 1 ; GISSER François, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs – Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP G* 1984, I, 3142 ; GRIDEL Jean-Pierre, « L'âge et la capacité civile », *D.* 1998, chron. p. 90 ; en matière religieuse voire notamment les plaidoyers de : BARBIER Pierre, « L'enfant, la religion et le droit », *Gaz. pal.* 1960, doctr., p. 72 et « Religion, puissance paternelle et modalité de funérailles d'un enfant », *Gaz. Pal.* 1962, doctr., p. 57 ; BREDIN Jean-Denis, « La religion de l'enfant », *D.* 1960, chron. XIII, p. 73 ; d'une façon plus générale : DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, *Droit de l'enfant*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 8e éd., 2009 ; DUVAL-ARNOULD Domitille, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ, 1994.

[800] CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, *V°* « Émancipation », PUF, coll. « Quadrige », 2007.

[801] Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 « portant modification des dispositions du code civil relative à la tutelle et à l'émancipation », JORF 15 décembre 1964, p. 11140.

[802] Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 « fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité », JORF 7 juillet 1974, p. 7099.

[803] CORPART Isabelle, « Le déclin de l'émancipation des mineurs », *JCP N* 2003, p. 1523.

[804] ALFANDARI Elie, DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, et autres, *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la convention internationale sur les droits de l'enfant*, Rapport au secrétaire d'État à la Famille, aux Personnes âgées et aux Rapatriés, La documentation Française, 1993.

[805] GISSER François, art. préc.

[806] CORNU Gérard, *op. cit.*, *v° Autonomie*.

[807] La création avec la loi du 11 février 2005 (loi n° 2005-102 du 11 février 2005 « pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées », JORF 12 février 2005 p. 2353) d'une

Le droit oscille entre deux philosophies opposées avec d'un côté le paternalisme et de l'autre le libéralisme, laissant plus ou moins de place au concept d'autonomie personnelle selon la doctrine adoptée. « *Le droit français est largement influencé par la reconnaissance de la capacité de la personne à faire des choix quant à son mode de vie, même s'il hésite durablement et ostensiblement quant à la place exacte des bornes à fixer à cette liberté. Le panorama qu'il offre est assez surprenant : l'avortement est autorisé, pas la gestation pour autrui ; le piercing mais pas la cryogénisation ; la circoncision mais pas l'excision ; le suicide mais pas l'euthanasie… Pour qui recherche une explication à ces illogismes il faut formuler l'hypothèse de nouvelles rationalités* »[808].

353. Ces illogismes se retrouvent pour les mineurs pour lesquels l'autonomie personnelle qui pourrait leur être reconnue se trouve parfois pénalement limitée (Chapitre 1). *A contrario*, le domaine de la santé, avec les réformes législatives des dernières années, constitue un terrain pionnier de cette autonomie (Chapitre 2) qui se manifeste notamment au travers de la reconnaissance du consentement du mineur comme composante du fait justificatif permettant la pratique médicale. Dans tous les cas, il s'agira d'un « *acte éminemment personnel du mineur* »[809], à savoir « *celui qui, juridique ou matériel, le plus souvent extrapatrimonial, traduit des choix existentiels, ou exprime des volontés ultimes, ou atteint la personne dans son intégrité corporelle* » ; ce qui justifie alors l'octroi d'une autonomie décisionnelle pour certains mineurs.

commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées au sein des Maisons départementales des personnes handicapées en est une illustration.

[808] ROMAN Diane, « "*A corps défendant*", la protection de l'individu contre lui même », *D*. 2007, p. 1284.

[809] GRIDEL Jean-Pierre, « L'acte éminemment personnel du mineur », *Gaz. Pal.* 2003, p. 765.

CHAPITRE 1 :

UNE AUTONOMIE GENERALE LIMITEE

354. La personne mineure se retrouve enfermée entre le statut de personne qui tend à lui faire reconnaître des droits et l'état de minorité qui lui empêche de les exercer. Le caractère évolutif de l'état de minorité rend l'individu de plus en plus capable à mesure qu'il approche de la majorité, laquelle confère la pleine capacité juridique. Cette dynamique est notamment visible dans la notion civile d'« *actes de la vie courante* »[810] de l'article 389-3 C. civ. qui permet au mineur d'agir seul, en dérogation à son incapacité de principe. Pour revêtir cette qualification, « *l'acte doit être autorisé par l'usage, il doit avoir une faible valeur pécuniaire, il doit être susceptible d'être effectué fréquemment par un mineur agissant seul* »[811]. Si ces éléments sont essentiels, des précisions doivent être apportées. D'une part, même si l'article 389-3 C. civ. se trouve dans une section relative à l'administration légale, les actes de la vie courante ne sont pas limités à la sphère patrimoniale. Les dispositions de l'article 408 C. civ., précisant que si la loi ou l'usage l'y autorisent, le mineur peut accomplir seul les actes de la vie civile, renvoient également à une autonomie quant à des actes extrapatrimoniaux, le texte précisant que le tuteur « *prend soin de la personne mineure* ». D'autre part, la qualification d'acte de la vie civile (ou acte de la vie courante) doit tenir compte de l'âge de l'enfant, lequel « *détermine en général le degré d'élaboration de sa personnalité, celui de sa résistance physique et de son discernement* »[812]. Les actes pouvant appartenir à la vie courante sont différents selon que le mineur est âgé de sept, douze ou seize ans[813]. Il se réalise ainsi « *selon l'âge du mineur et la gravité de l'acte à accomplir, toute une gradation : de l'incapacité totale à l'autonomie presque complète* »[814]. La définition d'acte de la vie courante se doit d'être élargie en y ajoutant la sphère extrapatrimoniale et la subjectivité du mineur en cause. L'individu, même mineur, dispose d'un pouvoir sur son corps, et « *le type de pouvoir auquel*

[810] MONTANIER Jean Claude, « Les actes de la vie courante en matière d'incapacités », *JCP G* 1982, I, 3076.
[811] BUFFELAN-LANORE Yvaine, « Minorité – Droits propres de l'enfant », *J.-Cl. Civ.*, art. 388, 2008, n° 57.
[812] GOBERT Michelle, « L'enfant et les adultes », *JCP G* 1971, I, 2421.
[813] ROSENCZVEIG Jean-Pierre, « L'enfant : une existence propre », 1990, disponible sur : www.rosenczveig.com.
[814] BUFFELAN-LANORE Yvaine, art. préc., n° 77.

à droit l'enfant moderne porte un nom, l'autonomie »[815], qui « *peut exister à l'intérieur d'un certain lien de dépendance, objectif, à la fois économique et spatial* »[816], mais aussi juridique.

355. Le Droit pénal limite parfois cette autonomie en raison de la faiblesse de la personne mineure, oscillant entre sa protection et sa liberté. Le seuil de quinze ans est souvent utilisé par le législateur, semblant reconnaître aux mineurs ayant atteint cet âge une maturité physique et psychique et qui leur permet d'avoir une plus grande liberté quant à leur corps comme l'illustre le concept de « *majorité sexuelle* »[817]. Pour autant, les mineurs proches de la majorité restent encore souvent soumis à un régime trop protectionniste (certaines infractions de nature sexuelle visent également à protéger le mineur contre ses propres pulsions comme les délits de corruption de mineurs ou d'atteinte sexuelle sur mineur) qui peut aboutir à une négation injustifiée de leur droit de disposer de leur corps[818], la question de l'autonomie se posant alors en matière corporelle (section 1) ou en matière de sexualité (section 2).

Section 1 : Une autonomie personnelle corporelle

356. Juridiquement, l'autonomie renvoie surtout au Droit civil[819] et au concept d'autonomie de la volonté, qui permet aux contractants de déterminer leurs « *propres lois contractuelles* ». Dans ce cadre, le mineur ne dispose pas, en principe, en raison de son incapacité, d'une volonté autonome lui permettant de se lier[820]. L'autonomie a également, toujours en matière civile, une dimension personnelle. Par exemple, la personne mineure se voit reconnaître la capacité, à divers degrés, de consentir valablement à des actes sur son corps, son consentement ayant pleine valeur juridique. Il est cependant possible de déplorer en la matière

[815] De SINGLY François, « Le statut de l'enfant dans la famille contemporaine », *in Enfants - adultes. Vers une égalité de statuts ?*, de SINGLY François (dir.), éd. Universalis, coll. « Le tour du sujet », 2004, p. 21.
[816] *Ibid*., p. 23.
[817] Cette terminologie de « majorité sexuelle » est cependant inadéquate puisque la majorité se définit comme « *l'âge légal auquel il* [l'individu] *a la pleine capacité d'exercice et devient en droit indépendant et responsable* ». Or, même antérieurement à quinze ans, le mineur peut avoir une sexualité ; le changement n'intéressant que le partenaire, qui en fonction de l'âge, peut être ou non poursuivi. De plus, même après quinze ans, la loi continue à incriminer, dans certaines hypothèses particulières, les relations sexuelles des mineurs de quinze à dix-huit ans.
[818] HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2004, pp. 103 et s.
[819] Une acception de la notion se retrouve aussi en Droit public et notamment en matière de droit des collectivités locales, ainsi qu'en Droit social dans le cadre de la négociation collective (autonomie des partenaires sociaux), voir : CORNU Gérard, *op.cit.*, *V°* « autonomie ».
[820] Pour l'analyse des nombreuses exceptions voir notamment : CERMOLACCE Arnaud, « Les contrats du mineur », *Dr. Famille* 2006, étude 27 ; FIACRE Valérie, *La capacité contractuelle du mineur non émancipé*, mémoire, Nancy, 1995 ; PONTON-GRILLET Dominique, « Réflexion sur les notions de minorité et de majorité en Droit fiscal », *D*. 1991, p. 130 ; plus généralement, voir : FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, *Les obligations*, *tome 1 L'acte juridique*, Sirey, coll. « Université », 13e éd., 2008, n° 228 et s., pp. 180 et s.

« *la mauvaise qualité technique des textes, dont la prolifération se fait sans soucis de cohésion d'ensemble et qui hésite entre de multiples techniques* »[821]. La prise en considération de cette aptitude se retrouve en matière pénale où le législateur, en raison de la maturité de l'individu, déplace le curseur de la protection vers la liberté. La réaction pénale se fait moins pesante, entrainant corrélativement un gain de liberté pour les personnes mineures, laquelle liberté les rend plus autonomes. Si le principe d'une autonomie personnelle trouve un terrain de prédilection dans la jurisprudence de la CEDH, y compris pour les personnes mineures (§1), elle reste cependant limitée par certaines considérations tenant à la minorité (§2) conduisant à maintenir le curseur davantage vers la protection.

I – La notion d'autonomie personnelle

357. L'autonomie personnelle peut se définir comme « *un droit à décider pour soi-même, un droit de faire ses propres choix, en d'autres termes ce qu'elle* [la CEDH] *appelle un droit à l'autodétermination* »[822]. La notion est une émanation de l'article 8 Conv. EDH[823] qui prévoit le droit au respect de la vie privée (A) ainsi que la possibilité d'ingérence de l'État dans l'exercice de ce droit dans des cas limitativement énumérés (B).

A – La libre disposition de son corps : composante de la vie privée

358. La CEDH précise les contours du concept de la vie privée dans son arrêt *Pretty c. Royaume Uni*[824] en exposant que la « *notion de vie privée est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne* »[825], et ajoutant « *que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8* »[826]. Même si la

[821] TERRÉ François et FENOUILLET Dominique, *op. cit.*, n° 986, p. 931.
[822] FABRE-MAGNAN Muriel, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, p. 2973.
[823] Art. 8 Conv. EDH : « *1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».
[824] CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, requête n° 2346/02. GIRAULT Carole, « La Cour EDH ne reconnaît pas l'existence d'un droit à la mort », *JCP G* 2003, II, 10062 ; MASSIAS Florence « Arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni* relatif au suicide assisté et à l'euthanasie », *RSC* 2002, p. 654 ; DEFFAINS Nathalie, *Europe* 2002, comm. 305.
[825] CEDH 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, préc. § 61.
[826] *Ibid*.

juridiction européenne refuse de faire droit à la demande de la requérante[827], elle consacre l'autonomie personnelle « *au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps* »[828], lequel trouve sa limite dans la protection d'autrui, et en l'espèce des personnes vulnérables en raison de leur maladie[829]. L'autonomie personnelle est une composante de la vie privée et renvoie plus généralement à l'autonomie de la personne, domaine qui oppose « *libéralisme juridique et paternalisme bienfaisant, protection du vulnérable et consentement de l'individu* »[830].

359. Le concept d'autonomie personnelle peut être appliqué aux mineurs, lesquels jouissent également d'une vie privée, y compris en Droit interne comme le rappelle la formulation générale de l'article 9 C. civ. : « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». Ce droit est repris dans la CIDE au sein de son article 16 qui précise que « *Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* ». Même si la Convention n'est pas globalement *self executive*, c'est-à-dire d'applicabilité directe dans son ensemble[831], les dispositions de l'article 16, visant à accorder des droits aux mineurs et non seulement à prescrire des recommandations aux États comme d'autres articles plus généraux, reçoivent une applicabilité directe[832]. Ces dispositions peuvent donc être invoquées à l'appui d'une requête devant les juridictions nationales.

360. Rien ne s'oppose à ce que le concept d'autonomie personnelle dégagée par la CEDH s'applique à l'égard des mineurs. L'article 8 Conv. EDH a été appliqué à plusieurs reprises dans des affaires impliquant des personnes mineures. Dans l'arrêt *Sutherland c. Royaume-Uni*, le requérant invoque une violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la

[827] En l'espèce Diane Pretty est atteinte d'une sclérose latérale amyotrophique qui la paralyse et l'empêche de se suicider, la conduisant à une mort certaine et pénible. Son mari étant disposé à l'aider, elle demande au DPP (*Director of Public Prosecution*, qui est l'équivalent anglais du ministère public français) de lui accorder une immunité puisque l'aide au suicide est prohibée par la loi nationale. Le DPP refuse et la requérante tente de faire reconnaître par la Cour que le droit à l'autodétermination recouvre le droit de choisir sa mort.
[828] CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, § 66.
[829] *Ibid.,* § 74.
[830] ROMAN Diane, art. préc.
[831] GOUTTENOIRE Adeline, (dir.), « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après. Commentaire article par article », *Dr. Famille* 2009, dossier 13, n° 11, p. 11.
[832] *Ibid*., « *La première catégorie rassemble les dispositions dont l'effet direct ne fait pas de doute. Il s'agit des articles ou des alinéas qui ne s'adressent pas aux États mais ont comme sujet l'enfant. Le texte vise expressément un droit comme par exemple l'article 7-1 […]* ». Cette formulation peut également prendre une forme négative comme dans l'article 16 « *nul enfant ne fera l'objet d'immixtion arbitraire dans sa vie privée* ». Par ailleurs, ces dispositions sont suffisamment précises pour être directement appliquées ; souligné par nous.

Convention en raison de la législation interne fixant à dix-huit ans l'âge minimal pour les relations homosexuelles légales entre hommes, contre seize ans pour les femmes. Bien que l'affaire ait fait l'objet d'un règlement amiable, la commission avait au préalable conclu à la violation des dites dispositions[833]. Dans une affaire similaire, *S.L. c. Autriche*[834], la juridiction européenne a été amenée à se prononcer sur la question. Un individu se plaignait de ne pas avoir pu vivre pleinement sa sexualité, en l'espèce son homosexualité, par crainte d'exposer son partenaire à des poursuites pénales puisque la loi interne sanctionnait les relations homosexuelles, librement consenties, entre hommes adultes et mineurs. Bien que le gouvernement justifiait ces dispositions par « *la protection du développement sexuel des adolescents de sexe masculin* »[835], la Cour relève, dans son arrêt sur la recevabilité, que le droit interne empêchait le requérant de « *s'engager dans une relation correspondant à son orientation sexuelle* ». En conséquence, elle conclut à une violation de l'article 14 (discrimination en raison de l'orientation sexuelle[836]) combiné avec l'article 8.
Ces arrêts permettent de constater que la CEDH reconnaît bien aux mineurs un droit à la vie privée dans toutes les dimensions que comporte l'article 8 de la Convention.

361. La juridiction va même plus loin et met à la charge des États une obligation positive pour garantir ce droit au respect de la vie privée des personnes mineures. Dans l'arrêt *X et Y c. Pays-Bas*[837], une jeune fille de seize ans, vivant en institution, est violée par le gendre de la directrice de ladite l'institution. La victime étant incapable, elle est représentée en justice par son représentant légal, à savoir son père. La législation nationale imposant une plainte de la victime lorsqu'elle est âgée de plus de seize ans, sans prévoir l'hypothèse des mineurs handicapés, rendait impossible toute action pénale. La Cour expose que « *les faits à l'origine de la requête relèvent de la "vie privée", qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et comprend la vie sexuelle* »[838], puis rappelle que l'article 8 peut fonder des « *obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée* »[839]. La juridiction européenne conclue à la violation de l'article 8 de la Convention estimant que les mesures

[833] CEDH, 27 mars 2001, *Sutherland c. Royaume-Uni*, requête n° 25186/94, § 14. Le règlement amiable est intervenu en raison de la modification par l'État de sa législation en harmonisant l'âge du consentement à seize ans quel que soit le sexe du mineur.
[834] CEDH, 9 janv. 2003, *S.L. c. Autriche*, requête n° 45330/99.
[835] *Ibid*., § 38.
[836] La Cour relève, dans son § 42, comme dans l'arrêt *Sutherland c. Royaume-Uni* précité, que « *l'égalité de traitement quant à l'âge du consentement est à présent admise par la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe* » ; il n'est donc pas justifié de fixer un âge spécifique pour les hommes.
[837] CEDH, 26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas*, requête n° 8978/80.
[838] *Ibid*., § 22.
[839] *Ibid.*, § 23.

civiles sont insuffisantes et qu'en matière pénale, il y a une lacune de la loi interne concernant la situation de la requérante. Ces obligations positives de protection de la vie privée, au sens large, des personnes mineures se retrouvent dans l'arrêt *M.C. c. Bulgarie*[840]. La requérante est victime d'un viol à quatorze ans dont les auteurs présumés ne sont pas poursuivis, l'enquête faisant état qu'elle n'avait ni opposé de résistance physique ni appelé à l'aide. La Cour rappelle que les États ont des obligations positives d'assurer le droit au respect effectif de la vie privée et que « *les enfants et autres personnes vulnérables, en particulier, doivent bénéficier d'une protection effective* »[841] et retient que « *les obligations positives qui pèsent sur les États membres en vertu des articles 3 et 8 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance* »[842] afin d'assurer le « *respect de l'autonomie sexuelle de chaque individu* »[843]. Les personnes mineures sont donc titulaires d'un droit au respect de la vie au sens de l'article 8 Conv. EDH, c'est-à-dire d'un droit à l'autodétermination qui se décline en un droit de faire leurs propres choix.

362. Au travers des divers arrêts évoqués, il apparaît que la notion d'autonomie personnelle renvoie indubitablement à une dimension corporelle, qui se retrouve au travers de l'arrêt *K.A et A.D c. Belgique*[844]. En effet, « *le droit au respect de la vie privée inclut le* droit au développement personnel*, à savoir "le droit […] à l'épanouissement personnel"* »[845], la Cour estimant que l'article 8 « *protège le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel […] ou sous l'aspect de l'autonomie personnelle* »[846]. La juridiction européenne précise également que « *le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle* »[847]. Les personnes mineures pourraient se voir reconnaître ces droits et notamment le droit de disposer de leur corps, ce qui leur confèrerait une autonomie personnelle corporelle.

[840] CEDH, 4 déc. 2003, *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98.
[841] *Ibid*., § 150.
[842] *Ibid*., § 166.
[843] *Ibid*., § 165.
[844] CEDH, 17 févr. 2005, *K.A et A.D. c. Belgique*, requêtes n° 42758/98 et 45558/99.
[845] LEVINET Michel, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009, n°49, p. 3 ; souligné par l'auteur.
[846] CEDH, 17 févr. 2005, *K.A et A.D. c. Belgique*, § 83.
[847] *Ibid*.

363. Cependant, « *l'autonomie personnelle convient parfaitement lorsqu'il s'agit de choix strictement personnels engageant exclusivement l'individu replié sur lui-même, mais elle est en porte-à-faux dès que le choix implique une relation avec autrui pour pouvoir se concrétiser* »[848]. Telle est la problématique des personnes mineures, leur faiblesse les exposant, dans les relations avec les tiers, notamment adultes, à des influences parfois néfastes. Le Droit pénal prend en considération cette autonomie corporelle en permettant aux mineurs d'exercer une relative liberté sexuelle[849] tout en maintenant le curseur près de la protection. L'article 8 § 2 Conv. EDH reconnaît ce rôle protecteur ainsi que la possibilité d'ingérence de l'État en matière de vie privée, nécessitant toutefois la réunion de diverses conditions.

B – La libre disposition de son corps, un droit relatif pour les personnes mineures

364. Contrairement à l'article 3 Conv. EDH qui interdit les tortures et actes de barbarie, l'article 8 n'est pas un droit absolu et peut donc être limité[850], le §2 prévoyant la possibilité d'ingérence de l'État pour restreindre son exercice, le droit de disposer de son corps n'étant alors que relatif. Il est indispensable que l'ingérence soit prévue par la loi, inspirée par un ou des buts légitimes (la sécurité nationale, la sûreté publique, le bien être économique du pays, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé ou de la morale, la protection des droits et libertés d'autrui) et nécessaire, dans une société démocratique, à la poursuite de ce ou ces buts ; c'est-à-dire sur ce dernier point, correspondre à un besoin social impérieux et proportionnée au but légitime poursuivi[851], laissant dans ce cadre une marge d'appréciation aux États.

365. Dans l'affaire *Pretty c. Royaume Uni*, la Cour relève que l'ingérence dans la vie privée de la requérante, et plus précisément dans le libre choix de sa fin de vie, est prévue par la loi, justifiée par la protection de la vie et donc des droits d'autrui, en l'espèce la protection des personnes vulnérables en raison de leur maladie[852], et proportionné au but poursuivi[853]. La

[848] MARGÉNAUD Jean-Pierre, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits*, 2009, n° 49, p. 19.
[849] cf. *infra* : Section 2. Une autonomie personnelle sexuelle, n° 388 et s.
[850] DELMAS–MARTY Mireille, *Le relatif et l'universel*, Seuil, coll. « La Couleur des Idées », 2004, notamment p. 128.
[851] CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, § 70.
[852] *Ibid*., § 74 : « *beaucoup de ces personnes* [celles souffrant d'une maladie en phase terminale] *sont vulnérables, et c'est la vulnérabilité de la catégorie qu'elles forment qui fournit la* ratio legis *de la disposition en cause* ».

juridiction européenne précise que « *les États ont le droit de contrôler, au travers de l'application du droit pénal général, les activités préjudiciables à la vie et la sécurité d'autrui […]. Plus grave est le dommage encouru et plus grand est le poids dont pèseront dans la balance les considérations de santé et de sécurité publiques face au principe concurrent de l'autonomie personnelle* »[854] ; l'État devant trouver un point d'équilibre entre protection et liberté.

366. La Cour reconnaît la possibilité pour les États de limiter, par le Droit pénal, le principe d'autonomie personnelle. Cette immixtion tend à avoir un champ d'application plus restreint depuis l'arrêt *K.A et A.D c. Belgique*. Dans cette affaire, les requérants, auteurs de pratiques sadomasochistes d'une extrême violence[855], sont condamnés par les juridictions belges pour violences volontaires. Ils saisissent la CEDH estimant avoir subi une atteinte injustifiée au droit au respect de leur vie privée, lequel est garanti par l'article 8 Conv. EDH. La question posée est de savoir si « *la condamnation pénale des requérants pour les pratiques sadomasochistes qui étaient les leurs […] constitue-t-elle une ingérence dans leur vie privée en violation de l'article 8 de la Convention ?* »[856].

367. La juridiction européenne avait déjà été saisie quelques temps plus tôt d'un cas de sadomasochisme, les comportements étant toutefois moins violents. Dans l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*[857], la Cour rejette la violation de l'article 8 en relevant que l'ingérence de l'État est justifiée par la protection de la santé, au travers des dommages corporels[858], ainsi que de la morale[859]. L'affaire *K.A et A.D c. Belgique* opère un revirement

---

[853] *Ibid*., § 76 : « *Il ne paraît pas arbitraire à la Cour que la législation reflète l'importance du droit à la vie en interdisant le suicide assisté tout en prévoyant un régime d'application et d'appréciation par la justice qui permet de prendre en compte chaque cas* ».

[854] *Ibid*., § 74.

[855] Les deux auteurs utilisent des aiguilles et de la cire brûlante, frappent violemment la victime, introduisent une barre creuse dans son anus pour y verser de la bière et la faire déféquer, la hissent suspendue aux seins par une corde entre ses jambes, lui infligent des chocs électriques, des brûlures et des entailles, lui cousent les lèvres vulvaires et lui introduisent dans le vagin et l'anus des vibrateurs, leur main, leur poing, des pinces et des poids.

[856] TULKENS Françoise *in* FABRE-MAGNAN Muriel, LEVINET Michel, MARGUÉNAUD Jean-Pierre, TULKENS Françoise, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2009, n° 48, p. 3.

[857] CEDH, 19 févr. 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, affaire n° 109/1995/615/703-70.

[858] *Ibid*., § 43 : « *La Cour estime que l'un des rôles incontestablement dévolu à l'État est la régulation, par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels. Que ces actes soient commis dans un cadre sexuel ou autre n'y change rien* ».

[859] *Ibid*., § 51 : « *la Cour, à l'instar de la Commission, ne croit pas nécessaire de rechercher si l'ingérence dans l'exercice par les requérants du droit au respect de leur vie privée pouvait également se justifier par la protection de la morale.* ***Ce constat ne doit cependant pas s'interpréter comme mettant en cause le droit de l'État de chercher à détourner de l'accomplissement de tels actes au nom de la morale*** », souligné par nous.

de jurisprudence[860], la Cour ne se référant ni à l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, ni à la morale ou à la santé des individus mais simplement au consentement de la « victime », en modifiant le rôle accordé au Droit pénal. Alors qu'en 1997, elle précisait que l'État peut intervenir, par le Droit pénal, pour limiter ces pratiques dès lors qu'elles créent des dommages corporels, en 2005 elle affirme que « *le Droit pénal ne peut intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des "raisons particulièrement graves" pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité* »[861]. Les considérations de santé et de moralité mises en avant dans l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* auraient dû, *a fortiori*, jouer s'agissant de comportements plus violents et corrélativement d'atteintes corporelles plus sévères. Or, cela n'est pas le cas puisque la Cour privilégie « *l'absence de consentement pour justifier l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée des requérants* »[862]. Par conséquent, une personne peut librement se prêter à des pratiques sexuelles sadomasochistes dès lors qu'elle trouve un partenaire consentant. L'autonomie personnelle se dédouble, étant invoquée d'une part par l'auteur pour justifier ses pratiques sexuelles, et d'autre part par la « victime » pour rendre licites les violences exercées à son encontre. L'autonomie personnelle, et son corollaire le droit de disposer de son corps, sont des concepts « *hypersubjectifs* »[863] mais qui s'inscrivent très souvent dans une interaction, comme en l'espèce. L'automutilation ne pose aucun problème juridique, alors que les mêmes actes réalisés par un tiers à la demande de la « victime » tombent sous le coup du Droit pénal, puisque le consentement n'est pas un fait justificatif en Droit national[864]. Néanmoins, il semble que la position de la juridiction européenne soit toute autre puisqu'elle rappelle que « *si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible,* ***une limite qui doit trouver application est celle***

[860] FABRE-MAGNAN Muriel, LEVINET Michel, MARGUÉNAUD Jean-Pierre, TULKENS Françoise, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2009, n° 48, p. 3 ; MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « Sadisme, masochisme et autonomie personnelle » *in Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Pédone, coll. « Droits Européens », 2007, p. 85 ; MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits*, 2009, n° 49, p. 19.

[861] CEDH, 17 févr. 2005, *K.A et A.D. c. Belgique*, § 84.

[862] MARGUÉNAUD Jean-Pierre *in* FABRE-MAGNAN Muriel, LEVINET Michel, MARGUÉNAUD Jean-Pierre, TULKENS Françoise, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », art. préc.

[863] LEVINET Michel, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009, n° 49, p. 3.

[864] Pour une étude complète de la problématique du consentement en Droit pénal : PIN Xavier, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002.

***du respect de la volonté de la "victime" de ces pratiques**, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti* »[865].

368. Ainsi, dans le cadre des atteintes à l'intégrité corporelle, le juge européen place le consentement, et plus précisément la protection de ce consentement, au cœur de la problématique. La Cour EDH refuse de condamner la Belgique pour violation de l'article 8 Conv. EDH, la répression des comportements étant justifiée par la protection d'autrui, l'individu ayant prononcé le terme « pitié », signifiant qu'il n'était plus consentant. Par conséquent, les actes réalisés avant sont licites, alors que les actes subis après tombent sous le coup de la loi pénale comme le relève la juridiction européenne. La frontière entre les deux étant, non la nature des actes ou le degré de l'atteinte, mais le consentement retiré alors qu'il avait été donné à un moment ; « *ce qui revient, par contrecoup, à donner au consentement à la lésion de soi-même une pleine force justificative* »[866]. Le droit de disposer de son corps, composante de l'autonomie personnelle, elle-même rattachée au respect de la vie privée, peut trouver à s'appliquer à tout individu, y compris aux personnes mineures. La faiblesse des personnes mineures permet à l'État de s'immiscer davantage dans leur vie privée afin de les protéger, parfois même contre elles-mêmes. Néanmoins, la minorité est évolutive et il serait erroné de traiter la catégorie des mineurs dans son ensemble sans moduler le pouvoir d'ingérence des autorités, au travers du Droit pénal, selon la maturité que ces mineurs acquièrent avant leur majorité. Dans l'arrêt *Pretty c. Royaume Uni*, la Cour considère comme vulnérables non pas tous les individus malades, mais seulement ceux qui sont en phase terminale. Aussi, il paraît opportun de traiter différemment les mineurs proches de la majorité. Le droit de disposer de son corps et la valeur accordée au consentement, éléments dégagés par la Cour dans les affaires étudiées, leur seraient pleinement applicables. Car même si l'autorité relative de la chose jugée limite l'impact des arrêts de la CEDH, cette dernière rappelle d'elle-même que « *si l'article 34 de la Convention donne effectivement pour mission à la Cour non de formuler des avis dans l'abstrait, mais d'appliquer la Convention aux faits concrets des espèces dont elle est saisie**, les arrêts rendus dans les affaires individuelles constituent bel et bien, dans une mesure plus ou moins grande, des précédents, et la décision en l'occurrence***

[865] CEDH, 17 févr. 2005, *K.A et A.D. c. Belgique*, § 85, souligné par nous.
[866] PIN Xavier, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal, vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits*, 2009, n° 49, p. 83.

ne saurait, ni en théorie ni en pratique, être articulée de façon à empêcher qu'elle ne soit appliquée dans d'autres espèces »[867].

369. À travers la notion d'autonomie personnelle, la CEDH confère à l'individu un droit de disposer de son corps, pouvant aller jusqu'à pratiquer des activités portant atteinte à son intégrité physique, avec comme limite la protection de la vie, qui reste la valeur absolue. Ces considérations peuvent également être transposées pour les personnes mineures, auxquelles la juridiction strasbourgeoise confère les droits issus des développements de l'article 8 de la Convention. Cependant, la marge d'appréciation laissée aux États est plus grande dès lors que sont en jeu des considérations morales et des comportements visant des personnes vulnérables, comme les mineurs. Ainsi, dans l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*[868], la Cour rappelle que la « *nécessité d'un contrôle peut s'étendre même à des actes accomplis d'un commun accord et en privé, notamment quand il s'impose […] "de fournir des garanties suffisantes contre l'exploitation et la corruption d'autrui, en particulier des personnes spécialement vulnérables à cause de leur jeunesse, de leur faiblesse de corps ou d'esprit, de leur inexpérience ou d'une situation de dépendance naturelle, juridique ou économique spéciale"* »[869]. La Cour aboutit dans le cadre de cette affaire à une violation de l'article 8 Conv. EDH puisque le requérant, en raison de la législation pénale interne, était empêché d'avoir des relations homosexuelles bien que majeur et consentant. La Cour tend à aligner le droit nord irlandais sur celui du reste du Royaume-Uni et se réfère à l'âge du partenaire : en deçà de vingt-et-un ans l'ingérence de l'État dans la vie privée est justifiée par la protection de la morale et des droits d'autrui en raison de la vulnérabilité des individus ; au-delà de cet âge, l'ingérence n'est plus justifiée. Bien que la majorité soit fixée à dix-huit ans, la personne, en matière de relation homosexuelle, serait vulnérable jusqu'à ces vingt-et-un ans. Au vu de l'évolution de la jurisprudence de la Cour, il apparaît qu'aujourd'hui, elle se serait affranchie de ce seuil de vingt-et-un ans, considéré comme discriminatoire, pour l'aligner sur celui des relations hétérosexuelles, comme dans l'affaire *Sutherland c. Royaume-Uni* en 2001, à savoir en-deçà de la majorité. En vingt ans, l'appréhension par la Cour de la vulnérabilité en matière sexuelle a donc profondément évolué, laissant la place à une autonomie grandissante des individus, notamment quant au droit de disposer de son corps, le paternalisme cédant le pas au libéralisme.

[867] CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, § 75, souligné par nous.
[868] CEDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, requête n° 7525/76.
[869] *Ibid*., § 49.

Ce libéralisme est bien entendu limité lorsque l'individu est mineur, ce qui explique que le législateur français maintienne parfois une protection malgré cette autonomie.

II – Une autonomie personnelle corporelle contestée

370. Le droit de disposer de son corps est également le droit « *de ne pas mettre son corps à la disposition d'autrui* »[870], ce qui constitue le volet négatif de l'autonomie personnelle, toujours fondée sur le consentement. Le refus d'une personne, même mineure, transforme un acte médical licite en un délit de violence volontaire, ou un rapport sexuel légal en une agression sexuelle répréhensible. Ce consentement négatif est également reconnu comme essentiel pour la CEDH même lorsqu'il est le fait d'un mineur. Dans l'affaire *M.C. c. Bulgarie*, la juridiction reconnaît la possibilité pour une jeune fille de quatorze ans de refuser un rapport sexuel et conclut même à la violation de l'article 8 de la Convention en raison d'une conception trop restrictive du viol par les autorités nationales, lesquelles avaient érigé la résistance physique de la victime en élément constitutif de l'infraction. L'autonomie de la personne aboutit à lui reconnaître le droit de s'opposer aux atteintes portées à son intégrité corporelle ou de les accepter, en vertu des principes d'intégrité et d'intangibilité du corps.

371. Au-delà des domaines sexuels et médicaux, qui feront l'objet d'une étude spécifique, le Droit français prend en compte le consentement des mineurs dans divers cas en leur conférant une certaine autonomie quant à leur corps tout en maintenant une protection. Cette ingérence concerne des actes parfois bénins comme les piercings et les tatouages (A), ou des actes plus graves comme le devenir du corps après la mort (C), voire certains comportements relevant pourtant des choix personnels, appréhendés spécifiquement pour les mineurs et érigés en interdits au titre de mesure de santé publique (B).

A – Les décorations corporelles

372. Ces actes constituent, par les techniques employées, des violences volontaires, lesquelles sont rendues licites puisqu'organisées par la loi et consenties par l'individu[871]. Concernant les personnes mineures, leur incapacité à consentir nécessite le consentement des

[870] MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits*, 2009, n° 49, p. 19.
[871] PENNEAU Jean, « Réglementation de certains produits ou objets », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 90, 2008.

titulaires de l'autorité parentale, contestant pour ces actes bénins l'autonomie corporelle du mineur. Les dispositions réglementaires encadrant ces pratiques visent d'une part les tatouages par effraction cutanée et le perçage corporel[872] et d'autre part le perçage du pavillon de l'oreille et de l'aile du nez[873]. Dans les deux cas, l'article R. 1311-11 C. santé publ. précise qu'« *il est interdit de pratiquer les techniques mentionnées aux articles R. 1311-1 et R. 1311-6 sur une personne mineure sans le consentement écrit d'une personne titulaire de l'autorité parentale ou de son tuteur. Les personnes réalisant ces pratiques sur une personne mineure doivent être en mesure, pendant trois ans, de présenter la preuve de ce consentement aux autorités de contrôle mentionnées à l'article L. 1312-1* ». Ces textes font une application classique du droit commun, à savoir l'article 371-1 C. civ., qui requiert le consentement parental pour les actes réalisés sur l'enfant. Si la disposition est concevable pour les jeunes mineurs, la situation est toute autre pour les mineurs proches de la majorité. Est-il nécessaire de requérir le consentement parental pour un mineur de seize ans qui vient se faire percer l'oreille ? La référence au consentement d'un seul des titulaires de l'autorité parentale renvoie à la présomption d'accord posée par l'article 372-2 C. civ.[874] qui s'applique aux actes usuels, c'est-à-dire aux actes de faible importance.

373. À l'aune du concept d'autonomie, il conviendrait de reconnaître la possibilité pour les mineurs proches de la majorité d'effectuer seuls ces actes usuels qui ont trait à leur corps et revêtent une faible importance[875]. L'introduction d'un seuil d'âge intermédiaire permettrait au mineur âgé de plus de quinze ans par exemple, âge auquel le mineur n'est plus considéré comme automatiquement immature par le Droit pénal, d'agir seul. Pour les mineurs de quinze ans, le consentement d'un des titulaires de l'autorité parentale resterait nécessaire. Le maintien d'une protection des mineurs, limitant corrélativement leur autonomie, se retrouve en matière de santé publique où certaines mesures leur sont spécifiques.

[872] Art. R. 1311-1 C. santé publ.
[873] Art. R. 1311-6 C. santé publ.
[874] Art. 372-2 C. civ. : À l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant.
[875] La Cour de cassation fait une application de cette distinction entre acte usuel et acte grave en matière de circoncision : Cass. civ. 1re, 20 août 1983, *Gaz. Pal.* 1984, II, somm. 107, note DOUCET Jean-Paul. La Haute juridiction estime que la circoncision médicale est un acte usuel nécessitant le consentement d'un seul titulaire de l'autorité parentale, alors que pour la circoncision rituelle les consentements conjoints des titulaires de l'autorité parentale seraient requis. Voir également : TGI Paris, 6 nov. 1973, *Gaz. Pal.*1974, I, p. 299, note BARBIER Pierre.

B – Des mesures spécifiques aux mineurs en matière de santé publique

374. Une graduation dans l'autonomie du mineur peut être observée dans les lois pénales spéciales, notamment les lois consacrées aux débits de boissons[876] et au tabagisme[877]. Ces deux types de produits de consommation peuvent être nocifs pour la santé de l'individu, faisant l'objet de mesures de prévention de santé publique. Étant toutes deux des substances addictives, le législateur, dans un but préventif, tend à retarder les premiers actes de consommation, la protection ayant été renforcée et la liberté des mineurs restreinte qu'il s'agisse d'alcool (1) ou de tabac (2).

1 – L'interdiction de la vente et de l'offre à titre gratuit d'alcool aux mineurs

375. Dans le cadre de « *la lutte contre l'alcoolisme* »[878], les dispositions légales prévoyaient une consommation par palier d'âge avec une étape intermédiaire permettant une consommation de certains alcools à partir de seize ans.

Pour l'accès aux débits de boissons, les mineurs de plus de treize ans peuvent se rendre, sans accompagnement, dans des débits de boissons assortis d'une licence de 1re catégorie, c'est-à-dire des établissements servant des boissons sans alcools[879]. Pour les établissements possédant des licences supérieures, le mineur doit être accompagné par un adulte s'il est âgé de moins de seize ans, au-delà l'accompagnement n'est plus nécessaire. Ces dispositions n'ont pas été modifiées par la loi HPST du 21 juillet 2009[880], contrairement aux mesures encadrant la consommation d'alcool.

376. L'organisation se faisait également par palier d'âge pour la vente ou la distribution gratuite de boissons alcooliques, l'interdiction visait surtout les mineurs de seize ans comme le rappelait l'article L. 3342-1 C. santé publ. : « *dans les débits de boissons et tous commerces ou lieux publics, il est interdit de vendre ou d'offrir à titre gratuit à des mineurs de moins de seize ans des boissons alcooliques à consommer sur place ou à emporter* ». L'auteur des faits encourait selon l'article L. 3353-3 C. santé publ. 3 750 euros d'amende. Après seize ans, la restriction ne concernait que les boissons de troisième, quatrième ou cinquième groupe. *A contrario*, les mineurs de plus de seize ans pouvaient acquérir en toute légalité des boissons

[876] PIN Xavier, « Débits de boissons », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 50, 2002.
[877] PENNEAU Jean, « Santé publique », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 45, 2004.
[878] Titre du Livre troisième de la troisième Partie de la Partie législative du Code de la santé publique.
[879] Art. L. 3342-3 al. 2 C. santé publ. : Toutefois, les mineurs de plus de treize ans, même non accompagnés, peuvent être reçus dans les débits de boissons assortis d'une licence de 1ère catégorie.
[880] Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 « portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires », JORF 22 juillet, p. 12184.

alcooliques du second groupe, à savoir notamment de la bière ou du vin. Cette autonomie était souvent contestée en la matière avec des propositions récurrentes de loi, visant à porter l'interdiction de vente d'alcool à tout mineur, sans distinction d'âge[881]. La loi HPST du 21 juillet 2009[882] modifie l'art. L. 3342-1 C. santé publ. en faisant disparaître le seuil de seize ans, la vente ou l'offre à titre gratuit de boissons alcooliques étant désormais interdites à tous les mineurs, sans distinction d'âge. Le manquement à ces prescriptions légales fait encourir à son auteur une amende de 3 750 euros, conformément à l'art. L. 3353-3 C. santé publ.

377. Cette modification aligne les dispositions du Code de la santé publique sur celles de l'article 227-19 C. pén., punissant la provocation à la consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques qui vise également comme « victime » les mineurs sans distinction d'âge. Encore faut-il que les deux éléments soient remplis, à savoir une consommation habituelle, et que celle-ci soit excessive. Une provocation habituelle modérée ne tomberait pas sous le coup du Droit pénal. Il en serait ainsi pour un parent proposant à son enfant mineur, chaque jour, de prendre un apéritif. De la même façon, une provocation à la consommation excessive, mais épisodique, n'est pas sanctionnable. Tel est le cas d'une personne qui incite deux mineurs de quinze ans à consommer de l'alcool, l'un d'eux expliquant aux enquêteurs qu'il avait trop bu. La Haute juridiction évoque un stock important d'alcool au domicile du prévenu ainsi que les déclarations concordantes des victimes pour rejeter le pourvoi[883]. De même, relève de l'article 227-19 C. pén. le fait pour un père de laisser boire ses enfants, âgés de deux et six ans, en sa compagnie, jusqu'à l'ivresse[884].

Ce délit de provocation ne se réfère à aucun seuil d'âge pour la constitution de l'infraction, la minorité de quinze ans constituant néanmoins une circonstance aggravante. L'unification des dispositions se réalise dans le sens d'une protection des mineurs et non dans le sens d'une reconnaissance de leur autonomie corporelle, leur permettant de consommer notamment de l'alcool. Les mesures antérieures prévoyant un système gradué en matière de consommation de boissons alcooliques prenaient en compte le caractère évolutif de la minorité et la maturité acquise progressivement. Il aurait été préférable, pour l'autonomie des mineurs, de renforcer

[881] Proposition de loi n° 2814, déposée à l'Assemblée Nationale le 25 janvier 2006, visant à interdire la vente d'alcool aux mineurs ; proposition de loi n° 377 (2007-2008), déposée le 10 juin 2008 au Sénat, tendant à interdire la vente d'alcool aux mineurs.
[882] Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 « portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires », préc.
[883] Cass. crim., 15 oct. 2008, pourvoi n° 08-81523.
[884] Papeete 16 oct. 1997, JurisData n° 1997-056509.

cette conception en alignant les dispositions pénales sur celles de santé publique et non l'inverse.

378. Des dispositions répressives figurent également dans le Code de la santé publique, l'article L. 3353-4 réprimant de 3 750 euros d'amende le fait de faire boire jusqu'à l'ivresse un mineur. Le but de ces incriminations est de réprimer des « *agissements exposant les mineurs à un risque sans attendre que celui-ci se réalise* »[885] pour « *renforcer la protection de la santé et de la moralité des mineurs* »[886]. Un même comportement peut constituer à la fois l'infraction de provocation et celle de l'article L. 3353-4 C. santé publ. Devant un concours réel d'infractions, il est possible de retenir plusieurs qualifications, puisque « *nos tribunaux distinguent volontiers suivant l'état d'esprit de l'agent, c'est-à-dire selon qu'il a entendu commettre une seule infraction ou plusieurs, porter atteinte à une seule valeur sociale ou à plusieurs* »[887]. Les deux infractions visent à protéger la même valeur sociale, à savoir la santé et la moralité des mineurs[888]. L'infraction de provocation est placée dans une section intitulée « *de la mise en péril des mineurs* » et celle de l'article L. 3353-4 C. santé publ. dans un chapitre concernant la « *répression de l'ivresse publique et* [la] *protection des mineurs* ». Par conséquent, il appartiendra au juge de retenir la plus haute qualification pénale[889], à savoir ici l'infraction de provocation qui prévoit deux ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende, contre une amende de 3 750 euros dans le Code de la santé publique. Une limitation identique de l'autonomie corporelle des mineurs en matière de santé publique se retrouve pour la consommation de tabac.

2 – L'interdiction de la vente et de l'offre à titre gratuit de tabac aux mineurs

379. La loi du 31 juillet 2003[890] a créé une nouvelle contravention[891] visant à interdire la vente de tabac aux mineurs de seize ans, dont les dispositions ont été modifiées, à l'instar des dispositions concernant l'alcoolisme, dans un sens plus restrictif de liberté pour les mineurs. L'article L. 3511-2-1 C. santé publ. disposait qu'« *il est interdit de vendre ou d'offrir*

[885] DESPORTES Frédéric, « Provocation de mineurs à commettre des actes illicites ou dangereux », *J.-Cl. Pén.*, 2003, n° 5.
[886] *Ibid*.
[887] PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Cujas, 17e éd, 2008, n° 300, p. 291.
[888] *contra* : DESPORTES Frédéric, art. préc., n° 20,
[889] SERLOOTEN Patrick, « Les qualifications multiples », *RSC* 1973, p. 45.
[890] Loi n° 2003-715 du 31 juillet 2003, visant à restreindre la consommation de tabac chez les jeunes, JORF 3 août 2003, p. 13398.
[891] GUÉDON Jean-Philippe, « Lutte contre le tabagisme : la répression au service de la prévention (Loi n° 2003-715 du 31 juillet 2003) », *JCP G* 2004, I, 104.

gratuitement, dans les débits de tabac et tous commerces ou lieux publics, des produits du tabac […] à des mineurs de moins de seize ans ».

380. La loi HPST du 21 juillet 2009 repousse le seuil d'âge de la vente ou l'offre gratuite de tabac à dix-huit ans, créant une interdiction générale pour tous les mineurs conformément aux dispositions nouvelles. Des observations identiques peuvent être formulées concernant la limite apportée par les dernières modifications législatives, allant dans le sens d'une protection accrue des personnes mineures, leur déniant de ce fait une liberté de consommation de produits légaux. Il n'existe pas d'infraction de provocation à la consommation de tabac, qui est également une substance addictive comme l'alcool, considérés tous deux comme des drogues récréatives[892]. Dans ces deux situations, l'acte en lui même n'est pas répréhensible, que ce soit consommer de l'alcool ou le tabagisme, sous réserve de certaines circonstances (ivresse sur la voie publique, conduite en état d'ivresse, tabagisme dans des zones prohibées). L'incrimination se conçoit plus aisément pour la provocation de mineur à commettre des actes illicites, comme la consommation de stupéfiant. Cette consommation constitue en elle-même une infraction sanctionnée à l'article L. 3421-1 C. santé publ. par une peine d'amende, d'un montant de 3 750 euros. Il s'agit une nouvelle fois d'une mesure de protection de la santé des mineurs, dont la répression est aggravée lorsqu'il s'agit de mineur de quinze ans. La personne mineure ne pouvant jouir, du fait de l'illégalité du comportement, d'aucune autonomie, la protection de l'ensemble des mineurs paraît justifiée. Cependant, la provocation n'est sanctionnable que dans la mesure où elle est destinée à un mineur comme le rappelle l'art. 227-18 C. pén. La provocation à l'usage de stupéfiant fait également l'objet d'une sanction au sein du Code de la santé publique, mais d'une façon plus générale puisque l'article L. 3421-4 ne vise pas spécifiquement les mineurs. Il est possible de considérer, dans cette hypothèse, que les dispositions pénales, plus précises, dérogent aux règles générales selon l'adage *specialia generalibus derogant*[893], ce qui conduit à écarter l'application de l'art. L. 3421-4 C. santé publ. au profit de l'art. 227-18 C. pén.

381. Le législateur paraît partagé dans ce débat entre paternalisme et libéralisme, autonomie et protection, reflétant toute la complexité du caractère évolutif de la minorité[894]. Alors que

[892] CABALLERO Francis et BISIOU Yann, *Droit de la drogue*, Dalloz, coll. « Précis », 2e éd., 2000.
[893] PRADEL Jean, *op. cit.*, n° 304, pp. 293 et 294.
[894] Plus généralement, la question se pose pour toutes les personnes vulnérables et incapables. Ainsi, en est-il des personnes handicapées qui en fonction de leur handicap, physique ou mental, et du degré de celui, oscillent

les dispositions légales nouvelles abondent dans un sens plus protecteur, la jurisprudence se fait plus émancipatrice dans certains cas comme en matière de funérailles de la personne mineure.

C – La volonté du mineur concernant ses funérailles

382. Une personne mineure peut-elle, conformément au droit de disposer de son corps, décider des modalités de ses funérailles ? La matière est régie par la loi du 15 novembre 1887 sur la législation funéraire[895], dont l'article 3 dispose que « *tout majeur ou mineur émancipé […] peut régler les conditions de ses funérailles* ». *A contrario*, un mineur non émancipé, ce qui inclue *de jure* tout mineur de seize ans, ne peut pas organiser ses funérailles.

383. En l'absence d'émancipation, le sort du devenir du corps du mineur relève, comme de son vivant, du principe de l'autorité parentale et notamment du devoir d'éducation en ce qui concerne le caractère religieux ou non des funérailles[896]. En cas de conflit, le juge recourt à la notion d'intérêt de l'enfant en faisant prévaloir notamment son avis, comme l'illustre un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 décembre 1961[897]. Dans le cadre d'un conflit opposant les parents sur le lieu de l'inhumation d'un mineur âgé de vingt ans (la majorité était à vingt-et-un ans), engagé dans l'armée et tué en Algérie, mais non émancipé, les juges du fond tranchent sur la base de la volonté de la personne mineure décédée et non en raison des considérations du parent ayant la garde comme l'imposait la loi alors en vigueur. Le jeune homme avait évoqué à plusieurs reprises avant son départ, avec son parrain, sa volonté d'être inhumé dans un cimetière déterminé s'il devait mourir. La Cour estime alors qu'en « *raison de l'âge du défunt qui était à la veille de sa majorité […] il est convenable de retenir comme élément d'appréciation, sa propre volonté* »[898]. Par conséquent, le litige a été résolu par la juridiction comme si le *de cujus* était majeur, par le simple respect de sa volonté quant au devenir de son corps, opérant une assimilation du mineur proche de la majorité avec le majeur.

entre protection ou autonomie. Voir THIERRY Jean-Baptiste, « *Le handicap en droit criminel* », thèse dactylographiée, Nancy, 2007.

[895] Loi n° 1887-11-15 du 15 novembre 1887 « sur la liberté des funérailles », JORF 16 novembre 1887.

[896] BARBIER Pierre, « L'enfant, la religion et le droit », *Gaz. Pal.* 1960, doctr. p. 72 ; BREDIN Jean-Denis, « La religion de l'enfant », *D.* 1960, chron. XIII, p. 73.

[897] Paris, 16 déc. 1961, *Gaz. Pal.* 1962, jurispr., p. 410.

[898] *Ibid*.

384. Cette position n'est pas isolée en la matière. Ainsi, face au décès d'un mineur non émancipé, ne laissant cette fois-ci aucune disposition quant à l'organisation de ses funérailles, des juges du fond justifient le recours aux parents comme une mesure secondaire. La juridiction du fond précise qu'« *en l'absence de toute volonté exprimée par le* de cujus *sur le règlement de la sépulture, il convient de s'en référer au principe juridique selon lequel le père ou la mère qui a la garde de l'enfant est en principe […] celui qui a le droit de décider des conditions et du lieu d'inhumation* »[899]. Une interprétation *a contrario* permet de mettre en exergue deux éléments de ce jugement : d'une part, si la personne mineure avait exprimé une quelconque volonté concernant l'organisation de ses funérailles, cette dernière aurait été prise en compte ; d'autre part, la volonté du mineur n'a pas un rôle supplétif par rapport aux dispositions légales, mais ce sont ces dernières qui cèdent devant les souhaits de l'individu. Le mineur exerçant son droit de disposer de son corps, son consentement quant au devenir de son corps après sa mort devient le critère primordial.

385. Ces affaires posent la question de la reconnaissance d'une majorité de conscience du mineur[900], qui pourrait être analysée comme une des composantes de l'autonomie personnelle de celui-ci, un droit de disposer de son corps après sa mort. Lors des débats précédents le vote de la loi de 1887, certains parlementaires avaient déjà proposé de permettre aux mineurs âgés d'au moins quinze ans de fixer librement les modalités de leurs funérailles. Cette autonomie spirituelle[901], pouvant notamment avoir des répercutions sur le corps de l'individu, est une revendication de la doctrine juridique[902], ainsi que des praticiens du droit tels que les magistrats[903]. En effet, « *il est souhaitable que le mineur acquiert une indépendance progressive dans le domaine moral, au fur et à mesure qu'il se rapproche de sa majorité* »[904]. La personne mineure doit faire l'apprentissage progressif de sa liberté, « *la réalité de la vie nous souffle l'impérieux devoir de laisser s'épanouir la personnalité de l'enfant. Plus il*

[899] TGI Châlons-sur-Marne, 21 mars 1973, *D*. 1973, p. 159.
[900] Dans le cadre d'un changement de religion de la part d'une adolescente, du catholicisme au mouvement des Témoins de Jéhovah, les juges fondent leur raisonnement non seulement sur l'opportunité de la conversion, mais aussi et surtout sur la volonté de l'adolescente : voir Cass. civ., 1re, 11 juin 1991, *JCP G* 1984, doctr., p. 3142.
[901] L'article 14 CIDE rappelle que « *1. Les États parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion.*
2. Les États parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui correspond au développement de ses capacités ».
[902] MALAURIE Philippe, *D*. 1991, p. 521 ; CHEVALIER Jean-Yves, *JCP G* 1994, II, 22210 : l'auteur estime « *qu'il n'est pas déraisonnable de penser qu'à partir d'une quinzaine d'année un adolescent moderne est capable de choisir une religion différente de celle dans laquelle il a été élevé jusque-là* ».
[903] BARBIER Pierre, « L'enfant, la religion et le droit », *Gaz. Pal.* 1960, doctr., p. 72 et « Religion, puissance paternelle et modalité de funérailles d'un enfant », *Gaz. Pal.* 1962, doctr., p. 57 ; BREDIN Jean-Denis, art. préc.
[904] BARBIER Pierre, « Religion, puissance paternelle et modalité de funérailles d'un enfant », art. préc.

grandit, plus il doit avoir d'initiatives ; ce qui, autrefois, lui était commandé ne peut plus lui être que suggéré »[905].

386. Par conséquent, il conviendrait, à l'image des autres mesures visant à lui reconnaître cette autonomie corporelle, de modifier la loi de 1887 pour y incorporer la capacité des mineurs de plus de quinze ans à organiser leurs propres funérailles ; les mesures de l'article 371-1 C. civ. prévoyant que les parents associent l'enfant aux décisions le concernant pouvant s'avérer en la matière insuffisantes.

387. Dans ces différentes hypothèses, l'ingérence de l'État dans la vie privée des mineurs, limitant surtout leur droit de disposer de leur corps, n'apparaît pas forcément justifiée, notamment eu égard à la légèreté des atteintes physiques qui leur sont portées. Le législateur déplace davantage le curseur des mesures vers la protection, s'éloignant corrélativement de l'autonomie reconnue aux mineurs. Ainsi, les restrictions concernant classiquement les mineurs de seize ans ont été étendues à tous les mineurs, restreignant les droits des mineurs proches de la majorité. Des bornes identiques se retrouvent en matière de sexualité des mineurs. Bien que la CEDH rappelle que l'ingérence de l'État doit être dans ce domaine justifiée par des « *raisons particulièrement graves* »[906], les dispositions pénales internes semblent parfois prendre des largesses avec ces considérations européennes.

Section 2 : Une autonomie personnelle sexuelle

388. Le droit de disposer de son corps, composante en Droit européen des droits de l'homme du droit au respect de la vie privée, induit également des prérogatives en matière de sexualité ; « *au contact du droit à disposer de son corps, la liberté sexuelle devient un droit d'entretenir des relations sexuelles* »[907]. Cette relation est clairement affirmée par la CEDH dans l'affaire *K.A et A.D c. Belgique* lorsqu'elle énonce que « *le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit à disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle* »[908]. Cette liberté sexuelle est certes applicable au majeur, mais il ne semble pas qu'elle exclut *de jure* ou *de facto*, les personnes mineures, même si « *souvent, la*

[905] *Ibid.*
[906] CEDH, 17 févr. 2005, *K.A et A.D. c. Belgique*, § 84.
[907] MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », art. préc.
[908] CEDH, 17 févr. 2005, *K.A et A.D. c. Belgique*, § 83. Voir également CEDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, requête n° 7525/76.

doctrine évite pudiquement d'aborder la question de la liberté sexuelle du mineur ou, si l'on préfère, celle du droit des mineurs à avoir une vie sexuelle »[909]. Des mesures de protection accrues, pour ces personnes mineures considérées comme vulnérables en raison de leur âge[910], au travers des interdits du Droit pénal limitant leur droit au respect de la vie privée apparaissent justifiées et proportionnées quant aux buts poursuivis[911]. C'est ainsi que les éléments de l'affaire *K.A et A.D c. Belgique* semblent limités aux adultes eu égard à la violence des comportements qui mettent en danger la santé de l'individu[912].

389. « *Historiquement les dispositions relatives aux infractions sexuelles ont manifesté longtemps […] une tendance à confondre exigence morale et ordre social puisqu'elles entendaient imposer ou interdire, par le biais de sanctions pénales, certaines conduites jugées moralement souhaitables ou blâmables* »[913]. En l'état actuel du droit, dissociant la loi et la morale, il est possible de faire ressortir de la matière pénale un principe non pas de « majorité sexuelle » mais un droit d'entretenir des relations sexuelles (§1), traduisant une autonomie personnelle et corporelle, laquelle demeure, ici encore, limitée par des considérations morales (§2) qui ne semblent plus pouvoir justifier l'atteinte portée à cette liberté.

I – Un droit d'entretenir des relations sexuelles reconnu aux mineurs

390. Il ressort des affaires *S.L. c. Autriche*[914] et *Sutherland c. Royaume-Uni*[915] que les mineurs ont le droit d'entretenir des relations sexuelles. Les requérants se plaignaient dans ces deux espèces de n'avoir pu bénéficier de leur liberté sexuelle[916] en raison de leur homosexualité réprimée par le Droit pénal interne, la Cour reconnaissant une violation de l'article 8 Conv. EDH. Le Droit pénal prohibe certains comportements, ce qui signifie, *a contrario*, que ce qui n'est pas interdit est permis. C'est de cette analyse *a contrario* qu'il est

[909] ROETS Damien, « L'influence des droits européens sur le droit pénal français de la sexualité », *Droits*, 2009, p. 103.
[910] CEDH, 2 déc. 2008, *K.U c. Finlande*, requête n° 2872/02, où la Cour relève la vulnérabilité due au jeune âge de la victime, à savoir en l'espèce douze ans.
[911] Même si la CEDH rappelle que « *le Droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus* », l'ingérence n'étant justifiée que par des « *raisons particulièrement graves* » : CEDH, 17 févr. 2005, *K.A et A.D. c. Belgique*, préc., § 84.
[912] MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », art. préc.
[913] RASSAT Michèle-Laure, « Agressions sexuelles », *J.-Cl. Pén.*, Art. 222-22 à 222-33-1, 2008, n° 1.
[914] CEDH, 9 janv. 2003, *S.L. c. Autriche*, préc., § 35.
[915] CEDH, 27 mars 2001, *Sutherland c. Royaume-Uni*, préc., § 20.
[916] Il s'agit bien d'une liberté puisque toute entrave, non justifiée, peut générer une action voire une condamnation notamment devant la CEDH : voir pour l'impossibilité pour les garçons mineurs en raison du droit pénal national de jouir d'une sexualité homosexuelle : CEDH 27 mars 2001, *Sutherland c. Royaume-Uni*, préc. et CEDH, 9 janv. 2003, *S.L. c. Autriche*, préc.

possible de mettre en exergue une autonomie sexuelle des mineurs organisée par le droit (A), laquelle est basée comme pour les majeurs, avec quelques nuances, sur le consentement (B).

A – Une autonomie sexuelle fixée à quinze ans

391. Même si certains auteurs estiment que « *la notion de consentement et de liberté n'a rien à faire quand on est en présence d'un mineur* »[917], la loi pénale organise une liberté sexuelle pour les personnes mineures en fixant plus largement un droit d'entretenir des relations sexuelles à partir de quinze ans.

392. La sexualité est désormais consensuelle[918]. Il n'y a plus d'un côté la « bonne sexualité » et de l'autre « la mauvaise sexualité »[919], mais plutôt la sexualité consentie et celle qui ne l'est pas[920] ; la ligne de démarcation étant alors le consentement, faisant passer l'acte non répréhensible juridiquement à une agression sexuelle. En raison de la vulnérabilité inhérente aux mineurs, et surtout d'une relative fragilité psychique envers certains auteurs (les figures d'autorité), le législateur a créé en la matière une zone intermédiaire où indépendamment du consentement de la personne mineure, l'acte de nature sexuelle sera réprimé par le Droit pénal : c'est l'infraction d'atteinte sexuelle. Deux incriminations coexistent dans le Code pénal au sein d'une section relative à la mise en péril des mineurs, aux articles 227-25 et 227-27, selon que la victime soit un mineur de quinze ans (1) ou un mineur de plus de quinze ans (2).

---

[917] HAUSER Jean, « Rapport de synthèse », *Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles* », éd. A. Pedone, coll. « Droits Européens », 2007.

[918] Cette idée d'une liberté consensuelle n'est pas nouvelle mais se retrouve déjà à la Révolution française, rattachée à la vie privée protégeant les citoyens des immixtions de l'État. « *Cette nouvelle approche de la sexualité est incontestablement, et bien involontairement, favorisée par la nouvelle philosophie juridique issue de la Révolution qui sépare radicalement la morale, y compris la morale sexuelle, du droit. […] Ce nouveau droit, débarrassé de la morale, permet le développement considérable de la sphère de la vie privée hors du droit* » : CHASSAING Jean-François, « Le consentement aux relations sexuelles », article disponible sur http://www.geocities.com/jfrchassaing/. Cela correspond à l'heure actuelle à la position de la CEDH en la matière, où la liberté sexuelle relève de la vie privée des individus et où l'immixtion de l'État est très limitée (voir notamment pour un recul de cette immixtion en matière de relations sexuelles sadomasochistes, CEDH, *K.A. et A.D. c/ Belgique*, préc.).

[919] Certains philosophes ayant consacré leurs travaux à la sexualité et notamment à la pornographie, prônent une neutralité morale en la matière, ce qu'ils nomment une « éthique minimale ». Voir surtout : OGIEN Ruwen, *Penser la pornographie*, PUF, 2003 : l'auteur estime, entre autres, qu' « *il existe de bonnes raisons d'adopter une attitude de neutralité à l'égard des conceptions substantielles du bien sexuel* », p. 12. Également, CAMPAGNA Norbert, *La pornographie, l'éthique et le droit*, L'Harmattan, 1998.

[920] FENOUILLET Dominique, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », *Études offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 487.

1 – Une prohibition de principe de la sexualité des mineurs de quinze ans

393. Le Code pénal de 1810 n'incriminait que les attentats à la pudeur, actuelles atteintes sexuelles[921], réalisés avec violence, sans prise en compte de l'âge de la victime. Par conséquent, un majeur pouvait avoir des relations sexuelles avec un mineur, sans encourir de sanction dès lors que le rapport était librement consenti. Cette conception était extrémiste tant il paraît évident qu'en deçà d'un certain âge, l'enfant ne peut émettre un tel consentement. En effet, comment consentir à quelque chose que l'on ne comprend pas, que l'on n'est pas capable d'appréhender ? Tirant les enseignements d'une telle conception, le législateur fixait, par une loi du 28 avril 1832, un âge plancher en dessous duquel il était impossible d'avoir des relations sexuelles sans encourir de sanction pénale, créant le délit d'attentat à la pudeur sans violence pour les mineurs de onze ans. Cette infraction ne conduit pas à annihiler toute capacité à consentir pour le mineur n'ayant pas atteint ce seuil d'âge. Entre le refus et l'acception, le législateur incrimine un consentement non contraint mais néanmoins influencé. Il s'agit d'une mesure de protection contre les majeurs qui pourraient tirer profit du jeune âge de leur partenaire et de sa fragilité d'esprit[922], mais aussi contre les mineurs eux-mêmes, les protégeant « *contre leur propre entraînement en ne leur accordant pas une totale liberté, alors que l'absence de violence, contrainte ou surprise laisse présumer leur adhésion* »[923].

394. Par une loi du 13 mai 1863, le législateur repousse l'âge à treize ans et crée un délit spécifique pour les mineurs de plus de quinze ans lorsque le partenaire est un ascendant. Cela

[921] PRADEL Jean et DANTI-JUAN Michel, *Droit pénal spécial*, Cujas, 4è éd., 2007, n° 714, p. 514: « *Elle* [la loi] *les qualifie aujourd'hui d'atteinte sexuelle mais il s'agit en réalité et très exactement de ce que le Code pénal de 1810 désignait jusqu'en mars 1994 sous le nom d'attentat à la pudeur* ».

[922] Cass. crim., 29 mars 2006, Bull. crim. n° 96. En l'espèce une mineure de treize ans avait consenti à des relations sexuelles avec un couple majeur en expliquant aux enquêteurs lors de son audition qu'elle n'avait pas été contrainte mais qu'elle s'était sentie obligée (« *ma bouche a dit oui mais mon corps disait non* »). Une ordonnance de mise en accusation est rendue du chef de viol aggravé alors que la chambre de l'instruction disqualifie en atteinte sexuelle aggravée. La Haute juridiction confirme la disqualification en précisant que « *l'absence de contrainte à l'égard de la mineure ne saurait expliquer ni justifier les atteintes sexuelles commises à son encontre par deux adultes qui ont su profiter du jeune âge de la victime et de ses errements personnels* ». La Cour de cassation reconnaît non seulement la capacité d'une mineure de treize ans à s'opposer à des relations sexuelles (puisqu'en l'espèce la mineure avait dans un premier temps refusé avant d'accepter lors d'autres sollicitations) mais également la nécessité d'une protection des mineurs de quinze ans contre eux-mêmes, contre leurs égarements. Voir les analyses : MAYAUD Yves, « Viol ou atteinte sexuelle ? De l'appréciation des faits à la restitution du droit… », *RSC* 2006, p. 828 ; ROUSSEL Gildas, « L'absence de contrainte ne peut justifier une atteinte sexuelle », *AJ pénal,* 2006, p. 310.

[923] VÉRON Michel, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Sirey Université », 12è éd., 2008, n° 363, p. 245.

obéit à une logique de protection accrue des mineurs[924] ainsi qu'à une prohibition de l'inceste, même si le terme n'était pas employé. Apparaît alors la différence de traitement au sein de la minorité, toujours en vigueur aujourd'hui, déterminée par le seuil de quinze ans, renforcée par l'ordonnance du 2 juillet 1945[925] qui porte l'âge des attentats à la pudeur sans violence à quinze ans.

395. Avec cette dernière mesure, le Droit pénal s'alignait sur le Droit civil qui fixait l'âge du mariage à quinze ans pour la femme et dix-huit ans pour l'homme. Le lien entre mariage et sexualité était alors très présent, l'adultère constituait encore un délit[926] et les relations homosexuelles étaient prohibées[927]. Il était somme toute cohérent que la personne majeure se mariant avec une mineure de plus de quinze ans puisse, en toute légalité, accomplir le devoir de communauté de vie de l'article 215 C. civ., incluant la communauté de lit et donc les relations sexuelles. Cependant, la loi du 4 avril 2006[928] modifie l'article 144 C. civ., lequel dispose désormais que « *l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus* »[929]. Dès lors, il n'y a plus de concordance entre l'âge du mariage et le seuil pénal en matière de sexualité. Pour autant, la *ratio legis* des dispositions de 2006 était d'éviter les mariages forcés et non de limiter le droit des mineurs de plus de quinze ans d'entretenir des relations sexuelles avec des majeurs. Il n'apparaît donc pas nécessaire de réhausser le seuil contenu dans l'article 227-25 C. pén., certains auteurs préconisant même, à l'inverse, son abaissement à treize ans[930].

---

[924] Le XIXe siècle correspond à un fort mouvement législatif de protection des mineurs tant au niveau pénal que du Droit social avec les lois restreignant le travail des mineurs. Voir notamment la loi de 12 mars 1841 qui interdit le travail des enfants de moins de huit ans et limite la durée du travail pour les moins de seize ans ; loi du 19 mars 1874 qui porte à douze ans (dix ans dans certains cas particuliers) l'âge minimum pour travailler ; loi du 28 mars 1882 rendant obligatoire l'école pour les enfants de six à treize ans ; loi du 24 avril 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés ; loi du 19 avril 1898 sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants.

[925] Ord. n° 45-1472, JORF 4 juillet 1945, p. 4072.

[926] Articles 337 à 339 anc. Code pénal ; pour une analyse de l'infraction voir notamment PY Bruno, *Le sexe et le Droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1999, pp. 50 et s.

[927] Comportements incriminés par la loi n° 744 du 6 août 1942, JORF 7 août 1942, reprise par l'ordonnance n° 45-190 du 8 février 1945 qui complète l'art. 331 du Code pénal par un al. 3, pour être dépénalisés par la loi n° 82-683 du 4 août 1982 « tendant à abroger l'alinéa 2 de l'article 331 du Code pénal », JORF 5 août 1982, p. 2502.

[928] 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 », JORF 5 avril 2006, p. 5097.

[929] L'article 145 ajoute la possibilité pour le procureur de la République d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves.

[930] RASSAT Michèle-Laure, LEYRIE Jacques et LENGKET Jean Pierre, « Rapport de synthèse » *in L'inceste en milieu rural*, Bibliothèque criminologique, Vrin 1978.

396. Une fois encore, deux catégories de mineurs se dessinent dont la ligne séparative est fixée à quinze ans. Que le texte évoque la notion d'attentat à la pudeur ou celle d'atteinte sexuelle, il s'agit toujours d'« *acte contraire à la pudeur de la victime et mettant directement en cause le corps de celle-ci* »[931]. Cette définition renvoie à l'acte impudique, à savoir « *tout acte immoral de l'ordre sexuel, auquel la victime se trouve physiquement mêlée* »[932]. Cette définition couvre un large domaine. Constitue ainsi une atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans le fait pour un professeur d'embrasser sur la bouche à trois reprises une jeune fille venue le rejoindre dans son bureau à sa demande[933]. Il est de même pour le beau-père qui se livre sur sa belle-fille de quatorze ans à des baisers sur la bouche ainsi qu'à des caresses sur tout le corps dont le sexe[934]. *A fortiori*, il est évident que la réalisation d'un cunnilingus[935] ou le coït constitue une atteinte sexuelle[936], quand bien même l'acte sexuel serait le fruit d'une relation amoureuse persistante[937].

397. L'article 227-25 C. pén. réprime « *le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze* ans » de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. Une analyse *a contrario* de ces dispositions permet d'appréhender les prérogatives accordées aux mineurs de quinze ans et de nuancer l'interdiction de principe. En effet, le texte vise comme auteur les personnes majeures, contrairement à l'ancien Code pénal, qui n'opérait aucune distinction, l'ancien art. 331 incriminant « *tout attentat à la pudeur* » quel que soit l'âge de l'auteur. Cette évolution conduit à exclure du champ de la répression tout acte de nature sexuelle consenti entre mineurs, sans lien d'autorité. Un mineur de dix-sept ans peut avoir une relation sexuelle avec un autre mineur de douze ans, sans encourir une quelconque sanction pénale dès lors que les deux personnes sont librement consentantes et qu'il n'y a pas autorité de l'une sur l'autre. La Haute juridiction rappelle cette position dans une espèce impliquant des relations sexuelles entre frère et sœur âgés respectivement de treize et huit ans[938]. Une sexualité entre mineurs est donc parfaitement possible et légale, c'est l'interaction avec l'adulte qui serait néfaste. Le

[931] VITU André, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, n° 1862 p. 1510.
[932] *Ibid*., n° 1864, p. 1511.
[933] Cass. crim., 10 nov. 2004, *Dr. pén,* 2004, comm. 53, VERON Michel.
[934] Paris, 16 avril 2008, JurisData n° 2008-362572 ; Paris, 7 mars 2008, JurisData n° 2008-358857.
[935] Montpellier, 17 janv. 2008, JurisData n° 2008-355401.
[936] Caen, 27 mars 2009, JurisData n° 2009-003713.
[937] Douai, 28 mars 2007, JurisData n° 2007-335791 : l'individu âgé de vingt-six ans est condamné pour avoir eu des relations sexuelles librement consenties avec une mineure de quatorze ans et demi, bien que par la suite ils aient eu un enfant ensemble et envisagent de se marier.
[938] Cass. crim., 17 sept. 1997, Bull. crim. n° 302 ; voir l'analyse : MAYAUD Yves, « Jeux et séduction, ou les frontières de l'agression en matière sexuelle », *RSC* 1998, p. 325.

législateur tolère les relations sexuelles entre mineurs, en ce qu'elles sont des initiations communes des partenaires. Le législateur réprouve les relations incluant un adulte, présumé plus mature, et partant, « corrupteur » d'un point de vue moral. La relation sexuelle entre mineurs semble être appréhendée comme « un partage » d'expériences alors qu'un adulte sera présumé assouvir ses passions avec un mineur, sortant du partage.

398. Par conséquent, une interprétation *a contrario* des dispositions pénales met en exergue la possibilité pour les mineurs de quinze ans d'avoir des relations sexuelles, un droit qui demeure cependant limité, leurs partenaires ne pouvant être que d'autres mineurs et aucun lien d'autorité ne devant exister entre les deux individus, à l'exclusion de tout majeur.

399. L'article 227-26 C. pén. aggrave la répression lorsque l'auteur est un ascendant, une personne ayant autorité, ou une personne abusant de l'autorité que lui confère sa fonction. Cette mesure vise notamment à prohiber les relations incestueuses. Bien que traditionnellement absent du Code pénal, le terme « inceste »[939] y est introduit par une loi du 8 février 2010[940]. L'article 222-31-1 nouveau dispose que « *les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* ». La conception de l'inceste retenue est essentiellement factuelle puisqu'elle permet d'inclure de nombreuses personnes qui ne sont que les concubins de celles composant le cercle familial et sans lien de filiation établi. Ainsi en est-il de la concubine d'un oncle, chez qui l'enfant réside temporairement, pour qui les prohibitions à mariage édictées par les articles 161 à 16-4 C. civ.[941], fondées également sur l'interdit de l'inceste, ne jouent pas. La définition pénale retenue est plus large que la définition civile et peut amener à se poser la question de sa pertinence, les dispositions pénales permettant déjà de réprimer de tels faits[942]. De même, les incriminations pénales visaient une conception verticale de l'inceste, entre un mineur et ses ascendants alors que la conception retenue est aussi horizontale évoquant les frères et sœurs.

[939] Interdit ancien et d'origine religieux que l'on retrouve dans le Deutéronome 22 : « Nul ne prend pour femme, la femme de son père et ne soulèvera la couverture de son père ».
[940] 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 », JORF 9 février 2010, p. 2265.
[941] Ces dispositions du Code civil prohibent le mariage entre les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne, entre frère et sœur, oncle et nièce, tante et neveu.
[942] BALDES Olivia, « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », *Dr. pén.* 2010, étude 7.

Ces interdits ne se limitent pas aux seuls mineurs de quinze ans et se retrouvent à l'article 227-27 C. pén. pour les mineurs de plus de quinze ans et constituant la principale restriction au droit d'entretenir des relations sexuelles avec des majeurs ; l'autonomie se faisant plus grande.

2 – Une liberté de principe de la sexualité des mineurs de quinze à dix-huit ans

400. La liberté sexuelle[943] des mineurs est accrue lorsqu' ils franchissent le seuil de quinze ans. Les mineurs de quinze à dix-huit ans, en raison de leur plus grande maturité psychologique et de l'approche de la majorité, peuvent entretenir des relations sexuelles librement consenties non seulement avec d'autres mineurs, mais aussi avec certains majeurs.
L'interdit pénal n'est toutefois pas absent puisque l'article 227-27 C. pén. prévoit que « *les atteintes sexuelles sans violence, contrainte, menace ni surprise sur un mineur âgé de plus de quinze ans et non émancipé par le mariage sont punies de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende* » lorsqu'elles sont commises par un ascendant, une personne ayant autorité ou une personne abusant de l'autorité que lui confère ses fonctions. Ces trois catégories sont celles qui permettent d'aggraver la répression de l'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans et qui sont ici des éléments constitutifs de l'infraction[944]. L'infraction initialement limitée aux ascendants pour prohiber les relations incestueuses a, par la suite, été élargie à d'autres personnes ayant autorité.

a – Une liberté limitée initialement par les seuls faits incestueux

401. L'infraction est créée par la loi du 13 mai 1863 et ne vise initialement que les ascendants comme auteurs. Le mineur est certes plus mature en raison de son âge avancé, mais le lien spécifique existant dans la relation avec ses ascendants peut laisser craindre une pression psychologique sur sa volonté. Les relations de parenté « *facilitent les moyens de séduction, soit à raison de l'autorité qu'elles donnent, soit à raison des occasions de*

[943] « *Si la liberté est définie comme un pouvoir d'autodétermination, il suit qu'elle désigne essentiellement les pouvoir de l'homme sur lui-même* », HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2004, p. 410. L'auteur propose notamment de requalifier le « droit de disposer de son corps » en liberté corporelle, ce qui permettrait de s'extraire de l'altérité nécessaire en matière de droit subjectif.
[944] Cass. crim., 10 mai 2001, Bull. crim. n° 116 : la Haute juridiction rappelle d'ailleurs à ce sujet que la qualité de l'auteur est dans le cadre de l'article 222-29 C. pén. une circonstance aggravante et qu'elle ne peut donc pas, en même temps, constituer la preuve de la contrainte, élément constitutif de l'infraction ; le même élément ne peut être utilisé à la fois pour caractériser l'infraction et l'aggraver. Voir notamment : MAYAUD Yves, « Le défaut de consentement en matière d'agressions sexuelles : précisions et rappels sur les notions de contrainte et de surprise », *RSC* 2001, p. 808.

rapprochement qu'elles créent »[945]. Il s'agit en réalité d'une prohibition de l'inceste[946], quand bien même la terminologie n'était pas employée, peut être par pudeur[947]. En effet, « *cet abus d'autorité peut être à craindre […] jusqu'à quinze ou seize ans ; mais comment croire à la persistance de cette influence irrésistible dès que le descendant a dépassé cet âge ?* »[948]. Ces réflexions tendent à faire constater une capacité de résistance aux sollicitations d'ordre sexuel des mineurs de plus de quinze ans, justifiant l'autonomie corporelle qui leur est octroyée, notamment dans la sphère sexuelle. L'inceste n'était alors perçu que dans un sens vertical, et non horizontal, rendant licite les relations sexuelles librement consenties entre frères et sœurs mineurs ; elle ne concernait que les mineurs, puisque les relations incestueuses entre majeurs consentants étant hors champ pénal. La loi du 10 février 2010 ajoute un nouvel article 227-27-2 qui précise que « *les infractions définies aux articles 227-25, 227-26 et 227-27 sont qualifiées d'incestueuses lorsqu'elles sont commises au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* ».

402. L'infraction n'est plus caractérisée lorsque la personne mineure est émancipée par le mariage. Cette disposition est exceptionnelle puisque traditionnellement l'émancipation, mesure civile, n'a aucun effet en matière pénale. Lorsque les textes d'incrimination visent comme victime un mineur, le fait que celui-ci soit émancipé ne permet pas d'échapper à la répression. Cette mesure, qui visait surtout à empêcher la caractérisation de l'infraction par l'état d'autorité d'un mari majeur sur sa femme mineure de plus de quinze ans, a perdu de son intérêt depuis que l'âge du mariage a été relevé à dix-huit ans pour les filles (même s'il est toujours possible d'y déroger par autorisation du procureur de la République). En resituant le texte dans son contexte d'élaboration, la mineure qui se marie sort de la tutelle paternelle pour se placer sous celle de son époux. La disparition de cette autorité paraît redonner au consentement de la mineure toute sa force et son intégrité pour avoir des relations sexuelles avec ses ascendants, sans que ces derniers n'encourent de sanction pénale. C'est bien en raison de ce rapport d'autorité, et de son influence sur la teneur de la volonté de la personne, que l'infraction se justifie. Néanmoins, instaurer une présomption de pression paraît excessif

[945] GARRAUD René, *Traité de droit pénal*, Recueil Sirey, 3è éd., t. V, 1924, n° 2097, p. 492.
[946] cf. *supra* n° 399.
[947] MAYER Danièle, « La pudeur du droit face à l'inceste » *D.* 1988, chron. XXXIII, p. 213 ; RASSAT Michèle-Laure, « Inceste et droit pénal », *JCP G* 1974, I, 261 ; CORPART Isabelle, « L'inceste en droit français », *Gaz. Pal.* 1995, doctr., p. 888.
[948] GARRAUD René, op. cit. n° 2096, p. 489.

tant l'analyse des situations peut s'avérer variée. Comme le relève le Professeur Vitu « *l'incrimination d'un tel fait […] se fonde moins sur une présomption de violence morale de la part de l'auteur de l'infraction (présomption difficile à admettre quand il s'agit d'un mineur proche de la majorité civile), que sur la lésion subie par l'ordre moral […]* »[949].
La question du maintien de cette incrimination, ou plutôt de cette présomption d'influence sur consentement, peut se poser. La frontière entre le permis et l'interdit étant désormais le consentement, et les mineurs n'étant plus objectivement vulnérables passés quinze ans, il conviendrait de laisser à l'appréciation souveraine des juges la caractérisation d'une pression morale, tant celle-ci peut apparaître situationnelle.

403. Cette émancipation du Droit des carcans moraux s'illustre en matière de liberté sexuelle des mineurs par la dépénalisation des relations homosexuelles par la loi du 4 août 1982[950]. L'article 331 al.2 de l'ancien C. pén. incriminait non pas les relations homosexuelles, mais seulement celles dont l'un des partenaires était un mineur de quinze à dix-huit ans. Les mineurs de cette catégorie d'âge souffraient d'une discrimination et d'une restriction non justifiée dans l'exercice de leur droit d'entretenir des relations sexuelles, comme l'a caractérisé la CEDH dans deux affaires concernant des législations identiques[951].

b – Une extension des restrictions aux personnes ayant autorité sur le mineur

404. Le texte d'incrimination a par la suite évolué, en s'éloignant des ascendants et limitant d'autant plus la liberté sexuelle des mineurs de plus de quinze ans. Par la loi du 23 décembre 1980[952], le législateur introduit deux autres catégories d'auteurs possibles qui sont d'une part, les personnes ayant autorité sur la victime et d'autre part les personnes qui abusent de l'autorité que leur confère leur fonction, faisant sortir l'infraction du cercle familial et limitant le droit d'entretenir des relations sexuelles pour les mineurs de plus de quinze ans. Contrairement au délit de l'article 227-25 C. pén., l'infraction de l'article 227-27 C. pén. n'exige pas que l'auteur soit un majeur. Une relation sexuelle entre mineurs consentants peut alors tomber sous le coup de la répression. Si l'hypothèse n'est, à l'évidence, pas réaliste pour la qualité d'ascendant, elle l'est pour les deux autres catégories.

---

[949] VITU André, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, n° 1869, p. 1514.
[950] Loi n° 82-683 du 4 août 1982 « tendant à abroger l'aliéna 2 de l'article 331 du Code pénal », JORF 5 août 1982, p. 2502.
[951] CEDH, 27 mars 2001, *Sutherland c. Royaume-Uni*, préc. et CEDH, 9 janv. 2003, *S.L. c. Autriche*, préc.
[952] Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 « relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs », JORF 24 décembre, p. 3028.

405. Dans le premier cas, l'autorité de l'auteur peut être de droit, ce qui renvoie aux personnes qui exercent des prérogatives légales envers l'enfant comme les parents ou tuteurs, et joue de plein droit. L'autorité peut également être factuelle, à savoir un beau père, un oncle selon les circonstances, obligeant les magistrats à caractériser concrètement cette autorité[953]. À ce titre doit être relaxé, le prévenu âgé de trente deux ans qui a des relations sexuelles avec une fille de seize ans qui considère l'individu comme son père bien qu'il n'exerce aucune autorité dans la famille de la mineure[954]. Cependant, il arrive que les juges se contentent de la qualité de l'auteur pour en déduire une autorité de fait[955]. Ainsi, en est-il pour un frère adoptif du père de la victime qualifié d'oncle[956], du beau-père[957], du second mari de la mère[958], du directeur d'un centre d'accueil pour jeunes en difficultés[959] ou encore du professeur de judo[960] (bien que cela semble plus approprié à la troisième catégorie, à savoir les personnes abusant de l'autorité que leur confèrent leurs fonctions).
Dans le second cas, il s'agit d'une « *autorité fonctionnelle* »[961] qui est attribuée à certaines personnes comme notamment le professeur de musique[962], l'entraîneur du club de patinage[963], mais refusée pour un veilleur de nuit dans un établissement accueillant des mineurs, puisqu'il ne s'occupait que des entrées et sorties de l'établissement et n'avait aucune autorité effective sur la mineure avec laquelle il avait des relations sexuelles depuis deux ans[964].

406. Toutes ces situations illustrent que l'infraction est sortie de son cadre initial de l'inceste, entendu sociologiquement (entre un enfant et ses père et mère) et tend à réduire la liberté sexuelle des mineurs de plus de quinze ans. La justification est toujours liée à l'influence de l'autorité de l'auteur sur le consentement libre du mineur, bien qu'il ne soit pas nécessaire que l'auteur soit majeur. Si un animateur de centre de vacances, âgé de dix-sept ans (puisque le diplôme nécessaire, le brevet d'aptitude aux fonctions d'animateur, est octroyé

[953] Cass. crim., 21 mars 2007, JurisData n° 2007-0318594. Dans cet arrêt, la Haute juridiction rappelle qu' « *en se déterminant ainsi sans rechercher les circonstances dans lesquelles le demandeur était amené à exercer cette autorité, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision* ».
[954] Bordeaux, 9 nov. 2005, JurisData n° 2005-294504.
[955] PRADEL Jean et DANTI-JUAN Michel, *op. cit.*, n° 725, p. 520.
[956] Aix en Provence, 27 févr. 2007, JurisData n° 2007-343092.
[957] Paris, 16 avril 2008, JurisData n° 2008-362572.
[958] Cass. crim., 2 mai 1990, *Dr. pén.* 1990, comm. 297, note VERON Michel.
[959] Cass. crim., 3 mai 1989, *Dr. pén.* 1990, comm. 52, note VERON Michel.
[960] Cass. crim., 9 nov. 2005, JurisData n° 2005-031382.
[961] RASSAT Michèle-Laure, « Agressions sexuelles », *J.-Cl. Pén.*, Art. 222-22 à 222-33-1, 2008, n° 36.
[962] Douai, 14 déc. 2007, JurisData n° 2007-357599.
[963] Pau, 23 nov. 2006, JurisData n° 2006-330013.
[964] Douai, 3 nov. 2004, JurisData n° 2004-274651.

dès cet âge[965]), a une relation sexuelle librement consentie avec une pensionnaire mineure de plus de quinze ans, l'acte tombe sous le coup de la loi pénale en raison de l'autorité que l'animateur exerce. Or, il est possible, même dans le cadre d'un rapport d'autorité, que le consentement soit totalement libre et exempt de pression morale, en raison notamment de la maturité de cette catégorie de mineurs approchant de la majorité, leur conférant la capacité de refuser des avances de nature sexuelle. Ces éléments de l'incrimination n'existent plus une fois que la personne est majeure, est-ce pour autant que la crainte révérencielle disparaît ? De même, une personne de dix-neuf ans est elle plus apte à résister à son enseignant qu'une autre de dix-sept ans ? Une fois encore, il serait opportun de ne pas recourir à une présomption irréfragable de pression morale et de laisser le soin au magistrat du fond d'apprécier si en l'espèce le lien d'autorité a influé sur le consentement du mineur. Le contraire conduit « *à des condamnations contestables dans des hypothèses de séduction vraie qui ne paraissent nullement perverses et devraient rester hors du champ pénal* »[966].

407. Puisque le consentement permet de distinguer ce qui est légal de ce qui est répréhensible, il convient de lui donner une pleine valeur juridique, d'autant plus si la personne n'est pas vulnérable et donc présumée capable d'émettre une volonté libre. Les éléments situationnels influençant le consentement de l'individu, tel un rapport d'autorité, doivent être appréciés selon les circonstances, posant la question de la portée du consentement des personnes mineures.

B – La portée du consentement de la personne mineure en matière sexuelle

408. La personne mineure, bien que civilement incapable, peut émettre un consentement libre et éclairé, produisant des effets de droit, à l'instar des majeurs, que ce soit en matière patrimoniale[967], ou extrapatrimoniale quant à son corps.
Dans le cadre des infractions sexuelles, le consentement ne doit pas être analysé comme un fait justificatif. Le principe en la matière est l'adhésion des partenaires et la répression intervient lorsque cette adhésion a été contrainte ou retirée. À l'inverse, en matière médicale, le concept de l'intégrité du corps humain érige en principe l'interdiction d'y porter atteinte,

[965] Le brevet d'aptitude aux fonctions d'animateur (BAFA) impose d'être âgé de dix-sept ans pour son obtention : voir les précisions sur le site du ministère de la santé, de la jeunesse et des sports : www.bafa-bafd.gouv.fr.
[966] RASSAT Michèle-Laure, « Atteintes sexuelles sans violence sur mineur », *J.-Cl. Pén.,* Art. 227-25 à 227-27, 2008, n° 23.
[967] CERMOLACCE Arnaud, « Les contrats du mineur », *Dr. Famille* 2006, étude 27.

sauf consentement de l'individu. Dans cette seconde hypothèse, le consentement (à côté d'autres éléments) permet de justifier l'atteinte[968], alors que dans le premier cas l'accord de la personne est un présupposé qui doit être nuancé s'agissant de personnes mineures.

409. En matière sexuelle, même si sa liberté est restreinte avant ses quinze ans, le mineur peut néanmoins valablement consentir, avec deux précisions essentielles. D'une part, il serait erroné de penser qu'en deçà de quinze ans un mineur ne peut émettre de consentement. Si tel était le cas, cela se traduirait juridiquement par la caractérisation systématique d'agressions sexuelles. Or, le législateur a laissé dans l'arsenal pénal l'incrimination d'atteinte sexuelle, qui renvoie à des actes de nature sexuelle consentis par le mineur. Par conséquent, le consentement du mineur de quinze ans est juridiquement reconnu et les magistrats doivent dans chaque espèce, rechercher si l'activité sexuelle a été ou non forcée. D'autre part, cette force du consentement n'est que relative, permettant certes de passer de l'agression à l'atteinte, mais restant insuffisante pour annihiler la répression pénale. Ainsi en est-il de relations sexuelles librement consenties entre une personne de cinquante-trois ans et une mineure de treize ans, situation dans laquelle les juges du fond relèvent que la jeune fille avait pleinement conscience de ses actes et qu'aucune contrainte ne peut être relevée[969]. Il s'agit alors d'un « demi-consentement »[970]. L'autonomie du mineur n'est donc pas totale, son immaturité justifie l'ingérence de l'État, d'une façon proportionnée, dans sa vie privée. Le but est de protéger ces mineurs non seulement des comportements pervers d'autrui qui pourraient porter atteinte à leur moralité ou à leur santé psychique, mais aussi contre eux-mêmes. La société réprouve certains comportements et notamment celui qui consiste à exploiter le consentement de jeune mineur, qui peut être libre mais pas nécessairement « éclairé », ne sachant pas à quoi il s'expose[971].

---

[968] Pour une analyse complète de la justification de l'exercice médical, voir : PY Bruno, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse dactylographiée, Nancy, 1993, notamment pp. 129 et s.

[969] Riom, 4 sept. 2003, JursiData n° 2003-221600.

[970] « *Le traitement préventif actuel des affaires de pédophilie est très symptomatique de cette incapacité à penser l'enfance : les éducateurs soulignent aux enfants que leur corps appartient à eux seuls et qu'ils doivent donc légitimement résister à la culpabilité de léser le désir de l'adulte déviant, c'est-à-dire qu'ils doivent savoir dire non. Pourtant le discours sur l'enfant propriétaire de son corps ne peut être admis au-delà d'un tel ″non* Cass. crim., 29 mars 2006, Bull. crim. n° 96*″, puisqu'il ne saurait justifier un ″oui″* » : CHASSAING Jean François, « Enfances », article disponible sur : http://www.geocities.com/jfrchassaing/.

[971] Voir pour une analyse que l'on peut considérer comme discutable, voire exagérée : Cass. crim., 22 janv. 1997, Bull. crim. n° 22 : en l'espèce, un majeur est condamné pour agression sexuelle pour avoir procédé à des attouchements sur une mineure de plus de quinze ans. La Cour relève l'existence d'un stratagème de l'auteur consistant à faire visiter sa propriété à la mineure, d'orienter la conversation sur le sexe puis de projeter un film pornographique et enfin se livrer à des attouchements sur elle ; le tout conduisant à surprendre le consentement de la victime. Or, il semble que ce stratagème relève de la séduction inhérente à chaque rapport sexuel, hors

410. Un des paradoxes de notre société consiste à établir des lois pénales très protectrices envers les mineurs afin d'éviter l'exploitation de leur faiblesse notamment à des fins sexuelles, tout en véhiculant une certaine valorisation de la jeunesse, au plan sexuel, en érigeant par exemple comme modèle le concept de « femme-enfant ». Un magazine pour adolescentes[972] illustre ce paradoxe dont un numéro contient un « test » visant à déterminer leur profil sexuel au travers de trois catégories : d'une part la « *super extra-salope : c'est bien tu vas peut être un peu loin, mais tu as de l'humour* », d'autre part « *la salope normale : tu es une fille de ton temps, moderne, c'est bien* », et enfin « *la ringarde ; le dinosaure pré-soixante-huitard comme il en existe encore* ».

411. La liberté sexuelle est liée à la capacité des mineurs à émettre un consentement libre, ce qui renvoie à une gradation de celui-ci. À dix-huit ans, le majeur est présumé avoir un consentement totalement libre. De quinze à dix-huit ans, le consentement est également libre mais le législateur prévoit une présomption d'influence pour certains auteurs ayant autorité sur le mineur. En deçà de quinze ans, le consentement est présumé, face à un adulte, altéré sans forcément être contraint, ne permettant plus d'échapper à la sanction pénale. Cette graduation reflète l'image d'une minorité évolutive, à laquelle il convient d'adapter le Droit. Un adolescent de seize ans n'est pas aussi influençable qu'un enfant de dix ans ou de six ans, « *la loi est une robe qu'il faut mettre à la taille de la fille qui a grandi* »[973].

412. Le consentement demeure néanmoins l'élément essentiel. Dans ce schéma chronologique, il convient de se poser la question de la volonté des très jeunes mineurs. En effet, « *peut-on considérer comme licite, le fait d'avoir des relations sexuelles avec un enfant suffisamment jeune pour n'avoir aucune idée de ce qu'est la sexualité, sous prétexte que ces actes n'ont été entourés ni de violence, ni de menace ni de tromperie […] et alors même qu'il est évident que le mineur en cause n'a pu consentir faute de comprendre de quoi il s'agissait ?* »[974]. Par conséquent, il faut admettre que faute de consentement, l'acte doit revêtir la qualification d'agression sexuelle, laquelle est définie à l'article 222-22 C. pén.

secteur marchand. Voir l'analyse de MAYAUD Yves, « Jeux et séduction, ou les frontières de l'agression en matière sexuelle », art. préc.

[972] Exemple cité par Richard POULIN, *La mondialisation du sexe*, Imago, 2005, p. 126 et repris par MARZANO Michela, « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *Droits*, 2009, n° 48, p. 109.

[973] HUGUENEY Louis, *RSC* 1949, p. 80.

[974] RASSAT Michèle-Laure, « Agressions sexuelles », art. préc., n° 16.

comme « *toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise* ». L'acte matériel est identique, mais il est réalisé en l'absence de consentement de la victime.

413. Il y aurait alors trois étapes dans la minorité : d'abord l'âge en deçà duquel le mineur ne peut consentir et tout acte de nature sexuelle serait qualifié d'agression sexuelle ; puis l'âge où le mineur peut consentir mais sa volonté rend l'acte consenti mais néanmoins sanctionnable en raison de sa faiblesse d'esprit ; enfin, l'âge où son consentement est reconnu et permet dans certains cas de faire échec à la répression. Si le seuil de cette dernière catégorie paraît s'imposer à quinze ans, reprenant les prescriptions actuelles du Code pénal, la question demeure pour la présomption irréfragable de contrainte concernant les mineurs les plus jeunes. Certains auteurs[975] évoquent l'âge de six ans pour caractériser une présomption d'absence totale de consentement. S'agissant de rechercher le moment où l'enfant peut émettre un consentement, il conviendrait de se référer au critère utilisé pour déterminer le seuil de la responsabilité des mineurs, à savoir le discernement. Ce dernier est généralement fixé entre six et huit ans, étape où l'enfant peut distinguer le bien du mal et donc consentir, positivement ou négativement à certains actes. Cependant, le recours à ce critère risque de se heurter à une contrainte inhérente aux infractions sexuelles sur mineur déjà évoquées, le caractère caché de ce type de délinquance[976]. Le but du discernement est d'évaluer si, au jour de l'acte, la victime avait ou non la capacité d'émettre un consentement. Si la réponse est positive, l'acte constituera une atteinte sexuelle (à condition que l'auteur soit majeur) et si la réponse est négative, l'acte relèvera de l'agression sexuelle. Cette analyse n'a d'intérêt que si la victime est entendue dans un temps voisin de l'acte. Comment, six, dix ou vingt ans plus tard établir si la personne était, au moment des faits, dotée de discernement ?

414. Il apparaît nécessaire, au vu de ces considérations, de déterminer un seuil d'âge en deçà duquel le mineur sera réputé incapable de consentir. Celui-ci pourrait être fixé à dix ans, qui est l'âge des premières sanctions éducatives pour un mineur délinquant, constituant le moment à partir duquel le législateur estime que l'enfant est capable de comprendre ses propres fautes, et partant d'avoir conscience de celles-ci.

---

[975] RASSAT Michèle-Laure, « Atteintes sexuelles sans violence sur mineur », art. préc., n° 5 ; GIRAULT Carole, « Agression sexuelle : la contrainte peut résulter du jeune âge de la victime », *D.* 2006, p. 175. Les magistrats ont déjà estimé qu'un mineur âgé de treize ans pouvait émettre un consentement parfaitement libre : Cass. crim., 29 mars 2006, préc.

[976] cf. *supra* n° 232.

415. Toutefois, ce choix de qualifier d'agression sexuelle tous les actes de nature sexuelle accomplis sur un mineur de dix ans peut poser des difficultés quant à cette même qualification puisque l'âge de la victime constitue une circonstance aggravante de l'infraction (art. 222-24 et -29 C. pén.). Or, un même élément ne peut servir à la fois à constituer l'infraction et à l'aggraver[977]. La jurisprudence a été hésitante en la matière et considérait dans un arrêt du 1er mars 1995[978] qu'en déduisant « *la surprise […] du seul âge des victimes, la chambre d'accusation n'a pas donné de base légale à sa décision* ». L'âge ne permettait pas à lui seul de caractériser la contrainte. Cette position a été maintenue par la Haute juridiction jusqu'en 2005[979], date à laquelle elle valide le raisonnement d'une Cour d'appel selon lequel « *l'état de contrainte ou de surprise résulte du très jeune âge des enfants qui les rendait incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur étaient imposés* ». En l'espèce, un mineur était poursuivi pour avoir procédé à des atteintes sexuelles avec violence, menace ou surprise sur trois autres mineurs âgés de dix-huit mois à cinq ans. Les juges du fond ont déduit du très jeune âge des victimes, « *suffisamment peu élevé pour qu'ils ne puissent avoir aucune idée de ce qu'est la sexualité, ce qui les rendait incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur étaient imposés* », un consentement surpris justifiant la répression ; la Cour de cassation, faisant sienne cette analyse, rejette le pourvoi.

416. Aussi, la liberté sexuelle des personnes mineures est progressive, évoluant selon leur maturité. Il conviendrait d'apporter quelques modifications permettant de tirer réellement les conséquences du droit de disposer de son corps pour les mineurs. Ainsi, avant dix ans, l'individu ne pourrait émettre un quelconque consentement, tout acte sexuel devant être qualifié d'agression. De dix à quinze ans, à l'instar de la législation actuelle, ne seraient réprimés que les actes accomplis avec un partenaire majeur. Au-delà de quinze ans, il conviendrait de donner une pleine valeur au consentement et de renvoyer à l'analyse *in concreto* les situations où la volonté du mineur a été influencée en raison de l'autorité du

[977] MAYAUD Yves, « Jeux et séduction, ou les frontières de l'agression en matière sexuelle », art. préc. ; MARECHAL Jean-Yves, « Atteinte sexuelle interrompue ou tentative d'agression sexuelle par surprise » *JCP G* 2004, II, 10070.

[978] Cass. crim., 1er mars 1995, Bull. crim. n° 92 ; *Dr. pén.* 1995, comm. 171, note VÉRON Michel ; Confirmée par Cass. crim., 21 oct. 1998, Bull. crim. n° 274, *Dr. pén.* 1999, comm. 5, note VÉRON Michel; *D.* 1999, p. 75, note MAYAUD Yves.

[979] Cass. crim., 7 déc. 2005, Bull. crim. n° 326 ; *AJ pénal 2006*, p. 81, obs. SAAS Claire; MAYAUD Yves, « Le jeune âge de la victime, facteur de contrainte ou de surprise constitutive d'agression sexuelle », *RSC* 2006, p. 319 ; GIRAULT Carole, art. préc.

partenaire[980]. La Haute juridiction veille à cette appréciation en matière d'agressions sexuelles où elle « *censure toutes le décisions qui ne font pas expressément état, sur la foi de données prouvées et bien établies, de l'une des composantes permettant de se convaincre de la réalité du défaut de consentement* »[981]. S'il est vrai qu'il y a de l'aliénation dans le consentement[982], et que ce sont souvent les faibles qui consentent à ce que décident les forts[983], il convient de bien définir qui sont les faibles et qui sont les forts et se garder de présumer que les mineurs proches de la majorité sont faibles. Si cette affirmation est valable pour ceux qui sont âgés de moins de quinze ans, le postulat tombe pour ceux ayant franchi le seuil, tant au niveau physique que moral. Cependant, en l'état actuel du Droit pénal, le mineur de plus de quinze ans dispose certes d'un droit d'entretenir des relations sexuelles, mais l'ingérence de l'État demeure dans diverses situations qui ne semblent pas nécessairement justifiées et proportionnées[984].

II – Un droit sous surveillance

417. « *Après avoir été justement valorisé comme un moyen de défense contre le pouvoir des plus fort et avoir été considéré comme l'expression de l'autonomie personnelle, le consentement se transformera, si on n'y prend pas garde, en un moyen d'oppression très efficace : il servira à justifier des attitudes de violence et de maîtrise qui profiteront des fragilités et des failles des êtres humains les plus exposés* »[985]. Il convient bien entendu d'éviter cette dérive. L'article 8 Conv. EDH, qui sert de fondement au principe de l'autonomie personnelle, prévoit également la possibilité pour l'État de limiter le droit au respect de la vie.

418. L'ingérence qui résulte de cette limitation doit remplir plusieurs conditions pour être valable. Elle doit être « *"prévue par la loi", inspirée par un ou des buts légitimes [...] et*

[980] Cass. crim., 8 juin 1994, Bull. crim., n° 226 : la Haute juridiction se réfère pour la caractérisation du crime de viol à la capacité de résister de la victime pour établir la contrainte. Même s'il s'agissait en l'espèce d'une personne majeure atteinte de psychonévrose dépressive et obsessionnelle grave, le critère peut être repris pour les mineurs permettant d'adapter l'analyse au caractère évolutif de la maturité des mineurs.
[981] MAYAUD Yves, « Les qualifications relatives aux atteintes sexuelles », *AJ pénal* 2004, p. 9.
[982] FRISON-ROCHE Marie Anne, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, *RTD civ*. 1995, p. 573.
[983] FABRE-MAGNAN Muriel, « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D*. 2008, p. 31.
[984] « *Le droit transige entre autonomie du sujet et contrôle de la société* », FENOUILLET Dominique, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », *Études offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 487.
[985] MARZANO Michela, art. préc.

"nécessaire dans une société démocratique", à la poursuite de ce ou ces buts »[986]. Aussi, comme la vie sexuelle est « *l'un des aspects les plus intimes de la vie privée* »[987], la Cour relève que l'ingérence doit être justifiée par des considérations particulièrement graves. Par conséquent, il convient de « *se demander si certaines de nos infractions sexuelles ne constitueraient pas des ingérences dans le droit au respect de la vie privée sans but légitime et non nécessaires dans une société démocratique* »[988]. Il semble que sur le fondement de la vulnérabilité, et surtout de la morale, le législateur surprotège des mineurs qui, proches de la majorité, ne sont plus si fragiles. La surprotection aboutit alors à une limitation injustifiée de leur liberté sexuelle ; or « *dans la sphère d'intimité d'êtres humains consentants, [*et*] le législateur n'a pas à intervenir pour sanctionner ce qui paraîtrait contraire à un ordre public moralisateur* »[989]. Outre les restrictions liées à l'infraction d'atteinte sexuelle sur un mineur de plus de quinze ans déjà abordée, le Droit pénal intervient également pour limiter la liberté sexuelle des mineurs en raison de leur mobile, prohibant toute relation sexuelle tarifée avec une mineur, quel que soit son âge (A), ou encore de leur pratique (B). Il n'est pas question de remettre en cause ici la nécessaire protection des mineurs en la matière, mais uniquement de se poser la question du maintien de ces infractions pour les mineurs proches de l'âge de la majorité ; « *lorsque le châtiment est si sévère, alors que le mal causé par le crime est tellement faible, voire douteux, on ne peut que soupçonner que les motifs déterminants ne sont pas ceux que l'on avoue* »[990].

A – Les limites tenant aux mobiles de la « victime »

419. Les mobiles ne sont pas pris en compte par le Code pénal, qu'il s'agisse de ceux de l'auteur et *a fortiori* ceux de la victime. Cependant, au travers de l'incrimination du recours à la prostitution de mineurs[991], le législateur prend en compte les mobiles de la « victime », lesquels permettront de déclencher la répression. Un mineur de plus de quinze ans peut avoir des relations sexuelles librement consenties avec des majeurs, sous réserve des restrictions déjà abordées précédemment et contenues à l'article 227-27 C. pén.

[986] CEDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, préc., § 43.
[987] *Ibid*., § 52.
[988] ROETS Damien, art. préc.
[989] NIVÔSE Luc-Michel, « Des atteintes aux mœurs et à la pudeur aux agressions sexuelles », *Dr. pén.* 1995, chron. 27.
[990] BENTHAM Jeremy, *Essai sur la pédérastie*, Question de grenre-GKC, réédition, 2003, p. 79.
[991] La prostitution n'est pas une activité infractionnelle en soi : PY Bruno, « Prostitution. Proxénétisme. Racolage », *Répertoire pénal*, 2006, n° 22 et s.

420. Ces relations redeviennent répréhensibles si elles sont tarifées. En effet, l'article 225-12-1 C. pén. réprime « *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* ». La loi du 4 mars 2002[992], dans son art. 13 I, énonce que « *la prostitution de mineur est interdite sur tout le territoire de la République* ». Antérieurement, la prostitution de mineurs n'était sanctionnée que lorsque la personne prostituée était âgée de moins de quinze ans, le délit d'atteinte sexuelle comportant dans ce cadre une circonstance aggravante tenant au versement d'une rémunération (anc. art. 227-26 4° C. pén.). *A contrario*, les mineurs de quinze à dix-huit ans pouvaient librement se prostituer sans que leur partenaire n'encourt une quelconque sanction pénale. Cette disposition était alors en adéquation avec l'articulation des articles 227-25 et -27 C. pén. permettant aux mineurs de plus de quinze ans d'avoir des relations sexuelles avec des majeurs. Les dispositions nouvelles font du client un délinquant et ce quel que soit l'âge du prostitué mineur, la limite de quinze ans ayant disparu. Le mineur prostitué est considéré, quant à lui, comme une victime puisque l'art. 13 II de la loi du 4 mars 2002 dispose que « *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* »[993]. La relation prostitutionnelle s'inscrit alors dans le schéma pénal avec un auteur, le client, et une victime, le prostitué ; schéma qui ne fonctionne cependant que pour une catégorie de victimes, à savoir les mineurs.

421. Dans le cadre de cette incrimination « nouvelle », il convient de rappeler que, la prostitution n'étant pas définie dans le Code pénal, il a fallu que la jurisprudence circonscrive la notion. Dans un arrêt du 27 mars 1996, la Haute juridiction estime que « *la prostitution consiste à se prêter, moyennant une rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui* »[994]. Toutefois, en ce qui concerne l'infraction de recours à la prostitution de mineurs, l'art. 225-12-1 C. pén. vise la terminologie plus générale de « *relations de nature sexuelle* ».

422. Ce système prohibitionniste, consistant à interdire la prostitution et à réprimer corrélativement le client, n'est valable que pour les prostitués mineurs. En effet, après

[992] Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 « relative à l'autorité parentale », JORF 5 mars 2002, p. 4161.
[993] VIRIOT-BARRIAL Dominique, « Les dispositions protectrices du mineur dans la loi du 4 mars 2002 », *RJPF* 2002/11, p. 6.
[994] Cass. crim., 27 mars 1996, Bull. crim. n° 138 ; *Dr. pén.* 1996, comm. 182, note VÉRON Michel.

quelques errements dans les systèmes prohibitionniste ou réglementariste[995], la France a opté depuis la loi dite « Marthe Richard », du 13 avril 1946[996], pour une politique abolitionniste. Pour les personnes majeures, la prostitution est libre, le but d'une telle politique criminelle n'étant pas d'abolir la prostitution mais de mettre un terme au système réglementariste. Cette liberté est basée sur le droit naturel de disposer de son corps[997], lequel trouve aujourd'hui un fondement juridiquement certain dans l'art. 8 Conv . EDH. Dès lors, l'exclusion des personnes mineures, notamment âgées de quinze à dix-huit ans, est-elle justifiée ? Bien que ces dernières n'encourent aucune sanction en raison de leur statut de victime (bien qu'elles puissent être poursuivies pour des infractions connexes comme le délit de racolage de l'art. 225-10-1 C. pén.), la pénalisation pesant sur leur partenaire constitue une limite à leur liberté sexuelle[998]. Il est évident que la prostitution forcée doit être combattue, celle qui résulte notamment des réseaux africains ou d'Europe de l'est, et tel est le cas dans l'arsenal répressif au travers des incriminations de proxénétisme[999] et de la circonstance aggravante à la fois de minorité[1000] et de minorité de quinze ans[1001]. Cependant, il existe également de la prostitution « libre », outre les déterminismes économiques et sociaux, comme le relève une magistrate du Parquet relatant l'anecdote d'une mineure proche de la majorité : « *elle expliquait comment elle avait été conduite à se prostituer, après avoir perçu 600 F d'un homme auquel elle avait concédé peu de chose. Elle indiquait qu'elle ne se prostituait que dans certains quartiers, et qu'elle choisissait ses clients* »[1002].

423. L'incrimination actuelle réprimant le recours à la prostitution des mineurs est classée dans une section du Code pénal relative aux atteintes à la dignité de la personne et est plus sévère que l'ancienne législation[1003]. Son champ d'application est plus large, même si la

[995] Pour une analyse plus détaillée, voir : MARRION Bertrand, *Le proxénétisme hôtelier*, mémoire, Nancy, 2004.
[996] Loi 46-685 du 13 avril 1946 tendant à la fermeture des maisons de tolérance et au renforcement de la lutte contre le proxénétisme, JORF 14 avril 1946, p. 3138.
[997] ROMAN Diane, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.* 2005, chron., p. 1508.
[998] Cela ressort d'ailleurs de l'analyse de la CEDH dans les arrêts *Sutherland c. Royaume-Uni*, et *S.L. c. Autriche*, préc.
[999] Art. 225-5 et 6 C. pén.
[1000] Art. 225-7 C. pén.
[1001] Art. 225-7 C. pén., l'infraction devenant alors un crime.
[1002] Le MOUEL Jacqueline, « Approche judiciaire de la prostitution des mineurs » *in La prostitution des mineurs*, Vaucresson, 1987, p. 13.
[1003] Il apparaît alors que ce qui était jadis protégé sous couvert de la morale, l'est désormais sous la notion vague de dignité. En ce sens : CHASSAING Jean François, « Droit et conduites sexuelles », article disponible sur : http://www.geocities.com/jfrchassaing/; l'auteur estime que « *le fondement avancé dans le discours sur la répression des conduites sexuelles est maintenant celui de la protection, substitué à celui de la morale. […] Nous devons nous demander si l'affirmation d'un droit à la dignité ne peut pas être détourné vers le retour d'un droit fondé sur la morale qui n'ose dire son nom* ».

pénalité à été adoucie permettant une rétroactivité *in mitius*[1004], comblant les « *lacunes* »[1005] de l'ancien texte. Les nouvelles dispositions évoquent d'une part comme victime tout mineur quel que soit son âge, d'autre part comme auteur toute personne et non plus seulement les seuls majeurs et enfin, les comportements visés ne sont plus seulement limités à l'hypothèse du versement d'une rémunération. En effet, le texte permet d'appréhender diverses situations, au stade de la rencontre, que l'attitude du client soit active, « *solliciter* », ou passive, « *accepter* », ou à celui de la consommation, « *obtenir* ». Il ressort du texte que l'infraction peut être matérielle, ou tout simplement formelle. La simple sollicitation, non suivie d'effet, est suffisante pour caractériser l'élément matériel du délit, ce qui recoupe l'intitulé même de l'infraction, c'est-à-dire « le *recours à la prostitution* »[1006], permettant notamment d'incriminer indirectement la tentative. De la même façon, il n'est pas nécessaire que la rémunération soit versée, contrairement à l'ancien texte, une promesse de rémunération est suffisante. En effet, dans le cadre d'une simple sollicitation, le client ne peut que promettre une rémunération. Il semble, en la matière, qu'il s'agisse d'une rémunération essentiellement financière, puisque la circulaire de présentation des dispositions de Droit pénal de la loi du 4 mars 2002[1007] précise que si « *à la suite d'une relation sexuelle entre une personne, majeure ou mineure, et un mineur de quinze ans, ce dernier se voit remettre par son partenaire un cadeau ou d'autres avantages, le nouveau délit n'est pas constitué* ». Cela sous tend qu'une relation sexuelle obtenue contre de l'argent tombe sous le coup de l'article 225-12-1 C. pén., et y échappe si la contrepartie est, par exemple, un bijou d'une valeur identique. Pourquoi limiter cette interprétation aux mineurs de quinze ans ? Il semble que, quelle que soit la forme de cette rétribution, le délit doive être constitué.

424. Enfin, il est possible de relever une lacune du texte qui semble faire de la prostitution de la personne mineure une condition préalable à l'infraction puisqu'elle « *doit précéder l'acte reproché au délinquant* »[1008]. Cette précision est contreproductive quant à l'intérêt recherché par le législateur, à savoir éviter que les mineurs ne tombent dans la prostitution,

[1004] Cass. crim., 4 févr. 2004, JurisData n° 2004-022560, *Dr. pén*. 2004, comm. 80, note VÉRON Michel.
[1005] SEUVIC Jean-François, « Chroniques législatives », *RSC* 2002, p. 368.
[1006] SAMUEL Xavier, « Recours à la prostitution de mineurs ou de personnes particulièrement vulnérables », *J.-Cl. Pén.*, art. 225-12-1 à 225-12-4, 2006.
[1007] Circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces, CRIM 2002-09 E8/24-04-2002.
[1008] RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Précis », 2006, 5è éd., n° 616, p. 647 ; voir aussi SEUVIC Jean-François, « Chroniques législatives », art. préc., où l'auteur relève que le mineur se livre déjà à la prostitution.

dans la mesure où l'acte initial, celui par lequel le mineur entre dans la prostitution n'est pas incriminé, puisqu'il n'a pas encore la qualité de prostitué.

425. L'incrimination révèle l'intention louable du législateur qui consiste à protéger les mineurs, surtout étrangers[1009], des réseaux de prostitution déshumanisants et portant atteinte à la dignité de la personne. Or, à l'instar de la prostitution des majeurs, il existe également de la prostitution libre chez les mineurs. Celle-ci ne dénote d'ailleurs pas forcément un penchant « pédophile » de la part des clients, les mineurs se prêtant à la prostitution ayant généralement l'aspect de jeunes adultes.
Ce dernier point pose la question de l'erreur sur l'âge et de la vérification de l'élément intentionnel de l'infraction, l'auteur devant avoir conscience de la prostitution ainsi que la volonté d'avoir des relations de nature sexuelle avec un mineur. Il semble cependant que les juges soient hostiles à caractériser cette erreur sur l'âge en se référant au visage imberbe d'un jeune homme[1010] ou encore à son apparence physique[1011].

426. Dès lors que les mineurs de plus de quinze ans disposent d'une liberté sexuelle, limiter celle-ci en raison du caractère mercantile du rapport n'apparaît pas justifié. La démarcation se réalisant par le consentement, il serait illogique de considérer que celui-ci n'est plus valable dès lors que l'acte sexuel est tarifé. Il convient non seulement d'analyser la situation du point de vue de la protection des mineurs contre « les perversions » du monde adulte, mais aussi de celui du mineur lui même. Entre protectionnisme et libéralisme, le curseur est positionné en matière sexuelle clairement vers ce second pôle au-delà de quinze ans. La cohérence du système normatif applicable aux mineurs commande de ne pas restreindre leur liberté sexuelle, leur droit à disposer de leur corps, en raison de leurs mobiles. Quelle est la différence entre un rapport sexuel tarifé librement consenti entre un majeur et un mineur de seize ans et un autre non tarifé ? Il semble que l'incrimination garde un fondement moral certain, opposé d'une façon générale à la prostitution et ne pouvant tolérer celle des mineurs. Pour autant, il conviendrait de retourner à la législation antérieure à 2002 et de permettre aux mineurs de plus de quinze ans de se prostituer librement. « *On s'étonne dans une société qui*

[1009] HURET Marie, « Ces enfants qu'on prostitue en France », *L'Express*, 13 décembre 2001.
[1010] Paris, 6 nov. 2003, JurisData n° 2003-231908.
[1011] Cass. crim., 29 mars 2006, JurisData n° 2006-033036, *Dr. pén.* 2006, comm. 97, note VÉRON Michel ; *RSC* 2006, p. 603, note MAYAUD Yves; *AJ pénal* 2006, p. 262, note REMILIEUX Pascal, l'auteur relevant que « *la détermination de l'âge de Mlle A ne devait pas être aussi évident que ne le laisse penser la lecture de l'arrêt : la jeune fille avait en effet 17 ans au moment des faits et l'on imagine la relativité de l'appréciation de l'âge, maquillage et tenue vestimentaire aidant* ».

prône la liberté individuelle et le libre marché, et où se fait la promotion incessante du corps et de la beauté de la femme, de ce que l'on sanctionne, notamment par de fortes condamnations sociales, les actes par lesquels les femmes tirent profit de leur ″capital″ sexuel »[1012]. L'analyse est d'ailleurs similaire quant aux éléments entourant l'acte sexuel.

B – Les limites tenant aux modalités d'exercice de la sexualité

427. Même après quinze ans, le législateur se soucie des modalités dans lesquelles le mineur exerce sa sexualité. Toujours méfiant de l'influence des tiers, et notamment des adultes, qui peuvent s'avérer être de véritables corrupteurs de la « jeunesse innocente », le sexe étant vu « *comme le moyen ou le lien anatomique par lequel la pureté, la candeur ou l'innocence peuvent être vulnérabilisée et pervertie* »[1013]. Le Droit pénal, sur la base de la morale, va alors réprimer certains comportements. Ici encore la personne mineure sera considérée comme une « victime », au travers d'une surprotection de sa sexualité, aboutissant à nouveau à une restriction non justifiée de sa liberté sexuelle.

428. L'article 227-22 C. pén. sanctionne le délit de corruption de mineur. Le Code pénal de 1810 punissait, au travers de son article 334, quiconque avait attenté aux mœurs en favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe en dessous de 21 ans. À cette époque, ce texte permettait surtout de poursuivre les proxénètes, puisqu'aucun autre texte ne concernait ces faits. Toutefois, au fil du temps, une législation spécifique à la répression du proxénétisme s'est développée, aboutissant notamment à la loi du 13 avril 1946[1014]. Cette loi incrimine à l'article 334 du Code pénal les différentes sortes de proxénétismes et transfère à l'article 334 bis le délit d'excitation de mineur à la débauche. Une distinction apparaît alors en fonction de l'âge : l'excitation doit être habituelle pour les mineurs de seize à vingt-et-un ans pour être réprimée, alors que pour les mineurs de moins de seize ans une excitation occasionnelle suffit pour poursuivre l'auteur. Par la suite, le délit est détaché totalement de l'infraction de proxénétisme, la loi du 2 février

[1012] DAOUST Valérie, *De la sexualité en démocratie : l'individu libre et ses espaces identitaires*, PUF, coll. « Sociologie d'aujourd'hui », 2005, p. 125.
[1013] COSTE François-Louis, « Le sexe, la loi pénale et le juge ou évolution d'un principe séparateur instituant l'altérité », *D*. 1997, chron., p. 179.
[1014] Loi n° 46-685 du 13 avril 1946, préc.

1981[1015] introduisant l'excitation de mineur à la débauche dans un article spécifique du Code pénal. L'article 334-2 de l'ancien Code pénal punissait « *quiconque aura habituellement attenté aux mœurs en excitant à la débauche ou en favorisant la corruption des mineurs de dix-huit ans ou même occasionnellement des mineurs de seize ans* ».

429. Le nouveau Code pénal change la dénomination de l'infraction. L'article 227-22 vise désormais « *les faits tendant à favoriser la corruption d'un mineur* ». Néanmoins, lors des débats parlementaires sur le nouveau Code pénal, les députés souhaitaient faire disparaître l'incrimination[1016], ne laissant subsister que ce qui constitue aujourd'hui l'alinéa 2 de l'article 227-22 du Code pénal[1017]. Cette position restreignant considérablement le champ d'application du texte, la décision a été prise par le législateur de maintenir une incrimination assez large, donnant naissance au texte de l'article 227-22 C. pén. Le nouveau texte s'inscrit dans la continuité de l'ancien délit puisque la Chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé très tôt que « *les éléments constitutifs du délit de corruption de mineur ne diffèrent pas de ceux du délit d'excitation de mineur à la débauche* »[1018].
Ce qui, au départ devait disparaître en raison de l'évolution des mœurs, aboutit finalement à un texte plus sévère puisque la rédaction actuelle de l'article 227-22 du Code pénal fait disparaître la référence à l'habitude et à l'âge de la victime. Désormais, un seul acte de corruption suffit à caractériser l'infraction et ce quel que soit l'âge de la personne mineure.

430. L'article 227-22 du Code pénal ne définit pas la corruption de mineurs. Toutefois, le législateur donne dans le second alinéa de l'article un exemple : « *fait, commis par un majeur, d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles un mineur assiste ou participe* ».
L'acte incriminé est seulement défini par son but, à savoir le fait de favoriser la corruption d'un mineur. Pour certains il s'agit du fait « *de faire accomplir des actes immoraux par le mineur ou à les accomplir sur lui ou devant lui* »[1019]. Encore faudrait-il savoir ce que les

[1015] Loi n° 81-82 du 2 février 1981 « renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes », JORF 3 février 1981, p. 415, *D.* 1981, p. 85.
[1016]BOULOC Bernard, FRANCILLON Jacques, MAYAUD Yves, ROUJOU de BOUBÉE Gabriel, *Code pénal commenté*, Dalloz 1996, p. 501. Voir également pour le rappel de la discussion : DUVAL-ARNOULD Domitille, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1994, p. 276.
[1017] L'article 227-22 al. 2 du Code pénal dispose : « *Les mêmes peines sont notamment applicables au fait, commis par un majeur, d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles un mineur assiste ou participe* ».
[1018] Cass. crim., 1er févr.. 1995, *JCP G* 1995, IV, p. 1139.
[1019] MALABAT Valérie, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Hyper Cours », 2009, 4e éd., n° 673, p. 326.

termes « *actes immoraux* » recouvrent. Ce qui est obscène, immoral, pour un individu ne le sera pas nécessairement pour un autre, chaque personne ayant sa propre moralité.
Pour d'autres, cela consiste en « *l'accomplissement à propos d'un mineur d'un acte obscène* »[1020]. Ici encore, la notion d'acte obscène a une connotation morale et renvoie à l'acceptation que chacun s'en fait. Il est également possible de caractériser la corruption de mineur par l'accomplissement d'acte contraire à la décence, certains auteurs ayant ainsi pris le terme comme un synonyme de « *dépravation* »[1021]. Il semble que la notion de corruption de mineur ne peut échapper à la référence à un comportement contraire à la morale. En tout état de cause, « *le délit de corruption de mineur et toujours entendu comme le délit de corruption sexuelle de celui-ci* »[1022].
La qualification de l'élément matériel est une question de pur fait, renvoyant à une notion aléatoire susceptible de générer une dispersion de la jurisprudence, la juridiction devant toujours préciser les faits qu'elle a retenu comme constituant l'infraction[1023].

431. De nombreuses décisions ont été rendues sous l'empire de l'ancien délit « d'excitation de mineur à la débauche ». Toutefois, il convient de noter que dans la grande majorité des cas, les faits poursuivis sur ce fondement, le seraient aujourd'hui sur d'autres bases que celles de l'article 227-22 du Code pénal. Ainsi, l'accomplissement d'actes immoraux ou de lubricité devant des enfants relève aujourd'hui de l'exhibition sexuelle sanctionnée par l'article 222-32 du Code pénal. Auparavant, en l'absence de cette incrimination, les juges recouraient à l'infraction d'excitation de mineur à la débauche[1024]. De la même façon, le fait d'envoyer des correspondances érotiques et des dessins pornographiques à un mineur relève plus de l'infraction de diffusion aux mineurs d'un message violent ou pornographique de l'article 227-24 du Code pénal que de la corruption de mineur. La même remarque vaut pour des situations qui tomberaient à l'heure actuelle sous le coup du délit de proxénétisme. En effet, le proxénète, entremetteur entre la personne prostituée et le client, est corrupteur pour la personne mineure, indéniablement. Mais dans cette hypothèse, l'infraction la plus adéquate est celle de proxénétisme. Enfin, l'analyse est identique avec le délit d'exploitation de l'image d'un mineur à caractère pornographique de l'article 227-23 C. pén. L'infraction ayant été

[1020] RASSAT Michèle-Laure, « Fait de favoriser la corruption d'un mineur », *J.-Cl. Pén.*, 2003, n° 13.
[1021] NERAC-CROISIER Roselyne, *Le mineur et le droit pénal*, L'Harmattan, 1997, p. 30.
[1022] MALABAT Valérie, *op. cit.,* p. 326.
[1023] Cass. crim., 12 janv. 1971, Bull. crim., n° 6.
[1024] Cass. crim., 19 déc. 1868, *Dr. pén*. 1869, V, 29 ; Cass. crim., 12 janv. 1867, *Dr. pén.* 1869, V, 30

créée par la loi du 17 juin 1998[1025], les faits antérieurs relevaient du délit d'excitation de mineur à la débauche.

432. Concrètement, il faudra relever l'existence d'un acte obscène en présence d'un mineur ou sur un mineur. Ainsi, l'infraction est caractérisée par « *l'incitation en vue de prendre des clichés photographiques d'enfants mineurs à se livrer, entre eux, aux gestes et attitudes d'un rapprochement physique sexuellement équivoque accompagné de conseils, d'invitation, de promesses* »[1026]. Il en est de même pour le fait de se masturber devant une mineure de 16 ans en lui demandant de faire des photographies pour éveiller les pulsions sexuelles de l'adolescente[1027]. En revanche, en l'absence du caractère obscène, le délit n'est pas caractérisé. Il en est ainsi pour l'invitation faite à des mineurs de venir, contre rémunération, poser nus chez un photographe[1028]. L'obscénité ne repose pas dans la nudité mais dans les postures suggestives que prennent les individus. Par conséquent, ne relève pas de l'article 227-22 du Code pénal le fait pour un photographe professionnel de faire des photographies de « charme » moyennant rémunération avec une mineure de quatorze ans et demi. Toutefois, l'infraction devient caractérisée dès lors que ledit photographe propose à la mineure de poser les pieds et les mains enchaînés et le cou enserré dans un collier d'étranglement, les juges estimant alors que le comportement du prévenu était de nature à favoriser la corruption d'une mineure[1029].

De même, des simples conseils ou des propos obscènes sont insuffisants pour caractériser l'élément matériel de la corruption de mineur. Toutefois, des provocations verbales réitérées, des conseils persistants et précis, conduisant des mineurs à accomplir des actes déterminés relèvent du délit de corruption de mineurs[1030]. L'infraction peut donc être constituée en l'absence de tout contact physique entre l'auteur et la victime[1031].

[1025] Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 « relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs », JORF 18 juin 1998, p. 9255, complétée par les lois n° 2004-575 du 21 juin 2004 et n° 2006-399 du 4 avril 2006.
[1026]Cass. crim., 9 nov. 2005, pourvoi n° 05-80971.
[1027]Cass. crim., 1er févr.. 2005, Bull. crim. n° 43.
[1028]Cass. crim., 11 déc. 1952, Bull. crim. n° 300.
[1029]Cass. crim., 3 déc. 1997, *Gaz. Pal*. 1998, 1, chron. 53.
[1030] Dijon, 15 janv. 1954, *Gaz. Pal.* 1954, p. 224.
[1031] Par exemple, constitue le délit le fait pour deux individus d'attirer dans une maison en construction, de jeunes garçons et filles, d'avoir avec eux des conversations lubriques et de les inciter à se livrer entre eux à des gestes et attitudes d'un rapprochement obscène au point que les mineurs se livrent à des simulacres de rapports sexuels. Cass. crim., 17 oct. 1956, Bull. crim. n° 648.

433. L'alinéa 2 de l'article 227-22 du Code pénal donne une illustration de ce que le législateur considère comme relevant du délit de corruption de mineur en précisant que « *les mêmes peines sont notamment applicables aux faits, commis par un majeur, d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles un mineur assiste ou participe* »[1032]. Cet alinéa ne crée pas une infraction autonome mais une variation de l'incrimination. Cet exemple ne vise que les majeurs, comme organisateurs de ces réunions. Toutefois, il ne faut pas en tirer une condition générale d'efficacité du texte[1033]. Les mêmes réunions, organisées par un mineur seraient également incriminées, mais sur la base de l'alinéa 1 de l'article 227-22 du Code pénal.
Or, bien que la débauche ne tombe pas sous la loi pénale, celui qui favorise la débauche d'un mineur se rend coupable du délit de corruption de mineur. Ainsi, le texte permet de poursuivre les personnes qui louent habituellement, une chambre à des mineurs qui s'y livrent à la débauche[1034].

434. L'alinéa 2 vise deux comportements différents. D'une part, l'hypothèse où le mineur « *assiste* » aux scènes de débauche. D'autre part, celle où il « *participe* » aux-dites scènes. Dans le premier cas, « *d'une certaine façon, le délit d'excitation de mineurs à la débauche apparaît comme un délit d'exhibition sexuelle, qui aurait en outre un effet incitatif sur ses jeunes spectateurs* »[1035]. La jurisprudence a ainsi condamné le fait pour une femme de se livrer à des actes obscènes en présence d'une fille de quinze ans, ce qui a eu pour résultat de l'inciter à se livrer elle-même à la prostitution[1036]. Les magistrats visent notamment l'influence néfaste de l'exhibition sexuelle sur l'adolescente, la conduisant à se prostituer. Néanmoins, il n'est pas nécessaire que les faits poussent effectivement le mineur dans la débauche. Il faut que l'auteur ait eu la volonté de rendre cette exhibition sexuelle incitative, quelles que soient les conséquences réelles. Dans le deuxième cas, le mineur est un personnage actif de la scène de débauche et n'en est plus le témoin. Le législateur vient donc sanctionner les relations sexuelles avec un mineur, dès lors que l'auteur avait pour but la dépravation de ce dernier. Ainsi, l'infraction est caractérisée par le fait de se comporter vis-à-

[1032] Article 227-22 al. 2 du Code pénal.
[1033] *Contra* : Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 4è éd., 2007, n° 815, p. 577 : « *…le délit dans sa forme visée à l'article 227-22, al.2, ne se conçoit que de la part d'un majeur* ».
[1034] Cass. crim., 6 juill. 1966, *D.* 1967. somm. 7 ; *Gaz. Pal.* 1966, 2, p. 188. Il semble que ces faits relèvent plus du délit de proxénétisme hôtelier que celui de corruption de mineurs.
[1035] PRADEL Jean et DANTI- JUAN Michel, *Droit pénal spécial*, Cujas, 4e éd., 2007, n° 818, p. 580.
[1036] Cass. crim., 16 janv. 1947, Bull. crim., n° 23.

vis du mineur comme un intermédiaire de débauche ou de corruption[1037]. Il en est de même pour le fait d'inciter des mineurs à se livrer entre eux à des attitudes d'un rapprochement obscène tout en prodiguant des conseils et en leur promettant de l'argent[1038]. Ici, il s'agit d'une relation sexuelle entre mineurs, mais dont les actes sont guidés par les conseils d'un tiers. La personne poursuivie peut donc être le partenaire sexuel de la personne mineure qu'il entend corrompre, mais aussi un « corrupteur » extérieur à l'acte sexuel.

435. Globalement, l'infraction consiste à détourner le mineur d'une sexualité « normalisée ». Cette restriction de la liberté des mineurs est purement fondée sur la morale. Or, l'analyse de la sexualité ne s'inscrit plus dans la dichotomie bien – mal mais dans l'opposition sexualité consentie – sexualité forcée. Une fois encore ses restrictions apparaissent disproportionnées et injustifiées pour les mineurs de plus de quinze ans qui sont psychiquement capables de résister à des incitations à la débauche, même si certains auteurs y voient « *un permis de séduire* »[1039]. Les actes sexuels étant librement consentis, rien ne justifie la répression du partenaire ou du tiers « corrupteur », mis à part la morale. Ces dernières années, avec l'avortement, les relations homosexuelles avec des mineurs de plus de quinze ans ou l'adultère, le législateur a su procéder à des dépénalisations pour adapter le Droit à l'état des mœurs[1040]. L'infraction de l'art. 227-22 C. pén. apparaît comme une survivance du passé, qu'il conviendrait de supprimer, tant les situations qu'elle recouvre peuvent être appréhendées sur d'autres fondements. À défaut, rien n'empêche les juges d'utiliser cette infraction pour caractériser n'importe quel comportement, ne tombant sous le coup d'aucun autre texte, comme le fait d'obtenir un simple baiser contre rémunération[1041], ou d'autres attitudes n'induisant aucun contact avec le corps du mineur.

436. Le législateur se fait de plus en plus « préventif » en la matière, en incriminant en 2007[1042] à l'article 227-22-1 C. pén. « *le fait pour un majeur de faire des propositions sexuelles à un mineur de quinze ans ou à une personne se présentant comme telle en utilisant un moyen de communication électronique [...]* » ; les peines étant aggravées si les

[1037] Cass. crim., 14 nov. 1990, *Dr. pen*. 1991, comm. n° 105, note VÉRON Michel.
[1038] Cass. crim., 17 oct. 1956, Bull. crim., n° 648.
[1039] VOUIN Robert, « Permis de séduire et code pénal français », *Mélanges en hommage à Jean CONSTANT*, Faculté de droit de Liège, 1971, p. 403.
[1040] MAYER Danièle, « De quelques aspects de la dépénalisation actuelle en France : en matière de mœurs, *RSC* 1989, p. 442.
[1041] Aix-en-Provence 21 févr. 2001, JurisData n° 143777. La juridiction d'appel a considéré dans ce cas que l'auteur entendait corrompre sexuellement la victime par l'octroi, moyennant rémunération, d'un simple baiser.
[1042] Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, JORF 7 mars 2007, p. 4297.

propositions sont suivies d'une rencontre. Dans ce cadre, le législateur a circonscrit l'incrimination puisque l'auteur doit être un majeur et la victime un mineur de quinze ans. Par conséquent, sont érigés en infraction des actes préparatoires du délit d'atteinte sexuelle, alors qu'aucun contact avec le mineur ne s'est réalisé.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

437. Il ressort de l'analyse du corpus juridique entourant le corps du mineur que le législateur instaure parfois un seuil intermédiaire, lequel permet aux mineurs approchant de la majorité d'acquérir une plus large autonomie sur leur corps. Tel est le cas en matière de consommation d'alcool ou de tabac, ou encore en matière sexuelle, même si les seuils ne sont pas les mêmes.

438. Le fondement de ces nouvelles prérogatives se trouve dans le droit à disposer de son corps, droit subjectif reconnu d'ordinaire aux personnes majeures. Or, depuis quelques années ce droit trouve une résonnance supranationale au travers des développements jurisprudentiels de la CEDH. Cette dernière a fait du droit à disposer de son corps une composante du droit au respect de la vie privée visé à l'article 8 de la Conv. EDH. La juridiction européenne n'a pas hésité à appliquer ces innovations à la catégorie des mineurs avec toutefois une plus grande tolérance pour l'ingérence de l'État en raison de l'état de vulnérabilité inhérent à la minorité. Cependant, à mesure que l'individu se rapproche de la majorité, l'intervention étatique se révèle être de moins en moins justifiée, le mineur n'étant plus nécessairement vulnérable *de facto* ou *de jure*.

439. Même si le Droit interne reflète partiellement cette prise de conscience, il n'en reste pas moins que les mineurs ont des difficultés à faire reconnaître pleinement leur autonomie corporelle. Ainsi, une personne de seize ans ne peut se faire percer les oreilles ou le nez sans l'accord de ses parents. La mesure apparaît aujourd'hui anachronique dans notre Droit et mériterait d'être révisée. Il en est de même de la législation sur les funérailles datant de 1887 et qui ne laisse aucune place à la volonté du mineur. Même si l'article 371-1 C. civ. précise que le mineur doit être associé aux décisions le concernant, cela ne reste qu'un avis. Or, pour ceux qui approchent de la majorité, il s'agit plus d'une volonté à respecter que d'un avis à prendre en compte.

440. Les mesures sur le tabac ou sur l'alcool tiennent compte d'une certaine progressivité, puisqu'elles permettent aux mineurs de plus de seize ans de consommer certaines boissons alcooliques de deuxième catégorie. Le législateur a donc créé en la matière un sas intermédiaire avec l'attribution partielle de droits. Cependant, le délit de provocation de

mineur à la consommation de telles boissons s'applique au mineur de dix-huit ans. Le seuil de seize ans est rarement utilisé en Droit pénal contrairement à la procédure où il permet notamment aux juridictions de juger l'individu comme un adulte. Aussi, il conviendrait de l'abaisser dans le cadre de la reconnaissance d'une autonomie personnelle corporelle du mineur à quinze ans. Il faudrait également modifier le champ d'application de l'infraction de provocation à la consommation de boissons alcoolisées en visant uniquement les mineurs de quinze ans.

441. Ce seuil prévaut également en matière sexuelle. Le Droit reconnaît une liberté sexuelle pour les mineurs de plus de quinze ans, même si les mineurs âgés de moins de quinze ans n'en sont pas privés, les rapports sexuels ne pouvant alors avoir lieu qu'avec un partenaire mineur. Le législateur a néanmoins limité cette liberté quant aux partenaires puisque l'individu de plus de quinze ans ne peut avoir de relation sexuelle avec des personnes ayant autorité sur lui ou ses ascendants. Les limites sont également liées à des raisons morales, puisque le Droit pénal réprime la prostitution de mineur de dix-huit ans ainsi que les relations sexuelles « corruptrices », à savoir celles qui poussent le mineur à la débauche. Ces limitations, si elles sont justifiées pour les plus jeunes, paraissent être en décalage avec le principe d'une liberté sexuelle des mineurs de plus de quinze ans, lesquels jouissent d'un droit à disposer de leur corps. Il conviendrait alors de donner une pleine efficacité à cette autonomie durement conquise, d'une part en abaissant le seuil d'âge dans les infractions de recours à la prostitution de mineur et de corruption de mineur de quinze ans et d'autre part à renvoyer en matière d'atteinte sexuelle de l'article 227-27 C. pén. à une analyse *in concreto* pour voir si le consentement du mineur a été en l'espèce influencé par l'autorité des partenaires. Cette dernière mesure est d'ailleurs parfaitement conciliable avec une nouvelle incrimination d'inceste.

442. Par conséquent, la minorité deviendrait réellement évolutive avec une étape à quinze ans, qui permettrait aux mineurs d'acquérir une autonomie corporelle. En effet, « *que me sert de me proclamer autonome, si on ne me reconnaît pas tel ? Et me reconnaîtrait-on autonome, cela reste purement formel aussi longtemps que je n'ai ni les moyens ni l'occasion d'exercer mon autonomie. Bref être autonome, c'est avant tout l'être devenu, et l'attester par son mode*

d'être et d'agir [...] »[1043]. Cette dernière conception domine globalement le domaine de la sphère sanitaire.

[1043] GRILLO Eric, « L'autonomie : dimensions et paradoxes », *Ethique & Santé* 2004, p. 179.

CHAPITRE 2 :

UNE AUTONOMIE EN MATIERE MEDICALE ETENDUE

443. « *Est-ce dans le domaine des prérogatives liées à la santé que se situe le point le plus révélateur de la mise en place tacite d'un système de prémajorité ?* »[1044]. Le Droit de la santé offre, notamment depuis la loi du 4 mars 2002[1045], aux personnes mineures un terrain d'émancipation, leur permettant de prendre, parfois seules, les décisions concernant leur santé et par conséquent leur corps. Cette liberté de choix, que certains auteurs qualifient de « *majorité médicale anticipée* »[1046], peut être rattachée au principe d'autonomie personnelle et plus particulièrement au droit de disposer de son corps, qui est également reconnu en droit interne pour les mineurs[1047].

444. Cette prise d'autonomie présente, de prime abord, un intérêt majeur en Droit civil et notamment en Droit de la famille, puisqu'elle permet de faire échec au principe de l'autorité parentale qui gouverne par essence la matière médicale pour les mineurs[1048]. Cependant, cette dynamique a également un enjeu pénal puisque le principe de l'intégrité du corps humain conduit à sanctionner toute atteinte qui lui est portée. Ce principe comprend, cependant, de nombreuses exceptions notamment liées à l'exercice de la médecine. Un chirurgien opérant un patient, un infirmier procédant à une injection, même s'ils commettent objectivement l'infraction de violences volontaires, ne seront pas pour autant poursuivis. La raison de cette impunité ne peut résider uniquement dans le consentement du patient, puisque celui-ci est

[1044] ROQUE Julien, « La prémajorité », *Dr. Famille* 2009, étude 20.
[1045] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 « relative aux droits des malades et à la qualité des systèmes de santé », JORF 5 mars 2002, p. 4118.
[1046] KIMMEL-ALCOVER Anne, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS* 2005, p. 265.
[1047] BINET Jean René, « Protection de la personne. Le corps humain », *J.-Cl. Civ.*, 2009, fasc. 12. L'auteur précise que « *s'agissant des mineurs, il ne fait aucun doute que le droit au respect de leur corps leur soit reconnu, de la même façon qu'ils peuvent se prévaloir du droit au respect de la vie privée* », n° 14.
[1048] L'article 371-1 C.civ. confère aux parents, titulaires de l'autorité parentale, les pouvoirs de consentir aux soins réalisés sur leur enfant mineur. D'ailleurs, l'article L. 1111-2 C. santé publ. précise que « *les droits des mineurs […] mentionnés au présent article sont exercés […] par les titulaires de l'autorité parentale* ». De même, l'article L. 1111-4 C. santé publ. vise l'hypothèse du refus de traitement par les titulaires de l'autorité parentale, ce qui signifie que ce sont bien eux qui ont compétence pour consentir au dit traitement.

insuffisant pour justifier une infraction[1049]. Il faut alors recourir à la notion de fait justificatif[1050] pour trouver le fondement de l'absence de répression de l'activité médicale[1051].

445. Les faits justificatifs sont des « *circonstances objectives, indépendantes de la psychologie du délinquant, qui désarment la réaction sociale contre l'infraction pénale, et qui imposent des dérogations spéciales à l'application des textes répressifs généraux* »[1052]. Il convient donc de distinguer ces causes objectives de justification, qui interviennent *in rem*, des causes subjectives d'impunité, qui sont *in personam*[1053].

Le Code pénal définit quatre faits justificatifs : l'état de nécessité[1054], l'ordre ou la permission de la loi[1055], le commandement de l'autorité légitime[1056] et la légitime défense[1057]. Or, « *la solution ordinairement retenue par les pénalistes consiste à rappeler que la loi organise les études de médecine, l'obtention du diplôme de médecin, et les conditions d'exercice des professions médicales, et qu'elle a ainsi autorisé l'activité médicale. […] Les infractions pénales accomplies par les médecins dans le cadre normal de leur activité professionnelle seraient justifiées par la permission tacite de la loi* »[1058]. Pour que cette justification puisse jouer son rôle, annihilant l'élément légal de l'infraction, encore faut-il que les conditions de la justification soient remplies. Il apparaît qu'en la matière, quatre éléments sont nécessaires[1059], à savoir le titre de médecin, le but curatif, la qualité de l'acte et le consentement du patient. Notre étude se limitera à ce dernier point puisque désormais, et contrairement aux règles civiles, c'est le consentement du mineur qui contribuera à justifier l'atteinte à son corps et non plus nécessairement celui des titulaires de l'autorité parentale[1060]. Cette compétence

---

[1049] MASCALA Corinne, « Faits justificatifs. Consentement de la victime », *J.-Cl. Pén.,* 2003, n° 30.
[1050] ROUJOU DE BOUBÉE, « Essai d'une théorie générale de la justification », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1982, p. 11 ; VITU André, « De l'illicéité en droit criminel français », *RID comp.,* 1984, p. 129.
[1051] Pour une analyse complète du sujet voir : PY Bruno, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse dactylographiée, Nancy, 1993.
[1052] MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel, t. 1 : Droit pénal général*, Cujas, 7è éd., 1997, n° 431, p. 556.
[1053] LEPOINTE Eric, « Le diagnostic judiciaire des faits justificatifs », *RSC* 1969, p. 553 ; « De l'impunité à la non-punissabilité, à propos de la tentative de destruction de la théorie des faits justificatifs », *D.* 1978, chron., p. 225 ; « Justifié, donc irresponsable. Contribution à la théorie darwinienne de la variation des espèces », *D.* 1996, chron., p. 247.
[1054] Art. 122-2 C. pén.
[1055] Art. 122-4, al. 1re C. pén.
[1056] Art. 122-4, al. 2 C. pén.
[1057] Art. 122-5, al. 1re C. pén.
[1058] PY Bruno, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, th. préc., p. 26.
[1059] Pour l'analyse du contenu de chaque condition, voir : PY Bruno, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, th. préc.
[1060] DEISS Alain, « Le juge des enfants et la santé des mineurs », *JCP G* 1983, I, 3125 ; KIMMEL-ALCOVER Anne, art. préc.

décisionnelle est une forme d'autonomie, conduisant à reconnaître aux mineurs la capacité d'apprécier ce qui est bon ou préférable pour eux, leur santé, leur corps.

446. À côté de ce fait justificatif général, « *il existe des cas particuliers de justification. La justification est alors issue de textes et ce n'est plus une permission tacite* »[1061] ; ce recours explicite à des textes se retrouvent nécessaire face à des actes dont l'une des conditions de la justification générale n'est plus remplie.

447. Quel que soit le fondement de la justification, il ressort une certaine cohérence inhérente à la *ratio legis*[1062] puisque l'autonomie corporelle des mineurs se retrouve pour les actes qui sont aux confins de la médecine et de la sexualité (section 1), ainsi que, plus généralement, pour l'essentiel des actes médicaux (section 2). En la matière, comme dans la sphère sexuelle[1063], l'acte revêt un caractère très personnel[1064], qui influence les règles juridiques qui l'encadrent. Le Droit médical est alors le pionnier de l'émergence de l'autonomie des mineurs, de la reconnaissance d'un droit à disposer de leur corps ; le Conseil d'État précisait déjà en 1983, que « *la tendance actuelle en droit médical est de reconnaître au mineur une capacité civile ″sanitaire″ plus étendue que celle que lui assigne le droit commun* »[1065].

Section 1 : Une autonomie corporelle initialement limitée aux actes médicaux liés à la sexualité

448. De la confrontation des textes répressifs, il est possible de faire émerger une liberté sexuelle pour les personnes mineures de plus de quinze ans. Cette liberté se poursuit pour les actes médicaux en lien avec la sexualité et ce d'une façon encore plus accrue puisque le Code de santé publique ne prévoit dans ces hypothèses aucun seuil d'âge. Cependant, s'agissant d'actes entourant essentiellement la grossesse, le seuil de la puberté se substitue à celui de l'âge, ce qui élargit le domaine de l'autonomie corporelle quant aux personnes qui peuvent

[1061] PY Bruno, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, th. préc., p. 28.
[1062] MAYAUD Yves, « *Ratio legis* et incrimination », *RSC* 1983, p. 597. L'auteur voit dans la *ratio legis* un principe de cohérence du droit qui permet de le saisir sous l'angle d'une construction harmonieuse et qui sert de prémices à un raisonnement méthodique
[1063] Cfr. *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2 : Une autonomie personnelle sexuelle, n° 388.
[1064] GRIDEL Jean-Pierre, « L'acte éminemment personnel du mineur », *Gaz. Pal.* 2003, p. 765 ; BOUVIER Françoise, « Le consentement à l'acte thérapeutique : réalités et perspectives », *JCP G* 1986, I, 3249.
[1065] CE, 18 mars 1983, *JCP G* 1983, II, 20111, note AUBY Jean-Bernard.

s'en prévaloir, la puberté pouvant intervenir avant quinze ans. Aussi, que ce soit pour les actes liés à la contraception (§1) ou les actes liés à la grossesse (§2), le seul consentement de la personne mineure est requis pour contribuer à justifier pénalement l'atteinte portée à son corps, renforçant son droit de disposer de son corps.

I – Les actes médicaux liés à la contraception

449. Les concepts de vie privée et de droit de disposer de son corps peuvent permettre d'exclure les titulaires de l'autorité parentale ainsi que les autorités publiques en matière de contraception. Le libre accès à la contraception permet à la personne mineure « *d'acquérir, grâce aux moyens mis à sa disposition, une autonomie sexuelle* »[1066], qu'il s'agisse d'une contraception d'urgence (B) ou d'une contraception classique (A).

A – Un accès à la contraception progressivement acquis

450. Dans un cadre nataliste, à la suite des pertes humaines de la première guerre mondiale, la loi du 31 juillet 1920[1067] interdit l'avortement ainsi que toute forme de contraception. Puis, par la loi du 28 décembre 1967[1068], le législateur autorise la vente ou la fourniture de produits, médicaments et objets contraceptifs. Cette mesure est non seulement applicable aux majeures mais aussi aux mineures de plus de dix-huit ans non émancipées, donc approchant de la majorité civile, fixée à l'époque à vingt-et-un ans. Pour les mineures de dix-huit ans, l'accès à la contraception est possible, mais nécessite le consentement écrit de l'un des parents ou du représentant légal, ledit consentement devant être mentionné sur l'ordonnance du médecin. Une distinction au sein même de la minorité apparaît, selon l'âge de la personne, la mineure approchant de la majorité étant soumise aux mêmes règles que les majeures.

451. La loi du 4 décembre 1974[1069] poursuit cette dynamique de libre accès à la contraception pour les mineures en prévoyant que « *les centres de planification ou d'éducation familiale agréés sont autorisés à délivrer, à titre gratuit, des médicaments,*

[1066] DUVAL-ARNOULD Domitille, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1994, p. 126.
[1067] Loi du 31 juillet 1920 « réprimant la provocation à l'avortement et la propagande anticonceptuelle », JORF 1er aout 1920.
[1068] Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 « relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du code de la santé publique », JORF 29 décembre 1967, p. 12861.
[1069] Loi n° 74-1026 du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances, JORF 5 décembre 1974, p. 12123.

produits ou objets contraceptifs, sur prescription médicale, aux mineurs désirant garder le secret »[1070]. Avec ces nouvelles dispositions, les mineures gagnent leur autonomie en la matière. D'une part, le texte ne fait plus référence au consentement écrit, ni même oral, d'un titulaire de l'autorité parentale, le seul consentement de la personne mineure est suffisant pour obtenir les produits contraceptifs. D'autre part, la limite du seuil d'âge de dix-huit ans disparaît, le texte est applicable à toutes les mineures quel que soit leur âge[1071]. En leur permettant de garder le secret sur l'acte, les mineures se retrouvent seules décisionnaires. Ce droit au secret, excluant les titulaires de l'autorité parentale, contribue au développement de l'autonomie des mineures et s'insère dans le respect de leur vie privée. De surcroit, et afin de rendre l'exercice de ces nouvelles prérogatives plus efficient, le législateur a également prévu, au sein de la même loi, le principe de gratuité, le texte précisant : « *les frais d'analyses et d'examens de laboratoire ordonnés en vue de prescriptions contraceptives sont supportés par les centres de planification ou d'éducation familiale* »[1072].
Cependant, la gratuité ne fonctionne que dans le cadre des consultations et des actes réalisés dans les centres de planification ou d'éduction familiale. Aussi, « *la prise en charge financière des consultations et des contraceptifs hors des centres de planification n'est pas spécifiquement assurée* »[1073].

452. Il est étonnant, qu'en l'espace de quelques années seulement, la loi soit passée d'un extrême à l'autre, décloisonnant l'accès à la contraception de toutes ces limites, celles de l'autorité parentale et celles de l'âge des patientes. Implicitement, toute personne mineure ne pourra avoir accès à cette contraception. L'objectif du texte étant, notamment, de lutter contre les grossesses « accidentelles » (et plus globalement réguler les naissances), son efficacité requiert un préalable indispensable, celui de la puberté. En effet, si une mineure de douze ans, non pubère, se présente dans un centre de planification ou d'éducation familiale pour se faire prescrire des contraceptifs, il est fort probable que le médecin répondra négativement à sa demande, la prescription s'avérant dénuée d'intérêt. Aussi, un seuil naturel conditionne l'accès à ce nouveau droit, celui de la puberté, qui était notamment utilisée dans la législation romaine pour octroyer plus de droits à l'individu l'ayant franchi.

[1070] *Ibid*., art. 2.
[1071] *contra* : TERRÉ François et FENOUILLET Dominique, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités,* Précis, Dalloz, 2005, n° 992, p. 937. Les auteurs mentionnent un seuil de seize ans comme condition d'accès à la contraception en dehors de l'accord des titulaires de l'autorité parentale.
[1072] *Ibid*.
[1073] DUVAL-ARNOULD Domitille et DUVAL-ARNOULD Marc, *Droit et santé de l'enfant*, Masson, coll. « Droit médical pratique », 2002, p. 205.

453. Ces dispositions ont été reprises dans la loi du 4 juillet 2001[1074] au sein d'un article L. 5134-1 I C. santé publ. dont l'alinéa 1re dispose que « *le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux personnes mineures* ». L'autonomie de la personne mineure pourrait être renforcée avec ce libre accès à la contraception hors centres de planification, mais le législateur n'a pas prévu en la matière le même principe de gratuité. Aussi, indirectement, au travers des relevés de remboursements adressés par la Sécurité sociale ou les complémentaires santé, l'information parviendra aux titulaires de l'autorité parentale. Bien que cette information puisse être source de conflits familiaux, les parents ne peuvent en aucun cas s'opposer à ce libre accès, le consentement de la mineure étant nécessaire et suffisant pour la réalisation de l'acte.

454. Ce mécanisme est parfaitement valable pour les pilules contraceptives ainsi que pour les dispositifs intra-utérins, les diaphragmes et les capes. L'art. L. 5134-1 II C. santé publ. précise que « *la première pose du diaphragme ou de la cape doit être faite par un médecin ou une sage-femme. L'insertion des contraceptifs intra-utérins ne peut être pratiquée que par un médecin* ». S'agissant de contraceptifs intra-utérins, bien que l'acte soit plus intrusif que la délivrance d'une pilule, et en dehors de toute nécessité thérapeutique[1075], le seul consentement de la mineure suffit pour justifier l'atteinte portée à son corps. En dehors de son consentement, l'acte tomberait sous le coup de la loi pénale et la qualification de viol[1076], aggravé par la minorité de la victime, pourrait être envisagée.

455. Ces différents modes de contraceptions présentent le trait commun d'être temporaires contrairement à la stérilisation à visée contraceptive. La loi du 4 juillet 2001[1077] a créé « *un fait justificatif spécial d'autorisation légale de la stérilisation à visée contraceptive* »[1078]. Insérées dans un article L. 2123-1 du Code de la santé publique, les dispositions commencent par une précision quant aux personnes mineures : « *la ligature des trompes ou des canaux*

[1074] Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 « relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception », JORF 7 juillet 2001, p. 10823 , art. 24.
[1075] Cfr *infra*, l'analyse de l'art. L. 1111-5 C. santé publ., n° 492 et s.
[1076] Art. 222-23 C. pén. : « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol*.
Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle ».
[1077] Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 « relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception », préc.
[1078] SEUVIC Jean-François, « Chronique législative », *RSC* 2001, p. 841.

déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée sur une personne mineure »[1079]. Le législateur a volontairement restreint le champ d'application du fait justificatif spécial en écartant les mineures de ce type de contraception. La mesure n'ayant aucun intérêt thérapeutique et présentant un caractère permanent et quasi-irréversible, il convient de protéger les personnes mineures, y compris contre elles-mêmes, de la réalisation d'actes contraires à leur intérêt et engageant leur avenir. Le formalisme encadrant la mesure pour les majeures démontre l'importance de l'acte. La loi impose non seulement un consentement libre, motivé, délibéré et écrit mais aussi un délai de réflexion de quatre mois entre la première consultation et l'acte lui-même.

456. Cependant, d'une façon paradoxale, l'art. L. 2123-2 C. santé publ. autorise la stérilisation à visée contraceptive de l'autre catégorie de personnes civilement incapables, c'est-à-dire les majeurs protégés. Traditionnellement les mesures de protection s'appliquent, si ce n'est à l'identique, à tout le moins d'une façon très proche aux deux catégories. Le législateur a ajouté une condition supplémentaire pour cette catégorie de personnes particulièrement vulnérables. L'acte n'est possible qu'en cas de contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement. La mesure requiert l'intervention du juge des tutelles et d'un comité d'experts (composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées), afin notamment d'éviter des dérives eugénistes. Aussi, la problématique apparaît différente pour les majeurs incapables où la stérilisation semble être le seul moyen de contraception permettant d'éviter la naissance d'enfant que les parents n'auront pas les capacités d'assumer[1080].

À côté de cette contraception « préventive », la mineure jouit également d'un libre accès à la contraception d'urgence.

[1079] La même formule se retrouve en prémices de l'art. L. 2123-2 C. santé publ. qui étend la mesure aux incapables majeures.

[1080] Pour une analyse détaillée du sujet : THIERRY Jean-Baptiste, *Le handicap et le droit criminel*, thèse dactylographiée, Nancy, 2007.

B – Un libre accès à la contraception d'urgence

457. Il faut entendre par contraception d'urgence, « *une contraception hormonale, prise dans les 72 heures suivant un rapport sexuel, qui a pour but de bloquer l'ovulation ou d'empêcher la nidation* »[1081] ; il s'agit en termes simples de la « pilule du lendemain ».

458. Par un arrêté du 27 mai 1999[1082], le gouvernement autorise la délivrance en pharmacie et sans prescription médicale de la substance *levonorgestrel*, principe actif composant les pilules abortives. Par une circulaire du 6 janvier 2000[1083], la Ministre déléguée chargée de l'Enseignement scolaire, Ségolène Royal, permet, dans un chapitre VI intitulé « *contraception d'urgence : Norlevo* », aux infirmières scolaires de prescrire et délivrer aux élèves mineures, et en dehors de la consultation ou de l'accord des titulaires de l'autorité parentale, ladite pilule. Or, la loi du 28 décembre 1967[1084] prévoit, d'une part que la délivrance des contraceptifs est exclusivement faite en pharmacie, et d'autre part que les contraceptifs hormonaux ne peuvent être délivrés que sur prescription médicale. Sur cette base, le Conseil d'État[1085] est saisi d'un recours en excès de pouvoir afin de « *déterminer si la loi française de 1967 relative à la contraception devait être écartée au profit de la directive du 31 mars 1992 qui a assoupli les règles de délivrance de certains médicaments ne présentant pas de risques particuliers* »[1086] et donc de constater la légalité des dispositions en question. S'agissant d'un simple conflit de hiérarchie des normes, la Haute juridiction administrative prononce la nullité de la circulaire sur les points controversés, à savoir non seulement concernant la possibilité pour les infirmières scolaires de prescrire et délivrer le « *NorLevo* », mais aussi relativement à la vente libre dans les pharmacies. Le libre accès des femmes à la contraception d'urgence, qu'elles soient majeures ou mineures, nécessitait au préalable la consultation d'un médecin.

[1081] *Ibid*.
[1082] Arrêté du 27 mai 1999 « portant modification aux exonérations à la réglementation des substances vénéneuses destinées à la médecine humaine », JORF 30 mai 1999, p. 7982.
[1083] Circulaire du 6 janvier 2000 « portant protocole national sur l'organisation des soins et des urgences dans les écoles et les établissements publics locaux d'enseignement, BO éducation nationale », n° 1 hors série, 6 janvier 2001.
[1084] Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 « relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du code de la santé publique », préc.
[1085] CE, 30 juin 2000, *Association Choisir la vie*, requête n° 216130.
[1086] RADÉ Christophe et DUBOS Olivier, « La pilule du lendemain exclue des établissements scolaires (à propos du CE, 30 juin 2000, *Association Choisir la vie*), *D*. 2000, p. 545.

459. Après l'échec de l'action du pouvoir réglementaire, la mesure est reprise par le pouvoir législatif, aboutissant rapidement à la loi du 13 décembre 2000[1087]. Le législateur modifie l'article L. 5134-1 C. santé publ. en ajoutant trois alinéas, les trois éléments formant aujourd'hui l'alinéa 2 du texte[1088]. Les nouvelles dispositions reprennent pour l'essentiel celles qui figurent dans le protocole national sur l'organisation des soins et des urgences dans les écoles et les établissements publics locaux d'enseignement considérées comme illégales par le Conseil d'État en 2000[1089]. À l'issue de cette loi, les mineurs acquièrent pour la contraception d'urgence une liberté identique à celle conquise pour la contraception classique, rendant le système normatif plus cohérent. « *Les discutions relatives à la contraception d'urgence font écho, en sourdine, aux questions suscitées par la traduction juridique de l'idée de majorité progressive, de seuils d'âge* »[1090].

D'une part, la contraception d'urgence ne requiert plus au préalable une prescription médicale. La mineure peut donc se rendre directement en pharmacie et se faire délivrer le contraceptif d'urgence. D'autre part, il n'est plus nécessaire de recourir aux titulaires de l'autorité parentale pour que la mesure soit valable, les nouvelles dispositions prévoyant, à l'instar de la contraception régulière, que la mineure peut demander à ce que le professionnel de santé garde le secret. Le but de ce libre accès est clairement exprimé, il s'agit d'éviter des grossesses non désirées chez les adolescentes et de prévenir les interruptions volontaires de grossesse. Bien que cette précision ne se retrouve plus expressément dans le texte, la *ratio legis* est toujours la même : éviter les grossesses non désirées et les abandons d'enfants parfois corrélatifs.

460. Un décret du 9 janvier 2002[1091] précise les modalités d'intervention du pharmacien dans les articles. D. 5134-1 et s. C. santé publ. Le pharmacien doit s'entretenir avec la personne mineure afin de s'assurer que sa situation correspond aux critères d'urgence et aux

---

[1087] Loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence, JORF 14 décembre 2000, p. 19830 ; TAQUET François, « Les nouvelles dispositions relatives à la contraception d'urgence », *Gaz. Pal.* 2001, n° 72, p. 2.

[1088] Art. L. 5134-1 I, al. 2 C. santé publ. : « La délivrance aux mineures des médicaments ayant pour but la contraception d'urgence et qui ne sont pas soumis à prescription médicale obligatoire s'effectue à titre gratuit dans les pharmacies selon les conditions définies par décret. Dans les établissements d'enseignement du second degré, si un médecin ou un centre de planification ou d'éducation familiale n'est pas immédiatement accessible, les infirmiers peuvent, à titre exceptionnel et en application d'un protocole national déterminé par décret, dans les cas d'urgence et de détresse caractérisés, administrer aux élèves mineures et majeures une contraception d'urgence. Ils s'assurent de l'accompagnement psychologique de l'élève et veillent à la mise en œuvre d'un suivi médical ».

[1089] CE, 30 juin 2000, *Association Choisir la vie*, préc.

[1090] BELLIVIER Florence, « Législation française », *RTD civ*. 2003, p. 223.

[1091] Décret n° 2002-39 du 9 janvier 2002 « relatif à la délivrance aux mineures des médicaments ayant pour but la contraception d'urgence », JORF 10 janvier 2002, p. 590.

conditions d'utilisation de cette contraception, ainsi que l'informer sur l'accès à la contraception régulière, la prévention des maladies sexuellement transmissibles et sur l'intérêt d'un suivi médical. Le professionnel lui communique, dans ce cadre, les coordonnées du centre de planification ou d'éducation familiale le plus proche.

461. À l'instar de la contraception régulière au sein des centres de planification familiale, l'accès à la contraception d'urgence est gratuit[1092], garantissant une meilleure effectivité de la mesure. Si la mineure peut être mature au plan psychologique, elle est très rarement indépendante de ses parents d'un point de vue financier. Aussi, cette disposition permet d'éviter une information indirecte des parents, notamment par le remboursement des frais médicaux[1093]. Le pharmacien doit vérifier la minorité de l'intéressée par une simple déclaration orale de cette dernière, les textes prévoyant également l'anonymat de la personne. Le pharmacien adresse par conséquent à la caisse d'assurance maladie une facture établie sur une feuille de soins ne comportant ni l'identification de l'assurée ni celle du bénéficiaire[1094] mais l'indication de la lettre « X ». L'accès pour les mineures à la contraception d'urgence est libre, gratuite et anonyme, ce qui leur garantit une parfaite autonomie dans ce domaine.

462. Enfin, la dernière innovation de la loi, et la plus controversée, est la possibilité pour les infirmières scolaires d'administrer aux élèves mineures une contraception d'urgence, entraînant par la même la perte du monopole de prescription pour les médecins et du monopole de délivrance pour les pharmaciens en la matière[1095]. Ici encore, la mineure peut agir seule, en dehors du consentement parental, en s'adressant directement à l'infirmière scolaire. Les modalités de cette intervention sont précisées par un décret du 27 mars 2001[1096] qui renvoie à l'annexe comprenant le « *protocole sur la contraception d'urgence en milieu scolaire* », lequel figure désormais aux articles D. 5134-5 et s. C. santé publ. Il ressort des dispositions que cette mesure a un caractère exceptionnel, comme le rappelle l'art. L. 5134-1 I al. 2 C. santé publ. Exceptionnel, d'une part, quant au cadre d'intervention puisque l'administration de cette contraception par l'infirmière scolaire ne peut intervenir que lorsque

[1092] Art. D. 5134-2 C. santé publ.
[1093] Par ailleurs, la gratuité n'est relative qu'à la minorité, les personnes majeures ne jouissant plus de cette faveur.
[1094] Art. D. 5134-3 C. santé publ.
[1095] PEIGNÉ Jérôme, « Pilule du lendemain : annulation des passages de la circulaire ministérielle autorisant les infirmières scolaires à délivrer le contraceptif d'urgence ″ NorLevo″ », *JCP G* 2000, II, 10423.
[1096] Décret n° 2001-258 du 27 mars 2001 « pris en application de la loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence », JORF 28 mars 2001 p. 4825.

la mineure est en situation d'urgence et de détresse caractérisée. Si l'urgence revêt une définition juridique[1097], cela n'est pas le cas de la détresse caractérisée, laquelle renvoie à une appréciation plus aléatoire. Ne peut-on pas présumer que toute mineure, craignant d'être enceinte, faisant la démarche de consulter l'infirmière scolaire en marge des titulaires de l'autorité parentale pour se faire délivrer une pilule abortive est en situation de détresse caractérisée ? Exceptionnel, d'autre part, en raison du caractère supplétif de l'intervention de l'infirmière scolaire. L'art. L. 5134-1 C. santé publ. conditionne son action à l'absence d'un médecin ou d'un centre de planification ou d'éducation familiale immédiatement disponible. Corrélativement, l'art. D. 5134-8 C. santé publ. dispose que l'infirmière scolaire doit « *rechercher les modalités les plus appropriées en fonction de l'âge et de la personnalité de l'élève aux fins d'informer celle-ci des différentes possibilités de contraception d'urgence, de lui indiquer les structures existantes pour se procurer de tels médicaments, pharmacies, centres de planification ou d'éducation familiale, et de lui proposer de rentrer en contact avec un médecin* ». Ainsi, une hiérarchie s'instaure au sein de laquelle l'infirmière scolaire est l'*ultima ratio*.

463. À l'instar du pharmacien, l'infirmière va jouer un rôle d'information et de conseil en matière de contraception lors de l'entretien avec la mineure. Cet entretien lui permet de vérifier si la mineure est bien en situation d'urgence et de détresse caractérisée, de l'informer sur la contraception d'urgence ainsi que sur la contraception régulière[1098], mais aussi de lui proposer un entretien avec les titulaires de l'autorité parental, que la mineure peut refuser. Bien que l'article L. 5134-1 C. santé publ. ne prévoit pas de seuil d'âge, le texte donne néanmoins une précision sur le public en limitant la mesure aux « *établissements d'enseignement du second degré* », c'est-à-dire les lycées. Les dispositions semblent s'adresser par essence aux mineures âgées au minimum de quinze ans même si l'interprétation stricte du texte ne permet pas d'exclure les mineures n'ayant pas atteint cet âge, et notamment les personnes en avance sur le plan scolaire.

464. Ainsi, le libre accès des mineures à la contraception d'urgence peut se faire par trois moyens : la prescription médicale, la délivrance par le pharmacien et la prescription ainsi que l'administration par l'infirmière scolaire ; les trois termes étant visés par l'art. L. 5134-1

[1097] Au sens général « *caractère d'un état de fait susceptible d'entraîner, s'il n'est porté remède à bref délai, un préjudice irréparable, sans cependant qu'il y ait nécessairement péril imminent* », CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2007, *V°* « urgence ».
[1098] Art. D. 5134-7 C. santé publ.

C. santé publ. Néanmoins, dans l'hypothèse où l'usage de cette contraception s'avère infructueux, il reste à la personne mineure diverses possibilités pendant la grossesse, où la question de l'autonomie et du droit de disposer de son corps se pose avec d'autant plus d'acuité.

II – Les actes médicaux liés à la grossesse

465. Il peut arriver qu'en raison d'une certaine immaturité, ou encore d'une méconnaissance des contraceptifs hormonaux existants, réguliers ou d'urgence, une mineure se retrouve enceinte. Se pose alors la question de la gestion de sa grossesse, laquelle est guidée par le principe du droit de disposer de son corps. Dans ce cadre, les mineures ont une pleine autonomie décisionnelle pour autoriser les atteintes portées à leur corps permettant de contribuer à les justifier au plan pénal. L'alternative qui s'offre à la personne est soit de mener sa grossesse à terme jusqu'à l'accouchement (B), soit de l'interrompre (A).

A – L'interruption de la grossesse de la femme mineure

466. L'interruption de la grossesse, punie dans le Code pénal de 1810 d'une peine criminelle[1099], a été autorisée en France par une loi du 17 janvier 1975[1100], par une méthode législative peu commune. La loi prévoyait, dans son article 2, une suspension de la répression pénale des infractions d'interruption de grossesse pendant cinq ans si elles étaient réalisées dans un cadre bien précis : avant la fin de la dixième semaine de grossesse, par un médecin, dans un établissement d'hospitalisation public ou privé satisfaisant à des dispositions légales spécifiques. À l'issue de cette « période probatoire », une nouvelle loi du 31 décembre 1979[1101] vient pérenniser le système en l'état. Sont alors autorisées de façon définitive l'interruption volontaire de grossesse (1) ainsi que l'interruption de grossesse pour motif thérapeutique (2). Cette dichotomie présente un intérêt certain pour le cas des mineures.

1 – L'interruption volontaire de grossesse (IVG) de la femme mineure

467. La loi de 1975 autorise les IVG pour les femmes étant dans une situation de détresse et prévoit spécifiquement la situation des mineures à l'article L. 162-7 C. santé publ. Si

[1099] Art. 317 C. pén. Le comportement fût ensuite correctionnalisé par une loi du 27 mars 1923.
[1100] Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 « relative à l'interruption volontaire de grossesse », JORF 18 janvier 1975, p. 739.
[1101] Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979 « relative à l'interruption volontaire de grossesse », JORF 1re janvier 1980, p. 3.

l'interruption volontaire de grossesse leur était ouverte, les mineures célibataires ne disposaient, à l'époque, d'aucune prérogative particulière, la décision appartenant, comme en matière d'acte médical classique, uniquement aux titulaires de l'autorité parentale[1102]. L'acte pouvait donc se réaliser malgré l'opposition de la jeune fille. En revanche, la mineure émancipée par le mariage pouvait agir sans le consentement parental.

468. Cette lacune a été comblée avec la loi de 1979[1103] qui complètait l'art. L. 162-7 C. santé publ. avec un nouvel alinéa précisant que « *ce consentement devra être accompagné de celui de la mineure célibataire enceinte, ce dernier étant donné en dehors de la présence des parents ou du représentant légal* ». Dès lors, pour procéder à une IVG sur une mineure, le médecin devait recueillir les deux consentements. Se dessine la première marche d'une autonomie puisque la mineure désirant poursuivre sa grossesse ne pouvait plus être contrainte d'avorter. En revanche, elle ne pouvait interrompre sa grossesse sans consentement parental, ce qui pouvait conduire à des grossesses non désirées.

469. Le législateur protégeait le consentement de la mineure des pressions parentales en exigeant qu'il soit donné en dehors de leur présence. De même, en dérogation aux règles traditionnelles de l'autorité parentale[1104], le texte ne prévoyait pas un consentement conjoint des titulaires de l'autorité parentale, mais uniquement le consentement de l'un d'eux. Cette présomption de pouvoir prévue par le Code civil[1105] joue pour les actes usuels, c'est-à-dire les actes non graves, ce qui n'était pas le cas d'un avortement, qui engageait l'avenir de la mineure. Il s'agissait bien d'une exception au droit commun, visant sans doute à rendre la mesure plus efficace, la mineure pouvant demander le consentement de son parent dont elle était le plus proche, évitant la recherche d'un consensus général.

470. En cas de conflit entre une mineure souhaitant avorter et des parents refusant l'acte, la loi n'avait pas organisé de procédure permettant de sortir de cette opposition. La pratique a

[1102] Art. L. 162-7 C. santé publ. : « *Si la femme est mineure célibataire, le consentement de l'une des personnes qui exerce l'autorité parentale ou, le cas échéant le représentant légal, est requis* ». De plus, l'article L. 162-11 C. santé publ. précisait que lorsque la mineure était étrangère, comme la personne majeure d'ailleurs, elle devait justifier d'une résidence sur le territoire français d'au moins trois mois au jour de l'acte, exception faite des personnes ayant le statut de réfugié.
[1103] Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979 « relative à l'interruption volontaire de grossesse », préc.
[1104] SERIAUX Alain, « ″Tes père et mère tu honoreras″. Réflexion sur l'autorité parentale en droit français contemporain », *RTD civ*. 1986, p. 265.
[1105] Art. 372-2 C. civ. : *« A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant* ».

développé des solutions alternatives avec notamment les avortements à l'étranger où le consentement des titulaires de l'autorité parentale n'était pas demandé[1106], ou encore plus fréquemment le recours au juge des enfants[1107]. Ces magistrats étaient eux-mêmes divisés sur les décisions à prendre, certains s'estimant incompétents (la grossesse n'étant pas un état de danger), d'autres en revanche ordonnaient, sur la base de l'assistance éducative et du danger encouru pour la santé de l'enfant, soit directement l'IVG[1108], soit une mesure de placement en délégant la possibilité pour l'établissement où les personnes à qui la mineure était confiée de consentir à l'acte. Certains auteurs estimaient que « *l'autorité parentale est ici bafouée jusqu'en ses fondements : la sagesse du juge l'emporte sur la sagesse des parents !* »[1109] et que cette position était illégale[1110]. Où est la sagesse des parents, lorsqu'une mineure célibataire enceinte, à trois mois de sa majorité, voit l'accord de sa mère à l'IVG conditionné par le retrait de sa plainte contre son père pour des faits d'agressions sexuelles[1111] ? Les magistrats ont caractérisé en la matière un abus de droit des parents, mais ont néanmoins refusé d'autoriser l'acte estimant que l'état de grossesse, conséquence de l'abus de droit, n'était pas de nature à mettre en danger la santé de la mineure[1112].

En tout état de cause, quel que soit le choix du magistrat, les parents ne pouvaient être maintenus dans l'ignorance puisque le juge devait impérativement les entendre[1113] dans le cadre de l'assistance éducative et rechercher leur adhésion à la décision[1114].

[1106] DUVAL-ARNOULD Domitille et DUVAL-ARNOULD Marc, *Droit et santé de l'enfant*, *op. cit*., p. 209.

[1107] DUVAL-ARNOULD Domitille, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, *op. cit*., p. 149 ; du même auteur, « Minorité et interruption volontaire de grossesse », *D*. 1999, p. 471 ; ESCHYLLE Jean-Florian, « Le juge de l'assistance éducative et l'IVG des mineures célibataires », *RDSS* 1997, p. 639 ; HARDOUIN Michel, « Grossesse et liberté de la femme », *Dr. soc.* 1977, p. 287.

[1108] JE, *Evry,* 8 nov. 1982, *D*. 1982, p. 218, note RAYNAUD Pierre. Le magistrat relève que les liens entre la mineure et sa mère sont rompus depuis de longs mois et que sa situation morale et matérielle est extrêmement préoccupante ; la jeune fille étant sans ressource, ni domicile, ni famille. Par conséquent, il autorise « *les autorités médicales à procéder […] à une interruption volontaire de grossesse sous anesthésie générale sur la personne de V... L… ; ordonnons l'exécution provisoire de notre décision* » ; Colmar, 22 sept. 1995, *JDJ*, n° 158, oct. 1996, p. 46.

[1109] SERIAUX Alain, art. préc.

[1110] RAYNAUD Pierre, note sous JE, *Evry*, préc. Pour une excellente analyse en sens inverse démontrant que les juges des enfants ont toute légitimité à agir dans le cadre de l'assistance éducative pour régler ce type de conflit, analyse basée notamment sur la *ratio legis*, et les débats parlementaires : ESCHYLLE Jean-Florian, art. préc.

[1111] Manœuvres de surcroit inutiles puisque le ministère public dispose de l'opportunité des poursuites qui lui permet d'engager l'action publique en dehors de toute plainte de la victime conformément à l'article 40 C. pr. pén.

[1112] Bordeaux, 4 déc. 1991, *D.* 1993, p. 129, note DUBAELE Thierry.

[1113] Art. 1189 CPC : « *A l'audience, le juge [*pouvoirs*] entend le mineur, ses père et mère, tuteur ou personne ou représentant du service à qui l'enfant a été confié ainsi que toute autre personne dont l'audition lui paraît utile. Il peut dispenser le mineur de se présenter ou ordonner qu'il se retire pendant tout ou partie de la suite des débats* ».

[1114] L'article 375-1 al. 2 C. civ. précise que le juge des enfants « *doit toujours s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée et se prononcer en stricte considération de l'intérêt de l'enfant* ».

471. Devant ces conflits et ces incertitudes, le législateur est intervenu par une loi du 4 juillet 2001[1115] en conférant, dans la suite logique des dispositions en matière de contraception, une pleine autonomie aux mineures pour décider, le cas échéant seules, de la réalisation ou non d'une IVG. En sus de l'allongement du délai légal de dix à douze semaines, les nouvelles dispositions rappellent, dans un art. L. 2212-7 C. santé publ., le principe d'un consentement parental mais prévoit immédiatement une exception en précisant que « *si la femme mineure non émancipée désire garder le secret […]l'interruption volontaire de grossesse ainsi que les actes médicaux et les soins qui lui sont liés peuvent être pratiqués à la demande de l'intéressée […]. Dans ce cas, la mineure se fait accompagner d'une personne majeure de son choix* ». En cas de conflit entre les parents et la mineure, c'est le consentement de cette dernière qui prévaut, que ce soit pour poursuivre sa grossesse ou l'interrompre.

472. Cependant, à l'instar des autres situations où la personne mineure acquiert cette autonomie, la prise en charge en dehors des principes de l'autorité parentale se réalise en deux temps puisque le médecin doit d'abord s'efforcer d'obtenir le consentement des parents ou du représentant légal. Ce n'est qu'en cas de refus de la mineure que le médecin réalise l'acte sur la base du seul consentement de la patiente, qu'il s'agisse d'une IVG médicamenteuse ou d'une IVG classique[1116]. Le texte précise prudemment que le consentement de la personne intéressée est non seulement valable pour l'acte en lui-même mais aussi pour les actes médicaux et les soins qui lui sont liés, comme notamment l'anesthésie ou les soins subséquents nécessaires. Il aurait en effet été paradoxal de requérir le consentement parental pour l'anesthésie (et notamment une péridurale) de la mineure sans pouvoir informer les parents de l'acte médical réalisé.

473. Dans le cadre de cette autonomie, le législateur n'a pas voulu laisser la mineure seule, livrée à elle-même. Si la loi de 2001[1117] réduit la « surveillance » de l'État en matière d'IVG

[1115] Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 « relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception », JORF 7 juillet 2001, p. 10823 ; TAQUET François, « Les nouvelles dispositions relatives à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception (loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001) », *Gaz. Pal.* 2002, n° 47, p. 5.

[1116] Il est à noter que si l'article 2212-8 C. santé publ. confère aux médecins, sages-femmes, infirmiers ou auxiliaires médicaux une clause de conscience quant à l'IVG classique, cette même clause est refusée aux pharmaciens dans le cadre d'une IVG médicamenteuse, ces derniers ne pouvant refuser de délivrer un médicament abortif. GAUMONT-PRAT Helène, « Un pharmacien ne peut refuser de délivrer un médicament abortif », *D*. 2001, p. 529.

[1117] Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 « relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception », préc.

pour les majeures[1118], l'art. L. 2212-4 C. santé publ. maintient le caractère obligatoire de la consultation sociale pour les mineures. L'art. L. 2212-7 C. santé publ. précise qu'une seconde consultation, après l'intervention, est obligatoirement proposée aux mineures, ayant notamment pour but une information sur la contraception, mais la jeune femme n'est pas contrainte d'accepter. La première consultation est l'occasion pour la mineure d'être conseillée sur la personne majeure qui doit l'accompagner dans sa démarche. Cela constitue également une mesure visant à ne pas laisser la mineure seule.

474. Le statut de cette personne « accompagnante » n'est pas clairement établi par les textes. Elle n'est ni consultative, ni décisionnaire, elle ne joue aucun rôle de représentation et est choisie discrétionnairement par la mineure. Lors des travaux parlementaires, il a été précisé que « *la personne désignée par la personne mineure n'aura à supporter aucune responsabilité civile ou pénale, ni en raison de sa désignation par la personne mineure dûment conseillée par le médecin lors de l'entretien préalable, ni du fait de sa mission qui constitue, dès lors qu'elle l'accepte, une obligation légale* »[1119]. Il convient de rappeler que conformément à l'art. L. 1111-6 C. santé publ., une personne mineure ne peut désigner une personne de confiance, laquelle peut assister le patient lors des entretiens médicaux et sera consultée lorsque la personne sera hors d'état d'exprimer sa volonté. Ce rôle est par essence dévolu aux titulaires de l'autorité parentale, et la personne de confiance pourrait apparaître comme une concurrente. La mesure peut s'avérer inutile dans le principe puisque s'agissant de patient mineur, l'acte médical est basé sur le consentement des titulaires de l'autorité parentale conformément à l'article L. 1111-2 C. santé publ. Néanmoins, c'est un tel rôle que devrait jouer la personne qui accompagne la mineure dans ses démarches en matière d'IVG, dès lors que la patiente agit sous couvert du secret, les parents étant exclus. Pour l'heure, il n'est pas rare de voir les infirmières, sages-femmes ou anesthésistes du service revêtir la qualité de personne majeure accompagnant. À défaut, il pourra s'agir d'un ami, un membre de la famille, un éducateur voire un parfait inconnu rencontré devant l'hôpital. Il semble nécessaire que le rôle et la qualité de cette personne soient mieux encadrés pour que la mesure soit réellement utile. Si la mesure n'a pour raison d'être que de donner bonne conscience au législateur, il serait souhaitable de la supprimer tout simplement et de conférer une autonomie

[1118] MEMMI Dominique, « Faire parler : une nouvelle technique de contrôle des corps ? L'exemple de l'avortement », *Justices*, Dossier « Le corps humain saisi par la justice », Hors série, mai 2001, p. 78 ; ANDRIEU Corinne, « L'interruption volontaire de grossesse de la mineure : une liberté en question », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif* 2005, p. 2097.
[1119] LIGNIÈRES-CASSOU Martine *in* Rapport de l'Assemblée nationale n° 2977, nouvelle lecture, p. 18.

complète aux mineures, sans condition, comme cela est le cas en matière d'interruption médicale de grossesse.

475. Comme en matière de contraception, le législateur a souhaité, par un décret du 3 mai 2002[1120], rendre gratuit et anonyme les IVG pratiquées par les mineures souhaitant garder le secret. Les articles D. 132-1 à D. 132-5 CSS prévoient d'une part qu'aucune demande de paiement ne peut être présentée à l'assurée ou à l'intéressée pour les dépenses relatives aux consultations, aux frais de soins et d'hospitalisation afférents à l'IVG, et d'autre part que les documents nécessaires au remboursement de ses dépenses sont anonymes.

476. Comme en matière de contraception, le texte ne fixe pas de seuil d'âge, renvoyant indirectement au seuil naturel de la puberté. Il serait peut être opportun de limiter cette autonomie aux mineures âgées de plus de quinze ans, capable d'apprécier l'importance de l'acte et ses conséquences. Pour les mineures de quinze ans, il serait possible de leur permettre de prendre la décision tout en laissant l'opportunité aux parents de s'opposer à la grossesse ou à l'avortement, le conflit aboutissant alors devant le juge des enfants qui statuerait en fonction, notamment, de l'intérêt de l'enfant.

477. Par conséquent, le consentement de la personne mineure est parfaitement valable puisqu'il permet de répondre au fait justificatif explicite, tiré de la permission de la loi, de porter atteinte au corps de l'individu. Cette prise d'autonomie de la personne mineure sur son propre corps est un réel droit qui lui est conféré, le législateur sanctionnant, de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros, les entraves à son exercice à l'art. L. 2223-2 C. santé pub[1121]. Cependant, ces dispositions répressives sont limitées à l'IVG. En matière d'interruption médicale de grossesse, l'acte tend à se confondre avec une intervention thérapeutique traditionnelle.

[1120] Décret n° 2002-799 du 3 mai 2002 « relatif à la prise en charge anonyme et gratuite des interruptions volontaires de grossesse pratiquées sur des mineures sans consentement parental », JORF 5 mai 2002, p. 8661.

[1121] Le droit réprime également les interruptions illégales de grossesse, c'est-à-dire celles réalisées sans consentement (art. 310 C. pén., repris à l'art. L. 2222-1 C. santé publ.) ou en dehors des conditions fixées par les art. L. 2212-1 et -2 C. santé publ. (art. 2222-2 C. santé publ.). Sont enfin sanctionnés le non-respect des dispositions relatives au diagnostic prénatal (art. L. 2222-3 C. santé publ.) et la fourniture, à la femme, des moyens matériels permettant de pratiquer une interruption de grossesse sur elle-même (art. L. 2222-4 C. santé publ.).

2 – L'interruption médicale de grossesse

478. Un décret-loi du 29 juillet 1939 posait comme fait justificatif du délit d'avortement la sauvegarde de la santé de la mère. Ces dispositions ont été codifiées par la suite à l'art. L. 161 du Code de la santé publique. La loi de 17 janvier 1975[1122], en dépénalisant en partie l'avortement, ajoutait la possibilité de recourir à une interruption « thérapeutique » de grossesse (ITG) lorsque l'enfant à naître était atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. La loi envisageait également une procédure particulière avec le recours à deux médecins.

479. La loi de 1975[1123], pas plus que la loi de 1979[1124], ne prévoyaient le cas particulier des personnes mineures. Fallait-il en déduire que ces dernières étaient exclues de l'acte ? L'article L. 162-13 C. santé publ. sur l'interruption thérapeutique de grossesse renvoyait à certaines dispositions de l'IVG, parmi lesquelles ne figuraient pas celles qui concernaient la nécessité de recourir au consentement parental (art. L. 162-7 C. santé publ.). La formulation générale du texte permettait d'inclure les personnes mineures, sans recourir au consentement des titulaires de l'autorité parentale, la personne mineure pouvant subir une ITG sur la base de son seul consentement[1125].

480. La loi du 4 juillet 2001[1126] opère une substitution de terminologie, passant de l'interruption thérapeutique de grossesse à l'interruption médicale de grossesse, (IMG) puisque « *ce sont, en effet, des raisons médicales, concernant soit la femme, soit l'enfant à naître, qui sont à l'origine de l'interruption de grossesse alors que les délais légaux de l'IVG sont dépassés* »[1127]. Les dispositions se retrouvent à l'art. L. 2213-1 C. santé publ., et même si la procédure a été modifiée (les médecins consultés n'ayant plus la même qualité), la situation des mineures n'est toujours pas explicitement abordée. Par conséquent, le raisonnement perdure, laissant à la mineure le libre choix sur son corps, la loi n'exigeant pas en la matière la présence d'un tiers majeur accompagnateur. De même, et corrélativement, comme le législateur n'a pas prévu la situation de la mineure, les mesures visant à garantir la gratuité et

[1122] Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 « relative à l'interruption volontaire de grossesse », préc.
[1123] *Ibid*.
[1124] Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979 « relative à l'interruption volontaire de grossesse », préc.
[1125] Dans ce sens voir : DUVAL-ARNOULD Domitille, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, *op. cit*., pp. 123 et s.
[1126] Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 « relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception », préc.
[1127] TAQUET François, « Les nouvelles dispositions relatives à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception (loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001), art. préc.

l'anonymat de l'acte ne se retrouvent pas dans le cadre d'une IMG. Au vu du motif médical, cette intervention se rapproche plus du droit commun de l'acte médical réalisé sur un mineur, l'acte pouvant ici avoir un but thérapeutique[1128], que du droit spécial de l'interruption de grossesse.

481. Même si là non plus le législateur n'a pas posé de critère de seuil d'âge pour s'émanciper du consentement des titulaires de l'autorité parentale, un schéma identique à celui proposé en matière d'IVG serait possible, en ne laissant pleinement autonome que les mineures de plus de quinze ans. La mineure étant désormais libre de choisir entre l'avortement et la grossesse, cette même capacité décisionnaire autonome lui est reconnue lorsqu'elle poursuit normalement la grossesse jusqu'à l'accouchement.

B – La poursuite de la grossesse : l'accouchement

482. La mineure, quel que soit son âge, décide désormais seule de la poursuite ou non de sa grossesse, sur la base du principe du droit de disposer de son corps. Si elle décide de mener sa grossesse à terme, la mère, civilement incapable, pourra-t-elle néanmoins consentir aux actes médicaux réalisés sur le nouveau-né ? La jeune mère devra-t-elle recourir au consentement de ses propres parents ? L'accouchement en tant qu'intervention médicale, voire chirurgicale, relève en principe de l'autorité parentale, les parents devant assurer, notamment, la santé de l'enfant, conformément à l'art. 371-1 C. civ. Or, il apparaît qu'en l'état actuel du Droit, la mineure peut non seulement décider seule de mener à terme sa grossesse, mais aussi de recourir à l'accouchement sous X.

483. L'accouchement sous X jouit d'une longue tradition en France qui trouve son origine à l'époque de Saint Vincent de Paul avec l'usage du tour[1129]. Déjà auparavant, certains asiles accueillaient les mères en leur garantissant le secret sur leur grossesse et leur accouchement[1130]. Le but était d'éviter les infanticides, les mères n'ayant souvent pas les moyens d'assumer les enfants, ni même l'envie. Par un décret-loi du 28 juin 1793, la Convention proclame non seulement un droit au secret mais également la gratuité des soins

[1128] MEMETEAU Gérard, « Le refus de soins à un enfant conçu », *RDSS* 1979, p. 317.
[1129] Il s'agit en fait d'un tour qui se trouvait dans le mur d'un hospice. La mère déposait l'enfant dans le tour puis sonnet une cloche. De l'autre côté, une autre personne actionnait le tour et recueillait l'enfant dans un anonymat total.
[1130] GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Actions relatives à la filiation – Recherche de maternité », *J.-Cl. Civ.*, art. 325, 326 et 328, 2006, n° 45.

liés à l'accouchement[1131]. Ces éléments seront repris par la suite[1132] avec une consécration législative par la loi du 6 janvier 1986[1133] qui crée l'art 47 du Code de la famille, lequel énonce que « *les frais d'hébergement et d'accouchement des femmes qui ont demandé, lors de leur admission en vue d'un accouchement dans un établissement public ou privé conventionné, à ce que le secret de leur identité soit préservé, sont pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance* ». Ces dispositions figurent aujourd'hui dans l'article L. 222-6 CASF. Avec une loi du 8 janvier 1993[1134], le législateur introduit le principe d'un droit à l'accouchement sous X dans le Code civil en créant un art. 341-1 qui dispose que « *lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé* ». La démarche n'a rien d'innovante puisqu'elle reprend les dispositions du CASF, mais corrélativement l'art. 340 C. civ. est également modifié pour préciser les conséquences de cet accouchement secret sur la filiation de l'enfant au travers de l'établissement d'une fin de non-recevoir à la recherche de maternité naturelle. Ces éléments se trouvent aujourd'hui à l'art. 326 C. civ. qui rappelle que « *lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé* » ; étendant la fin de non-recevoir à la filiation légitime.

484. Dans la mesure où le texte vise « *la mère* » et où les dispositions du CASF s'applique à « *toute femme* », se pose alors la question des personnes mineures. Une mineure peut-elle accoucher sous X. et consentir seule aux actes médicaux subséquents ? Les textes ne prévoient pas le cas particulier des mineures et la doctrine est divisée. Certains auteurs estiment que « *rien dans les textes ne permet d'affirmer qu'en droit des incapacités la décision d'accoucher sous X. appartient à la mineure seule sans aucune autre protection* »[1135], alors que d'autres relèvent que « *la loi ne distingue pas selon l'âge de la parturiente, ce qui est normal puisque l'intervention suppose précisément l'anonymat, c'est-*

[1131] « Il sera pourvu par la Nation aux frais de gésine de la mère et à tous ses besoins pendant le temps de son séjour qui durera jusqu'à ce qu'elle soit parfaitement rétablie de ses couches. Le secret le plus inviolable sera conservé sur tout ce qui la concerne ».
[1132] Décret-loi du 2 septembre 1941 « sur la protection de la naissance » ; décrets du 29 novembre 1953, JORF 3 décembre 1953, p. 10759, et du 7 janvier 1959, JORF 9 janvier 1959, p. 667.
[1133] Loi n° 86-17 du 6 janvier 1986 « adaptant la législation sanitaire et sociale aux transferts de compétence en matière d'aide sociale et de santé », JORF 8 janvier 1986, p. 372.
[1134] Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 « modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales », JORF 9 janvier 1993, p. 495.
[1135] HAUSER Jean, note sous Cass. civ. 1re, 2 nov. 1996, *RTD civ*. 1997, p. 98.

à-dire l'ignorance sur son état civil. Qu'elle soit mineure ou majeure, il appartient à la future mère seule de demander le bénéfice de l'accouchement sous X. »[1136].

485. L'art. 328 C. civ. confère aux parents, mêmes mineurs, la seule qualité pour agir en recherche de paternité ou de maternité. Aussi, parallèlement, il ne serait pas absurde, même dans le silence de la loi, de leur reconnaître la même capacité, pour l'acte opposé où la mineure renonce seule, à l'établissement de ce lien de filiation. C'est d'ailleurs dans ce sens que statue la Cour de cassation dans un arrêt du 5 novembre 1996[1137]. Une jeune fille de seize ans accouche sous X. L'enfant est remis à l'Aide sociale à l'enfance afin d'être admis comme pupille de l'État, puis placé en vue de son adoption sur décision du conseil de famille des pupilles de l'État, conformément à l'art. 349 C. civ[1138]. « *En effet, la femme qui a accouché n'est pas juridiquement la mère ; elle n'a donc pas qualité pour consentir à l'adoption, l'enfant né sous X étant sans filiation connue ni établie* »[1139]. La cour d'appel d'Agen saisie du litige annule le procès-verbal de remise de l'enfant par X à l'ASE, estimant que la mère mineure n'avait pas la capacité juridique de consentir à un tel acte, son consentement n'étant pas valable. Par conséquent, l'enfant ne peut être déclaré pupille de l'État. La Haute juridiction casse l'arrêt dans un attendu limpide, précisant « *qu'en l'absence de reconnaissance, la filiation n'était pas établie, de sorte que le consentement de Mlle D… n'avait pas à être constaté lors de la remise de l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance* ». Une mineure peut donc valablement accoucher sous X., et le cas échéant en dehors même du consentement des titulaires de l'autorité parentale ; « *il est bien évident, en effet, que l'abandon d'un enfant, comme sa reconnaissance, est un acte à caractère personnel, accompli par la femme en sa qualité de mère et pour lequel aucune représentation (ou assistance) n'est recevable* »[1140].

486. Le législateur, sur la base du droit de disposer de son corps, a déjà reconnu la possibilité pour la mineure d'agir en marge des titulaires de l'autorité parentale, seule ou accompagnée d'un majeur de son choix, en conférant à son unique consentement la qualité

[1136] NEIRINCK Claire, « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP G* 1996, I, 3922. Voir dans le même sens : DUVAL-ARNOULD Domitille et DUVAL-ARNOULD Marc, *Droit et santé de l'enfant*, *op.cit*., p. 207 ; GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, art. préc., n° 46 ; ARDEEFF Isabelle, note sous Cass. civ. 1re, 2 nov. 1996, *JCP G* 1997, II, 22749.
[1137] Cass. civ. 1re, 5 nov. 1996, préc., *D.* 1997, p. 587, note MASSIP Jacques ; p. 161, note GRANET Frédérique.
[1138] Art. 349 C. civ. : « *Pour les pupilles de l'État dont les parents n'ont pas consenti à l'adoption, le consentement est donné par le conseil de famille de ces pupilles* ».
[1139] GRANET Frédérique, note sous Cass. civ. 1re, 5 nov. 1996, préc.
[1140] MASSIP Jacques, note sous Cass. civ. 1re, 5 nov. 1996, préc.

suffisante pour contribuer à justifier pénalement l'acte portant atteinte à son corps. Tel est le cas en matière de contraception régulière ou d'urgence, ou encore de l'interruption de grossesse (volontaire ou médicale). De plus, une fois l'enfant né, les parents mineurs jouissent de l'autorité parentale et prennent seuls les décisions concernant le nouveau-né. Il faut reconnaître ici un certain effet émancipateur et responsabilisant de la grossesse et du statut de parent[1141]. Suivant cette même philosophie d'autonomisation de l'individu mineur concernant les actes ayant un caractère très personnel, il conviendrait d'admettre que les dispositions de l'accouchement sous X. s'appliquent aux mineures. Cependant, à l'instar des autres domaines énumérés, cette prérogative ne devrait être possible que pour les mineures ayant acquis une certaine maturité. Une fois encore le seuil de quinze ans paraît être le plus adapté, par soucis de cohérence avec les autres mesures pour mieux encadrer l'accompagnement de la mineure pendant cet acte.

487. Cette autonomie, au travers du secret et de la gratuité, en matière d'accouchement semble jouer uniquement lorsque la mineure accouche anonymement[1142]. En effet, les dispositions ne sont relatives qu'à l'accouchement sous X., lequel « *protège en première lieu la mère : il lui permet d'abord de cacher sa grossesse et sa maternité aux tiers, et notamment à son entourage* »[1143]. Mais qu'en est-il de la mineure qui a réussi à dissimuler sa grossesse à ses parents et qui se rend dans un établissement hospitalier pour accoucher normalement, sans demander l'anonymat ? Peut-elle toujours bénéficier du secret face à ses parents et de la gratuité ? Dans la mesure où l'accouchement est imminent, il apparaît que le médecin se trouvera en situation d'urgence lui permettant de se passer du consentement des titulaires de l'autorité parentale conformément à l'article L. 1111-4 C. santé publ. Cependant, en dehors de cette situation extrême, l'admission des mineurs à l'hôpital requiert le consentement des titulaires de l'autorité parentale[1144], l'acte tombant alors dans le Droit commun des actes

[1141] Alors que le mariage produit cet effet émancipateur bien que ne poussant pas nécessairement les jeunes mariés à être plus mature ou plus responsable, il ne serait pas incohérent que l'accouchement et plus globalement la qualité de parents produise le même effet.

[1142] La Cour de cassation s'est récemment prononcée sur la possibilité pour les grands-parents biologiques d'un enfant pupille de l'État, mais encore placé en vue d'une adoption, de se faire connaître et ce malgré le fait que la mère ait accouché sous X : Cass. civ. 1re 8 juill. 2009, pourvoi n° 08-20153 ; *Dr. Famille* 2009, comm. 108, note MURAT Pierre ; *JCP G* 2009, 152, note FAVIER Yann; SALVAGE-GEREST Pascale, « Les grands-parents et l'adoption de leur petits-enfants, *Dr. Famille* 2009, étude 32.

[1143] TERRÉ François et FENOUILLET Dominique, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités,* Dalloz, coll. « Précis », 2005, n° 798, p. 733.

[1144] Art. 27 du décret n° 74-27 du 14 janvier 1974 « relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux », JORF 16 janvier 1974, p. 603, intégré par le décret n° 2003-462 du 21 mai 2003 « relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du code de la santé publique », JORF 27 mai 2003, p. 37006, à l'art. R. 1112-34 C. santé publ. qui dispose que « *l'admission d'un mineur est prononcée, sauf*

médicaux. Dans ce cadre, le législateur a reconnu, depuis peu de temps, un principe général d'autonomie du mineur dans lequel son seul consentement permet de constituer le fait justificatif implicite tiré de l'art médical.

<u>Section 2</u> : Une autonomie corporelle étendue au droit commun des actes médicaux

488. Le Droit commun des actes médicaux sur les mineurs renvoie aux principes de l'autorité parentale, conférée aux parents pour protéger l'enfant, notamment dans sa santé comme le rappelle l'article 371-1 C. civ. Dans ce cadre, c'est le consentement des titulaires de l'autorité parentale qui permet de parfaire le fait justificatif implicite de l'exercice médical. Si cet accord fait défaut, l'acte n'est plus justifié et la répression pénale s'applique ; l'acte illégal devient illicite. Le consentement de l'enfant est alors écarté, même si l'art. 371-1 C. civ. prévoit, dans une formule générale, que les parents doivent associer l'enfant dans les décisions le concernant « *selon son âge et son degré de maturité* ». Pour la sphère médicale, l'art. L. 1111-2 C. santé publ. rappelle le principe de l'autorité parentale mais lui adjoint aussitôt un tempérament en précisant que les mineurs participent à la décision les concernant d'une manière adaptée à leur degré de maturité. L'art. L. 1111-4 C. santé publ. poursuit en énonçant que « *le consentement du mineur […] doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ». L'adhésion du mineur à la thérapeutique choisie est également un facteur de guérison, d'où la nécessité de la rechercher. Toute la difficulté ici est d'adapter la relation médecin – patient, par essence bilatérale, à un trio puisque s'ajoute un tiers décideur en sus du patient.

489. Au croisement de la dynamique des droits de l'enfant tendant à le rendre plus autonome et de l'émergence de la démocratie sanitaire visant à attribuer le pouvoir décisionnel au patient, le législateur a reconnu une réelle autonomie sanitaire des mineurs. Les médecins ne doivent plus rechercher seulement son avis mais également son consentement, lequel pourra, en marge des règles sur l'autorité parentale, contribuer à justifier l'acte médical. Cette reconnaissance d'une autonomie corporelle tenant à la santé, qualifiée

nécessité, à la demande d'une personne exerçant l'autorité parentale ou de l'autorité judiciaire ». Voir pour une analyse plus globale : ROUSSET Guillaume, « Le mineur en établissement de santé, un patient d'un type particulier », *Droit, déontologie et soins*, 2004, n° 3, p. 283.

parfois de « *clé de voûte de l'élaboration du régime de prémajorité* »[1145], se fera soit par le jeu du consentement pour les actes thérapeutiques (§1) soit par celui d'un droit d'opposition pour les actes ne présentant aucun bénéfice médical pour lui (§2).

I – Le consentement exclusif du mineur

490. Pour les actes médicaux ayant un caractère thérapeutique, c'est-à-dire visant à soigner l'individu, le législateur reconnaît au consentement du mineur une pleine efficacité. Dans cette hypothèse, l'acte revêt un caractère si personnel, touchant à son corps qu'il paraît naturel de donner au patient, même mineur, une capacité décisionnelle autonome. Si celle-ci est désormais clairement affirmée pour la demande de soin (A), elle semble néanmoins controversée dans l'hypothèse opposée du refus de soins (B).

A – Un consentement affirmé dans la demande de soins

491. En dehors des hypothèses où les textes prévoient une consultation ou une association du mineur aux décisions le concernant, le législateur a conféré à la personne mineure le statut de patient. En effet, il apparaît des situations où la relation tripartite inédite (médecin / parents / mineur patient) revient au principe d'une relation bilatérale (médecin / mineur patient), évinçant alors les titulaires de l'autorité parentale non seulement de la décision, mais aussi de tout ce qui l'entoure et notamment de l'information.

492. La loi du 4 mars 2002[1146] contribue significativement à l'autonomie des personnes mineures et à la reconnaissance d'une capacité de décision sur leur corps au travers de leur santé[1147]. L'article L. 1111-5 C. santé publ. confère au mineur la possibilité de se faire soigner sur la seule base de son consentement, en dehors de celui des titulaires de l'autorité parentale, en rappelant que « *le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité*

[1145] ROQUE Julien, « La prémajorité », *Dr. Famille* 2009, étude 20.
[1146] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 « relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », JORF 5 mars 2002, p. 4118.
[1147] ESPER Claudine, MOTHE Sandrine, REY-SALMON Caroline, ALVIN Patrick, MOUREN Marie-Christine et PRUVOST Marie-Line, « Le droit du mineur usager du système de santé : vers l'autonomie », *Actualité JuriSanté* 2003, n° 42, p. 4.

parentale afin de garder le secret sur son état de santé ». Par conséquent, et par dérogation aux dispositions sur l'incapacité du mineur l'obligeant à être représenté par les titulaires de l'autorité parentale, son consentement va permettre aux médecins d'agir licitement. Son seul consentement est pris en compte dans l'étude du fait justificatif implicite des actes médicaux.

493. Pour que son consentement soit éclairé, encore faut-il que le patient ait reçu une information claire et appropriée. En cela, l'art. L. 1111-2 C. santé publ. dispose d'une part que le mineur est un destinataire direct de l'information et d'autre part que les titulaires de l'autorité parentale reçoivent également l'information, « *sous réserve des disposition de l'art. L. 1111-5* ». Aussi, lorsque le mineur souhaite se faire soigner en dehors de ses parents, il est le seul destinataire de l'information, l'unique interlocuteur du médecin. Dans la même logique, l'art. L. 1111-7 C. santé publ., même s'il substitue les parents à l'enfant dans l'accès au dossier médical[1148], prévoit néanmoins non seulement la possibilité pour le mineur d'imposer la médiation d'un médecin pour l'accès des parents à son dossier (les parents n'ont alors qu'un accès indirect au dossier), mais surtout, dans le cadre de l'art. L. 1111-5 C. santé publ., d'opposer le secret à ses parents, les titulaires de l'autorité parentale n'ayant plus du tout accès aux informations entrant dans ce cadre[1149]. Ainsi, « *le secret sur l'acte médical se prolonge par le secret sur l'information en en verrouillant l'accès* »[1150], conformément à l'art. R. 1111-6 C. santé publ. qui dispose que « *la personne mineure qui souhaite garder le secret sur un traitement ou une intervention dont elle fait l'objet dans les conditions prévues à l'article L. 1111-5 peut s'opposer à ce que le médecin qui a pratiqué ce traitement ou cette intervention communique au titulaire de l'autorité parentale les informations qui ont été constituées à ce sujet* ». Par conséquent, est justifié le refus opposé par le directeur d'un centre hospitalier à la demande d'une mère qui souhaite avoir accès au dossier de sa fille qui,

[1148] En effet, la personne mineure ne dispose pas d'un droit d'accès direct à son dossier, dont l'exercice est réservé aux titulaires de l'autorité parentale. Ceci est paradoxal dans le cadre d'une dynamique d'autonomie de la personne mineure et la justification d'une telle exclusion ne s'impose pas. Si la personne mineure peut consentir seule aux actes médicaux sur son corps, pourquoi ne pourrait-elle pas accéder seule aux informations qui la concernent ? Pour une analyse de la problématique, voir : FLAUSS-DIEM Jacqueline, « Le mineur et l'accès à son dossier médical », *Médecine & Droit* 2007, p. 115 ; VIGNAL Nancy, « L'accès au dossier médical », *LPA* 2002, n° 122, p. 19.

[1149] Art. L. 1111-7 al. 5 C. santé publ. : « *Sous réverse de l'opposition prévue à l'article L. 1111-5, dans le cas d'une personne mineure, le droit d'accès est exercé par le ou les titulaires de l'autorité parentale. À la demande du mineur, cet accès a lieu par l'intermédiaire d'un médecin* ».

[1150] FLAUSS-DIEM Jacqueline, art. préc.

accueillie dans un centre médico-psychologique dans le cadre de l'art. L. 1111-5 C. santé publ., s'oppose à ce que sa mère soit consultée et informée de cette partie de son dossier[1151].

494. Ce droit au secret conféré aux mineurs, sur l'acte médical ainsi que sur les informations antérieures et postérieures à celui-ci, n'est cependant pas général et absolu. L'art. L. 1111-5 C. santé publ. fixe diverses conditions encadrant cette prise d'autonomie, que certains auteurs analysent comme une défiance à l'autorité parentale[1152]. Tel n'est pas le cas puisqu'il s'agit, à l'instar des dispositions relatives à la contraception ou à l'interruption volontaire de grossesse, d'éviter des refus abusifs de parents et de permettre à la personne mineure de se faire soigner dans des circonstances qui la pousseraient à garder le silence. Sans ces dispositions, l'individu pourrait refuser d'en parler à ses parents et l'intervention médicale serait repoussée, pouvant entraîner des complications pour sa santé. Dans cet esprit, l'art. L. 1111-5 C. santé publ. prévoit que le médecin doit « *dans un premier temps* » s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à la consultation des titulaires de l'autorité parentale. Si le patient maintient son refus, le médecin peut mettre en œuvre le traitement ou l'intervention. Le professionnel de santé agit prioritairement dans l'intérêt du patient mineur et non à l'encontre des titulaires de l'autorité parentale, en essayant de convaincre le mineur de les associer à ses décisions.

495. Cette autonomie n'est pas absolue mais limitée à certains actes médicaux[1153], le texte visant « *les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure* ». Sont exclus du champ d'application de l'art. L.1111-5 C. santé publ. les actes non strictement thérapeutiques comme la chirurgie esthétique, mais aussi les actes médicaux ne s'imposant pas pour sauvegarder sa santé. Cette dernière formule, bien que floue par sa terminologie, semble renvoyer à des actes médicaux important, voire « *indispensables pour sauvegarder la santé du mineur* »[1154]. Tel n'est pas le cas des actes bénins qui ne sont pas indispensables, comme certaines consultations dermatologiques ou dentaires. Or deux arguments peuvent être avancés ici. D'une part, si le

[1151] CE, 17 nov. 2006, *Mme X contre Centre hospitalier interdépartemental de Clermont de l'Oise*, requête n° 270863, *Gaz. Pal.* 2008, n° 159, p. 29, note GABRIEL Aurélie.
[1152] KIMMEL-ALCOVER Anne, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS* 2005, p. 265 ; MATHIEU Bertrand, « Le droit des personnes malades », *LPA* 2002, n°122, p. 10 ; GRIDEL Jean-Pierre, « L'acte éminemment personnel du mineur », *Gaz. Pal.* 2003, p. 765 : l'auteur estime que dans ce cas « *c'est l'autorité parentale à l'envers : le mineur associe ou non ses parents à sa décision, selon leur âge et leur degré de modernité ou de sénilité* ».
[1153] L'art. L. 3414-1 C. santé publ. permet au mineur toxicomane de se faire soigner dans le secret, à sa demande.
[1154] KIMMEL-ALCOVER Anne, art. préc.

consentement du mineur est valable pour les actes les plus graves, pourquoi ne le serait-il pas *a fortiori* pour les actes bénins ? D'autre part, ces actes bénins pourraient être considérés comme des actes usuels (au sens du Code civil) en fonction de l'âge du mineur que l'usage lui permet de réaliser seul[1155].

496. Dés lors que l'acte médical est thérapeutique, il semble que le mineur puisse y consentir seul. Toutefois, comme pour l'interruption volontaire de grossesse, le législateur impose que le mineur soit accompagné d'une personne majeure de son choix. Les doutes et les incertitudes pesant à la fois sur le rôle de cette personne et sur sa désignation se retrouvent ici. S'agissant d'une simple personne accompagnatrice, celle-ci ne peut pas assister aux entretiens médicaux, sous peine pour le médecin de commettre le délit de violation du secret professionnel[1156], et elle n'a pas vocation à être consultée. Le seul consentement du mineur étant suffisant pour justifier l'acte médical, il semble que l'absence de ce tiers majeur ne puisse entraîner aucune sanction, ni remettre en cause la validité de l'acte. Le mineur jouit donc d'une autonomie décisionnelle et d'une autodétermination sur son corps en matière de santé, consacrée par l'art. L. 1111-5 C. santé publ. Ce droit au secret ne semble couvrir que les actes qui relèvent de ces dispositions ; « *le principe est l'absence de droit au secret médical du mineur opposable à ses parents, à l'exception des hypothèses dans lesquelles le droit soustrait l'acte médical à l'autorité parentale* »[1157]. Ce droit au secret était reconnu par le législateur dans diverses situations éparses, notamment pour la contraception et l'interruption de grossesse, mais il a acquis un domaine d'application considérable avec la loi du 4 mars 2002[1158].

497. Pour que ce droit au secret soit effectif, et que l'autonomie soit réelle, le législateur a omis de régir un élément essentiel qu'il a pourtant couvert pour la contraception, l'interruption volontaire de grossesse et l'accouchement sous X., à savoir l'aspect financier. En effet, dans ces trois derniers cas, les textes prévoient la gratuité et l'anonymat de l'acte permettant aux mineures d'être vraiment autonomes et de garantir un secret absolu à

[1155] Art. 389-3 et 408 C. civ. En ce sens voir : NERSON Roger, « Le respect par le médecin de la volonté du malade », *in Mélanges dédiés à Gabriel MARTY*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 853. L'auteur estime qu'il faut faire une distinction selon l'âge du mineur patient, l'usage pouvant permettre aux mineurs d'agir eux-mêmes.
[1156] Art. 226-13 C. pén.
[1157] BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. « Précis », 2008, n° 1140, p. 606.
[1158] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 « relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », préc.

l'encontre des titulaires de l'autorité parentale. « *Un enfant souhaitant consulter un médecin […] sans que ses parents le sachent obtiendra sans difficulté un rendez-vous. En revanche, la question du paiement de la consultation reste ouverte* »[1159]. Dès lors, les mineurs étant rattachés à leurs parents pour leur affiliation sociale, ce sont ces derniers qui recevront le détail des soins adressés par la sécurité sociale ou les mutuelles de santé, levant ainsi, indirectement, le secret sur l'acte médical réalisé.

498. Tel n'est pas le cas, comme le rappelle l'art. L. 1111-5 al. 2 C. santé publ., pour le mineur dont les liens familiaux sont rompus et qui peut bénéficier de la couverture maladie universelle[1160] (CMU). Dans cette hypothèse, il bénéficie à titre personnel du remboursement des prestations en nature de l'assurance maladie et de la couverture complémentaire de la CMU. Cependant, l'art. L. 861-1 CSS limite cette possibilité d'octroi de la CMU aux mineurs d'au moins seize ans. La rupture familiale et l'âge proche de la majorité sont deux facteurs d'autonomisation.

499. Dans la mesure où l'art. 1111-5 C. santé publ. ne prévoit pas de seuil d'âge, à l'instar d'ailleurs des autres mesures médicales pour lesquelles le consentement du mineur suffit, il conviendrait de déterminer une « *majorité médicale anticipée* »[1161], « *de fixer une sorte de pré-majorité médicale permettant au grand adolescent de décider lui-même de révéler ou non à ses parents toutes les informations relatives à son état de santé* »[1162]. Cette pré-majorité médicale, permettant aux mineurs d'exercer leurs droits sur leur corps, existe déjà. Elle est pleinement efficace pour les actes spéciaux comme la contraception, l'IVG ou encore l'accouchement sous X., et est bien avancée pour les actes médicaux thérapeutiques de droit commun. La fixation d'un seuil d'âge, par exemple quinze ans, permettrait aux mineurs proches de la majorité et jouissant d'une maturité suffisante de décider seuls et d'apprécier les conséquences de leur choix, d'être pleinement autonomes sur les actes relatifs à leur santé. Il conviendrait de procéder à une prise en charge des frais médicaux par la collectivité pour éviter une information indirecte des parents, laquelle pouvant être réalisée, comme en matière de contraception, par l'envoi de feuilles de soins comportant un X dans les cadres réservés

[1159] LAUDE Anne, MATHIEU Bertrand, TABUTEAU Didier, *Droit de la santé*, PUF, 2007, n° 317, p. 328.
[1160] Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 « portant création d'une couverture médicale universelle », JORF 28 juillet 1999, p. 11229
[1161] KIMMEL-ALCOVER Anne, art. préc.
[1162] BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *op. cit.*, n° 1140, p. 607.

aux noms du patient et de la personne affiliée, ou alors par le biais de l'ASE[1163], sans pour autant que cette démarche entraîne une enquête sociale ou une mesure d'assistance éducative.

500. Une telle majorité corporelle anticipée pourrait également servir aux mineurs à gagner leur autonomie dans un secteur « miroir » à la demande de soins, et qui semble pourtant fermé à cette dynamique d'autodétermination des personnes mineures, à savoir l'hypothèse de refus de soins.

B – Un consentement discuté dans le refus de soins

501. Émettre un consentement libre signifie non seulement de pouvoir consentir positivement, adhérer à une décision (être d'accord), mais aussi de pouvoir refuser cette mesure (s'opposer). Aussi, reconnaître le consentement du patient, c'est reconnaître ces deux facettes, l'accès aux soins et le refus de soins[1164]. Si le législateur a reconnu la capacité pour les mineurs de consentir seuls aux soins, il semble que cette possibilité soit plus discutée pour le refus de soins (1) voire même annihilée dans le cadre de la fin de vie (2).

1 – Un consentement négocié pour le refus de soins courants

502. Le mineur disposant désormais d'une autonomie sur les actes médicaux réalisés sur son corps, peut-il refuser des soins malgré l'opposition de ses parents ou contre l'avis des médecins ? Théoriquement, le mineur étant incapable, se sont ses parents, en vertu de l'autorité parentale, qui disposent de la capacité de consentir, pour lui aux actes médicaux, et donc, le cas échéant, de les refuser. Ce refus ne pose pas de problème dans les situations simples, c'est-à-dire lors qu'il ne fait pas courir de danger à l'enfant ou lorsque se présente une situation d'urgence. Dans le premier cas, le refus relève du choix discrétionnaire des titulaires de l'autorité parentale ; dans le second, l'urgence permet au médecin d'agir sans requérir un quelconque consentement[1165]. En revanche, si le refus des parents risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé de l'enfant, l'art. L. 1111-4 al. 6 C. santé publ. permet au médecin de passer outre pour délivrer les soins indispensables. Il appartient

[1163] Cela serait d'ores et déjà possible : LAUDE Anne, MATHIEU Bertrand, TABUTEAU, *op. cit*.

[1164] Il s'agit d'analyser ici le refus de soins du patient et non celui du professionnel de santé. Pour une analyse de ce dernier point, voir : HOCQUET-BERG Sophie et PY Bruno, *La responsabilité du médecin*, Heures de France, coll. « Droit Professionnel », 2006, n° 329, p. 165 ; VIALLA François, « Le refus de soins peut-il induire une discrimination ? La réforme annoncée de l'article L. 1110-3 du Code de la santé publique », *Médecine & Droit* 2009, n° 94, p. 2.

[1165] Art. R. 4127-42 al. 2 C. santé publ. : « *En cas d'urgence, même si ceux-ci [*les parents*] ne peuvent être joints, le médecin doit donner les soins nécessaires [*au mineur*]* ».

alors au médecin d'apprécier les conséquences du refus des titulaires de l'autorité parentale. Afin d'éviter tout contentieux ultérieur sur l'appréciation de la gravité des conséquences, le médecin peut toujours, si le refus risque de compromettre la santé ou l'intégrité physique du mineur, « *saisir le ministère public afin de provoquer les mesures d'assistance éducative lui permettant de donner les soins qui s'imposent* »[1166]. Cette problématique se pose surtout avec les enfants dont les parents sont Témoins de Jéhovah[1167], lesquels refusent tout traitement incluant une utilisation de produits sanguins, et notamment les transfusions sanguines. Si le refus de transfusion crée un danger pour la santé de l'enfant, le juge des enfants peut intervenir *via* une mesure d'assistance éducative soit en confiant l'enfant à un tiers (ASE ou même le médecin) en lui transférant le pouvoir de consentir aux soins ou traitements préconisés (pouvoir préalablement retiré aux parents), soit en autorisant lui même les soins ou traitements requis, comme il a su le faire en matière d'IVG[1168]. Une affaire illustre cette frilosité des médecins à passer outre le refus parental de leur propre chef[1169]. Un enfant de six ans est hospitalisé pour une intervention chirurgicale en raison d'affections digestives. Alors que les parents, Témoins de Jéhovah, consentent à l'opération, ils refusent cependant la demande postérieure de l'anesthésiste de recourir, le cas échéant à une transfusion sanguine. Le médecin aurait pu s'appuyer sur l'art. L. 1111-4 C. santé publ. pour procéder, en cas de besoin, à une transfusion, mais il préféra recourir à la procédure antérieure à la loi du 4 mars 2002[1170] en s'appuyant sur l'art. R. 1112-35 C. santé publ. Le directeur du centre hospitalier saisi le procureur de la République qui remit l'enfant, par une ordonnance aux fins de placement provisoire, au centre hospitalier avec saisine du juge des enfants. Une fois l'opération réalisée, le juge des enfants ordonna la main levée de la mesure.

503. Le législateur protège le mineur contre des refus de soins des parents pouvant être néfastes à sa santé. Mais qu'en est-il lorsque ce refus émane directement du mineur lui-même ? Si la décision est partagée par les parents, le médecin doit la respecter, même si la thérapeutique choisie n'est pas la plus efficiente. Telle a été la position de la cour d'appel de Nancy dans un arrêt du 3 décembre 1982[1171], en relevant que le choix de la mère et de la fille,

[1166] Art. R. 1112-35 C. santé publ.
[1167] de TOUZALIN Hubert, « Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort », *JCP G* 1974, I, 2672 ; GARAY Alain, « Les implications du refus parental de transfusion sanguine », *Gaz. Pal*. 1995, p. 928.
[1168] JE, *Evry*, 8 nov. 1982, *D*. 1982, p. 218, note RAYNAUD Pierre
[1169] T. enfants. Auch, 28 févr. 2003, *RTD civ* 2003, p. 493, note HAUSER Jean.
[1170] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 « relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », préc.
[1171] Nancy, 3 déc. 1982, *JCP G* 1983, II, 20081, note RAYMOND Guy.

âgée de quatorze ans, n'avait jamais divergé sur la thérapeutique et qu'elles avaient toujours agi de concert, en ayant conscience des risques et conséquences du traitement choisi.

504. En revanche, quelle doit être la position du médecin devant le refus de soins du mineur patient, contre l'accord de ses parents ? Il est regrettable que le législateur, tout en permettant au médecin de soigner le mineur sur la base de son seul consentement, n'ait pas explicitement prévu cette hypothèse de consentement négatif du mineur en opposition à ses parents. « *Il serait purement spéculatif et théorique de retenir la notion clé de consentement si le droit ne garantissait pas simultanément la jouissance d'un droit au refus de soins* »[1172]. Les médecins sont placés dans une situation délicate, puisque le droit commun leur commande de suivre le consentement des titulaires de l'autorité parentale, alors qu'en pratique « *on peut difficilement admettre qu'un acte médical soit pratiqué sur un mineur qui le refuse, la contrainte physique qu'il entraînerait étant contraire à la déontologie médicale* »[1173]. Reconnaître un droit au consentement au mineur conduit non seulement à lui permettre d'accepter des soins mais aussi à les refuser, le refus de traitement constituant le « *revers naturel* »[1174] du consentement aux soins. Le mineur est destinataire de l'information, il peut consentir seul aux actes médicaux nécessaires à la sauvegarde de sa santé et il dispose d'un droit au secret ; pourquoi alors lui dénier la capacité de refuser des soins ? Apparaît ici un autre critère tout aussi essentiel que le consentement : l'intérêt de l'enfant, lequel peut contraindre le mineur à subir des soins contre sa volonté. « *Sa volonté peut sûrement contrebalancer celle de ses parents dans le cadre des soins ordinaires, lorsqu'elle n'aboutit pas à une aggravation de son état* »[1175]. Ces soins forcés pourraient être qualifiés de tortures et actes de barbarie par la CEDH et « *seraient contraires au principe de la dignité humaine et surtout d'inviolabilité du corps humain, notamment consacré par l'article 16-3 du Code civil et l'article de la Convention européenne des droits de l'homme* »[1176]. Le temps où les médecins « attachaient » le mineur pour un vaccin ou le dentiste pour arracher une dent semble révolu. Le dialogue est aujourd'hui prôné et il paraît concrètement difficile pour un professionnel de santé de passer au-delà du refus effectif du mineur, malgré l'accord des parents[1177] et bien que l'acte soit

[1172] GARAY Alain, « Consentement aux actes médicaux et droits des patients », *Gaz. Pal.* 1999, 1, doctr., p. 32.
[1173] BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *op. cit.*, n° 1125, pp. 595 et 596.
[1174] HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Disposer de soi : une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2004, p. 153.
[1175] DUVAL-ARNOULD Domitille et DUVAL-ARNOULD Marc, *Droit et santé de l'enfant*, *op.cit*., p. 29.
[1176] BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *op. cit.*
[1177] Dans ce sens notamment : BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *op. cit.* n° 1125, pp. 595 et 596 ; DUVAL-ARNOULD Domitille et DUVAL-ARNOULD Marc *op. cit.* p. 29 ; BOUVIER Françoise, « Le consentement à l'acte thérapeutique : réalités et perspectives », *JCP G* 1986, I, 3249.

réalisé dans son intérêt : même si juridiquement, l'intérêt de l'enfant justifiera qu'il soit passé outre son refus.

505. Une fois encore, le caractère évolutif de la minorité devrait conduire à différencier au sein des personnes mineures parmi celles qui sont suffisamment matures pour apprécier seules ce qui est dans leur intérêt, et celles qui ne le sont pas. Il semble nécessaire que le législateur intervienne pour clarifier la situation. Son action ne pourrait se faire que dans le sens d'une harmonisation cohérente avec les dispositions déjà en place qui confèrent une autonomie décisionnelle aux mineurs. L'élaboration d'une pré-majorité corporelle conforterait ainsi la possibilité aux mineurs matures de refuser des soins[1178], au-delà d'un certain âge, pouvant être fixé à quinze ans. Cette institution permettrait également de résoudre un conflit identique qui se présente lorsque le mineur est en fin de vie et où la question se pose avec plus d'acuité, sa volonté étant contestée.

2 – Une volonté contestée pour le refus de soins en fin de vie

506. Par une loi du 22 avril 2005[1179], le législateur poursuit sa logique, issue de la loi du 4 mars 2002, d'instaurer une démocratie sanitaire, en plaçant le patient au cœur de la décision en matière médicale, mais dans le cadre particulier de la fin de vie des personnes souffrant d'une affection incurable. Le maître mot de la réforme est alors la considération de la dignité de la personne, notamment en respectant sa volonté quant à la gestion médicale de ses derniers moments. Le nouvel art. L. 1111-10 C. santé publ. précise que « *lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave ou incurable […] décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informé des conséquences de son choix* », le médecin dispensant alors les soins palliatifs, visés à l'art. L. 1110-10 C. santé publ., pour sauvegarder sa dignité.

507. Dans ce cadre, le législateur est resté muet sur la situation particulière des mineurs en fin de vie. Quid du mineur qui désire mourir malgré le refus de ses parents ? Il s'avère que les dispositions légales régissant les conflits au sujet de la santé de l'enfant sont tournées vers le choix du meilleur traitement pour sauvegarder la santé de celui-ci, les mesures étant

[1178] « *Ce droit au refus de soins trouve sa raison d'être dans le principe d'intangibilité et d'inviolabilité du corps humain* », MISTRETTA Patrick, « Le médecin doit veiller à ce que le refus de soins du patient soit éclairé en cas d'opposition au traitement préconisé », *JCP G* 2006, II, 10045.
[1179] Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 « relative aux droits des malades et à la fin de vie », JORF 23 avril 2005, p. 7089.

systématiquement dictées par l'intérêt de l'enfant. La logique est ici toute autre puisque le mineur est en fin de vie et que les dispositions légales ne visent plus à sauvegarder la santé de l'individu mais à respecter sa dignité.

508. L'autonomie conquise dans les autres domaines de la santé se retrouve ici inefficace. Bien que l'art. L.1111-2 C. santé publ. rappelle l'obligation d'information directe à l'égard des mineurs, et que l'art. L. 1111-4 C. santé publ. impose que leur consentement soit recherché pour les décisions les concernant, il apparaît que leur capacité décisionnelle soit alors annihilée. D'une part, l'art. L. 1111-5 C. santé publ., « *véritable mise en échec des prérogatives des père et mère par la volonté de leur propre enfant* »[1180], se révèle dans le cadre de la fin de vie inapplicable. Le texte prévoit la possibilité pour le mineur de consentir seul aux soins à la condition que ceux-ci visent à sauvegarder sa santé. Bien que les soins palliatifs restent des soins, ils n'ont plus pour but de sauvegarder la santé du patient, mais sa dignité, soulager la douleur et apaiser la souffrance ; ils ne sont plus thérapeutiques comme le précise l'art. L. 1110-10 C. santé publ. De plus, en cas de refus des titulaires de l'autorité parentale, l'art. L. 1111-4 C. santé publ. permet au médecin de passer outre ce refus, en cas de risque de conséquences graves pour la santé de l'enfant, pour délivrer les soins indispensables. S'agissant de soins palliatifs, la santé de l'enfant est déjà irrémédiablement compromise et les soins donnés ne visent pas éviter des conséquences graves, « *puisqu'il s'agit de faire droit à la demande d'un mineur d'interrompre un traitement contre l'accord de sa famille, ce qui conduira inéluctablement à sa mort* »[1181]. Dans cette hypothèse, il semble que les parents soient totalement maîtres de la décision à prendre au mépris des volontés du patient mineur. Une fois encore le dialogue semble être la meilleure solution, mais la loi n'apporte aucune solution en cas conflit.

509. La capacité décisionnelle du mineur étant niée lorsqu'il est conscient, elle le sera *a fortiori* lorsqu'il est inconscient. Les mécanismes élaborés par la loi pour faire connaître et valoir les volontés du patient hors d'état d'exprimer sa volonté écartent les mineurs. Ainsi, en est-il de la désignation d'une personne de confiance[1182]. Bien qu'en matière d'IVG et de soins courants, le législateur exige que le mineur soit accompagné d'une personne majeure de son

[1180] KIMMEL-ALCOVER Anne, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS* 2005, p. 265.
[1181] CORPART Isabelle, « Nouvelle loi sur la fin de vie : début d'un changement – Commentaire de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie », *Dr. Famille* 2005, étude 14.
[1182] ESPER Claudine, « La personne de confiance », *Gaz. Pal.* 2002, n° 349, p. 13.

choix, celle-ci n'est cependant pas une « personne de confiance » au sens légal du terme. La loi dénie la capacité aux mineurs d'en désigner une, puisque l'article L. 1111-6 C. santé publ. précise que « *toute personne majeure peut désigner une personne de confiance* ». Cette personne est consultée par les médecins au sujet des volontés du patient inconscient, mais son rôle est simplement consultatif et nullement décisionnaire. Tel n'est pas le cas de parents, qui représentent déjà l'enfant lorsqu'il est conscient avec une capacité de décision, laquelle représentation perdure lorsqu'il est inconscient. L'éviction semble toutefois justifiée au vu du conflit que pourrait faire naître une telle nomination mais aussi de sa pertinence puisqu'en l'état actuel du droit, la personne de confiance est consultative et les parents décisionnaires. En revanche, l'exclusion des mineurs de l'art. L. 1111-11 C. santé publ. est plus discutable. Créé par une loi du 22 avril 2005[1183], cet article dispose que « *toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées* », lesquelles « *indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement* ». Ces directives sont considérées comme « *un testament de fin de vie* »[1184] qui sont valables trois ans et révocables à tout moment. Une fois encore le législateur a limité cette prérogative aux seuls majeurs. Un parallèle peut être établi avec la sphère patrimonial où l'art. 904 C. civ prévoit la possibilité pour le mineur âgé de seize ans de tester pour la moitié de son patrimoine. Pourquoi ne pas lui reconnaître également une possibilité de tester pour des éléments extrapatrimoniaux, et notamment médicaux, qui sont des éléments plus personnels. Dans le cadre du mouvement visant à reconnaître aux mineurs proches de la majorité une autonomie décisionnelle sur leur corps, pourquoi leur fermer la porte à la rédaction de directives anticipées ? Bien évidemment, la mesure nécessitant de la part du rédacteur un minimum de maturité, il conviendrait d'encadrer cette possibilité en en limitant l'accès aux mineurs de plus de quinze ans. Étant valables trois ans, le patient pourrait alors les renouveler à sa majorité.

510. La généralité de la terminologie de l'art. L. 1111-10 C. santé publ. pose la question de son application aux mineurs. Le texte vise « *une personne* », sans autre précision. Or, l'art. L. 1111-11 C. santé publ. issu de la même loi, limite l'établissement des directives anticipées en précisant « *toute personne majeure* ». Une interprétation extensive du texte permettrait aux mineurs d'obtenir de la part du médecin l'arrêt ou la limitation de tout traitement, même contre la volonté des parents. La mesure a pour but de sauvegarder la dignité du patient en fin

[1183] Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 « relative aux droits des malades et à la fin de vie », préc.
[1184] CORPART Isabelle, art. préc. Voir également DREIFFUS-NETTER Frédérique, « Les directives anticipées : de l'autonomie de la volonté à l'autonomie de la personne », *Gaz. Pal.* 2006, n° 160, p. 23.

de vie et l'intérêt de l'enfant conduit à respecter sa dignité. Dans ce cas, la considération de la dignité du mineur ne commanderait-elle pas de respecter sa volonté, quand bien même elle serait contraire à celle de ses parents[1185] ? Ceux-ci ont souvent plus de mal que le mineur lui même à admettre qu'il n'y a plus d'espoir[1186]. L'autorité parentale est aujourd'hui un droit-fonction qui doit être exercé dans l'intérêt de l'enfant[1187], lequel commande parfois de placer le curseur vers le libéralisme et l'autonomie et non vers le paternalisme et la protection.

511. La création d'une pré-majorité corporelle permettrait d'octroyer aux mineurs de plus de quinze ans une capacité décisionnelle en raison de leur maturité et de choisir les modalités de leur fin de vie[1188] et non de les subir. Les conflits ne sembleraient apparaître que pour les mineurs proches de la majorité, qui en raison de leur recul et de leur discernement ont pu se créer leur propre conviction. La problématique est identique dans le cadre des actes médicaux non thérapeutiques, sans bénéfice pour le mineur, même si la technique législative est différente puisque l'individu ne dispose plus d'une capacité à consentir, mais uniquement d'une capacité à refuser, à émettre un droit de veto.

II – Une volonté détachée du consentement : le droit d'opposition du mineur pour les actes médicaux sans bénéfice thérapeutique

512. Il s'agit des actes médicaux qui non seulement ne sont pas thérapeutiques, c'est-à-dire qui n'ont pas pour but de soigner une pathologie, mais aussi sans bénéfice pour le mineur patient (contrairement aux soins palliatifs qui sont certes non thérapeutiques mais soulagent la douleur, présentant alors un réel bénéfice pour le patient). S'agissant d'acte sans finalité

[1185] Certains auteurs en appellent d'ailleurs à cette reconnaissance ; voir BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *op. cit.*, n° 1125, p. 597 : les auteurs précisent pour la situation d'un mineur atteint d'une maladie incurable qu'« *il serait en effet opportun d'accorder au mineur placé dans cette situation, au moins lorsqu'il a atteint un certain âge, la capacité de prendre les décisions médicales qui le concernent, notamment pour pouvoir décider de bénéficier d'un traitement antidouleur, y compris lorsque celui-ci comporte des risques pour sa vie* ». De même, CORPART Isabelle, art. préc. où l'auteur s'interroge : « *Toutefois, l'enfant ayant atteint l'âge du discernement est capable d'exprimer sa volonté, même s'il est incapable juridiquement. Son avis est de plus en plus réclamé et entendu. Doit-il l'être pour le conduire au trépas ?* ».

[1186] ZUCKER Jean-Michel, QUINTANA Erica, PACQUEMENT Hélène, DOZ François, ORBACH Daniel, MICHON Jean, « Comment continuer à soigner un adolescent que l'on a renoncé à guérir », *INFOKara*, vol. 18, n° 2/2003.

[1187] DONNIER Marc « L'intérêt de l'enfant », *D.* 1959, chron., p. 179 ; RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP G* 1994, I, 3739.

[1188] Il convient de ne pas se tromper d'ennemi, il ne s'agit pas d'opposer le mineur à ses parents, ou au personnel de santé, pour conquérir une quelconque autonomie. Il est des ennemis que l'on ne peut vaincre, seul ou à plusieurs : « *la liberté ne se conquiert jamais au détriment de celle des autre. Etre libre, c'est dominer. Dans le dernier cas, la liberté n'est acquise qu'au détriment de soi* », REVERDY Pierre, *En vrac*, Flammarion, 1989, p. 132.

thérapeutique, le fait justificatif implicite permettant aux médecins de pratiquer leur art ne peut plus jouer[1189]. Pour être licites, les actes réalisés dans ce cadre doivent s'appuyer sur un autre fait justificatif, qui sera systématiquement la permission explicite de la loi visée à l'art. 122-4 C. pén. : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* ». Chacun des domaines, qu'il s'agisse du don d'organe ou de la recherche biomédicale, a fait l'objet d'une loi spéciale, aujourd'hui codifiée au sein du Code de la santé publique[1190]. Ce fait justificatif se retrouve dans des éléments déjà étudiés comme l'IVG et la loi de 1975[1191], mais recouvre ici une certaine acuité puisque les actes médicaux ne présentent aucun bénéfice pour l'individu mineur.

513. Dans chacune des hypothèses, le législateur a introduit comme condition de la justification, l'adhésion du mineur, non pas sous la forme d'une manifestation positive de sa volonté au travers de son consentement, mais de façon négative en lui octroyant un droit d'opposition[1192]. Ce droit d'opposition peut se définir comme « *une prérogative juridique qui permet à son titulaire d'interdire, par le biais d'une manifestation de volonté purement négative et distincte du consentement, la réalisation d'une pratique déterminée* »[1193]. Toutefois la logique est différente puisque dans le premier cas, bien que l'acte ait un intérêt pour le mineur, le principe est l'interdiction et l'exception le consentement. Dans le second cas, le principe est l'autorisation, sur la base du consentement parental, et l'exception l'opposition, le silence valant alors acceptation. « *À la différence du patient qui peut refuser les soins mais également y consentir, l'opposant est simplement en droit de faire barrage à l'acte visé ; le droit ne se soucie guère de son consentement* »[1194]. Ces dispositions ne sont pas envisagées par le législateur comme des droits pour la personne mineure, mais comme des mesures de protection. Contrairement aux secteurs du domaine médical envisagés auparavant,

[1189] Cf. *supra* n° 445 : pour que le fait justificatif implicite puisse jouer quatre conditions sont à remplir, et notamment, à côté du titre de docteur en médecine, du consentement du patient et de la qualité de l'acte (un acte conforme aux données acquises de la science), le but thérapeutique de l'acte est nécessaire ; voir : PY Bruno, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse dactylographiée, Nancy, 1993, et spécialement pp. 158 et s.

[1190] Art. L. 1231-1 et s. C. santé publ. pour le don d'organe et art. L. 1121-1 et s. C. santé. publ. pour la recherche biomédicale.

[1191] Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 « relative à l'interruption volontaire de grossesse », JORF 18 janvier 1975, p. 739.

[1192] DREIFFUS-NETTER Frédérique, « Le droit d'opposition en droit des personnes », *LPA* 2007, n° 68, p. 35 ; MAZIAU Nicolas, « Le consentement dans le champs de l'éthique biomédicale française », *RDSS* 1999, p. 469.

[1193] ZAGURY Victor, *Regards sur le droit d'opposition : contribution à l'étude de la volonté en droit privé*, thèse dactylographiée, Paris X, 2009, n° 588, p. 422.

[1194] *Ibid.*, n° 314, p. 230.

le mineur ne pourra jamais procéder seul à ces actes en l'absence de capacité à consentir, le consentement d'un ou des deux titulaires de l'autorité parentale étant obligatoirement requis en sus de son absence d'opposition. Néanmoins, cela contribue à la reconnaissance d'une autonomie décisionnelle puisque l'acte ne peut être réalisé sans son adhésion ; « *l'opposition est l'expression d'un refus, ultime expression de l'autonomie conservée en dépit de l'incapacité* »[1195]. Ce droit de veto est prévu pour les dons d'organe et de sang (A) mais aussi pour la participation à une recherche biomédicale (B).

A – Une interdiction tempérée pour les dons d'organe, de moelle osseuse ou de sang

514. Dans une optique de protection, le législateur pose une interdiction de principe dans les trois hypothèses, sous forme de droit de refus mais qui constitue plutôt un droit d'opposition, niant davantage le consentement de la personne mineure. Certaines dérogations plus ou moins larges sont néanmoins organisées selon qu'il s'agisse d'organe (1), de moelle osseuse (2) ou de sang (3)

1 – Le mineur donneur d'organe

515. L'art. L. 1231-2 C. santé publ. dispose qu' « *aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure* ». Ce principe prohibitif ne connaît aucune exception. Par conséquent, un mineur de seize ans qui souhaite donner un rein à un membre de sa famille, devra attendre l'avènement de sa majorité civile. Cette interdiction a notamment pour but de permettre aux mineurs de mener à bien leur développement physique en évitant de les priver prématurément d'un organe.

516. La logique est différente pour le don d'organe post mortem, où la question n'est plus de préserver au maximum la santé de l'enfant. L'art. L. 1232-2 C. santé publ. autorise le prélèvement sur un mineur décédé à condition que les deux titulaires de l'autorité parentale y aient consenti par écrit. Cependant, le texte prévoit qu' « *en cas d'impossibilité de consulter l'un des titulaires de l'autorité parentale, le prélèvement peut avoir lieu à condition que l'autre titulaire y consente par écrit* ». Aussi, le consentement d'un seul des titulaires de l'autorité parentale peut s'avérer suffisant, et ce en raison notamment de l'urgence de la situation.

[1195] DREIFFUS-NETTER Frédérique, « Le droit d'opposition en droit des personnes », art. préc.

517. Le système français présume le consentement positif des individus sur la base d'un principe de solidarité collective et d'une nécessité sociale[1196]. Pour faire échec à cette présomption, les personnes doivent s'inscrire au registre national automatisé des refus de prélèvement[1197] et seront alors identifiées comme non donneur. Tel est le schéma posé à l'art. L. 1232-1 al. 2 C. santé publ. : le « *prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet* ». Dans la mesure où un prélèvement post mortem est possible sur un mineur, il convenait corrélativement de lui accorder le droit de s'y opposer de son vivant, à l'instar des majeurs. Alors que traditionnellement, en matière de santé, le législateur utilise le critère mou du degré de maturité pour faire participer l'enfant, il a choisi cette fois-ci, et uniquement dans cette hypothèse d'ailleurs, de recourir à un seuil d'âge. L'art. R. 1232-6 C. santé publ. prévoit que « *toute personne majeure ou mineure âgée de treize ans au moins peut s'inscrire sur le registre afin de faire connaître qu'elle refuse qu'un prélèvement d'organe soit opéré sur son corps après son décès* ». Ce refus acquiert alors une pleine efficacité juridique et fait obstacle à tout prélèvement, même avec l'accord des parents ; l'art. R. 1232-10 C. santé publ. disposant que « *sans préjudice des dispositions de l'article L. 1232-2 concernant les mineurs […] aucun prélèvement d'organe […] ne peut être opéré sur une personne décédée âgée de plus de treize ans sans interrogatoire obligatoire et préalable du registre* ». En résumé, pour les mineurs de treize ans, seul le consentement écrit des titulaires de l'autorité parentale est nécessaire (voir même d'un seul). Pour les mineurs âgé de treize ans au moins, il faut de surcroit vérifier qu'ils n'aient pas refusé personnellement le prélèvement de leur vivant, notamment en s'inscrivant au registre national.

518. Plus qu'un droit de refus, le législateur instaure en matière de prélèvement d'organe un droit d'opposition, puisque le mineur « *est simplement en mesure de dire "non" et n'a pas la possibilité d'exprimer simultanément une volonté positive et a fortiori de négocier* »[1198].

[1196] L'art. L. 1231-1 A C. santé publ. dispose que « *le prélèvement et la greffe d'organe constituent une priorité nationale* ». FONTANIER Valérie, « Le corps humain thérapeutique », *Gaz. Pal.* 2006, n° 342, p. 32 : l'auteur évoque notamment la pénurie des donneurs d'organes face aux nombreux demandeurs.

[1197] Cependant le registre est très peu connu, notamment en raison du système des cartes de donneur d'organe qui laisse à supposer que le principe est le refus et qu'il faut se manifester, notamment en étant titulaire d'une telle carte, pour être considéré comme donneur. La dichotomie est alors erronée : la personne sans carte se croit non donneur, et celle avec une carte se croit donneur en raison de sa démarche.

[1198] ZAGURY Victor, *Regards sur le droit d'opposition : contribution à l'étude de la volonté en droit privé*, th. préc., n° 319, p. 233.

Puisque le mineur de plus de treize ans est suffisamment mature pour refuser le prélèvement et y faire échec malgré le consentement parental, pourquoi ne le serait-il pas pour consentir malgré le refus des parents ? Pourquoi lui dénier une capacité décisionnelle en la matière en maintenant un droit d'opposition ? « *Au pouvoir de dire "non" manifesté par le refus de consentir s'ajoute le pouvoir de dire "oui" maintenu au travers de l'expression d'un consentement* »[1199]. Une fois encore, le principe de l'intérêt de l'enfant conduit le législateur à prendre des mesures de protection visant à protéger le mineur contre lui-même. Néanmoins, si le même législateur lui reconnaît la maturité suffisante pour s'opposer au prélèvement d'organe à partir de treize ans, pourquoi ne pas tirer totalement les conséquences de cette maturité pour lui permettre de consentir positivement à de tels actes ? Néanmoins, concrètement, le consentement ou le refus étant révocable à tout moment, il semble que ce soit le dernier avis émis par les membres de la famille qui prévaudra.

519. Le concept de pré-majorité corporelle permettrait de réellement affirmer l'autonomie du mineur et faciliter la pratique[1200] en modulant les effets de la manifestation de la volonté de l'individu selon sa maturité. Si le principe d'opposition paraît devoir être maintenu pour les mineurs non matures, cette prérogative devrait se transformer en droit de refus pour les mineurs matures. La mesure pourrait alors être encadrée comme en matière de don de moelle osseuse.

2 – Le mineur donneur de moelle osseuse

520. Comme en matière de prélèvement d'organe, le principe édicté à l'art. L. 1241-2 C. santé publ. est celui de la prohibition s'agissant des mineurs : « *aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain en vue de don ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure* ». Toutefois, le législateur a prévu une dérogation à l'art. L. 1241-3 C. santé publ., « *en l'absence d'autre solution thérapeutique, un prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse peut être fait sur un mineur […]* ». Les cellules hématopoïétiques de la moelle osseuse se régénèrent automatiquement, le mineur n'en étant privé que dans une moindre proportion et de façon temporaire, ce qui peut

[1199] *Ibid*., n° 315, p. 231.

[1200] La réflexion vaut également pour les dons d'organes du vivant du mineur, une fois la maturité physique et psychologique acquise, pourquoi lui refuser d'être donneur dans des conditions bien délimitées à l'instar de celles mises en place pour le don de moelle osseuse ? Une limitation de la catégorie des receveurs, une audition par un comité d'experts et le recours au mineur en *ultima ratio*, seraient des garanties nécessaires et suffisantes d'une bonne gestion de tels prélèvements.

expliquer, à côté de son caractère « *socialement utile* »[1201], l'autorisation de ce prélèvement[1202]. Cette faculté est strictement encadrée tant au niveau des receveurs potentiels que de la procédure à suivre, le législateur précisant de prime abord le caractère « ultime » de la mesure en précisant qu'elle intervient « *en l'absence d'autre solution thérapeutique* ». Initialement, seuls les frère et sœur du donneur pouvaient être receveurs, mais la loi du 6 août 2004[1203] élargit la liste aux cousin et cousine germains, oncle et tante, neveu et nièce. De même, la procédure, bien que complexe, tend à protéger le mineur d'éventuels abus. L'acte nécessite, d'une part, le consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale (le consentement d'un seul étant ici insuffisant) exprimé devant le Président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui (en cas d'urgence vitale devant le procureur de la République). D'autre part, l'autorisation de prélèvement doit être accordée par un comité d'experts composé dans ce cas, selon l'art. L. 1231-3 C. santé publ., de deux médecins, d'une personne qualifiée dans le domaine des sciences humaines et sociales, d'une personne qualifiée dans le domaine de la psychologie de l'enfant et d'un pédiatre. Enfin, le mineur ne doit pas faire obstacle en refusant le prélèvement.

521. À l'instar de prélèvement d'organe, le prélèvement de moelle osseuse semble conditionné par un consentement négatif de l'individu, un droit de refus. Cependant, les textes ne permettent pas au mineur de consentir positivement à l'acte, mais lui confèrent uniquement la possibilité d'y faire échec, ce qui s'analyse plutôt en un droit d'opposition. Ce droit d'opposition demeure une manifestation de volonté et en cela l'art. L. 1241-3 C. santé publ. prévoit une information du mineur sur le prélèvement, comme l'art. R. 1241-16 C. santé publ. qui dispose qu' « *une information appropriée est délivrée au mineur si son âge et son degré de maturité le permettent* ». De plus, le mineur peut également être entendu par le comité d'experts en fonction de son âge et de son degré de maturité[1204]. Au final, la décision appartient indirectement au mineur puisqu'il peut s'opposer au prélèvement, opposition au-delà de laquelle les médecins ne peuvent pas passer, même avec le consentement des titulaires de l'autorité parentale.

[1201] DREIFUSS-NETTER Frédérique, « Les donneurs vivants, ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité », *D.* 2005, p. 1808.
[1202] La remarque serait aussi applicable au foie, puisqu'il s'agit d'un organe auto-régénérant. Cependant, l'acte de prélèvement est en lui même plus invasif, plus dangereux pour le donneur, et la convalescence est plus délicate.
[1203] Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 « relative à la bioéthique », JORF 7 août 2004, p. 14040.
[1204] Art. R. 1241-18 C. santé publ.

522. Cette prérogative manifeste encore une capacité décisionnelle du mineur, celle de s'opposer à l'acte. À l'instar de ce qui est proposé en matière de prélèvement d'organes, tout en gardant les mêmes garanties (receveurs limités, comité d'experts obligatoire, mesure d'*ultima ratio*), pourquoi ne pas permettre aux mineurs ayant acquis une certaine maturité (critère évoqué dans les textes) de décider seuls en leur reconnaissant un droit de refus ? Le mineur non mature disposerait d'un droit d'opposition et le mineur mature d'un droit de refus. L'intérêt de l'enfant ne requiert plus nécessairement une protection accrue eu égard à l'acte et à l'atteinte portée au corps en raison du caractère auto-régénérant de la moelle osseuse. Cette question se pose d'autant plus en matière de don du sang où l'acte est encore plus bénin et les conséquences davantage limitées pour le donneur.

3 – Le mineur donneur de sang

523. Le don du sang, comme celui d'organe ou de moelle osseuse est un acte de solidarité envers la communauté[1205], mais qui requiert un « moindre investissement » du donneur. Conformément à sa position traditionnelle, le législateur pose, à l'art. L. 1221-5 al.1 C. santé pub., une interdiction de principe du prélèvement de sang sur un mineur dans un but thérapeutique pour autrui. Cette position est aussitôt tempérée à l'al. 2 qui rappelle que « *s'agissant d'un mineur, un prélèvement peut être effectué à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur immunologiquement compatible* ». Se combinent une fois encore l'intérêt social et le caractère extrême du recours au donneur mineur pour justifier la mesure. La procédure est simple, le texte nécessite le consentement écrit de chacun des titulaires de l'autorité parentale et l'absence de refus du mineur. Une fois encore, bien que la mesure puisse apparaître comme un droit de refus, elle constitue un droit d'opposition déniant la possibilité aux mineurs de consentir à un tel acte.

524. Le prélèvement est réalisé en l'absence de comité d'experts, et sans restriction des receveurs, en raison du caractère minime de la mesure. Bien que la mesure ne soit pas dans son intérêt, lui reconnaître uniquement un droit d'opposition et non un réel consentement conduit à une protection qui n'apparaît plus forcément nécessaire et qui entre en conflit non

[1205] Bien que certains économistes y voient également un acte économique où le donneur cherche une rétribution, certes non financière, mais morale. Voir notamment : DEFFAINS Bruno et MERCIER-YTHIER Jean, « Analyse économique du don d'organe », *in*, *Questions d'évaluation en santé*, PY Bruno et SPITZ Elisabeth (dir.)Presses Universitaires de Nancy, Coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2009, p. 71.

seulement avec le principe du droit de disposer de son corps, mais aussi avec le principe de solidarité qui préside en matière de don de produits et d'éléments du corps humain.

525. Pour l'heure, « *les dispositions relatives au consentement en matière médicale sont déclinées pour les personnes mineures et les incapables majeures d'une manière assez complexe et peu cohérente* »[1206]. L'établissement d'une pré-majorité aurait l'avantage d'harmoniser les règles concernant les mineurs tout en maintenant des mesures de protection notamment au travers des infractions du Livre V du Code pénal. En effet, le législateur puni, à l'art. 511-3 C. pén., de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende « *le fait de prélever un organe, un tissu ou des cellules ou de collecter un produit en vue de don sur une personne vivante mineure […] hormis les cas prévus aux articles L. 1241-3 […] du code de la santé publique* ». Le texte vise ainsi le don d'organe, de moelle osseuse et de sang. De même, le non respect des conditions prévues pour le prélèvement sur un mineur de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse fait encourir les mêmes peines, conformément à l'art. 511-5 C. pén.
En revanche, l'interdiction de principe qui prévaut dans les hypothèses de dons analysées ne se retrouve pas en matière de recherche biomédicale, où le mineur dispose également d'un droit d'opposition.

B – Une participation limitée du mineur aux recherches biomédicales

526. Les recherches biomédicales sont régies par la loi du 20 décembre 1988[1207], inspirée de diverses sources internationales non contraignantes comme la Déclaration d'Helsinki, adoptée en juin 1964 par l'assemblée générale de l'Association Médicale Mondiale[1208] et dont le consentement de l'individu est la pierre angulaire. Pour les mineurs, c'est alors le consentement parental qui est recherché. Les mineurs, et surtout les jeunes enfants, sont une catégorie particulière dans la recherche biomédicale. L'équilibre est fragile entre d'un côté la nécessité d'adapter par les recherches biomédicales les traitements aux mineurs, surtout en bas âge, et d'un autre côté les dérives que cela peut générer. La protection des mineurs doit se faire non pas au travers de la législation nationale mais plutôt au niveau international en raison des fréquentes études réalisées en Afrique ou en Europe de l'est. Certaines firmes

[1206] DREIFFUS-NETTER Frédérique, « Le droit d'opposition en droit des personnes », art. préc.
[1207] Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 « relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales », JORF 22 décembre 1988, p. 16032, codifiée aux articles L. 1121-1 et s. C. santé. publ.
[1208] Déclaration disponible sur le site de l'Association Médicale Mondiale : http://www.wma.net/f/policy/b3.htm.

pharmaceutiques n'hésitent pas à bafouer les règles encadrant ce type de recherche en agissant au mépris de l'information des participants comme cela a été le cas pour le groupe Pfizer en 1996 à Kano, au Nigéria. Une recherche menée sur place par le groupe américain sur 200 enfants âgés de trois mois à dix-sept ans a conduit au décès de plusieurs d'entre eux[1209].

527. La loi du 9 août 2004[1210] a fait disparaître la distinction classique entre les recherches ayant, ou non, un bénéfice individuel direct pour la santé, qui était notamment utilisée pour régir la participation des mineurs à des recherches. Désormais, l'art. L. 1121-7 C. santé publ. conditionne la participation des mineurs au fait que « *des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur des personnes majeures* ». Leur participation dépend également des risques encourus par l'enfant, le texte reprenant alors l'ancienne distinction : soit la recherche n'a pas de bénéfice direct et les risques doivent être minimes, soit la recherche a un bénéfice direct, lequel justifie des risques prévisibles plus importants (dans le respect de la balance bénéfices-risques). Corrélativement à leur participation, l'art. L. 1122-2 C. santé publ. dispose que les mineurs doivent recevoir une information adaptée à leur capacité de compréhension. Même si le texte prévoit que l'autorisation est donnée par les titulaires de l'autorité parentale, ou par un seul d'entre eux le cas échéant[1211], le mineur est néanmoins consulté, si son état le permet, son adhésion personnelle recherchée et dispose du pouvoir d'empêcher l'acte, l'art. L. 1122-2 C. santé publ. précisant : « *En toute hypothèse, il ne peut être passé outre à leur refus ou à la révocation de leur acceptation* ». Comme en matière de don de produits et éléments du corps humain, l'individu mineur dispose uniquement de la capacité de faire échec à l'acte sans pour autant avoir l'aptitude à y consentir. Par conséquent, les dispositions s'analysent une fois encore en un droit d'opposition, expression minime de la volonté de la personne. Tant que le mineur n'aura pas la maturité lui permettant d'émettre une opposition, ses parents seront seuls décideurs. Puis les volontés se neutralisent, la recherche ne pouvant avoir lieu sans l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale et en présence d'une opposition du mineur. Pourquoi attendre la majorité civile pour que le schéma poursuive son évolution, conférant, à l'inverse de la

[1209] « Des enfants nigérians victimes du laboratoire Pfizer, accuse Lagos », *Libération* du 5 juin 2007.
[1210] Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, JORF 11 août 2004, p. 14227.
[1211] Le consentement d'un seul titulaire de l'autorité parentale est suffisant si, d'une part, la recherche ne comporte que des risques et contraintes négligeables qui n'influencent pas la prise en charge médicale du mineur ; d'autre part, que si elle est réalisée à l'occasion d'actes de soins ; enfin, l'impossibilité pour l'autre titulaire de l'autorité parentale de donner son consentement dans les délais nécessaires à la recherche.

situation du petit enfant, la possibilité pour le grand adolescent de consentir ou de refuser, seul ?

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

528. Les actes médicaux peuvent porter atteinte à l'intégrité corporelle des patients et relèvent normalement du Droit pénal. Cependant, en organisant les professions de santé, le législateur autorise, expressément ou implicitement, les atteintes ainsi réalisées. Pour que le fait justificatif puisse jouer, encore faut-il que plusieurs conditions soient réunies, au rang desquelles figure notamment le consentement de l'individu[1212]. Le patient mineur étant juridiquement incapable, le pouvoir de consentir, et par conséquent de justifier l'atteinte réalisée, appartient aux titulaires de l'autorité parentale. Cette autorité leur est conférée afin de protéger le mineur particulièrement dans sa santé, avec pour finalité l'intérêt de l'enfant comme le rappelle l'article 371-1 C. civ.
Or, le droit de disposer de son corps reconnu à la personne mineure, notamment en matière de sexualité, se prolonge dans le domaine de la santé. Le législateur attribue ici au mineur le pouvoir de consentir seul à certains actes médicaux en marge des règles de l'autorité parentale. Cette prérogative confère aux mineurs une réelle autonomie décisionnelle sur leur corps, avec une constante : l'absence de seuil d'âge permettant d'acquérir cette autonomie.

529. Cette prise en compte du consentement positif des mineurs a d'abord été le fait des actes médicaux liés à la sexualité. Qu'il s'agisse de la contraception, régulière ou d'urgence, de l'interruption volontaire de grossesse, pour motif thérapeutique ou non, ou encore de l'accouchement, sous X ou non, la personne mineure peut consentir seule à l'acte, justifiant l'atteinte portée à son corps, et demander aux médecins de garder le secret sur l'acte face aux titulaires de l'autorité parentale. Ces dispositions confèrent à l'individu une réelle autonomie personnelle « *au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps* »[1213]. Si les dispositions légales permettent effectivement à la mineure de consentir seule à l'acte médical, la non-information des titulaires de l'autorité parentale n'est pas toujours assurée puisque l'anonymat n'est pas systématiquement organisé, les titulaires de l'autorité parentale étant indirectement informés par le biais des décomptes de remboursement. Cette autonomie a ensuite été étendue à tous les actes médicaux qui s'imposent pour sauvegarder la santé du mineur comme le précise l'article L. 1111-5 C. santé publ.

[1212] PY Bruno, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse dactylographiée, Nancy, 1993.
[1213] CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, requête n° 2346/02, § 66.

530. En revanche, le droit de refuser des soins, c'est-à-dire le consentement négatif, n'est pas reconnu aux personnes mineures. Devant le conflit entre le consentement de la personne mineure et son intérêt, le législateur a clairement opté pour ce dernier en déniant la possibilité pour les patients mineurs de refuser des soins, son intérêt primant son consentement. Cette position vaut non seulement pour le refus de soins courants mais également pour le refus de soins des mineurs en fin de vie.

531. Enfin, pour certains actes non thérapeutiques, que ce soit le don d'un produit ou élément du corps humain ou sa participation à une recherche biomédicale, le consentement du mineur est détaché de sa volonté, le législateur lui octroyant un simple droit d'opposition. Cette opposition n'est ni un consentement, ni un droit de refus, mais simplement l'expression minimale d'une volonté qui permet à l'individu de s'opposer à l'acte et d'y faire échec.

532. « *La famille n'échappe pas au mouvement général social d'émancipation des individus, mouvement qui passe d'une part par l'accroissement des droits et d'autre part par la considération de toute personne qui ne peut être réduite à une seule dimension statutaire en tant qu'enfant, en tant que femme, en tant qu'homme* »[1214]. L'établissement d'une prémajorité corporelle permettrait aux mineurs matures d'exercer pleinement leur droit de disposer de leur corps en matière de santé et de consentir, positivement ou négativement, aux actes médicaux. Avant cet âge, le consentement contribuant à justifier l'atteinte portée au corps du mineur émanerait des titulaires de l'autorité parentale ; après cet âge, le mineur disposerait davantage de prérogatives décisionnelles.

533. Ce concept de « mineur mature » se retrouve d'ailleurs dans divers droits anglo-saxons et a récemment été précisé par la Cour suprême du Canada[1215], le système français pouvant éventuellement s'en inspirer. Plusieurs éléments sont communs aux deux législations et notamment une conception évolutive de la minorité ainsi qu'une nécessaire adaptation des droits du mineur sur son corps à son degré de maturité. Le concept du « mineur mature » fût dégagé pour la première fois en 1985 par la Chambre des Lords dans l'arrêt Gillick c/ West

---

[1214] *COMMAILLE Jacques, « L'autorité parentale en question »* in L'autorité parentale en question*, DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise et CHOAIN Christine (dir.), Presses Universitaires Septentrion, 2003. L'auteur intervient pour conclure un colloque et reprend les propos de François de SINGLY.*

[1215] Cour suprême du Canada du 26 juin 2009, *A. C. c. Manitoba (directeur des Services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, n° greffe 31955, disponible sur : http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/2009/2009csc30.htlm ; *Gaz. Pal.* 2009, n° 328, p. 25, note GABRIEL Aurélie ; NEMIR Leïla, « Consentement aux soins des mineurs, le régime très novateur du Canada », *Droit, déontologie et soins* 2009, vol. 3, p. 337.

Norfolk ans Wisbech Area Jealth Authority[1216]. Les juges ont estimé que les droits parentaux reconnus par la loi étaient nécessaires pour la protection de l'enfant, mais que ces droits cédaient face aux droits de l'enfant de prendre ses propres décisions dès qu'il développait un degré de compréhension et d'intelligence lui permettant de se forger sa propre opinion sur la décision en question. Dès lors, bien que la loi de réforme du droit familial (Family Law Reform Act) de 1969 reconnaissait aux mineurs de plus de seize ans la capacité à consentir seuls aux traitements médicaux, la Cour estimait que les mineurs de seize ans, qui étaient néanmoins matures, pouvaient également prétendre à exercer ces prérogatives[1217]. La capacité à consentir était déterminée par la maturité de l'individu et non forcément liée à un seuil d'âge.

534. Ce principe du mineur mature a été repris par les tribunaux canadiens avec l'arrêt *J.S.C. c. Wren* de 1986. En l'espèce, une adolescente de seize ans avait obtenu une autorisation médicale pour un avortement thérapeutique malgré l'opposition de ses parents, qui arguaient de l'état de minorité, et corrélativement d'incapacité, de leur fille. Comme dans l'arrêt Gillick, la juridiction canadienne estime que les tribunaux doivent permettre aux adolescents d'exercer leur autonomie dans la mesure où ils possèdent la maturité nécessaire. Cette conception se retrouve également en droit français dès lors que le consentement de l'individu mineur vise à obtenir des soins, la décision étant conforme à son intérêt.

535. Dans l'affaire A. C. c. Manitoba soumise à la Cour suprême du Canada, les faits concernaient une mineure âgée de quatorze ans et dix mois au moment de l'hospitalisation (pour des saignements du tractus gastro-intestinal inférieur causés par la maladie de Crohn) et qui refusait, en vertu de ses convictions religieuses (Témoins de Jéhovah), de subir des transfusions sanguines. Au Canada, la décision de refus de soins du patient s'impose au médecin quels que soient les risques. Cette règle est également valable pour les « mineurs matures » puisque la « *Charte canadienne des droits fondamentaux consacre la liberté et le droit d'une personne mature de faire, en toute indépendance, les choix les plus importants de sa vie sans intervention de l'État, dans la mesure où il n'y a pas d'intérêt social plus*

[1216] Arrêt *Gillick c/ West Norfolk ans Wisbech Area Jealth Authority*[1216] [1985] 3 All ER 402.
[1217] Les juges précisaient que « *juridiquement, le droit des parents de décider si leur enfant de moins de 16 ans recevra un traitement médical prend fin lorsque l'enfant a acquis une compréhension et une intelligence suffisantes pour bien comprendre ce qu'on lui propose […]. Les droits des parents doivent céder le pas au droit de l'enfant de prendre ses propres décisions lorsqu'il a acquis une compréhension et une intelligence suffisantes pour se faire sa propre opinion au sujet de la question à décider* », cité par : NEMIR Leïla, « Consentement aux soins des mineurs, le régime très novateur du Canada », art. préc.

important qui s'y oppose »[1218]. Cependant, l'article 25 (8) de la loi sur les services à l'enfant et à la famille du Manitoba (province du Canada où réside la patiente), « *ne reconnaît pas à tous les mineurs la possibilité de consentir aux actes médicaux, mais distingue au contraire selon que l'enfant est âgé de moins ou de plus de seize ans et réserve la possibilité au juge d'amoindrir le pouvoir décisionnel de tous les mineurs lorsque leur volonté va à l'encontre de leur intérêt* »[1219]. Devant le refus de transfusion sanguine de A.C. et en raison de son âge, inférieur à seize ans, le juge, saisi par le directeur des Services à l'enfant et à la famille informé par le médecin de la patiente, ordonne la transfusion.

536. Conformément aux articles 25 (8) et 25 (9) de la loi sur les services à l'enfant et à la famille du Manitoba (LSEF), le mineur d'au moins seize ans est en principe reconnu apte à consentir seul au traitement[1220]. Néanmoins, l'article 25 (9) LSEF permet au juge de passer outre le consentement du mineur de plus de seize ans s'il ne peut « *comprendre les renseignements qui lui permettraient d'accorder ou de refuser son consentement* » à l'acte ou « *évaluer les conséquences normalement prévisibles qu'entraînerait son consentement ou son refus de consentement* » à l'acte.

Aussi, si le mineur de plus de seize ans jouit d'une autonomie par rapport à l'autorité parentale, il reste soumis à la compétence du juge pour les décisions qui semblent contraires à son intérêt. Dans la suite de l'arrêt Gillick, les tribunaux anglais ont restreint la capacité décisionnelle du mineur en rappelant que les « mineurs matures » restent assujettis à la compétence *parens patriae* qui permet aux juges de passer outre le refus des mineurs pour ordonner des soins qui sont conformes à son intérêt[1221], tout en respectant les volontés de l'individu[1222].

[1218] NEMIR Leïla, « Consentement aux soins des mineurs, le régime très novateur du Canada », art. préc.

[1219] GABRIEL Aurélie, note sous Cour suprême du Canada, 26 juin 2009, *A. C. c. Manitoba*, *Gaz. Pal*. 2009, préc.

[1220] Le Manitoba n'est pas la seule province du Canada à instaurer un seuil d'âge intermédiaire puisque le Code civil québécois prévoit dans son article 14 que le mineur de quatorze ans ne peut consentir seul aux soins, cette capacité revenant aux titulaires de l'autorité parentale. L'article 14, alinéa 2 permet au mineur de quatorze ans et plus de consentir seul à des soins requis pour sa santé, c'est-à-dire des soins utiles et non facultatifs, à condition qu'il soit « apte ». Les mineurs de plus de quatorze ans ne disposent pas d'une autonomie totale puisque l'article 16 du Code civil québécois permet de passer outre leur refus de soins sur autorisation du tribunal, le seul consentement du titulaire de l'autorité parentale étant alors suffisant.

[1221] Re R (A minor) (wardship : medical treatment), [1991] 3 All ER 177 (CA) ; Re M [médical tratement : consent], [1999], 2 FLR 810 [Fam. Div.].

[1222] Re W (A minor) (medical treatment), [1992] 4 All ER 627.

537. Les tribunaux canadiens suivent également cette position et refusent de prendre en compte le refus de traitement d'un mineur[1223], même âgé de seize ans[1224], dès lors que son refus et contraire à son intérêt. En revanche, lorsque le refus du mineur est conforme à son intérêt, les juridictions canadiennes reconnaissent la validité de son refus. Tel est le cas pour un mineur âgé de quinze ans et atteint d'un cancer qui refuse, en raison de ses convictions (Témoins de Jéhovah) de subir une chimiothérapie incluant diverses transfusions sanguines. Les juridictions relèvent que le mineur est mature et que son refus est conforme à son intérêt puisque le traitement avait moins de 40 % de chances d'être efficace[1225].

538. Les dispositions de la LSEF de la province du Manitoba, empêchant les mineurs de seize ans, même matures, de consentir seuls, seraient inconstitutionnelles. La Cour suprême du Canada refuse de prendre une telle position, les juges estimant que « *la décision du législateur de conférer au tribunal le pouvoir d'ordonner le traitement des mineurs de moins de 16 ans est […] une réponse légitime aux préoccupations accrues à l'égard de la maturité des jeunes adolescents et de leur vulnérabilité à la coercition et à l'influence […]. Sa décision de ne pas prévoir de présomption de consentement pour les moins de 16 ans reflète le fait que le discernement que doivent avoir les enfants pour prendre des décisions personnelles capitales augmente avec l'âge. Le discernement est fonction non seulement de la compréhension intellectuelle du traitement et des conséquences, mais aussi de l'expérience et de l'indépendance. […] Dans ce contexte, l'âge est un indicateur raisonnable de l'indépendance* » ; par conséquent, « *le paragraphe 25 (8), même s'il a des répercutions sur la liberté et l'autonomie des moins de 16 ans, prévoit un mécanisme qui est lié comme il se doit à un objectif législatif légitime* ».

539. « Quid *de l'hypothèse dans laquelle le législateur français souhaiterait conférer à l'enfant les mêmes droits que ceux qui lui sont reconnus au Manitoba, c'est-à-dire*

[1223] Ainsi, devant le refus de traitement d'une mineure âgée de treize ans atteint d'une anémie aplasique et de sa mère, Témoins de Jéhovah, les juges relèvent que la mineure n'avait pas la capacité d'exprimer un refus de consentement et confient la patiente à la tutelle de l'État pour que le traitement puisse être réalisé : *H. (T.) c. Children's Aid Society of Metropolitain Toronto* (1996), 138 DLR (4th) 144 (C. Ont. [Div. gén.]. Il en est de même pour un mineur âgé de treize ans qui refuse de poursuivre une chimiothérapie et une opération de sa jambe en raison de l'influence négative de son père : Dueck (Re) (1999), 171 DLR (4th) 761 (BR Sask).

[1224] Une mineure âgée de seize ans atteinte d'une leucémie myéloïde aigüe refuse une chimiothérapie comportant l'administration de produits sanguins en raison de sa qualité de Témoins de Jéhovah. Malgré l'accord du père, les médecins estiment que la mineure est mature et confère une pleine valeur à son refus de traitement. Les juges saisis du litige relèvent que la mineure n'avait pas la maturité nécessaire pour décider de mourir : *Alberta (Director of Child Welfare) c. H. (B.)*, 2002 ABPC 39, (2002) 11 WWR 752.

[1225] Re AY (1993), 111 Nfld. & PEIR 91.

hiérarchiserait l'autonomie décisionnelle du mineur en fonction de son âge ? »[1226]. Se pose alors la question de la création d'un statut intermédiaire au sein de la minorité afin que le statut ne fasse pas disparaître la personne.

[1226] GABRIEL Aurélie, note sous Cour suprême du Canada, 26 juin 2009, *A. C. c. Manitoba*, *Gaz. Pal*. 2009, préc.

CONCLUSION DU TITRE 1 :

540. Si le mineur en bas âge est à l'évidence vulnérable en raison de son état d'infériorité physique et psychique, le statut de la minorité ne doit pas faire disparaître la personne mineure. L'individu évolue, devenant physiquement et psychologiquement plus mature, et aspire à faire ses propres choix, surtout pour des actes éminemment personnels relatifs à son corps. Le Droit pénal édicte des interdits afin de protéger la personne mineure non seulement contre les tiers mais également contre elle-même, ce qui conduit à restreindre l'exercice de ses libertés. L'équilibre entre protection et autonomie apparaît délicat à réaliser et surtout incompatible avec une conception uniforme de la minorité. L'ingérence de l'État apparaît justifiée pour les mineurs les plus jeunes et peut devenir disproportionnée pour les mineurs proches de la majorité surtout concernant l'exercice du droit de disposer de son corps. Ce dernier, composant du droit au respect à la vie privée, est reconnu pour les mineurs en Droit interne[1227], en Droit international[1228] et en Droit européen[1229], se traduisant notamment par la reconnaissance d'un droit d'entretenir des relations sexuelles. L'exercice de ces prérogatives se retrouve confirmé par le Droit pénal qui permet aux mineurs d'avoir une sexualité. Sortant d'une conception uniforme, le législateur instaure un seuil intermédiaire, parfois appelée « majorité sexuelle », fixé à quinze ans. Avant ce seuil tout acte sexuel réalisé avec un majeur est sanctionné comme le rappelle l'article 227-25 C. pén. Au-delà de quinze ans, l'exercice du droit d'entretenir des relations sexuelles est accru en raison d'une plus grande maturité de l'individu, lequel peut avoir pour partenaires des personnes majeures. Diverses infractions continuent néanmoins de maintenir une protection du mineur de plus de quinze ans, certaines paraissant justifiées comme l'article 227-27 C. pén. qui prohibe notamment les actes sexuels accomplis avec les ascendants et plus globalement avec des personnes ayant autorité, et

[1227] « *S'agissant des mineurs, il ne fait aucun doute que le droit au respect de leur corps leur soit reconnu, de la même façon qu'ils peuvent se prévaloir du droit au respect de la vie privée* » : BINET Jean René, « Protection de la personne. Le corps humain », *J.-Cl. Civ.*, 2009, n° 14.

[1228] L'article 16 de la Convention internationale des droits de l'enfant dispose : « *1. Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. 2. L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* ». Ces dispositions, qui ne sont pas sans rappeler celles de l'article 8 CEDH, ont été considérées comme d'applicabilité directe par le Conseil d'État : CE, 10 mars 1995, *Demirpence*, *D.* 1995, p. 617, note BENHAMOU Yves, concl. ABRAHAM Ronny. Même si les deux textes peuvent faire doublon, « *l'article 16 permet toutefois de rappeler que l'enfant est également titulaire de ces droits, alors même qu'il est soumis à l'autorité parentale* » : GOUTTENOIRE Adeline, GRIS Christophe et autres, « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après », *Dr. Famille* 2009, n° 11, dossier n° 13, p. 32.

[1229] Article 8 CEDH, cf. *supra* n° 358 et s.

d'autres plus contestables puisque fondées sur des considérations davantage morales comme le recours à la prostitution de mineur ou la corruption de mineur.

541. Cette acquisition progressive de la maturité permet également au mineur de consentir seul à divers actes médicaux, son consentement se substituant à celui des titulaires de l'autorité parentale pour autoriser, au travers du fait justificatif implicite de l'exercice médical, l'atteinte portée à son corps. Le législateur n'a cependant pas fixé de seuil d'âge en la matière, qu'il s'agisse de soins courants (article L. 1111-5 C. santé publ.), d'interruption volontaire de grossesse ou encore d'accouchement. Toutefois, le principe de l'intérêt de l'enfant conduit le législateur à ne pas reconnaître une pleine effectivité au consentement des mineurs, notamment en cas de refus de soins, de don de produits ou d'éléments du corps humain, continuant à priver des mineurs matures de l'exercice de leur droit de disposer de leur corps.

542. Il ressort de ces dispositions qu'un mineur de plus de quinze ans est suffisamment mature pour avoir des relations sexuelles, mais ne l'est plus si l'acte est rémunéré ou s'il participe volontairement à des réunions organisées par un majeur comportant des relations sexuelles ou s'il a une relation sexuelle avec son professeur de tennis, bien que ce dernier soit lui-même mineur. De même, le consentement de la personne mineure est suffisant pour contribuer à justifier une IVG mais non pour se faire percer les oreilles, l'article R. 1311-6 C. santé publ. exigeant le consentement écrit d'au moins un parent. Un mineur âgé de seize ans peut valablement consentir seul à une opération chirurgicale qui s'impose pour sauvegarder sa santé mais ne peut pas décider de donner son sang. Ces contradictions mettent en exergue la nécessite d'établir un seuil intermédiaire au sein de la minorité permettant d'uniformiser les nombreux textes contradictoires qui d'un côté reconnaissent une autonomie aux mineurs et qui d'un autre côté maintiennent indûment une protection des mineurs matures proches de la majorité.

TITRE 2 :

UNE AUTONOMIE A RENFORCER

543. Le législateur permet dans certains cas l'exercice d'un droit de disposer de leur corps pour les personnes mineures, essentiellement en matière sexuelle et en matière de santé. Au sein de ces deux domaines, la reconnaissance n'est que relative et ponctuelle, correspondant à des îlots d'autonomie dans un océan de protection. La question du regroupement de ces îlots dispersés pour créer un « continent » mérite d'être posée.

544. Cette progressivité se retrouve en matière civile. « *L'abaissement de l'âge de la majorité civile conduisit à remettre en cause diverses dispositions du droit de la minorité. Existaient en effet jusque là diverses règles qui reconnaissaient aux mineurs, à partir de dix-huit ans notamment, telle ou telle autonomie. Plutôt que de les supprimer, le législateur préféra modifier leurs bénéficiaires : jugeant préférable de maintenir la période de la minorité qui précède immédiatement la majorité dans une sorte de pré-capacité, le législateur substitua l'âge de seize ans à celui de dix-huit ans dans de nombreuses dispositions* »[1230]. Même si « *ce procédé qui consiste à mélanger juridiquement jeunes et vieux mineurs […] a une unité notionnelle qui repose largement sur une analyse patrimoniale* »[1231], la confusion se retrouve aussi en matière extrapatrimoniale pour les actes liés au corps. Cette protection, en raison d'une immaturité de la personne mineure, connaît néanmoins de nombreuses exceptions en matière patrimoniale[1232] et pas seulement pour les mineurs proches de la majorité comme le rappelle ce slogan bancaire des années 1980 : « *majeur dès 13 ans, avec la carte MOA du C.I.C.* »[1233]. Cette multitude d'exceptions tend à opérer, pour certains mineurs, un retour au principe de la capacité ; « *on n'en finit pas, à notre époque, de découvrir les multiples raisons qui conduisent à donner aux mineurs une pré-capacité patrimoniale parce que la minorité est naturellement une situation évolutive* »[1234]. Ce constat est également valable pour les actes extrapatrimoniaux, relatifs au gouvernement de la personne où les exemples d'îlots de capacité se multiplient[1235]. À force d'exceptions, le droit perd en lisibilité

[1230] TERRÉ François et FENOUILLET Dominique, *Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz, coll. « Précis », 7e éd., 2005, n° 985, p. 930.
[1231] HAUSER Jean, « La notion d'incapacité », *Mélanges Bernard Schnyder*, Éditions universitaire de Fribourg, 1995, p. 743.
[1232] *CERMOLACCE Arnaud, « Les contrats du mineur »,* Dr. Famille *2006, étude 27.*
[1233] Slogan cité par GISSER François, art. préc. En effet, le secteur bancaire est en la matière assez révélateur permettant aux mineurs de treize ans d'ouvrir un compte, avec certes l'assistance des titulaires de l'autorité parentale, mais ils peuvent par la suite retirer leur argent, au moyen d'une carte de retrait, d'une façon autonome et discrétionnaire.
[1234] HAUSER Jean, « La notion d'incapacité », art. préc.
[1235] GRIDEL Jean-Pierre, « L'âge et la capacité civile », *D.* 1998, p. 90. L'auteur renvoie notamment aux actes relatifs à la filiation (la reconnaissance ou la recherche de paternité pour les parents encore mineurs), à

et en cohérence ; la multiplication des dérogations légales et jurisprudentielles ne tendent-elles pas à démontrer que le principe auquel elles dérogent n'est plus adapté à l'état actuel de la société et des mœurs ? Aussi, « *une législation moderne consisterait à reprendre, en dehors des excès de l'incapacité d'un côté et des excès de la "liberté" de l'autre, le statut progressif des mineurs vers la capacité en y incluant précisément les actes liés à la personne* »[1236].

545. Ce même conflit, entre protection et autonomie, se retrouve en matière pénale. La minorité est évolutive et le Droit pénal prend en compte cette évolution en réprimant plus sévèrement les atteintes réalisées sur les mineurs de quinze ans et en limitant parfois son immixtion dans la vie privée des mineurs de plus de quinze ans en raison de leur maturité psychologique. Toutefois, le législateur n'a instauré une fois encore qu'une pluralité d'exceptions, dont l'ensemble n'apparaît pas toujours cohérent. Le Professeur Georges LEVASSEUR le remarquait déjà en 1961 en relevant que « *les tout jeunes enfants ne bénéficient pas d'une protection particulière, sans doute parce que leurs facultés de défense contre les violences sont pratiquement nulles jusqu'à l'âge de 15 ans fixé par la loi* »[1237]. Les seuils utilisés par le législateur le sont, quasi exclusivement, dans le domaine de l'intégrité corporelle et dans celui des mœurs. Or, « *il est remarquable que les textes les plus récents relatifs à d'autres infractions contre les mœurs ont jugé utile de prévoir un seuil de protection plus élevé* »[1238], c'est-à-dire dix-huit ans.

546. L'hésitation du législateur entre protection et reconnaissance d'autonomie des personnes mineures conduit à des incohérences dans l'arsenal des textes applicables aux mineurs. La reconnaissance d'une maturité psychologique et physique des mineurs proches de la majorité devrait conduire à l'établissement d'un statut intermédiaire permettant une acquisition réelle d'une autonomie corporelle. La logique particulière du Droit pénal, qui vise à sanctionner les individus et non à leur attribuer des droits, pose la question des modalités d'acquisition de cette autonomie corporelle (Chapitre 1). Une fois le choix des moyens

---

l'adoption ainsi qu'à l'état civil avec le changement de nom ou de nationalité. Voir également LEMOULAND Jean-Jacques, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD civ.* 1997, p. 1 : l'auteur évoque, pour le domaine personnel, une « *autonomie à géométrie variable* » dont l'âge est le premier facteur de variation.

[1236] HAUSER Jean, « La notion d'incapacité », art. préc.

[1237] LEVASSEUR Georges, « Les seuils d'âge dans la législation pénale », *in Seuil d'âge et législation pénale. Contribution à l'étude du problème des jeunes adultes délinquants*, BESSON Alain (dir.), Cujas, 1961, p. 205.

[1238] *Ibid.*

réalisés, se posera la question de l'effectivité de ce nouveau statut au travers des modalités d'exercice de cette autonomie corporelle (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 :

LES MODALITES D'ACQUISITION D'UNE AUTONOMIE CORPORELLE

547. « *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* »[1239], et plus globalement à partir de quel âge le législateur reconnaît l'aptitude du mineur à disposer de son corps.

L'acquisition d'une autonomie corporelle passe par l'établissement d'un statut intermédiaire auquel le législateur reconnaîtra davantage l'exercice du droit de disposer de son corps. Si le Code pénal utilise souvent le seuil de quinze ans pour les mineurs victimes, le législateur a préféré éviter tout seuil d'âge en matière de santé, se référant à la maturité et au degré de discernement. Par comparaison, le Droit civil opte notamment pour l'âge de seize ans en matière d'émancipation[1240] et confère au mariage le même effet[1241].

548. Il se dégage des textes un stade intermédiaire entre la minorité et la majorité qui correspondrait sociologiquement à l'adolescence, notion que le droit n'a pas encore appréhendé[1242] et qui sépare l'enfant de l'adulte (section 1). Le Doyen CARBONNIER relevait déjà en 1962 que « *nos mœurs tendent à accorder aux grands adolescents une sphère d'intimité personnelle* »[1243], sphère dans laquelle le Droit pénal n'a plus la nécessité de s'immiscer pour réprimer. Le Droit pénal ne confère pas de droit, mais sanctionne des

[1239] RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Précis », 5e éd., 2006, n° 539, p. 579.
[1240] Art. 413-2 C. civ.
[1241] Art. 413-1 C. civ.
[1242] Aussi, certains auteurs demandent la reconnaissance de ce statut au niveau juridique. « *Le droit français met en place un système d'accession progressive à la majorité tout en ne faisant pas apparaître vraiment la notion d'adolescence comme catégorie juridique. Il est donc permis de se demander si, aujourd'hui, il ne serait pas souhaitable de créer un régime juridique spécial applicable aux adolescents* » : RAYMOND Guy, *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Litec, coll. « Pratique professionnelle », 4e éd., 2003, n° 60, p. 47.
[1243] CARBONNIER Jean, note sous TGI Versailles, 14 sept. 1962, *D*. 1963, p. 52.

comportements que la société réprouve. Aussi, entre les diverses possibilités permettant de reconnaître ce statut d'adolescent, il semble que le concept de prémajorité corresponde le mieux à la matière pénale (section 2).

Section 1 : Une autonomie corporelle acquise à l'adolescence

549. L'autonomie paraît difficilement conciliable avec le principe de protection, lequel est un élément caractéristique des personnes vulnérables que sont, entre autres, les mineurs. Juridiquement, la minorité s'étalant sur dix-huit années, il serait illusoire et irréaliste de penser que celle-ci peut se vivre et se concevoir d'une façon unique. L'individu grandit, mûrit et se forge ses propres convictions. Physiquement et psychologiquement, le mineur devient de moins en moins dépendant et de plus en plus autonome comme l'attestent les diverses infractions pénales qui visent spécifiquement les mineurs de quinze ans, assimilant corrélativement les mineurs de quinze à dix-huit ans aux majeurs. Aussi, s'il apparaît aujourd'hui nécessaire de traduire juridiquement ce cours de vie (§2), il reste que le *« concept d'adolescence n'a acquis que récemment un intérêt sociologique ou psychologique, sans avoir été consacré en tant que tel par le droit* »[1244], la notion étant empruntée aux autres sciences humaines (§1).

I – Une notion empruntée aux autres sciences humaines

550. « *Âge de la vie qui suit l'enfance et qui s'étend jusqu'à l'âge adulte* »[1245], l'adolescence n'a aucune acception juridique. Présente dans divers Codes[1246], la notion n'y est pas pour autant définie. Le Droit, se structurant classiquement selon une logique binaire, ne distingue que deux statuts dans la chronologie temporelle de l'individu : la minorité et la majorité. Dans cette évolution, le législateur omet d'aménager la transition, « *une sorte d'état intermédiaire entre la majorité et la minorité, une sorte de stage qui préparerait le mineur au libre exercice de ses droits civils* »[1247]. L'émergence de ce stade de vie est contemporain (A) et correspond à un changement tant psychologique que physique tendant à rendre l'individu plus mature (B).

[1244] DREIFUSS-NETTER Frédérique, « Les seuils d'âge en droit à l'épreuve des sciences de la vie », *Études offertes au doyen Philippe SIMLER*, Litec, 2006, p. 95.
[1245] Trésor de la langue française, disponible sur : http://atilf.atilf.fr/tlf.htm.
[1246] Voir *infra* n° 7.
[1247] CORNU Gérard, « L'âge civil », *in Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, t. I, p. 9.

A – L'adolescence, une préoccupation contemporaine

551. Traditionnellement et d'une façon générale, le législateur ne se préoccupait pas de l'enfance comme stade de vie. Ainsi, « *le Code pénal de 1810 n'envisage l'enfance que sous le biais des infractions concernant l'état civil* »[1248]. Contrairement à la société actuelle, l'enfant n'est pas le centre d'intérêt de la famille. Si très jeune, il restait dans le giron maternel, dès qu'il « *pouvait vivre sans la sollicitude constante de sa mère, de sa nourrice ou de sa remueuse, il appartenait à la société des adultes et ne s'en distinguait plus* »[1249]. Cela se retrouvait également dans le style vestimentaire puisque l'enfant sortait du maillot pour s'habiller comme les adultes, hommes ou femmes, de sa condition[1250]. Le temps de vie est alors bien séparé entre, d'un côté, l'enfance comme période de dépendance et de l'autre, le monde adulte, qui se caractérise par l'autonomie et notamment au travers du travail. L'individu passe d'un statut à l'autre sans période de transition.

552. Il faudra attendre le développement de l'enseignement obligatoire pour qu'une période intermédiaire entre l'enfance et le monde adulte soit mise en place. Une loi du 28 mars 1882[1251] sur l'enseignement primaire obligatoire vise les mineurs âgés de six à treize ans. Par conséquent, et surtout pour les zones rurales[1252], les enfants connaissent désormais un stade de maturation sociale nouveau : l'adolescence[1253]. Alors que jusque-là enfance et adolescence n'étaient pas distinguées, un nouveau temps de vie voit le jour et apparaît comme le « *héros de notre XXe siècle, siècle de l'adolescence* »[1254]. L'âge de la scolarisation obligatoire sera porté à quatorze ans par une loi du 9 août 1936, puis à seize ans par une ordonnance du 6

[1248] CHASSAING Jean-François, « Enfances », disponible sur : www.geocities.com/jfrchassaing/Enfances.html.
[1249] ARIÈS Philippe, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, *op. cit*., p. 177.
[1250] *Ibid.*, p. 75.
[1251] Loi n° 11696 du 28 mars 1882 « sur l'enseignement primaire obligatoire », JORF 29 mars 1882, p. 1697. Voir également ISAMBERT-JAMATI Viviane, « L'âge social et la durée des obligations éducatives – l'image que s'en font les français d'aujourd'hui », *in Seuil d'âge et législation pénale. Contribution à l'étude du problème des jeunes adultes délinquants*, BESSON Alain (dir.), Cujas, 1961, p. 88.
[1252] La loi du 28 mars 1882, dite loi Jules Ferry, n'a fait « *qu'entériner un mouvement de scolarisation de masse déjà commencé. La véritable plus-value […] porte sur la scolarisation des filles et des enfants des campagnes, que les parents sont obligés d'envoyer à l'école alors qu'ils préféraient les voir participer aux tâches ménagères ou travailler dans les champs* » : Archives du Sénat, *Les lois scolaires de Jules Ferry*, disponible sur www.senat.fr/evenement/archives/D42/index.html.
[1253] THIERCÉ Agnès, *Histoire de l'adolescence (1850-1914)*, Éd. Berlin, coll. « Histoire de l'éducation », 1999. L'auteur situe la construction du concept moderne d'adolescence à la fin du XIXe siècle ; voir également : REY-SALMON Caroline, « Secret médical et personnes vulnérables : le cas du mineur », *D*. 2009, p. 2651 : l'auteur consacre son article à « *la pratique médicale auprès des adolescents* ».
[1254] ARIÈS Philippe, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, *op. cit*., p. 49.

janvier 1959[1255]. Parallèlement, toujours à la fin du XIXe, le législateur prend également conscience de la fragilité de cette tranche d'âge en adoptant une législation travailliste spécifique aux enfants, dans le sens d'une plus grande protection. Le XXe siècle voit émerger l'adolescence, période de la vie qui va prendre de plus en plus d'importance et qui fait l'objet de nombreuses études en sciences humaines en raison des mutations qu'elle induit, et notamment la « redoutable» crise d'adolescence.

553. Les stades de maturation[1256] ont considérablement évolué au cours des dernières décennies, faisant naître d'autres étapes entourant l'adolescence, avec les concepts de pré-adolescence et même « d'adulescence », prolongement de l'adolescence malgré l'arrivée de l'âge adulte. « *Ainsi passe-t-on d'une époque sans adolescence, à une époque ou l'adolescence est l'âge favori. On désire y accéder tôt et s'y attarder longtemps* »[1257].
Au sein de cette période, l'individu, juridiquement incapable, doit se préparer et être préparé à entrer dans l'âge adulte, qui lui confère une pleine capacité juridique. La majorité civile constitue un seuil d'âge critique[1258], c'est-à-dire un seuil qui opère une modification de statut, faisant passer l'individu dans la catégorie des majeurs. Il paraît donc naturel que ce soit à l'intérieur de cette étape que soit instauré un « sas » permettant progressivement au mineur d'accéder à cette autonomie totale.

554. Le droit romain possédait une telle période intermédiaire pendant laquelle l'individu devenait capable, mais restait aidé d'un curateur. Entre l'enfant et l'adulte, l'individu passait par l'état de la puberté. Ces mineurs, à partir de quatorze ans, étaient certes autonomes mais, pour éviter qu'ils ne dilapident leur patrimoine, une assistance était maintenue jusqu'à leur vingt-cinq ans[1259]. Dans cette période intermédiaire, le mineur prenait les décisions tout en

---

[1255] Ordonnance n° 59-45 du 6 janvier 1959 « portant prolongation de la scolarité obligatoire », JORF 7 janvier 1959, p. 376.
[1256] « *La maturité sociale s'étale de la dépendance totale de l'enfant à l'indépendance de l'adulte et consiste à s'intégrer progressivement dans les normes culturelles du monde adulte* » : MERCIER Bérengère, *Les seuils d'âge dans la législation pénale – vers un rapprochement du statut du mineur et du jeune adulte délinquant*, thèse dactylographiée, Bordeaux, 1997, n° 39, p. 48. La maturité sociale est donc un processus, un chemin vers l'autonomie que confère le monde adulte, chemin jalonné de diverses étapes et notamment celle de l'adolescence. Voir également : MICHARD Henri, « Quelques aspects des processus de maturation sociale dans la société française de 1960 », préc.
[1257] ARIÈS Philippe, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, *op. cit*., p. 50.
[1258] « *En règle générale, ces âges critiques sont déterminés par les normes de conduite fixées par la société globale* » : DAVIDOVITCH André, « Essai d'une définition sociologique de l'âge », *in Seuil d'âge et législation pénale. Contribution à l'étude du problème des jeunes adultes délinquants*, BESSON Alain (dir.), *op. cit*., p. 43.
[1259] BAJOTET Marc, *Les variations de l'incapacité du mineur à raison de son âge*, thèse dactylographiée, Dijon, 1941, p. 97.

étant assisté, mais il demeurait le décideur. Ce statut se retrouve dans l'Ancien Droit, où l'enfance cède le pas à l'impuberté, à laquelle fait suite le statut de pubère à partir de quatorze ans. « *Le mineur pubère est supposé responsable de ses actes car en possession de ses facultés mentales* »[1260], même s'il demeure mineur et donc incapable. Il y a alors une distorsion entre la responsabilité et la capacité.

555. Par ailleurs, l'histoire des sociétés primitives fournit des exemples de rites de passage, conduisant l'enfant à rejoindre le monde des adultes par une étape, une épreuve, plus ou moins brève. Il peut s'agir de tatouage, de scarification, d'un isolement temporaire permettant une méditation sur soi-même ou d'une capacité physique comme dans les sociétés barbares où la force de porter les armes (et corrélativement, la capacité de combattre) faisait devenir adulte et donc capable. Ces « *rites de passage ou d'initiation permettaient donc jadis à l'individu d'accéder d'un état biologique d'enfant à un état social d'homme* »[1261]. C'est également cette vision, celle d'un rite de passage faisant passer l'individu de l'état d'adolescent à celui d'homme, qui se retrouvait au travers du service militaire[1262], véritable institution sociale. Il est fréquent d'entendre que cette épreuve « forge un homme », que « l'individu n'est pas un homme tant qu'il n'a pas fait son service militaire » ; « *cette période est présentée à de nombreux jeunes gens comme la période d'initiation au cours de laquelle une véritable mue sociale s'opèrera* »[1263].

556. L'idée d'une progressivité de la maturation sociale apparaît dans nos sociétés contemporaines, perçue comme un processus et non une épreuve qui s'inscrivait dans une relative instantanéité. Ces rites initiatiques ne semblent d'ailleurs plus adaptés à l'état actuel des mœurs, comme l'indique la fin de la conscription obligatoire ainsi que l'infraction de bizutage de l'art. 225-16-1 C. pén., laquelle vise surtout l'intégration des nouveaux membres

[1260] MERCIER Bérengère, *Les seuils d'âge dans la législation pénale – vers un rapprochement du statut du mineur et du jeune adulte délinquant*, *op. cit*., n° 43, p. 50.
[1261] *Ibid*., n° 5, p. 8.
[1262] Une signification identique se retrouvait auparavant dans le mariage et se traduit toujours juridiquement puisqu'il est émancipateur pour les mineurs contractants. Le mariage rendrait, instantanément, les individus matures et responsables. Comme le relève Bérangère MERCIER, « *il y a donc un avant et un après mariage, qui a été symbolisé par l'habit en noir au lendemain de leur noces par les jeunes mariés. Ce port du deuil signifiait la perte de la virginité mais également de l'état de jeunesse* », *op.cit*., p. 64. Cette conception paraît aujourd'hui assez désuète en raison d'une part du recul de l'âge du mariage et d'autre part du changement sociologique de l'institution, qui n'est plus la référence exclusive du couple (le mariage cohabite désormais avec le concubinage et le PACS), les futurs mariés vivants déjà ensemble au moment de la cérémonie (alors que traditionnellement le mariage permettait aussi aux individus de quitter le carcan parental et de devenir autonomes).
[1263] ISAMBERT-JAMATI Viviane, « L'âge social et la durée des obligations éducatives – l'image que s'en font les français d'aujourd'hui », art. préc.

au sein de communautés, généralement estudiantines. Ces épreuves sont caractéristiques des groupes d'adolescents, où l'individu doit prouver qu'il est digne d'intégrer le groupe en subissant un acte avilissant[1264] ou en réalisant un acte illégal (ainsi dans certaines communautés criminelles, il serait prévu que l'épreuve initiatique soit un meurtre, afin d'attester de sa valeur). Cette démarche revêt essentiellement un aspect négatif, et laisse aujourd'hui la place à une adolescence perçue comme un stade de maturation sociale. « *Plus enfant, pas encore adulte, née d'une omission des cadres sociaux modernes, il ne reste à la jeunesse qu'à créer elle-même, pour elle-même, un milieu social qui soit son milieu d'accueil, de compréhension et d'expression* »[1265].

557. Aussi, l'histoire permet de mettre en exergue le caractère récent de l'intérêt porté à l'adolescence et de mieux cerner la notion. D'autres domaines[1266], et notamment la psychologie[1267], se sont intéressés à ce stade de la vie qui correspond à un moment de maturité non seulement physique, avec la puberté, mais aussi psychologique.

B – Une étape de maturation physique et psychologique

558. La raison d'être de la protection pénale particulière des mineurs est leur faiblesse tant physique que psychologique[1268]. Dans ce cadre, le législateur sanctionne plus sévèrement les infractions commises à leur encontre et va même jusqu'à incriminer certains comportements spécifiques qui ne tombent sous le coup de la répression que lorsque la victime est mineure, au travers notamment d'un Chapitre du Code pénal intitulé « *des atteintes aux mineurs et à la famille* ». Le seuil de quinze ans est globalement retenu, le législateur concédant dans certains cas qu'au-delà de cet âge l'individu dispose d'une certaine aptitude physique et psychique le rendant plus autonome et justifiant le recul des interdits.

[1264] Ainsi est constitutif de l'infraction de bizutage le fait pour quatre prévenues mineures qui, dans un but d'intégration au groupe, écartent de force les jambes d'une jeune fille et cognent son sexe sur un poteau puis la déshabillent et exhibent ses seins : Agen, 30 mars 2006, JurisData n° 2006-306302.

[1265] CECCALDI Pierre, « Les nouvelles formes de la délinquance juvénile en France, étude descriptive présentée au second Congrès des Nations-Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants », Londres, août 1960, cité par MICHARD Henri, « Quelques aspects des processus de maturation sociale dans la société française de 1960, *in Seuil d'âge et législation pénale. Contribution à l'étude du problème des jeunes adultes délinquants*, BESSON Alain (dir.), art. préc., p. 87.

[1266] Cela est surtout le cas des sciences de l'éducation, ou encore des travailleurs sociaux (éducateurs spécialisés, assistantes sociales) et même des juristes, notamment au travers du mouvement de Défense sociale nouvelle.

[1267] Voir notamment les études de Françoise DOLTO (*La cause des enfants*, Robert Laffont, coll. « Livre de poche », 1985 ; *Les étapes majeures de l'enfance*, Gallimard, coll. « Folio essais », 1998) et de Jean PIAGET (*Le jugement moral chez l'enfant*, PUF, 1932 ; *La psychologie de l'enfant*, en collaboration avec Barbel INHELDER, PUF, 1966).

[1268] cf. *supra* n° 218 et s.

559. Les romains associaient la maturité physique à la capacité civile ainsi qu'à la responsabilité pénale. Le critère utilisé était celui de la puberté[1269] et permettait à l'individu de passer du statut d'impubère à celui de pubère. Cette distinction a notamment pour origine l'image des mineurs asexués, purs et donc exempts de tout vice. La capacité de procréation renvoie à la capacité de donner la vie, et de ce fait, d'assumer les responsabilités corrélatives. De nos jours, si le mariage émancipe l'individu mineur, cela devrait être le cas, *a fortiori*, pour la paternité et la maternité. Le statut de parent induit une prise de conscience, une maturité et une autonomie bien plus conséquente que le statut de personne mariée.

560. Ce critère a disparu aujourd'hui du droit, que ce soit pour l'attribution d'une capacité civile ou la reconnaissance d'une responsabilité pénale. Cependant, la puberté marque l'entrée dans l'adolescence et se retrouve indirectement en Droit de la santé. Concernant les actes relatifs à la grossesse, qu'il s'agisse des contraceptions régulières ou d'urgence, d'interruption volontaire de grossesse, ou encore d'accouchement, la possibilité pour la mineure d'agir seule, sans les titulaires de l'autorité parentale[1270], est naturellement conditionnée par la puberté de la jeune fille. Les actes abortifs ne peuvent alors exister et la contraception régulière (pilules contraceptives) n'a guère d'intérêt. L'adolescence est une étape de maturation sexuelle, et plus globalement physique, dans laquelle l'individu évolu.

561. Cette mutation se réalise également au niveau psychologique. « *L'adolescence est alors non seulement une crise visible et spectaculaire, mais un* processus *discret et silencieux qui s'achèvera avec la conquête de la maturité, c'est-à-dire avec la symbolisation de l'enfance perdue* »[1271]. C'est alors un double processus qui s'organise avec d'un côté l'abandon de l'enfance et de l'autre, la construction du futur adulte. Pendant l'adolescence, l'individu se détache de la dépendance parentale liée à l'enfance. Il s'émancipe, souhaite devenir autonome et cherche à se démarquer des carcans parentaux. À ce moment, la personne se forge ses propres convictions et remet en question les certitudes et acquis qui lui ont été transmis. Il est courant d'entendre que l'adolescence est une période de rupture et de

[1269] La puberté peut se définir comme l'« *ensemble des modifications morphologiques, fonctionnelles et psychologiques caractérisant le passage progressif de l'état d'enfance à celui d'adolescence* » : Trésor de la langue française (TLF) disponible sur : http://atilf.atilf.fr/tlf.htm. Cette étape se situe donc aux prémices de l'adolescence.

[1270] cf. *supra* pour les développements sur l'autonomie corporelle du mineur en matière sanitaire, n° 443 et s.

[1271] NASIO Juan David, « Le Discours de l'Adolescent : une contribution au concept d'adolescent », *Figures de la psychanalyse* 2004, n° 9, p. 67.

menace[1272], l'adolescent serait alors « rebelle ». Cette dimension psychologique passe également par une appréhension du nouveau corps de l'individu, lequel devient sexué et objet de désir. Le « *processus est un ajustement douloureux des fantasmes infantiles aux sollicitations du nouveau corps et aux conditions des nouvelles rencontres affectives* »[1273]. Dès lors, comme le relève Françoise DOLTO, les débuts de l'adolescence sont marqués par le complexe du homard, qui « *quand ils [*les homards*] changent de carapace, perdent d'abord l'ancienne et restent sans défense, le temps d'en fabriquer une nouvelle* »[1274]. Pendant cette période de transition, correspondant aux personnes âgées de douze à quinze ans, l'individu est en danger. Au-delà, la nouvelle carapace protège l'adolescent, et c'est souvent à ce moment qu'il revendique une autonomie dans les domaines qui lui sont proches et surtout concernant son corps, qu'il s'agisse de sexualité, de décorations corporelles (piercing, tatouage) ou de santé. L'adolescence est une période de construction identitaire qui voit l'individu faire ses premières expériences : premiers amours, premier rapport sexuel, première consommation d'alcool, première cigarette. Le mineur, bien que toujours incapable, a néanmoins acquis une certaine maturité psychologique et physique ; « *s'il ne manifeste aucun trouble de l'affectivité, un enfant est formé habituellement à treize-quatorze ans* »[1275].

562. L'adolescence, concept certes relativement récent mais qui fait désormais l'objet de nombreuses attentions, apparaît comme un stade de maturation sociale, une étape essentielle dans le cours de vie de l'individu tant au niveau physique que psychique, il serait peut être opportun que le droit s'en préoccupe. Avant l'âge de la majorité civile, le mineur a déjà acquis un discernement et une maturité lui permettant, notamment en matière d'acte éminemment personnel touchant à son corps, de prendre les décisions en connaissance de cause. Corrélativement, le maintien d'une protection pénale peut apparaître disproportionnée et injustifiée pour les mineurs proches de la majorité, cette surprotection aboutissant à limiter leur liberté et leur droit de disposer de leur corps.

[1272] Voir dans cette optique : ROUSSEAU Jean-Jacques, *L'Émile ou de l'éducation*, Flammarion, 1999. Les réflexions de l'auteur font de la période entre douze et dix-huit ans « *un temps de rupture et de menace* ».

[1273] NASIO Juan David, « Le Discours de l'Adolescent : une contribution au concept d'adolescent », art. préc., p. 70.

[1274] DOLTO Françoise et DOLTO-TOLITCH Catherine, *Paroles pour adolescents ou le complexe du homard*, Hatier, 1990, p. 82.

[1275] Docteur GUILLIBERT, psychiatre à l'hôpital Necker cité par GISSER François, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », art. préc.

II – Une transposition délicate mais nécessaire en droit pénal

563. Il serait erroné d'affirmer aujourd'hui que le Droit ne tient pas compte de ce nouveau temps de vie. Plus globalement, le Droit fait une place à part aux mineurs, et notamment d'un point de vue positif aux droits de l'enfant. La CIDE du 20 novembre 1989 a eu une influence positive en la matière[1276] et a aidé à la reconnaissance de droits conférés aux mineurs comme celui d'être entendu dans toutes les procédures le concernant, droit rappelé à l'art. 388-1 C. civ. ou encore le droit au respect de sa vie privée[1277].

564. La reconnaissance d'un statut intermédiaire est surtout le fait du Droit civil. Dans la sphère patrimoniale[1278], l'art. 904 C. civ. permet au mineur de tester pour la moitié de son patrimoine à partir de seize ans. Le renvoi effectué par les articles 389-3 et 408 C. civ. aux usages permettant aux mineurs d'agir seuls, induit une progressivité et donc une prise en compte de la flexibilité temporelle de la minorité. L'usage varie en fonction de l'âge de l'individu.

565. Cette latitude juridique se retrouve également en matière extrapatrimoniale pour les actes relatifs au gouvernement de la personne, et surtout à l'état civil. À partir de treize ans, le consentement personnel du mineur est requis pour le changement de prénom[1279] et de nom[1280] ou encore pour son adoption, qu'elle soit plénière[1281] ou simple[1282]. Le mineur né en France de parents étrangers âgé de plus de seize ans peut demander seul la nationalité française[1283]. Le mineur peut également, quel que soit son âge, reconnaître ses enfants naturels[1284] et l'art. 328 C. civ. rappelle que « *le parent, même mineur, à l'égard duquel la filiation est établie a, pendant la minorité de l'enfant, seul qualité pour exercer l'action en recherche de maternité ou de paternité* ». Dans ces différentes hypothèses, le législateur prend conscience de la

[1276] GOUTTENOIRE Adeline, GRIS Christophe et autres, « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après », *Dr. Famille* 2009, n° 11, dossier n° 13, p. 32.
[1277] CE, 10 mars 1995, *Demirpence*, *D*. 1995, p. 617, note BENHAMOU Yves, concl. ABRAHAM Ronny.
[1278] *CERMOLACCE Arnaud, « Les contrats du mineur »,* Dr. Famille *2006, étude 27.*
[1279] Art. 60 C. civ. : « *Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de prénom. […] Si l'enfant est âgé de plus de treize ans, son consentement personnel est requis ».*
[1280] Art. 61-3 C. civ. : « *Tout changement de nom de l'enfant de plus de treize ans nécessite son consentement personnel lorsque ce changement ne résulte pas de l'établissement ou d'une modification d'un lien de filiation* ».
[1281] Art. 345 C. civ. : *L'adoption n'est permise qu'en faveur des enfants de moins de quinze ans […]. S'il a plus de treize ans, l'adopté doit consentir personnellement à son adoption plénière ».*
[1282] Art. 360 C. civ. : « *L'adoption simple est permise quel que soit l'âge de l'adopté.[…] Si l'adopté est âgé de plus de treize ans, il doit consentir personnellement à l'adoption ».*
[1283] Art. 21-11 C. civ.
[1284] Art. 316 C. civ.

maturité de l'individu et confère aux mineurs la capacité de consentir seul à ces actes juridiques.

566. Le Droit pénal prend également en compte cette étape de l'adolescence, que le mineur soit victime ou auteur d'infraction au travers de divers seuils d'âge intermédiaires. « *Les grands adolescents […] ne sont plus tout à fait mineurs, ils ne sont pas encore vraiment majeurs. Ils se situent à la croisée des chemins. C'est pourquoi, il leur est reconnu une certaine liberté, tout en maintenant à leur égard une protection certaine* »[1285]. Le Droit pénal prend en compte cette nouvelle période, mais essentiellement de façon dérogatoire tant il apparaît difficile de concilier les impératifs de protection et d'autonomie auxquels renvoie une telle situation. Si la transposition de l'adolescence peut se retrouver en Droit pénal des mineurs (A), elle n'est pas encore affirmée en Droit pénal de fond (B).

A – Une transposition effective en Droit pénal des mineurs

567. Le Droit pénal des mineurs sera entendu ici comme l'ensemble des règles applicables aux mineurs délinquants, qu'il s'agisse de droit processuel ou substantiel. Ce Droit est, en raison surtout de sa finalité éducative[1286], évolutif et, partant, jalonné de paliers. À mesure que l'individu approche de la majorité, le traitement pénal perd sa spécificité pour se rapprocher du droit commun. Au travers des divers seuils qu'il organise, le Droit pénal des mineurs prend en compte l'adolescence et le processus de maturation qui l'accompagne. L'étape de l'adolescence se retrouve alors aussi bien dans la détermination de la sanction (1) que dans les mesures procédurales (2).

1 – Une responsabilité pénale progressive

568. Cette responsabilité pénale spécifique varie entre deux extrémités : commençant avec le discernement, comme le rappelle l'art. 112-8 C. pén.[1287], et se terminant par la majorité

[1285] GISSER François, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », art. préc.
[1286] GOUTTENOIRE Adeline, « Pour une formulation des principes fondamentaux de la justice pénale des mineurs », *AJ pénal*, 2009, p. 13 : « *Le juge doit d'abord envisager une sanction éducative à l'égard du mineur auteur d'une infraction pénale, ce n'est que lorsque cette mesure apparaît insuffisante qu'il pourra prononcer une peine* ».
[1287] Art. 122-8 al. 1 C. pén. : « *Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits et contraventions dont ils ont été reconnus coupables, dans des conditions fixées par une loi particulière qui détermine les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dont ils peuvent faire l'objet* ».

pénale, alignée aujourd'hui sur la majorité civile, à savoir dix-huit ans. Entre ces deux seuils, le législateur a créé des paliers intermédiaires afin d'adapter la sanction à l'âge du délinquant. Ainsi, conformément à l'art. 122-8 al. 2 C. pén., les peines, notamment celles d'emprisonnement, ne peuvent être prononcées que pour des mineurs de plus de treize ans. Avant cet âge, et à compter de dix ans, les magistrats peuvent prononcer des sanctions éducatives, lesquelles ont été intégrées dans l'arsenal de l'ordonnance de 1945 par une loi du 9 septembre 2002[1288]. S'ajoutent enfin les mesures éducatives qui peuvent être prononcées dès que l'enfant est apte au discernement. Au final, « *dès 7 ou 8 ans environ un enfant relève du système pénal mais jusqu'à 10 ans il ne peut faire l'objet que de mesures éducatives, dès 10 ans le prononcé de sanctions éducatives est possible, à 13 ans une peine proprement dite peut être prononcée* »[1289].

Traditionnellement, la responsabilité est la contrepartie de l'autonomie[1290]. Par conséquent, si le mineur devient progressivement responsable, pénalement, il doit devenir, dans la même temporalité, progressivement autonome ! Or tel n'est pas le cas, au contraire. Le Droit pénal surprotège parfois le mineur en le considérant comme victime dans certaines situations, où sa maturité, son autonomie devrait conduire à ne plus le présumer comme tel.

569. Parallèlement, le Droit pénal intensifie la répression à l'encontre des mineurs auteurs. Ce mouvement se manifeste avec une application du droit commun à la situation des mineurs, mais aussi, de façon plus insidieuse, par un glissement des catégories ; « *l'attraction du droit pénal des mineurs par le droit pénal des majeurs se traduit aussi par une attraction systématique des dispositions prévues pour une tranche d'âge inférieure par celles de la tranche d'âge supérieure, par définition plus rigoureuse* »[1291].

L'action judiciaire oscille entre l'éducatif et le répressif. Les conceptions humanistes présidant à l'élaboration de l'ordonnance de 1945 ne recommandent pas l'absence de responsabilité des mineurs[1292]. Au contraire, les adolescents, étant dans une phase de

---

[1288] Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, JORF 10 septembre 2002, p. 14934.

[1289] LAZERGES Christine, « Lecture du rapport ″Varinard″ », *RSC* 2009, p. 226.

[1290] « *D'un point de vue juridique, la responsabilité est […] la contre-partie du libre arbitre ; c'est ainsi parce que l'on est libre que l'on doit assumer la responsabilité des actes que l'on a fait librement, en conscience* » : BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. « Précis, », 2008, n° 1239, p. 686.

[1291] POUYANNE Julia, « Le nouveau droit pénal des mineurs, ou de la difficulté d'être entre protection et répression », art. préc.

[1292] Une partie de la doctrine tirait des dispositions de l'ordonnance de 1945 que les mineurs étaient pénalement responsables quel que soit leur âge. Il fallut attendre l'arrêt *Laboube* rendu par la Chambre criminelle le 13 décembre 1956 (D. 1957. 379, note PATIN Bernard) pour limiter cette responsabilité aux seuls mineurs

recherche, il est essentiel que la société fixe des limites et sanctionne les individus lorsque celles-ci sont dépassées. « *Cette reconnaissance de la responsabilité pénale peut être un outil de valorisation du mineur, un outil de socialisation, un outil d'accession à la citoyenneté* »[1293]. Traditionnellement le Droit pénal des mineurs influençait le Droit pénal des majeurs, ce qui s'est traduit par un mouvement conduisant à une meilleure prise en compte de la personnalité du délinquant et une réelle adaptation de la sanction. Le constat s'inverse ces dernières années, le droit commun contaminant le droit spécial. Entre répression, protection et autonomie, « *notre société ne sait plus quelle place attribuer à l'enfant, et parvient à avoir autant peur pour lui qu'elle a peur de lui* »[1294].

La balance semble depuis quelques années clairement pencher vers la répression. Les dernières réformes ont vu se réaliser une « *attraction dangereuse du droit pénal des mineurs par le droit pénal des majeurs* »[1295], conduisant simplement « *à l'abandon progressif du modèle protectionniste et à l'abaissement à peine voilé de la majorité pénale à seize ans* »[1296]. Ce déséquilibre devient flagrant non seulement pour le Droit pénal de fond, à savoir les sanctions, mais aussi, et surtout, pour les mesures procédurales.

570. Le Haut conseil a fait, en 2002[1297], de la spécificité du Droit pénal des mineurs un principe fondamental reconnu par les lois de la République en faisant ressortir les trois composantes essentielles de cette spécificité[1298] : une atténuation obligatoire de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de leur âge, la priorité de l'éducatif et du

discernants. La Haute juridiction requiert que le mineur « *ait compris et voulu cet acte* » pour que sa responsabilité puisse être engagée. Voir notamment : LAZERGES Christine, « De l'irresponsabilité à la responsabilité pénale des mineurs délinquants ou relecture des articles 1 et 2 de l'Ordonnance du 2 février 1945 », *RSC* 1995, p. 149 ; de SINGLY François, "La cause des enfants », *in Enfants, Adultes. Vers une égalité de statuts ?* de SINGLY François (dir.), Éd. Universalis, coll. « Le tour du sujet », 2004, p. 30 : « *les pédagogies nouvelles ont prôné plus de liberté et d'autonomie pour les enfants, elles n'ont jamais proposés l'absence de règlements* ».

[1293] *Ibid*.

[1294] POUYANNE Julia, « Le nouveau droit pénal des mineurs, ou de la difficulté d'être entre protection et répression », art. préc.

[1295] POUYANNE Julia, « Le nouveau droit pénal des mineurs, ou de la difficulté d'être entre protection et répression », *Dr. pén*. 2003, chron. n° 14.

[1296] LAZERGES Christine, « La mutation du modèle protectionniste de justice des mineurs », *RSC* 2008, p. 200.

[1297] DC n° 2002-461, du 29 août 2002, JORF 10 septembre, p. 14953 : « *La responsabilité pénale des mineurs doit être atténuée en raison de leur âge ; la réponse des pouvoirs publics aux infractions que commettent les mineurs doit rechercher, autant que faire se peut, le relèvement éducatif et moral par des mesures appropriées prononcées, en fonction de leur âge et de leur personnalité, par des juridictions spécialisées ou selon des procédures adaptées* ».

[1298] La prise en compte de l'âge et le primat de l'éducatif sur la peine se retrouvent d'ailleurs à l'art. 40. 1 de la CIDE, qui dispose que « *les États parties reconnaissent à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale le droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle, qui renforce son respect pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'autrui, et qui tienne compte de son âge ainsi que de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci* ».

relèvement sur la répression, avec des mesures adaptées à la personnalité du délinquant et enfin, des juridictions spécialisées et des procédures appropriées. Depuis cette reconnaissance, divers textes sont venus modifier de façon substantielle l'ordonnance de 1945 en s'attaquant à chaque élément faisant la spécificité du Droit pénal des mineurs, rendant au final cette « *constitutionnalisation peu contraignante* »[1299]. L'art. 20-2 ord. de 1945 rappelle qu'il ne peut être prononcé « *à l'encontre des mineurs âgés de plus de treize ans une peine privative de liberté supérieure à la moitié de la peine encourue. Si la peine encourue est la réclusion criminelle à perpétuité, ils* [le tribunal pour enfants ou la cour d'assises des mineurs] *ne peuvent prononcer une peine supérieure à vingt ans de réclusion criminelle* ». Cependant, l'article poursuit en précisant que cette diminution légale de peine n'est plus que facultative pour les mineurs de seize ans et qu'elle peut être écartée dans trois cas[1300], par une décision spécialement motivée ; le principe restant celui d'une diminution de peine, et l'exception le prononcé de la peine de droit commun. Néanmoins, la loi du 10 août 2007[1301] inverse ce rapport lorsque le mineur auteur est en situation de double récidive. La diminution de peine est alors l'exception et le droit commun redevient le principe. Lorsqu'un mineur de plus de seize ans commet, en état de double récidive, un crime d'atteinte volontaire à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique de la personne ou un délit de violences volontaires, un délit d'agression sexuelle, un délit commis avec la circonstance aggravante de violence, l'atténuation de peine ne s'applique pas. Toutefois, les magistrats peuvent décider, par une décision spécialement motivée, de déroger au droit commun et d'appliquer la diminution de peine. Le schéma est alors paradoxal puisque cette motivation spéciale n'est plus requise lorsque le tribunal pour enfants écarte l'atténuation de peine pour certains délits[1302].

Le traitement pénal des mineurs, et notamment ceux de plus de seize ans, perd, à chaque réforme, de sa spécialité et se rapproche dangereusement du droit commun. Le constat est identique en matière procédurale.

[1299] de LAMY Bertrand, « Droit pénal des mineurs : une singularité limitée », *RSC* 2008, p. 133 ; voir également : LAZERGES Christine, « La constitutionnalisation du droit pénal des mineurs », *Archives de politique criminelle,* 2008, n° 30, p. 5.

[1300] D'une part, lorsque les circonstances de l'espèce et la personnalité du mineur le justifient ; d'autre part lorsqu'un crime d'atteinte volontaire à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique de la personne a été commis en état de récidive légale ; enfin, lorsqu'un délit de violences volontaires, un délit d'agression sexuelle, un délit commis avec la circonstance aggravante de violences a été commis en état de récidive légale.

[1301] Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 « renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs », JORF 11 août 2007, p. 13466.

[1302] Il s'agit des délits de violences volontaires, un délit d'agression sexuelle, un délit commis avec la circonstance aggravante de violence ; à savoir les mêmes qui, en état de double récidive, écarte de plein-droit le principe de la diminution de peine.

2 – Un droit pénal processuel en perte de spécificité

571. Qu'il s'agisse des phases d'enquête ou d'instruction, la loi 9 septembre 2002[1303] a joué un rôle essentiel dans cette évolution, en assouplissant les limites entourant les mesures de contrainte à l'égard des mineurs. Tel est notamment le cas de la retenue judiciaire, qui concerne exclusivement les mineurs de dix à treize ans (lesquels ne peuvent être placés en garde à vue), et qui a vu son champ d'application et sa durée augmenter. Désormais, elle peut être réalisée pour des infractions punies de cinq ans d'emprisonnement (et non plus sept ans) sur la base d'indices graves ou concordants (au lieu d'indices graves et concordants) et pour une durée totale pouvant aller jusqu'à 24 heures (12 heures avant la réforme). Or ceci équivaut à la durée d'une garde à vue pour un majeur[1304]. Outre le caractère très contraignant de la mesure pour des mineurs de treize ans, il faut également noter que lors de sa création, par une loi du 1er février 1994[1305], le Conseil constitutionnel l'avait validé[1306] en raison d'une part de la gravité des sanctions en cause, d'autre part de la durée maximale de dix heures (certes renouvelable une fois) et enfin de l'accord préalable d'un magistrat spécialisé dans la protection de l'enfance. La réforme de 2002 concernant des infractions moins graves pour une durée de contrainte plus longue aurait dû logiquement être sanctionnée. Or, le Haut conseil considère dans son avis que ces changements n'apportent « *aux dispositions antérieures que des modifications relevant du pouvoir d'appréciation du législateur* »[1307].

572. Cette assimilation se retrouve aussi pour le contrôle judiciaire. La loi nouvelle insère dans l'ordonnance de 1945, un art. 10-2 qui dispose : « *les mineurs âgés de treize à dix-huit ans peuvent être placés sous contrôle judiciaire dans les conditions prévues par le Code de procédure pénale, sous réserve des dispositions du présent article* ». Le texte renvoie clairement aux dispositions de droit commun. Le législateur organise une progressivité très intéressante, conforme à la philosophie du Droit pénal des mineurs, en adaptant graduellement

[1303] Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, préc. CASTAIGNÈDE Jocelyne, « La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs », *D.* 2003, p. 779 ; LAZERGES Christine, « Fallait-il modifier l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 ? », *RSC* 2003, p. 172 ; POUYANNE Julia, « Le nouveau droit pénal des mineurs, ou de la difficulté d'être entre protection et répression », art. préc. ; GIACOPELLI Muriel, « les dispositions procédurales de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 applicables aux mineurs et majeurs délinquants. Continuité ou rupture ? », *JCP G* 2003, I, 139.

[1304] Art. 63 al. 2 C. pr. pén. : « *La personne gardée à vue ne peut être retenue plus de vingt-quatre heures. Toutefois, la garde à vue peut être prolongée pour un nouveau délai de vingt-quatre heures au plus, sur autorisation écrite du procureur de la République. Ce magistrat peut subordonner cette autorisation à la présentation préalable de la personne gardée à vue* ».

[1305] Loi n° 94-89 du 1er février 1994 « instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale », JORF 2 février 1994, p. 1803.

[1306] DC n° 93-334 du 20 janvier 1994, JORF 26 janvier 1994, p. 1380.

[1307] DC n° 2002-461 du 29 août 2002, JORF 10 septembre 2002, p. 14953.

la réaction à la délinquance des mineurs. L'art. 10-2 de l'ord. de 1945 prévoit plusieurs types d'obligations pour le mineur et notamment la possibilité d'un placement en centre éducatif fermé. Hors cette hypothèse, lorsque le mineur viole ses obligations découlant du contrôle judiciaire, il peut faire l'objet d'un tel placement. Cette mesure revêt donc deux natures : soit elle constitue une obligation du contrôle judiciaire, soit elle est la sanction du non-respect des autres obligations du contrôle judiciaire. Dans les deux cas un enfermement est possible, bien que celui-ci ait lieu dans un centre spécifique pour mineurs.
La détention provisoire est également possible, et ce, même pour les mineurs de treize à seize ans en cas de non-respect du placement en centre éducatif fermé, en cas de fugue essentiellement.

573. Les mesures de contrainte se sont aggravées non seulement pour les mineurs les plus jeunes mais aussi pour ceux de plus de seize ans. En matière de détention provisoire, l'art. 11 ord. de 1945 prévoit que la mesure est possible pour les mineurs âgés de plus de seize ans en matière criminelle, ainsi qu'en matière correctionnelle lorsque la peine encourue est supérieure ou égale à trois ans d'emprisonnement ou lorsque le mineur n'a pas respecté, dans le cadre du contrôle judiciaire, son obligation de placement en centre éducatif fermé. Mise à part cette dernière spécificité, les conditions de la détention provisoire des mineurs de plus de seize ans sont identiques à celles du droit commun de l'art. 143-1 C. pr. pén. (même s'il faut rappeler que les délais visés sont réduits).
Dans ces hypothèses, le législateur estime par conséquent que les mineurs âgés d'au moins treize ans sont suffisamment matures pour subir un emprisonnement induisant notamment une extraction du milieu familial.

574. Cette contamination du traitement pénal des mineurs délinquants par le droit commun se retrouve aussi à la phase de jugement ; « *les circuits courts en droit pénal des mineurs se sont multipliés sous deux formes : les alternatives aux poursuites d'une part, les procédures rapides d'autres part* »[1308]. Ainsi en est-il de la mesure de médiation-réparation[1309] de l'art. 12-1 ord. de 1945 qui peut être proposée par le procureur de la République avant l'engagement des poursuites (ce qui permet d'éviter une inscription au casier judiciaire) et

[1308] LAZERGES Christine, « La mutation du modèle protectionniste de justice des mineurs », art. préc.
[1309] Il s'agit d'une mesure ou d'une activité d'aide ou de réparation à l'égard de la victime ou dans l'intérêt de la collectivité qui peut être confiée au secteur public de la protection judiciaire de la jeunesse ou à une personne physique, à un établissement ou service dépendant d'une personne morale habilitée à cet effet dans les conditions fixées par décret.

nécessitant également le consentement du mineur et des représentants légaux. De part sa finalité, à savoir réparer son erreur auprès de la victime ou de la collectivité, cette mesure s'inscrit bien dans une finalité éducative. Cet objectif est moins évident en matière de composition pénale qui est, depuis la loi du 5 mars 2007[1310] applicable aux mineurs âgés de plus de treize ans. La mesure consiste en une « *alternative à la poursuite que le ministère public peut proposer à une personne physique qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une amende ou d'un emprisonnement n'excédant pas 5 ans, ainsi qu'une ou plusieurs contraventions connexes* »[1311]. Dans le cadre de cette procédure, le mineur doit, d'une part, reconnaître sa culpabilité[1312] et, d'autre part, consentir aux mesures proposées par le Parquet (l'art. 7-2 ord. de 1945 requiert également le consentement des représentants légaux ainsi que la validation de la mesure par le juge des enfants). Le législateur reconnaît donc au mineur, à compter de treize ans, la maturité suffisante pour être l'interlocuteur du ministère public, d'autant que les mesures encourues sont, malgré certaines spécifiques aux mineurs[1313], surtout celles du droit commun.

575. Il en est de même en matière de jugement où l'exigence constitutionnelle de spécialité des juridictions et des procédures est bien affaiblie. L'art. 21 ord. de 1945 donne compétence pour les contraventions de police des quatre premières catégories à un magistrat non spécialisé de l'enfance et non professionnel, à savoir le juge de proximité. De plus, il est possible de constater une importation en Droit pénal des mineurs des procédures rapides. La loi du 9 septembre 2002[1314] avait créé la procédure de jugement à délai rapproché permettant au procureur de la République, sous certaines conditions[1315], de traduire le mineur devant le tribunal pour enfants, sans passer par l'instruction. Avec la loi du 5 mars 2007[1316], le

[1310] Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 « relative à la prévention de la délinquance », JORF 7 mars 2007, p. 4297.
[1311] BONFILS Philippe, « La réforme de l'ordonnance de 1945 par la loi prévention de la délinquance », *AJ pénal,* 2007, p. 209.
[1312] Cela peut apparaître contraire à l'art. 40 2 b IV de la CIDE qui rappelle que « *tout enfant suspecté ou accusé d'infraction à la loi pénale ait au moins le droit […] à ne pas être contraint de témoigner ou de s'avouer coupable* » ; voir notamment : LAZERGES Christine, « La mutation du modèle protectionniste de justice des mineurs », art. préc.
[1313] Accomplissement d'un stage de formation civique ; Suivi de façon régulière d'une scolarité ou d'une formation professionnelle ; Respect d'une décision, antérieurement prononcée par le juge, de placement dans une institution ou un établissement public ou privé d'éducation ou de formation professionnelle habilité ; Consultation d'un psychiatre ou d'un psychologue ; Exécution d'une mesure d'activité de jour.
[1314] Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, préc.
[1315] Il était notamment requis qu'aucune investigation sur les faits n'était nécessaire et que les investigations sur la personnalité du mineur ait déjà été faites dans le cadre d'une procédure antérieure de moins d'un an. La procédure n'était possible que pour des infractions faisant encourir trois ans d'emprisonnement en cas de flagrance et cinq ans dans les autres cas pour les mineurs de plus de seize ans.
[1316] Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, préc.

législateur modifie cette procédure, laquelle devient « *la procédure de présentation immédiate devant la juridiction pour mineurs* » visée à l'art. 14-2 ord. de 1945. La possibilité d'y recourir est alors accrue pour les mineurs de plus de seize ans puisque les seuils des peines sont abaissés, passant à un an d'emprisonnement en cas de flagrance et trois ans d'emprisonnement dans les autres cas. De plus, le procureur de la République peut désormais traduire le mineur directement devant le juge des enfants aux fins de jugement et non plus seulement devant le tribunal, ce qui n'est pas sans rappeler la procédure de comparution immédiate de majeurs, d'autant que le délai minimum de présentation est identique, à savoir dix jours[1317]. Cette période est le temps nécessaire à la préparation de la défense. La mesure est applicable aux mineurs de plus de treize ans, avec des dispositions plus favorables pour ceux âgés de treize à seize ans[1318]. La mesure peut être encore plus expéditive pour les mineurs de seize à dix-huit ans, la loi autorisant que l'individu soit jugé à la première audience du tribunal pour enfants qui suit sa présentation, sans que le délai de dix jours ne soit applicable. Cette possibilité nécessite bien entendu l'accord express du mineur et de son avocat (les représentants légaux disposant d'un droit d'opposition).

576. Les procédures rapides nuisent considérablement à la qualité de la défense, d'autant plus lorsque le délinquant est mineur puisque les principes juridiques commandent de bien connaître l'individu. Même si le texte pose comme condition préalable à la mesure que les investigations sur la personnalité du mineur aient déjà été faites dans le cadre d'une procédure antérieure de moins d'un an, l'introduction de procédure « *ultra* » rapide n'est certainement pas bénéfique à la situation des mineurs proches de la majorité. Cette extension des procédures rapides contribue à une « *déspécialisation continue de la justice des mineurs* »[1319]. Dans ce cadre, « *la frontière entre l'enfant (être à protéger et à éduquer) et l'adulte (qui est responsable de ses actes) a été abolie* »[1320].

577. Le Droit pénal des mineurs, en adaptant à la fois les sanctions et les mesures de contrainte à l'âge de l'individu avec les paliers de treize et seize ans, prend en compte la progressivité de la minorité et l'étape de l'adolescence. L'individu est plus mature, plus

[1317] Art. 394 al. 1 C. pr. pén. : « *Le procureur de la République peut inviter la personne déférée à comparaître devant le tribunal dans un délai qui ne peut être inférieur à dix jours […]* ».
[1318] Le seuil des peines permettant la mesure est repoussé à cinq ans, sans excéder sept ans. De plus, le procureur de la République ne peut requérir que le placement sous contrôle judiciaire et non la détention provisoire.
[1319] LAZERGES Christine, « La mutation du modèle protectionniste de justice des mineurs », art. préc.
[1320] CASSAGNABERE Bernard, « Le mineur et la prison : le service éducatif auprès du tribunal en première ligne », *Rev. pénit.,* 1996, p. 159.

autonome et corrélativement plus responsable. L'évolution du Droit pénal des mineurs tend effectivement à sanctionner plus sévèrement les mineurs délinquants, le répressif prenant le pas sur l'éducatif et faisant disparaître la spécificité de la minorité. Les mineurs de plus de seize ans sont les plus touchés par cette assimilation, leur traitement pénal se rapproche à chaque réforme de celui des majeurs. Cette tendance à « l'autonomisation » du mineur par une responsabilisation accrue et de plus en plus tôt, n'a pas son corollaire en Droit pénal de fond. En cette matière, paradoxalement, les mineurs proches de la majorité sont surprotégés en raison de leur immaturité ! En effet, « *comment se fait-il que dans un pays démocratique, un mineur de treize ans soit jugé assez grand pour aller en prison mais trop petit pour regarder des films pornographiques ?* »[1321]. Cette distorsion entre le Droit pénal processuel et le Droit pénal de fond ne semble pas justifiée et au contraire paraît nuire à la cohérence de la législation pénale.

B – Une transposition à parfaire en droit pénal de fond

578. L'étude a montré que le Droit pénal se réfère souvent à la minorité de quinze ans et pas forcément à l'acception classique renvoyant au seuil de dix-huit ans. Le législateur protège spécifiquement cette catégorie de victimes, mineurs de quinze ans, en aggravant la répression afin de dissuader d'autant plus les éventuels auteurs, surtout en matière d'atteintes volontaires à l'intégrité physique. Cette démarche tend à sanctionner plus durement les individus qui s'en prennent volontairement aux personnes particulièrement faibles. Au delà de ce seuil, par une interprétation *a contrario*, il serait possible de penser que le législateur considère que le mineur âgé de quinze à dix-huit ans n'est pas forcément plus faible qu'un adulte, le traitement pénal étant identique. Ainsi en est-il des infractions de délaissement de mineur de quinze ans de l'art. 227-1 C. pén. ou encore du délit de privation de soins ou d'aliments visé à l'art. 227-15 C. pén. Ces deux incriminations visent surtout à protéger le mineur dans sa santé et sa sécurité, en présumant la faiblesse de ce dernier, la protection étant juridiquement dévolue aux titulaires de l'autorité parentale. Passé cet âge, l'individu est suffisamment mature et autonome pour se procurer, seul, des soins et des aliments.[1322]

[1321] OGIEN Ruwen, *Penser la pornographie*, PUF, 2003, p. 2.

[1322] Cependant, conformément à l'art. 227-17 C. pén ., les parents ne peuvent se soustraire à leur obligations légales avant la majorité civile de leur enfant. Cette infraction vise alors le seuil de dix-huit ans et à juste titre, puisqu'elle renvoie notamment à l'autorité parentale, laquelle prend fin avec la majorité de l'enfant.

579. Parallèlement, la reconnaissance d'une maturité psychique aux mineurs de plus de quinze ans ressort de certaines infractions permettant de mettre en exergue une capacité d'autogestion, une aptitude à dire « non », notamment en matière sexuelle. La répression pénale dessine une graduation dans l'accès des mineurs à la sexualité librement consentie au travers des interdits qu'elle fixe, le seuil de quinze ans apparaissant alors essentiel. Les infractions en la matière visent non seulement à protéger les mineurs contre eux-mêmes et leurs pulsions mais également contre les majeurs qui abuseraient de leur crédulité morale. En cela, la prohibition posée par le Code pénal ne vise que les auteurs majeurs. Avant quinze ans, aucune relation sexuelle entre un mineur et un majeur n'est possible comme le rappelle l'art. 227-27 C. pén. : « *le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans est puni de cinq ans d'emprisonnement* ». Ce qui signifie, *a contrario*, qu'elles le sont entre mineurs quand bien même le différentiel d'âge entre les partenaires serait plus grand et donc « le rapport de force » plus conséquent[1323]. Au-delà de quinze ans, le mineur dispose d'une maturité lui permettant de résister aux sollicitations des adultes ou au contraire de les accepter, en connaissance de cause. Cette capacité aboutit alors à une sexualité libre entre adulte et mineur âgé de quinze à dix-huit ans. Cependant, le législateur maintient une présomption de faiblesse dans un cadre un peu plus situationnel cette fois-ci, puisque de telles relations restent punies si l'auteur est un ascendant, une personne ayant autorité ou qui abuse de son autorité[1324]. Le lien d'autorité préexistant entre les partenaires laisse à penser que le mineur ne peut, face à cet individu en particulier, émettre un consentement, non pas contraint (sinon, il s'agirait d'une agression sexuelle et non d'une atteinte), mais influencé. Une fois la majorité atteinte, la sexualité librement consentie ne connaît plus de limite quant au choix de partenaires adultes. D'autres infractions en matière sexuelle visent le seuil de dix-huit ans, contribuant à traiter l'individu de seize ans comme celui de dix ans. Ainsi en est-il des délits de corruption de

[1323] En effet alors que la relation entre un mineur de quatorze ans et un majeur de dix-huit ans fait irréfragablement peser une présomption d'influence du second sur le premier, c'est la présomption inverse qui est retenue lorsque la situation concerne un mineur de dix-sept ans et un autre de onze ans ; bien que l'écart d'âge entre les deux partenaires tendrait à poser l'hypothèse inverse. Si la vulnérabilité peut être la conséquence d'un état, elle est surtout situationnelle et doit être appréciée non pas *in abstracto* mais *in concreto* dans le rapport en cause.

[1324] Art. 227-27 C. pén. : « *Les atteintes sexuelles sans violence, contrainte, menace ni surprise sur un mineur âgé de plus de quinze ans et non émancipé par le mariage sont punies de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende :*
1° Lorsqu'elles sont commises par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime ;
2° Lorsqu'elles sont commises par une personne qui abuse de l'autorité que lui confère ses fonctions ».

mineur, de diffusion d'image de mineur à caractère pornographique ou du recours à la prostitution de mineur.

580. Au travers du choix du seuil de quinze ans pour de nombreuses infractions, le législateur intègre le mineur de quinze à dix-huit à la catégorie des majeurs. Cette démarche tient compte d'un statut intermédiaire et renvoie essentiellement à une faiblesse tant physique que psychique. « *Le mineur, en effet, n'est plus exclusivement ni même principalement protégé à cause de la faiblesse de sa raison mais aussi et parfois surtout à cause de la fragilité de son corps* »[1325]. Or cette faiblesse, si elle peut exister, ne devrait plus être présumée de façon irréfragable. Il conviendrait de tirer pleinement les enseignements du stade de maturation que représente l'adolescence en permettant aux mineurs de plus de quinze ans d'exercer leur droit de disposer de leur corps en présumant de leur maturité. L'action du législateur s'inscrit dans un délicat balancement entre la protection que nécessite la faiblesse des mineurs et l'autonomie qu'ils revendiquent à l'approche de leur majorité. Les deux notions ne sont pas antagonistes mais complémentaires[1326], le dosage entre les deux permettant une législation cohérente. « *La limite de son indépendance, encore une fois, doit être recherchée dans les nécessités de sa protection* »[1327]. Il est un temps où le mineur, surtout en bas âge, a plus besoin de protection que d'autonomie, et un autre temps, lorsqu'il approche de la majorité, où le rapport s'inverse. Les deux éléments sont alors toujours présents, mais à des degrés différents.

581. L'adolescence est aujourd'hui reconnue comme une étape importante, voire essentielle, dans le cours de vie des individus. Le Droit pénal en tient compte, que ce soit en matière procédurale, pour le rendre plus responsable, ou en Droit pénal de fond pour limiter sa protection. Cela contribue, avec la sphère sanitaire à reconnaître aux mineurs un droit sur leur corps avant même l'avènement de leur majorité. « *L'examen des prérogatives consenties aux mineurs tant sur le plan médical que sexuel, aboutit à reconnaître* de facto *au mineur un droit sur son propre corps. Ce droit comporte pour son titulaire la faculté de veiller à la*

[1325] CORNU Gérard, « L'âge civil », *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, 1961, t. I, p. 9.
[1326] « *La reconnaissance de prérogatives ponctuelles aux mineurs les plus âgés n'a pas entrainé la disparition totale de la protection de ceux-ci. En effet, bon nombre de mesures attribuant un pouvoir au mineur sont assorties d'un système de protection* » : GISSER François, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », art. préc.
[1327] LEMOULAND Jean-Jacques, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD civ*. 1997, p. 1.

protection de son intégrité corporelle »[1328]. Cette revendication d'indépendance se joue essentiellement pendant l'adolescence, coïncidant avec une maturité physique et psychologique permettant à l'individu de se forger ses propres convictions. Cette autonomie existe déjà dans notre Droit, mais sous forme d'exception et de façon disparate. Il convient alors de rechercher la façon plus efficace de mettre en exergue cette autonomie corporelle, sous forme de principe, en harmonisant les diverses hypothèses.

Section 2 : Une autonomie corporelle acquise par une prémajorité

582. L'autonomie corporelle se retrouve déjà dans notre Droit de manière disséminée. Tenter de regrouper les différentes situations pour créer un statut intermédiaire uniforme, afin d'élaborer un « sas » préparant à la majorité, n'est pas chose aisée. Diverses possibilités paraissent émerger au sein desquelles le concept de prémajorité semble le plus adapté aux problématiques pénales (§1). Cependant, une fois le choix des moyens effectués, il restera à déterminer le seuil d'âge conférant à l'individu mineur ce nouveau statut (§2).

I – Le choix des moyens, une prémajorité corporelle

583. La spécificité de la matière étudiée implique d'analyser le concept d'autonomie, non pas sous une forme positive, à savoir une autonomie qui permettrait au mineur d'exercer seul ses droits, mais sous une forme négative, visant à limiter les restrictions apportées par le Droit pénal. Ce dernier, contrairement à la matière civile, ne confère pas de droit mais fixe des interdits et indirectement, tout ce qui n'est pas interdit étant possible, dessine le contour des libertés. C'est dans ce cadre que s'inscrit le concept de prémajorité corporelle pénale (A) déterminé par un seuil d'âge fixe (B).

A – Une prémajorité corporelle adaptée à la sphère pénale

584. « *La majorité est aujourd'hui liée à la faculté présumée de se gouverner par la raison, comme elle a pu l'être, en d'autres législations, à la force de porter les armes ou à la capacité de procréation. Ni puberté légale, ni âge légal de puissance corporelle, la majorité est une maturité d'esprit présumée* »[1329]. La majorité renvoie à la maturité de l'individu, à une

[1328] GISSER François, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », art. préc.
[1329] CORNU Gérard, « L'âge civil », art. préc.

capacité de jugement et à une aptitude à déterminer ce qui est conforme à son intérêt. La majorité est généralement attributive de droits et confère la pleine capacité juridique à l'individu, lequel, déjà titulaire de droits, acquiert la faculté de les exercer seul.

585. L'émergence des droits de l'enfant, et leur reconnaissance internationale avec la signature de la Convention internationale des droits de l'enfant en 1989[1330], conduisent à revoir la place de l'enfant en tant que sujet de droit. Cette Convention reflète toute la difficulté à appréhender l'enfant. D'un côté, elle comporte des dispositions particulières à l'attention des États pour protéger plus en avant les mineurs[1331] (reflet de leur faiblesse). D'un autre côté, certains articles visent à lui reconnaître des droits identiques aux majeurs[1332] (reflet de leur autonomie). « *Après l'autonomie et l'indépendance obtenues par les femmes, à partir des années 1960 […] nos sociétés connaissent une phase nouvelle du mouvement d'individualisation, celle des enfants* »[1333]. Les enfants, bien avant leur majorité, acquièrent un certain degré de maturité qui devrait leur permettre d'agir, dans diverses situations, seuls. Les notions d'incapacité et de faiblesse se trouvent liées même si leur périmètre n'est pas strictement identique. En effet, bien qu'une personne incapable soit présumée faible, une personne faible n'est pas nécessairement incapable. La faiblesse est une des raisons, si ce n'est la raison, de la protection des individus considérés comme incapables.

586. En l'état actuel du Droit, l'autonomie du mineur est limitée, tant au niveau civil par le jeu de la représentation, qu'au niveau pénal avec une surprotection. Traditionnellement, c'est en raison de craintes fondées sur le patrimoine du mineur que l'incapacité est maintenue jusqu'à la majorité. En effet, « *cette réticence du législateur à reconnaître la capacité du mineur, notamment en matière patrimoniale, trouve sa source dans l'idée chère au XIXe siècle et à Balzac, selon laquelle il convient de protéger le mineur contre lui-même de l'empêcher*

[1330] La Convention est votée, sous l'égide des Nations Unies, le 20 novembre 1989, puis signée le 26 janvier 1990 et enfin ratifiée par la France le 7 août 1990.
[1331] Ainsi en est-il de l'art. 19 qui impose aux États de prendre les mesures pour protéger l'enfant en disposant que : « *Les États parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toutes formes de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié* ».
[1332] Voir par exemple l'art. 13 qui vise la liberté d'expression : « *L'enfant a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen du choix de l'enfant* ».
[1333] de SINGLY François, « La cause des enfants », art. préc.

de dilapider sa fortune, de préserver son patrimoine »[1334]. Toutefois, le recours à la notion d'usages, auxquels renvoient les articles 389-3 et 408 C. civ., permet aujourd'hui au mineur de réaliser de nombreux actes juridiques bien avant l'avènement de sa majorité civile et ce, de façon progressive.

587. L'analyse est similaire en matière de gouvernement de la personne où la demande d'autonomie est plus forte, notamment quant au droit de disposer de son corps. « *Tout se passe comme si la sphère corporelle pouvait s'affranchir de la notion juridique de minorité qui, dans les faits, pourrait n'avoir qu'un rôle résiduel à partir d'un certain âge* »[1335]. Aussi, plusieurs moyens permettraient aux mineurs de gagner en autonomie en la matière, mais se révèlent inadaptés à la sphère pénale.

588. Ainsi en est-il de la pratique de la représentation, mécanisme de Droit civil qui vise à protéger les mineurs. Cette mesure se retrouve surtout en matière de santé des personnes mineures où le consentement requis pour justifier pénalement l'atteinte portée au corps du patient mineur est celui des titulaires de l'autorité parentale. Si la représentation protège effectivement les mineurs les plus jeunes, elle conduit à priver les mineurs matures de prérogatives qu'ils sont en mesure d'exercer seuls. Le législateur organise dans certains cas un système d'assistance du mineur[1336] conduisant à une décision conjointe entre les représentants légaux et le mineur lui-même, notamment en matière de recherche biomédicale ou de don de moelle osseuse ou de sang. Le mineur n'est plus totalement représenté puisque sa volonté concourt à produire des effets de droit, et au niveau pénal à rendre licite l'atteinte portée à son intégrité corporelle. Ce système s'expose à diverses critiques quant à l'émergence d'une autonomie corporelle pour les mineurs matures. D'une part, le mécanisme de l'assistance a montré certaines limites dans le domaine de la santé des mineurs comme l'atteste l'évolution législative de l'interruption volontaire de grossesse. Avant la loi du 4 juillet 2001[1337], l'IVG d'une mineure était soumise à un double consentement, celui de la mineure enceinte mais aussi celui d'un des titulaires de l'autorité parentale. Cette nécessité du

[1334] GISSER François, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », art. préc.
[1335] DREIFUSS-NETTER Frédérique, « Les seuils d'âge en droit à l'épreuve des sciences de la vie », *Études offertes au doyen Philippe SIMLER*, Litec, 2006, p. 95.
[1336] LEMOULAND Jean-Jacques, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », art. préc.
[1337] Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 « relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception », JORF 7 juillet 2001, p. 10823.

consentement parental a conduit à divers conflits[1338] poussant certains juges des enfants à consentir à l'acte en lieu et place des parents[1339]. Le législateur est intervenu en supprimant la nécessité du consentement parental, laissant la mineure seule décideur de l'acte. Ainsi, le Professeur LEMOULAND, après avoir fait le constat que « *dans l'avenir, avec l'indépendance que revendiquent les mineurs et qu'il peut paraître souhaitable de leur reconnaître si ce n'est pas préjudiciable à leur protection* »[1340], propose d'améliorer et de généraliser le régime d'assistance qui ferait suite à une période de représentation[1341]. L'auteur estime, qu'en cas de conflit entre les parents et l'enfant, le recours au juge prévu par les textes est suffisant. Cette position est critiquable pour l'IVG face à laquelle certains juges des enfants, estimant que la grossesse ne mettait pas en danger la santé, la moralité ou la sécurité de l'enfant, ont refusé de prononcer des mesures d'assistance éducative, laissant la grossesse arriver à terme. Cette prise de position revient à nier le droit de disposer de son corps, sur lequel repose le principe de l'interruption de grossesse, y compris pour les mineures.
D'autre part, le mécanisme d'assistance n'est pas adapté à la matière pénale et les consentements conjoints des titulaires de l'autorité parentale et du mineur ne permettraient pas de déroger à la sanction pénale. De surcroit, l'assistance conduirait à ce que les titulaires de l'autorité parentale consentent par exemple aux actes sexuels réalisés par le mineur, lesquels actes seront plutôt réalisés en leur absence.

589. Un autre mécanisme permettant d'acquérir la pleine capacité juridique avant l'arrivée de la majorité existe déjà dans notre droit au travers de l'émancipation. Cette dernière peut se définir comme « *l'acte par lequel le mineur est affranchi de l'autorité parentale et devient capable, comme un majeur, des actes de la vie civile mais continue par exception à avoir besoin des autorisations nécessaires au mineur non émancipé pour se marier ou se donner en adoption et ne peut être commerçant* »[1342]. Ce mécanisme, prévu à l'art. 413-2 C. civ., est strictement encadré et se révèle également inapproprié à la matière pénale. Si l'émancipation pourrait être efficace en ce qu'elle confère la possibilité pour les mineurs d'agir seuls,

[1338] DUVAL-ARNOULD, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1994, pp. 118 et s. ; du même auteur : « Minorité et interruption volontaire de grossesse », *D.* 1999, p. 471 .
[1339] JE, *Evry*, 8 nov. 1982, *D.* 1982, p. 218, note RAYNAUD Pierre.
[1340] LEMOULAND Jean-Jacques, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », art. préc.
[1341] *Ibid. :* « *Sans doute faudrait-il donc maintenir un régime de représentation jusqu'à un âge déterminé et préserver une possibilité, au-delà de cet âge, d'apprécier le discernement du mineur. Dans cette mesure, l'assistance pourrait certainement et avantageusement éclipser le régime de représentation qui découle encore trop largement de l'incapacité du mineur* ».
[1342] CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2007, v° *Émancipation*.

notamment pour les actes relatifs à leur santé, elle n'a aucune incidence automatique sur la sanction pénale. Lorsque les textes visent comme victimes d'infractions les mineurs, le fait que ceux-ci soient émancipés ne permet pas à l'auteur d'échapper à la répression, sauf disposition expresse du texte. Tel est le cas de l'article 227-27 C. pén. qui réprime les actes de nature sexuelle entre un mineur de plus de quinze ans et les personnes ayant autorité sur lui ou ses ascendants. Le législateur exige pour que l'auteur soit sanctionné, non seulement que la victime soit mineure, mais aussi qu'elle ne soit pas émancipée. L'émancipation permet à la personne mineure de jouir d'une plus grande liberté sexuelle, sans pour autant être totale puisque les autres dispositions pénales limitant le droit des mineurs de plus quinze ans d'entretenir des relations sexuelles[1343] ne reprennent pas cette exception.

De plus, l'émancipation a des effets généraux qui concernent autant la sphère patrimoniale qu'extrapatrimoniale. Or, l'objet de l'étude est de permettre aux mineurs de jouir de leur droit de disposer de leur corps et donc des prérogatives centrées sur la problématique corporelle. Ce mécanisme est de surcroit en net déclin[1344], en raison d'une part de l'abaissement de la majorité civile de vingt-et-un à dix-huit ans par une loi du 5 juillet 1974[1345] et d'autre part de facteurs sociologiques tenant à l'allongement des études et, corrélativement, une dépendance financière plus longue aux parents[1346].

Enfin, l'émancipation est un régime d'exception qui n'a pas vocation à être généralisé. Pour ces différentes raisons, ce régime ne paraît pas être le plus idoine pour permettre aux mineurs d'exercer librement leurs droits sur leur corps et leur reconnaître une réelle autonomie en la matière.

590. Par conséquent, le mécanisme le plus à même d'atteindre cet objectif serait l'établissement d'une prémajorité[1347] corporelle qui constituerait un « sas » permettant aux mineurs de se préparer à la majorité. Il s'agit de reconnaître au mineur la possibilité d'agir

[1343] Notamment les délits de corruption de mineur, de diffusion d'image ou représentation de mineur à caractère pornographique ou de recours à la prostitution de mineur.

[1344] CORPART Isabelle, « Le déclin de l'émancipation des mineurs », *JCP N* 2003, p. 1523 ; MOREAU Sylvie, « L'émancipation : rajeunissement ou déclin ? », *JCP G* 1975, I, 2718.

[1345] Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 « fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité », JORF 7 juillet 1974, p. 7099.

[1346] Cela peut, *a priori*, paraître paradoxal. Les mineurs proches de la majorité revendiquent leur autonomie mais aussi leur dépendance à l'égard de leurs parents. Les deux éléments ne sont pas nécessairement antinomiques, mais renvoient plutôt à des éléments différents. L'autonomie porte sur des prérogatives corporelles alors que la dépendance relève de la sphère patrimoniale. C'est ainsi que les individus, en raison de l'allongement des études et d'une insertion professionnelle plus tardive, restent financièrement dépendants de leurs parents, mais revendiquent néanmoins leur autonomie.

[1347] GISSER François, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP G* 1984, I, 3142 ; ROQUE Julien, « La prémajorité », *Dr. Famille* 2009, étude 20.

seul, sur la base de son unique consentement, pour les actes éminemment personnels touchant à son corps. Ce mécanisme aurait pour corollaire pénal de limiter en partie la protection spécifique pour ces mineurs et donc les restrictions apportées à l'exercice de leurs droits[1348]. Même s'« *il se trouve déjà à l'état latent dans notre Droit, les bases d'une ″prémajorité″* »[1349], les dispositions sont dispersées et restent ponctuelles et dérogatoires. La multiplication des dérogations tend à inverser le rapport entre le principe et l'exception. L'instauration d'une prémajorité corporelle permettrait ainsi de rendre les droits des mineurs plus lisibles tout en reconnaissant, juridiquement, une étape intermédiaire dans la maturation de l'individu, l'adolescence. Le mineur devient plus mature, physiquement et psychologiquement, il gagne en autonomie et perd en faiblesse. Cette évolution se doit d'être retranscrite dans notre Droit, d'une façon cohérente.

591. Au niveau pénal, cette institution permettrait au mineur de consentir seul aux actes médicaux, son consentement se substituant à celui des titulaires de l'autorité parentale dans la justification[1350] de l'acte. De plus, la présomption irréfragable de faiblesse pesant, dans certaines infractions, sur les mineurs proches de la majorité, pourrait céder devant une présomption simple ou devant l'application du droit commun. Les limites à l'exercice des droits des mineurs sur leur corps n'apparaissent plus justifiées en raison de leur maturité, ce qui devrait conduire à mettre fin à la surprotection pénale, laquelle « *opère une négation irréelle de ce nouveau temps de vie, découvert ou plutôt fondé au XXième siècle, l'adolescence* »[1351].

592. Pour que cette prémajorité corporelle soit effective, encore faut-il déterminer le seuil à partir duquel le mineur acquiert ce nouveau statut intermédiaire. « *Il est évident que le droit, qui ne doit poser que des règles objectives, générales et impersonnelles, ne peut pas s'adapter de façon rigoureusement parfaite aux singularités subjectives du cas de chacun. Mais reste à savoir s'il ne devrait pas consacrer plus largement cette notion de ″seuil″, en reconnaître de*

[1348] Il s'agit notamment de la pénalisation des clients de la prostitution de mineurs, ou encore des partenaires sexuels des mineurs de plus quinze ans ayant autorité sur eux. Dans ce cadre, la présomption irréfragable de faiblesse des mineurs et l'incrimination de ces comportements répondent certes à un impératif de protection, mais limitent également la liberté sexuelle des mineurs. Or, au-delà d'un certain âge, la faiblesse n'étant plus systématique, la protection n'apparaît plus aussi impérative, l'immixtion de l'État n'apparaît plus nécessairement justifiée. Le champ de la répression devrait se restreindre et celui de la liberté s'accroitre, en fonction de la maturité de l'individu.

[1349] GISSER François, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », art. préc.

[1350] cf. *supra* n°345.

[1351] CHASSAING Jean-François, « Enfances », disponible sur : www.geocities.com/jfrchassaing/Enfances.html.

plus nombreux, y attacher certaines conséquences, en les localisant à un certain âge plus ou moins déterminé et correspondant, de eo quod plerumque fit*, aux constations les plus générales et les plus courantes* »[1352].

B – La détermination du seuil de la prémajorité corporelle

593. « *À contempler l'évolution progressive qui caractérise le développement naturel de la vie humaine, il est à peine concevable que la vie juridique ne compte que deux états* »[1353]. Ajouter une nouvelle étape pendant la minorité suppose de bien délimiter le seuil d'acquisition de ce nouveau statut. Ce seuil conduit à une modification du droit applicable puisque sa caractéristique est « *de marquer une limite entre un ″avant″ et un ″après″, de même donc que le seuil d'une porte marque la limite entre l'extérieur et l'intérieur* »[1354]. Cette étape intermédiaire correspond bien à l'idée d'un interlude entre l'intérieur et l'extérieur. L'individu change de statut social, il n'est plus un enfant, mais pas encore un adulte, c'est un adolescent. « *À mesure que se déroule son histoire individuelle, la personne humaine doit assumer des devoirs nouveaux et reçoit des droits nouveaux. Ce sont ces droits et ces devoirs qui définissent son statut social* »[1355].

594. Afin de déterminer le début de la prémajorité corporelle, il est possible de se référer à la technique législative, laquelle renvoie à une alternative entre un âge quantitatif ou un âge qualitatif. Traditionnellement, la majorité s'acquiert par l'accession à un âge prédéterminé par la loi, fixé en droit français à dix-huit ans comme le rappelle l'article 388 du Code civil[1356]. Il s'agit d'un âge quantitatif en ce sens qu'il est objectif, basé sur des considérations statistiques. Sa détermination ne relève pas de l'arbitraire du législateur, mais d'une appréciation du moment où, en moyenne, l'individu change de statut[1357] ; « *la capacité civile n'est que le*

[1352] LEVASSEUR Georges, « Les seuils d'âge dans la législation pénale », *in Seuil d'âge et législation pénale. Contribution à l'étude du problème des jeunes adultes délinquants*, BESSON Alain (dir.), Cujas, 1961, art. préc., p. 205.
[1353] CORNU Gérard, « L'âge civil », *in Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, t. I, p. 9.
[1354] SACHS-DURAND Corinne, *Les seuils d'effectif en droit du travail*, LGDL, coll. « Bibliothèque d'ouvrages de droit social », 1985, p. 22.
[1355] DAVIDOVITCH André, « Essai d'une définition sociologique de l'âge », *in Seuil d'âge et législation pénale. Contribution à l'étude du problème des jeunes adultes délinquants*, BESSON Alain (dir.), Cujas, 1961, p. 43.
[1356] Art. 388 C. Civ. : « *Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis* ».
[1357] Toutefois, « *les limites d'âges théoriques qui fixent le moment du passage d'un statut social à un autre constituent non pas des absolus, mais de simples lignes de partage idéales qui permettent de mieux situer la masse des comportements réels liés aux différents niveaux d'âge selon la spécificité propre des groupes sociaux*

reflet d'une capacité naturelle moyenne »[1358]. Passé l'avènement des dix-huit ans, le législateur considère que l'individu est totalement mature, physiquement et psychologiquement[1359]. Il est présumé apte à gérer son patrimoine et sa personne, et notamment d'exercer ses propres choix sur son corps. Cette maturité justifie également que le Droit pénal soit moins intrusif dans la vie privée de l'individu et moins protecteur. Ce seuil s'appuie sur la présomption issue du *plerumque fit*, c'est-à-dire de ce qui survient le plus souvent. Le recours à un âge quantitatif permet une application objective[1360] et standardisée des règles de droit. En cela, la méthode est garante d'une parfaite égalité entre les individus, puisqu'elle revient à traiter de façon identique des individus relevant de la même classe d'âge. Cependant, elle conduit aux inconvénients de l'effet de seuil quantitatif, à savoir l'absence de modulation liée à l'avènement automatique du seuil et le passage brutal d'un état à un autre.

595. Dans d'autres hypothèses, le législateur utilise non pas un âge quantitatif chiffré mais un âge qualitatif qui renvoie à la capacité réelle de l'individu, au travers de standards. Tel est notamment le cas pour la responsabilité pénale. Les mineurs ne sont pénalement responsables qu'à compter du moment où, comme le rappelle l'article 112-8 du Code pénal, ils sont « *capables de discernement* ». De même en matière médicale, le mineur est associé aux décisions et reçoit une information selon son « *degré de maturité* » précise l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique. Le Droit civil recourt également à des standards puisque l'article 388-1 du Code civil dispose que « *dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut […] être entendu par le juge* ». Ces seuils qualitatifs présentent l'intérêt d'une adaptation à chaque situation et donc d'une meilleure adhésion du droit à la réalité ; « *dès lors que la protection n'est plus nécessaire, il devient légitime d'y mettre fin* »[1361]. Le jeu des présomptions est exclu et l'aptitude est appréciée *in concreto*. Les critères utilisés renvoient à une appréciation des capacités psychologiques de l'individu, mais aussi parfois à des capacités purement physiques. Bien que le seuil de la puberté ne soit plus

dont se compose la société globale » : DAVIDOVITCH André, « Essai d'une définition sociologique de l'âge », art. préc.

[1358] CORNU Gérard, « L'âge civil », art. préc.

[1359] Dans le cas contraire, la loi prévoit, à l'art. 440 C. civ., des mesures de protection lorsque l'individu majeur redevient incapable de gérer sa personne et/ou sa patrimoine. L'individu peut être placé sous sauvegarde de justice, sous curatelle ou sous tutelle selon la gravité de la situation. Le critère d'appréciation est déterminé par le législateur à l'art. 425 C. civ. et consiste en « *l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté* ».

[1360] Dans le même esprit, François GÉNY estime que le quantitatif permet d'éviter les controverses ainsi que l'arbitraire du juge : GÉNY François, *Science et Technique en Droit privé positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, t. III,* Sirey, 1921, p. 59.

[1361] ROQUE Julien, « La prémajorité », *Dr. Famille* 2009, étude 20.

directement utilisé par le législateur, il est possible de le retrouver indirectement dans les actes aux croisements de la médecine et de la sexualité. Que ce soit en matière d'interruption volontaire de grossesse, de contraception ou d'accouchement sous X, la liberté décisionnelle accordée aux mineures n'est pas pour autant sans limite puisque ne peuvent consentir valablement à ces actes que les mineures pubères.

596. Ainsi, la reconnaissance d'un droit de disposer de son corps pour les mineurs ne vise pas à abolir tout recours au seuil, tombant alors dans « *des dérives libertaires et individuelles* »[1362] conférant aux mineurs de tout âge des prérogatives qui peuvent paraître disproportionnées.

597. Néanmoins, il convient de relever une hypothèse dans laquelle le législateur n'a prévu aucun seuil, directement ou indirectement. L'article L. 1111-5 C. santé publ. qui confère la possibilité aux mineurs de se faire soigner en marge des règles de l'autorité parentale. Le mineur peut être l'unique décisionnaire en la matière avec pour seul critère que « *le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé* [de la] *personne mineure* ». Le texte ne précise aucun seuil d'âge ou une appréciation qualitative des capacités de l'individu.

598. Si la détermination du seuil de la prémajorité corporelle par un âge qualitatif paraît intéressante en ce qu'elle vise à l'adéquation entre la capacité naturelle et la capacité juridique de l'individu, elle présente également l'inconvénient de recourir à un tiers. En effet, afin d'apprécier les capacités réelles de l'individu, il est nécessaire de déterminer une personne ou une instance compétente. Il peut notamment s'agir d'un médecin, un psychologue ou encore un magistrat. Outre le fait qu'il soit courant en matière d'expertise d'aboutir à une divergence de point de vue, le recours au système qualitatif est facteur d'insécurité juridique. *Quid* si un individu majeur estime que le mineur est suffisamment mature pour avoir des relations sexuelles librement consenties avec elle et qu'*a posteriori* le juge, *ès* qualité d'expert, estime que tel n'est pas le cas ? Il en est de même en matière médicale où le médecin peut considérer qu'un mineur est apte à consentir seul à une opération, alors que le juge peut avoir une appréciation contraire, l'acte retombant alors dans le champ de la répression. De surcroit, il conviendrait également de prévoir une procédure permettant de contester l'expertise réalisée. Le principe de légalité criminelle impose au législateur d'édicter des normes claires afin que

[1362] DREIFUSS-NETTER Frédérique, « Les seuils d'âge en droit à l'épreuve des sciences de la vie », *Études offertes au doyen Philippe SIMLER*, Litec, 2006, p. 95.

les individus puissent connaître les limites entre le permis et l'interdit. Si le Droit pénal contient certains standards dans les éléments constitutifs d'infractions, comme la particulière vulnérabilité[1363], leur appréciation est alors objective, les textes d'incrimination précisant que la particulière vulnérabilité doit être « *apparente ou connue de son auteur* ». Or, la détermination de la maturité d'un individu relève d'une analyse subjective, opérée *a posteriori* par le juge, en méconnaissance des principes généraux du Droit pénal exigeant que la détermination des éléments constitutifs de l'infraction préexiste à l'acte lui-même.

599. Par conséquent, le recours à un seuil qualitatif en matière pénale, qu'il s'agisse du critère de maturité ou de discernement[1364], ne paraît pas adapté aux impératifs de la matière ni aux buts poursuivis par l'établissement d'une prémajorité corporelle. Cette dernière devrait conduire à l'exercice effectif d'un droit de disposer de leur corps par les mineurs ayant atteint une certaine autonomie, ainsi qu'à une limitation de la surprotection pénale pour ces mêmes mineurs proches de la majorité. Il paraît nécessaire d'établir un seuil quantitatif, basé sur le moment où le mineur est, en général, suffisamment mature pour prendre seul les décisions concernant son corps, d'en assumer les conséquences, qu'il s'agisse de relations sexuelles, de piercing ou d'actes médicaux.

II – Une prémajorité corporelle fixée à quinze ans

600. Déterminer un seuil objectif de prémajorité corporelle conférant aux mineurs l'exercice effectif d'un droit de disposer de leur corps nécessite de déterminer l'âge « critique », c'est-à-dire un seuil de rupture entraînant un changement de la position sociale de l'individu[1365]. Plusieurs âges sont utilisés par le législateur en matière pénale : dix, treize, quinze, seize ans. Comme en matière de responsabilité pénale, « *la double idée générale qui doit dominer [...] est qu'on se trompe toujours en fixant un seuil d'âge, mais qu'on est contraint de fixer des seuils d'âge* »[1366].

[1363] La notion est utilisée notamment en matière de violence aux articles 222-8, 222-10, 222-12 et 222-13 C. pén.
[1364] Voir en la matière : ROQUE Julien, « La prémajorité », art. préc. L'auteur propose de recourir à la notion de discernement pour fixer le seuil d'une prémajorité, discernement qu'il estime être acquis à l'âge de treize ans. Passé cet âge, le mineur est présumé « prémajeur », présomption pouvant être combattue en apportant la preuve contraire selon une appréciation *in concreto* des capacités de l'individu.
[1365] DAVIDOVITCH André, « Essai d'une définition sociologique de l'âge », art. préc.
[1366] LAZERGES Christine, « Seuils d'âge et responsabilité pénale en Europe », *RSC* 1991, p. 414.

601. Certains auteurs proposent dans ce cadre le seuil de seize ans, lequel est « *déjà celui de l'émancipation, de la fin de la jouissance légale des parents, de la fin de la scolarité obligatoire et celui donnant aux juridictions pénales la possibilité d'exclure l'excuse atténuante de minorité* »[1367]. Le seuil de seize ans est intéressant puisqu'il correspond, non seulement au niveau pénal mais aussi civil, à la reconnaissance d'une certaine maturité de l'individu toujours mineur. Ce dernier peut être pénalement jugé comme un adulte, assumant les mêmes sanctions et responsable dans les mêmes conditions. Sur le plan civil, cet âge constitue également le seuil de l'émancipation, mécanisme juridique permettant aux mineurs de réaliser tous les actes de la vie civile, comme un majeur[1368]. En ce sens, l'individu de seize ans disposerait d'une réelle maturité intellectuelle et physique. Cependant, l'âge de seize ans est très proche de la majorité et des conflits pourraient naître avant cet âge, conduisant finalement à décaler le problème puisque les mineurs sont matures avant ce seuil. Ainsi par exemple, le Code du travail permet au mineur de passer un contrat d'apprentissage dès l'âge de quinze ans[1369]. De même, l'âge nubile a longtemps été fixé à quinze ans pour les filles, avant d'être porté à dix-huit ans en 2006[1370] afin notamment de mettre fin à la pratique des mariages forcés. Le mariage peut néanmoins avoir lieu pendant la minorité sur dispense du procureur de la République et pour de motifs graves[1371]. De plus, le Droit pénal permet aux mineurs de plus de quinze ans, avec certaines restrictions, d'avoir une activité sexuelle, leur reconnaissant indirectement la maturité suffisante pour consentir à de tels rapports. Aussi, il apparaît que les mineurs soient, d'une façon générale, matures avant leur seize ans. L'adéquation entre la capacité naturelle et la capacité juridique peut se voir renforcée par une meilleure détermination de l'âge de la prémajorité.

[1367] ALFANDARI Elie, DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, MONEGER Françoise, VERDIER Pierre, VERKINDT Pierre-Yves, *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la convention internationale sur les droits de l'enfant*, Rapport au secrétaire d'État à la Famille, aux Personnes âgées et aux Rapatriés, La documentation Française, 1993, p. 45.

[1368] Avec toutefois les restrictions rappelées à l'article 413-6 c. civ., c'est à dire l'adoption et le mariage.

[1369] Art. L. 6222-1 C. trav. : « *Nul ne peut être engagé en qualité d'apprenti s'il n'est âgé de seize ans au moins à vingt-cinq ans au début de l'apprentissage.*
Toutefois, ***les jeunes âgés d'au moins quinze ans*** *peuvent souscrire un contrat d'apprentissage, s'ils justifient avoir accompli la scolarité du premier cycle de l'enseignement secondaire ou s'ils remplissent les conditions prévues au sixième alinéa de l'article L. 337-3 du code de l'éducation* » ; souligné par nous.

[1370] 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 », JORF 5 avril 2006, p. 5097.

[1371] Art. 145 C. civ. Même si le texte ne prévoit pas de seuil d'âge minimum encadrant la dérogation, il apparaît que le motif grave renvoie quasi exclusivement à la situation de grossesse. Par conséquent, la puberté constituerait la limite de la dérogation : cf. MALAURIE Philippe et FULCHIRON Hugues, *Droit de la famille*, Defrénois, 3è éd., 2008, n° 174, p. 92.

602. D'autres auteurs recommandent l'âge de treize ans[1372]. Au niveau pénal, ce seuil correspond à la possibilité pour le mineur de subir une peine d'emprisonnement, comme le rappelle l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1945[1373]. Cet âge trouve également un écho en matière de santé puisqu'il est très proche de la puberté et donc du seuil utilisé indirectement pour permettre l'accès individuel des mineures à la contraception, l'interruption volontaire de grossesse et l'accouchement sous X. De même, il constitue l'âge à partir duquel l'individu peut s'inscrire sur le registre national automatisé des refus de prélèvement[1374]. En matière de sexualité, les juges ont été amenés à reconnaître l'aptitude d'une mineure âgée de treize ans à consentir valablement à une relation sexuelle, reconnaissant indirectement sa maturité[1375].

603. Ce seuil peut également marquer le début de l'adolescence[1376], et il serait préférable de laisser quelques temps supplémentaires aux mineurs pour « s'aguerrir » davantage, afin que la présomption du *plerumque fit* puisse réellement jouer. Reprenant en métaphore « le complexe du Homard », il serait possible d'énoncer qu'à partir de treize ans l'individu perd sa carapace d'enfant pour celle d'adolescent et reste par conséquent exposé au monde extérieur. « *L'adolescence est [*alors*] non seulement une crise visible et spectaculaire, mais un processus, discret et silencieux qui s'achèvera avec la conquête de la maturité, c'est-à-dire avec la symbolisation de l'enfance perdue* »[1377]. Afin d'éviter que le mineur ne soit trop exposé entre treize et quinze ans, période pendant laquelle s'opère le changement de statut, il conviendrait de reculer de quelques temps l'accession à cette prémajorité corporelle. Fixer à treize ans le seuil de la prémajorité corporelle reviendrait à permettre notamment aux mineurs de plus de treize ans d'avoir des relations sexuelles librement consenties avec des adultes. Or, il apparaît que si ces mineurs sont dotés de discernement et d'une certaine maturité, leur

[1372] ROQUE Julien, « La prémajorité », art. préc.
[1373] Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 « relative à l'enfance délinquante », JORF 4 février 1945 p. 53.
[1374] L'art. R. 1232-6 C. santé publ.
[1375] Cass. Crim., 29 mars 2006, Bull. crim. n° 96. La juridiction reconnaît une certaine maturité psychologique de la mineure puisque celle-ci avait d'abord refusé la proposition de rapport sexuel, pour l'accepter dans un second temps. Ce refus démontre qu'un mineur âgé de treize ans peut disposer de la maturité suffisante pour consentir ou non à un rapport sexuel, l'acte n'étant pas une agression mais une atteinte sexuelle.
[1376] Ainsi, Rousseau dans L'*Émile* fait partir l'adolescence à douze ans. Voir pour une analyse plus globale : THIERCÉ Agnès, *Histoire de l'adolescence (1850-1914)*, Éd. Berlin, coll. « Histoire de l'éducation », 1999. Pour le Professeur NEIRINCK, l'adolescence commencerait à treize ans, la période antérieure de sept à treize ans étant celle de l'enfance : NEIRINCK Claire, « Le statut juridique des mineurs de 7 à 13 ans », *LPA* 13 avril 1994, n° 44, p. 11. Il en est de même pour le Professeur LAZERGES qui estime que le seuil de l'adolescence se situe à 12 ou 13 ans : LAZERGES Christine, « Seuils d'âge et responsabilité pénale en Europe », art. préc.
[1377] NASIO Juan David, « Le Discours de l'Adolescent : une contribution au concept d'adolescent », *Figures de la psychanalyse* 2004, n° 9, p. 67 ; souligné par l'auteur.

consentement à de tels actes peut se révéler très fragile en raison de leur faiblesse psychologique notamment à l'égard d'adultes[1378].

604. Par conséquent, il ressort de ces considérations qu'un seuil d'âge situé entre treize et seize ans serait le plus approprié pour l'établissement d'une prémajorité corporelle. Le Droit pénal se réfère essentiellement au seuil de quinze ans lorsque le mineur est victime d'infraction. Même si ce seuil ne se retrouve pas en procédure pénale, en Droit de la santé ou même en Droit civil, il est néanmoins la clef de voûte du système pénal. En effet, le Droit pénal de fond, qu'il s'agisse des infractions à caractère général comme les violences volontaires[1379] ou des infractions spécifiques aux mineurs comme l'atteinte sexuelle sur mineur[1380], utilise principalement, voire exclusivement, le seuil de quinze ans pour diviser la catégorie des mineurs[1381]. Aussi, pénalement, il existe deux minorités : celle de dix-huit ans et celle de quinze ans. La prémajorité corporelle intervenant en matière pénale, il serait cohérent d'utiliser ce même seuil d'âge et d'harmoniser la législation pénale en permettant réellement aux mineurs de plus de quinze ans de disposer de leur corps. Lors des débats parlementaires sur la réforme du Code pénal, le Sénat avait proposé de porter l'âge de la « majorité sexuelle » de quinze à dix-huit ans afin de mieux protéger les mineurs. Cette démarche a été rejetée par l'Assemblée Nationale. La ministre déléguée à la Justice expliquait que « *jusqu'à 15 ans […] le projet de loi pose, en quelque sorte, une présomption générale de vulnérabilité des mineurs […]. Au-delà de 15 ans, toute protection n'est pas retirée aux mineurs par la loi, mais celle-ci confie au juge le soin d'apprécier au cas par cas si, compte tenu de sa maturité – qui peut être très différente selon les individus – le mineur peut ou non être considéré comme une personne vulnérable* »[1382]. Il apparaît que cet âge est un âge charnière dans l'acquisition de la maturité nécessaire à la libre disposition de son corps. Cela se retrouve dans les propos du rapporteur de la Commission des lois : « *les termes* "une personne particulièrement vulnérable en raison de son âge" *s'appliquent aux jeunes de 15 à 18 ans, période où le juge peut s'interroger sur la vulnérabilité de la personne […]. On a bien*

[1378] contra : RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Précis », 5e éd., 2006, n° 540, p. 580. L'auteur préconise l'abaissement de l'âge constitutif de l'infraction d'atteintes sexuelles sur mineurs de quinze à treize ans, conférant corrélativement la possibilité pour les mineurs de plus de treize ans d'avoir une sexualité librement consentie avec des majeurs : « *certains proposent de ramener l'âge légal à 13 ans dans la mesure où il apparaît que le seuil de plus ou moins grande dangerosité d'un individu recherchant des plaisirs sexuels avec des enfants paraît se situer à cet âge de la victime* ».
[1379] Art. 222-7 et s. C. pén.
[1380] Art. 227-25 C. pén.
[1381] Il est à noter que cette remarque ne vaut que pour le Livre II consacré aux crimes et délits contre les personnes.
[1382] JOAN du 22 juin 1991, p. 3511.

conscience que pour certains de ces adolescents la protection est nécessaire. On a bien conscience aussi que d'autres sont suffisamment majeurs et responsables pour assumer pleinement leur responsabilité […]. N'ajoutons pas une surprotection pour l'âge de 15 à 18 ans »[1383] . Ceci constitue l'essence même de la prémajorité corporelle pénale : éviter une surprotection des mineurs de quinze à dix-huit ans, laquelle conduit inexorablement à une restriction injustifiée de leurs droits sur leur corps. Cette mesure permettrait aux mineurs proches de la majorité de faire leur propre choix, en dehors de l'influence des titulaires de l'autorité parentale. À mesure que l'individu grandit, il se forge ses convictions et s'émancipe de la tutelle parentale qui peut parfois l'opprimer. Comme le rappelle la célèbre formule de Lacordaire, « *entre le fort et le faible […] c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* »[1384]. En reconnaissant légalement une pleine aptitude décisionnelle des mineurs de plus de quinze quant aux questions corporelles, la loi les affranchit, partiellement, des carcans de l'autorité parentale et de la loi pénale. Il ne s'agit pas de remettre en cause leurs vertus protectrices, mais de reconnaître aux mineurs, passé le seuil de quinze ans, une maturité suffisante leur permettant de prendre seuls les décisions concernant leur corps, puisque ces actes revêtent un caractère éminemment personnel.

605. Dans les familles où le dialogue est constant et où les parents prêtent attention à l'opinion de leur enfant, cette prémajorité ne serait qu'un renforcement légal de la pratique. En revanche, dans les situations où les parents refuseraient de laisser l'adolescent prendre ses décisions, la prémajorité serait le support normatif de cette autonomie. Le mineur ne serait plus présumé être vulnérable. Toutefois, la présomption étant simple, rien n'empêcherait les magistrats de renverser cette présomption en établissant que le mineur en cause ne dispose pas de la maturité suffisante. Ainsi, le juge pénal dispose de cette latitude par le renvoi à la notion de « *particulière vulnérabilité liée à l'âge* ». De même, les parents pourront toujours saisir le juge des enfants s'ils considèrent que les choix de ce dernier créent un danger pour sa santé, sa sécurité ou sa moralité.

606. Bien qu'une autonomie corporelle leur soit reconnue, les mineurs âgés de quinze à dix-huit ans ne sont pas pour autant dénués de toute protection et abandonnés à leur sort. Notre Droit est riche de signification de l'âge : « *il existe un âge mental de la maturité, du*

[1383] *Ibid*., p. 3512, souligné par l'auteur.
[1384] Cité par DREIFUSS-NETTER Frédérique, « Les seuils d'âge en droit à l'épreuve des sciences de la vie », *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Litec, 2006, p. 95.

discernement, un âge physique de la force ou de la faiblesse auquel il ne serait pas impossible de rattacher un âge de la procréation, et même, pourrait-on dire, un âge social de la dépendance ou de l'indépendance, qu'il s'agisse de l'autonomie financière ou des faits et gestes de la vie quotidienne »[1385]. L'âge de quinze ans correspond à un moment de l'adolescence où l'individu est, dans la très grande majorité des cas, pubère, ce qui lui permet d'exercer seul ses prérogatives en matière de contraception, d'interruption volontaire de grossesse et d'accouchement sous X. Cet âge est également le moment où, sociologiquement, le mineur s'émancipe : il entre au lycée ou peut s'insérer dans le monde du travail au travers d'un contrat d'apprentissage et devient globalement plus autonome. Le Droit pénal commence à relâcher son emprise en rendant notamment légales les relations sexuelles avec des adultes. Le mineur a dépassé le stade où il est simplement entendu ou consulté pour celui où il décide et où il effectue ses propres choix et en assume les conséquences. Aussi, « *dans la perspective d'une réforme instituant la prémajorité, ce sont donc les seuls mineurs situés dans la tranche des 15 à 18 ans qui devraient se trouver concernés* »[1386].

[1385] CORNU Gérard, « L'âge civil », *in Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, t. I, *op. cit*., p. 9.
[1386] GISSER François, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP G* 1984, I, 3142.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

607. Une autonomie corporelle ne peut à l'évidence être attribuée à tous les mineurs mais seulement à ceux disposant d'une maturité nécessaire pour faire leur choix en ayant conscience des conséquences. Cette division de la minorité entre les mineurs matures et ceux qui ne le sont pas met en exergue la nécessité d'un statut intermédiaire et pose la question des modalités de son acquisition.

608. Sociologiquement, l'individu ne passe plus directement de l'enfance au monde adulte mais passe désormais par l'étape intermédiaire de l'adolescence. Ce statut est relativement récent et trouve un écho dans d'autres domaines : en psychologie, en biologie avec la puberté, en sociologie et en matière d'éducation. Bien que le concept n'ait pas d'acception juridique, le Droit instaure néanmoins des étapes intermédiaires jalonnant la minorité, que l'individu soit auteur ou victime d'infraction. Dans ce dernier cas l'autonomie corporelle qui leur est reconnue ne fait l'objet que de mesures dérogatoires qu'il s'agisse du domaine de la santé ou de la sexualité. La multiplication des exceptions et les hésitations du législateur sur la reconnaissance de cette autonomie conduisent à un arsenal législatif peu cohérent et difficilement lisible.

609. La création d'un statut intermédiaire en matière pénale conduit à rejeter divers mécanismes traditionnels attributifs de droit tels que l'assistance ou l'émancipation. Le Droit pénal ne conférant pas de droit, mais édictant des interdits, la fixation d'une étape médiane au sein de la minorité ne peut passer que par l'instauration d'une prémajorité corporelle permettant aux mineurs de s'extraire d'une surprotection pénale. Cette prémajorité ne doit cependant pas conduire à laisser le mineur sans protection et à lever tous les interdits. Pour cela, il est nécessaire de limiter cette prémajorité aux actes éminemment personnels liés aux corps de la personne et de déterminer le seuil à partir duquel cette autonomie corporelle est octroyée. Le principe de légalité criminelle conduit à privilégier les seuils d'âge quantitatifs aux seuils qualitatifs, pour des raisons tenant à leur caractère objectif évitant de recourir à des tiers pour déterminer si le mineur en cause avait ou non, au moment de l'acte, le discernement ou la maturité nécessaire à sa réalisation. De plus, la multiplication des seuils d'âge permet d'attribuer progressivement l'exercice de droits à l'individu et d'éviter l'effet brutal des seuils d'âge quantitatifs passant traditionnellement d'un extrême à un autre.

610. Dans la détermination de ce seuil intermédiaire, l'âge de quinze ans paraît s'imposer. Celui-ci est déjà utilisé en Droit pénal pour reconnaître une maturité physique et psychique de la personne mineure, lui permettant notamment d'exercer son droit d'entretenir des relations sexuelles. Cet âge se rapproche également de la puberté qui conditionne l'exercice des prérogatives corporelles en matière de santé des mineures (contraceptions, IVG, accouchement) et semble correspondre plus globalement à l'âge moyen (*plerumque fit*) auquel les personnes mineures ont acquis une maturité suffisante pour faire les choix relatifs à leur corps. Cette conception se retrouve dans les travaux parlementaires sur le nouveau Code pénal en 1992, lesquels précisaient : « *On a bien conscience que pour certains de ces adolescents la protection est nécessaire. On a bien conscience aussi que d'autres sont suffisamment majeurs et responsables pour assumer pleinement leur responsabilité […]. N'ajoutons pas une surprotection pour l'âge de 15 à 18 ans* »[1387] . Encore faut-il que la reconnaissance de cette autonomie corporelle pour les mineurs de plus de quinze ans puisse effectivement s'exercer.

[1387] JOAN du 22 juin 1991, p. 3511.

CHAPITRE 2 :

LES MODALITES D'EXERCICE

D'UNE AUTONOMIE CORPORELLE

611. Entre la minorité, caractérisée par la vulnérabilité au niveau pénal et l'incapacité civile, et la majorité qui sonne le glas de la pleine capacité et de l'autonomie personnelle, il semble qu'une « troisième voie » se dessine, celle d'un statut intermédiaire : l'adolescence. Fondée juridiquement sur une majorité corporelle anticipée, l'adolescent n'est ni un adulte en miniature à qui il convient d'attribuer les mêmes droits, ni un enfant immature et incapable. Dans ce cadre, il ne s'agit pas de conférer aux adolescents proches de la majorité une prémajorité totale, mais de leur reconnaître certaines prérogatives juridiques pour des actes éminemment personnels[1388] touchant à leur corps. Cette prémajorité corporelle fondée sur le droit de disposer de son corps[1389], et plus précisément sur le principe de l'autonomie personnelle, permettrait aux mineurs âgés d'au moins quinze ans d'acquérir une relative indépendance.

612. Certains auteurs appellent de leurs vœux l'organisation de cette autonomie au travers d'un statut intermédiaire. Ainsi, le concept de prémajorité a déjà été avancé en doctrine, mais généralement dans un sens plus étendu et pas seulement limité à la sphère corporelle[1390]. Dans ce dernier cas, il faut relever les propositions de Madame Domitille DUVAL-ARNOULD dans son ouvrage « *Le corps de l'enfant sous le regard du droit* »[1391] qui organise des suggestions « *susceptibles* […] *de contribuer à améliorer la protection du corps de l'enfant* ***tout en préservant ses droits*** *et ceux de ses parents* »[1392]. Certaines de ces suggestions ont été

[1388] GRIDEL Jean-Pierre, « L'acte éminemment personnel », *Gaz. Pal.* 2003, n° 80, p. 7.
[1389] Pour une analyse complète de la notion : HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, 2004.
[1390] GISSER François, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP G* 1984, I, 3142 ; ROQUE Julien, « La prémajorité », *Dr. Famille* 2009, étude 20.
[1391] DUVAL-ARNOULD Domitille, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1994, pp. 291 et s.
[1392] *Ibid.*, p. 290 ; souligné par nous.

reprises par le législateur et se retrouvent aujourd'hui dans l'ordonnancement juridique. Ainsi en est-il de la possibilité pour le mineur de consentir seul à des actes médicaux curatifs et la reconnaissance d'un droit au secret « médical »[1393], ou encore de l'incrimination de la détention de matériel pornographique impliquant des mineurs[1394]. D'autres en revanche auraient mérité un sort identique mais sont restées lettre morte, comme la possibilité pour les mineurs de prévoir les modalités de leur sépulture et de leurs funérailles ou encore l'exigence d'un consentement positif du mineur en âge de s'exprimer en matière de prélèvement *in vivo*. Au niveau pénal, l'auteur estime que la protection du corps de l'enfant doit être renforcée, en portant le seuil d'âge d'une protection accrue de quinze à dix-huit ans, entraînant une modification de certaines infractions et notamment celles de violences volontaires[1395]. Il en ressort une nouvelle fois la problématique d'une difficile conciliation entre autonomie et protection au sein d'un statut évolutif : la minorité. Ce caractère évolutif ne doit être occulté par le statut, la personne mineure n'étant pas de sa naissance à l'avènement de ses dix-huit ans dotée des mêmes aptitudes physiques et psychiques ni de la même maturité.

613. Il apparaît alors nécessaire de reconnaître pendant la minorité un stade intermédiaire, celui d'adolescent, qui conférerait aux personnes mineures une plus grande autonomie personnelle pour les actes liés à leur corps. Ce droit de disposer de leur corps, cet exercice de prérogatives en matière corporelle, conduit dans un premier temps à limiter les interdits pénaux, lesquels constituent les bornes de cet exercice (Section 1) mais aussi à modifier les règles applicables en matière de santé des personnes mineures au travers d'une prémajorité corporelle « médicale » (Section 2).

Section 1 : Une prémajorité corporelle en matière pénale

614. L'étude a révélé la prise en compte par le Droit criminel de divers seuils intermédiaires durant la minorité. Que le mineur soit victime ou auteur d'infraction, le

[1393] Art. L. 1111-5 C. santé publ. : « *Par dérogation à l'article 371-2 du code civil, le **médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale** sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de **garder le secret sur son état de santé**. Toutefois, le médecin doit dans un premier temps s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation* » ; souligné par nous.

[1394] Ces faits sont aujourd'hui incriminés à l'article 227-23 al. 5 C. pén. La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 (JORF 6 mars 2007, p. 4215) vise spécialement la détention d'image ou représentation de mineur à caractère pornographique.

[1395] Art. 222-7 et s. C. pén. dans lesquels la circonstance aggravante de minorité ne joue que pour les mineurs de quinze ans ; les mineurs de plus de quinze ans sont alors assimilés, d'un point de vue victimologique aux majeurs.

législateur adapte la répression, mais dans une dynamique inverse. Dans le premier cas, la répression se trouve aggravée en raison d'une part de la particulière vulnérabilité de la victime et d'autre part d'une réprobation accrue du comportement litigieux. La minorité de la victime sera soit une circonstance aggravante d'infraction générale, soit une condition préalable à des infractions spécifiques ne touchant que cette catégorie de victimes. Dans la seconde hypothèse, la répression est en revanche atténuée par palier d'âge, conformément à la philosophie éducative de l'ordonnance du 2 février 1945[1396]. La progressivité de la sanction passe par les seuils de dix, treize et seize ans, dans une optique d'assimilation graduée aux personnes majeures.

615. L'instauration effective d'un seuil de quinze ans déterminant une prémajorité corporelle permettrait de limiter certaines infractions à cette seule catégorie de mineurs et corrélativement de reconnaître aux mineurs de quinze à dix-huit ans une autonomie corporelle identique à celle des majeurs (§1). En revanche, la question de l'instauration de ce même seuil de quinze ans en Droit pénal substantiel des mineurs est plus discutable au vu de la progressivité déjà existante dans les textes (§2).

I – Une prémajorité corporelle intégrée en Droit pénal de fond

616. Le Droit pénal, par les interdits qu'il fixe, dicte les comportements que la société admet ou réprouve. En cela, il limite la liberté de chaque individu dès lors que son exercice porte atteinte à une valeur sociale protégée, et parfois même en l'absence de toute atteinte effective. Le législateur incrimine d'une façon générale la mise en danger de la personne c'est-à-dire « *frapper les comportements qui, d'ores et déjà, se révèlent porteurs d'un danger pour tel ou tel de ces biens juridiques qui sont l'objet de la protection légale* »[1397], en l'absence de toute atteinte réalisée à ces biens juridiques. Ces incriminations peuvent apparaître d'autant plus attentatoires à la liberté.

617. La même idée préside dans la section relative à la mise en péril des mineurs. Même si l'idée d'un regroupement des infractions relatives aux mineurs a pu être critiquée en doctrine[1398], elle permet néanmoins d'appréhender d'une façon plus aisée et cohérente la

[1396] Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, JORF 4 février 1945, p. 530.
[1397] MERLE Roger et VITU André, *Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, n° 1820, p. 1473.
[1398] *Voir : RASSAT Michèle-Laure,* Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Précis », 5e éd., 2006, n° 340, p. 387. L'auteur estime que la dissociation entre la mise en danger en général et la mise en péril des mineurs est*

spécificité de ces infractions. Cet ensemble vise à protéger les personnes mineures de divers comportements susceptibles de leur porter atteinte, que ces comportements soient le fait de tiers ou parfois des mineurs eux-mêmes. Dans ce dernier cas, les dispositions pénales peuvent aboutir à une surprotection des personnes mineures et conduire à les priver indûment de l'exercice de certaines prérogatives sur leur corps notamment.

618. Le mineur étant toujours considéré comme une victime dans ces différentes situations, il serait possible de penser que la limitation de la répression favorise uniquement la liberté des auteurs. Dans les différentes hypothèses visées, le mineur n'encourt pas de sanction et donc sa liberté ne semble pas, de prime abord, entravée. Or, punir son partenaire dans l'acte sexuel est un moyen aussi dissuasif d'arriver, indirectement, au même résultat. Sanctionner la personne prostituée ou le client de celle-ci revient dans les deux cas à restreindre l'activité prostitutionnelle. D'une façon générale, « *ce sont bien ici des dispositions pénales qui définissent, en l'encadrant, le pouvoir de disposition que la personne exerce sur son corps* »[1399].

619. La section relative à la mise en péril des mineurs fût introduite par le législateur lors de la réforme du nouveau Code pénal, entraînant pour certains auteurs une « *modernisation législative voulue* »[1400] en la matière. Les infractions ont pour point commun de concerner exclusivement une catégorie de victimes, à savoir les mineurs. Toutefois, tous les mineurs ne semblent pas être touchés par cette modernisation puisque « *le droit pénal des mineurs* stricto sensu *concerne les mineurs de quinze ans car, au-delà, la minorité ne constitue qu'une circonstance aggravante : cela peut surprendre mais découle sans doute de l'évolution de la société et des mentalités, les ″presque majeurs″ étant quasiment assimilés à des adultes même*

« absurde » et « critiquable comme privilégiant une fois de plus, et abusivement, la considération de la victime ». contra : BOULOC Bernard, FRANCILLON Jacques, MAYAUD Yves et ROUJOU de BOUBEE Gabriel, Code pénal commenté*, Dalloz, 1996, p. 482. Ces auteurs estiment au contraire que «* ce regroupement se justifiait dans la mesure où le droit pénal des mineurs présente de nombreux aspects spécifiques. […] Tous ces actes ont pour caractéristique commune de placer le mineur dans une situation familiale ou personnelle dangereuse *». La vulnérabilité liée à l'état de minorité est une considération spécifique dans le cadre des atteintes à la personne et révèle de la part de l'auteur une psychologie d'autant plus perverse puisque l'acte est dirigé contre des personnes faibles. Aussi, à l'instar de l'ordonnance du 2 février 1945 qui regroupe les diverses mesures relatives à la délinquance des mineurs, il paraît cohérent que le législateur regroupe au sein d'une même section les infractions spécifiques aux mineurs victimes, et ce bien que la minorité constitue déjà une circonstance aggravante des infractions générales.*

[1399] HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, 2004, p. 346.

[1400] RENUCCI Jean-François, « Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », *RSC* 2000, p. 79. L'auteur précise que « *le mineur victime d'infractions pénales méritait plus que tout autre, en raison de sa vulnérabilité et des conséquences physiques et psychiques de tels comportements, une protection efficace* ».

si certaines précautions sont prises »[1401]. Ces considérations ne sont cependant pas toujours exactes puisque dans certains cas le législateur maintient une protection spécifique des mineurs jusqu'à leurs dix-huit ans. Il conviendrait alors de réexaminer ces infractions afin de rendre plus cohérent l'ensemble normatif appliqué aux victimes mineures, en tenant compte du caractère évolutif de la minorité et de la maturité acquise par les mineurs de plus de quinze ans.

620. Les comportements incriminés sont très disparates, certains portant atteinte à la santé des mineurs (A), d'autres à leur droit d'entretenir des relations sexuelles au travers de la protection de leur moralité (B).

A – La mise en péril de la santé des mineurs

621. Reconnaître aux adolescents, c'est-à-dire aux mineurs âgés d'au moins quinze ans, une autonomie corporelle conduit à présumer que passé cet âge, ils sont matures et aptes à prendre les décisions concernant leur corps et plus spécialement leur santé. Les infractions de mise en péril des mineurs visent à renforcer la protection des mineurs en raison de leur vulnérabilité, voire même de leur « *extrême vulnérabilité* »[1402] pour les mineurs de quinze ans. Or, si l'adolescent peut être présumé vulnérable, cette présomption ne peut être que simple, laissant la possibilité d'être combattue. Aussi, le mineur de quinze à dix-huit ans ne serait pas nécessairement en péril, puisque plus forcément vulnérable, ce dernier disposant de la maturité nécessaire pour être autonome. L'auteur de l'infraction, par son action ou son abstention, met soit directement la santé du mineur en péril (1), soit pousse le mineur à mettre lui-même sa santé en péril (2).

1 – La santé mise en péril par autrui

622. Le concept d'adolescent renvoie alors à la reconnaissance d'une autonomie du mineur, laquelle est fondée sur sa maturité et sa capacité à « s'autodéterminer », c'est-à-dire à prendre les décisions concernant son corps. Cette aptitude impose de modifier les infractions qui ont pour but de protéger spécifiquement cette vulnérabilité.

[1401] *Ibid*.
[1402] RENUCCI Jean-François, *Droit pénal des mineurs*, Masson, 1994, p. 60.

623. La question peut être posée pour la combinaison des infractions de soustraction des parents à leurs obligations légales (article 227-17 C. pén.) et de privation de soins et d'aliments (article 227-15 C. pén.). La multiplication des infractions touchant au corps de la personne mineure est un élément qui peut nuire à la protection en raison de l'opacité de l'ensemble normatif. Il est inutile de laisser dans l'ordonnancement juridique des incriminations dont les comportements peuvent relever d'autres infractions. Ainsi, le fait de nourrir et d'assurer des soins aux enfants relèvent des obligations légales relatives à l'autorité parentale et se retrouvent d'une part à l'article 203 C. civ. qui rappelle que « *les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants* » et d'autre part d'une façon plus générale à l'article 371-2 C. civ. qui dispose que « *chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants* ». Aussi, un parent qui prive de soins ou d'aliments son enfant se soustrait corrélativement à ses obligations légales.

624. Ces deux infractions, pour des comportements qui peuvent être similaires, ne concernent cependant pas les mêmes personnes. D'un côté, la victime ne peut être qu'un mineur de quinze ans dans le cadre de l'art. 227-15 C. pén. alors que l'art. 227-17 C. pén. vise les « *mineurs* », donc les moins de dix-huit ans. Ainsi, en cas de privation de soins d'un parent sur son enfant de seize ans, bien que l'article 227-15 C. pén. ne permette pas la répression, l'auteur pourra toujours être poursuivi sur la base de la soustraction des parents à leurs obligations légales. De plus le délit de privation de soins ou d'aliments restreint la compromission à la « *santé* », alors que l'article 227-17 C. pén. vise plus largement « *la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation* ».

625. Cependant, le délit de privation de soins et d'aliments a un champ d'application plus large quant aux auteurs de l'infraction. Sont visés par ces faits non seulement les titulaires de l'autorité parentale mais aussi plus largement les ascendants et les personnes ayant autorité sur les mineurs. Il ressort de la combinaison des dispositions civiles que les ascendants ont également une obligation légale de nature alimentaire envers les enfants et par conséquent peuvent relever de l'article 227-17 C. pén. En effet, d'une part l'article 205 C. civ. dispose que « *les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin* » et d'autre part l'article 207 C. civ. rappelle que « *les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques* ». Aussi, d'un point de vue légal, les ascendants ont une

obligation alimentaire, subsidiaire[1403], envers leurs descendants, laquelle ne s'arrête d'ailleurs pas à la majorité des créanciers. Ainsi, ajouter la catégorie d'ascendant, ainsi que celle des personnes ayant autorité sur les mineurs et qui sont tenues à des obligations légales envers eux, dans les auteurs du délit de l'article 227-17 C. pén. permettrait de limiter les doublons et de rendre plus lisible l'arsenal pénal visant à protéger les mineurs.

626. L'article 227-15 C. pén. pourrait être abrogé : les faits visés à l'al.1er relèveraient désormais d'un nouvel article 227-17 C. pén. et ceux de l'alinéa 2[1404], bien que n'étant pas autonomes, tomberaient sous le coup de l'article 225-12-6 C. pén. qui réprime l'exploitation de la mendicité à l'égard d'un mineur.

627. L'article 227-17 C. pén. pourrait être modifié comme suit :
« *Le fait, par le père ou la mère,* ***tout ascendant ou personne ayant autorité****, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation* ***d'un*** *mineur est puni de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende.*
L'infraction prévue par le présent article est assimilée à un abandon de famille pour l'application du 3° de l'article 373 du code civil ».

628. D'autres infractions devraient également être modifiées concernant la mise en péril des mineurs et plus précisément les délits de provocation poussant le mineur à mettre lui-même en danger sa santé[1405].

[1403] L'obligation alimentaire est dite « subsidiaire » dans la mesure où elle pèse en premier lieu sur les parents de l'enfant notamment au titre de l'article 203 C. civ. Ce n'est que dans l'hypothèse où les parents ne peuvent assumer leur obligation que les autres ascendants y seront tenus. C'est dans ce sens que statue la Haute juridiction lorsqu'elle précise que « *l'obligation que l'article 203 met à la charge des époux de nourrir, entretenir et élever leurs enfants, n'exclut celle que les articles 205 et 207 imposent en leur faveur aux autres ascendants que dans la mesure où les parents peuvent y faire face* », Cass. Civ. 1re, 6 mars 1974, *D*. 1974, p. 329, note GAURY Pierre-Jean.

[1404] Art. 227-15 al. 2 C. pén. : « *Constitue notamment une privation de soins le fait de maintenir un enfant de moins de six ans sur la voie publique ou un espace affecté au transport des voyageurs, dans le but de solliciter la générosité des passants* ».

[1405] Sont visées ici les infractions de provocation et non la provocation en matière probatoire et qui concerne surtout les forces de l'ordre. C'est alors en terme de loyauté de la preuve que la situation s'analyse. Pour une étude plus détaillée voir : FOURMENT François, *Procédure pénale*, Paradigme, 10e éd., 2009, n° 75, pp. 45 et s.

2 – La santé mise en péril par le mineur lui-même

629. Dans la mesure où le principe d'autonomie personnelle permettrait aux mineurs de plus de quinze ans de prendre les décisions sur leurs corps en toute autonomie, les infractions de provocation devraient s'en faire le relais. Ces dernières visent notamment à protéger les mineurs en raison de leur faiblesse psychologique des influences qu'ils peuvent subir les poussant à mettre en danger leur corps. Même si la provocation se veut « *un puissant et véritable détournement de conscience, au point de s'apparenter à un détournement de l'esprit* »[1406], elle « *ne mène pas à l'abolition de toute conscience et de toute raison* »[1407]. Les esprits des plus jeunes se doivent d'être davantage protégés en raison de leur faiblesse.
Cependant, un mineur âgé de douze ans et un autre de seize ans n'ont pas la même capacité de réflexion et de résistance à ces incitations. Il conviendrait d'adapter la réponse pénale, en prenant en compte le nouveau statut d'adolescent et sa maturité psychologique. Cette modification législative semble se poser dans les hypothèses de provocation à la consommation de stupéfiants ou de boissons alcooliques, qui visent toutes les deux comme victimes les personnes mineures, en aggravant la répression dès lors qu'il s'agit de mineurs de quinze ans.

630. Néanmoins, les deux infractions doivent être différenciées dans la mesure où la consommation de stupéfiants est en elle-même une infraction visée à l'article L. 3421-1 C. santé publ. Par le même acte, l'auteur provoque le mineur à accomplir un acte dangereux pour sa santé, mais également à transgresser la loi. L'attitude du provocateur pourrait alors relever de la provocation à commettre un crime ou un délit de l'article 227-21 C. pén., mais le législateur a érigé ce type de comportement en infraction autonome à l'article 227- 18 C. pén., montrant son attachement à sanctionner les individus incitant les mineurs à faire des actes spécifiquement attentatoires à leur santé.

631. En revanche, si le mineur consomme de l'alcool, il n'encourt aucune répression du seul fait de ce comportement[1408]. Si cet acte n'est pas directement interdit aux mineurs, une protection de ce dernier est néanmoins réalisée au travers des entraves érigées par le législateur pour éviter que la personne mineure ne se procure de boissons alcooliques,

[1406] DEFFERRARD Fabrice, « La provocation », *RSC* 2002, p. 233.
[1407] *Ibid*.
[1408] Toutefois, comme pour les personnes majeures, les mineurs en état alcoolique encourent des sanctions pénales en cas de conduite d'un véhicule (essentiellement pour les « deux roues », art. L. 234-1 C. route) ou d'ivresse sur la voie publique (art. R. 3353-1 C. santé publ.). La répression ne vise pas la consommation d'alcool mais les actes réalisés sous l'emprise d'un état alcoolique qui font courir un risque à autrui et qui sont susceptibles de troubler la tranquillité publique.

protection qui a été davantage renforcée par une loi du 21 juillet 2009[1409], entraînant corrélativement une restriction de leurs droits.

632. L'article L. 3342-1 C. santé publ. interdisait, dans les débits de boissons, commerces ou autres lieux publics, « *de vendre ou d'offrir à titre gratuit à des mineurs de moins de seize ans des boissons alcooliques à consommer sur place ou à emporter* ». Passé ce seuil d'âge les mineurs disposaient d'une plus grande liberté puisque l'article L. 3342-2 C. santé publ. visait l'interdiction, à l'égard des mineurs de plus de seize ans, dans les débits de boisson et autres lieux publics de vendre ou d'offrir à titre gratuit pour être consommées sur place, des boissons du troisième, quatrième ou cinquième groupe. Ainsi, les mineurs de plus de seize ans avaient la possibilité de consommer au sein des débits de boissons ou des lieux publics de boissons alcoolisés de première et deuxième catégorie. De plus, il convient de noter que les « *commerces* » visés dans un premier temps, ne se retrouvaient plus dans ce second article. Par conséquent, les mineurs de plus de seize ans pouvaient se rendre dans des commerces pour acheter des boissons alcooliques quelle que soit leur catégorie. Les mineurs d'au moins seize ans pouvaient également acquérir ces mêmes boissons dans des lieux publics dès lors qu'ils ne les consommaient pas sur place.
Le non respect de ces prescriptions entraînait des sanctions pénales prévues à l'article L. 3353-3 C. santé publ., à savoir une amende de 3 750 euros. En cas de récidive dans les cinq années qui suivent, l'auteur encourait une peine d'emprisonnement d'un an.

633. Les mineurs de seize ans jouissaient d'une certaine autonomie quant à leur consommation d'alcool en raison de l'approche de leur majorité mais aussi et surtout de leur maturité intellectuelle leur permettant d'être considérés comme des individus suffisamment aptes pour s'autolimiter dans une éventuelle consommation alcoolique.
Ces considérations auraient dû conduire à une limitation corrélative du délit de provocation à la consommation d'alcool de l'article 227-19 C. pén., l'incrimination ne devant viser que les mineurs de seize ans, voire même quinze ans (seuil de la prémajorité corporelle), et non tous les mineurs. Aussi, le délit ne serait constitué qu'en cas de provocation directe de mineur de quinze ans à la consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques. Cette modification aurait eu l'avantage d'uniformiser les dispositions du Code pénal et du Code de

[1409] Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 « portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires », JORF 22 juillet 2009, p. 12184.

la santé publique concernant la consommation d'alcool et la provocation à cette consommation pour les personnes mineures.

634. Cependant cela n'a pas été le choix réalisé par le législateur. Dans le cadre de la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires[1410], les nouvelles dispositions vont dans le sens d'une protection accrue des mineurs. Désormais, l'article L. 3342-1 C. santé publ. interdit la vente et l'offre à titre gratuit de boissons alcooliques à tout mineur, sans distinction d'âge. L'article L. 3342-2 C. santé publ., qui permettait aux mineurs de plus de seize ans d'acheter de l'alcool dans les commerces pour l'emporter, ou de consommer sur place des boissons alcooliques des premier et deuxième groupes, a été abrogé. Les sanctions attachées à la vente ou à l'offre de ces boissons en méconnaissance des prescriptions légales sont doublées puisque l'auteur encourt désormais, conformément à l'article L. 3353-3 C. santé publ., une amende de 7 500 euros.

635. Cette modification législative fait suite à plusieurs faits divers dans le cadre desquels des mineurs (lycéens) s'étaient enivrés avant de rejoindre leur lycée ou à la sortie de celui-ci ainsi qu'à une pratique très répandue chez les adolescents consistant pour les individus à boire une grosse quantité d'alcool dans un laps de temps restreint pour s'enivrer très rapidement[1411]. Cette évolution tend certes à protéger plus longtemps les mineurs des conséquences d'une consommation excessive d'alcool, mais elle conduit également à leur dénier une maturité reconnue dans d'autres domaines, comme en matière sexuelle ou médicale. L'intervention du législateur a pour avantage d'uniformiser les règles en visant désormais tous les mineurs. Il aurait été préférable que, dans un mouvement tendant à reconnaître les mineurs comme matures à partir de quinze ans, l'harmonisation se soit faite en limitant l'infraction de provocation à la consommation d'alcool et non en augmentant les interdits. Il s'agit de « *saisir l'influence libératoire qu'entre d'autres circonstances l'âge réel de l'enfant, entendu ici comme un âge de l'indépendance légitime, exerce sur une présomption légale qui dure normalement jusqu'à la majorité* »[1412].

[1410] *Ibid*.

[1411] Cette pratique est dénommée « *binge drinking* », c'est-à-dire « hyper alcoolisation ». La modification législative a notamment été inspirée par les résultats de l'enquête ESCAPAD 2002/2003 réalisée auprès de mineurs âgés de dix-sept ans par l'Office Français des Drogues et des Toxicomanies (OFDT) : BECK François, LEGLEYE Stéphane, SPILKA Stanislas, « Atlas régional des consommations de produits psychoactifs des jeunes Français. Exploitation régionale de l'enquête ESCAPAD 2002/2003 », *OFDT*, 2005.

[1412] CORNU Gérard, « L'âge civil », *Mélange Paul ROUBIER*, t.1, Dalloz, 1961, p. 29.

636. Aussi, il conviendrait de revenir à la législation antérieure en abaissant l'âge à quinze ans, mais en maintenant la prohibition pour les mineurs de plus de quinze ans d'acheter dans des commerces, dans le but d'une consommation à emporter, des boissons alcooliques de troisième, quatrième ou cinquième groupe. Ils pourraient alors consommer dans un débit de boissons sur place ou acquérir dans un commerce pour une consommation à emporter des boissons de première et deuxième groupe, à savoir du vin ou de la bière pour l'essentiel[1413]. Dans ce cadre il conviendrait de procéder au sein du Code de santé publique aux modifications suivantes :

Article L. 3342-1 : « ***Dans les débits de boissons et tous commerces ou lieux publics, il est interdit de vendre ou d'offrir à titre gratuit à des mineurs de quinze ans des boissons alcooliques à consommer sur place ou à emporter.***
Les mêmes dispositions s'appliquent aux mineurs de plus de quinze ans pour les boissons du troisième, du quatrième ou du cinquième groupe ».

Article L. 3353-3 : « *La vente à des mineurs* ***de quinze ans*** *de boissons alcooliques est punie de 7 500 euros d'amende. L'offre de ces boissons à titre gratuit à des mineurs, dans les débits de boissons et tous commerces ou lieux publics, est punie de la même peine.*
Le fait de se rendre coupable de l'une des infractions prévues au présent article en ayant été condamné depuis moins de cinq ans pour un délit prévu au présent chapitre est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.
Les personnes physiques coupables de l'une des infractions mentionnées au premier alinéa encourent également la peine complémentaire d'interdiction à titre temporaire d'exercer les droits attachés à une licence de débit de boissons à consommer sur place ou à emporter pour

[1413] La classification des boissons se retrouve à l'article L. 3321-1 C. santé publ. : « *Les boissons sont, en vue de la réglementation de leur fabrication, de leur mise en vente et de leur consommation, réparties en cinq groupes :*
1° Boissons sans alcool : eaux minérales ou gazéifiées, jus de fruits ou de légumes non fermentés ou ne comportant pas, à la suite d'un début de fermentation, de traces d'alcool supérieures à 1,2 degré, limonades, sirops, infusions, lait, café, thé, chocolat ;
2° Boissons fermentées non distillées : vin, bière, cidre, poiré, hydromel, auxquelles sont joints les vins doux naturels bénéficiant du régime fiscal des vins, ainsi que les crèmes de cassis et les jus de fruits ou de légumes fermentés comportant de 1,2 à 3 degrés d'alcool ;
3° Vins doux naturels autres que ceux appartenant au groupe 2, vins de liqueur, apéritifs à base de vin et liqueurs de fraises, framboises, cassis ou cerises, ne tirant pas plus de 18 degrés d'alcool pur ;
4° Rhums, tafias, alcools provenant de la distillation des vins, cidres, poirés ou fruits, et ne supportant aucune addition d'essence ainsi que liqueurs édulcorées au moyen de sucre, de glucose ou de miel à raison de 400 grammes minimum par litre pour les liqueurs anisées et de 200 grammes minimum par litre pour les autres liqueurs et ne contenant pas plus d'un demi-gramme d'essence par litre ;
5° Toutes les autres boissons alcooliques ».

une durée d'un an au plus, et celle de l'obligation d'accomplir un stage de responsabilité parentale, selon les modalités fixées à l'article 131-35-1 du code pénal.
Les personnes morales coupables de l'une des infractions mentionnées au premier alinéa encourent les peines complémentaires prévues aux 2°, 4°, 8° et 9° de l'article 131-39 du code pénal ».

Article L. 3353-3-1 nouveau : « *La vente à des mineurs de plus de quinze ans de boissons alcooliques de troisième, quatrième ou cinquième groupes est punie de 3 750 euros d'amende. L'offre de ces boissons à titre gratuit à des mineurs, dans les débits de boissons et tous commerces ou lieux publics, est punie de la même peine.*
Le fait de se rendre coupable de l'une des infractions prévues au présent article en ayant été condamné depuis moins de cinq ans pour un délit prévu au présent chapitre est puni d'un an d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.
Les personnes physiques coupables de l'une des infractions mentionnées au premier alinéa encourent également la peine complémentaire d'interdiction à titre temporaire d'exercer les droits attachés à une licence de débit de boissons à consommer sur place ou à emporter pour une durée d'un an au plus, et celle de l'obligation d'accomplir un stage de responsabilité parentale, selon les modalités fixées à l'article 131-35-1 du code pénal.
Les personnes morales coupables de l'une des infractions mentionnées au premier alinéa encourent les peines complémentaires prévues aux 2°, 4°, 8° et 9° de l'article 131-39 du code pénal ».

637. De même et corrélativement, l'article 227-18 C. pén. serait modifié comme suit, la minorité de quinze ans devenant un élément constitutif de l'infraction et non plus une circonstance aggravante de celle-ci :
« *Le fait de provoquer directement un mineur* ***de quinze ans*** *à la consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques est puni de deux ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.*
Lorsque les faits sont commis dans des 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, l'infraction définie par le présent article est punie de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».

638. Enfin, l'article L. 3353-4 C. santé publ. sanctionnant le fait de faire boire jusqu'à l'ivresse un mineur d'une amende de 7 500 euros serait modifié comme suit :
« *Le fait de faire boire jusqu'à l'ivresse un mineur* ***de quinze ans*** *est puni conformément aux dispositions de l'article L. 3353-3.*
Les personnes coupables des infractions prévues au premier alinéa encourent également les peines complémentaires suivantes :
1° Retrait de l'autorité parentale ;
2° Obligation d'accomplir un stage de responsabilité parentale, selon les modalités fixées à l'article 131-35-1 du code pénal ».

639. Ce même mouvement de reconnaissance d'une aptitude décisionnelle et d'une maturité psychologique devrait conduire à des modifications législatives en matière de mise en péril de la moralité des mineurs.

B – La mise en péril de la moralité des mineurs

640. La mise en péril de la moralité des mineurs est appréhendée ici au travers de la sexualité de ces derniers. Le principe d'une autonomie corporelle reconnue aux personnes mineures conduit à leur reconnaître la possibilité d'exercer des choix quant à leur corps et notamment d'avoir une sexualité librement consentie. En l'état actuel du droit, l'étude a montré d'une part que les personnes mineures pouvaient avoir une sexualité et que le législateur ne nie pas cet état de fait, mais d'autre part, que la législation pénale maintient dans différents cas une posture protectrice au détriment de l'autonomie. L'ingérence de l'État dans la vie privée des citoyens peut être justifiée par un intérêt de protection, en raison surtout de la vulnérabilité de certaines personnes, et spécialement des mineurs. Les interdits sont alors maintenus afin de ne pas mettre en péril leur moralité.

641. Or, il peut apparaître parfois contradictoire de reconnaître d'un côté une autonomie corporelle et de maintenir d'un autre côté des freins à son exercice. Le statut d'adolescent, mettant fin à une présomption de faiblesse des mineurs, devrait conduire à modifier certaines infractions en la matière, et plus particulièrement celles de corruption de mineurs (1), d'atteintes sexuelles (2) et enfin de recours à la prostitution de mineurs (3).

1- De la corruption de mineur

642. Le délit de corruption de mineur de l'article 227-22 C. pén. peut s'analyser en une provocation en matière sexuelle[1414]. Ce délit, à géométrie variable et dont la suppression avait été proposée lors des débats parlementaires sur le nouveau Code pénal[1415], vise aujourd'hui tous les mineurs sans distinction d'âge. Dans l'ancien Code pénal, l'article 334-2 distinguait entre les mineurs de seize ans et de plus de seize ans. Dans ce dernier cas, les faits devaient être commis de façon habituelle pour pouvoir caractériser l'infraction. Même si cette disposition entraînait un affaiblissement de la protection pour cette catégorie de mineurs, elle était justifiée par une maturité accrue des personnes visées et dont la capacité de résister aux sollicitations se rapprochait davantage de celle des majeurs.

643. Le flou inhérent au terme « corruption » peut conduire à une application extensive du texte. Même s'il est aisé de comprendre la volonté du législateur de protéger les mineurs des influences néfastes, notamment ici en matière de sexualité, il ne faut pas pour autant sacrifier la nécessaire conciliation entre « *les exigences d'une répression efficace et la protection des libertés individuelles dans le respect du principe de légalité* »[1416]. De nombreuses situations relevant antérieurement de l'infraction d'excitation de mineurs à la débauche sont aujourd'hui appréhendées sous d'autres qualifications comme la diffusion aux mineurs d'un message violent ou pornographique, l'exhibition sexuelle, ou encore le proxénétisme. La corruption consisterait « *à faire accomplir des actes immoraux par le mineur ou à les accomplir sur lui ou devant lui* »[1417] avec comme but « *la perversion de la jeunesse* »[1418]. Si le législateur accepte que les mineurs aient une sexualité, c'est sous couvert que celle-ci soit « normalisée ». L'excentricité ne leur ait pas permise. Ainsi, le fait pour un photographe de proposer à une mineure de poser les pieds et les mains enchaînés et le cou enserré dans un collier d'étranglement relève de l'article 227-22 C. pén[1419]. De même, l'exemple évoqué à l'alinéa 2 du texte est révélateur puisqu'il conduit à sanctionner des personnes qui organisent des réunions comportant des exhibitions ou relations sexuelles auxquelles un mineur assiste ou participe. Il semble alors que la sexualité des mineurs ne se conçoive qu'à deux ! Les

[1414] Même si le législateur utilise le terme « favoriser » et non « provoquer », conduisant à une application plus large du texte, l'idée reste celle de pousser le mineur à la réalisation d'actes qui mettraient en péril sa moralité.
[1415] BOULOC Bernard, FRANCILLON Jacques, MAYAUD Yves et ROUJOU de BOUBEE Gabriel, *Code pénal commenté*, Dalloz, 1996, p. 501.
[1416] *Ibid*., p. 503.
[1417] MALABAT Valérie, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « HyperCours », 4e éd., 2009, n° 673, p. 326.
[1418] Cass. crim., 14 nov. 1990, *Dr. pén.* 1991, comm. 105.
[1419] Cass. crim., 3 déc. 1997, *Gaz. Pal.* 1998, chron. 53. Les juges estiment en l'espèce que le comportement de l'auteur est de nature à favoriser la corruption de la mineure.

raisons d'être de ces restrictions apparaissent essentiellement morales et ne devraient pas permettre de limiter la liberté sexuelle accordée aux mineurs, et surtout aux adolescents. Le flou présidant à la matérialité de l'infraction peut conduire à des décisions excessives comme la condamnation pour l'obtention d'un baiser contre rémunération[1420].

644. Par conséquent, si la suppression de l'infraction paraît difficilement réalisable en raison d'une nécessaire protection des plus jeunes contre des provocations à la débauche, il conviendrait toutefois de restreindre le texte afin de l'appliquer uniquement aux mineurs de quinze ans. Divers amendements du gouvernement allaient dans ce sens lors des débats parlementaires sur la réforme du Code pénal, l'habitude n'étant requise que pour les mineurs de plus de quinze ans[1421]. Cette disposition aurait également comme avantage d'harmoniser les divers textes visant la sexualité des mineurs. Aussi, passé le seuil de quinze ans, les mineurs disposent d'une plus grande liberté en matière sexuelle et d'une maturité suffisante pour repousser, ou accepter, les sollicitations en la matière. Les restrictions apportées ne paraissent plus justifiées. La minorité de quinze ans serait un élément constitutif de l'infraction et non plus une circonstance aggravante, entrainant la suppression d'une partie du texte en vigueur. Au vu de la matérialité des faits, qui ne nécessite pas de contact physique, le quantum de la peine, cinq ans et 75 000 euros d'amende, apparaît suffisamment élevé.

645. Aussi, l'article 227-22 C. pén. pourrait être modifié comme suit :
« *Le fait de favoriser ou de tenter de favoriser la corruption d'un mineur* ***de quinze ans*** *est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Ces peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque le mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communications électroniques ou que les faits sont commis dans des établissements d'enseignement ou d'éducation ou dans les locaux de l'administration, ainsi que lors des entrées et sorties des élèves ou du public ou dans un temps très voisin de celles-ci, aux abords de ces établissements ou locaux.*
Les mêmes peines sont notamment applicables au fait, commis par un majeur, d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles un mineur ***de quinze ans*** *assiste ou participe* ».

[1420] Aix-en-Provence, 21 févr. 2001, JurisData n° 2001-143777. L'auteur était âgé de quarante-neuf ans et la victime de quinze ans.
[1421] BOULOC Bernard, FRANCILLON Jacques, MAYAUD Yves et ROUJOU de BOUBEE Gabriel, *op. cit.*, p. 501.

646. Cette modification harmoniserait l'ensemble normatif encadrant la sexualité des mineurs et dans lequel l'infraction d'atteinte sexuelle devrait également évoluer pour tenir compte de la maturité des mineurs de plus de quinze ans.

2- Des atteintes sexuelles

647. En matière de sexualité, le principe est celui du consentement présumé puisque toute relation de nature sexuelle est présumée volontaire, sauf à apporter la preuve contraire, c'est-à-dire que l'acte a été réalisé avec violence, contrainte, menace ou surprise. Toutefois, cette présomption n'est pas générale puisque dans l'hypothèse des mineurs, le législateur l'a écarté. En effet, si les mineurs jouissent d'une liberté sexuelle, celle-ci reste restreinte. Les mineurs de quinze ans ne peuvent avoir de relations sexuelles qu'avec d'autres mineurs, à l'exclusion des majeurs, et les mineurs de plus de quinze ans voient leur liberté limitée dans le choix de leur partenaire puisque celui-ci ne peut être un ascendant ou une personne ayant autorité sur lui. Il y a donc, dès lors que le partenaire du mineur est une personne majeure, un doute sur la teneur même du consentement, lequel serait influencé, même s'il reste libre. L'infraction ne peut être qualifiée d'agression sexuelle, l'individu étant consentant, le législateur a érigé ces comportements en délits d'atteintes sexuelles.

648. Le seuil de quinze ans opère cependant un basculement passant d'une répression générale de toute relation sexuelle entre mineurs et majeurs, à une sanction limitée à certaines personnes. Ces dispositions, relevant également de la mise en péril des mineurs, visent, à l'instar du délit de corruption de mineur, à protéger le mineur dans sa moralité en limitant son comportement sexuel. L'individu se doit d'être protégé non seulement de la « perversion » adulte, mais aussi de ses propres pulsions.
Le Droit pénal ne peut faire l'économie de ces mesures protectrices et permettre à un mineur de onze ans d'entretenir des relations sexuelles avec un adulte de quarante ans. La différence d'âge et l'habilité du second pourraient aisément amener le premier à se plier à ses volontés en raison de sa faiblesse morale et de sa crédulité.

649. Il conviendrait d'admettre qu'en deçà d'un certain âge, le mineur n'est pas en état de consentir, l'acte revêtant automatiquement la qualification d'agression sexuelle. Le caractère contraignant s'appréciant *in concreto*, il convient de tenir compte des particularités de la

victime, et notamment de son jeune âge, afin d'établir que celle-ci n'a pas consenti à l'acte[1422]. Comment un mineur âgé de dix ans, qui n'a pas compris l'acte en question, peut-il valablement y consentir ? Dans la mesure où la victime n'a pas connaissance de la teneur de l'acte, son consentement serait systématiquement surpris, en raison de son jeune âge. Cela est d'ailleurs la position de la Cour de cassation, laquelle estime que « *l'état de contrainte ou de surprise résulte du très jeune âge des enfants qui les rendait incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur étaient imposés* »[1423].

650. Le recours au discernement paraît plus problématique au niveau probatoire, l'action judiciaire pouvant être enclenchée quelques années après les faits (s'agissant généralement d'une délinquance « cachée »). Ce critère imposerait aux magistrats de rechercher si, au jour des faits, l'individu était doué de discernement.
Il serait préférable d'utiliser un seuil d'âge fixe. L'âge de dix ans paraît être le plus adéquat dans la mesure où il correspond au seuil choisi par le législateur pour le prononcé des premières sanctions éducatives à l'encontre des mineurs délinquants. À cet âge, la personne paraît être capable de différencier le bien du mal, de tirer profit d'une sanction et donc d'émettre un consentement, même si ce dernier reste fragile.

651. S'il est un seuil à partir duquel un mineur ne peut valablement consentir, il en est un autre, avant la majorité, qui devrait exercer l'effet inverse. L'effet libératoire de l'avènement de la quinzième année n'est toutefois pas total puisque l'article 227-27 C. pén. maintient la répression lorsque l'auteur est, soit un ascendant ou une autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait, soit une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions. L'infraction, créée par la loi du 13 mai 1863, visait uniquement les ascendants comme auteurs. Cette disposition a pour but primaire de prohiber l'inceste même si traditionnellement le terme ne figure pas dans le Code pénal. C'est chose faite désormais, puisque par une loi du 8 février 2010[1424], le législateur introduit le terme « inceste » dans le Code pénal.

[1422] Pour une analyse plus détaillée voir : MALABAT Valérie, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « HyperCours », 4e éd., 2009, n° 302, p. 154.
[1423] Cass. crim., 7 déc. 2005, *RSC* 2006, p. 319, obs. MAYAUD Yves ; *D*. 2006, p. 1655, obs. GARÉ Thierry ; *Dr. pén*. 2006, comm. 31, obs. VÉRON Michel.
[1424] 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 », JORF 9 février 2010, p. 2265.

652. L'infraction d'atteinte sexuelle sur mineurs de plus de quinze ans entend protéger cette catégorie de mineurs en érigeant une présomption de pression psychologique rendant l'acte sexuel délictueux, même s'il est consenti. L'intention du législateur est louable, et le maintien d'une protection peut se justifier en raison de l'influence latente exercée par les ascendants sur leur enfant. Toutefois, comme le relève GARRAUD, « *cet abus d'autorité peut être à craindre […] jusqu'à quinze ou seize ans ; mais comment croire à la persistance de cette influence irrésistible dès que le descendant a dépassé cet âge ?* »[1425]. Le seuil de quinze ans semble ici encore exercer un effet « émancipateur » pour les mineurs. Cela ne signifie pas pour autant que l'influence exercée par les ascendants ait disparu, mais simplement qu'elle n'est plus systématique. Aussi, il conviendrait de tenir compte de cette évolution pour que la présomption figurant à l'article 227-27 C. pén., ne soit plus irréfragable mais seulement simple, laissant la possibilité à l'auteur d'échapper à la répression en apportant la preuve de l'absence de pression en raison de ce lien.

653. De même, et contrairement à l'amalgame réalisé par le législateur, il semblerait nécessaire d'opérer une dichotomie selon les auteurs de l'infraction. Si l'interdit des relations incestueuses doit être maintenu, c'est au titre des comportements réprouvés par la société et non sur la base d'un consentement tronqué par une influence révérencielle. Par conséquent, l'infraction devrait évoluer pour les autres catégories d'auteurs visées par l'article 227-27 C. pén., à savoir les personnes ayant sur la victime une autorité de fait ou de droit, ainsi que ceux qui abusent de l'autorité que leur confèrent leurs fonctions. Dans ces hypothèses, le fondement de la répression n'est plus l'inceste mais la persistance du législateur à vouloir protéger (surprotéger) les mineurs contre les majeurs. Si le lien d'autorité suppose un rapport d'obéissance entre les individus, cette dernière n'est pas absolue et les mineurs de plus de quinze ans disposent de la maturité suffisante pour repousser les avances d'un professeur de musique ou d'un animateur de colonie de vacances. Il semble que le consentement ne soit pas nécessairement affecté, laissant le mineur libre d'accepter ou de refuser les sollicitations. Tel serait le cas d'une jeune fille de seize ans qui, tombée sous le charme de son enseignant de piano, lui ferait des avances. Exercerait-il une quelconque influence morale sur son élève en cédant à ses propositions ? Pourtant la relation sexuelle qui suivrait tomberait sous le coup de l'article 227-27 C. pén.

[1425] GARRAUD René, *Traité de droit pénal*, t. V, 3ème éd., Recueil Sirey, 1924, n° 2097, p. 492. Le rapport incestueux se définit, selon l'article 222-31-1 C. pén. (nouveau), comme celui « *commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* ».

654. Aussi, il conviendrait de tirer pleinement les conséquences de la reconnaissance d'une autonomie corporelle des mineurs de plus de quinze en présumant non plus leur absence de consentement face à des personnes ayant autorité sur eux, mais en inversant la présomption. Il serait néanmoins possible de maintenir une protection spécifique pour les mineurs de quinze à dix-huit ans en laissant subsister l'infraction mais assortie d'une présomption simple que l'auteur pourrait renverser en démontrant l'absence d'influence dans la relation, et donc un consentement parfaitement libre du partenaire mineur. Le lien d'autorité serait nécessaire mais pas suffisant pour caractériser l'infraction ; encore faudrait-il que l'auteur se soit servi de ce lien d'autorité dans la réalisation des actes de nature sexuelle, caractérisant ainsi un abus d'autorité, manipulant le consentement de la victime. Il ressortirait de l'arsenal répressif une progression dans la valeur du consentement de la personne mineure en fonction de sa maturité.

655. Par conséquent, il conviendrait de modifier d'une part l'article 222-22-1 C. pén. comme suit :

« *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.*

La contrainte morale peut aussi résulter du jeune âge de la victime et est présumée pour les mineurs de dix ans ».

656. L'article 227-27 C. pén. serait également modifié et disposerait :

« *Les atteintes sexuelles sans violence, contrainte, menace ni surprise sur un mineur âgé de plus de quinze ans et non émancipé par le mariage sont punies de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende :*

1° Lorsqu'elles sont commises, ***au sein de la famille****, par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait.*

2° Lorsqu'elles sont commises, ***hors de la famille, par une personne abusant de son autorité, de fait, de droit ou conférée par ses fonctions*** ».

3- Du recours à la prostitution de mineurs

657. Le droit d'entretenir des relations sexuelles reconnu aux mineurs de plus de quinze ans se trouve également limité par les mobiles présidant à l'acte sexuel. Si une relation sexuelle entre un majeur et un mineur est légale (sous couvert des restrictions apportées par l'article 227-27 C. pén.), encore faut-il qu'elle soit dénuée de toute vénalité. En effet, au travers de l'article 225-12-1 C. pén., et depuis une loi du 4 mars 2002[1426], le législateur incrimine le recours à la prostitution de mineurs[1427].

658. Bien que cette disposition ne vise que les personnes mineures, la prostitution des majeures étant totalement libre, elle ne figure pas dans la section relative à la mise en péril des mineurs au côté de la corruption de mineur, de la diffusion d'image ou représentation de mineur à caractère pornographique, ou de l'atteinte sexuelle sur mineur. Cette infraction est placée à la suite des délits de proxénétisme dans un chapitre relatif aux atteintes à la dignité de la personne, mais peut également être perçue comme mettant en péril la moralité des mineurs. Dans cette optique, l'article 13 II de la loi du 4 mars 2002[1428] précise que « *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* ».

659. La reconnaissance d'une liberté sexuelle pour les mineurs de plus de quinze ans conduit à s'interroger sur les limites qui lui sont portées. Quelle est la différence entre une relation sexuelle tarifée et une autre non tarifée ? L'acte réalisé et l'atteinte portée sont-ils différents ? Il semble que ce soient surtout les circonstances de l'acte sexuel qui portent atteinte à la dignité de l'individu, la démarche n'étant pas nécessairement libre mais contrainte. Si la prostitution forcée porte atteinte à la dignité de la personne et justifie la réaction pénale, il en est autrement de la prostitution volontaire[1429]. La lutte contre les réseaux de prostitution est essentielle et permet de restreindre le nombre de mineurs étrangers qui se prostituent en France et qui constituent le vivier de cette délinquance. Mais ce comportement

[1426] Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 « relative à l'autorité parentale », JORF 5 mars 2002, p. 4161.
[1427] Pour une étude globale du phénomène : MACHIELS Christine et PIERRE Éric, *La prostitution des mineur(e)s au XXe siècle*, Presse Universitaire de Rennes, coll. « Revue Histoire Enfance Irrégulière », n° 10, 2009.
[1428] Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 « relative à l'autorité parentale », préc.
[1429] LAVAUD-LEGENDRE Bénédicte « Le droit pénal, la morale et la prostitution : des liaisons dangereuses », *Droits* 2009, n° 49, p. 57 ; DREYER Emmanuel, « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008, p. 2730 ; RENAULT, Marie-Hélène, « L'ordre public et la prostitution ou l'Histoire n'est qu'un perpétuel recommencement », *RSC* 2006, p. 293.

est incriminé sur le fondement du proxénétisme, aggravé par l'état de minorité de la victime (art. 225-7 C. pén.) ainsi que par la minorité de quinze ans (art. 225-7-1 C. pén.).

660. Du point de vue de l'auteur et de la déviance que reflèterait le recours à la prostitution de mineurs, il convient de relever que les prostitués mineurs s'évertuent à avoir l'apparence de personnes majeures, ce qui n'empêche pas les juridictions d'entrer en voie de condamnation[1430]. Parallèlement, un majeur qui demanderait à une prostituée de se déguiser en jeune écolière, traduisant l'extériorisation d'un fantasme sexuel pouvant être considéré comme déviant, n'encourt aucune sanction.

661. Par conséquent, les mineurs de plus quinze ans qui souhaitent avoir des relations sexuelles avec des personnes majeures ne devraient pas voir leur droit entravé par le caractère mercantile, la sexualité étant désormais consensuelle. Seul le recours à la prostitution de mineurs de quinze ans devrait être incriminé, en laissant subsister la possibilité pour les mineurs d'être auteurs de l'infraction, contrairement aux dispositions antérieures à la loi du 4 mars 2002[1431] qui ne visaient que les majeurs[1432]. Le délit serait nécessairement détaché de celui d'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans, mais devrait néanmoins intégrer la section relative à la mise en péril des mineurs. Il conviendrait aussi de modifier le texte de façon à rendre le premier acte prostitutionnel du mineur répréhensible et non d'attendre que ce dernier se livre déjà à la prostitution. L'intérêt de l'incrimination est également d'éviter que les mineurs se prostituent, le premier pas étant généralement décisif. De même, s'agissant d'une atteinte sexuelle, la peine encourue devrait être celle de l'article 227-25 C. pén., à savoir cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende et la circonstance aggravante prévue à l'article 225-15-2 serait maintenue pour porter la répression à sept ans d'emprisonnement.

662. Les articles 225-12-1, 225-12-2, 225-12-3 et 225-12-4 pourraient être abrogés et serait créé dans le Code pénal :

- un **article 227-28 nouveau** : « *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*

[1430] Cass. crim., 29 mars 2006, JurisData n° 2006-033036, *RSC* 2006, p. 603, note MAYAUD Yves. En l'espèce la prostituée était âgée de dix-sept ans au moment des faits, maquillée et vêtue comme une majeure.
[1431] Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, préc.
[1432] SEUVIC Jean-François, « Chroniques législatives », *RSC* 2002, p. 368.

*la part d'un mineur **de quinze ans** est puni de **sept** ans d'emprisonnement et **100 000** euros d'amende.*
Le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération, des relations sexuelles de la part d'une personne présentant une particulière vulnérabilité, apparente ou connue de son auteur, due à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse est puni de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende ».

- L'article 227-27-1 deviendrait l'article 227-28-1 : « *Dans le cas où les infractions prévues par les articles 227-22, 227-23 ou 227-25 à **227-28** sont commises à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables* ».

- L'article 227-28 deviendrait l'article 227-28-2, sans modification.
- L'article 227-28-1 deviendrait l'article 227-28-3 : « *Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies aux articles 227-18 à 227-26 et **227-28** encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38, les peines prévues par les 2° à 5° et 7° à 9° de l'article 131-39.*
L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ».

- L'article 227-28-2 deviendrait l'article 227-28-47 sans modification.

- L'article 227-28-3 deviendrait l'article 227-28-5 sans modification.

663. Par ces différentes modifications, les mineurs de plus de quinze ans jouiraient d'une réelle autonomie corporelle leur permettant d'exercer plus librement leur droit d'entretenir des relations sexuelles. Les restrictions maintenues visent à prévenir des situations où le mineur peut être placé dans une situation de faiblesse et où l'intégrité de son consentement n'est pas garantie. La maturité de l'individu permettant d'harmoniser les textes relatifs aux mineurs victimes d'infractions au travers du seuil de quinze ans, la question d'une cohérence globale avec les dispositions concernant les mineurs auteurs d'infractions peut être posée.

II – Une prémajorité corporelle inadaptée aux mineurs délinquants

664. L'étude a montré l'attention particulière que le législateur porte aux mineurs délinquants. Les principes présidant à la justice pénale des mineurs imposent de prendre en compte la personnalité de l'auteur ainsi que les circonstances[1433], conduisant à une adaptation des sanctions et des mesures procédurales. La minorité n'est alors pas structurée en une voire deux étapes (mineurs et mineurs de quinze ans), mais en quatre catégories. Cette subdivision de la minorité vise à ajuster la réaction pénale, à chaque âge suffit sa peine.

665. Au niveau de la sanction pénale, cette personnalisation s'opère entre deux extrémités. D'un côté, la majorité pénale, qui sonne le glas du droit commun et qui est fixée à dix-huit ans, et d'un autre côté, la minorité pénale, seuil en deçà duquel l'individu n'est pas pénalement responsable et qui est déterminée par le discernement de l'individu, conformément à l'article 122-8 C. pén. Entre ces pôles se réalise une progression dans la réponse pénale, en fonction de l'âge du délinquant au travers de différents paliers, aboutissant à l'application du droit commun par l'avènement de la majorité. « *Ces seuils traduisent d'un point de vue juridique la construction psychique ou psychologique de la personnalité du mineur* »[1434].

666. Le premier palier, celui du discernement, permet de prononcer contre un mineur des mesures éducatives[1435] qui, conformément à la philosophie du Droit pénal des mineurs, donnent la priorité à l'éducatif sur le répressif. Ces mesures peuvent également être prononcées par le juge des enfants au titre de l'assistance éducative sur le fondement de l'article 375 C. civ. À partir de dix ans, le mineur délinquant s'expose à des sanctions éducatives. Ces sanctions visent à intensifier la réaction pénale et sont prononcées lorsque les simples mesures éducatives semblent insuffisantes aux vues de la gravité de l'infraction ou de la personnalité du délinquant. Elles se situent entre les mesures éducatives et les peines, empruntant à chacune quelques spécificités[1436].

[1433] GOUTTENOIRE Adeline, « Les principes du droit processuel relatif au mineur délinquant », *AJ pénal*, 2005, p. 49 ; « Pour une formulation des principes fondamentaux de la justice pénale des mineurs », *AJ pénal,* 2009, p. 13 ; LAZERGES Christine, « Seuils d'âge et responsabilité pénale en Europe », *RSC* 1991, p. 414.

[1434] BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. « Précis, », 2008, n° 1252, p. 704.

[1435] Article 15 de l'ordonnance du 2 février 1945.

[1436] Ainsi, comme les peines et contrairement aux mesures éducatives, les sanctions éducatives sont prononcées par le tribunal pour enfants et la cour d'assises des mineurs : articles 15-1 et 20-2 de l'ordonnance du 2 février

667. Le palier de treize ans est essentiel puisqu'il détermine le seuil d'âge à partir duquel une juridiction pour mineurs peut prononcer une peine[1437], et notamment une peine d'emprisonnement[1438]. Toutefois, les mineurs jouissent d'une atténuation légale de peine qui contraint les magistrats à ne pouvoir prononcer une peine supérieure à la moitié de celle encourue[1439].

668. Le dernier seuil, celui de seize ans, permet d'écarter l'atténuation légale de peine, laquelle n'est alors que facultative[1440]. Le législateur avec une loi du 10 août 2007[1441] a renversé le principe de l'atténuation de peine lorsque des mineurs commettent, en état de double récidive légale, soit un crime d'atteinte volontaire à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique d'une personne, soit un délit de violences volontaires, un délit d'agression sexuelle, un délit commis avec la circonstance aggravante de violences[1442]. Dans cette hypothèse les peines encourues sont celles de droit commun sauf si la juridiction concernée préfère, par décision spécialement motivée, revenir au principe de l'atténuation de peine.

669. Au niveau procédural, la même progressivité peut être observée pour les mesures de contrainte[1443]. La garde à vue est interdite pour les mineurs de treize ans. Ces derniers peuvent néanmoins, et conformément à l'article 4-I de l'ordonnance du 2 février 1945, faire l'objet d'une retenue judiciaire pendant une durée de douze heures, renouvelable une seule fois ; cette mesure restant régie par les dispositions relatives à la garde à vue comme le rappelle l'article 4-I al.2. Les mineurs de plus de treize ans peuvent faire l'objet d'une garde à vue avec une fois encore des spécificités pour les mineurs de plus de seize ans. D'une part,

---

1945. Cependant certaines sanctions éducatives ne sont pas sans rappeler les mesures éducatives comme les mesures d'aide ou de réparation et l'avertissement solennel. Il s'agit alors de ne pas confondre les deux, puisque les sanctions éducatives sont plus orientées vers la répression : voir LETURMY Laurence, « Droit pénal des mineurs : nouvelles confusions dans les sanctions éducatives », *Dr. pén.* 2007, étude n° 10.

[1437] Art. 2 de l'ordonnance du 2 février 1945

[1438] Art. 20-2 de l'ordonnance du 2 février 1945.

[1439] Art. 20-2 al. 1re de l'ordonnance du 2 février 1945.

[1440] Art. 20-2 al. 2 de l'ordonnance du 2 février 1945.

[1441] Loi n° 2007-1198 du 10 aout 2007 « renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs », JORF 11 août 2007 p. 13466.

[1442] Art. 20-2 al. 4 de l'ordonnance du 2 février 1945.

[1443] Il convient toutefois de rappeler que la Cour de cassation, à titre dérogatoire, prend en compte l'âge du délinquant au jour de la mesure et non au jour de la commission de l'infraction : Cass. crim., 25 oct. 2000, pourvoi n° 00-83253 ; la Haute juridiction estimant que « *les règles édictées par l'article 4 de l'ordonnance du 2 février 1945 visent à protéger le mineur, non pas en raison de son manque de discernement au jour des faits, mais en raison de sa vulnérabilité supposée au moment de son audition* ».

l'article 4-V de l'ordonnance du 2 février 1945, prévoit que pour des délits dont la peine encourue est inférieure à cinq ans d'emprisonnement, la garde à vue des mineurs de treize à seize ans ne peut être prolongée. D'autre part, l'article 4-III instaure un examen médical obligatoire pour les mineurs de treize à seize ans afin de déterminer leur aptitude à la mesure. Enfin, l'article 4-VII permet l'application pour les mineurs de plus de seize ans des dispositions de l'article 706-88 du C. pr. pén., c'est-à-dire la possibilité, en cas de criminalité organisée, de maintenir en garde à vue l'individu pendant soixante-douze heures.

670. Au stade de l'instruction, une structuration identique peut être observée pour le contrôle judiciaire et la détention provisoire. Selon l'article 10-2-1 de l'ordonnance du 2 février 1945 seuls les mineurs de plus de treize ans peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Puis, une fois encore, une différence s'opère selon l'âge. Pour les mineurs de treize à seize ans, la détention provisoire peut être prononcée en matière criminelle mais aussi en matière correctionnelle dans deux cas visés à l'article 10-2-III, à savoir lorsque la peine d'emprisonnement encourue est supérieure ou égale à cinq ans et si le mineur a déjà fait l'objet d'une ou plusieurs mesures éducatives, de sanctions éducatives ou d'une peine ; ou lorsque la peine d'emprisonnement encourue est supérieure ou égale à sept ans. En revanche, pour les mineurs de plus de seize ans, la mesure peut être prononcée en matière criminelle ou correctionnelle dès lors qu'il encourt une peine d'emprisonnement correctionnelle.

671. Suivant la même logique, la détention provisoire ne concerne que les mineurs de plus de treize ans comme le rappelle l'article 11 de l'ordonnance du 2 février 1945, à la condition que « *cette mesure soit indispensable* » et que les obligations du contrôle judiciaire soient insuffisantes. Puis la mesure se décline selon l'âge. Pour les mineurs de treize à seize ans, la détention provisoire est possible si l'auteur encourt une peine criminelle ou s'il s'est volontairement soustrait aux obligations d'un contrôle judiciaire prononcé conformément aux dispositions du III de l'article 10-2. En revanche pour les mineurs âgés de plus de seize ans, la possibilité de recourir à cette mesure privative de liberté est accrue, puisqu'outre les deux cas d'ouverture valables pour les mineurs de treize à seize ans, la détention provisoire peut être également prononcée si l'auteur encourt une peine correctionnelle d'emprisonnement d'une durée supérieure ou égale à trois ans. Cette dernière précision laisse une potentialité assez large au vu du nombre d'infractions qui font encourir à leur auteur une telle peine

d'emprisonnement ; le seuil des peines encourues était de sept ans avant la réforme du 9 septembre 2002[1444].

672. Il ressort de ces éléments plusieurs constats. Le premier est que les mineurs de treize ans restent globalement protégés en raison de leur jeune âge. Les mesures éducatives qui peuvent être prononcées à leur encontre relèvent plus de la prévention que de la répression. En dehors de la retenue judiciaire, ces mineurs sont exclus des mesures de contrainte.
Le deuxième constat est la contamination du Droit pénal des mineurs par le Droit commun. Cela est surtout vrai pour la catégorie des mineurs de seize à dix-huit ans, pour lesquels la diminution légale de peine est plus facilement écartée et les mesures de contrainte plus aisément prononcées.
Enfin, le dernier constat réside dans l'absence du seuil de quinze ans choisi par le législateur lorsque le mineur est victime d'infraction, qu'il s'agisse du Droit pénal substantiel ou processuel.

673. La question de l'unification des seuils peut être posée : est-il possible et souhaitable d'instaurer un seuil de quinze ans pour les mineurs délinquants ? La création d'un nouveau seuil risquant d'alourdir le système, il serait préférable d'envisager un glissement, lequel peut se faire dans deux sens différents, soit en abaissant le dernier palier de seize ans à quinze ans, soit en augmentant le seuil de treize ans à quinze ans.
Dans le premier cas, cela reviendrait à appliquer des mesures plus coercitives à des mineurs encore plus jeunes, au mépris de la spécificité qu'impose cette catégorie de délinquants. La priorité devant rester, comme l'affirme l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1945, l'éducatif et non le répressif. Par conséquent, abaisser le seuil permettant aux juridictions de juger un mineur comme un majeur serait contraire à la philosophie présidant à ce type de délinquance, rappelée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 29 août 2002[1445]. De plus, la privation de liberté doit être, comme le rappelle l'article 37 b) de la CIDE, « *une mesure de dernier ressort et être d'une durée aussi brève que possible* ». L'étude a déjà mis en exergue l'application croissante aux mineurs du droit commun au mépris des dispositions spécifiques ; l'abaissement de ce seuil de seize à quinze ans ne ferait qu'accroitre cette démarche.

[1444] Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 « d'orientation et de programmation pour la justice », JORF 10 septembre 2002, p. 14934.
[1445] Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, JORF 10 septembre 2002, p. 14953.

674. La seconde possibilité consisterait à relever le seuil de treize ans à quinze ans. L'idée est séduisante et permettrait d'éviter le prononcé de peine ou de mesure de contrainte (à l'exception de la retenue judiciaire) contre un mineur de quinze ans. Ce palier est celui qui marque l'acquisition d'une certaine maturité et partant d'une certaine capacité pénale, c'est-à-dire l'aptitude de l'individu à tirer profit de la sanction. La corrélation paraît évidente, « *la responsabilité étant la contre partie du libre-arbitre* »[1446]. Puisque les mineurs, passé quinze ans, jouissent d'un droit de disposer de leur corps leur permettant de faire leur choix, il est alors cohérent de leur reconnaître en même temps la capacité d'assumer les conséquences juridiques de leurs actes.

Cependant, les mineurs de quinze à dix-huit ans n'étant pas totalement autonomes, ils ne peuvent être totalement responsables. Les mineurs de quinze ans ne pourraient se voir prononcer que des mesures ou sanctions éducatives, et les différentes mesures de contrainte, à savoir la détention provisoire et la garde à vue, seraient par principe interdites.

Deux arguments s'opposent à ce glissement. D'une part, la trop grande proximité entre ce seuil et celui de seize ans, lequel ne peut être que difficilement supprimé. Une période intermédiaire d'un an présente peu d'intérêt. D'autre part, la délinquance actuelle serait de plus en plus précoce et violente[1447]. Aussi, il convient d'ajuster la réaction pénale, permettant également d'éviter que des majeurs utilisent trop facilement des mineurs pour commettre des infractions en sachant qu'ils ne peuvent encourir aucune peine.

675. Par conséquent, il semble que le seuil de quinze ans ne soit pas adapté au Droit pénal des mineurs bien qu'il apparaisse comme central lorsqu'il s'agit de mineurs victimes. Les divers seuils utilisés permettent de répondre à l'objectif d'adaptation de la répression à la personnalité du délinquant. Même si le choix des paliers de treize et seize ans est ancien[1448], il paraît toujours adapté à l'état actuel de la délinquance, marquant pour le premier l'entrée dans l'adolescence et pour le second un âge où la maturité est acquise. Il paraît difficile d'aboutir à une uniformisation des seuils autour de l'âge de quinze ans. Bien que les deux domaines

[1446] BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, *op. cit*., n° 1239, p. 686.

[1447] Pour une analyse plus détaillée du phénomène, voir : BLATIER Catherine, *La délinquance des mineurs. L'enfance, le psychologue, le droit*, Presses Universitaires de Grenoble, 2e éd., 2002, et notamment pp. 150 et s.

[1448] L'âge de seize ans remonte à une loi des 25 septembre - 6octobre 1791 qui fixait la majorité pénale à cet âge et celui de treize ans à une loi du 22 juillet 1912. Voir : BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 1240, pp. 688-689.

concernent la personne mineure, les logiques présidant à chacun d'eux restent différentes[1449]. Le Droit pénal vise à sanctionner un acte qui porte atteinte à la société, l'attention du législateur étant alors portée vers l'auteur de l'infraction. Dans ce cadre, le Droit pénal des mineurs jouit d'une réelle autonomie, puisqu'il est constitué « *d'un corpus de règles applicables aux mineurs délinquants, dérogatoires au droit commun, et surtout, formant un système juridique original* »[1450] ; tel n'est pas le cas pour les dispositions relatives aux mineurs victimes. Dans cette hypothèse, la multiplication des paliers durant la minorité conduirait à une superposition d'infractions qui serait nuisible à la répression en raison du manque de clarté de l'ensemble. Ce même objectif de clarté préside aujourd'hui à l'émergence d'un projet de Code de la justice pénale des mineurs[1451], mis en avant notamment par la commission présidée par le Recteur VARINARD[1452] dont le but était « *d'assurer une meilleure visibilité et lisibilité du droit pénal des mineurs* »[1453]. Ce Code, issu d'un projet remis par la protection judiciaire de la jeunesse et la direction des affaires criminelles et des grâces, propose de fixer l'âge de la responsabilité pénale à treize ans[1454], tout en maintenant la majorité pénale à dix-huit ans et un seuil intermédiaire à seize ans. Ainsi, même si le seuil de la responsabilité pénale tend à être modifié, le palier de quinze ans ne peut être intégré dans cette graduation de la réponse pénale.

676. Si l'instauration d'un seuil de quinze ans est inadaptée dans un domaine où se retrouve déjà une multitude de seuils d'âge, la question retrouve toute sa pertinence s'agissant de la santé de la personne mineure où le législateur n'a prévu à l'inverse aucun seuil d'âge pour la reconnaissance d'une autonomie corporelle.

[1449] Voir notamment : RENUCCI Jean-François, « Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », *RSC* 2000, p. 79. L'auteur aborde alternativement la situation du mineur victime puis du mineur auteur estimant qu' « *il est logique de distinguer ces deux situations car, malgré certains liens découlant du fait qu'en toute hypothèse un mineur est concerné, elles obéissent à des logiques qui ne sont pas forcément comparables. Dès lors, les intérêts en présence ne sont pas nécessairement similaires même si l'idée de protection est commune* ».

[1450] *Ibid*., n° 1238, p. 684.

[1451] LAVRIC Sabrina, « Code de la justice pénale des mineurs : les grandes lignes », *D.* 2009, p. 800.

[1452] Le rapport a été remis au garde des Sceaux le 3 décembre 2008 et détermine notamment un nouveau seuil d'âge pour la responsabilité pénale, celui de douze ans.

[1453] LAZERGES Christine, « Lecture du rapport ″Varinard″ », *RSC* 2009, p. 226. Voir également : LAVRIC Sabrina, « 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs », *D.* 2008, p. 3072 ; MOREL-FAURY Josiane, « Les propositions de réforme de l'ordonnance de 1945 sous le regard d'un avocat », *AJ pénal,* 2009, p. 16.

[1454] Les mineurs de treize ans seraient alors soumis à un régime civil spécial : voir LAVRIC Sabrina, « Code de la justice pénale des mineurs : les grandes lignes », art. préc.

Section 2 : Une prémajorité corporelle en matière médicale

677. En 1983, le Conseil d'État[1455] a estimé que « *la tendance actuelle en droit médical est de reconnaître au mineur une capacité civile « sanitaire » plus étendue que celle que lui assigne le droit commun* ». Cette tendance s'est par la suite poursuivie en interagissant sur les autres branches du droit et notamment le Droit pénal. Les soins apportés aux individus peuvent relever du Droit pénal pour l'atteinte à l'intégrité corporelle qu'ils portent au titre des violences volontaires par exemple, entraînant la poursuite des professionnels de santé. Cependant, ces actes peuvent être autorisés en raison soit d'un fait justificatif spécial, l'autorisation de porter atteinte au corps découlant directement d'une loi spéciale[1456], soit d'un fait justificatif général organisé par le Code pénal[1457]. Pour la pratique de la médecine au sens large, c'est-à-dire non seulement les médecins mais également les professionnels paramédicaux, la justification trouve son fondement dans la permission implicite de la loi. Pour que ce fait justificatif soit effectif, permettant de rendre licite l'acte, quatre conditions sont cumulativement nécessaires[1458] dont le consentement du patient ; bien que ce dernier ne permette pas à lui seul de justifier l'acte[1459].
La capacité à consentir relève du Droit civil mais constitue également une partie d'un fait justificatif en matière pénale, de sorte que les deux éléments sont liés.

678. Le Droit de la santé est un terrain privilégié pour l'analyse des droits des personnes mineures et notamment des prérogatives liées à leur le corps. Bien que la règle demeure celle de l'autorité parentale en la matière, le mineur étant juridiquement incapable de consentir, le Droit de la santé , durant ces dernières années, a fait de la personne mineure un véritable patient, autonome. Au travers notamment de la loi du 4 mars 2002[1460], le mineur se voit

[1455] CE, 18 mars 1983, *JCP G* 1983, II, 20111, note AUBY Jean-Bernard.
[1456] Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, JORF 18 janvier 1975, p. 739 ; loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 « relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception », JORF 7 juillet 2001, p. 10823. Cette dernière loi permet la stérilisation à visée contraceptive des majeurs. Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 « relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales », JORF 22 décembre 1988, p. 16032.
[1457] Le Code pénal prévoit quatre faits justificatifs généraux qui sont l'état de nécessité (art. 122-2), l'ordre ou la permission de la loi (art. 122-4 al. 1er), le commandement de l'autorité légitime (art. 122-4 al. 2) et la légitime défense (art. 122-5 al. 1er).
[1458] Pour une analyse plus détaillée voir : PY Bruno, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse dactylographiée, Nancy, 1993.
[1459] Pour une analyse complète du rôle du consentement en matière pénale : PIN Xavier, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, coll. « Bibliothèque sciences criminelles », 2002.
[1460] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 « relative aux droits des malades et à la qualité des systèmes de santé », JORF 5 mars 2002, p. 4118.

reconnaître, d'un point de vue général, un droit à l'information[1461], un droit au secret et partant la capacité de consentir seul aux actes médicaux sur son corps[1462].

679. L'étude a permis de mettre en exergue une réelle autonomie sur son corps pour la personne mineure et ce quel que soit son âge, tendant à inverser le principe de son incapacité juridique. Son autonomie décisionnelle n'est cependant pas absolue et semble être limitée par l'intérêt du patient mineur. Dans ce cadre, la maturité du mineur de plus de quinze ans conduit l'individu à disposer des aptitudes nécessaires à la détermination des choix qui sont dans son intérêt. Il convient alors de s'évertuer à concilier ces éléments, à savoir d'un côté l'autonomie corporelle du mineur mature et d'un autre côté l'appréciation de l'intérêt de la personne mineure.

680. Il ressort de l'analyse des dispositions légales et réglementaires en vigueur trois catégories d'actes, entraînant une variation dans la valeur de la volonté du mineur. En fonction de la nature de l'acte réalisé, le législateur met en place des solutions opposées. Dans certains cas, le mineur va pouvoir agir seul, en dehors de l'autorité parentale, son seul consentement étant pris en compte pour justifier l'atteinte portée à son corps (§1). Dans d'autres cas son avis lui sera simplement demandé, la décision appartenant toujours aux titulaires de l'autorité parentale (§2). Entre ces deux extrêmes, la loi prévoit également des hypothèses où le mineur ne jouit que d'une volonté négative détachée de son consentement, c'est-à-dire le droit de s'opposer à l'acte au travers d'un droit de véto (§3). En l'état actuel de la législation, « *les dispositions relatives au consentement en matière médicale sont déclinées pour les personnes mineures et les incapables majeures d'une manière assez complexe et peu cohérente* »[1463]. Le concept de prémajorité corporelle propose de palier ses lacunes afin de rendre l'ensemble des prescriptions légales et réglementaires homogènes permettant une lecture plus simple.

I – Les actes pour lesquels le mineur dispose d'une capacité décisionnelle autonome non limitée

681. Dans différentes hypothèses, le législateur a reconnu aux personnes mineures la capacité d'autoriser seules les actes médicaux réalisés sur elles. Il s'agit d'une part des actes

[1461] Art. L. 1111-2 C. santé publ.
[1462] Art. L. 1111-5 C. santé publ.
[1463] DREIFFUS-NETTER Frédérique, « Le droit d'opposition en droit des personnes », *LPA* 2007, n° 68, p. 35.

qui se trouvent aux confins de la santé et de la sexualité et d'autre part ceux qui sont purement thérapeutiques et qui s'imposent, comme l'indique l'article L. 1111-5 C. santé publ., pour « *sauvegarder la santé* » de la personne mineure. Dans ces deux situations, le législateur n'a pas fixé de seuil d'âge minimum à partir duquel l'individu acquiert cette capacité décisionnelle, cette autonomie quant aux actes médicaux accomplis sur son corps.

Si pour les premiers, un seuil naturel paraît s'imposer, celui de la puberté, pour les seconds tous les mineurs sont concernés, quel que soit leur âge. Or, l'étude a également permis de mettre en avant le caractère évolutif de la minorité et l'acquisition progressive d'une maturité physique et psychologique conduisant à adapter la législation afin de ne pas traiter juridiquement à l'identique un mineur âgé de dix ans et un autre de seize ans. Cela constitue pourtant la solution à laquelle aboutissent les dispositions en matière de santé des mineurs, en inversant totalement le principe d'incapacité des personnes mineures. Aussi, il conviendrait de modifier divers textes et d'adapter les dispositions légales, qu'il s'agisse des actes médicaux visant à sauvegarder la santé de l'enfant (A), de l'interruption volontaire de grossesse (B) ou encore de l'accouchement (C).

A- Des actes médicaux visant à sauvegarder la santé de l'enfant

682. S'agissant des actes relatifs à la santé visés à l'article L. 1111-5 C. santé publ., il conviendrait de restreindre cette possibilité d'agir en dehors de l'autorité parentale aux seules personnes mineures matures. Le seuil de quinze ans paraît alors être le plus adapté, désignant le mineur non plus comme un enfant mais un adolescent. Ce choix serait en adéquation avec les dispositions pénales encadrant notamment la sexualité des mineurs et les dispositions concernant sa santé.

Les mineurs de quinze ans ne seraient pas pour autant démunis de l'exercice de prérogatives sur leur corps puisque le recours à la notion d'acte de la vie courante[1464], visée aux articles 389-3 et 408 C. Civ., leur permettrait d'agir sur la base de leur seul consentement. La minorité de quinze ans conduit cependant à laisser prioritairement aux titulaires de l'autorité parentale le soin d'apprécier ce qui relève de l'intérêt du mineur.

683. Il se dessinerait alors une graduation dans la valeur du consentement, traduisant une autonomie progressivement acquise. Pour les mineurs de quinze ans, le principe serait toujours celui de l'autorité parentale concernant les actes médicaux graves. Pour les actes

[1464] MONTANIER Jean Claude, « Les actes de la vie courante en matière d'incapacité », *JCP G* 1982, I, 3076.

médicaux bénins, le mineur pourrait agir seul, comme par exemple pour une consultation de médecine générale, une séance de kinésithérapie ou des soins dentaires basiques. En revanche, les mineurs de plus de quinze ans pourraient agir seuls dans le cadre de l'article L. 1111-5 C. santé publ., c'est-à-dire pour tous les actes qui « *s'imposent pour sauvegarder la santé* », y compris les actes graves. Le mineur de plus de quinze ans a acquis une maturité psychologique ce qui lui permet d'apprécier seul si le soin ou le traitement relève de son intérêt. Les exclusions jouant traditionnellement en la matière et visant surtout la pratique de la chirurgie esthétique, seraient maintenues.

684. Par conséquent, les mineurs non discernants ne pourraient agir seuls, puis les mineurs de quinze ans pourraient, en fonction de leur degré de maturité, accomplir les actes bénins conformément aux usages et enfin les mineurs de plus de quinze ans consentiraient seuls à tous les actes qui visent à sauvegarder leur santé. Le recours à une personne majeure de leur choix ne serait plus nécessaire, d'autant que l'étude a permis de montrer que cette dernière ne joue aucun rôle juridique et que son absence ne remet pas en cause la validité de l'acte médical accompli.

685. Pour cela, il conviendrait de modifier l'article L. 1111-5 C. santé publ. pour introduire le seuil de quinze ans. De même, et afin que la mesure soit totalement efficace, il conviendrait pour les mineurs en rupture familiale d'abaisser le seuil d'âge, de seize à quinze ans, permettant de bénéficier à titre personnel du remboursement des prestations en nature de l'assurance maladie et maternité. Pour les mineurs de plus de quinze ans qui ne se trouvent pas dans cette situation, il serait préférable pour garantir le droit au secret instauré par l'article L. 1111-5 C. santé publ. que le décompte des soins soit conservé par les organismes et non transféré aux parents.

686. Aussi, d'une part, l'article L. 1111-5 C. santé publ. pourrait être rédigé comme suit :
« *Par dérogation à l'article 371-2 du code civil, le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure* ***âgée d'au moins quinze ans****, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé. Toutefois, le médecin doit dans un premier temps s'efforcer*

d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation. Dans le cas où le mineur maintient son opposition, le médecin peut mettre en œuvre le traitement ou l'intervention.
Lorsqu'une personne mineure, dont les liens de famille sont rompus, bénéficie à titre personnel du remboursement des prestations en nature de l'assurance maladie et maternité et de la couverture complémentaire mise en place par la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, son seul consentement est requis ».

687. D'autre part, l'article L. 861-1 dernier aliéna CSS pourrait être modifié comme suit :
« *Les personnes mineures ayant atteint l'âge de* ***quinze*** *ans, dont les liens familiaux sont rompus, peuvent bénéficier à titre personnel, à leur demande, sur décision de l'autorité administrative, de la protection complémentaire dans les conditions définies à l'article L. 861-3. Une action en récupération peut être exercée par l'organisme prestataire à l'encontre des parents du mineur bénéficiaire lorsque ceux-ci disposent de ressources supérieures au plafond mentionné au premier alinéa* ».
Une organisation similaire des actes consentis par le patient mineur peut se retrouver en matière d'interruption volontaire de grossesse.

B- De l'interruption de grossesse des mineures

688. Pour les actes médicaux liés à la sexualité, le législateur n'a pas non plus fixé de seuil d'âge. Toutefois, contrairement aux dispositions précédentes, les actes qui peuvent être accomplis dans ce cadre, se heurtent à un seuil naturel : la puberté. Qu'il s'agisse d'avortement ou d'accouchement, toutes les personnes mineures ne sont pas concernées. Aussi, la création d'une prémajorité médicale, dont le seuil serait fixé à quinze ans, conduirait à restreindre les droits des mineures et opérerait un retour en arrière. Les anciens conflits entre les titulaires de l'autorité parentale et les mineures pour maintenir la grossesse ou recourir à une interruption de grossesse resurgiraient avec en leurs seins, les mêmes dérives[1465].
Par conséquent le seuil de quinze ans ne peut pas être utilisé dans une logique binaire, c'est-à-dire déterminer l'accession à cette prérogative. Toute mineure enceinte, en vertu du droit de disposer de son corps, doit seule choisir de mener sa grossesse à terme ou non. Afin d'adapter

[1465] DUVAL-ARNOULD Domitille et DUVAL-ARNOULD Marc, *Droit et santé de l'enfant*, op. cit., p. 209 ; DUVAL-ARNOULD Domitille, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, th. préc., p. 149 ; du même auteur, « Minorité et interruption volontaire de grossesse », *D.* 1999, p. 471 ; ESCHYLLE Jean-Florian, « Le juge de l'assistance éducative et l'IVG des mineures célibataires », *RDSS* 1997, p. 639 ; HARDOUIN Michel, « Grossesse et liberté de la femme », *Dr. soc.* 1977, p. 287 ; JE Evry, 8 nov. 1982, *D.* 1982, p. 218, note RAYNAUD Pierre.

la législation à la maturité de l'individu, le seuil pourrait déterminer une variation, non dans la décision, mais dans le processus de décision.

689. En matière d'interruption volontaire de grossesse, un accompagnement de la personne mineure est prévu au travers de deux entretiens encadrant l'acte, un avant pour lui apporter « *une assistance ou des conseils appropriés à* [sa] *situation* »[1466] et l'autre après « *ayant notamment pour but une nouvelle information sur la contraception* »[1467]. Ces deux consultations permettent d'accompagner la mineure dans sa démarche devant un acte aussi important. En l'état actuel de la législation, il est également prévu que la personne mineure soit accompagnée d'une personne majeure de son choix lorsqu'elle décide d'agir seule. Au vue de la faible implication légale de cette personne, qui peut être n'importe quelle personne majeure, et qui sera bien souvent un professionnel de santé de l'établissement dans lequel l'acte sera réalisé (sage-femme, médecin, infirmier), il conviendrait de le maintenir uniquement pour les mineures de quinze ans tout en renforçant leur rôle. L'introduction d'une prémajorité médicale à quinze ans permettrait aux mineures de plus de quinze ans d'agir totalement seules et à celles de quinze ans d'agir seules mais avec la présence d'un tiers, lequel serait extérieur aux personnels de l'établissement accueillant les patientes. Ce tiers accompagnateur serait soit choisi parmi l'entourage de la mineure, soit parmi des professionnels de l'enfance (assistance sociale, éducateur spécialisé notamment), induisant nécessairement un dialogue avec la mineure.

690. Aussi, les articles suivants seraient modifiés comme suit :

- Article L. 2212-4 C. santé publ. : « *Il est systématiquement proposé, avant et après l'interruption volontaire de grossesse, à la femme majeure une consultation avec une personne ayant satisfait à une formation qualifiante en conseil conjugal ou toute autre personne qualifiée dans un établissement d'information, de consultation ou de conseil familial, un centre de planification ou d'éducation familiale, un service social ou un autre organisme agréé. Cette consultation préalable comporte un entretien particulier au cours duquel une assistance ou des conseils appropriés à la situation de l'intéressée lui sont apportés.*

Pour la femme mineure non émancipée, cette consultation préalable est obligatoire et l'organisme concerné doit lui délivrer une attestation de consultation. Si ***la personne mineure***

[1466] Art. L. 2212-4 C. santé publ.
[1467] Art. L. 2212-7 C. santé publ.

de quinze ans *exprime le désir de garder le secret à l'égard des titulaires de l'autorité parentale ou de son représentant légal, elle doit être conseillée sur le choix de la personne majeure mentionnée à l'article L. 2212-7 susceptible de l'accompagner dans sa démarche.*
Les personnels des organismes mentionnés au premier alinéa sont soumis aux dispositions des articles 226-13 et 226-14 du code pénal.
Chaque fois que cela est possible, le couple participe à la consultation et à la décision à prendre ».

- Article L. 2212-7 al. 3 C. santé publ. : « *Si la mineure ne veut pas effectuer cette démarche ou si le consentement n'est pas obtenu, l'interruption volontaire de grossesse ainsi que les actes médicaux et les soins qui lui sont liés peuvent être pratiqués à la demande de l'intéressée, présentés dans les conditions prévues au premier alinéa. Dans ce cas, la mineure se fait accompagner dans sa démarche par la personne majeure de son choix,* ***laquelle doit être choisie soit dans l'entourage de la mineure soit parmi des professionnels de l'enfance*** ».

691. Ces dispositions pourraient également s'appliquer en matière d'interruption de grossesse pour motif médical. Bien que rien ne soit précisé concernant les mineures, il conviendrait afin d'éviter toute ambiguïté de modifier l'article L. 2213-2 c. santé publ. comme suit :
« *Les dispositions des articles L. 2212-2,* ***L. 2212-4, L. 2212-7*** *et L. 2212-8 à L. 2212-10 sont applicables à l'interruption volontaire de la grossesse pratiquée pour motif médical* ».

692. Dans un souci de parallélisme, les mesures entourant la poursuite de la grossesse devraient être similaires à celles permettant d'y mettre fin.

C- De l'accouchement des mineures

693. Si la mineure décide de poursuivre sa grossesse, les actes réalisés au cours de celle-ci et surtout l'accouchement rentrent dans le cadre du droit commun et notamment des dispositions relatives aux mineurs contenues à l'article L. 1111-5 C. santé publ. Par conséquent, cela renvoie à l'application du seuil de quinze ans et à la prémajorité médicale. Les mineures de plus de quinze ans pourraient réaliser chaque acte sur la base de leur seul consentement et celles de moins de quinze ans devraient solliciter le consentement des

titulaires de l'autorité parentale. Cependant, les actes de suivi de grossesse pourraient rentrer dans le cadre des actes usuels, s'agissant de simples consultations médicales. Pour l'accouchement, dans la mesure où l'acte pourrait devenir chirurgical, le caractère bénin disparaît et le consentement parental serait à nouveau exigé. En cas de refus des titulaires de l'autorité parentale, le médecin pourrait néanmoins délivrer, sur la base soit de l'urgence soit du danger[1468], les soins nécessaires et procéder à l'accouchement.

694. Concernant le cas particulier de l'accouchement sous X, le seuil de quinze ans se révèle inefficace puisque par essence les professionnels de santé ne connaissent pas l'âge de la patiente, et que l'article L. 222-6 CASF précise qu'aucune pièce d'identité n'est exigée.
Par conséquent, les modifications proposées dans le cadre « *des actes médicaux visant à sauvegarder la santé de l'enfant* » paraissent suffisantes pour garantir l'effectivité de l'autonomie corporelle des mineures de plus de quinze ans en matière d'accouchement non dissimulé.

695. Au final, il apparaît que la transposition d'une prémajorité corporelle fixée à quinze ans dans des situations où le législateur n'avait pas fixé de seuil d'âge ne conduit pas nécessairement à restreindre les droits des personnes mineures. Ces dernières gardent leurs prérogatives, les aménagements apportés permettant uniquement de mieux accompagner les patientes tout en confortant l'autonomie qu'elles ont conquis en la matière. En revanche, dans d'autres situations où cette autonomie est déniée aux mineurs, l'établissement d'une prémajorité pourrait réellement jouer un rôle « émancipateur ».

II – Les cas où la capacité décisionnelle du mineur est niée

696. Le législateur permet aux mineurs de consentir seuls aux actes médicaux visant à sauvegarder leur santé dans la mesure où ces décisions, positives puisqu'elles concernent l'acceptation de soins, sont dans leur intérêt. À l'inverse, lorsque ces décisions semblent contraires à leur intérêt, cette capacité leur est retirée et s'opère un retour au droit commun et au principe du consentement des titulaires de l'autorité parentale pour justifier l'acte médical.

[1468] L'article L. 1111-4 al. 6 C. santé publ. précise que « *Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables* ».

Cela est notamment le cas dans les hypothèses non seulement de refus de soins, mais aussi et plus spécifiquement de la fin de vie.

697. L'étude a montré que l'ensemble normatif permettant aux mineurs d'avoir une autonomie en matière sanitaire n'était pas adapté au refus de soins. Si un mineur peut accepter seul des soins, il ne peut les refuser qu'avec l'accord des titulaires de l'autorité parentale, le refus étant présumé contraire à son intérêt. Or, octroyer la possibilité à la personne mineure de consentir seule à l'acte, c'est lui reconnaître la maturité suffisante pour apprécier ce qui relève de son intérêt. La réticence du législateur à reconnaître cette autonomie en matière de refus de soins pouvait notamment trouver sa raison d'être dans l'absence de seuil d'âge conduisant tout mineur à pouvoir refuser. Une telle position ne serait pas concevable, nombre d'enfants refuseraient les piqûres et autres actes invasifs sans avoir réellement conscience des conséquences, faute de maturité suffisante.

698. Aussi, la mise en place d'une prémajorité médicale à quinze ans permettrait non seulement de limiter le champ d'application du refus de soins des mineurs, mais aussi d'harmoniser les règles applicables. Un mineur de plus de quinze ans serait suffisamment mature pour autoriser seul les soins ainsi que pour les refuser, puisqu'il aurait la capacité d'apprécier les conséquences de ce refus. À l'image des mesures applicables aux personnes majeures, ce refus trouverait sa limite dans le péril vital imminent, c'est-à-dire la situation d'urgence, qui permet au médecin d'agir sans le consentement du patient[1469]. Même en dehors de ces situations de péril, les parents pourraient saisir le juge des enfants sur la base d'un danger pour la santé du mineur encouru en raison de son refus. Pour les mineurs de quinze ans, le refus de soins, tout comme le consentement aux soins reviendraie,t aux titulaires de l'autorité parentale, tout en associant le mineur en fonction de sa maturité.

699. Aussi l'article L. 1111-4 al. 2 C. santé publ. pourrait être complété comme suit :
« *Le médecin doit respecter la volonté de la personne**, majeure ou mineure d'au moins quinze ans,** après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire*

[1469] VIALLA François, « Responsabilité : refus transfusionnel », *D.* 2007, p. 1848 ; HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Kant contre Jéhovah ? Refus de soin et dignité de la personne humaine », *D.* 2004, p. 3154. Pour une illustration voir : CE, 16 août 2002, requête n° 249552, *JCP G* 2002, p. 2125, note MISTRETTA Patrick.

appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10 ».

Ainsi que l'alinéa 6 :
« *Le consentement du mineur* ***de quinze ans*** *ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables* ».

700. La mise en place d'une prémajorité médicale à quinze ans aurait un effet identique pour le refus de soins en fin de vie. En l'état actuel des dispositions légales, l'étude a montré que le consentement du mineur était véritablement nié en la matière, notamment en raison des enjeux et de l'issue de la situation : la mort. Un mineur en fin de vie, quel que soit son âge, ne peut pas refuser des soins[1470], ni rédiger des directives anticipées[1471], ni encore désigner une personne de confiance[1472]. Ce sont donc les titulaires de l'autorité parentale qui décident, que le mineur soit conscient ou non. Même si les parents sont les protecteurs naturels de leur enfant, et qu'ils exercent l'autorité parentale dans l'intérêt de ce dernier[1473], de telles dispositions confinent à nier les droits reconnus aux mineurs sur leur corps dans le domaine de la santé. Pourquoi empêcher un mineur âgé de seize ans, atteint d'une maladie grave et incurable, de choisir les modalités de sa fin de vie ? Une fois encore tout est une question de degré, puisque ce droit ne peut être reconnu à un mineur âgé de dix ans contre l'avis de ses parents, mais la même remarque est différente pour un adolescent de dix-sept ans. Aussi, le recours à une majorité sanitaire anticipée à quinze ans permettrait aux mineurs de plus de quinze ans, en raison de leur maturité, de décider seuls et de faire valoir leur consentement, même contre celui de leurs parents[1474].

[1470] Art. L. 1111-4 C. santé publ.
[1471] Art. L. 1111-11 C. santé publ. qui rappelle que « *toute personne majeure peut rédiger des dérives anticipées* ».
[1472] Art. L. 1111-6 C. santé publ. qui précise que « *toute personne majeure peut désigner une personne de confiance* ».
[1473] Art. 371-1 al. 1er C. civ. : « *L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* ».
[1474] En ce sens voir : CORPART Isabelle, « Nouvelle loi sur la fin de vie : début d'un changement – Commentaire de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie »,

701. Il conviendrait alors de modifier les articles suivants afin de rendre effectif l'exercice des prérogatives reconnues aux mineurs de plus de quinze ans :
- Article L. 1110-10 al. 1re C. santé publ. : « *Lorsqu'une personne, **majeure ou mineure d'au moins quinze ans,** en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical* ».

702. - Article L. 1111-11 al. 1re C. santé publ. : « *Toute personne majeure**, ou mineure de plus de quinze ans,** peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment* ».
Ces directives anticipées étant valables trois ans, elles devront être renouvelées à la majorité du patient.

703. La personne mineure acquiert à partir de quinze ans une autonomie corporelle qui lui permet de consentir seul aux actes médicaux portant atteinte à son corps (ou de refuser ces derniers), et de rendre licite l'acte accompli. Cette prémajorité joue pour tous les actes médicaux, qu'ils soient thérapeutiques ou non. Mais dans chaque cas, la mesure est guidée par l'intérêt de l'enfant. Une telle majorité peut-elle également s'appliquer lorsque l'acte médical envisagé ne présente pas de bénéfice pour le mineur ?

III – Les actes médicaux pour lesquels le mineur dispose d'un droit d'opposition

704. S'agissant d'actes médicaux sans but thérapeutique direct pour le patient, le fait justificatif implicite tiré de l'exercice de la médecine ne permet plus de rendre licite l'atteinte portée à l'intégrité physique de l'individu. Aussi, le législateur est intervenu pour chaque acte en légiférant afin de justifier, sur le fondement de la permission de la loi et de l'article 122-4 C. pén., les actes médicaux en question. À l'instar de la loi du 17 janvier 1975[1475] relative à

Dr. Famille 2005, étude 14 ; BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 1125, p. 597.
[1475] Loi n° 76-17 du 17 janvier 1975 « relative à l'interruption volontaire de grossesse », JORF 18 janvier 1975, p. 739.

l'interruption volontaire de grossesse, le législateur est intervenu notamment pour autoriser la recherche biomédicale avec la loi du 20 décembre 1988[1476].

705. Pour ces divers actes ne présentant pas de bénéfice thérapeutique pour le patient, il est possible de relever une constante concernant la situation des mineurs : le législateur autorise de façon exceptionnelle le recours aux personnes mineures en leur conférant non pas un consentement, positif ou négatif, mais un droit d'opposition, c'est-à-dire l'expression d'une volonté détachée du consentement, la possibilité de refuser l'acte. « *L'opposition est l'expression d'un refus, ultime expression de l'autonomie conservée en dépit de l'incapacité* »[1477], mais elle ne constitue par pour autant un droit de refus[1478]. Ce droit d'opposition du mineur se retrouve dans les diverses hypothèses de don d'élément ou de produit du corps humain (A) ainsi qu'en matière de recherche biomédicale (B). En la matière, les interdits sont tempérés et la participation du mineur limitée. Quel impact aurait une prémajorité médicale fixée à quinze ans pour ces actes ? L'établissement d'une telle mesure serait-elle un atout pour l'affirmation d'une autonomie corporelle pour les mineurs de plus de quinze ans ?

A- De la participation des mineurs au don d'organe, de moelle osseuse ou de sang

706. Bien qu'il s'agisse dans les trois cas d'un don de produit ou d'élément du corps humain, le législateur a mis en place des mesures différentes selon l'élément objet du don et la gravité de l'atteinte. Si les mineurs sont totalement exclus du don d'organe, ils peuvent néanmoins donner leur moelle osseuse dans des conditions limitées ainsi que leur sang selon des modalités plus souples.

707. En matière de don d'organe, même si l'article L. 1231-2 C. santé publ. rappelle qu' « *aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure* », cela est limité au don *in vivo*. Pour le don *post mortem*, les règles sont différentes. Le Droit français, en matière de don d'organe, est basé sur une présomption de consentement de chaque personne en raison du principe de solidarité. Les personnes ne

[1476] Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 « relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales », JORF 22 décembre 1988, p. 16032.
[1477] DREIFFUS-NETTER Frédérique, « Le droit d'opposition en droit des personnes », *LPA* 2007, n° 68, p. 35.
[1478] « *À la différence du patient qui peut refuser les soins mais également y consentir, l'opposant est simplement en droit de faire barrage à l'acte visé ; le droit ne se soucie guère de son consentement* » : ZAGURY Victor, *Regards sur le droit d'opposition : contribution à l'étude de la volonté en droit privé*, thèse dactylographiée, Paris X, 2009, n° 314, p. 230.

souhaitant pas être donneurs doivent s'inscrire sur le registre national automatisé des refus comme le précise l'article L. 1231-1 al. 2 C. santé publ., y compris les personnes mineures, à partir de treize ans, conformément à l'article R. 1232-6 C. santé publ. La différence entre les deux mesures, don *in vivo* et don *post mortem*, semble notamment résider dans la nécessité de garantir aux mineurs la meilleure croissance et de protéger leur santé.

Toutefois, cette disposition conduit à reconnaître aux mineurs de plus de treize ans la capacité de décider du devenir de leur corps après leur mort et donc la maturité psychologique inhérente à un tel choix. Pourquoi ne pas leur reconnaître corrélativement la même capacité de leur vivant ? Afin de leur garantir un bon développement physique, il serait préférable que cette possibilité leur soit offerte non pas à treize ans mais à quinze ans, âge auquel le corps a acquis une maturité physique.

Cependant, même si le principe de cohérence le commande, il ne serait pas nécessaire de modifier le seuil d'âge à partir duquel un mineur peut s'inscrire sur le registre des refus. En effet, d'une part les considérations présidant à la fixation de l'âge de quinze ans ne se retrouvent pas ici puisque le prélèvement a lieu *post mortem* et d'autre part la pénurie d'organes est telle qu'il serait délicat de faire reculer l'âge des personnes pouvant être donneurs.

708. Aussi, pour qu'une telle mesure soit applicable, l'article L. 1231-2 C. santé publ. devrait être modifié comme suit :

« *Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante* ***mineure de quinze ans*** *ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale* ».

709. S'agissant de la reconnaissance de l'aptitude des mineurs à prendre les décisions concernant leur corps, seul le consentement de ces derniers serait nécessaire. Cependant, dans un but de protection des donneurs mineurs, une procédure particulière devrait être mise en place afin de garantir un consentement libre et éclairé sur l'acte et ses conséquences. Le don d'organe ne pourrait alors intervenir que dans les carcans dressés par le Droit commun par les articles L. 1231-1 et 1231-3 c. santé publ. Le schéma sera principalement calqué sur celui des personnes majeures avec quelques aménagements. D'une part, le consentement du donneur mineur devrait être exprimé devant le Président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, lequel consentement serait révocable sans forme et à tout moment. D'autre part, le prélèvement serait conditionné par l'autorisation donnée par un comité d'experts

composé de deux médecins, d'une personne qualifiée dans le domaine des sciences humaines et sociales, d'une personne qualifiée dans le domaine de la psychologie de l'enfant et d'un pédiatre ; le mineur devrait être obligatoirement entendu par ledit comité d'experts.
Enfin, la mesure devrait être l'ultime solution, intervenant en l'absence d'autre donneur compatible et de solution thérapeutique.

710. Ainsi, serait modifié l'article L. 1231-1 C. santé publ. avec l'introduction d'un alinéa 2 rédigé comme suit :
« ***Le prélèvement d'organes sur une personne vivante mineure d'au moins quinze ans, qui en fait le don, ne peut être réalisé que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur, en l'absence d'autre donneur compatible et d'autre solution thérapeutique*** ».

De même, l'article L. 1231-3 C. santé publ. serait complété par les précisions suivantes :
« *Lorsqu'il se prononce sur les prélèvements sur personne mineure mentionnés à l'article L. 1241-3 et* ***L. 1231-1****, il comporte une personne qualifiée dans le domaine de la psychologie de l'enfant et un pédiatre.* ***L'audition du mineur est obligatoire lorsqu'il est âgé d'au moins quinze ans*** ».

711. La procédure serait identique pour le don d'organe et le don de moelle osseuse. Dans ce dernier cas, l'état actuel du droit permet déjà au mineur d'être donneur comme le dispose l'article L. 1241-3 C. santé publ. Cette possibilité doit rester exceptionnelle et n'intervenir qu'« *en l'absence d'autre solution thérapeutique* » comme le précise le texte. Cette participation se justifie notamment par le fait que les cellules hématopoïétiques, objets du don, se régénèrent automatiquement et une fois encore par la solidarité qui préside à de tels actes.

712. Les textes ne prévoient aucun seuil d'âge minimum pour le donneur. Le consentement à l'acte est donné par les titulaires de l'autorité parentale, il doit être obligatoirement conjoint et exprimé devant le président du Tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui. La procédure est identique à celle que l'étude propose de mettre en place pour le don d'organes à l'exception près que l'audition du mineur devant le comité d'experts n'est pas obligatoire mais fonction de son degré de maturité et de son âge comme le rappelle l'article

R. 1241-18 C. santé publ[1479]. Par conséquent, une fois que le mineur aura atteint la maturité suffisante, il pourra refuser le prélèvement et faire échec à l'acte. La maturité étant un critère mou, le recours à une prémajorité en la matière serait gage d'une meilleure sécurité pour les professionnels de santé qui interviennent dans ce cadre et d'une audition obligatoire du mineur lui garantissant l'exercice effectif de son droit d'opposition.

Puisqu'il disposerait de la maturité suffisante pour s'opposer à l'acte, pourquoi ne pas lui reconnaître corrélativement la possibilité d'émettre un consentement positif, lequel serait valable même en présence d'un refus parental ? L'établissement d'une prémajorité fixée à quinze ans permettrait aux mineurs ayant atteint cet âge de consentir seul à un prélèvement de moelle osseuse, tout en suivant la procédure légale déjà en place mais en rendant son audition par le comité d'experts obligatoire.

Les dispositions actuelles resteraient en revanche applicables pour les mineurs de quinze ans, qui auraient toujours le cas échéant un droit de veto leur permettant de refuser l'acte.

Aussi l'article L. 1241-3 al. 3 pourrait être modifié comme suit :

« *Dans tous les cas, ce prélèvement ne peut être pratiqué que sous réserve du consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal du mineur ou* ***du mineur lui-même s'il est âgé d'au moins quinze ans*** *informés des risques encourus et des conséquences éventuelles du prélèvement par le praticien qui a posé l'indication de greffe ou par tout autre praticien de leur choix. Le consentement est exprimé devant le président du Tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment* ».

713. Afin d'éviter toute contradiction avec l'article L. 1231-3 nouveau, l'article R. 1241-18 C. santé publ. serait également modifié dans son aliéna 2 :

« *Le comité d'experts entend le mineur si son âge et son degré de maturité le permettent.* ***À partir des quinze ans du mineur, le comité doit procéder à son audition****. Il s'assure qu'il n'existe de la part du mineur apte à exprimer sa volonté aucun refus du prélèvement. Il se prononce sur le prélèvement dans les conditions prévues aux articles R. 1231-8 et R. 1231-9.*

[1479] Article R. 1241-18 al. 2 C. santé publ. : « *Le comité d'expert entend le mineur si son âge et son degré de maturité le permettent* ».

Il demande au médecin qui a posé l'indication de greffe d'apporter la preuve que tous les moyens ont été mis en oeuvre pour trouver un donneur majeur compatible avec le receveur ».

714. Enfin, dans un objectif de cohérence globale de la législation relative au mineur donneur, il conviendrait de modifier les règles relatives au don du sang. L'article L. 1221-5 C. santé publ. autorise le prélèvement de sang sur mineurs dans un but thérapeutique pour autrui en cas d'urgence thérapeutique ou en l'absence de donneur majeur immunologiquement compatible. L'acte étant moins attentatoire à l'intégrité corporelle de l'individu et d'une faible gravité la procédure permettant d'y recourir est simplifiée. Elle réside d'une part dans un consentement positif écrit de chacun des titulaires de l'autorité parentale et d'autre part dans l'absence d'opposition du mineur. Une fois encore, la maturité des mineurs de plus de quinze ans devrait leur permettre de consentir seul à de tels actes.

715. La mise en place de la prémajorité corporelle à quinze ans permettrait ici aux mineurs d'agir seuls. Avant l'avènement de cet âge, l'acte resterait soumis au consentement des titulaires de l'autorité parentale. Afin de maintenir une certaine protection, il serait préférable comme pour les autres hypothèses de dons de limiter le recours à cette mesure en *ultima ratio*. Par conséquent, il conviendrait de modifier l'article L. 1221-5 al. 3 C. santé publ. comme suit :
« *Le prélèvement peut alors être opéré* ***pour les mineurs de quinze ans*** *qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale y consente par écrit.* ***Pour les autres mineurs, leur seul consentement permet d'opérer le prélèvement*** ».

716. Il ressort de l'ensemble de ces propositions en matière de don, qu'il s'agisse d'organe, de moelle osseuse ou de sang, une progressivité dans le traitement de la personne mineure. Le principe reste celui de l'incapacité du mineur à consentir, et partant, à autoriser l'atteinte réalisée sur son corps. La protection de sa faiblesse physique et de son immaturité psychologique justifie le recours au consentement des titulaires de l'autorité parentale ; ces derniers sont alors les seuls décideurs. Puis, une fois que le mineur dispose d'une maturité suffisante, il acquiert la possibilité de s'opposer à l'acte. Le consentement parental est nécessaire mais plus suffisant. Ensuite, les mineurs atteignant une prémajorité corporelle, l'acte peut être réalisé sur la base de leur seul consentement. Néanmoins, le maintien sous le régime de la minorité légale justifie que certaines mesures de protection demeurent telles

l'audition par un comité d'experts et le caractère exceptionnel du recours à cette catégorie de donneurs. Enfin, à l'avènement de ses dix-huit ans, l'individu bascule dans le droit commun.

717. Pour que cet ensemble soit efficace, encore faut-il compléter les dispositions du Livre V du Code pénal, lesquelles incriminent les atteintes au corps humain et surtout les prélèvements d'organe, de tissu ou de cellule sur une personne vivante mineure hormis les cas prévus aux articles L. 1241-3 et 1241-4 C. santé publ.

Il conviendrait de modifier l'article 511-3 al. 1 C. pén. comme suit :
« *Le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure* ***ou mineure d'au moins quinze ans****, y compris dans une finalité thérapeutique, sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article L. 1231-1 du code de la santé publique ou sans que l'autorisation prévue aux deuxième et cinquième alinéas du même article ait été délivrée est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende* ».

718. Il serait également nécessaire de modifier les dispositions pénales contenues dans le Code de la santé publique et notamment l'article L. 1272-2 C. santé publ. qui opère un renvoi à l'article 511-3 C. pén.

719. S'agissant d'actes médicaux sans bénéfice thérapeutique ou alors indirect et d'actes pour lesquels le législateur a conféré aux mineurs un droit d'opposition[1480], ce domaine de la santé est très proche de celui de la recherche biomédicale et pose la question de la cohérence des dispositions applicables aux mineurs.

B- De la participation des mineurs à la recherche biomédicale

720. L'article L. 1121-7 C. santé publ. prévoit la possibilité pour les mineurs de participer à des recherches biomédicales en limitant leur participation aux cas où « *des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur des personnes majeures* ». Une fois encore la sollicitation des personnes mineures s'analyse comme un ultime recours.
La participation des mineurs à ces recherches est conditionnée par les risques. Soit ces derniers sont élevés et prévisibles mais l'importance des bénéfices escomptés les justifie, soit

[1480] L'art. L. 1122-2 – I al. 2 C. santé publ. rappelle qu'il ne peut être passé outre le refus de la personne mineure.

les bénéfices escomptés concernent d'autres mineurs et les contraintes pour le patient doivent être minimes.

721. À l'instar des autres hypothèses où le mineur dispose d'un droit d'opposition, l'établissement d'une prémajorité corporelle permettrait de prendre en compte la maturité de l'individu et d'adapter les dispositions légales. Comme en matière de don, les mineurs d'au moins quinze ans pourraient participer à des recherches biomédicales, leur participation étant juridiquement fondée sur leur seul consentement. Avant cet âge, la décision reviendrait toujours aux titulaires de l'autorité parentale avec la possibilité pour le mineur, selon sa maturité, de s'opposer à l'acte. La progressivité déjà évoquée en matière de minorité serait ici respectée.

722. Il convient cependant de faire état de quelques réserves sur l'influence réelle de cette modification. L'individu demeurant toujours un mineur, des mesures de protection doivent être maintenues et notamment le recours à cette catégorie de patients lorsque des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur des personnes majeures. Or, traditionnellement, les mineurs « intéressant » les recherches biomédicales ne sont pas ceux qui approchent de la majorité, mais les nourrissons et les mineurs en bas âge. Souvent, les médicaments prescrits en la matière sont les mêmes que pour les personnes majeures dans des proportions moindres, en raison de l'insuffisance de la recherche sur cette catégorie de personnes. Pour les mineurs de quinze à dix-huit ans, des recherches identiques peuvent être menées sur des jeunes majeurs, les différences physiologiques étant ténues entre un mineur âgé de seize ans et un majeur de dix-neuf ans.
Par conséquent, l'introduction de la prémajorité ne serait pas d'une grande portée pratique. Toutefois, dans une préoccupation de cohérence des règles applicables aux mineurs en Droit de la santé, il serait préférable d'instaurer ce seuil de quinze ans en remplacement de la référence à la personne mineure émancipée.

723. Ainsi, il conviendrait de modifier comme suit l'article L. 1122-2-I al. 1 C. santé publ. : « *Les mineurs **de quinze ans**, les majeurs protégés ou les majeurs hors d'état d'exprimer leur consentement et qui ne font pas l'objet d'une mesure de protection juridique reçoivent, lorsque leur participation à une recherche biomédicale est envisagée, l'information prévue à l'article L. 1122-1 adaptée à leur capacité de compréhension, tant de la part de*

l'investigateur que des personnes, organes ou autorités chargés de les assister, de les représenter ou d'autoriser la recherche, eux-mêmes informés par l'investigateur ».

724. De même, le II al. 2 serait modifié : « *Lorsqu'une recherche biomédicale est effectuée sur une personne mineure* ***de quinze ans*** *ou majeure sous tutelle, l'autorisation est donnée par son représentant légal et, si le comité mentionné à l'article L. 1123-1 considère que la recherche comporte, par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain, par le conseil de famille s'il a été institué, ou par le juge des tutelles* ».

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

725. La mise en exergue d'une étape intermédiaire au sein de la minorité, fixée à quinze ans et entraînant la reconnaissance d'une autonomie corporelle et d'un droit de disposer de son corps, conduit à s'interroger sur les modalités d'exercice de ces prérogatives.
Pour que les mineurs de plus de quinze ans puissent exercer leurs droits sur leur corps, il apparaît nécessaire de modifier les dispositions légales et réglementaires en vigueur. Deux grands domaines sont concernés par ces modifications, à savoir la sexualité et la santé. Ces deux matières sont inexorablement liées à la problématique corporelle et visent des actes éminemment personnels qui doivent relever du libre choix de la personne, même mineure, dès lors qu'elle dispose de la maturité suffisante.

726. S'agissant du droit d'entretenir des relations sexuelles, les personnes mineures se heurtent à des mesures de protection qui maintiennent leur vulnérabilité, même au-delà de quinze ans comme en matière de relations sexuelles avec des personnes ayant autorité et qui trouvent leur assise dans des conceptions morales, par exemple pour le délit de corruption de mineur ou de recours à la prostitution de mineur. L'étude a montré que la vulnérabilité n'était pas le corollaire automatique de la minorité en raison du caractère évolutif de cette dernière. Tirant les enseignements de cette acquisition progressive de la maturité, la prémajorité corporelle conduit à affirmer l'exercice effectif d'un droit d'entretenir des relations sexuelles pour les mineurs de plus de quinze ans avec pour seule limite absolue les relations avec les ascendants.

727. Dans le domaine de la santé, la prémajorité corporelle confère aux mineurs de plus de quinze ans la capacité de faire leur propre choix en marge du principe de l'autorité parentale, leur seul consentement pouvant être pris en compte pour constituer le fait justificatif permettant de rendre licite l'atteinte portée à leur corps. Ces choix devant être conformes à leur intérêt, la prémajorité fixée à quinze ans présume de la maturité des individus et de leur aptitude à décider ce qui relève de leur intérêt. Qu'il s'agisse d'accepter des traitements ou des soins, ou de les refuser, le consentement du mineur de plus de quinze ans est nécessaire et suffisant pour la réalisation de l'acte. Bien que les dispositions en vigueur ne prévoient aucun seuil d'âge, l'établissement d'une prémajorité corporelle n'entraîne pas pour autant une perte de droits pour les mineurs de quinze ans, puisque d'autres mécanismes comme les actes

usuels de la vie courante, ou l'aménagement des modalités de réalisation de l'acte comme en matière d'IVG, permettent de maintenir l'exercice autonome de ces droits pour cette catégorie de mineurs.

728. Si le mineur de plus de quinze ans n'est plus nécessairement vulnérable en raison de sa maturité, il peut demeurer néanmoins fragile et son intérêt commande que soient maintenues certaines mesures spécifiques comme en matière de délinquance de mineurs. Ce dernier point a d'ailleurs démontré que l'ensemble des règles pénales consacrées aux mineurs ne peuvent être organisées autour du seuil de quinze ans, celui-ci apparaissant pertinent uniquement pour les actes relatifs à son corps.

CONCLUSION DU TITRE 2

729. Les dispositions applicables aux personnes mineures oscillent systématiquement entre deux pôles : leur vulnérabilité, qui conduit à les protéger davantage, et leur maturité qui les pousse à revendiquer l'exercice autonome de leurs droits, surtout pour les actes liés à leur corps. Ce balancement pose la question du point d'équilibre, à savoir le moment où la surprotection initialement justifiée doit céder le pas à la reconnaissance de l'autonomie. Comme un curseur qui varie entre deux extrémités, se pose la question d'un statut intermédiaire permettant à l'individu d'exercer seul les prérogatives sur son corps tout en maintenant une protection plus ténue, le curseur pointant désormais davantage vers l'autonomie. La minorité est évolutive et le droit qui s'attache à l'encadrer doit avoir les mêmes caractères sous peine d'incohérence.

730. L'organisation de ce statut intermédiaire en matière pénale conduit à écarter de nombreux mécanismes de Droit civil attributifs de droits puisque le Droit pénal ne confère pas directement de droits mais réprime des comportements portant atteinte à des valeurs considérées comme essentielles par la société. L'acquisition de cette autonomie corporelle doit passer par une limitation de l'ingérence de l'État dans la vie privée de ces mineurs matures. En cela, le dispositif le plus approprié paraît être l'instauration d'une prémajorité corporelle basée sur un seuil d'âge quantitatif, lequel serait déterminé à quinze ans. Cet âge est déjà présent dans le Code pénal pour les infractions relatives aux mineurs et permet aux personnes ayant plus de quinze ans d'exercer plus librement leur droit de disposer de leur corps, essentiellement en matière sexuelle. Ces modalités d'acquisition sont fondées sur un temps de vie nouveau et inconnu du Droit : l'adolescence. Sociologiquement, biologiquement et psychologiquement, l'adolescence représente une période de maturité et une étape intermédiaire entre le monde de l'enfance (protection) et celui des adultes (autonomie) et pourrait constituer le point d'équilibre recherché.

731. Cette prémajorité corporelle a pour objectif d'octroyer aux mineurs ayant au moins quinze ans, un exercice plus effectif des droits sur leur corps, et notamment en matière de sexualité et de santé. La maturité acquise par ces mineurs doit rapprocher d'autant plus les règles juridiques qui leur sont applicables de celles concernant les personnes majeures. Même

si une attention particulière peut s'avérer parfois nécessaire comme en matière de refus de soins, d'atteintes trop importantes à l'intégrité physique ou encore de rapports sexuels incestueux, certains textes doivent être modifiés voir abrogés pour rendre effective cette nouvelle mesure. À titre d'exemple serait abrogé au sein du Code pénal, le délit de privation de soins ou d'aliments et modifiées les infractions de recours à la prostitution de mineur, de corruption de mineur en érigeant la minorité de quinze ans en condition préalable à l'infraction ou encore l'infraction d'atteinte sexuelle sur mineur de plus de quinze ans où la vulnérabilité n'est plus systématique passant d'une présomption irréfragable de faiblesse à une présomption simple. Des modifications plus substantielles interviendront dans le domaine de la santé où le législateur n'a, pour l'heure, pas fixé de seuil d'âge. Seraient modifiées les règles relatives au consentement et au refus de soins, mais également les mesures encadrant les dons de produits et éléments du corps, la recherche biomédicale.

732. La minorité serait alors clairement divisée entre les mineurs de quinze ans où la vulnérabilité est présumée et l'autonomie restreinte, et les mineurs de plus de quinze ans où l'autonomie est présumée et la vulnérabilité restreinte.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

733. Si la minorité peut être synonyme de vulnérabilité, la corrélation n'en est pas pour autant systématique. La faiblesse physique et psychique caractérise certes les mineurs en bas âge, mais le caractère évolutif de la minorité permet à la personne mineure d'acquérir progressivement une certaine maturité. Le statut ne peut exister indépendamment de la personne.

734. Avant même l'avènement de la majorité, la personne mineure est dotée d'aptitudes physiques et intellectuelles qui lui permettent de se forger ses propres convictions et de réaliser ses propres choix. L'individu revendique alors son autonomie, et ce notamment pour les actes éminemment personnels liés à son corps ; l'appropriation de son corps par la personne mineure est une étape importante dans sa construction psychologique. Ces revendications libertaires posent la question des limites apportées par le Droit pénal à l'exercice par les mineurs du droit de disposer de leur corps, qu'il s'agisse de décorations corporelles, de sexualité ou de santé. L'ingérence de l'État sur les prérogatives corporelles reconnues aux mineurs varie selon les situations, certaines mesures légales reconnaissent cette autonomie, alors que d'autres maintiennent une protection, confinant parfois à la surprotection.

735. Cette autonomie corporelle a été reconnue par la CEDH, y compris pour les mineurs, sur le fondement de l'art. 8 Conv. EDH relatif à la vie privée et plus spécifiquement sur le concept d'autonomie personnelle, c'est-à-dire « *un droit à décider pour soi-même, un droit de faire ses propres choix, en d'autres termes ce qu'elle* [la CEDH] *appelle un droit à l'autodétermination* »[1481]. Ces considérations trouvent un écho en Droit interne et notamment en Droit pénal où le législateur reconnaît la possibilité pour le mineur d'entretenir des relations sexuelles ou encore de pouvoir contribuer, par le jeu de son consentement, à l'atteinte portée à son corps pour des raisons thérapeutiques. Cependant, cette autonomie personnelle demeure pour l'heure relative puisqu'elle n'est reconnue qu'au travers de dispositions dérogatoires et sans réelle cohérence. Une mineure peut consentir seule à une

[1481] FABRE-MAGNAN Muriel, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, p. 2973.

IVG mais pas à se faire percer les oreilles ou à donner son sang, elle peut s'inscrire sur la liste de refus de prélèvement d'organe mais pas décider des modalités de ses funérailles, elle peut consentir seule à un traitement médical mais pas le refuser, ou passée quinze ans elle peut entretenir des relations sexuelles avec un majeur mais pas se faire rémunérer.

736. Ces actes ne doivent bien entendu pas être rendus possibles pour tous les mineurs, l'exercice des prérogatives conférées par l'autonomie corporelle devant être restreint aux seules personnes mineures disposant de la maturité suffisante pour émettre une volonté libre et consciente. Cette maturité, physique et psychique, semble être acquise, en général, à un stade de l'existence qui n'est pas appréhendé par le Droit : l'adolescence. Concept sociologique, psychologique, voire biologique (avec la puberté), l'adolescence est un cours de vie qui se situe entre l'enfant (faible et dépendant) et l'adulte (autonome). Pas encore adulte mais déjà plus enfant, l'adolescent renvoie à un statut social intermédiaire dont la conception apparaît néanmoins en filigrane dans notre Droit. Le mécanisme civil de l'émancipation est basé sur la reconnaissance de la personne mineure, avant sa majorité, de sa capacité à réaliser tous les actes de la vie civile. Pénalement, le législateur utilise essentiellement, pour ne pas dire exclusivement, le seuil de quinze ans pour déterminer deux étapes dans la minorité. En matière de Droit de la santé, les dispositions légales renvoient à la maturité de la personne mineure pour l'associer aux décisions.

737. Ces dispositions éparses devraient être rassemblées autour de ce nouveau temps de vie, prenant la forme d'une prémajorité corporelle dont le seuil serait fixé à quinze ans. Cette reconnaissance permettrait d'unifier les diverses mesures reconnaissant aux mineurs matures, et dés lors aux mineurs d'au moins quinze ans, l'exercice d'un droit de disposer de son corps sans pour autant abolir toute protection. Afin de rendre cohérent l'ensemble normatif applicable au corps des mineurs, il conviendrait de modifier non seulement des articles du Code pénal afin de faire reculer l'ingérence de l'État dans les droits des mineurs de plus de quinze ans, mais aussi des dispositions du Code de la santé publique concernant la santé de la personne mineure.

La minorité serait clairement délimitée s'agissant des questions corporelles entre les mineurs de quinze ans dont la protection doit toujours être assurée et les mineurs de plus de quinze ans dont l'autonomie doit être garantie.

CONCLUSION GENERALE

740. La présente étude a permis de mettre en exergue les tensions liées à l'exercice par les personnes mineures de leurs droits en matière corporelle. Le XXe siècle a vu émerger les droits de l'enfant avec une reconnaissance en Droit international (CIDE) ainsi qu'en droit interne. Ce courant libéral succède à un mouvement protectionniste important dont les dernières lois pénales montrent sa constante vigueur et l'équilibre entre protection et autonomie s'avère difficile à trouver.

Si le mineur est la personne qui n'a pas encore atteint l'âge légal de la majorité, le Droit pénal s'émancipe de cette définition et, dans de nombreuses situations, vise uniquement une sous catégorie de mineur. Divers seuils d'âge apparaissent, selon que le mineur soit auteur ou victime d'infraction. Dans cette dernière situation, la minorité peut être la condition préalable à l'infraction ou une circonstance aggravante. S'agissant des mesures destinées à protéger leur corps, force est de constater qu'une attention particulière est portée aux mineurs de quinze ans. La minorité de quinze ans aggrave systématiquement les infractions d'atteinte volontaire à l'intégrité de la personne[1482] (qu'il s'agisse des atteintes à la vie ou à l'intégrité physique), et constitue la condition préalable de nombreuses infractions, par exemple en matière d'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans[1483] ou de corruption de mineur par voie électronique[1484]. *A contratio*, les mineurs de plus de quinze ans sont traités essentiellement comme des majeurs.

741. Cette division de la minorité trouve son fondement dans la vulnérabilité naturelle de la personne mineure. En raison de sa faiblesse physique et psychique, le Droit pénal réprime plus sévèrement les atteintes qui lui sont portées et spécialement les atteintes concernant son corps. Cette notion, entendue d'abord dans sa dimension physique (intégrité physique), est étendue s'agissant des personnes mineures, certaines incriminations venant notamment protéger sa santé, comme le délit de privation de soins et d'aliments[1485], afin de lui garantir un bon développement. En dehors même de son caractère tangible, le corps des mineurs est protégé pour ce qu'il représente d' « innocence », et l'image ou la représentation même

[1482] Notamment : art. 221-4 C. pén. pour le meurtre, art. 222-32 C. pén. pour les tortures et actes de barbarie, art. 222-11 C. pén. pour les violences volontaires ayant entraîné de plus de huit jours.
[1483] Art. 227-25 C. pén.
[1484] Art. 227-22-1 C. pén.
[1485] Art. 227-15 C. pén.

imaginaire de son corps peut conduire à la sanction comme l'atteste l'infraction de diffusion d'image de mineur à caractère pornographique[1486].

La vulnérabilité psychique liée à la minorité et la vulnérabilité physique liée au corps conduisent à une protection pénale renforcée du corps du mineur de quinze ans. Irréfragablement présumés immatures, les mineurs les plus jeunes ont besoin de l'assistance des majeurs, le législateur punissant le délaissement de mineur de quinze ans[1487].

742. Il semble alors que le point d'équilibre entre la protection et l'autonomie se situe à l'âge de quinze ans. À partir de ce seuil, l'individu n'est plus présumé vulnérable, mais mature et autonome. Une analyse *a contrario* des infractions atteste qu'il jouit d'une liberté sexuelle accrue[1488], qu'il est en mesure de se procurer des aliments et des soins en l'absence d'assistance des majeurs[1489]. Cette conception se retrouve dans les infractions pénales imposant la révélation d'un crime[1490] ou d'un délit[1491]. Si dans le premier cas la minorité de quinze ans permet d'élargir le champ d'application du texte, dans le second, elle est un élément constitutif de l'infraction à côté des atteintes corporelles réalisées (privation, mauvais traitement ou atteinte sexuelle). Confortant cette fragilité et cette dépendance, le législateur va jusqu'à incriminer le fait pour une personne ayant connaissance de la disparition d'un mineur de quinze ans de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives[1492]. Cette vulnérabilité conduit également le législateur à adapter les modalités de poursuite[1493] des infractions en enregistrant les auditions des victimes mineures, en instaurant une assistance obligatoire (juridique et personnelle).

743. Un autre domaine permet d'illustrer cette recherche d'équilibre entre protection et autonomie des personnes mineures, celui du Droit de la santé. Toute atteinte à l'intégrité physique de la personne générant une sanction pénale, l'exercice de la médecine (le terme est employé ici au sens large visant à la fois les actes médicaux et paramédicaux) n'est possible qu'en vertu d'un fait justificatif implicite ou explicite tiré de la permission de la loi[1494], dont

[1486] Art. 227-23 C. pén.
[1487] Art. 227-1 C. pén.
[1488] Art. 227-25 et – 27 C. pén.
[1489] Art. 227-15 C. pén.
[1490] Art. 434-1 C. pén.
[1491] Art. 434-3 C. pén.
[1492] Art. 434-4-1 C. pén.
[1493] Art. 706-47 et s. C. pr. pén.
[1494] Art. 122-4 C. pén.

le consentement du patient est une composante[1495]. Le principe d'incapacité civile des mineurs conduit à conférer aux titulaires de l'autorité parentale le droit de consentir par représentation aux actes médicaux relatifs au corps du mineur. Ces mesures de protection auxquelles les dispositions pénales veillent comment le démontre le délit de soustraction des parents à leurs obligations légales (lesquelles comprennent le devoir d'assurer la santé, la sécurité et la moralité de l'enfant) sont complétées par des dispositions légales reconnaissant aux mineurs matures (physiquement ou psychiquement) la possibilité de consentir seuls aux actes. Tel est le cas en matière d'interruption volontaire de grossesse, de contraception (régulière ou d'urgence), d'accouchement ou plus globalement pour les actes médicaux nécessaires à la sauvegarde de leur santé. La loi du 4 mars 2002 leur confère juridiquement le statut de patient, ils disposent désormais d'un droit à l'information, d'un consentement autonome et d'un droit au secret.

744. Cependant, la recherche a également démontré que la protection pénale perdure parfois au-delà des quinze ans de la personne, pour sanctionner par exemple des actes de nature sexuelle librement consentis mais dont les conditions semblent heurter le législateur. Se retrouvent réprimés dans ce cadre la corruption de mineur, le recours à la prostitution de mineur, ainsi que la diffusion d'image de mineur à caractère pornographique. Le croisement des textes permet à une jeune fille de plus de quinze ans d'entretenir des relations sexuelles avec un majeur (dans les limites fixées par l'article 227-27 C. pén.) mais la sanctionne si elle diffuse volontairement les images de cet acte[1496]. De même, en matière médicale, certaines prérogatives sont refusées aux mineurs quel que soit leur âge et leur maturité. Ainsi, sous couvert de l'intérêt de l'enfant, le législateur refuse de reconnaître aux mineurs l'aptitude à refuser des soins, qu'il s'agisse de soins courants ou de soins palliatifs (alors qu'au premier jour de sa majorité, son refus devra être respecté par les soignants[1497]). De même, son immaturité l'empêche de pouvoir consentir à un don d'organe *in vivo*, de moelle osseuse ou de sang. Si les dispositions légales rendent ce don possible dans certains cas, c'est uniquement en accordant à la volonté du mineur la plus faible manifestation possible, à savoir un simple droit d'opposition.

[1495] PY Bruno, *Les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse dactylographiée, Nancy, 1993, pp. 79 et s.
[1496] Nîmes, 22 mai 2001, *JurisData* n° 2001-157851.
[1497] Le refus est respecté s'agissant de soins palliatifs. Pour les autres soins, le refus du patient, même majeur, est écarté, le médecin pouvant agir si l'individu est en situation de péril vital imminent.

745. La CEDH a été amenée à se prononcer à plusieurs reprises sur la reconnaissance aux personnes mineures d'une autonomie décisionnelle concernant des actes éminemment personnels. Partant de l'article 8 Conv. EDH et du droit au respect de la vie privée, la juridiction européenne a reconnu à chaque personne un droit à l'autonomie personnelle, c'est-à-dire un droit à l'autodétermination. Dans le cadre de cette autonomie personnelle, l'individu est libre d'opérer ses choix concernant son propre corps, ce qui conduit à reconnaître un droit à l'autonomie corporelle. Ce droit de disposer de son corps a été reconnu par la Cour concernant des ressortissants mineurs, essentiellement en matière de sexualité comme dans l'arrêt *S. L. c. Autriche*.[1498] Si l'ingérence de l'État dans la vie privée des mineurs pour limiter leur droit de disposer de leur corps, et plus précisément en l'espèce leur droit d'entretenir des relations sexuelles, est justifiée par la vulnérabilité de cette catégorie de personnes, l'ingérence doit être proportionnée au but poursuivi. Or, passé un certain seuil de maturité, le curseur doit davantage être placé vers l'autonomie imposant corrélativement un recul de l'immixtion des pouvoirs publics, notamment au travers du Droit pénal.

746. Aussi, afin de garantir le respect de cette autonomie, la présente étude s'est proposée d'organiser une prémajorité corporelle qui pourrait être acquise à l'âge de quinze ans. Ce seuil déjà présent dans le Code pénal, correspond à un temps de vie intermédiaire pour les mineurs. L'introduction a mis en exergue que la minorité est composée sociologiquement de deux principaux stades qui se succèdent : l'enfance et l'adolescence. Cette dernière constitue un stade intermédiaire entre l'enfant et l'adulte et correspond biologiquement et psychologiquement à la personne allant de treize à quinze ans. Dans le sillage des droits de l'enfance, les études historiques ont montré la reconnaissance progressive de cette étape dans le processus de maturité sociale de l'individu. Afin de concilier au mieux la nécessaire protection du corps de la personne mineur avec les revendications d'autonomie de ces dernières, nous avons choisi de fixer le seuil à quinze ans, âge semblant le plus correspondre au *plerumque fit* en matière de maturité, surtout psychologique.

747. Cette prémajorité corporelle permettrait de renforcer positivement l'autonomie déjà reconnue négativement par une multiplicité d'exceptions. Toute critique est inutile si elle n'est pas constructive. En cela, notre travail propose non seulement une solution alternative permettant d'équilibrer la protection du corps du mineur et l'autonomie du mineur sur son

[1498] CEDH, 9 janv. 2003, *S.L. c. Autriche*, requête n° 45330/99.

corps, mais aussi les moyens de la mettre en place en modifiant principalement le Code pénal et le Code de santé publique afin de démontrer la faisabilité de la proposition. Ces modifications pourraient également conduire à modifier d'autres branches du Droit et notamment le Droit afin d'adapter plus généralement le statut d'incapacité des mineurs.

BIBLIOGRAPHIE

PARTIE I : LITTERATURE JURIDIQUE

I. Dictionnaires, encyclopédies et lexiques

ALLAND Denis et **RIALS** Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2è éd., 2007.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, **GAUDIN** Hélène, **MARGUENAUD** Jean-Pierre, **RIALS** Stéphane et **DUDRE** Frédéric (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme,* PUF, coll. « Quadrige », 2008.

BISSARDON Sébastien, *Droit et justice en citations et adages*, Litec, 2005.

CADIET Loïc (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

CORNU Gérard,

- *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 8 è éd., 2007.
- *Linguistique juridique*, Montchrétien, coll. « Domat », 3è éd., 2005.

GUILLIEN Raymond et **VINCENT** Jean, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 17è éd., 2009.

NEVEU Franck, *Lexique des notions linguistiques*, Armand Colin, 2è éd., 2009.

ROLAND Henri et **BOYER** Laurent, *Locutions latines et adages du droit français*, Litec, 4è éd., 1999.

II. Ouvrages généraux (manuels, traités, etc)

BECANE Jean-Claude et **COUDERC** Michel, *La loi*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1994.

BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines*, ENS, rééditions 2009.

BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4è éd., 2003.

BOULOC Bernard, **FRANCILLON** Jacques, **MAYAUD** Ives et **ROUJOU de BOUBEE** Gabriel, *Code pénal annoté*, Dalloz, 1997.

BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, Dalloz, 21è éd., 2009.

CABALLERO Francis et **BISIOU** Yann, *Droit de la drogue*, Dalloz, coll. « Précis », 2e éd., 2000.

CARBASSE Jean-Marie, *Introduction historique au droit pénal*, PUF, 1990.

CARBONNIER Jean,

- *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10è éd., 2001.
- *Sociologie juridique*, Presses Universitaires de France, 1978.

CONTE Philippe et **MAISTRE DU CHAMBON** Patrick, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7è éd., 2004.

CONTE Philippe, *Droit pénal spécial*, Litec, 3è éd, 2007.

DESPORTES Frédéric et **LE GUNEHEC** Francis, *Droit pénal général*, Economica, coll. « Corpus Droit Privé », 16è éd., 2009.

FENOUILLET Dominique et **TERRE** François, D*roit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, coll. « Précis », 7è éd., 2005.

FLOUR Jacques, **AUBERT** Jean-Luc, **SAVAUX** Éric, *Les obligations 1 : L'acte juridique*, t.1, Sirey, coll. « Université », 13e, 2008.

FOURMENT François, *Procédure pénale*, Paradigme, 10è éd., 2009.

FRYDMAN Benoît, *Le sens des lois*, LGDJ, coll. « Bruylant », 2è éd., 2007.

GARRAUD René, *Traité de droit pénal*, Sirey, 3è éd., 1913-1924.

GATTEGNO Patrice, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Cours », 7 éd., 2007.

GÉNY François, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, Sirey, t. 3, 1921.*

GOUBEAUX Gilles et **BIHR** Philippe, *Les épreuves écrites en droit civil*, LGDJ, 2008.

KOLB Patrick, *Droit pénal général*, Gualino Lextenso, coll. « Mémentos LMD », 4è éd., 2009.

LABBEE Xavier,

- *Introduction générale au droit. Pour une approche éthique*, Presses Universitaires du Septentrion, éd. revue et augmentée, 2006.

- *Les critères de la norme juridique*, Presses Universitaires de Lille, 1994.

LECLERC Henri, *Le nouveau Code pénal*, Seuil, coll. « Point », 1994.

MALABAT Valérie, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Hyper Cours », 4è éd., 2009.

MALAURIE Philippe et **FULCHIRON** Hugues, *Droit de la famille*, Defrénois, 3è éd., 2008.

MERLE Philippe et André **VITU**,

- *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, 1982.

- *Traité de droit criminel*, *Droit pénal général*, Cujas, 7è éd., 1997.

PELISSIER Jean, **SUPIOT** Alain, **JEAMMAUD** Antoine, *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis », 24e éd., 2008.

PRADEL Jean et **DANTI-JUAN** Michel, *Droit Pénal spécial*, Cujas, 4è éd., 2007.

PRADEL Jean et **VARINARD** André, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7è éd., 2009.

PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Cujas, 14è éd., 2008.

RENOUT Harald, *Droit pénal général*, Paradigme, 14è éd., 2009.

RENUCCI Jean-François, *Droit européen des Droits de l'Homme*, LGDJ, coll. « manuel », 2è éd., 2001.

ROUSSELET Marcel, **PATIN** Maurice et **ANCEL** Marc, *Code pénal annoté*, t. 2, Sirey, 1956.

RASSAT Marie-Laure, « *Droit Pénal spécial* », Dalloz, coll. « Précis », 5è éd., 2006.

TERRE François et **FENOUILLET** Dominique, *Droit Civil – Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, coll. « Précis », 7è éd., 2005.

THOMAS Didier, (dir.), *Le code pénal dix ans après*, A. Pedone, 2005.

VERON Michel, *Droit pénal spécial*, Armand Colin, 12è éd., 2008.

III. Ouvrages spécialisés

A. Thèse et mémoires

BAJOTET Marc, *Les variations de l'incapacité du mineur à raison de son âge*, thèse dactylographiée, Dijon, 1941.

BONFILS Philippe, *L'action civile, essai sur la nature juridique d'une institution*, Presses Universitaires d'Aix et Marseille, 2000.

BOUVIER Alexandra, *Les modifications corporelles et les modifications décoratives portées au corps humain en droit pénal français*, mémoire, Nancy, 2003.

COMBES Jules, *Du défaut de discernement des mineurs en matière pénale*, thèse dactylographiée, Toulouse, 1901.

COUILLEROT Carine, *L'autonomie juridique du mineur*, mémoire, Nancy, 1996.

DANTI-JUAN Michel, *L'égalité en droit pénal*, Cujas, 1986.

DECOCQ André, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1960.

DEFOORT Camille,

- *Le mineur agresseur sexuel*, Mémoire, Nancy, 2001.
- *Le mineur et les infractions de nature sexuelle*, thèse dactylographiée, Nancy, 2006.

DELFOSSE-CICILE Marie-Laure, *Le lien parental*, éd. Panthéon Assas, coll. « Droit privé », 2003.

DUBROCA Marjorie**,** *La protection pénale de l'enfant maltraité par sa famille*, mémoire, Nancy, 2002.

DUVAL-ARNOULD Domitille, *Le corps de l'enfant sous le regard du* droit, LGDJ, 1994.

ESCHYLLE Jean Florian, *Le juge des enfants et la santé du mineur*, thèse dactylographiée, Nancy, 1990.

FIACRE Valérie, *La capacité contractuelle du mineur non émancipé*, Mémoire, Nancy, 1995.

HAUKSSON-TRESCH Nathalie, *Le corps de l'enfant*, thèse dactylographiée, Strasbourg, 1996.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Haramattan, coll. « Logiques juridiques », 2004.

LEGUY Yves, *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, thèse dactylographiée, Rennes, 1973.

LHERBIER-MALBRANQUE Brigitte, *La protection de l'enfant maltraité*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2000.

MABILLE Gustave, *De la question de discernement relative aux mineurs de 16 ans*, thèse dactylographiée, Paris, 1898.

MARRION Bertrand, *Le proxénétisme hôtelier*, mémoire, Nancy, 2004.

MERCIER Bérengère, Les seuils d'âge dans la législation pénale – vers un rapprochement du statut du mineur et du jeune adulte délinquant, thèse dactylographiée, Bordeaux IV, 1997.

NEIRINCK Claire, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, 1984.

PIN Xavier, *Le consentement en matière pénale, Bibliothèque des sciences criminelles*, t. 36, LGDJ, 2002.

PY Bruno, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse dactylographiée, Nancy, 1993.

RENGSHAUSEN Olivier, *Les mineurs et la prison*, mémoire, Nancy 2008.

SACHS-DURAND Corinne, *Les seuils d'effectifs en droit du travail*, LGDL, Bibliothèque d'ouvrages de droit social, 1985.

THELLIER DE PONCHEVILLE Blandine, *La condition préalable de l'infraction*, thèse dactylographiée, Lyon III, 2006.

THIERRY Jean-Baptiste, *Le handicap en droit criminel*, thèse dactylographiée (en cours de publication LGDJ), Nancy, 2007.

ZAGURY Victor, *Regards sur le droit d'opposition : contribution à l'étude de la volonté en droit privé*, thèse dactylographiée, Paris X, 2009.

B. Autres ouvrages

ALBIGES Christophe (dir.), *L'autorité parentale et ses juges*, Litec, coll. « Carré droit », 2004.

ANCEL Marc, *La défense sociale*, Cujas, 3è éd., 1981.

BESSON Sabine, *Droit de la famille, religions et sectes*, EMCC, Lyon, 1997.

BONFILS Philippe et **GOUTTENOIRE** Adeline, *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. « Précis », 2008.

BORE Jacques et **BORE** Louis, *La cassation en matière pénale*, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2è éd., 2004.

BORILLO Daniel et **LOCHAK** Danielle (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005.

BORILLO Daniel, *Le droit des sexualités*, PUF, 2009.

CABALLERO Francis et **BISIOU** Yann, *Droit de la drogue*, Dalloz, coll. « Précis », 2è éd., 2000.

CASEY Jérôme (dir.), *L'enfant & sa famille*, éd. JurisClasseur, coll. « Juris-Compact », 2003.

DAURY-FAUVEAU Morgane, *La responsabilité pénale du médecin, Les études hospitalières*, 2003.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise et **CHOAIN** Christine (dir.), *L'autorité parentale en question*, Presses Universitaire du Septentrion, 2003.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, *Les droits de l'enfant*, coll. « Que sais-je ? », n°852, PUF, 5è éd., 2001.

DELMAS-MARTY Mireille, *Le relatif et l'universel*, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2004.

DUBOS Olivier et **MARGUENAUD** Jean-Pierre, *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, A. Pedone, coll. « Droits européen », 2007.

DUVAL-ARNOULD Domitille et **DUVAL-ARNOULD** Marc, *Droit et santé de l'enfant*, Masson, coll. « Médecine et droit », 2002.

HOCQUET-BERG Sophie et **PY** Bruno, *La responsabilité du médecin*, Heures de France, coll. « Droit professionnel », 2006.

KLEIN Jérôme, **GEMIGNANI** Florence, *Les personnes vulnérables : 102e Congrès des notaire de France,* Litec, 2006.

LAINGUI André, *Histoire du droit pénal*, Presses universitaires de France, coll. « Que sais-je », n°690, 1985.

LAUDE Anne, **MATHIEU** Bertrand, **TABUTEAU** Didier, *Droit de la santé*, PUF, 2007.

MANCINI Jean-Gabriel, *Prostitution et proxénétisme*, coll. « Que sais-je ? » n°999, PUF, 1979.

NERAC-CROISIER Roselyne (dir.), *Le mineur et le droit pénal*, L'harmattan, 1997.

NEIRINCK Claire, *La protection de la personne de l'enfant contre sa famille*, LGDJ 1984.

NOR Malika, *La prostitution*, coll. « Idées reçues », éd. Le Cavalier Bleu, 2001.

PEDRON Pierre, *Droit et pratiques éducatives de la Protection judiciaire de la jeunesse*, Gualino, 2è éd., 2008

PEDROT Philippe (dir.), *Ethique, Droit et dignité de la personne*, Economica, 1999.

PIERRAT Emmanuel, *Le sexe et la loi*, La Musardine, 2008.

PY Bruno,

- *La mort et le droit*, coll. « Que sais-je ? », n°3339, PUF, 1997.
- *Le sexe et le droit*, coll. « Que sais-je ? », n° 3466, PUF, 1999.
- *Le secret professionnel*, L'Harmattan, coll. « La justice au quotidien », 2005.

Syndicat de la magistrature, *Le sexe et ses juges*, Syllepse, 2006.

RAYMOND Guy, *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Litec, coll. « Pratique professionnelle », 5è éd., 2006.

RENUCCI Jean-François, *Droit pénal des mineurs*, Masson, 1994.

TROPER Michel, *La philosophie du droit*,PUF, coll. « Que sais-je », n°857, 2è éd., 2008.

VAILLANT Maryse (dir.), *La prostitution des mineurs*, Service d'étude de Vaucresson, 1987.

VIALLA François et **DANON- BOILEAU** Laurent (dir.), *Quand la clinique nous impose le dialogue*, In Press Editions, 2008.

VIALLA François (dir.), *Les grandes décisions du Droit médical*, LGDJ, 2009.

WERY Etienne, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, LGDJ, coll. « Droit des technologies », 2004.

IV. Articles et chroniques

ALT-MAES Françoise,

- *J.-Cl. Pén.*, art. 227-1 et 227-2, 2009.

- « Un exemple de dépénalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel », *RSC* 1998, p. 301.

- « Le discernement et la parole du mineur en justice », *JCP G* 1996, I, n°3913.

AMAR Jacques,

- « Privation d'aliments ou de soins envers un mineur », *J.-Cl. Pén*., art. 227-15 et 227-16, fasc. n°20, 2005.

- « Infraction à l'obligation scolaire », *J.-Cl. Pén*., art. 227-17-1 et 227-17-2, fasc. unique, 2001.

ANDRIEU Corinne, « L'interruption volontaire de grossesse de la mineure : une liberté en question », *RRJ* 2005, p 2097.

AUDEOUD Catherine, « L'émergence d'une politique pénale spécifique aux mineurs dans la première moitié du 19ème siècle », *Rev. pénit*. 2003, n°1, p. 29.

BALDES Olivia, « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », *Dr. pén*. 2010, étude 7.

BARBERGER Cécile, « Les personnes vulnérables » in Actes du congrès du 29 février et du 1er mars, Versailles, « Deux ans d'application du nouveau Code pénal », *Rev. pénit*. 1996, p. 280.

BARBIER Pierre,

- « Les limites de l'autorité parentale en matière religieuse », *Gaz. Pal*. 1971, p. 268.

- « Le juge des enfants peut-il intervenir en matière d'éducation religieuse ? », *Gaz. Pal*. 1963, p. 44.

- « Religion, puissance paternelle et modalité de funérailles d'un enfant », *Gaz. Pal*. 1962, I, doctr. p. 57.

- « L'enfant, la religion et le droit », *Gaz. Pal*. 1960, 1, p. 72.

- « La religion de l'enfant et l'exercice de la puissance paternelle », *Gaz. Pal*. 1957. 2. p.52.

BELLON Laurence et **GUERY** Christian, « Juges et psy : la confusion des langues », *RSC* 1999, p. 783.

BENHAMOU Yves, « Aperçu critique du projet de convention européenne sur l'exercice des droits des enfants », *Gaz. Pal*. 1995, doctr. p. 880.

BEN KEMOUN Laurent, « La confiance violée de l'enfant : refonder la norme pénale », *D.* 2002, p. 491.

BENOIT Loick, « La pédophilie et les premières réactions de l'Union Européenne », *LPA* 22 oct. 1997, p. 13.

BERNIGAUD Sylvie,

- « Les enjeux de la réforme de la protection de l'enfance », *Dr. Famille* 2007, étude 23.

- « Du signalement à la prise en charge des mineurs en danger », *RDSS* 2007, p. 29.

BIGOT Josiane, « L'enfant, la parole, sa protection après l'affaire dite d'Outreau », *AJ pénal* 2006, p. 385.

BINET Jean-René,

- « L'acte d'enfant sans vie : un contentieux en gestation ? », *JCP G* 2010, 215.

- « Protection de la personne. Le corps humain », *J.-Cl. Civ*., fasc. 12, 2009.

- « Respect et protection du corps humain », *J.-Cl. Civ*., art. 16 à 16-13, fasc. n°5, 1997.

BONFILS Philippe,

- « Non-information de disparition de mineur de quinze ans », *J.-Cl. Pén*., art. 434-4-1, fasc. n°20, 2008.

- « Non-dénonciation de mauvais traitements à un mineur de quinze ans ou à une personne vulnérable », *J.-Cl. Pén*., art. 434-3, fasc. n°20, 2008.

- « La réforme de l'ordonnance de 1945 par la loi du 10 août 2007 », *AJ pénal* 2007, p. 363.

- « La réforme de l'ordonnance de 1945 par la loi prévention de la délinquance », *AJ pénal* 2007, p. 209.

- « Les dispositions relatives au droit pénal des mineurs délinquants dans la loi prévention de la délinquance », *D*. 2007, p. 1027.

- « Libres propos sur la situation du mineur délinquant devenu majeur », *Dr. Pén*. 2007, Etude 25.

- « Le droit pénal substantiel des mineurs », *AJ pénal* 2005, p. 45.

- « Les dispositions relatives aux mineurs de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II », *JCP G* 2004, p. 1047.

- *« Présentation de la loi n°2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance »,* RJPF *2004, 2, p. 26.*

BOULANGER François, « La compatibilité entre la pratique religieuse et la fixation de la résidence d'un enfant chez sa mère », *D*. 2004, p. 1261.

BOURIN Guillaume-Xavier, « L'incrimination de la manipulation mentale préjudiciable par le Code pénal » *in Le nouveau Code pénal dix ans après*, THOMAS Didier (dir.), A. Pedone, 2005.

BOUVIER Françoise, « Le consentement à l'acte thérapeutique : réalité et perspectives », *JCP G* 1986, I, 3249.

BRAUNSCHWEIG André et **de GOUTTES** Régis, « note à propos des arrêts de 1993 sur la Convention internationale des droits de l'enfant », *Gaz. Pal*. 1995, doctr. p. 878.

BREDIN Jean-Denis, « La religion de l'enfant », *D*. 1960, chr. XIII, p. 73.

BRISSET Claire, « La situation de l'enfant dans le monde. », in Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1998, *LPA* 1999, n°237, p. 11.

BRUEL Alain, « L'exploitation de l'image de l'enfant en France », *in* Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1998, *LPA* 1999, n°238, p. 14.

BRUGGEMAN Maryline, « La parole portée en justice, un nouveau droit de l'enfant ? », *RDSS* 2006, p. 349.

BUFFELAN-LANORE Yvaine, « Minorité – Droits propres de l'enfant », *J-Cl. Civ*., art. 388, fasc. unique, 2009.

CANEPA Giacomo, « Les tendances actuelles de la protection pénale de l'enfance : problèmes criminologiques et médico-légaux », *RID pén*. 1979, p. 583.

CARIO Robert, « Les mauvais traitements à l'enfant », *RID pén.* 1979, p. 653.

CASEY Jérôme, « L'enfant et la banque », *Droit et patrimoine* 2000, n° 87, p. 76.

CASSAGNABERE Bernard, « Le mineur et la prison : le service éducatif auprès du tribunal en première ligne », *Rev. pénit*. 1996, p. 159.

CASTAIGNÈDE Jocelyne,

- « Mineur délinquant : Responsabilité pénale du mineur », *J-Cl. Pén*., fasc. n°10, 2005.

- « La loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs », *D*. 2003, p. 779.

- « L'effectivité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuels », *in* Le mineur et le droit pénal, NÉRAC-CROISIER Roselyne (dir.), L'Harmattan, 1997.

CERMOLACCE Arnaud, « Les contrats du mineur », *Dr. Famille* 2006, Etude 27.

CHABERT Cyril,

- « L'acceptation judiciaire de l'applicabilité directe de la Convention internationale des droits de l'enfant », *JCP G* 2005, II, 10115.

- « Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention internationale des droits de l'enfant », *JCP G* 2003, I, 129.

CHARIOT Patrick, « Age osseux : donnés médicales récentes, réponses à finalité juridique », *AJ pénal* 2008, p. 128.

CHASSAING Jean-François,

- « Le consentement aux relations sexuelles », article disponible sur http://www.geocities.com/jfrchassaing/.

- « Enfances», article disponible sur http://www.geocities.com/jfrchassaing/.

- « Droit et conduites sexuelles », article disponible sur http://www.geocities.com/jfrchassaing/.

CHAZAL Jean, « La notion de danger couru par l'enfant dans l'institution française d'assistance éducative », *in Mélanges Marc ANCEL*, Aspects nouveaux de la pensée juridique, A. Pedone, 1975, p. 327.

CHAZAL de MAURIAC Renaud, « La protection pénale de l'enfant en France », *RID pén.* 1979, p. 687.

CHEROUAT Servane, « Protéger l'enfant occulté par l'image diffusée », *in* Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1998, *LPA* 1999, n°238, p. 18.

COLOMBET Stéphane et **VIGNAUD** Maxime, « Publicité, presse, littérature et sexe : tout ce que vous avez toujours voulu savoir… », *Légipresse* sept. 2003, n°204, p. 108.

COMMARET Dominique, « Conclusion Avocat Général sur Crim. 12 octobre 2005 », *Gaz. Pal*. 2005, jurispr. p. 4082.

CONTE Philippe, « La loi sur la prévention de la délinquance : présentation des dispositions de droit pénal », *Dr. pén.* 2007, Etude n°7.

CORNU Gérard, « L'âge civil », *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, *Théorie générale du droit et droit transitoire*, t.1, Dalloz, 1961, p. 9.

CORPART Isabelle,

- « Le déclin de l'émancipation des mineurs », *JCP N* 2003, p. 1523.

- « Nouvelle loi sur la fin de vie : début d'un changement – Commentaire de la loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie », *Dr. Famille* 2005, étude 14.

- « L'inceste en droit français », *Gaz. Pal.* 1995, doctr. p. 888.

COSTE François-Louis, « Le sexe, la loi pénale et le juge ou évolution d'un principe séparateur instituant l'altérité », *D.* 1997, chron. p. 179.

CRETIN Thierry, « La preuve impossible ? De la difficulté d'administrer la preuve des infractions dont sont victimes les mineurs : attentats à la pudeur, violences et mauvais traitements », *RSC* 1993, p. 53.

De TOUZALIN Hubert, « Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort »**,** *JCP G* 1974, I, 2672.

DEFOORT Camille, « La protection et la reconstruction des mineurs victimes d'infraction sexuelle », *RID pén.* 2006, p. 309.

DEFRANCE Bernard, « Les droits de l'enfant dans la famille et dans les institutions : dangereux défis ou nouvel âge de la démocratie ? », *Troisième journée d'étude DEI France*, 15 nov. 2003, Paris.

DEISS Alain, « Le juge des enfants et la santé des mineurs », *JCP G* 1983, I, 3125.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « L'application de la Convention de New York sur les droits de l'enfant », *D.* 1994, somm. p. 34.

DELMAS-MARTY Mireille, « Les contradictions du droit pénal », *RSC* 2000, p. 1.

DESLOGES Philippe, « Vivons-nous un retour à l'enfermement des mineurs délinquants ? », *AJ pénal* 2004, p. 27.

DESPORTES Frédéric, « Provocation de mineurs à commettre des actes illicites ou dangereux », *J-Cl. Pén*., fasc. n°20, 2003.

DETRAZ Stéphane, commentaire d'arrêt, « Refus de soumettre au prélèvement de ses empreintes génétiques », *D*. 2007, p. 2981.

DEVERS Gilles, « Le droit de l'enfance », *Droit, déontologie et soin*, mars 2007, volume 7, p. 74.

DONNIER Marc, « L'intérêt de l'enfant », *D.* 1959, chron. XXVI, p. 179.

DOUCET Jean Paul, « La condition préalable à l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972, 2, doctr. p. 726.

DREIFUSS-NETTER Frédérique,

- « Le droit d'opposition en droit des personnes », *LPA* 2007, n°68, p. 35.

- « Les seuils d'âge en droit à l'épreuve des sciences de la vie », *Études offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Litec, coll. « Mélanges », 2006, p. 95.

- « Les directives anticipées : de l'autonomie de la volonté à l'autonomie de la personne », *Gaz. Pal.* 2006, n°160, p. 23.

- « Les donneurs vivants, ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité », *D.* 2005, p. 1808.

- « Soustraction d'un parent à ses obligations légales », *J.-Cl. Pén.* 2002, art. 227-17.

- *J.-Cl. Pén*., art. 227-1 et 227-2, 1998.

DREYER Emmanuel, « La dignité opposé à la personne », *D*. 2008, p. 2730.

DUNCAN William, « La Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants. », *in Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1998*, *LPA* 1999, n°237, p. 18.

DUTIEUX Damien, « Enfants nés sans vie. Publication d'une nouvelle circulaire », *JCP N* 2009, actualité 583.

DUVAL-ARNOULD Domitille, « Minorité et interruption volontaire de grossesse », *D.* 1999, p. 471.

ESCHYLLE Jean-Florian, « Le juge de l'assistance éducative et l'IVG des mineures célibataires », *RDSS* 1997, p. 639.

ESPER Claudine, **MOTHE** Sandrine, **REY-SALMON** Caroline, **ALVIN** Patrick, **MOUREN** Marie-Christine et **PRUVOST** Marie-Line, « Le droit du mineur usager du système de santé : vers l'autonomie », *Actualité JuriSanté* 2003, n°42, p. 4.

ESPER Claudine, « La personne de confiance », *Gaz. Pal.* 2002, n°349, p. 13.

ETRILLARD Claire, « L'enregistrement audiovisuel des auditions de mineur en France », *Rev. crim. et pol. techn.* 2004, p. 43.

FABRE-MAGNAN,

- « Le domaine de l'autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, p. 31.

- « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, p. 2973.

FELDMAN Jean-Philippe, « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine », *Droits* 2009, n°48, p. 87.

FENOUILLET Dominique,

- « Le droit de la famille hors le code civil », *LPA* 2005, n°188, p. 3.

- « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », *Etudes offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 487.

- « Respect et protection du corps humain », *J.-Cl. Civ.*, art. 16 à 16-13, fasc. n°5, 1997.

FLAUSS-DIEM Jacqueline, « Le mineur et l'accès à son dossier médical », *Médecine et droit*, 2007, p. 115.

FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, « Procédure applicable aux infractions de nature sexuelle- Protection des mineurs victimes », *J.-Cl. Proc. pén.*, art. 706-47 à 706-53, fasc. n°20, 2009.

FONTANIER Valérie, « Le corps humain thérapeutique », *Gaz. Pal.* 2006, n°342, p. 32.

FOSSIER Thierry, « Démocratie sanitaire et personnes vulnérables », *JCP G* 2003, I, 135.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, p. 573.

GABEL Marceline, « Données sur la maltraitance à enfants en France. », *in Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1998*, *LPA* 1999, n°238, p. 44.

GARAY Alain, « Les implications du refus parental de transfusion sanguine », *Gaz. Pal.* 1995, p. 928.

GARÉ Thierry, « Conditions de retrait total de l'exercice de l'autorité parentale sur le fondement de l'article 378-1 du Code civil », *JCP G* 2002, II, 10177.

GASSIN Raymond, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. 18, p. 18.

GAUMONT-PRAT Hélène, « Un pharmacien ne peut refuser de délivrer un médicament abortif », *D.* 2001, p. 529.

GEBLER Laurent, « L'enfant et ses juges : approche transversale des procédures familiales », *AJ famille* 2007, p. 390.

GIACOPELLI Muriel, « Les dispositions procédurales de la loi du 9 septembre 2002 applicables aux mineurs et majeurs délinquants », *JCP G* 2003, I, 139.

GIRAULT Carole,

- « La Cour EDH ne reconnaît pas l'existence d'un droit à la mort », *JCP G* 2003, II, 10062.

- « Agression sexuelle : la contrainte peut résulter du jeune âge de la victime », *D.* 2006, p. 175.

GISSER François, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP G* 1984, I, 3142.

GEBLER Laurent, « L'enfant et ses juges, approche transversale des procédures familiales », *AJ famille* 2007, p. 390.

GOBERT Michelle, « L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970) », *JCP G* 1971, I, 2421.

GOUTTENOIRE Adeline,

- « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après. Commentaire article par article », *AJ famille* 2009, dossier spécial n°11.

- « La Convention internationale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER*, Economica, 2008, p. 495.

- « La loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance : à la recherche de nouveaux équilibres », *D*. 2007, p. 1090.

- « Abandon d'enfant ou de personne hors d'état de se protéger », *Rép. pén. Dalloz*, 2002.

- « Application directe de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant », *JCP G* 1998, II, 10051.

- « Pour une formulation des principes fondamentaux de la justice pénale des mineurs », *AJ pénal* 2009, p. 13.

- « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », in Colloque « Enfance et justice », *Dr. Famille* 2006, étude 29.

- « Les principes du droit processuel relatif au mineur délinquant », *AJ pénal* 2005, p. 49.

- « Enfance », *Rép. pén. Dalloz*, 2004.

GRANET Frédérique, « Protection des enfants : deux nouvelles lois », *D*. 2000, chron. p. 343.

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Actions relatives à la filiation – Recherche de maternité », *J-Cl. Civ*., art. 325, 326 et 328, 2006.

GRIDEL Jean-Pierre,

- « L'acte éminemment personnel du mineur », *Gaz. Pal*. 2003, p. 765.

- « L'âge et la capacité civile », *D*. 1998, p. 90.

GRILLE Nadège, « Le droit pénitentiaire des mineurs à l'épreuve des nouveaux EPM : Pratiques professionnelles et usage du droit en prison », *AJ pénal* 2010, p. 23.

GRILLO Eric, « L'autonomie : dimensions et paradoxes », *Ethique et santé*, 2004, p. 179.

GUEDON Jean-Philippe, « Lutte contre le tabagisme : la répression au service de la prévention (loi n°2003-715 du 31 juillet 2003) », *JCP G* 2004, I, 104.

GUERY Christian,

- « Kafka II ou pourquoi faire simple quand on peut faire…une nouvelle loi sur la prescription des infractions commises contre les mineurs ? », *D*. 2004, p. 3015.

- « Le défaut de protection de l'enfant par le professionnel : un nouveau délit ? », *D*. 2001, p. 3293.

- « L'inceste : étude de droit comparé », *D*. 1998, p. 47.

- « Les nouveaux monstres », *Gaz. Pal*. 1997, chron. p. 1673.

HARDOUIN Michel, « Grossesse et liberté de la femme », *Dr. soc*. 1977, p. 287.

HASSLER Théo, « Le cas particulier de l'image de l'image du mineur », in Dossier Famille, communication et médias, *AJ famille* 2008, p. 189.

HAUSER Jean,

- « Rapport de synthèse », *in Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, DUBOS Olivier et MARGUENAUD Jean-Pierre, éd. Pedone, coll. « Droits européens », 2007.

- « Des incapables aux personnes vulnérables », *Dr. Famille* 2007, étude 14.

- « Autorité parentale, droit de visite et exercice religieux des parents », *RTD civ*. 2000, p. 822.

- « La Convention internationale des droits de l'enfant entre au Conseil d'Etat », *RTD civ*. 1998, p. 76.

- « La notion d'incapacité », *Mélanges Bernard SCHNYDER*, éd. Universitaires de Fribourg, 1995, p. 743.

- « New York : les arrêts de la Cour de cassation peuvent-ils être incongrus ? », *RTD civ.* 1993, p. 572

- « La religion de l'enfant », *RTD civ*. 1992, p. 75.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Kant contre Jéhovah ? Refus de soin et dignité de la personne humaine », *D.* 2004, p. 3154.

HENNION-JACQUET Patricia, « Le droit pénal n'est pas l'armurier des innocents : à propos de la protection pénale de l'enfant conçu », *RDSS* 2008, p. 67.

HERZOG-EVANS Martine, « Châtiments corporels : vers la fin d'une exception culturelle », *AJ famille* 2005, p. 212.

HONNET Marie Christine., « Enfance et cinéma », *RID pén.* 1979, p. 721.

HUGUENEY Louis, « Mauvais traitements envers enfants et abstention délictueuse », Chronique sur Paris 15 juin 1951, *RSC* 1951, p. 668.

HUYETTE Michel,

- « Les sectes et les mineurs, entre pénal et droit civil », *D.* 2002, p. 751.

- *« Les sectes et la protection judiciaire des mineurs »,* D. *1996, chron. p. 271.*

ISAMBERT-JAMATI Viviane, « L'âge social et la durée des obligations éducatives, l'image que s'en font les français d'aujourd'hui », *in Seuil d'âge et législation pénale. Contribution à l'étude du problème des jeunes adultes délinquants*, Cujas, 1961.

IZORCHE Marie-Laure, « Abus de faiblesse ou d'ignorance », *Rép. pén. Dalloz* 1998.

JACOPIN Sylvain, « La mise en conjonction des diversités préservées en matière de minorité », *D.* 2001, p. 2768.

JACQUINOT Claude, « Vers l'élaboration d'un statut de l'enfance », *Gaz. Pal.* 16 août 1990, p. 419.

KENGNE Gabriel, « La banque et le mineur », *LPA* 1997, n° 16, p. 19.

KHAÏAT Lucette, « Evolution psychologique et protection de l'enfant », *in Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1998*, *LPA* 1999, n°237, p. 7.

KIMMEL-ALCOVER Anne, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS* 2005, p. 265.

LABBEE Xavier,

- « La valeur de l'embryon congelé », *D.* 2004, p. 1051.
- « L'articulation du droit des personnes et des choses », *LPA* 2002, n°243, p. 30.
- « La personne, l'âme et le corps », *LPA* 2002, n°243, p. 5.
- « Le statut juridique du corps humain après la mort », *Revue générale de droit médical*, 2002, n°8, p. 277.
- « Prélèvements d'organes et indisponibilité du corps humain », *LPA* 1997, n°83, p. 34.

LAFORE Robert, « Les montages institutionnels de la protection de l'enfance : entre justice et administration », *RDSS* 2007, p. 15.

LAINGUI André,

- « Est-il encore possible d'outrager les bonnes mœurs ? », *in L'honnête homme et le droit*, *Mélanges en l'honneur de Jean Claude SOYER*, Paris, LGDJ, 2000, p. 235.
- « Histoire de la protection pénale des enfants », *RID pén.* 1979, p. 521.

LAMARCHE Marie,

- « Actes d'enfant né sans vie, livret de famille et certificat médical : peut-on se satisfaire de la nouvelle réglementation », *Dr. Famille* 2008, Focus 67.
- « L'enfant et les sortilèges : l'enfant maltraité, l'enfant violent, l'enfant en danger », *Dr. Famille* 2006, alertes 65.

LAMEYRE Xavier, « Infractions sexuelles : régime pénal spécial applicable », *AJ pénal* 2005, p. 192.

LAMY (DE) Bertrand, « Droit pénal des mineurs : une singularité limitée », *RSC* 2008, p. 133.

LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, « Le compte en banque du mineur », *RDBF* 2008, étude 6**.**

LAUDE Anne, « Le patient, le nouvel acteur de la santé ? », *D.* 2007, p. 1151.

LAVAUD-LEGENDRE Bénédicte, « La vulnérabilité : fondement tacite du travail forcé et de l'atteinte à la dignité », *D.* 2009, p. 1935.

LAVRIC Sabrina,

- « Code de la justice pénale des mineurs : les grandes lignes », *D*. 2009, p. 800.

- « Inceste : proposition de loi modifiée par le Sénat », *D*. 2009, p. 1748.

- « Provocations policière et procès équitable : quand la toile rime avec procédé déloyal », *AJ pénal* 2008, p. 425.

- « Prescription des crimes sexuels sur mineurs : application dans le temps de la loi du 10 juillet 1989 », *AJ pénal* 2008, p. 29.

- « 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs », *Dr. pén.* 2008, p. 3072.

LAZERGES Christine,

- « La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents », *RSC* 2009, p. 689.

- « Lecture du rapport Varinard », *RSC* 2009, p 226.

- « La mutation du modèle protectionniste de justice des mineurs », *RSC* 2008, p 200.

- « La constitutionnalisation du droit pénal des mineurs », *Archives de Politique Criminelle*, 2008, n°30, p. 5.

- « Fallait-il modifier l'ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 ? », *RSC* 2003, p. 172.

- « A propos des fonctions du nouveau Code pénal français », *Archives de Politique Criminelle*, 1995, n°17, p. 10.

- « De l'irresponsabilité à la responsabilité pénale des mineurs délinquants ou relecture des articles 1 et 2 de l'ordonnance du 2 février 1945 », *RSC* 1995, p. 149.

- « Seuils d'âge et responsabilité pénale en Europe », *RSC* 1991, p. 414.

LE GUNEHEC Francis,

- « La loi d'orientation et de programmation pour la justice réformant la justice pénale des mineurs : loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 », *JCP G* 2002, p. 1881.

- « La loi du 17 juin 1998 renforçant la prévention et la répression des infractions sexuelles », *in Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1998*, *LPA* 1999, n°238, p. 41.

LEMOULAND Jean-Jacques, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD civ.* 1997, p. 1.

LE MOUEL Jacqueline, « Approche judiciaire de la prostitution des mineurs », *in La prostitution des mineurs*, Vaucresson, 1987, p 13.

LEPAGE Agathe,

- « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G* 2010, p. 609.

- « Inscription de l'inceste sur mineurs dans le Code pénal », *JCP G* 2010, p. 339.

- « Provocations policière », *Comm. com. electr.* 2008, p. 42.

- « Caméra cachée dans une chambre avec une mineure », *Comm. com. electr.* 2007, p 43.

- « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », *Dr. pén.* 2007, étude n°6.

LEPOINTE Eric,

- « Justifié, donc irresponsable. Contribution à la théorie darwinienne de la variation des espèces », *D.* 1996, chron. p. 247.

- « De l'impunité à la non-punissabilité, à propos de la tentative de destruction de la théorie des faits justificatifs », *D.* 1978, p. 225.

- « Le diagnostic judiciaire des faits justificatifs », *RSC* 1969, p. 553.

LETURMY Laurence,

- « Droit pénal des mineurs : nouvelles confusions dans les sanctions éducatives », *Dr. pén.* 2007, étude 10.

- « La maltraitance en droit pénal », *RDSS* 2006, p. 981.

LEVASSEUR Georges,

- « Les transformations du droit pénal concernant la famille », *Archives de philosophie du droit,* t. 20, S. 1975, p. 66.

- « Abandon moral de famille », note sous arrêt Rennes 22 janv. 1970, *RSC* 1970, p. 111.

- « Les seuils d'âge dans la législation pénale », *in Seuil d'âge et législation pénale. Contribution à l'étude du problème des jeunes adultes délinquants*, BESSON Alain (dir.), Cujas, 1961, p 205.

LEVENEUR Laurent, « Renforcer l'autorité parentale et promouvoir les droits de l'enfants ? » in *L'autorité parentale en question*, DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise (dir.), Presses Universitaires du Septentrion, 2003.

LEVINET Michel,

- « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits* 2009, n°49, p. 3.

- « Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du "lancer de nains" devant le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies », *RTDH* 2003, p. 1017.

LEYRIE Jacques, « Aspects médico-légaux, psycho-sociaux et criminologiques des sévices à enfants », *RID pén.* 1979, p. 567.

LICARI Sandy, « Des conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine résultant d'un abus de la situation de vulnérabilité ou de dépendance de la victime », *RSC* 2001, p. 553.

MALABAT Valérie, « Infractions sexuelles », *Rép. pén. Dalloz*, 2002.

MARECHAL Jean-Yves, « Atteinte sexuelle interrompue ou tentative d'agression sexuelle par surprise ? », *JCP G* 2004, II, 10070.

MARGUENAUD Jean-Pierre,

- « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits* 2009, n°49, p. 19.

- « Sadisme, masochisme et autonomie personnelle », *in Sexe, sexualité et droit européen : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, DUBOS olivier et MARGUENAUD Jean-Pierre, A. Pédone, coll. « Droits européens », 2007, p. 85.

MARRION Bertrand, « Item : MINEUR », *Le dictionnaire du corps*, ANDRIEU Bernard (dir.), CNRS, 2008.

MARTIN-LASSEZ Josée, « L'intérêt supérieur de l'enfant et la famille, États généraux du droit de la famille », *Dr. Famille* 2007, étude 4.

MASCALA Corinne, « Faits justificatifs. Consentement de la victime », *J.-Cl. Pén.*, fasc. unique, 2003.

MASSIAS Florence, « Arrêt Pretty c/ Royaume-Uni relatif au suicide assisté et à l'euthanasie », *RSC* 2002, p. 654.

MATHIEU Bertrand,

- « Le droit des personnes malades », *LPA* 2002, n°122, p. 10.

- « La dignité de la personne humaine : quel droit, quel titulaire ? », *D.* 1996, p. 285.

MATSOPOULOU Haritini, « Renforcement du caractère contradictoire, célérité de la procédure pénale et justice des mineurs », *Dr. pén.* 2007, étude 6.

MAYAUD Yves,

- « L'erreur en droit pénal », *in L'erreur*, FOYER Jean, TERRE François et PUIGELIER Catherine, PUF, 2007, p. 125

- « Viol ou atteinte sexuelle ? De l'appréciation des faits à la restitution du droit… », *RSC* 2006, p. 828.

- « Le jeune âge de la victime, facteur de contrainte ou de surprise constitutive d'agression sexuelle », *RSC* 2006, p. 319.

- « Les qualifications relatives aux atteintes sexuelles », *AJ pénal* 2004, p. 9.

- « Le défaut de consentement en matière d'agressions sexuelles : précisions et rappels sur les notions de contrainte et de surprise », *RSC* 2001, p. 808.

- « Le délaissement de mineur ou de personne hors d'état de se protéger, un acte positif pour un abandon définitif », *Chronique sur Cass. Crim. 23 févr. 2000*, *RSC* 2000, p. 610.

- « Entre la vie et la mort, la protection pénale du fœtus », *RSC* 1999, p. 814.

- « Jeux et séduction, ou des frontières de l'agression en matière sexuelle », *RSC* 1998, p. 325.

- « Inceste, loi du silence et lois pénales », *RSC* 1997, p. 636.

- « De la correction au maltraitement, ou des limites de la justification éducative », *RSC* 1995, p. 814.

- « Ratio legis et incrimination », *RSC* 1983, p. 597.

MAYER Danièle,

- « De quelques aspects de la dépénalisation actuelle en France : en matière de mœurs », *RSC* 1989, p. 442.

- « La pudeur du droit face à l'inceste », *D.* 1988, chron. p. 213.

- « Rapport français » *in La protection de l'enfant*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 1979, t. xxx, Economica, p. 279.

MAZABRAND Bertrand, « Excision et Droit pénal », *Rev. pénit*. 2008, p. 573.

MAZIAU Nicolas, « Le consentement dans le champ de l'éthique biomédicale française », *RDSS* 1999, p. 469.

MEININGER BOTHOREL Chantal, « Les apports de la Convention internationale des droits de l'enfant », *Gaz. Pal.* 2007, n° 324, p. 4.

MEMETEAU Gérard, « Le refus de soins à enfant conçu », *RDSS* 1979 p. 317.

MENOTTI Sylvie, « Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne », *J.-Cl. Pén.*, art. 225-1 à 225-16, fasc. n°20, 2004.

MICHARD Henri, « Quelques aspects des processus de maturation sociale dans la société française de 1960 », *in Seuil d'âge et législation pénale. Contribution à l'étude du problème des jeunes adultes délinquants*, Cujas, 1961.

MICHAUD-JEANNIN Emilie, « Protection et droits de l'enfant », *in Bioéthique, bioéthiques*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 2003, p. 251.

MISTRETTA Patrick,

- « Le médecin doit veiller à ce que le refus de soins du patient soit éclairé en cas d'opposition au traitement préconisé », *JCP G* 2006, II, 10045.

- « La protection de la dignité de la personne humaine et les vicissitudes du droit pénal », *JCP G* 2005, I, 100.

- « Le projet de loi relatif à la bioéthique », *JCP G* 2003, p. 1125.

MONEGER Françoise, « Les couples homosexuels », *LPA* 2010, n°39, p. 15.

MONTANIER Jean-Claude, « Les actes de la vie courante en matière d'incapacités », *JCP G* 1982, I, 3076.

MOREAU Sylvie, « L'émancipation : rajeunissement ou déclin », *JCP G* 1975, I, 2718.

MURAT Pierre, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS* 1995, p. 451.

MUZNI Petr, « Une contribution majeure en faveur de la protection des mineurs étrangers isolés », *D*. 2007, p. 771.

NEIRINCK Claire et **MARTIN** Pierre-Marie, « Un traité bien maltraité », *JCP G* 1993, I, 3677.

NEIRINCK Claire (sous la dir.), « Enfance en danger, enfance dangereuse », *RDSS* 2007, p. 5 et s.

NEIRINCK Claire,

- « L'enfant, être vulnérable », *RDSS* 2007, p 5.

- « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable », *D.* 2003, p. 841.

- « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP G* 1996, I, 3922.

- « Le statut juridique des mineurs de 7 à 13 ans », *LPA* 1994, n°44, p. 11.

NEMIR Leïla, « Consentement aux soins des mineurs, le régime très novateur du Canada », *Droit, déontologie et soins* 2009, p. 337.

NERAC-CROISIER Roselyne, « L'efficacité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuel » *in* Le *mineur et le droit pénal*, NERAC-CROISIER Roselyne (dir.), L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997.

NERSON Roger, « Le respect par le médecin de la volonté du malade », *in Mélanges dédiés à Gabriel MARTY*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 853.

NIVOSE Luc-Michel, « Des atteintes aux mœurs et à la pudeur aux agressions sexuelles », *Dr. pén.*1995, chron. 27.

OTTENHOF Reynald, « La protection pénale de l'enfant : portée du problème », *RID pén.* 1979, p. 515.

PARAVASINI Karine, « Quelques problèmes posés au policier par la délinquance des mineurs », *AJ pénal* 2005, p. 61.

PEDRON Pierre,

- « Soustraction d'un parent à ses obligations légales », *J.-Cl. Pén.*, art. 227-17, fasc. n°20, 2009.

- « A propos du décret relatif aux établissements et services du secteur public de la protection judiciaire de la jeunesse », *JCP G* 2007, Actualités 589.

PEIGNÉ Jérôme, « Pilule du lendemain : annulation des passages de la circulaire ministérielle autorisant les infirmières scolaires à délivrer le contraceptif d'urgence NorLevo », *JCP G* 2000, II, 10423.

PENNEAU Jean,

- « Santé publique », *J-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 45, 2004.

- « Corps humain », *Rép. pén. Dalloz*, 2008.

- « Réglementation de certains produits ou objets », J-*Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 90, 2008.

PERRIN Christine, « L'expertise judiciaire en droit de la famille », *AJ famille* 2008, p. 24.

PETIT Cécile et **CHABERT** Cyril, « Acceptation judiciaire de l'applicabilité directe de la Convention de New-York », *JCP G* 2005, p. 1573.

PICHARD Marc, « A propos de l'acte d'enfant sans vie (Étude des décrets et arrêtés du 20 août 2008) », *LPA* 2008, n° 236, p. 4.

PICOT Myriam, « La participation de l'enfant victime au procès pénal », *AJ famille* 2003, p. 373.

PIERROUX Emmanuel, « "Our body, à corps ouvert", l'exposition fermée », *Gaz. Pal*. 2009, n°148, p. 2.

PIN Xavier,

- « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal, vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits* 2009, n°49, p. 83.

- « Débits de boissons », *J-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 50, 2009.

- « Les victimes d'infractions sexuelles dans le procès pénal », *Rev. pénit*. 2002, p. 687.

- « La vulnérabilité en matière pénale » *in Vulnérabilité et droit, le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, COHET-CORDET Frédérique (dir.), Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 120.

PONTON-GRILLET Dominique, « Réflexion sur les notions de minorité et de majorité en droit fiscal », *D.* 1991, p. 130.

PORTELLI Serge*,* « Crimes et délits de famille, l'État du droit », *Les Cahiers de la sécurité intérieure n°28, Violence en famille,* 1997, p. 75.

POUYANNE Julia, « Le nouveau droit pénal intéressant les mineurs, ou de la difficulté d'être entre protection et répression », *Dr. pén.* mai 2003, p. 4.

PRAT Virginie, « La preuve technique dans les contentieux informatiques », *Gaz. Pal.* 2005, p. 2454.

PROTHAIS Alain, « Vers une responsabilité pénale des parents ? » *in L'autorité parentale en question*, DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise (dir.), Presses Universitaires du Septentrion, 2003, p. 99.

PY Bruno,

- « Prostitution. Proxénétisme. Racolage », *Rép. pén. Dalloz*, 2006.

- « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *AJ pénal* 2004, p. 133.

- « Le statut de l'être humain dans le nouveau Code pénal », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, 1994, n°18, p. 69.

QUEMENER Myriam,

- « Réponses pénales face à la cybercriminalité », *AJ pénal* 2009, p. 107.

- « L'amélioration du traitement judiciaire des procédures de délinquance sexuelle sur mineurs : les préconisations du rapport Viout », *AJ pénal* 2005, p. 153.

RADE Christophe et **DUBOS** Olivier, « La pilule du lendemain exclue des établissements scolaires (à propos du CE, 30 juin 2000, Association choisir la vie) », *D*. 2000, p. 545.

RASSAT Michèle-Laure, **LEYRIE** Jacques et **LENGKET** Jean-Pierre, « Rapport de synthèse », *in L'inceste en milieu rural*, Bibliothèque criminologique, Vrin, 1978.

RASSAT Michèle-Laure,

- « Atteintes sexuelles sans violence sur mineur », J-*Cl. Pén*., art. 227-25 à 227-27, 2008.

- « Agressions sexuelles », *J-Cl. Pén*., art. 222-22 à 222-33-1, 2008.

- « Fait de favoriser la corruption d'un mineur », *J-Cl. Pén*., 2003.

- « La victime des infractions contre les personnes après l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 2000 », *Dr. pén*. 2000, chron. 12

- « Inceste et droit pénal », *JCP G* 1974, I, 261.

RAYNAUD Pierre, « L'enfant peut-il être objet de droit ? », *D.* 1988, chron. XVI.

RAYNAUD Pierre, « La puissance paternelle et l'assistance éducative », *in Mélanges offerts à René SAVATIER*, *D.* 1965, p. 807.

REDON Michel, « Délinquance sexuelle et autorité parentale : une réforme attendue », *AJ pénal* 2006, p. 34.

RENAUD-DURAND Pascale, « La prise en compte de la vulnérabilité dans le nouveau Code pénal » *in Réflexion sur le nouveau Code pénal*, LAZERGES Christine (dir.), A. Pédone, 1995, p. 125.

RENAULT Marie-Hélène, « L'ordre public et la prostitution ou l'Histoire n'est qu'un perpétuel recommencement », *RSC* 2006, p. 293.

RENUCCI Jean-François, « Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », *RSC* 2000, p. 79.

RIHAL Hervé, « L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du CE concernant les agréments en matière d'adoption », *RDSS* 1997, p. 503.

ROCA Claire, « Secret de la confession, secret professionnel et atteintes sexuelles sur mineur », *LPA* 2001, n°69, p. 10.

ROETS Damien, « L'influence des droits européens sur le droit pénal français de la sexualité », *Droits* 2009, n°49, p. 103.

ROLLAND Renaud, « La protection du mineur, victime d'infraction sexuelle », *RDSS* 1998, p. 892.

ROMAN Diane,

- « A corps défendant : la protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, p. 1284.

- « Le corps a-t-il es droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.* 2005, p. 1508.

RONDEAU-RIVIER Marie-Claire, « La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un traité mis hors jeu », *D.* 1993, p. 203.

ROQUE Julien, « La prémajorité », *Dr. Famille* 2009, étude 20.

ROSENCZVEIG Jean-Pierre,

- « Prévention de la délinquance : de la défiance à la confusion », *D.* 2006, p. 2937.

- « L'enfant : une existence propre », disponible sur : www.rosenczveig.com.

ROUJOU de BOUBÉE Gabriel et **de LAMY** Bertrand, « Contribution complémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus », *D.* 2000, p. 181.

ROUJOU DE BOUBEE Gabriel, « Essai d'une théorie générale de la justification », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1982, p. 11.

ROUMIER William,

- « Adaptation du Code pénal à la spécificité de l'inceste », *Dr. pén.* 2009, alerte 25.
- « Inceste », *Dr. pén.* 2005, alerte 78.

ROUSSEL Gildas**, «** L'absence de contrainte ne peut justifier une atteinte sexuelle », *AJ pénal* 2006, p. 306.

ROUSSET Guillaume, « Le mineur en établissement de santé, un patient d'un type particulier », *Droit, déontologie et soins*, 2004, n°3, p. 283.

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline,

- « La réception des conventions internationales par les juges français en droit de la famille », *JCP G* 1997, I, 3996.

- « L'accueil réservé par la France à la Convention internationale des droits de l'enfant », *Gaz. Pal*. 1995, doctr. p. 885.

- « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française »**,** *JCP G* 1994, I, 3739.

SAINTE Rose Jerry,

- « L'enfant à naitre peut-il être victime d'un homicide involontaire ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », *JCP G* 2001, II, 13569.

- « L'enfant à naitre : un objet destructible ou une destinée humaine », *JCP G* 2004, I, 194.

SAINT-JAMES Virginie, « Réflexion sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D.* 1997, p. 61.

SALVAGE Philippe, « Abus frauduleux de l'état d'ignorance et de faiblesse », *J.-Cl. Pén.*, art. 223-15 à 223-15-4, 2006.

SAMUEL Xavier, « Recours à la prostitution de mineurs ou de personnes particulièrement vulnérables », *J.-Cl. Pén.*, art. 225-12-1 à 225-12-4, 2006.

SERIAUX Alain, « Tes père et mère honoreras. Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain », *RTD civ.* 1986, p. 265.

SERLOOTEN Patrick, « Les qualifications multiples », *RSC* 1973, p. 45.

SERVERIN Evelyne, « Réparer ou punir ? L'interruption de grossesse accidentelle devant la CEDH », *D.* 2004, p. 2801.

SEUVIC Jean-François,

- « Chronique législative. La loi n°2004-575 du 2& juin 2004 "pour la confiance dans l'économie numérique" – Commerce électronique – communications en ligne – cryptologie – cybercriminalité – télécommunications », *RSC* 2004, p. 925.

- « Chronique législative. Circonstance aggravante générale d'usage d'un moyen de cryptologie, art. 132-79 du Code pénal », *RSC* 2004, p. 907.

- « Chronique législative. Secret professionnel : art. 226-13 et 226-14 C. pén. », *RSC* 2004, p. 389.

- « Chronique législative. Nouvelle incrimination du proxénétisme », *RSC* 2003, p. 835.

- « Chronique législative. Droit pénal des mineurs », *RSC* 2002, p. 867.

- « Variations sur l'humain comme valeurs pénalement protégées » *in Mélanges BOLZE, Ethique, Droit et dignité de la personne*, PEDROT Philippe (dir.), Economica, 1999, p. 339.

- « Chronique législative. La loi n°98-468 du 17 juin 1998 "relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs", *RSC* 1998, p. 792.

- Chronique législative. Mesure de suivi-socio judiciaire en matière d'infractions sexuelles », *RSC* 1998, p. 790.

-« Chronique législative. Protection judiciaire de la jeunesse », *RSC* 1996, p. 441.

STOUFFET Jean, « L'activité juridique du mineur non émancipé », *Mélanges Pierre VOIRIN*, LGDJ, 1967.

SURREL Hélène, « Le juge des droits de l'homme », *Dr. Famille* 2006, étude 36.

TAQUET François,

- « Les nouvelles dispositions relatives à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception », *Gaz. Pal.* 2002, n°47, p. 5.

- « Les nouvelles dispositions relatives à la contraception d'urgence », *Gaz. Pal.* 2001, n°72, p. 2.

TAVERNIER Janine, « L'enfance sans enfance », *in Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1998*, *LPA* 1999, n°237, p. 47.

TOURET DE COUCY François, « Enfance délinquante », *Rép. Pén. Dalloz*, 2005.

TOUZALIN (De) Hubert, « Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort », *JCP G* 1974, I, 2672.

TULKENS Françoise,

- « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *in* Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement, FABRE-MAGNAN Muriel, LEVINET Michel, MARGUENAUD Jean-Pierre, TULKENS Françoise, *Droits* 2009, n°48, p. 3.

- « La Commission Nationale belge contre l'exploitation sexuelle des enfants », *in Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1998*, *LPA* 1999, n°238, p. 47.

URBANSKI Pascale, « Protection de l'image du mineur », *J.-Cl. Communication*, fasc. n°3430, 2005.

VIALLA François,

- « De l'obstination dans l'acharnement », *LPA* 2010, n°66, p. 10.

- « Le refus de soins peut-il induire une discrimination ? La réforme annoncée de l'article L 1110-3 du Code de la santé publique », *Médecine & Droit*, 2009, n°94, p. 2.

- « Aux frontières de la vie : la mort comme solution », *Médecine & Droit*, 2008, n°31, p. 96.

- « L'euthanasie : libres propos d'un juriste », *Revue générale de droit médical*, 2008, p.113.

- « Responsabilité : refus transfusionnel », *D.* 2007, p. 1848.

- « Droits des malades en fin de vie », *D.* 2005, p. 1797.

- « Droits des malades et qualités du système de santé : la Loi du 04 mars 2002 », *Revue générale de droit médical*, 2004, p. 11.

VIGNAL Nancy, « L'accès au dossier médical », *LPA* 2002, n°122, p. 19.

VIRIOT-BARRIAL Dominique, « Les dispositions protectrices du mineur dans la loi du 4 mars 2002 », RJPF 2002/11, p. 6.

VITU André, « De l'illicéité en droit criminel français », *RID comp.* 1984, p. 129.

VOUIN Robert, « Permis de séduire et code pénal français », *Mélanges en l'honneur de Jean CONSTANT*, F. Genève,1971.

YVOREL Jean-Jacques, « L'enfant, la puissance paternelle et le juge au XIXe siècle », *Les Cahiers de la sécurité intérieure n°28, Violence en famille*, 1997, p. 17.

V. Notes de jurisprudence, chroniques et conclusions

ABRAHAM Ronny, concl. Sous CE, 10 mars 1995, *D.* 1995, p. 617.

ARDEEFF Isabelle, note sous Cass. civ. 1ère, 2 nov. 1996, *JCP G* 1997, II, 22749.

AUBY Jean-Bernard,

- note sous CE, 18 mars 1983, *JCP G* 1983, II, n°20111.
- note sous CA Paris, 2 juillet 1982, *Rev. pénit*. 1984, p. 100.

BARBIER Pierre, note sous TGI Paris, 6 novembre 1973, *Gaz. Pal*. 1974, I, p. 299.

BENHAMOU Yves, note sous CE, 10 mars 1995, Demirpence, *D*. 1995, p. 617.

CARBONNIER Jean,

- note sous TGI Versailles, 14 septembre 1962, *D*. 1963, p. 52.
- note sous T. civ. Lille, 18 mars 1947, *D*. 1947. p. 507

CHABERT Cyril, note sous Cass. civ. 1er, 14 juin 2005, *JCP G* 2005, II, 10115.

CHEVALIER Jean-Yves,

- note sous CA Reims, 3 févr. 2000, *D*. 2000, p. 873.
- note sous CA Rennes, 18 févr. 1993, *JCP G* 1994, II, 22210.

COMMARET Dominique, note sous Cass. crim., 12 oct. 2005, *Gaz. Pal*. 2005, p. 4082.

DEFFAINS Nathalie, note sous CEDH, 29 avril 2002, Pretty c/ Royaume-Uni, *Europe*, 2002, comm. 305.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise et **WAXIN** Anaïs, note sous Cass. crim., 24 janv. 1995, *D*. 1996, p. 384.

DE LAMY Bertrand, note sous Cass. crim., 12 oct. 2005, *Dr. Famille* 2006, comm. 72.

DENIS-LINTON Martine , concl. sous CE, 29 juillet 1994, Préfet maritime, *AJDA* 1994, p. 841.

DERHY Nicole, note sous CEDH, 25 mars 1993, Costello-Roberts c/ Royaume-Uni, *Gaz. Pal*. 1994, p. 481.

DETRAZ Stéphane, note sous Cass. crim., 12 sept. 2007, *D*. 2007, p. 2981.

DOUCET Jean-Paul, note sous Cass. civ. 1ère, 20 août 1983, *Gaz. Pal*. 1984, 2, somm. 107.

DUBAELE Thierry, note sous CA Bordeaux, 4 déc. 1991, *D*. 1993, p. 129.

EGÉA Vincent, note sous Cass. civ. 1er, 14 juin 2005, *D.* 2005, p. 1909.

EUDIER Frédérique,

- note sous Cass. crim., 11 juill. 1994, *JCP G* 1995, II, 22441.
- note sous CA Rennes, 18 févr. 1993, *JCP G* 1994, II, 22210.

FAURE Georges,

- note sous Cass. crim., 30 juin 1999, *JCP G* 2000, II, 10231.
- note sous CA Reims, 3 février 2000, *JCP G* 2000, II, 10406.
- note sous CA Lyon, 13 mars 1997, *JCP G* 1997, II, 22955.

FAVIER Yann, note sous Cass. civ. 1ère, 8 juill. 2009, *JCP G* 2009, p. 152.

FOSSIER Thierry, note sous Cass. civ. 1ère, 25 oct. 2005, *JCP G* 2005, I, 199.

FULCHIRON Hugues, obs. sous TA Lyon, 12 juin 1996, JCP G 1997, I, 3996.

GABRIEL Aurélie,

- note sous CE, 17 nov. 2006, *Gaz. Pal.* 2008, p. 29.
- note sous Cour suprême du Canada, 26 juin 2009, « *A.C. c. Manitoba* », *Gaz. Pal.* 2009, n°328, p. 25.

GARE Thierry,

- note sous Cass. crim., 7 déc. 2005, *D.* 2006, p. 1655.
- note sous Cass. civ. 1re, 12 nov. 1998, *JCP G* 1999, II, 10053.

GAURY Pierre-Jean, note sous Cass. civ. 1ère, 6 mars 1974, *D.* 1974, p. 329.

GONOD Pascale, note sous CE, 2 juill. 1993, *JCP G* 1993, II, 22133.

GOUTTENOIRE Adeline,

- note sous Cass. civ. 1ère, 25 oct. 2005, *Dr. Famille* 2006, comm. 77.
- note sous Cass. civ. 1er, 14 juin 2005, *Dr. Famille* 2005, comm. 156.

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique et **STRICKLER** Yves, note sous Cass. civ. 1er, 14 juin 2005, JCP G 2005, II, 10081.

GRANET Frédérique, note sous Cass. civ. 1ère, 5 nov. 1996, *D.* 1997, p. 161.

HAUSER Jean,

- note sous Cass. civ. 1ère, 25 oct. 2005, *RTD civ.* 2006, p. 103.
- note sous T. enfants Auch, 28 févr. 2003, *RTD civ.* 2003, p. 493.
- note sous CA Paris, 14 févr. 2002, *RTD civ.* 2002, p. 487.
- note sous Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, *RTD civ.* 2001, p. 560.
- note sous TGI Lille, 13 févr. 1998, *RTD civ.* 1999, p. 357.
- note sous Cass. civ. 1ère, 2 nov. 1996, *RTD civ.* 1997, p. 98.

HUGUENEY Pierre,

- note sous Cass. crim., 7 févr. 1957, *RSC* 1957, p. 638.
- note sous CA Rennes, 11 janv. 1949, *RSC* 1949, p. 571.

LABBÉE Xavier,

- note sous TGI Paris, 21 avril 2009, *D.* 2009, p. 1192.
- note sous TGI Arras, 27 oct. 1998, *D.* 1999, p. 511.
- note sous TGI Lille, 11 févr. 1998, *D.* 1999, p. 177.
- note sous TGI Lille, 5 déc.1996, *D.* 1997, p. 376.
- commentaire de CA Amiens, 26 nov. 1996, *LPA* 1997, n°83, p. 34.
- note sous Douai, 2 juin 1987, *JCP G* 1989, II, 21250
- note sous TGI Lille, 3 février 1987, *JCP G* 1990, II, 21447.

LAMY (DE) Bertrand, note sous Cass. crim., 12 oct. 2005, *Dr. Famille* 2006, p. 39.

LEBLOIS-HAPPE Jocelyne, note sous Cass. crim., 12 oct. 2005, *JCP G* 2006, II, 10022.

LEVASSEUR Georges,

- note sous Cass. crim., 17 nov. 1993, *RSC* 1994, p. 333.
- note sous Cass. crim., 1er févr. 1989, *RSC* 1989, p. 739.
- note sous CA Douai, 2 juin 1987, *RSC* 1989, p. 319.
- note sous T. pol. Bordeaux, 18 mars 1981, *RSC* 1982, p. 347.
- note sous Cass. crim., 25 janv. 1979, *RSC* 1979, p. 837.
- note sous Cass. crim., 11 mars 1975, *Gaz. Pal.* 1975, p. 507.

LEVENEUR Georges,

- note sous Cass. crim., 16 janv. 1974, *RSC* 1974, p. 96.
- obs. CA Rennes, 22 janv. 1970, *RSC* 1971, p. 125.

LEVINET Michel , note sous CEDH, 8 juillet 2004, *Vo c. France*, requête n° 539224**,** *JCP G* 2004, II, 10158.

LOISEAU Grégoire, note sous CA Paris, 30 avril 2009, *JCP G* 2009, n°25, p. 23.

MARECHAL Jean-Yves,

- note sous Cass. crim., 12 oct. 2005, *D.* 2006, p. 2446.
- note sous CA Douai, 11 mars 2003, *JCP G* 2004, II, 10070.

MARGUENAUD Jean-Pierre, note sous CEDH, 26 juill. 2005, *Siliadin c/ France*, *RTD civ.* 2005, p. 740.

MASSIAS Florence, note sous CEDH, 26 juill. 2005, *Siliadin c/ France*, *RSC* 2006, p. 139.

MASSIP Jacques,

- note sous Cass. civ. 1ere, 24 févr. 2006, *Gaz. Pal.* 2006, n°202, p. 17.
- note sous Cass. civ. 1ère, 5 nov. 1996, *D.* 1997, p. 587.

MAYAUD Yves,

- note sous Cass. crim., 7 déc. 2005, *RSC* 2006, p. 319.
- note sous Cass. crim., 29 mars 2006, *RSC* 2006, p. 103.
- note sous Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, *D.* 2001, p. 2917.
- note sous Cass. crim., 23 févr. 2000, *RSC* 2000, p. 610.
- note sous Cass. crim., 30 juin 1999, *RSC* 1999, p. 813.
- note sous Cass. crim., 2 déc. 1998, *D*. 2000, 32.
- note sous Cass. crim., 21 oct. 1998, *D*. 1999, p. 75.
- note sous Cass. crim., 8 oct. 1997, *RSC* 1998, p. 321.
- note sous Cass. crim., 1er mars 1995, *D*. 1999, p. 75.

MAYER Danièle,

- note sous Cass. crim., 21 oct. 1998, *JCP G* 1998, II, 10215.
- note sous Cass. crim., 16 janv. 1986, *D*. 1986, p. 265.
- note sous T. pol. Bordeaux, 18 mars 1981, *D*. 1982, p. 182.

MIRKOVIC Aude,

- note sous CA Paris, 26 févr. 2009, *JCP G* 2009, n°26, p. 9.
- note sous Cass. civ. 1ère, 17 déc. 2008, *JCP G* 2009, II, 10020.

MISTRETTA Patrick, note sous CE, 16 août 2002, *JCP G* 2002, p. 2125.

MURAT Pierre, note sous Cass. civ. 1ère, 8 juill. 2009, *Dr. Famille* 2009, comm. 108

PAGEAUD Romain, note sous T. corr. Gap, 6 janv. 1954, *JCP G* 1954, II, 8016.

PANNIER Jean, note sous TGI Toulon, 4 juin 2007, *Gaz. Pal.* 2007, n°324, p. 11.

PATIN Bernard, note sous Cass. crim., 13 déc. 1956, *D.* 1957, p. 379.

PETTITI Laurent**,** obs. sous CEDH, 26 mars 1985, *X et Y c/ Pays Bas*, *RSC* 1985, p. 629.

PEYRICAL Jean-Marc, note sous CE, 2 juill. 1993, *D.* 1994, p. 74.

PRADEL Jean, note sous CEDH, 8 juillet 2004, *Vo c. France*, requête n° 539224, *D*. 2004, p. 2456.

PROTHAIS Alain, note sous Cass. crim., 10 janv. 2006, *D.* 2006, p. 1096.

RASSAT Michèle-Laure,

- note sous Cass. crim., 25 juin 2002, *JCP G* 2002, II, 10155.
- note sous Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, *JCP G*, II, 10569.

RAYMOND Guy, note sous CA Nancy, 3 déc. 1982, *JCP G* 1983, II, 20081.

RAYNAUD Pierre, note sous CE Evry, 8 nov. 1982, *D.* 1982, p. 218.

REDON Michel**,** note sous Cass. crim., 3 oct. 2001, *D.* 2002, p. 1099.

REMILLIEUX Pascal,

- note sous Cass. crim., 29 mars 2006, *AJ pénal* 2006, p. 262.
- note sous TGI Paris, 13 janv. 2004, *AJ pénal* 2004, p. 244.

ROYER Guillaume, note sous Cass. crim., 29 mars 2006, *AJ pénal* 2006, p. 260.

SAAS Claire, note sous Cass. crim., 7 déc. 2005, *AJ pénal* 2006, p. 81.

SAINTE-ROSE Jerry, note sous Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, *JCP G*, II, 10569.

SUDRE Frédéric,

- note sous CEDH, 26 juill. 2005, *Siliadin c/ France*, *JCP G* 2005, p. 1956.
- note sous CEDH, 10 oct. 2002, *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni*, *JCP G* 2003, I, 109.

TERRE François, note sous Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, *JCP G* 1991, II, 21752.

VERON Michel,

- note sous Cass. crim., 13 janv. 2009, *Dr. pén.* 2009, comm. 44.
- note sous Cass. crim., 13 nov. 2007, *Dr. pén.* 2008, comm. 17.
- note sous Cass. crim., 12 sept. 2007, *Dr. pén.* 2007, comm. 52.
- note sous Cass. crim., 9 août 2006, *Dr. pén.* 2006, comm. 137.
- note sous Cass. crim., 6 sept. 2006, *Dr. pén.* 2006, comm. 149.

- note sous Cass. crim., 29 mars 2006, *Dr. pén.* 2006, comm. 97.
- note sous Cass. crim., 21 mars 2006, *Dr. pén.* 2006, comm. 98.
- note sous Cass. crim., 10 janv. 2006, *Dr. pén.* 2006, comm. 30.
- note sous Cass. crim., 15 nov. 2005, *Dr. pén.* 2006, comm. 29
- note sous Cass. crim., 26 oct. 2005, *Dr. pén.* 2006, comm. 73.
- note sous Cass. crim., 12 oct. 2005, *Dr. pén.* 2006, comm 6.
- note sous Cass. crim., 12 oct. 2005, *Dr. pén.* 2006, comm. 72.
- note sous Cass. crim., 19 janv. 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 55.
- note sous Cass. crim., 16 nov. 2004, *Dr. pén.* 2005, comm. 22.
- note sous Cass. crim., 10 nov. 2004, *Dr. pén.* 2004, comm. 53.
- note sous Cass. crim., 4 févr. 2004, *Dr. pén.* 2004, comm. 80.
- note sous Cass. crim., 25 juin 2002, *Dr. pén.* 2002, comm. 93.
- note sous Cass. crim., 17 oct. 2001, *Dr. pén.* 2002, comm. 14.
- note sous CA Reims, 3 févr. 2000, Dr. pén. 2000, comm. 53.
- note sous Cass. crim., 12 janv. 2000, *Dr. pén.* 2000, comm. 69.
- note sous Cass. crim., 2 déc. 1998, *Dr. pén.* 1999, comm. 83.
- note sous Cass. crim., 21 oct. 1998, *Dr. pén.* 1999, comm. 1.
- note sous Cass. crim., 8 oct. 1997, *Dr. pén.*1998, comm. 50.
- note sous CA Angers, 17 juin 1997, *Dr. pén.*1998, comm. 34.
- note sous Cass. crim., 27 mars 1996, *Dr. pén.* 1996, comm. 182.
- note sous Cass. crim., 1er mars 1995, *Dr. pén.* 1995, comm. 171.
- note sous Cass. crim., 14 novembre 1990, *Dr. pén.* 1991, comm. 105.
- note sous Cass. crim., 2 mai 1990, *Dr. pén.* 1990, comm. 297.
- note sous CA Paris, 11 sept. 1989, *Dr. pén.* 1990, comm. 48.
- note sous Cass. crim., 3 mai 1989, *Dr. pén.* 1990, comm. 52.

VINEY Geneviève, obs. sous Cass. Ass. Plen., 9 mai 1984, JCP G 1984, I, 3189.

VIGNEAU Daniel, note sous Cass. crim., 30 juin 1999, *D.* 1999, p. 710.

VITU André,

- note sous Cass. crim., 1er févr. 1990, *RSC* 1990, p. 555.
- note sous Cass. crim., 13 oct. 1986, *RSC* 1986, p. 355.
- note sous Cass. crim., 16 janv. 1986, *RSC* 1986, p. 839.
- note sous Cass. crim., 3 sept. 1985, *RSC* 1986, p. 355.

VOUIN Jean-François, note sous Cass. crim., 6 nov. 1963, *D*. 1965, p. 323.

ZELCEVIC-DUHAMEL Ana, note sous Cass. civ 1ère, 19 sept. 2007, *JCP G* 2008, II 10026, p. 31.

VI. Colloques, conférences et communications

BRUEL Alain, « L'exploitation de l'image de l'enfant en France », in Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1998, *LPA* 1999, n°238, p. 14.

DEFRANCE Bernard, « Les droits de l'enfant dans la famille et dans les institutions : dangereux défis ou nouvel âge de la démocratie ? », *Troisième journée d'étude DEI France*, 15 novembre 2003, Paris.

GOUTTENOIRE Adeline, « Colloque "Enfance et justice". Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », *Dr. Famille* 2006, étude 29.

VII. Rapports

ALFANDARI Elie, **DEKEUWER-DEFOSSEZ** Françoise, et autres, Rapport au secrétaire d'Etat à la Famille, aux Personnes âgées et aux Rapatriés, La documentation française, 1993.

Assemblée Nationale,

- Rapport n°594, « Tendant à la création de délégations parlementaires aux droits des enfants », févr. 2003.

- Rapport n°2121, « PEZET ».

- Rapport n°2977, « Relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception », mai 2001.

Comité Consultatif National d'Éthique, Avis n°88 sur « Les méthodes de détermination de l'âge à des fins juridiques », juin 2005, http://www.ccne-ethique.fr/avis.php.

RASSAT Michèle-Laure, **LEYRIE** Jacques et **LENGKET** Jean-Pierre, *Rapport de synthèse : l'inceste en milieu rural*, Bibliothèque criminologique, Vrin, 1978.

Sénat,

- Rapport d'information « Sur le projet de loi tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale », janv. 2007, n°177.

- Rapport d'information « L'adolescence en crise », avril 2003, n°242.

- Rapport d'information « Délinquance des mineurs : la République en quête de respect », juin 2002, n°340.

VARINARD André, Président de Commission, Rapport : « Adapter le justice pénale des mineurs – Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions », La documentation française, 2009.

PARTIE II : LITTERATURE NON JURIDIQUE

I. Ouvrages

A. Dictionnaires, encyclopédies et lexiques

DI FOLCO Philippe (dir.), *Dictionnaire de la pornographie*, PUF, 2005

DUCROT Oswald et **SCHAEFFER** Jean-Marie, *Nouveau dictionnaire encyclopédique des sciences du langage*, Seuil, coll. « Points », 1995.

MOUNIN Georges, *Dictionnaire de la linguistique*, PUF, coll. « Quadrige », 4è éd., 2004.

LOVE Brenda B., *Dictionnaire des fantasmes, perversions et autres pratiques de l'amour*, Blanche, 1992.

REY André (dir.), *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert, 2006.

ROUSSEAU Jean-Jacques, *L'Émile ou de l'éducation*, Flammarion, coll. « GF »,1999.

Trésor de la langue française, http://atilf.atilf.fr/tlf.htm

B. Autres ouvrages

ARIES Philippe, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Seuil, coll. « Histoire », 1973.

BAUD Jean-Pierre, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Seuil, 1993.

BENTHAM Jérémy, *Essai sur la pédérasterie*, Question de genre-GKC, rééd., 2003.

BENSUSSAN Paul et **RAOULT** Florence, *La dictature de l'émotion ; la protection de* l'enfance et ses dérives, éd. Belfond, 2002.

BLATIER Catherine, *La délinquance des mineurs. L'enfance, le psychologue, le droit*, Presses Universitaires de Grenoble, 2è éd. 2002.

BONNET Gérard, *Défi à la pudeur. Quand la pornographie devient l'initiation sexuelle des jeunes*, Albin Michel, 2003.

CAMPAGNA Robert, *La pornographie, l'éthique et le droit*, L'harmattan, 1998.

DAOUST Valérie, *De la sexualité en démocratie : l'individu libre et ses espaces identitaires*, PUF, coll. « Sociologie d'aujourd'hui », 2005.

DE SINGLY François (dir.), *Enfants adultes, vers une égalité de statuts ?*, Universalis, 2004.

DOLTO Françoise et **DOLTO-TOLITCH** Catherine, *Paroles pour adolescents ou le complexe du homard*, Hatier, 1990.

DOLTO Françoise,

- *Les étapes majeures de l'enfance*, Gallimar, coll. « Folio essais », 1998.

- *La cause des enfants*, Robert Laffon, coll. « Livre de poche », 1985.

DONZELOT Jacques, *La police des familles*, Les éditions de minuit, coll. « Reprise », 2005.

FOUCAULT Michel,

- *Histoire de la sexualité*, *Le souci de soi*, t. 3, Gallimard, 1984.

- *Histoire de la sexualité, L'usage des plaisirs*, t.2 , Gallimard, 1984.

- *Histoire de la sexualité, La volonté de savoir*, t.1 , Gallimard, 1976.

GOLGSTEIN Joseph, **FREUD** Anna et **SOLNIT** Albert , Avant d'invoquer l'intérêt de l'enfant…, E.S.F., 1983.

IACUB Marcela et **MANIGLIER** Patrice, Antimanuel d'éducation sexuelle, Bréal, 2005.

IACUB Marcela,

- Par le trou de la serrure, Fayard, 2008.

- Le crime était presque sexuel, et autres essais de casuistique juridique, Flammarion, 2002.

KHAÏAT Lucette et **MARCHAL** Cécile (dir.), Enfance dangereuse, enfance en danger ? », Erès, 2007.

MACHIELS Christine et **PIERRE** Eric, *La prostitution des mineur(e)s au XX*è *siècle*, Presses Universitaires de Rennes, coll. « Revue Histoire Enfance Irrégulière », 2009.

MEYER Philippe, *L'enfant et la raison d'état*, Seuil, coll. « Politique », 1977.

OGIEN Ruwen, *Penser la pornographie*, PUF, 2003.

PIAGET Jean, *Le jugement moral chez l'enfant*, PUF, 1932.

PIAGET Jean (en collaboration avec Barbel Inhelder), *La psychologie de l'enfant*, PUF, 1966.

POULIN Richard, *La mondialisation du sexe*, Imago, 2005.

PY Bruno et **SPITZ** Elisabeth (sous la dir.), *Questions d'évaluation en santé*, Presses Universitaires de Nancy, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2009.

RAYMONDIS Louis-Marie et **LE GUERN** Michel, *Le langage de la Justice pénale*, CNRS, 1976.

REVERDY Pierre, *En vrac*, Flammarion, 1989.

ROUSSEAU Jean-Jacques, *L'Émile ou de l'éducation*, Flammarion, 1999.

THIERCÉ Agnès, *Histoire de l'adolescence (1850-1914)*, éd. Berlin, coll. « Histoire de l'éducation », 1999.

TRUCHE Pierre, *Juger, être jugé. Le magistrat face aux autres et à lui-même*, Fayard, 2001.

TWINN Francesca, *Miscellanées du Sexe*, éd. Contre-Dires, 2007.

II. Articles

Amnesty international, « L'intérêt supérieur de l'enfant. Les droits humains et l'administration de la justice pour les mineurs », sept. 1998.

BAJOS Nathalie et **BOZON** Michel, « Les violences sexuelles en France : quand la parole se libère », *Population et sociétés*, mai 2008, n°445, p 1.

BOISSEL *Anne et* ***MIGNON*** *Pascal, « L'enfant et son corps »,* in GRAPE, La lettre de l'enfance à l'adolescence*, n°58, p. 1*

COMAILLE Jean-Jacques, « L'autorité parentale en question », *in L'autorité parentale en question*, DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise (dir.), Presses Universitaires du Septentrion, 2003

De SINGLY François, « Le statut de l'enfant dans la famille contemporaine », *in Enfants – adultes. Vers une égalité de statuts ?*, DE SINGLY François (dir.), éd. Universalis, coll. « Le tour du sujet », 2004, p 21.

De SINGLY François, « La cause des enfants », *in Enfants – adultes. Vers une égalité de statuts ?*, DE SINGLY François dir.), éd. Universalis, coll. « Le tour du sujet », 2004, p 30.

DAVIDOVITCH André, « Essai d'une définition sociologique de l'âge », *in Seuil d'âge et législation pénale. Contribution à l'étude du problème des jeunes adultes délinquants*, BESSON Alain (dir.), p. 43.

DEFFAINS Bruno et **MERCIER-YTHIER** Jean, « Analyse économique du don d'organes », *in Questions d'évaluation en santé*, Presses Universitaires de France, PY Bruno et SPITZ Elisabeth (dir.), coll. « Santé, qualité de vie, handicap », 2009, p 71.

HURET Marie, « Ces enfants qu'on prostitue en France », *L'Express*, 13 décembre 2001.

ISAMBERT-JAMATI Viviane, « L'âge social et la durée des obligations éducatives – l'image que s'en font les français d'aujourd'hui », *in Seuil d'âge et législation pénale. Contribution à l'étude du problème des jeunes adultes délinquants*, BESSON Alain (dir.), Cujas, 1961, p 88.

KING Mickael et **KRATZ** Catherine, « La notion d'intérêt de l'enfant en droit : vecteur d'intégration ou d'interférence ? », *Droit et société*, 1992, n°22, p. 607.

MARZANO Michela, « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *Droits*, n°48, 2009, p. 109.

MEMMI Dominique, « Faire parler : une nouvelle technique de contrôle des corps ? L'exemple de l'avortement », *Justices - Dossier « Le corps humain saisi par la justice »*, Hors série, mai 2001, p 78.

MICHARD Henri, « Quelques aspects des processus de maturation sociale dans la société française de 1960 », *in Seuil d'âge et législation pénale. Contribution à l'étude du problème des jeunes adultes délinquants*, BESSON Alain (dir.), p. 87.

NASIO Juan David, « Le discours de l'adolescent : une contribution au concept d'adolescent », *Figures de la psychanalyse*, 2004, n°9, p. 67.

YOUF Dominique, « Repenser le droit pénal des mineurs », Esprit, oct. 2000, p. 87.

ZUCKER Jean-Michel, **QUINTANA** Erica, **PACQUEMENT** Hélène, **DOZ** François, **ORBACH** Daniel, **MICHON** Jean, « Comment continuer à soigner un adolescent que l'on a renoncé à guérir », *INFOKara*, 2003, n°2, vol. 18.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GENERALE **1**

PARTIE 1 : LA PROTECTION DU CORPS DE LA PERSONNE MINEURE **29**

Titre 1 : Corps et minorité, objets de la protection **33**
Chapitre 1 : Une définition plurielle de la minorité 35
Section 1 : Une définition dichotomique de la minorité 36
I – Le mineur victime, l'utilisation alternative des seuils d'âge 37
A – La minorité comme condition préalable à l'infraction 37
1 – La minorité de dix-huit ans 38
2 – La minorité de quinze ans 41
a – Les comportements portant atteinte à la santé des mineurs 42
b – Les comportements portant atteinte à la sexualité des mineurs 44
B – La minorité comme circonstance aggravante de l'infraction 45
1 – La minorité de dix-huit ans comme circonstance aggravante 46
2 – La minorité de quinze ans comme circonstance aggravante 48
II – Les mineurs victimes, l'utilisation cumulative des seuils d'âge 50
A – Les actes pouvant mettre en danger la santé des mineurs 50
B – Les actes pouvant mettre en danger la sexualité des mineurs 52
Section 2 : Une définition évolutive de la minorité 54
I – Une responsabilité pénale progressive selon l'âge du délinquant mineur 55
A – Le point de départ de la responsabilité pénale, la minorité pénale 55
1 – La détermination de la minorité pénale par le discernement 56
2 – Le recours au seuil d'âge pour déterminer la minorité pénale 59
3 – Une responsabilité pénale par paliers d'âge 61
a – Une sanction déterminée par l'âge du délinquant 61
b – Une procédure adaptée à l'âge du délinquant 63
c – Une détention ajustée en raison de la minorité du détenu 66
B – Une minorité subjective, la prise en compte de l'apparence 69
1 – La minorité inconnue, la détermination scientifique de l'âge 69
2 – La minorité, un statut modulé par l'apparence 72
a – L'apparence de minorité facilitant la répression 73
b – L'apparence de majorité empêchant la répression 74
Chapitre 2 : Une définition extensive du corps du mineur 80
Section 1 : Une définition nécessairement globale 81
I – Le corps humain appréhendé au travers de la personne humaine 82
A – Les principes fondant l'intégrité physique de la personne 82
B – La reprise par le droit pénal des principes fondant l'intégrité physique de la personne 85
II – Le corps humain appréhendé indépendamment de la personne humaine 90
A – L'appréhension du corps vivant par ses éléments 90
B – L'appréhension du corps sans vie 93
Section 2 : Une définition spécifiquement étendue 96
I – Un corps en « construction » 96
A – La santé du mineur, les fondations de la construction 97
B – Une prévention des atteintes à la santé des mineurs, les garanties de la construction 100
II – Un corps virtuel 103
A – La lutte contre une exploitation sexuelle du corps des mineurs 104
B – Du virtuel à l'imagination, de l'image à la représentation 105
C – Le caractère pornographique de l'image ou de la représentation 107

Titre 2 : La vulnérabilité, justification de la protection **115**
Chapitre 1 : Une vulnérabilité inhérente à la minorité 119
Section 1 : Une vulnérabilité présumée des mineurs de quinze ans 120
I – Une vulnérabilité absolue 120
A – Une vulnérabilité physique et psychique 121
B – Les manquements aux obligations de protection de la vulnérabilité des mineurs 125
II – Une présomption de vulnérabilité maintenue au delà de quinze ans 129
A – Une présomption de vulnérabilité psychique maintenue jusqu'à dix-huit ans 130
B – Une présomption de vulnérabilité maintenue sur des éléments connexes à la minorité 132
Section 2 : Une vulnérabilité à prouver pour les mineurs de plus de quinze ans 135
I – Une vulnérabilité particulière des mineurs de quinze à dix-huit ans 136
II – Un traitement identique de la minorité et de la particulière vulnérabilité 138
Chapitre 2 : Une adaptation conséquente des modalités de poursuite 144
Section 1 : Une spécificité dans la révélation des infractions 145
I – La dénonciation d'infraction sur mineur, une obligation collective 146
A – Une dénonciation générale en matière criminelle 146
B – Une dénonciation spécifique aux mineurs de quinze ans en matière délictuelle 148
C – Une dénonciation préventive spécifique aux mineurs de quinze ans 153
II – La dénonciation, dérogation au secret professionnel 155
A – Une dénonciation choisie 155
B – Une dénonciation obligatoire 159
Section 2 : Une spécificité dans la poursuite des infractions 162
I – L'aménagement du constat de l'infraction en raison de la minorité de la victime 162
A – L'audition de victime mineure 163
1 – L'enregistrement des auditions 164
2 – L'assistance du mineur lors de l'audition 167
B – La vérité sort-elle de la bouche des enfants ? 170
II – Un aménagement des modalités de poursuites des infractions 172
A – La représentation du mineur victime et le droit d'ester en justice 173
B – Une extension des poursuites dans le temps et dans l'espace 177
1 – Des dérogations à la compétence territoriale 177
2 – Une extension des poursuites dans le temps 180

PARTIE 2 : L'AUTONOMIE DE LA PERSONNE MINEURE SUR SON CORPS 189

Titre 1 : Une autonomie relative **193**
Chapitre 1 : Une autonomie générale limitée 197
Section 1 : Une autonomie personnelle corporelle 198
I – La notion d'autonomie personnelle 199
A – La libre disposition de son corps : composante de la vie privée 199
B – La libre disposition de son corps, un droit relatif pour les personnes mineures 203
II – Une autonomie personnelle corporelle contestée 208
A – Les décorations corporelles 208
B – Des mesures spécifiques aux mineurs en matière de santé publique 210
1 – L'interdiction de la vente et de l'offre à titre gratuit d'alcool aux mineurs 210
2 – L'interdiction de la vente et de l'offre à titre gratuit de tabac aux mineurs 212
C – La volonté du mineur concernant ses funérailles 214
Section 2 : Une autonomie personnelle sexuelle 216
I – Un droit d'entretenir des relations sexuelles reconnu aux mineurs 217
A – Une autonomie sexuelle fixée à quinze ans 218
1 – Une prohibition de principe de la sexualité des mineurs de quinze ans 219
2 – Une liberté de principe de la sexualité des mineurs de quinze à dix-huit ans 223
a – Une liberté limitée initialement par les seuls faits incestueux 223
b – Une extension des restrictions aux personnes ayant autorité sur le mineur 225
B – La portée du consentement de la personne mineure en matière sexuelle 227
II – Un droit sous surveillance 232
A – Les limites tenant aux mobiles de la « victime » 233
B – Les limites tenant aux modalités d'exercice de la sexualité 238
Chapitre 2 : Une autonomie en matière médicale étendue 248

Section 1 : Une autonomie corporelle initialement limitée aux actes médicaux liés à la sexualité 250
I – Les actes médicaux liés à la contraception 251
A – Un accès à la contraception progressivement acquis 251
B – Un libre accès à la contraception d'urgence 255
II – Les actes médicaux liés à la grossesse 259
A – L'interruption de la grossesse de la femme mineure 259
1 – L'interruption volontaire de grossesse (IVG) de la femme mineure 259
2 – L'interruption médicale de grossesse 265
B – La poursuite de la grossesse : l'accouchement 266
Section 2 : Une autonomie corporelle étendue au droit commun des actes médicaux 270
I – Le consentement exclusif du mineur 271
A – Un consentement affirmé dans la demande de soins 271
B – Un consentement discuté dans le refus de soins 276
1 – Un consentement négocié pour le refus de soins courants 276
2 – Une volonté contestée pour le refus de soins en fin de vie 279
II – Une volonté détachée du consentement : le droit d'opposition du mineur pour les actes médicaux sans bénéfice thérapeutique 282
A – Une interdiction tempérée pour les dons d'organe, de moelle osseuse ou de sang 284
1 – Le mineur donneur d'organe 284
2 – Le mineur donneur de moelle osseuse 286
3 – Le mineur donneur de sang 288
B – Une participation limitée du mineur aux recherches biomédicales 289

Titre 2 : Une autonomie à renforcer 300
Chapitre 1 : Les modalités d'acquisition d'une autonomie corporelle 304
Section 1 : Une autonomie corporelle acquise à l'adolescence 305
I – Une notion empruntée aux autres sciences humaines 305
A – L'adolescence, une préoccupation contemporaine 306
B – Une étape de maturation physique et psychologique 309
II – Une transposition délicate mais nécessaire en droit pénal 312
A – Une transposition effective en Droit pénal des mineurs 313
1 – Une responsabilité pénale progressive 313
2 – Un droit pénal processuel en perte de spécificité 317
B – Une transposition à parfaire en droit pénal de fond 321
Section 2 : Une autonomie corporelle acquise par une prémajorité 324
I – Le choix des moyens, une prémajorité corporelle 324
A – Une prémajorité corporelle adaptée à la sphère pénale 324
B – La détermination du seuil de la prémajorité corporelle 330
II – Une prémajorité corporelle fixée à quinze ans 333
Chapitre 2 : Les modalités d'exercice d'une autonomie corporelle 341
Section 1 : Une prémajorité corporelle en matière pénale 342
I – Une prémajorité corporelle intégrée en Droit pénal de fond 343
A – La mise en péril de la santé des mineurs 345
1 – La santé mise en péril par autrui 345
2 – La santé mise en péril par le mineur lui-même 348
B – La mise en péril de la moralité des mineurs 353
1- De la corruption de mineur 354
2- Des atteintes sexuelles 356
3- Du recours à la prostitution de mineurs 360
II – Une prémajorité corporelle inadaptée aux mineurs délinquants 363
Section 2 : Une prémajorité corporelle en matière médicale 369
I – Les actes pour lesquels le mineur dispose d'une capacité décisionnelle autonome non limitée 370
A- Des actes médicaux visant à sauvegarder la santé de l'enfant 371
B- De l'interruption de grossesse des mineures 373
C- De l'accouchement des mineures 375
II – Les cas où la capacité décisionnelle du mineur est niée 376
III – Les actes médicaux pour lesquels le mineur dispose d'un droit d'opposition 379
A- De la participation des mineurs au don d'organe, de moelle osseuse ou de sang 380
B- De la participation des mineurs à la recherche biomédicale 385

CONCLUSION GENERALE **395**

BIBLIOGRAPHIE **401**

TABLE DES MATIERES **443**