

A. QUELLES VULNÉRABILITÉS ?

LA NOTION DE VULNÉRABILITÉ ET SA CONSÉCRATION PAR LE DROIT

par Frédérique Fiechter-Boulevard

Maître de conférences à l'Université Pierre Mendès France, Grenoble II

«Là, Pâris lui décocha une flèche,... et qui toucha son pied au seul endroit qui chez lui pouvait être blessé. A sa naissance, sa mère Thétis voulant le rendre invulnérable, l'avait plongé dans l'eau du Styx; mais elle était négligente, elle oublia de mouiller le talon du pied par lequel elle le tenait. Il mourut... »¹.

La mythologie nous enseigne qu'Achille ne saurait échapper à sa condition humaine; la vulnérabilité est le propre de l'homme. Bien que ne figurant pas parmi les notions philosophiques², la vulnérabilité imprègne l'esprit des philosophes. Certains le clament avec pertinence, tel Sénèque dans son discours sur la brièveté de la vie : « Vous vivez comme si vous alliez toujours vivre, jamais votre vulnérabilité ne vous effleure l'esprit, vous ne remarquez pas tout le temps qui est déjà écoulé »³. D'autres, sans user du terme de «vulnérabilité», rappellent à chacun sa condition de mortel. Ainsi, Pascal : «En écrivant ma pensée, elle

1. E. Hamilton, *La Mythologie*, Marabout Histoire, 1978, p. 232.

2. Les dictionnaires de philosophie sont silencieux à ce propos.

3. Sénèque, *De la brièveté de la vie*, Rivages Poche, p. 14.

m'échappe quelquefois; mais cela me fait souvenir de ma faiblesse, que j'oublie à toute heure; ce qui m'instruit autant que ma pensée oubliée, car je ne tends qu'à connaître mon néant »⁴.

Ainsi perçue, la vulnérabilité de l'être humain le conduit à sa fin, inexorablement. Cependant, la signification de ce vocable n'est pas réductible à cette première approche; l'homme est vulnérable parce que mortel mais la vulnérabilité n'est pas synonyme de mortalité. Précisément, la vulnérabilité est le caractère de ce qui est vulnérable, adjectif qui signifie «qui peut être blessé»⁵. Cette définition renvoie à l'idée de risque : «La souffrance nous menace de trois côtés : dans notre propre corps qui, destiné à la déchéance et à la dissolution, ne peut même se passer de ces signaux d'alarme que constituent la douleur et l'angoisse; du côté du monde extérieur, lequel dispose de forces invincibles et inexorables pour s'acharner contre nous et nous anéantir; la troisième enfin provient de nos rapports avec les autres êtres humains. La souffrance issue de cette source nous est plus dure peut-être que toute autre... »⁶. Ainsi, la vulnérabilité prend une double signification puisqu'elle renvoie d'une part à l'idée de mortalité et, d'autre part, à l'idée de souffrance. Sous ces deux acceptions, la vulnérabilité peut être qualifiée de certaine : c'est une donnée en soi qui résulte nécessairement de la condition d'être humain et qui peut être étendue à tout organisme vivant⁷. En ce sens, la vulnérabilité est un risque pour tous. Elle se présente à la fois comme un danger éventuel, plus ou moins prévisible⁸, et une issue fatale, le premier prenant naissance dans les rapports qu'entretiennent les hommes entre eux, la seconde étant l'expression de la nature humaine. Tout individu est exposé à la souffrance. L'éventualité ne se perçoit ici qu'en tant qu'incertitude sur le moment, non sur l'état.

-
4. Pascal, *Pensées*, Livre de Poche, n°100; certaines pensées relatent parfois plus nettement cette notion de vulnérabilité : «Nous ne tenons jamais au présent... C'est que le présent, d'ordinaire, nous blesse», n° 168; dans le même sens, Schopenhauer : «Mais la nature aurait beau faire, et même le bonheur : quel que soit un homme, quel que soit son bien, la souffrance est pour tous l'essence de la vie, nul n'y échappe», *Le monde comme volonté et comme représentation*, PUF, 15^e éd. 1998, p. 397.
 5. Sous Vulnérable, *vulnerabilis*, de *vulnerare* : «blesser», *Dictionnaire étymologique du français*, Les usuels du Robert; Dictionnaire Littré, Dictionnaire Petit Robert dans lequel est ajouté «1° – frappé par un mal physique; 2° – au moral, qui peut être facilement atteint, se défend mal». Cette définition renvoie au terme Fragilité : «facilité à être altéré, détérioré, détruit».
 6. S. Freud, *Malaise dans la civilisation*, PUF, 7^e éd., 1979, p. 21.
 7. En ce sens, la vulnérabilité dépasse la distinction juridique qui oppose les personnes et les biens. Ce sont les concepts de vie et de mort qui constituent les critères de l'existence de la vulnérabilité. Un enfant seulement conçu peut être considéré comme un être vulnérable avant sa naissance; c'est une personne potentielle selon le Comité national d'Éthique (J. Carbonnier, *Droit civil, Les personnes*, «Thémis», PUF, 20^e éd., 1996, n° 13). La vérification de l'existence de la personnalité juridique n'est pas nécessaire à la constatation de l'état de vulnérabilité. De même, bien que l'animal soit considéré comme une chose, les critères précédents permettent d'affirmer sa vulnérabilité.
 8. Telle est la définition du risque, dictionnaire *Petit Robert*.

Soumis à la vulnérabilité, les êtres humains se regroupent afin de conjurer leur faiblesse : l'homme est un être social⁹ et le groupe dans lequel il s'insère est un remède social à un mal individuel. Source de protection, le groupe peut par ailleurs alimenter cette fragilité. Ce n'est pas dire que le groupe donne naissance à la vulnérabilité car cet état préexiste aux relations humaines. Simplement, le groupe favorise l'expression de la vulnérabilité dans ses différentes formes. Le risque d'être blessé apparaît comme une forte probabilité du fait de la coexistence des hommes. La confrontation des individus peut révéler la vulnérabilité mais elle n'en est pas la source.

C'est ce qui fait la différence entre la vulnérabilité et l'inégalité, deux notions que l'on serait tenté de rapprocher. Il semble pourtant qu'elles ne sauraient être confondues. La première est chargée de subjectivisme alors que la seconde est objective. «Le terme égalité implique division et partage»¹⁰, et l'inégalité s'apprécie par comparaison. La vulnérabilité ne suppose pas nécessairement une analyse comparative. La confrontation permet l'expression d'un état préexistant. En revanche, et cela malgré les difficultés qu'il y a à la définir¹¹, l'inégalité n'apparaît que dans la comparaison, elle n'est pas un état en soi.

Là où il y a groupement d'individus, le droit apparaît. Il se présente comme un instrument dont la vocation première est d'organiser les rapports entre eux¹². «Le droit n'a pas sa source dans l'homme isolé; il naît des rapports de l'homme avec ses semblables. Si un individu pouvait exister seul, il n'aurait pas la notion du droit, car celui-ci suppose nécessairement le contact de plusieurs individus. C'est le groupement des hommes, c'est-à-dire la société, qui lui donne naissance»¹³. A ce titre, la vulnérabilité certaine telle qu'elle vient d'être précisée s'inscrit-elle au rang des notions juridiques? En la matière, et à l'heure actuelle, les dictionnaires juridiques sont silencieux sur cette notion¹⁴. Cependant, cette première approche n'a pas échappé aux juristes.

Définissant l'homme comme un être incomplet parce que son existence est limitée, Henri Capitant se propose d'exposer les règles juridiques à la lumière de cette imperfection¹⁵. Ainsi, par exemple, le droit des successions corrige cet état

9. H. Capitant : «L'homme isolé n'existe pas, il est une hypothèse», *Introduction à l'étude du droit civil*, Pédone, 5^e éd., 1927, p. 23, n° 1.

10. J.-M. Trigeaud, *Personne humaine et droit*, Arch. Philo. Droit, Sirey, 1991, T. 36, p. 235.

11. Sur la difficulté qu'il y a à définir l'égalité, voir Aristote, *La politique, L'homme, animal civique*, Denoël, p. 144; «On s'accorde aisément sur l'égalité des choses. C'est sur celle des personnes que s'élèvent des contestations...», précité, p. 145.

12. H. Capitant : «Le droit apparaît partout où il y a un groupement d'êtres humains; il n'y a pas de société possible sans droit», *op. cit.* p. 23, n° 1.

13. H. Capitant, *loc. cit.*, n° 10.

14. En ce sens, G. Comu, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, 7^e éd., 1998 ; *Lexique des Termes juridiques*, Dalloz, 12^e éd., 1999.

15. H. Capitant, précité, p. 11.

de fait par un ensemble de règles¹⁶. Est-ce à dire pour autant que la notion de vulnérabilité présente un quelconque intérêt pour la matière juridique ? A ce stade, on peut en douter car si l'on se contente de la vulnérabilité certaine, le juriste a de quoi être embarrassé. La vulnérabilité est une donnée commune à tous les êtres vivants et, en cela, les hommes sont égaux. C'est parce que l'homme est par nature un être vulnérable qu'il est un être social et c'est parce qu'il est un être social qu'il a recours aux règles de droit. C'est l'esprit tout entier de la matière juridique qui est dominé par cet état ; la vulnérabilité de l'homme précède l'esprit des lois¹⁷.

Cette attitude de rejet systématique de la vulnérabilité dans le droit est pourtant excessive et il convient d'affirmer que cet état trouve sa place dans les règles juridiques. La vulnérabilité est susceptible de degrés et si dans son acception première elle ne peut qu'envahir inutilement le droit, il peut en être différemment s'agissant d'une seconde analyse.

Une certaine vulnérabilité, et non plus une vulnérabilité certaine, est susceptible d'intéresser le juriste alors que le droit est imprégné de règles qui la consacrent. C'est en ce sens que Monsieur Dejean de la Batie relève l'existence de notions qui «portent en elles-mêmes un contenu humain incontestable, un certain poids de réalité sensible» qui s'ajoutent et se distinguent de celles ayant un contenu essentiellement normatif¹⁸. Pour autant, cette constatation ne peut à elle seule conduire à l'affirmation de la consécration de la vulnérabilité au rang des concepts juridiques. Deux points méritent réflexion. Le premier point intéresse l'apparente utilité de la notion qui inspire des mécanismes connus du droit. Même s'ils ne visent pas expressément la vulnérabilité, ils la consacrent implicitement. Ainsi, la vulnérabilité ne présenterait un intérêt qu'autant elle se distingue d'autres notions voisines. Le second point concerne l'émergence d'un concept à part entière. Le juriste est conduit à s'interroger sur les effets d'une référence explicite à la notion de vulnérabilité alors que le législateur, et parfois le juge, emploient ce terme.

Faut-il affirmer qu'une nouvelle notion est née ? Tout pousse à le croire. Pourtant, l'émergence d'un concept nouveau présente un risque, celui de se confondre avec la première acception de la vulnérabilité. Cela conduirait à élargir démesurément les régimes de protection tels qu'ils existent. On peut alors douter de l'utilité d'un nouveau concept surabondant.

16. Le droit des successions dans son ensemble régit les conséquences de la vulnérabilité ; la transmission du patrimoine du défunt est la principale préoccupation de la matière. Le décès est un fait défini comme étant «tout ce qui arrive, tout ce qui se produit, tout événement», L. Leveneur, «Le fait», *Vocabulaire fondamental du droit*, Arch. Philo. Droit, Sirey, 1990, p. 143, n° 2. Cette définition rejoint la première acception de la notion de vulnérabilité : c'est un état lié à la condition humaine.

17. De la même manière, c'est ce qui fait sa fragilité : «La fragilité du droit tient à la condition humaine. C'est une condition de mortel», J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 1994, p. 397.

18. N. Dejean de la Bâtie, «Appréciation *in abstracto* et appréciation *in concreto* en droit civil français», LGDJ 1965, n° 9.

S'il est indéniable qu'une certaine vulnérabilité est prise en compte par le droit (I), il est néanmoins douteux qu'un concept juridique puisse être consacré (II).

I

DES MANIFESTATIONS DE LA VULNÉRABILITÉ EN DROIT

L'être vulnérable, qui par définition est susceptible d'être blessé¹⁹, trouve dans la matière juridique de nombreuses planches de salut²⁰. L'existence de ces différents mécanismes de protection s'explique par la diversité des formes de la vulnérabilité. C'est pourquoi le plus grand nombre des manifestations de la vulnérabilité en droit s'exprime de manière implicite (A) par le recours à des notions, certes plus précises, mais qui toutes renvoient à la définition de ce vocable. Ce n'est que plus rarement que l'on constate une référence directe et explicite à la vulnérabilité (B).

A. La référence implicite à la vulnérabilité

Dans le système juridique, la notion d'individu vulnérable renvoie sans aucun doute à celle de victime. Cependant il existe une différence de degrés dans l'apparition du dommage. Alors que la victime a subi un préjudice matériel ou moral, la personne vulnérable n'est, par son état, qu'exposée à un risque. La personne vulnérable est susceptible d'être blessée, la victime l'a été de manière effective. Ainsi, si le dommage peut rétroactivement faire apparaître la vulnérabilité de la victime, il n'atteindra pas nécessairement la personne vulnérable. Est-ce à dire que la référence aux règles de droit consacrant implicitement la vulnérabilité doit se limiter à l'exposé des dispositions protectrices permettant d'éviter la survenance du dommage ? Nous ne le pensons pas. Il existe deux catégories de règles selon que la vulnérabilité est appréciée *a priori* (1) ou *a posteriori* (2).

1. UNE APPRÉCIATION *a priori*

Avant que le dommage ne se réalise, la personne vulnérable n'est qu'une victime potentielle, victime «sans dommage, sans responsable... qui n'a pas encore subi de dommage mais qui à raison de son état, de sa faiblesse ou d'une situation particulière risque de se trouver particulièrement exposée»²¹. Si la

19. Définition précitée note n° 5.

20. Les illustrations qui suivront ne sont pas, dans leur diversité, exhaustives. Leur intérêt, dans une étude qui se veut généraliste, est d'explorer l'utilité d'un nouveau concept dans l'ensemble du droit privé.

21. F. Alt Maes, «Le concept de victime en droit civil et en droit pénal», *Rev. sc. crim.* 1994, p. 35, voir p. 49.

formule peut surprendre, il n'en demeure pas moins qu'elle peut faire l'objet de nombreuses applications dans le droit positif.

En droit des personnes tout d'abord, et nonobstant l'existence de la personnalité juridique, l'article 16 du code civil dispose que la loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. Consacré dans le code civil par une loi bioéthique du 29 juillet 1994, ce principe avait été préalablement affirmé dans l'article 1^{er} de la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, une manière de rappeler que ce n'est qu'en cas de nécessité et dans les conditions et limites légales qu'une telle atteinte est justifiée²². A la fois dans son principe et dans son exception, la loi entend prendre en considération la vulnérabilité dans ses manifestations divergentes; s'il s'agit de protéger le fœtus par respect de la vie²³, il s'agit également de permettre à la femme enceinte, que son état place dans une situation de détresse, de demander à un médecin l'interruption de sa grossesse²⁴. L'état de détresse de la femme enceinte apparaît alors comme l'expression d'une certaine vulnérabilité, fait justificatif qui permet un acte qui, sans elle, serait illicite par respect de la protection de principe accordée à un être naturellement vulnérable par son défaut d'autonomie, bien qu'en vie.

Toujours en cette même matière, les incapables mineurs ou majeurs bénéficient d'une protection particulière. Parce qu'ils sont particulièrement vulnérables, soit en raison de leur manque de maturité, soit en raison d'une pathologie, le droit prévoit un arsenal de dispositions. Le législateur a eu pour souci de prendre en considération cet état comme une donnée qui s'impose à lui; parce qu'un enfant est mineur il mérite d'être particulièrement protégé par des mesures préventives telles que la représentation. Un ensemble de dispositions doit permettre de conjurer les risques auxquels est exposé par nature le mineur ou le majeur incapable. Les incapacités apparaissent comme la traduction juridique d'une vulnérabilité préalablement tenue pour acquise par le droit.

Le droit de la famille permet également d'illustrer ces propos. Lorsque l'article 240 du Code civil permet à l'époux défendeur à l'action en divorce pour rupture de la vie commune d'établir que le divorce, s'il était prononcé, aurait, «soit pour lui, compte tenu notamment de son âge et de la durée du mariage, soit pour les enfants, des conséquences matérielles et morales d'une exceptionnelle dureté», il prend assurément en considération une certaine forme de vulnérabilité.

22. L'interruption volontaire de grossesse demeure un délit puni par l'article 223-11 du Code pénal. Voir J. Roche-Dahan, «L'interruption volontaire de grossesse en droit civil français» dans *Le droit, la médecine et l'être humain : propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^e siècle*, A. Sériaux (et al.), P.U. Aix-Marseille, 1996.

23. Ce principe ne semble pouvoir s'étendre à la matière pénale. Alors qu'un arrêt de la cour d'appel de Lyon avait tenté une avancée considérable en condamnant pour homicide involontaire un médecin ayant provoqué la mort d'un fœtus suite à une imprudence, la Cour de cassation devait finalement sanctionner cette solution par respect du principe de l'interprétation stricte en droit pénal. Elle condamnait ainsi l'affirmation implicite selon laquelle l'embryon devait être traité comme un être humain; CA Lyon, 13 mars 1987, *JCP* 1997, II, 22955, note G. Fauré; Cass. crim. 30 juin 1999, *Deffrénois*, 1999, art. 37047, note Ph. Malaurie.

24. Art. L.162-1 du Code de la santé publique.

L'exceptionnelle dureté du divorce est un risque que l'article 240 permet d'éviter au profit de deux catégories de personnes pour lesquelles l'âge participe à la reconnaissance d'une certaine vulnérabilité; l'époux tout d'abord dont l'âge associé à la durée du mariage est un critère essentiel auquel les juges ajoutent parfois une considération liée à l'état de santé²⁵; les enfants ensuite.

Ce concept de victime potentielle est présent dans d'autres domaines tel celui de la responsabilité civile. Certaines dispositions, bien qu'elles concernent la réparation d'un dommage causé, prennent en compte un état préexistant au dommage. Ainsi en est-il de la loi de 1985 sur les accidents de la circulation qui prévoit un régime particulier pour les victimes, mineurs de moins de seize ans, personnes de plus de soixante dix ans ou celles, quel que soit leur âge, ayant un taux d'incapacité permanente ou d'invalidité au moins égal à 80%²⁶.

Le droit de la consommation veille de la même manière à protéger les consommateurs perçus comme une catégorie de personnes vulnérables. L'existence de cette matière permet d'affirmer qu'il est des personnes pour lesquelles on tient pour acquis qu'elles sont en situation de faiblesse. En ce sens, le consommateur appartient à une catégorie de personnes dont on présume l'état de vulnérabilité. C'est l'esprit tout entier de la matière qui repose sur le constat d'une faiblesse présumée²⁷ et cela malgré les critères objectifs tirés de la notion de consommateurs : personnes qui se procurent ou utilisent des biens ou des services pour un usage non professionnel²⁸. La jurisprudence témoigne de cette apparente contradiction qu'il y a à définir objectivement un état de faiblesse qui, par nature, a un contenu subjectif, à propos de l'extension possible de la notion de consommateur. Certaines décisions ont admis qu'une société pouvait bénéficier de la loi sur les clauses abusives parce qu'elle était dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur²⁹. La référence faite à l'inexpérience assure l'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, relatif aux clauses abusives; l'état d'ignorance est non seulement excusable mais également déterminant dans la mise en œuvre de la protection. Plus récemment, pourtant, la jurisprudence adoptait un critère objectif tiré du rapport direct du contrat souscrit avec l'activité professionnelle exercée pour accorder ou

25. En ce sens, TGI Compiègne, 26 octobre 1976, *Gaz. Pal.*, 1977, 1, 199 (2^e espèce), note M. Brazier.

26. «La loi du 5 juillet 1985 tend à l'amélioration de la situation des victimes les plus vulnérables en raison de leur absence de protection, contre les conséquences d'un choc avec un véhicule à moteur», C.A. Rouen, 20 février 1986, *Gaz. Pal.*, 1986, 2, somm., p. 380; dans le même sens, Cass. 2^e civ., 16 octobre 1985, *Gaz. Pal.*, 1987, 2, 432.

27. En ce sens, J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 4^e éd., n°18 : « L'existence du droit de la consommation se fonde, à mon avis, sur une triple constatation : a) les consommateurs sont naturellement en position de faiblesse vis-à-vis des professionnels; b) la loi a pour fonction de protéger le faible contre le fort; c) le droit civil classique est impuissant à assurer la protection des consommateurs ».

28. Définition proposée par la commission de refonte de droit de la consommation, in J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, précité n° 3 et s.

29. Cass. 1^{re} civ., 28 avril 1987, *Bull. civ.* I, n° 134.

refuser l'application du régime de protection³⁰. Cette évolution a marqué une tendance restrictive des juges dans l'appréhension de la notion de consommateur.

Quoi qu'il en soit, que l'on admette ou non une définition élargie de ce terme, et quels que soient les critères de la notion, l'existence même d'un régime de protection renforcée par rapport au droit commun au profit des personnes économiquement faibles atteste de la prise en compte d'une vulnérabilité préalablement admise.

Loin d'être exhaustifs, ces différents exemples permettent d'affirmer qu'une certaine vulnérabilité intéresse le juriste³¹. Les illustrations précédentes, diverses dans leur domaine d'application, ont ceci de commun qu'elles consacrent très clairement un état en soi, indépendant de toute confrontation à autrui, mais qui fragilise l'intéressé dans ses rapports avec autrui. Si certaines règles peuvent avoir pour objet d'éviter la survenance d'un dommage, tel l'article 240 du Code civil, d'autres influent sur le sort réservé à la personne vulnérable, victime d'un dommage, telle la loi de 1985. Mais dans tous ces cas, c'est l'état préexistant, un postulat *a priori*, qui gouverne le choix du législateur.

L'état préexistant de vulnérabilité qui fait de la personne une victime potentielle³² est pris en compte par le juriste en principe avant la survenance du dommage, étant entendu que celui-ci ne se réalisera peut-être jamais, mais parfois aussi une fois le dommage réalisé. La vulnérabilité n'est plus une donnée préalablement acquise. Bien qu'elle précède toujours le dommage, elle se révélera au moment de sa réalisation. En ce sens, la vulnérabilité préexiste au dommage mais peut apparaître *a posteriori*.

2. UNE APPRÉCIATION *a posteriori*

La survenance d'un dommage peut faire apparaître l'état de vulnérabilité d'une personne. Le risque, élément constitutif de la vulnérabilité, s'est réalisé. Fragilisé par un état particulier, l'intéressé a subi un dommage et c'est à l'occasion de la prise en compte de ce dommage qu'apparaîtra cet état préexistant. Ce n'est pas dire que la réalisation de tout dommage renvoie nécessairement à la vulnérabilité. Dans ce cas, on consacrerait la vulnérabilité de manière générale dans sa signification première de vulnérabilité certaine, proposition qui a été rejetée précédemment³³. Tout individu risque à un moment donné de subir un

30. Cass. 1^{re} civ., 24 janvier 1995, *Bull. civ.* I, n° 54.

31. En ce sens, voir Th. Fossier, « Droits de la défense et personnes vulnérables », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 57 : la transposition de la notion de personne vulnérable « au droit privé n'est pas interdite ; elle inspire indirectement quelques propositions doctrinales ou textes civils supralégaux ou paralégaux. Ainsi, l'adulte malade, infirme ou très âgé, l'enfant orphelin ou en danger constituent tout un ensemble de sujets de droits, homogène en ce que l'autorité publique leur doit une protection renforcée... », n° 3.

32. Sur la victime potentielle, concept abstrait que le droit n'ignore pas, et sur les différentes conceptions de cette notion par le droit, voir F. Alt Maes, précité, p. 49.

33. *Supra* pp. 13-14.

dommage, ce qui ne doit pas signifier que toute personne est par là même vulnérable au sens où le droit consacre parfois cette notion. Il s'agit là encore de ne retenir que les illustrations faisant référence à une certaine vulnérabilité.

Les hypothèses sont ici plus larges que les précédentes; il ne s'agit plus de se limiter aux personnes dont la vulnérabilité est une caractéristique préétablie parce que leur état de faiblesse est pris en compte en tant que tel. Il s'agit d'analyser les mécanismes qui permettent de mettre en évidence une vulnérabilité préexistante révélée rétrospectivement par le dommage.

Tel est le cas, par exemple, en matière de responsabilité civile dans le domaine particulier des troubles du voisinage. Si la jurisprudence écarte par principe l'existence d'un tel trouble lorsque seules des considérations subjectives de la victime sont à l'origine de celui-ci, les juges ajoutent parfois à l'analyse purement objective de l'anormalité du trouble subi qui repose sur l'examen des circonstances de lieu, une appréciation subjective; l'appréciation *in concreto* de l'anormalité du trouble permet alors de prendre en considération les prédispositions particulières de la victime, traditionnellement écartées du domaine de la responsabilité civile³⁴. Cependant, cela reste du domaine de l'exception même si l'on peut affirmer que le dommage subi est plus ou moins important selon que la victime est une personne plus ou moins vulnérable³⁵. L'appréciation portant sur des données subjectives ne doit pas conduire à une prise en compte excessive des faiblesses de l'individu. L'appréciation *in abstracto* vient garantir le respect de règles morales prééxistantes : « Dès lors que l'on se réfère à des règles qui sont indépendantes de la structure humaine et transcendantes par rapport à celle-ci, qui portent leur valeur en elles-mêmes, il est évident que les variations de cette structure humaine ne sauraient en remettre en cause le bien-fondé »³⁶.

La même prudence s'impose en matière contractuelle dans laquelle l'expression d'une certaine vulnérabilité est prise en considération³⁷. La formation du contrat est soumise à un ensemble de règles protectrices du consentement. Dès

34. En ce sens, V. Gaillot-Mercier, «Le trouble de voisinage», *Rép. civ. Dalloz* 1994, n° 46 et s.; pour certains, «une personne qui connaît la faiblesse de son voisin commet manifestement une faute en n'en tenant pas compte... Il s'agit là d'une règle générale de conduite qui s'applique non seulement dans les troubles du voisinage, mais en tous domaines» : J.-C. Montanier, *L'incidence des prédispositions de la victime sur la causalité du dommage*, Th. dactylographiée, Grenoble, 1981, p. 21, XIII; *infra* n° 36.

35. N. Dejean de la Bâtie : «Quand le droit prévoit la réparation d'un dommage, il est évident que celui-ci, toutes choses égales d'ailleurs, peut être plus ou moins important selon qu'il a été subi par une personne plus ou moins vulnérable», précité, n° 214.

36. N. Dejean de la Bâtie, précité, n° 181.

37. Le Professeur Dejean de la Bâtie fait la même constatation qu'en matière de responsabilité délictuelle : «De même encore, si l'on considère les règles protectrices tendant à assurer la liberté du consentement dans la formation des actes juridiques, on observera inévitablement que les individus de caractère faible ou de jugement limité risquent, plus que d'autres, de se voir entraînés à souscrire des engagements ne répondant pas à leur volonté profonde, et ont par conséquent besoin de protection dans des cas où d'autres, psychologiquement mieux armés, ne risqueraient pas de voir leurs intérêts compromis», précité, n° 214.

lors que le consentement donné ne répond pas aux exigences de la loi, le contrat est susceptible de disparaître de la scène juridique et tout se passe comme s'il n'avait jamais existé. La nullité apparaît comme une sanction particulièrement grave en raison de ses effets rétroactifs et le législateur entend ne l'admettre que dans des hypothèses qu'il définit à l'article 1109 du Code civil³⁸. Ainsi, le contractant victime d'un dol dispose de l'action en nullité relative et de l'action en responsabilité civile délictuelle, étant entendu qu'il a la possibilité de les cumuler ou de n'en retenir qu'une. Cependant, et par souci de ne pas exposer le contrat à une sanction trop facile, la jurisprudence traditionnelle n'admet que le mauvais dol comme source de nullité. Le droit ne protège pas celui qui ne fait pas preuve d'esprit critique³⁹. En ce sens, ce n'est pas toute forme de vulnérabilité qui est prise en compte mais une certaine vulnérabilité⁴⁰. La vulnérabilité inspire la protection, laquelle est assortie d'une limite constituée par l'erreur inexcusable.

Le même raisonnement peut être suivi à propos de la violence si celle-ci est «de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent»⁴¹. L'appréciation de la violence est une appréciation *in concreto* ; les juges prendront en compte l'état de vulnérabilité qui est le siège d'une violence productive d'effet⁴².

38. Article 1109 du Code civil : « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ».

39. En ce sens, H.-J. et L. Mazeaud, par F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, 9^e éd. Montchrestien, 1998, n° 191. De même, J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF 1994, p. 314 : « Le bon dol est l'astuce du marchand qui vante outrageusement sa marchandise. S'il est toléré et tolérable, c'est qu'il est entré dans les mœurs : par une double accoutumance, la conscience de la faute s'érousse chez le vendeur, l'incrédulité défensive se développe chez l'acheteur. Ainsi, le *dolus bonus* ne franchit-il pas la barre de la juridicité. La distinction des deux catégories est une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, derrière laquelle il n'est pas déraisonnable d'entrevoir une appréciation de l'opinion publique elle-même ».

40. Cette analyse pourrait se heurter à l'opinion de certains qui voient dans le régime applicable au dol un mécanisme de sanction envers l'auteur des manœuvres plus que des règles de protection en faveur de celui dont le consentement a été vicié (en ce sens, H.-J. et L. Mazeaud, par F. Chabas, précité, n° 191 : « ... si le dol est pris en considération, c'est en raison de la faute consciente de son auteur »). Si tel était le cas, la vulnérabilité du contractant trompé ne présenterait aucun intérêt. Selon nous, le dol ne saurait être dissocié des autres vices du consentement et notamment de l'erreur spontanée qui laisse au contractant dans l'erreur la possibilité de requérir la nullité de la convention et, cela, en l'absence de toute faute de la part de l'autre contractant. C'est dire que l'on ne peut faire abstraction de l'aspect protecteur de ces règles.

41. Article 1112 du Code civil.

42. A ce propos, voir G. Khairallah : « ... un danger ou une menace dérisoire ne doivent pas être pris en considération au sens de ce texte (article 1112 C. civ.), car une personne raisonnable n'y cèdera pas », « Le raisonnable en droit privé français », *RTD civ.* 1984, p. 439, n° 16. L'appréciation du vice de violence se fera en considération de la personne qui en est victime. A cet égard, la loi fait référence à l'âge, au sexe et à la condition des personnes (Art. 1112, al. 2). Les juges apprécient l'expérience ou l'inexpérience, l'état psychiquement fragile ou encore l'affaiblissement dû à la maladie, autant de critères permettant de vérifier si la victime pouvait résister à une intimidation.

Alors que dans ces exemples la victime est exposée aux agissements d'autrui, on peut s'interroger sur la prise en compte de la vulnérabilité lorsque l'un des contractants s'est trouvé seul dans l'erreur. Là encore, le législateur ne permet pas de quitter le contrat pour n'importe quel motif. C'est en effet une forme de vulnérabilité qui est prise en compte de manière implicite. Parce que c'est un état en soi, intrinsèque à l'individu, il peut se révéler en dehors de toute sollicitation malveillante d'autrui. L'erreur, même si elle doit revêtir une certaine importance, révèle une certaine vulnérabilité chez celui qui l'a commise.

Cet aperçu de droit des contrats illustre la révélation de la vulnérabilité préexistante au vice du consentement par la découverte de ce dernier. L'individu dans l'erreur, dans la crainte ou l'ignorance, qu'il soit mineur ou majeur, protégé ou non, est dans une situation précaire. Sa naïveté excusable est un état qui rappelle une certaine vulnérabilité. A ce titre, le droit offre des mécanismes qui le protègent à la fois dans ses rapports avec autrui et contre lui-même, comme c'est le cas lorsqu'une erreur spontanée l'a poussé à consentir. Mais, parce que la sécurité contractuelle ne doit pas souffrir d'une prise en compte excessive de cet état d'ignorance ou de soumission à autrui qui place le contractant dans une situation de faiblesse, la loi et le juge veillent à maintenir un seuil acceptable au-delà duquel l'ignorance ou la faiblesse ne sont plus excusables⁴³.

C'est donc avec précaution que la règle de droit tient compte d'une certaine vulnérabilité. Qu'il s'agisse de la prise en compte implicite de la vulnérabilité envisagée *a priori* ou *a posteriori*, le constat s'impose. Ainsi en est-il du mineur qui n'a pas atteint son plein développement intellectuel et physique : «Le moment où l'homme acquiert l'aptitude à diriger lui-même ses affaires varie, en réalité, avec chaque individu. Mais le commerce juridique ne saurait se contenter de cette constatation purement subjective ; la sécurité des rapports exige que le droit fixe une règle uniforme, et détermine l'âge auquel prend fin la minorité et commence la majorité, c'est-à-dire la période de pleine capacité »⁴⁴. De la même manière, la vulnérabilité est une notion subjective qui ne saurait être prise en compte que dans les limites imposées par la loi et interprétées par le juge.

Cela se vérifie d'autant plus lorsque la référence à la vulnérabilité se fait de manière explicite.

43. Ainsi, une erreur est jugée inexcusable compte tenu de la personnalité de l'acheteur, amateur d'art appartenant à un milieu social élevé qui ne pouvait se méprendre sur la signification «attribué à Courbet», Cass. 1^{re} civ., 16 décembre 1964, *D.* 1965, p. 136; de même, en matière de dol, une simple exagération ne suffit pas à caractériser le mauvais dol, surtout lorsque les acheteurs sont eux-mêmes, en principe, des experts en matière de vente commerciale de billes de bois : TGI Avesnes, 5 février 1964, *Gaz. Pal.*, 1964, 1, 421.

44. H. Capitant, précité, n° 139.

B. La référence explicite à la vulnérabilité

Si un certain nombre de règles juridiques contiennent des notions proches de la vulnérabilité, peu en revanche utilisent explicitement ce terme (1). Mais c'est en raison de l'affluence des décisions jurisprudentielles dans lesquelles les juges constatent l'état de vulnérabilité d'une partie au procès que l'on peut s'interroger sur la portée d'une telle notion en droit (2).

1. LES RÉFÉRENCES TEXTUELLES

La notion de personne vulnérable est apparue en droit positif dans le droit pénal⁴⁵. Pas moins de dix-neuf incriminations y font référence, soit au titre d'un élément constitutif de l'infraction, soit au titre d'une circonstance aggravante. En particulier, l'article 313-4 du Code pénal dispose que «l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, pour obliger ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 2500000 F d'amende»⁴⁶. L'article 222-4 prévoit quant à lui que les actes de tortures et de barbarie sont punis de «trente ans de réclusion criminelle lorsqu'ils sont commis) de manière habituelle sur un mineur de quinze ans ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur». Ces dispositions apportent de précieuses informations sur la notion de vulnérabilité.

45. Th. Fossier, précité, n° 3; J. Grynbaum et D. Safar, «Le nouveau code pénal : droit et société», *Problèmes politiques et sociaux*, La documentation française, n° 741, p.2.

46. Par application de ce texte, le juge relève des signes de détérioration intellectuelles des victimes âgées de 86 et 84 ans placées dans une situation de dépendance à l'égard de leur aide ménagère, auteur de l'infraction, Cass. crim. 30 avril 1986, *Bull. crim.* 1996, n° 175. Pour d'autres exemples, à propos de l'attentat à la pudeur : Cass. crim. 15 juin 1983, *Bull. crim.* 1983, n° 455; Cass. crim., 30 juin 1993, *Gaz. Pal.*, 1993, 2, somm., p. 470, note J. P. Doucet; en matière de viol, Cass. crim., 18 décembre 1991, *Gaz. Pal.*, 1992, 1, somm., p. 178; Cass. crim., 3 septembre 1991, *Gaz. Pal.*, 1992, 1, somm., p. 38, note J.-P. Doucet; Cass. crim. 8 juin 1994, *Bull. crim.* 1994, n° 226; Cass. crim. 4 janvier 1990, *Bull. crim.* 1990, n° 1; sur l'état de vulnérabilité, état préexistant aux faits et non conséquence de ces faits en matière de viol, Cass. crim. 17 octobre 1984, *Bull. crim.* 1984, n° 308; sur les questions à poser à la cour d'assises et notamment sur le caractère apparent de la vulnérabilité, Cass. crim. 11 décembre 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 461.

En premier lieu, elles confortent l'analyse selon laquelle la vulnérabilité ne saurait être prise en compte de manière générale : la vulnérabilité certaine de tout être humain, si elle est indiscutable, présente un contenu trop flou dont ne peut se satisfaire la matière juridique⁴⁷.

En second lieu, elles précisent le contenu d'une certaine vulnérabilité. Les textes cités à titre d'exemples renvoient à une « particulière vulnérabilité »⁴⁸. Sera prise en compte la vulnérabilité due à l'âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse. Cela ne signifie pas que la vulnérabilité s'apparente à ces différents états : ceux-ci constituent l'assise d'une certaine faiblesse qui doit être prise en considération lors du prononcé de la peine. De la même manière, la minorité apparaît comme la source spécifique d'une certaine vulnérabilité. Celle-ci comprend naturellement l'état de vulnérabilité sans que le juge soit tenu de la vérifier; à une notion subjective, le législateur substitue une notion définie objectivement, la majorité permettant d'atteindre la pleine capacité et faisant disparaître du même coup l'état de vulnérabilité intrinsèque à l'état de minorité. Le majeur, qui par principe est juridiquement capable, ne sera considéré comme vulnérable qu'à partir du moment où l'un des cas énoncés par le texte est établi : son grand âge, sa maladie, son infirmité, sa déficience physique ou psychique ou, pour la femme, son état de grossesse.

Cette liste limitative assure au juge une grande latitude dans l'appréciation de l'état caractérisant la vulnérabilité. Les différents qualificatifs permettront de relever l'état de vulnérabilité dès lors que la santé physique ou psychique d'un individu se trouve diminuée pour quelque cause que ce soit.

Cette consécration directe de la vulnérabilité par le droit pénal nous enseigne deux choses. D'une part, la personne dont l'état est tel qu'il facilite la commission d'une infraction justifie que l'auteur de celle-ci soit puni, soit à raison d'une incrimination spécifique, soit au titre d'une circonstance aggravante. D'autre part, la vulnérabilité, qui s'apprécie en la personne de la victime, produit ses effets en la personne de celui qui profite de cet état. Dans d'autres cas, c'est la personne elle-même qui verra sa situation modifiée au regard de son état de vulnérabilité. La jurisprudence offre des exemples en ce sens.

47. *Supra* pp. 13-14. La rédaction de certains textes peut être équivoque sur ce point. Le législateur n'a pas toujours pris le soin de préciser ce que recouvre la vulnérabilité à laquelle il fait référence; ainsi, l'article 225-13C.P. : « Le fait d'obtenir d'une personne, en abusant de sa vulnérabilité ou de sa situation de dépendance, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli est puni de deux ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende »; dans le même sens, article 225-14 du Code pénal.

48. Dans le même sens, voir les articles 221-4, 222-8, 222-10, 222-12, 222-13, 222-14, 222-24, 222-29, 225-7, 311-4, 312-2 du Code pénal.

2. LES RÉFÉRENCES JURISPRUDENTIELLES

Certaines décisions font expressément référence à la vulnérabilité et l'on peut s'interroger sur l'émergence d'une nouvelle notion en droit. On connaît en effet le rôle créateur de droit des décisions rendues par les tribunaux. Même s'il est trop tôt pour affirmer que la jurisprudence est créatrice en la matière qui nous occupe, il n'empêche qu'elle a le mérite d'inciter à poser la question⁴⁹. En effet, il est des décisions qui font référence à un concept autonome par rapport aux règles juridiques existantes; la constatation de l'état de vulnérabilité est dénuée de toute référence textuelle bien qu'elle assure l'application d'une disposition existante.

Ainsi en est-il en matière d'incapacité soit qu'il s'agisse de se prononcer sur l'annulation d'un contrat, soit qu'il s'agisse d'assurer un régime de protection. En premier lieu, la Cour de cassation approuve l'annulation d'un acte de donation portant sur la nue propriété d'une maison et consenti par une mère à trois de ses filles au détriment d'une quatrième. Alors qu'il était établi que la mère présentait une altération de ses facultés mentales qui ne lui permettait plus de donner valablement son consentement, les juges relèvent l'influence exercée par les bénéficiaires de la donation «durant cette période de grande vulnérabilité»⁵⁰. Deux points méritent d'être relevés. D'une part, les juges emploient un qualificatif; il ne s'agit pas seulement d'un état de vulnérabilité mais d'une grande vulnérabilité⁵¹, ce qui permet de donner toute sa force à l'existence d'un trouble mental lors de la passation de l'acte. D'autre part, les articles 489 et 489-1 du Code civil ne font aucune référence à l'état de vulnérabilité⁵². Seule l'existence d'un trouble mental est visée par les textes, étant entendu que la jurisprudence retient tous les troubles mentaux quelle que soit leur origine. L'état de vulnérabilité peut alors constituer le terrain favorable à tout trouble mental. Cependant, certaines décisions ont pu décider de l'annulation d'un contrat portant sur la vente d'un bien immobilier en l'absence de tout trouble mental. La violence, source d'annulation du contrat, paraît être plus facilement admise du fait de l'état de vulnérabilité du contractant victime. C'est ainsi que les juges ont prononcé

49. La jurisprudence a un caractère évolutif; « constituée par une suite de précédents, elle peut s'adapter aux changements des circonstances ou aux modifications survenues dans les représentations sociales», M. Virally, *La pensée juridique*, Panthéon Assas, LGDJ 1998, p.167.

50. Cass. 1^{re} civ. 23 mai 1995, Jurislique Lamy S.A.

51. L'emploi de ce qualificatif renvoie à la distinction proposée entre la vulnérabilité certaine et une certaine vulnérabilité; *supra* p. 14.

52. Article 489 *al.* 1 du Code civil : « Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. Mais c'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte »; Article 489-1 C.civ. : « Après sa mort, les actes faits par un individu, autres que la donation entre vifs ou le testament, ne pourront être attaqués pour la cause prévue à l'article précédent que dans les cas ci-dessous énumérés : 1° – Si l'acte porte en lui-même la preuve d'un trouble mental; 2° – S'il a été fait dans un temps où l'individu était placé sous la sauvegarde de justice; 3° – Si une action avait été introduite avant le décès aux fins de faire ouvrir la tutelle ou la curatelle ».

l'annulation de la vente d'un bien immobilier consentie par une femme qui, séparée de son époux et ayant à charge ses enfants, était vulnérable⁵³.

En second lieu, lorsqu'il s'agit de justifier l'existence d'un régime de protection, le juge, outre l'avis d'un médecin, constate, par exemple, que l'importance d'un patrimoine immobilier difficile à gérer et l'isolement dans lequel vivait l'intéressée, rendaient celle-ci particulièrement vulnérable⁵⁴.

Bien que les règles en matière d'incapacité constituent un domaine propice à l'examen de l'état de vulnérabilité, celui-ci est également manifeste en matière de responsabilité civile. C'est ainsi qu'un père voit sa responsabilité retenue sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, pour avoir gravement manqué à ses obligations de père et abusé de l'autorité dont la loi l'investit en se livrant sur sa fille à des attouchements, à un âge où celle-ci était particulièrement vulnérable⁵⁵. Par ces exemples, on constate que dans toutes les espèces citées, l'individu à l'égard duquel les juges vérifient l'état de vulnérabilité est un mineur ou un majeur atteint d'un trouble mental. Il est indéniable que l'amoindrissement des facultés intellectuelles pour quelque cause que ce soit établit par lui-même l'état de vulnérabilité de l'intéressé. Cependant, c'est parfois de manière plus objective qu'est relevée la vulnérabilité d'un individu.

Faisant référence au comportement passé d'un avocat ayant abandonné l'exercice de sa profession après une première expérience qui s'est soldée par un échec, les juges relèvent qu'une inactivité professionnelle totale depuis six ans et la vulnérabilité que révèle son comportement passé sont un handicap à la reprise d'une activité d'avocat exercée à titre indépendant, qui implique une entière responsabilité à l'égard des clients⁵⁶. L'état de vulnérabilité constaté justifie le refus d'une réinscription au tableau des avocats. Cette décision est particulièrement intéressante : l'analyse de la vulnérabilité est détachée de toute référence à l'âge de l'individu. L'émergence d'une certaine faiblesse, qui a nécessairement un contenu subjectif, est permise par un examen de critères objectifs; c'est le comportement qui prime sur toute autre considération : abandon de l'exercice de la profession, échec d'une première expérience, inactivité professionnelle pendant une longue durée. Bien qu'elles soient plus rares, les décisions qui présentent la vulnérabilité comme état opposable à l'intéressé n'en sont que plus attractives. Celle qui vient d'être citée donne à la vulnérabilité une perspective d'application plus large, non seulement dans la détermination d'un concept, mais aussi dans le régime applicable qui ne se limite plus à une protection.

53. Cass. 3^e civ. 13 janvier 1999, *D.* 2000, p. 76, note C. Willmann.

54. Cass. 1^{re} civ. 12 juillet 1994, *D.* 1994, I.R., p. 230, *Bull. civ.* 1994, 1, n° 251; Dans le même sens, Cass. 1^{re} civ. 25 juin 1991, *Gaz. Pal.*, 1992, 1, panor., p. 9, à propos d'une personne incapable de la moindre autocritique en raison d'une intoxication alcoolique, ce qui la rendait particulièrement vulnérable.

55. TGI Nanterre, 31 mai 1991, *Gaz. Pal.*, 1992, 1, 144, note B. Cukier.

56. CA Paris, 26 février 1992, *D.* 1994, somm., p. 133.

L'examen de ce panorama de jurisprudence nous conduit tout naturellement à affirmer que la vulnérabilité s'inscrit dans le droit, non seulement parce que le législateur s'est soucié de protéger les personnes particulièrement vulnérables, mais aussi parce que le juge, par le pouvoir d'appréciation qui est le sien, a recours à la vulnérabilité pour motiver ses décisions. Si l'intention du législateur circonscrite à des domaines particuliers a pu inspirer le juge dans sa démarche, il reste à savoir si l'élargissement jurisprudentiel est le bienvenu. Plus exactement, l'état de vulnérabilité tel qu'il apparaît dans ses différentes applications laisse-t-il entrevoir une possibilité de généralisation? C'est de la découverte d'un concept qu'il est question.

II

DE LA DÉCOUVERTE D'UN CONCEPT

« Pour pénétrer dans le droit, les faits ont besoin d'être «conceptualisés» »⁵⁷. Et toute la question, pour ce qui nous intéresse, est de savoir si la vulnérabilité mérite d'accéder au rang des concepts juridiques. L'énoncé des différentes manifestations de la vulnérabilité dans le droit peut le laisser penser. La vulnérabilité figure ça et là, implicitement ou explicitement. Une théorie générale consacrant la notion de vulnérabilité permettrait de regrouper les différentes formes de vulnérabilité qui méritent l'attention du juriste. Pourtant, la tâche peut être délicate à plus d'un titre. D'une part, et en l'état actuel du droit, la prise en compte de l'état de vulnérabilité se limite à une certaine vulnérabilité. C'est la particularité qui justifie l'examen d'une certaine faiblesse et non l'appréciation d'une vulnérabilité quelconque : particularité et conceptualisation semblent antinomiques. Cette première constatation est confortée par la difficulté qu'il y a, malgré l'exposé des différentes manifestations de la vulnérabilité dans le droit, de percevoir l'émergence d'une notion nouvelle (A). D'autre part, et à supposer que cette conceptualisation soit envisageable, on peut douter de son utilité (B). Le droit, en effet, semble être doté de règles suffisantes pour assurer la protection des personnes particulièrement vulnérables.

A. L'émergence d'une notion nouvelle

Envisagée dans sa particularité, la vulnérabilité prend différents aspects, chacun recouvrant des notions techniques soumises à des mécanismes juridiques précis et diversifiés. Lorsque le législateur a pris l'initiative de viser expressément l'état de vulnérabilité, comme élément constitutif d'une infraction par exemple, il s'est également soucié de préciser ses différentes formes⁵⁸. L'émergence d'une nouvelle notion n'est alors pas caractérisée. Les précisions

57. M. Virally, précité, p. 16.

58. *Supra* p. 23.

l'emportent sur la formulation plus générale visant la «particulière vulnérabilité» : la règle spéciale prime sur le concept général de vulnérabilité. Le juge prendra soin de rechercher quelle peut être l'expression de la vulnérabilité et ne se limitera pas à faire le constat d'une faiblesse quelconque.

De la même manière, lorsque ce n'est qu'implicitement que la loi fait référence à une certaine forme de vulnérabilité, c'est celle-ci précisément qui doit être relevée par le juge. Ainsi en est-il par exemple de l'état de détresse de la femme enceinte, le recours à l'interruption volontaire de grossesse étant subordonné à la constatation de cet état. Or, l'état de détresse semble recouvrir des hypothèses plus étroites⁵⁹ que la vulnérabilité entendue dans un sens courant; il est l'expression aiguë de l'état de vulnérabilité.

L'exposé de certaines décisions laisse apparaître que la tâche des juges ne s'est pas limitée à une application scrupuleuse des textes qui permettent de limiter l'état de vulnérabilité à des formes légales. C'est parfois sans aucune assise textuelle que le juge a pris la liberté de faire référence à l'état de vulnérabilité. Pour autant, peut-on affirmer qu'un rôle autonome doit être reconnu à la vulnérabilité de telle manière que l'appréciation du juge permettrait le forçage de mécanismes qui, sans elle, n'auraient pas été admis? Nous ne le pensons pas. Dans les exemples précédemment cités⁶⁰ l'état de vulnérabilité semble avoir été invoqué de manière surabondante. Ainsi, par exemple, lorsque que le juge constate l'existence d'un trouble mental au moment de la formation du contrat, toute autre considération tirée de l'état de vulnérabilité est incidente et techniquement inutile. L'annulation se justifie par l'existence d'un trouble mental, expression d'un état particulier de vulnérabilité. Techniquement inutile, la référence faite à l'état de vulnérabilité n'en est pas moins juridiquement exacte; la règle de droit a vocation à protéger certaines personnes particulièrement vulnérables. Cependant, le fait de viser cet état de vulnérabilité n'a aucune incidence sur la solution juridique qui se satisfait des règles plus précises telles qu'énoncées par la loi.

Ainsi, il n'est pas contradictoire d'affirmer à la fois que la vulnérabilité est prise en considération par la matière juridique et qu'elle ne constitue pas un concept nouveau. Les décisions qui auraient pu nous laisser penser que la vulnérabilité est une notion juridique en soi nous révèlent, après analyse, qu'il n'en est rien. L'émergence de la vulnérabilité au rang des concepts juridiques autonomes n'est pas réalisée et ne semble pas être réalisable. Le concept n'est pas à créer, il existe en l'état dans le droit positif, et cela même si les régimes sont diversifiés. Cette diversité s'explique par la divergence de but des diverses disciplines concernées; il est certain que le droit pénal n'envisage pas la personne vulnérable de la même manière que le droit civil.

59. Le Littré définit la détresse comme étant le «dénouement extrême, le danger pressant».

60. *Supra* p. 24 et s.

Outre le défaut de toute manifestation révélant l'apparition d'une notion nouvelle, il est un autre argument qui se heurte à une généralisation de la prise en compte de l'état de vulnérabilité. Il ne semble pas, en effet, qu'une telle conceptualisation présente une utilité pour la matière juridique.

B. L'utilité d'une notion nouvelle

A supposer que la conceptualisation de la vulnérabilité dans le droit soit encore envisageable, il faut vérifier qu'elle présente un intérêt. L'évolution du droit peut le laisser penser; la technique juridique semble s'y opposer.

En premier lieu, en effet, l'apparition du terme de vulnérabilité dans le droit semble être la traduction d'une évolution du droit, ou tout au moins des mentalités qui précèdent l'établissement de la règle de droit. La mouvance du droit, qui n'est pas chose nouvelle, est le reflet de la mouvance sociale magistralement dénotée par Monsieur Carbonnier : « Entre le juridique et le moral on est en train de créer une morale d'Etat. C'est une impression de fluidité qu'assez souvent on éprouve en analysant certains comportements individuels, quand on essaie de discerner de quel ordre ils relèvent, du juridique ou du social non juridique »⁶⁴. L'auteur illustre ses propos par l'exemple suivant : l'automobiliste qui doit laisser passer un piéton avant de sortir son véhicule se soumet à une règle de courtoisie qui se transforme en une règle de prudence, puis en une règle de droit si la violation de la règle de prudence cause un dommage au piéton. De la même manière, Monsieur Oppetit relève que « l'on assiste depuis quelques années à un retour en force de la morale au premier plan des préoccupations de l'époque sous la forme de l'éthique »⁶².

Certes, on peut se réjouir de l'enrichissement de la matière juridique par la consécration de règles morales telles que l'obligation d'information en matière contractuelle, par exemple. C'est d'ailleurs parfois le juge qui participe directement à l'évolution du droit par l'interprétation qu'il propose de certaines règles juridiques. Ainsi, à propos du vice de violence, Capitant relevait déjà que « le droit romain se montrait plus sévère : il exigeait que la violence fût capable d'émouvoir l'homme le plus courageux »⁶³. Désormais, l'appréciation se fait en considération de la personne qui en est victime, la vulnérabilité de cette dernière étant susceptible de renforcer considérablement l'application de l'article 1112 du Code civil⁶⁴. Il ne fait aucun doute que l'appréciation du vice de violence n'est

61. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 1994, n° 306 et 308.

62. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, « Précis Dalloz », Dalloz, 1999, n° 131.

63. Précité, n° 256.

64. En ce sens, Cass. 1^{re} civ. 22 avril 1986, *Bull. civ.* I, n° 98 : « ces contraintes étaient d'autant plus efficaces qu'à cette époque M. D. souffrait d'un déséquilibre nerveux altérant ses capacités intellectuelles et le privant d'un jugement libre et éclairé » ce qui permit au juge de retenir le vice de violence invoqué.

plus aussi rigoureuse et qu'elle ouvre par conséquent considérablement les possibilités d'application du texte. Si l'on peut se réjouir de l'apport certain de ces différentes évolutions, on peut aussi s'en inquiéter.

La vulnérabilité semble émerger de ce contexte social évolutif. Introduire dans le droit la notion de personne vulnérable, c'est souscrire à cette évolution. Bienvenue lorsque cette introduction se fait ponctuellement, elle apparaît non salubre dans sa généralisation. Sous prétexte de renforcer la règle juridique, on viendrait l'amoinrir par l'insertion d'un terme qui, selon nous, doit rester en dehors du droit dans son acception générale. A défaut, ce serait inscrire dans le droit ce qui se perd dans la morale ou, plus simplement, dans la civilité. Surtout, il n'est point besoin d'ajouter au droit commun au risque de l'alourdir inutilement. Le droit civil, notamment, offre suffisamment de règles à la fois concises dans leur expression et larges dans leur domaine d'application. C'est, en second lieu, la technique juridique qui s'oppose à la reconnaissance d'une quelconque utilité du concept de vulnérabilité.

En effet, la vulnérabilité perçue comme un concept autonome ajouterait-elle au droit commun? On peut fortement en douter du fait de l'existence de notions techniques permettant de circonscrire l'état de vulnérabilité dans d'étroites limites. De la même manière qu'une erreur dans la formation du contrat ne doit pas permettre d'exposer la convention à une sanction trop facile, la vulnérabilité doit être interprétée sous couvert de notions déjà présentes dans le droit positif afin de ne pas courir le risque d'un élargissement néfaste à la rigueur nécessaire à la règle de droit. Outre ces limites qui viennent restreindre considérablement la prise en compte de l'expression de la vulnérabilité, il est des domaines dans lesquels on l'écarte purement et simplement : en matière de responsabilité civile, les auteurs s'accordent pour dire que les prédispositions de la victime ne doivent pas influencer sur la réparation; «peu importe la fragilité physique de la victime, sa «petite nature»; elle doit être indemnisée, dès lors que l'accident a révélé un état latent ou aggravé un état physiologique antérieur»⁶⁵.

Le législateur comme le juge veillent au respect de cette exigence qui se heurte au contenu incertain de l'état de vulnérabilité. La tâche du juge est alors essentielle; portant sur l'appréciation de notions techniques, celle-ci conduit à la fois à prendre en considération une certaine vulnérabilité, au sens de vulnérabilité particulière, et à écarter toute forme quelconque de faiblesse⁶⁶. La détermination du contenu de la règle de droit et son appréciation pour les besoins de son application doivent garantir son efficacité. Or, selon nous, l'efficacité de la règle de droit est indissociable de la responsabilisation de chacun. Il n'est pas contradictoire

65. P. Le Tourneau, L. Cadiet, *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 1998, n° 887; dans le même sens, G. Viney, P. Jourdain, «Traité de Droit civil», *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 1998, n° 434.

66. En ce sens, le Professeur Dejean de La Bâtie note que la sécurité juridique doit «conduire parfois à juger inopposables certaines données subjectives. A trop aller vers le concret et l'individuel, les besoins ne risquent-ils pas de se muer en simples convenances personnelles, dont il serait peu équitable de faire supporter à autrui les exigences capricieuses? », précité, n° 214.

d'affirmer que l'individu est un être responsable bien que vulnérable. Et l'on s'associe à la conclusion de Monsieur Dejean de la Bâtie pour lequel «la sécurité de tous impose de soumettre l'individu à l'empire de la raison mais..., s'il s'y soumet, la justice exige que lui-même, en tant qu'individu, si infirme ou si vulnérable soit-il, bénéficie, dans son être et dans son action, de cette sécurité juridique »⁶⁷. La relativité de la notion semble être alors un obstacle à une approche globale, d'autant plus qu'elle présente le risque de rejoindre la première acception de la vulnérabilité telle qu'elle a été écartée précédemment⁶⁸. C'est la vulnérabilité de l'être humain qui donne tout son sens à la règle de droit.

67. Précité, n° 413.

68. *Supra* pp. 13-14.